



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

DEPARTAMENTO DE DIREITO

ÁREA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DOUTORAMENTO EM DIREITO

NILO ALFREDO MORONI

**O DIREITO E A PROVISÃO PARA DEMANDAS
CONTINGENTES**

LISBOA

2014

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

DEPARTAMENTO DE DIREITO

ÁREA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

O DIREITO E A PROVISÃO PARA DEMANDAS CONTINGENTES

Tese apresentada na Universidade Autónoma
de Lisboa para a obtenção do grau de Doutor
em Direito.

NILO ALFREDO MORONI

Orientador Científico: Professor Doutor António Pedro Ferreira.

Lisboa

2014

DEDICATÓRIA

Aos espíritos bondosos de minha querida esposa
Odete e da minha adorável filha Rhaisa, pelo eterno amor e compreensão.

Aos meus pais Arcibides e Yeda (*in memoriam*),
pelo exemplo de bondade e retidão.

AGRADECIMENTOS

Aos meus irmãos Gislaine, Gilmar, Luiz e José,
pelo apoio fraterno e eterno.

Ao meu colega da Diretoria Jurídica do Banco do Brasil,
Dr. Rogério Aparecido Gil,
pelos constantes debates sobre o tema e transmissão de saber jurídico.

Ao meu colega da Diretoria Jurídica do Banco do Brasil,
Dr. Marcio Montenegro de Oliveira, pelos questionamentos
oferecidos e pela dedicação na operacionalização dos casos concretos.

Ao Professor Doutor Emmanuel Sabino pelo apoio seguro
e orientação bondosa nos momentos críticos do presente trabalho.
O estudo encurtando distâncias, derrubando fronteiras e consolidando novas amizades.

Ao amigo de além-mar, Professor Doutor Fernando Silva,
pelo incentivo, amizade e pelos conselhos certos nas horas certas.

Ao meu orientador Professor Doutor Antonio Pedro de Azevedo Ferreira,
pela confiança e pelas sábias orientações.

Epígrafe

A imaginação é mais importante que o conhecimento. O conhecimento é limitado. A imaginação envolve o mundo, estimulando o progresso e dando origem à evolução. Ela é, de maneira rigorosa, um fator real na pesquisa científica.

Albert Einstein (1931).

RESUMO

As grandes mudanças por que o mundo vem passando com a chamada globalização, associadas, principalmente, aos efeitos das crises de governança que resultaram em escândalos mundiais, motivaram a criação de leis e normativos. O objetivo delas é o restabelecimento do controle, da ética e da transparência nos demonstrativos contábeis, para que se promova a necessária segurança e proteção aos investidores e à estrutura financeira dos mercados internacionais. Nesse contexto, a governança corporativa surge como a nova proposta para a administração empresarial, principalmente voltada para as grandes empresas, inclusive as de capital aberto. Para essas, normas internacionais de contabilidade estabeleceram, por meio de normas, critérios de transparência relacionados às informações a serem divulgadas no mercado, como base para tomadas de decisão sobre investimentos. Essas normas são incorporadas pelos países a seu ordenamento, os quais estabelecem correspondências entre aquelas e esse. No entanto, uma das normas internacionais, a IAS 37, embora estabeleça os critérios para a provisão de demandas passivas para as empresas de capital aberto, não deixa claras as competências para tal, suscitando dúvidas quanto à participação só do contabilista para essa função. Esse é o foco desta pesquisa, que tem como objetivo levantar implicações disciplinares referentes à contabilização da provisão das contingências por empresas de capital aberto, privilegiando-se as noções jurídicas brasileira e passagens sobre a portuguesa relativas ao assunto em estudo. O trabalho foi feito na perspectiva interdisciplinar, discutindo-se questões de hermenêutica e de argumentação jurídica, bem como foram descritos, criticamente, passos do processo de provisionamento das demandas passivas e as respectivas visões implicadas neles.

Palavras-chave: Provisão para demanda contingente. Hermenêutica jurídica e argumentação. Governança corporativa.

ABSTRACT

The changes the world is presently undergoing due to globalization associated, primarily to crises of governance which result in worldwide scandals motivated the creation of laws and regulations. Their aim is the reestablishment of control, ethics and transparency in financial statements, in order to promote the much needed safety and protection for investors and the financial structure of international markets. In this context, corporate governance emerges as the approach to business management, largely focused on big enterprises, including those of publicly traded companies. For such enterprises, international accounting standards have established, by means of norms, transparency criteria related to information yet to be disclosed in the market, as basis for decision making on investments. Such standards are incorporated by countries into their legal systems, thus establishing correspondence between the aforementioned and national law. Nonetheless, one of the international standards, namely IAS 37, although it does establish the criteria for the provision of passive demands for publicly traded companies, it does not institute, clearly, which its competencies are, causing there to be doubt in so far as what the Accountant's participation is, solely for such a function. Here resides the focus of this research, which has as its core aim to point out punitive implications concerning accounting for the provision of contingencies for publicly traded companies, privileging Brazilian legal concepts while also considering, although less profoundly, that of Portuguese Law on the matter. This study was carried out on an interdisciplinary perspective, in which issues of hermeneutics and legal arguments are brought forward, as well as were critically discussed steps of the provisioning process and the various implicit points of view on this theme.

Keywords: Provision for contingent demand. Legal interpretation and argumentation. Corporate governance.

RESUMEN

Los grandes cambios que el mundo se va a llamar a la globalización, asociada principalmente a los efectos de la crisis de gobernabilidad que dio lugar a escándalos mundiales, llevaron a la creación de leyes y reglamentos. Su objetivo es restablecer el control, la ética y la transparencia en los estados financieros para que promuevan la seguridad necesaria y la protección de los inversores y la estructura financiera de los mercados internacionales. En este contexto, el gobierno corporativo se perfila como el enfoque de la gestión empresarial, centrado sobre todo en las grandes empresas, incluidas las que cotiza en bolsa. Para estos, las normas internacionales de contabilidad establecidas por medio de normas, criterios de transparencia relativos a la información que debe revelarse en el mercado como base para la toma de decisión de las inversiones. Estos estándares son incorporados por los países para su tierra, que establecen correspondencias entre aquellos y éste. Sin embargo, uno de los estándares internacionales, la NIC 37, a pesar de que establece los criterios para el suministro de las demandas de pasivos de las empresas públicas, no es menos clara la competencia informacional, sembrando dudas sobre la participación del contador sólo para esta función. Este es el foco de esta investigación, cuyo objetivo es recaudar consecuencias disciplinarias con respecto a la contabilización de la provisión de contingencias por las empresas que cotizan en bolsa, privilegiando las nociones jurídicas brasileñas y pasajes a legislación portuguesas sobre el tema. El trabajo fue hecho en perspectiva interdisciplinar, discutiendo temas de la hermenéutica y argumentos jurídicos, así como se han descrito críticamente pasos del proceso de aprovisionamiento de las demandas de pasivos y sus visiones que participan en ella.

Palabras clave: Provisión para la demanda contingente. Interpretación y argumentación jurídica. El gobierno corporativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
PARTE I	24
Seção I	25
1 TEORIA SISTÊMICA, DIREITO E GLOBALIZAÇÃO	25
1.1 Considerações sobre Gestão Empresarial e Decisão: a Necessidade de maior Participação do Direito na Administração de Empresas de Capital Aberto	26
1.2 Considerações Breves sobre Interdisciplinaridade como um “Transformador” entre os Diversos Discursos do Direito	31
1.3 Os Cortes Epistemológicos da Teoria do Direito ou: as “Três Matrizes” da Teoria Jurídica	35
1.4 Considerações Básicas sobre Teoria dos Sistemas a Partir de Grün, Luhmann e Teubner	38
1.5 A Visão Sistêmica e Cibernética do Direito em Ernesto Grün	38
1.6 A Noção de Sistema e a Necessidade da Aquisição de uma “Visão Sistêmica”	42
1.7. Subsistema, Sistemas Fechados e Sistemas Abertos, Ambiente, Autonomia e Autopoiese	44
1.8 Introduzindo a Cibernética	46
1.9 O Enfoque Sistêmico-Cibernético do Direito	47
1.10 A Teoria da Sociedade de Niklas Luhmann: Sociedade, <i>Autopoieses</i> e Evolução	51
1.11 Influências Teóricas Básicas na Obra de Niklas Luhmann e Considerações sobre Sociedade e Teoria Sociologia	51
1.12 Forma e Distinção Sistema-Ambiente	61
1.13 Comunicação e Auto-observação	70
1.14 Comunicação, Autopoiese e Auto-observação	72
1.15 Clausura Operacional e Acoplamento Estrutural	75
1.16 Mundo, Sociedade do Mundo e Diferenciação Funcional	84
1.17 Meios de Comunicação e Distinção entre Meio e Forma	87
1.18 Linguagem como Meio Fundamental de Comunicação	90
1.19 Luhmann e a Teoria da Evolução: Considerações Iniciais	93
1.20 Teoria dos Sistemas Autopoiéticos e o Fundamento da Evolução das Estruturas dos Sistemas	102
1.21 Os Distintos Componentes da Evolução	113
1.21.1 <i>Variação dos Elementos</i>	115
1.21.2 <i>Seleção através dos Meios</i>	117
1.21.3 <i>Restabilização dos Sistemas</i>	120
1.21.4 <i>Variação, Seleção e Restabilização</i>	123
1.22 Aquisições no Âmbito da Evolução da Sociedade	124
1.22.1 <i>A Evolução das Ideias</i>	127
1.22.2 <i>Evolução dos Sistemas Parciais</i>	129
1.23 Gunther Teubner e a Teoria Autopoiética do Direito	130

1.24 Autopoiesis e Evolução Jurídica	152
1.25 Janus, o Direito Reflexivo e o Inevitável Pluralismo Jurídico no Contexto da Globalização	157
1.26 A Criação do Direito a Partir de Campos Sociais Autônomos	185
1.27 A Interdiscursividade com base em Discursos Autônomos: Breve Análise	189
1.28 Palavras a mais sobre o Direito Neo-Espontâneo da Globalização	192
Seção II	200
2 A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO	200
2.1 Enfoques do Processo, Teoria e Natureza	202
2.2 Teoria Neo-institucionalista do Processo	204
2.3 Primeiras Conclusões sobre a Natureza Jurídica do Processo	206
2.4 Processo é mais que Procedimento de Contraditório?	208
Seção III	212
3 DIREITO E INTERPRETAÇÃO	212
3.1 Considerações Preliminares sobre as Teorias de Atienza, Guastini e de Dworkin: Perspectivas para uma Interpretação Jurídica	214
3.2 A Hermenêutica e a Interpretação Analítica na Síntese de Atienza	217
3.3 A Hermenêutica e suas Vertentes Brasileira e Norte-Americana	221
3.4 Porque não há Compatibilidade entre os Modelos de Interpretação de Dworkin e Guastini?	237
3.5 Considerações Conclusivas sobre Hermenêutica <i>versus</i> Filosofia Analítica	253
3.6 Hermenêutica <i>versus</i> Teoria da Argumentação de Alexy	257
3.6.1 Breve Crítica à Teoria de Alexy	261
3.7 Afinal, o que São Princípios?	267
3.7.1 Que são Princípios Quanto à Provisão para Passivos Contingentes?	283
PARTE II	289
Seção I	290
4 EMPRESAS DE CAPITAL ABERTO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A MENSURAÇÃO DE VALORES	290
4.1 A Empresa de Capital Aberto Submetida às Normas Internacionais	291
4.1.1 Empresas de Capital Aberto e Governança Corporativa: Algumas Considerações Econômico-Jurídicas	295
4.1.1.1 Aspectos Jurídicos Críticos	299
4.1.2 Organismos Emanadores de Normas Contábeis Internacionais	301
4.1.2.1 Financial Accounting Standards Board – FASB	302
4.1.2.2 International Accounting Standards Committee Foundation – IASCF	303
4.1.2.3 Comparação entre os Normativos US GAAP e IFRS	304
4.1.2.4 Normas Internacionais de Relato Financeiro (IFRSs) e Suas Implicações no Direito	306
4.1.2.5 O Lado Crítico das Normas Internacionais de Contabilidade	310
4.2 Demanda e Contingência	312
4.2.1 Conceito e Teorização	313

4.2.1.1 <i>Contingência Jurídica</i>	317
4.2.2 <i>Provisão para Passivos Contingentes e Considerações</i>	326
4.2.2.1 <i>Características da Provisão e do Respetivo Processo</i>	327
4.2.3 <i>Condutas para a Provisão de Passivos Contingentes</i>	332
4.2.3.1 <i>Diretivas Portuguesas para Provisão de Passivos Contingentes</i>	335
4.2.3.2 <i>Diretivas Brasileiras para Provisão de Passivos Contingentes</i>	336
4.2.4 <i>A Contingência Processual</i>	338
4.2.5 <i>Provisão para Demandas Contingentes e a Natureza do Produto</i>	346
4.2.5.1 <i>Obrigação Legal e Provisão para Demandas Contingentes</i>	349
4.2.5.2 <i>Obrigações a Pagar versus Provisão Para Contingências</i>	352
4.2.5.3 <i>O Produto da Provisão Contingencial e sua Natureza</i>	353
4.2.5.4 <i>Reflexões Jurídicas sobre a Relação, Natureza e Importância do Produto no Contexto Socioeconômico.</i>	355
4.2.5.5 <i>Provisão Contingencial e Implicações Processuais</i>	364
4.2.5.6 <i>Aspectos Contábeis Inerentes ao Produto</i>	369
4.2.5.7 <i>O “Princípio” da Substância/Essência Sobre a Forma</i>	376
4.2.5.8 <i>Provisão e Regulação Contábil</i>	379
4.2.5.9 <i>Normas Internacionais, Constituição e Direito Interno</i>	382
4.3 Princípios e Aspectos Críticos da Provisão	391
4.3.1 <i>Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e a Provisão para Demandas Contingentes</i>	400
4.3.2 <i>Perspectiva Sistêmica do Produto Contingencial</i>	414
4.4 Perspectivas Jurídicas e Contábeis Associadas às Contingências	421
4.4.1 <i>A IAS 37 e Implicações Operacionais</i>	421
4.4.2 <i>Perspectivas Jurídicas e Contábeis</i>	423
4.4.2.1 <i>Abordagem Comportamentalista da Teoria Contábil</i>	429
4.4.2.2 <i>Crítica à Lei nº 11.638/2007</i>	432
Seção II	434
5 MENSURANDO OS VALORES DAS CONTINGÊNCIAS PROCESSUAIS: PENSANDO COMO JULGADOR	434
5.1 Provisão para Demandas Contingentes e Depósito Judicial em Garantia	438
5.2 As Partes do Processo	443
5.3 Diferença entre Mensurar e Qualificar uma Ação Provisional	445
5.3.1 <i>Ações Provisionáveis e Ações Provisionadas</i>	446
5.4 Risco como fator Preponderante na Identificação de Contingência e sua Mensuração	448
5.5 Risco e Provisão para Demandas Contingentes – PDC	451
5.5.1 <i>Redução dos Riscos</i>	452
5.6 Causas de Pedir e Pedido	453
5.7 Dos Valores	463
5.7.1 <i>Valor da Causa</i>	463
5.7.2 <i>Valor Pretendido</i>	464
5.7.3 <i>Valor Provável de Condenação</i>	464
5.7.4 <i>Valor da Condenação</i>	469
5.7.5 <i>Valor de Acordos</i>	470
5.7.6 <i>Valor de Sistemas</i>	471
5.7.7 <i>Valor Final, Histórico de Perdas e Ganhos Processuais</i>	472
5.7.8 <i>Serviço Técnico-Jurídico</i>	475

5.8 Diferença entre Probabilidade de Êxito, Classificação de Risco e Fixação do <i>Quantum</i> Contingencial	477
5.9 Da Subjetividade Implícita	481
5.10 Probabilidade de Êxito Processual	483
5.11 Análise da Provisão em Relação ao Polo Autor ou Réu	485
5.12 Provisão quanto à Expectativa de Ajuizamento de Processo	487
5.13 Antecipação dos Julgados e Jurisdição Forçada	488
5.14 Provisão, Variedades de Processos e Contingência Passiva	488
5.15 Efeitos da PDC Frente ao Princípio do Juiz Natural	489
5.16 Reversão da Provisão	495
5.17 Outros Aspectos a Considerar	497
5.17.1 Provisão no Processo na Posição de Autor da Demanda	497
5.17.2 Declínio de Competência de Esferas da Justiça	498
5.17.3 Provisão Decorrente de Execução Fiscal	500
5.18 Efeitos da Provisão: Visões Necessárias	503
5.18.1 Proteção aos Investidores, Direito Financeiro e Direito Contábil	508
5.18.2 O Advogado em Perspectiva	513
5.18.3 A Função do Contabilista	514
5.18.4 Os Auditores Independentes	516
CONCLUSÕES	519
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	524

LISTA DE FIGURAS

Figura 1:	Representação do processo de decisão sobre contingências passivas	343
Figura 2:	Sistema autorreferencial de Luhmann	360
Figura 3:	Relação entre incursão e eficácia	362
Figura 4:	Inter-relacionamento de Direito interno e Direito Internacional	383
Figura 5:	Esquema que rege as relações sociais	386
Figura 6:	Forças de interesse e espaço social	413
Figura 7:	“Guarda-chuva” da provisão e contingência passiva	447
Figura 8:	Intersecção de áreas <i>versus</i> PDC	475

LISTA DE QUADROS

Quadro 1:	Comparativo entre US GAAP e IFRS	304
Quadro 2:	Indenização no Direito norte-americano e no Direito inglês	305
Quadro 3:	Diferença na recepção das NIC no Brasil e em Portugal	381
Quadro 4:	Demonstrativo da avaliação de risco	451
Quadro 5:	Comparativo da perspectiva da PDC	480
Quadro 6:	Classificação do risco	486

LISTA DE SIGLAS

AICPA	<i>American Institute of Certified Public Accountants</i>
BACEN	Banco Central do Brasil
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários-Portugal
COSIF ¹	Plano Contábil das Instituições Financeiras (COSIF) - apresenta os critérios e procedimentos contábeis a serem observados pelas instituições financeiras no Brasil, bem como a estrutura de contas e modelos de documentos previstos no mesmo. O COSIF foi criado com a edição da Circular BACEN 1.273, em 29 de dezembro de 1987, com o objetivo de unificar os diversos planos contábeis existentes à época e uniformizar os procedimentos de registro e elaboração de demonstrações financeiras, o que veio a facilitar o acompanhamento, análise, avaliação do desempenho e controle das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.
COSRA	Conselho de Reguladores de Valores Mobiliários das Américas
CVM	Comissão de Valores Mobiliários-Brasil
FASB	<i>Financial Accounting Standards Board</i> , Conselho de Padrões de Contabilidade Financeira.
IAS	<i>International Financial Reports Stands Board</i> , Norma Internacional de Contabilidade. As NIC são emitidas pela IFRSs.
IASB	<i>International Accounting Standards Board</i> , que publica suas Normas numa série de tomadas de posição chamadas Normas Internacionais de Relato Financeiro, as <i>International Financial Reporting Standards</i> (IFRS), e a

¹ Definição disponível em: <http://www.portaldeContabilidade.com.br/contabil/cosif.htm>

Financial Accounting Standards Board (FASB), que compõe os denominados Princípios Contábeis Norte-Americanos (US GAAP).

IASC	<i>International Accounting Standards Committee</i> , passa por reformas em sua estrutura, passando a chamar-se <i>International Accounting Standards Committee Foundation (IASCF)</i> .
IASCF	<i>International Accounting Standards Committee Foundation</i> - é órgão que regula sistemas contábeis visando à harmonização de normas internacionais de Contabilidade. Surgiu em 29 de Junho de 1973, e é localizado em Londres na Inglaterra. À época era denominado de <i>International Accounting Standards Committee (IASC)</i> .
IBRACON	Instituto Brasileiro dos Auditores Independentes
IFRS-IASB	Passam a designar-se por <i>International Financial Reporting Standards (IFRS)</i> , em vez da anterior designação IAS, a qual se mantém para as normas anteriormente aprovadas. É também da sua responsabilidade a aprovação e emissão de <i>International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC)</i> .
NIC	Normas Internacionais de Contabilidade - Em Portugal funcionam como elo entre aquelas emitidas pela Fundação Comitê para Normas Internacionais de Contabilidade IASCF, que se denominam <i>International Accounting Standards (IAS)</i> .
NPC	Pronunciamento de Normas e Procedimentos de Contabilidade (NPC), emitidos pelo IBRACON. O de nº 25, que tem como base a IAS 37 do <i>International Financial Reporting Standards (IFRS)</i> , foi aprovado pela Deliberação CVM 594, de 15 de setembro de 2009, que revogou a Deliberação CVM nº 489, de 03.10.2005, que obriga às companhias abertas a adoção de provisões para passivos contingentes.
SAC	<i>Standards Advisory Council</i> , tem como missão definir prioridades e identificar novas necessidades em termos de normativo contabilístico mundial.
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i> , equivalente a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no Brasil e a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) de Portugal.

SFAS	<i>Statement of Financial Accounting Standards</i> - sigla que representa os pronunciamentos do FASB.
SOX	Lei Sarbanes Oxley ACT (Sarbox) – Lei promulgada nos EUA após os escândalos contábeis em grandes companhias norte-americanas. Toda companhia que desejar negociar seus títulos nas bolsas do mercado norte-americano deverá estar devidamente com as suas práticas sob os domínios da Lei SOX. Uma das grandes novidades da Lei é que estabeleceu responsabilidades ao presidente da companhia, assim como ao diretor financeiro na elaboração das demonstrações contábeis. As companhias devem observar as metodologias estabelecidas pelo mercado mundial por meio do COSO – <i>The Comitê of Sponsoring Organizations</i> (Comitê das Organizações Patrocinadoras).
US GAAP	<i>United States Generally Accepted Accounting Principles</i> Princípios de Contabilidade Geralmente Aceitos nos Estados Unidos da América, denominados US GAAP.

INTRODUÇÃO

A nova ordem mundial é marcada por paradigmas definidos por processos irreversíveis, como a globalização e a evolução da tecnologia da informação que, rápida e definitivamente, modificaram substancialmente parâmetros e normas de ação em todas as áreas da vida. Principalmente o Direito, como instituição reguladora das regras de convivência e asseguradora dos direitos individuais e coletivos, e a economia, base da sobrevivência dos países, sofreram transformações na forma de operacionalizar seus pressupostos, uma vez que a quebra de fronteiras, que caracteriza geograficamente a integração de mercados, se estendeu às noções de limites entre áreas, rompendo-os. Isso como exigência para se acompanhar o que o mercado e suas conseqüentes relações impõem.

Houve, por conseguinte, uma ampliação de conceitos como o de “fronteiras”, que atualmente não se limita às do espaço físico e de soberania plena, mas tem como visão os de interesse de expansão mundial e de perspectivas conjuntas de desenvolvimento.

No que se refere à globalização, esse processo deu lugar ao desenvolvimento de uma economia em rede, caracterizada como aquela em que a concorrência é feita em uma rede de interação global. Com isso, desenvolveu-se uma economia global, definida como aquela em que as principais atividades produtivas encontram-se organizadas em escala global, por meio de redes empresariais.

Esse processo globalizado, funcionando de forma sistêmica (em redes) e dentro de certa uniformidade, exige, por sua vez, entendimentos e procedimentos que mantenham o mesmo objetivo uniforme, como meio de assegurar o funcionamento econômico como um todo. Em outras palavras, entendimentos ou procedimentos em desacordo com o estabelecido podem comprometer não só o *modus operandi* do sistema, mas o próprio sistema. É o caso do Direito e da economia, áreas diretamente envolvidas em qualquer negócio e fundamentais nos negócios internacionais.

Já a tecnologia da informação fez surgir uma economia nova e independente, que atua sobre as próprias variáveis - tecnologia, conhecimento e administração –, num processo de retroalimentação e de alimentação da economia em rede. O novo paradigma tecnológico, porém, não mudou a base nem a dinâmica da economia do capital. Alterou, sim, várias *performances* vigentes no mercado. Um exemplo dessa alteração é a necessidade de se manterem todas as etapas do processo de produção atualizadas. Para tanto, a nova dinâmica utilizou conhecimentos e processos específicos, só restando, pois, dois caminhos às empresas, principalmente as que atuam no mercado de capitais, em nível internacional: valorizar a informação ou desaparecer. Mais uma vez, comprova-se a noção de funcionamento sistêmico trazido pelos novos paradigmas mundiais.

Segundo Manuel Castells², os efeitos da economia globalizada e informacional (da informação) projetam-se da seguinte forma: o sistema econômico (capitalismo informacional) dita as regras de comportamento para as empresas e instituições que são os verdadeiros agentes do crescimento econômico, cujos caminhos passam pela produtividade para chegar à lucratividade. Assim, as empresas não são motivadas pela produtividade, mas sim, pela lucratividade e pelo que dela decorre, como possibilidades de investimentos e outros. Para expandir o mercado por meio da conexão de vários de seus segmentos, o capital teve de tornar-se extremamente móvel, e as empresas tiveram de desenvolver uma grande capacidade de informação. Vêm daí os investimentos estrangeiros em mercados nacionais e a consequente necessidade de credibilidade desses mercados para tal, sob pena de o mercado geral, globalizado, sofrer grandes perdas ou até colapsos.

Por isso, autores como Georges Benko³, por exemplo, defendem a exigência da informação como fator de desempenho da economia, esclarecendo que o processo de globalização requer um sistema de comunicação eficaz para a integração dos serviços e para garantia da circulação dos produtos. É a estrutura básica representada por essa integração que constitui a globalização propriamente dita. Para ele, a globalização caracteriza a emergência de formas de organização econômica; o mercado é um sistema de comunicação que garante a circulação dos fatores de serviços, e o sistema global é um “mosaico de economias regionais” que não são apenas justaposições de economias nacionais. Resumindo, para Benko, a visão econômica da globalização é justificada pela existência de um mercado unificado que

² CASTELLS, M. (2002). *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, p.119, 123.

³ BENKO, G. (1996). *Economia, espaço e globalização: na aurora do século XXI*. São Paulo: Hucitec, p. 68-90.

transforma a economia em uma única zona de produção e de troca; pelas empresas mundializadas que geram a produção e distribuição de seus produtos e serviços e pelo quadro regular, ainda pouco adaptado, que exige um mecanismo de regulação e controle. Ambos os processos (globalização e evolução da tecnologia da informação), portanto, interferiram sobremaneira na natureza das relações, principalmente as econômicas, as financeiras e as negociais.

Por sua vez, estudiosos como Niklas Luhmann e Gunther Teubner e outros não menos importantes discutem questões fundamentais para esta atualidade de grandes mudanças na relação entre sociedade e Direito e a autopoiese e suas derivações. Trata-se de considerações do Direito em uma perspectiva pós-moderna, mais especificamente de uma “modernidade líquida”, na qual se busca uma logicidade para as ocorrências jurídicas em bases hermenêuticas que possibilitem uma visão prévia de fatores limitantes à concretização do bem comum ou do melhor bem. Ignácio Mendez Kersten ⁴ esclarece muito bem esse novo sentido:

A interpretação do texto jurídico deve recriar o sentido do texto segundo o que for encontrado na temporaneidade, sem romper com o Direito, mas apenas atualizando o sentido. O texto não é um estar aberto, mas uma ação de abrir e fechar, porquanto se abre no momento em que se atualiza, fecha-se no instante em que se consolida o entendimento; entretanto, quando esse entendimento for superado, volta-se a abrir o texto, integrando-o à linguagem presentificada.

Nessa mesma perspectiva, também textos de outras áreas não representam um “estar aberto”, mas um abrir-se para incluir outras visões da questão em pauta, tal como requer a nova configuração das relações em geral, mormente as que são impulsionadoras de alavancagens como as do mercado econômico.

Mas nesse grande cenário de transformações, em muitos países, essas mudanças ocorreram em um ambiente político e econômico ainda conturbado por distorções nas atribuições do Estado, pela tendência à apropriação privada do patrimônio público, pelo atendimento do interesse de poucos em prejuízo da maioria; enfim, por efeitos de aspectos conjunturais envolvendo crises financeiras de países, agravadas diante do sistema capitalista.

A instabilidade resultante das inovações e da rapidez com que as mudanças aconteceram, associada a notícias desencontradas sobre as novas intercorrências de mercado e à imposição de normativos externos para regular as economias, criou desconfianças

⁴ Kersten, I.M. (2011). O direito em uma perspectiva na condição pós-moderna. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Acesso abr, 2, 2014 em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=10705, p.5.

generalizadas no mundo econômico. Também deu oportunidade para o surgimento de demonstrações financeira vagas e imprecisas e até escândalos, exigindo reações regulatórias. Essa conjuntura gerou ainda a necessidade de administrações transparentes, tanto na área pública como na área privada, como meio de devolver, à sociedade, a credibilidade no sistema econômico-financeiro e a segurança de suas aplicações na economia nacional. Uma das regulações de maior extensão nesse aspecto foi a “Lei Sarbanes-Oxley”, aprovada em julho de 2002 pelo Congresso norte-americano. Essa lei, segundo Layany Zambrano Damázio⁵, é voltada para as boas práticas de governança corporativa e destaca, entre elas, a necessidade de transparência e de ética.

Os mercados de capitais são interdependentes dessa conjuntura, e seu papel é fundamental para a economia capitalista, pois significa ter o capital monitorado durante todo o tempo e funcionando em tempo real, interconectadamente. A esse meio integram-se os mercados emergentes, cujas divisas passam a circular em nível de competitividade maior ou menor que o dos países desenvolvidos⁶.

Essa interdependência é o resultado de cinco fatores importantes: a desregulamentação dos mercados financeiros da maioria dos países participantes e a consequente liberalização das transações internacionais; a criação de infraestrutura tecnológica com estruturas de pontas; a natureza dos novos produtos financeiros, como derivativos e outros; os movimentos especulativos dos fluxos financeiros; e as firmas de avaliação e mercado. Esses fatores proporcionam o funcionamento do mercado financeiro global, que vai comandar o destino das economias em geral.

O maior debate em torno disso se refere ao papel dos governos e das instituições no processo de globalização, pois os negócios efetuados em rede representam apenas uma parte da questão; a outra parte diz respeito às ações do governo, no sentido de apoiar os atores e de suprir as falhas decorrentes do processo.

No mercado econômico e financeiro, foram e são visíveis as necessidades de reestruturação dos sistemas e mercados, para atender de maneira relativamente semelhante aos imperativos transnacionais. Entre essas necessidades, encontra-se a de se contabilizar,

⁵ Damázio, L.;Z.H. (2007). *Avaliação dos Controles Sarbox da Gerência de Operações de TI de uma Empresa Provedora de Serviços de Telecomunicações*. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica). Universidade de Brasília, p. 5.

⁶ Castells, M. (2002) *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, p.117-128.

segundo os mesmos princípios, a provisão de valores previstos para cobertura de perdas com processos judiciais e administrativos, os chamados “valores contingentes”.

Do conjunto de normas e práticas do cenário mundial, expandiram-se, nos meados dos anos 90, regras contábeis (como a Norma Internacional de Contabilidade IAS n.º 37) que exigem adaptações das empresas de capital aberto e participantes do mercado financeiro internacional a determinados princípios, quanto à forma de se registrar e de se contabilizar contingências.

Isso porque, seja na perspectiva da movimentação segura do mercado, seja na perspectiva da transparência, além da citada adaptação às novas condições de mercado, as contingências representam situações específicas de ativos e/ou passivos dependentes de solução.

Apesar, no entanto, de a necessidade de registro e de contabilização das contingências se referirem, expressamente, a representações numéricas, visando à transparência nos resultados do exercício, há um aspecto fundamental, anterior às representações, implícito nessa necessidade. Esse aspecto é: a definição mais próxima ou demonstração mais precisa de “fatores processuais” que possam, em tempo real, ser traduzidos em valores. Tal definição auxiliaria, de forma conclusiva, a técnica contábil sobre os números a serem efetivamente provisionados.

Trata-se, portanto, de uma condição que extrapola a técnica e os chamados “princípios contábeis”, porque exige análises processuais – em especial, no âmbito do Direito processual, portanto – quanto ao “peso” do valor da causa, do valor pretendido, do valor provável de condenação e do valor da condenação. Por sua vez, esse peso está relacionado com a própria causa de pedir nos processos, cujos componentes incluem os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido.

Com base nisso, pode-se afirmar que a adaptação do mercado internacional à forma de se registrar e de se contabilizar contingências não é uma tarefa meramente contábil, como se poderia pensar, pois exige análises e informações de profissional técnico-jurídico, isto é, de um advogado. Mais ainda: não sendo a contingência adequadamente registrada e contabilizada, a norma contábil perde sua finalidade, passando a representar somente mais um registro, sem significação efetiva. Com isso, fatalmente, a transparência e a segurança das informações continuariam sendo objeto de preocupação dos investidores, frente a resultados financeiros que, de certa forma; continuariam não traduzindo o real. Em outra perspectiva, ao adotar normas contábeis de cunho internacional, o governo resolve sua parte no debate

relativo aos fatores que proporcionam o funcionamento do mercado financeiro global e o consequente destino das economias em geral. A outra parte cabe às instituições, que devem cumprir seu papel por meio de ações criteriosamente desenvolvidas. O registro e a contabilização do valor das contingências cuidadosamente apurado é uma dessas ações.

Tomando como exemplo a referida norma IAS nº 37, que trata do “reconhecimento e bases de mensuração apropriadas a provisões, passivos contingentes e ativos contingentes [...]”⁷, observa-se, pelos termos “bases de mensuração apropriada”, que ela pretende alcançar princípios que interessem aos negócios globais, já que são eles geradores das normas.

Nesse entendimento, o objetivo geral deste trabalho é levantar implicações disciplinares referentes à contabilização da provisão das contingências por empresas de capital aberto, privilegiando-se as noções brasileira e portuguesa sobre o assunto. Considera-se, para tanto, mais que as perspectivas de operadores como contabilistas ou administradores: as dos operadores do Direito.

O tema é relevante por várias razões: primeiro, por envolver normativos que tentam regular ações contábeis de empresas de capital aberto, para dotá-las de credibilidade particular e para assegurar investimentos nos mercados nacionais; segundo, pela dificuldade diária no trato dos valores para a provisão das demandas contingentes, dificuldade essa reconhecida pelo pesquisador, advogado de uma companhia de capital aberto; terceiro, porque apesar de ser um assunto bastante comentado no meio contábil e jurídico empresarial, é pouco explorado e debatido academicamente; quarto, porque os resultados podem fornecer subsídios ao esclarecimento da questão, principalmente por serem discutidos na ótica da interdisciplinaridade.

O trabalho encontra-se estruturado em duas partes, abordando, respectivamente: 1) o contexto da globalização a teoria sistêmica e o Direito, cuja finalidade é traçar um panorama macro da nova conjuntura socioeconômica mundial, de onde vêm as normas que subsidiam o processo de provisão para demandas passivas, foco desta pesquisa. Também aí são apresentados enfoques teóricos sobre a natureza jurídica do processo e discussões sobre Direito e interpretação em perspectivas diversas; 2) descreve-se o universo das empresas de capital aberto na visão da governança corporativa, especificando as normas internacionais de contabilidade e os respectivos órgãos emanadores, visando a contextualizar a provisão para demanda passiva já em um contexto de adequação delas ao ordenamento nacional. Tomam-se

⁷ IFRS. Normas Internacionais de Relato Financeiro.

por base diretivas portuguesas e brasileiras para tanto, sem deixar de se esclarecer, na relação entre normas contábeis e princípios do Direito, a importância de uma observação crítica de umas e de outros, tendo em vista sua inerência a áreas diferentes, o que elimina eventuais considerações sobre conflito entre princípios. Ainda são descritos aspectos relativos ao processo de mensuração da provisão para demandas passivas, bem como apresentadas suas diversas etapas, nas quais fica demonstrada, à leitura das Normas Internacionais de Contabilidade, a exigência de procedimentos que vão além do estritamente contábil, adentrando a área do Direito, para assegurar a lisura e a precisão das informações a serem fornecidas ao mercado.

PARTE I

Seção I

1 TEORIA SISTÊMICA, DIREITO E GLOBALIZAÇÃO

1.1 Considerações sobre Gestão Empresarial e Decisão: a Necessidade de maior Participação do Direito na Administração das Empresas de Capital Aberto

Segundo Jürgen Habermas, há uma contraposição do mundo da vida com o sistema político e o mercado, ambos dirigidos pelos meios poder e moeda⁸. A luta de todos contra todos impossibilita uma ação comunicativa, que, então, é substituída pela racionalidade (manipulação) estratégica⁹, típica dos sistemas burocráticos, onde imperam o engano e a manipulação do ouvinte¹⁰.

Para Paul Singer¹¹, no que vai acompanhado por Gustavo Luis Gutierrez, a grande empresa capitalista – a exemplo das empresas de capital aberto de grande porte, acerca do que trato na presente tese – é uma “forma engenhosa de superação do mercado” na medida em que

⁸ A divisão de esferas da vida social qualquer um experimenta. Saímos de casa, onde convivemos com pessoas que amamos e com quem nos solidarizamos, e nos dirigimos ao trabalho, onde passamos a nos relacionar com pessoas que, na maioria dos casos, têm propósitos semelhantes aos seus, mas que são mutuamente exclusivos. Desde criança somos treinados a distinguir uma esfera da outra e a nos comportar de acordo. Nesse sentido, SINGER, P. Apresentação. In: GUTIERREZ, G.L. *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p.x. Para Habermas, a linguagem é constituída no mundo da vida, que é o lugar transcendental onde falante e ouvinte se encontram. É o lugar onde se dão os processos de reprodução cultural, de integração social e sociabilização. O mundo da vida, para Habermas, é o espaço fora dos controles burocráticos e institucionais, onde se constrói a linguagem num exercício permanente entre falante e ouvinte, em que se buscam a compreensão e o consenso, de forma a poder articular ações coletivas. Consultar: Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, v. II, p. 176-212. Também Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. 27. Uma abordagem didática e sintética, mas não menos profunda, sobre mundo da vida e sistema pode ser encontrada em: Reese-Schäfer, W. (2012). *Compreender Habermas*. Trad. Vilmar Schneider. 4. ed. Petrópolis: Vozes, p. 54-58.

⁹ SINGER, P. Apresentação. In: GUTIERREZ, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. ix.

¹⁰ Nesse sentido, GUTIERREZ, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. 28.

¹¹ SINGER, P. Apresentação. In: GUTIERREZ, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. x.

ele é internalizado à organização da empresa. É bem verdade que Singer e Gutierrez escrevem aqui num outro contexto, o da multiempresa, que, segundo eles, é uma “coleção de empresas reciprocamente complementares”, cuja característica acentuada é a concorrência entre os grupos de referência dentro das organizações, com vista à reprodução do mercado e das condições de competição, visando a uma maior eficiência¹². A competição de todos contra todos, porém, para ambos os autores, limita a ação comunicativa de que fala Habermas e não permite que informações relevantes fluam livremente por toda a organização. Assim, é provável que informações vitais sejam ocultadas e distorcidas, com privação da administração de conhecimentos confiáveis para a tomada de decisões¹³, situação que pode ocorrer, pois, também no âmbito das empresas de capital aberto que negociam suas ações no mercado e que são oneradas por um “dever de transparência” diante dos seus acionistas.

É neste contexto, o da necessidade de tomada de determinadas decisões, como as de aprovisionamento para demandas contingentes (resultantes dos processos judiciais e administrativos movidos contra as empresas de capital aberto), a partir de informações adequadas (sem distorção, “verdadeiras”, corretas, confiáveis) do ponto de vista jurídico, que se insere este trabalho. É que se esgotaram as formas de gestão fundamentadas no engano, na ilusão ou na manipulação de “elementos simbólicos”, como diz Singer.¹⁴ A perspectiva da empresa e de seus atores, atualmente, é a do “politicamente correto”, da democracia e do comprometimento com a ética. Ignorar a questão ética, em especial, significa comprometer a eficácia e a própria sobrevivência da empresa.¹⁵ A decisão, nesse aspecto, por ser a operação

¹² Singer, P. Apresentação. In: Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. xi.

¹³ Singer, P. Apresentação. In: Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. xi.

¹⁴ Singer, P. Apresentação. In: Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. xiv.

¹⁵ Singer, P. Apresentação. In: Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. xiv.

comunicativa elementar de todos os sistemas organizacionais, inclusive os das empresas¹⁶, tem, portanto, fundamental importância.

Daí ser possível afirmar que estamos diante de uma “crise de paradigma” que, além de afetar o Direito, como se afirma noutra passagem, afeta a administração da empresa, em especial a das empresas de capital aberto. Dita crise de paradigma implica, pois, desenvolver soluções adequadas para cada situação particular vivenciada pela empresa. E essas soluções adequadas deverão ser dadas por decisões que transcendem o “formal”, como aponta Gustavo Luis Gutierrez, e que só podem ser tomadas a partir de valores e informações externas à organização, que não estão presentes nos manuais ou na sua própria cultura.¹⁷ Essas decisões só podem ser tomadas a partir das informações que caracterizam o mundo da vida, para parafrasear Habermas, e a partir de conhecimentos advindos de subsistemas sociais diferenciados; no caso, do âmbito do Direito. Para isso, as empresas de capital aberto, a fim de cumprirem os normativos internacionais oriundos do mercado, devem instrumentalizar “conceitos potencialmente úteis”, em especial os advindos não só da economia – e da variante da Contabilidade -, mas, sobretudo, do Direito. Esse se situa no âmbito de especialização e, como dito, subsistema diferenciado funcionalmente dos demais, apto a auxiliar como instrumento da alta administração dessas empresas.

Não há como escapar do Direito. Vivemos “sob o império do Direito”, para parafrasear Dworkin¹⁸. Dele é impossível prescindir. Como ensina Niklas Luhmann,

Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social que em tudo se insinua, e no qual é impossível se abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro; nem a família ou a comunidade religiosa, nem a pesquisa científica ou a organização partidária de orientações políticas. A convivência social sempre está pré-sujeitada a regras normativas que excluem outros possíveis ordenamentos, e que pretendem ser impositivos, de forma suficientemente efetiva. Sempre é imprescindível um mínimo de orientação através do direito¹⁹.

¹⁶ Enderle, G. et al. (1997) *Dicionário de ética econômica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, p. 595.

¹⁷ Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. 5.

¹⁸ Dworkin, R. (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes. “Vivemos na lei e segundo o direito. (...) Somos súditos do império do direito, vassallos de seus métodos e ideias, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos, portanto, fazer”. Dworkin, R. (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, p. XI.

¹⁹ Luhmann, N. (1985) *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 7.

Se assim é, não há como negar a necessidade cada vez maior da presença de *experts* do Direito em nossas vidas, em nossas organizações, instituições etc.; mormente no caso de uma sociedade multicultural, complexa, marcada pela celeridade e liquidez das mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais, incluídas aí as constantes mudanças do Direito a fim de acompanhar as demais. A administração das empresas de capital aberto também vai por esse caminho; necessita, portanto, de uma espécie de “conjunto heterogêneo de gestores”, dentre os quais se destaca a figura do advogado, uma espécie de “gestor jurídico”, ao lado, então, dos gestores responsáveis pela contabilidade, administração etc., pois a empresa deve ser pensada como um todo, e não como um coletivo “homogêneo”. A eficiência das empresas, assim, passa por situar a tomada de decisões próxima das fontes de informações; por relacionar propostas participativas, como ensina Alvin Tofler, e por saber que cada vez mais os responsáveis pelas decisões se confrontam com variados problemas que exigem complexas decisões técnico-econômicas sobrecarregadas por responsabilidades políticas, culturais e sociais.²⁰ Dito de outro modo, por detrás da decisão técnica – por exemplo, aprovisionar ou não, contabilmente, determinada despesa –, há sempre um problema ético, social, moral, jurídico, entre outros.

As estruturas tradicionais, no contexto da globalização, não conseguem mais dar conta de seus objetivos, diante da necessidade que os sistemas dirigidos pelo poder e pela moeda têm no sentido de obterem informações do mundo da vida²¹ e informações adequadas à velocidade e à complexidade da globalização. Daí a necessidade de a empresa ser pensada numa totalidade, que, como dito, não é um coletivo, mas um conjunto heterogêneo, em que a participação do fator humano passa a ser preponderante²².

Pois bem. Qual, então, o papel do Direito, o papel do profissional do Direito, o advogado (jurista), no que diz com o ponto “aprovisionamento para demandas contingentes” nas empresas de capital aberto, tema que parece tão afeito à economia, à contabilidade ou mesmo à administração em sentido estrito? O Direito cumpre aqui alguma função? É possível afirmar que existem “normas jurídicas” noutros campos sociais que não o do Direito?

²⁰ Tofler, A. (1985). *A empresa flexível*. Rio de Janeiro: Record, [s.d.], p. 147-148.

²¹ Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. 14.

²² Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. 15.

Afinal de contas, nas empresas de capital aberto, o agir do profissional responsável pelo provisionamento de demandas contingentes é um “agir estratégico”, voltado para o mercado ou para o poder político. É avesso, por exemplo, à ideia de ação comunicativa (Habermas) ou à ideia de “resposta correta” (Dworkin) ou “adequada”, para aliviar a “carga semântica” do termo “resposta correta”; ao contrário, é um agir que tem de se pautar na ética, na transparência, na lisura, enfim, na moral e no Direito, este incorporador do discurso moral (moralidade institucionalizada, como quer Dworkin)? É o que se pretende tentar responder neste trabalho.

Para que isso seja possível, porém, há alguns passos que devem necessariamente ser dados. Valer-se-á, assim, primeiro, da ideia de interdisciplinaridade, indispensável para que se possa compreender o que se passa contemporaneamente em termos de conhecimento nas mais diversas áreas do saber; segundo, da teoria dos sistemas, em especial a partir dos aportes de Ernesto Grün (visão sistêmico-cibernética do Direito), Niklas Luhmann (inserido numa teoria da sociedade e do Direito como sistema autopoietico) e Gunther Teubner (também adepto da perspectiva autopoietica do Direito, reconhecadora, porém, do pluralismo normativo e de autopoieses parciais nos sistemas sociais); terceiro, de conceitos e institutos do Direito Processual Civil, dando relevo aqui ao que representam para os operadores do Direito o processo judicial e, em especial, a decisão do juiz no que diz com os efeitos “econômicos” gerados pelo processo e pela decisão judicial no âmbito econômico-financeiro dos litigantes; quarto, da Hermenêutica Filosófica como condição de possibilidade da compreensão do Direito e, em especial, da decisão judicial. Isso tudo implica, por sua vez, discutir globalização, Direito e mercado; teoria dos sistemas e pluralismo normativo; contingência e risco; economicidade do processo judicial e teoria da decisão (afinal de contas, o advogado, ao provisionar demandas contingentes - atendendo às normas internacionais de contabilidade, normas estas originadas, no mais das vezes, “fora” do Estado -, necessita raciocinar “como” os juízes raciocinam).

1.2 Considerações Breves sobre Interdisciplinaridade como um “Transformador” entre os Diversos Discursos sobre o Direito

É de Marcelo Neves²³ a afirmação de que, quando se trata de pesquisa interdisciplinar, há um “discurso consensual” de que “a interdisciplinaridade é importante e, de certa maneira, indispensável ao desenvolvimento da ciência, teoria e prática”. E isso, segundo Neves, “também vale no âmbito do direito²⁴”.

O problema, porém, são as incongruências a respeito do que significa a própria interdisciplinaridade. Daí a ideia de que é possível falar de um “paradoxo da interdisciplinaridade”: “a convergência em torno de sua relevância, e mesmo indispensabilidade, não exclui o problema da dificuldade de sua operacionalização em face da pretensão de autonomia das diversas disciplinas e mesmo por força de tendências ao imperialismo disciplinar²⁵”.

Ao menos no âmbito da pesquisa jurídica brasileira, é possível, segundo Marcelo Neves, verificar três riscos com relação à interdisciplinaridade, ou seja, três “confusões” que podem ocorrer com relação ao ponto: a) a confusão da interdisciplinaridade jurídica com o enciclopedismo jurídico; b) a confusão da interdisciplinaridade com o imperialismo disciplinar; e c) a confusão da interdisciplinaridade com a metadisciplinaridade²⁶.

Pois bem. Quando a interdisciplinaridade significa um somatório de conhecimentos (dos mais variados) sobre o Direito, estamos diante da confusão interdisciplinaridade/ enciclopedismo, o que vem relacionado com o “bacharelismo²⁷”, caracterizado por um

²³ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 207.

²⁴ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 207.

²⁵ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 207. -209.

²⁶ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 207.

²⁷ “Entende-se por bacharelismo a situação caracterizada pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país. Diversamente do que se poderia depreender sem mais aquelas, não se trata de invenção tupiniquim. Historicamente, é uma espécie de fenômeno político-social que, entre nós, deita raízes em Portugal, tendo sido significativa a participação de juristas nos Conselhos da Coroa desde os primeiros passos da estruturação do Estado português. Obra de juristas foi a justificação da posse do trono ao mestre de Avis, cabendo também a eles delimitar as fronteiras entre os bens do príncipe e a coisa pública, com forte no direito

“generalismo” havido como conhecimento “abrangente” de várias esferas das ciências e das humanidades que acaba por ser superestimado. Assim, diz Neves, “Conhecimentos de economia, psicologia, ciências sociais, filosofia, literatura, matemática, etc. sobrepõem-se num amontoado de informações quantitativamente impressionantes, como se tudo isso pudesse levar a uma melhor compreensão do direito e dar-lhe maior relevância social”. Na verdade, o que daí decorre é um superficialismo generalizado, de pouca relevância prática e pouco significado teórico para as diversas áreas do saber²⁸.

O segundo risco, ou confusão, é o de que podem vir a se desenvolver, em nome do discurso da interdisciplinaridade, formas de imperialismo disciplinar no âmbito do direito. Assim, sob o rótulo da interdisciplinaridade, superestima-se o papel da análise econômica do Direito (vide *Law and Economics*²⁹), subordinando os critérios do Direito a uma racionalidade puramente econômica que desconhece qualquer racionalidade jurídica específica. Como diz Marcelo Neves, “não se trata de uma intermediação de racionalidade econômica e

romano. A exemplo de outros países, também no Brasil, os bacharéis de direito tiveram papel fundamental na estruturação do Estado, ocupando os mais importantes cargos públicos e espraiando-se por todos os poderes, seja no Império, seja na República. De fato, à exceção, talvez, de alguns revezamentos com a aristocracia de farda, os bacharéis, guiados pelos ideais da Revolução Francesa, estiveram metidos em praticamente todos os grandes acontecimentos políticos da história brasileira”. Kozima, J.W. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In Wolkmer, A.A.C. (2000). *Fundamentos de história do direito*. 1. ed. 2. Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, p. 240. No que se refere ao ensino jurídico, apesar da importância dos bacharéis de direito para a construção do Estado Nacional, na prática, as faculdades de direito prestaram-se mais a distribuir o *status* necessário à ocupação de cargos públicos de um quadro burocrático. Esse já se expandia, que a propiciar efetivamente a formação de uma elite intelectual razoavelmente coesa e preparada. Kozima, J.W. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In Wolkmer, A.A.C.(2000). *Fundamentos de história do direito*. 1. ed. 2. Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, p. 239.

²⁸ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 208.

²⁹ No âmbito do Direito, cada vez mais se percebe a influência da chamada Análise Econômica do Direito, defendida, entre outros, por juristas do porte de Richard Posner e Guido Calabresi. No Prefácio à edição brasileira de seu livro “A economia da justiça”, Richard Posner defende a necessidade de submeter o Direito à economia. Para Posner, “O positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional representam os dois extremos na antiga controvérsia sobre a discricionariedade judicial. A teoria econômica (...) representa uma posição intermediária. De acordo com ela, os juízes exercem e devem exercer a discricionariedade. Esta, porém, deve seguir os ditames de uma teoria econômica aplicada ao direito: a chamada ‘análise econômica do direito’ ou ‘direito e economia’ (*law and economics*)”. Posner, R. A. (2010). *A economia da justiça*. Trad. Evandro Ferreira da Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. XI-XII. Consultar também: Calabresi, G. (1970) *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press.

racionalidade jurídica, em favor de uma prática jurídica mais adequada economicamente, mas sim de ‘imperialismo econômico’ ou colonização econômica do direito³⁰”.

Dito imperialismo disciplinar ocorre também com relação às análises política e sociológica do Direito. Com relação à política, veja-se a tradição de considerar o Direito um “epifenômeno” do poder ou ideologia política, cujo exemplo se pode encontrar no movimento *critical legal studies*, que leva ao imperialismo político, à colonização política do direito. Quanto à segunda, a análise sociológica do Direito, observe-se a tendência da sociologia jurídica de, ao invés de fazer uma mediação entre sociologia e dogmática jurídica, transformar o conhecimento sociológico do direito em padrão último da prática jurídica: é o imperialismo sociológico ou a colonização social do direito³¹.

Uma das consequências com relação a tais confusões é a de que a dogmática jurídica, campo do saber destinado à autorreflexão do Direito, dentro do qual se procuram definir as “condições do juridicamente possível”, passa a ser vista como prescindível. Ao mesmo tempo, desconsidera a própria diferenciação do direito como “campo de ações e vivências dentro da sociedade³²”. Daí a necessidade de uma dogmática jurídica que, sensível, tenha uma postura “altamente seletiva”, como ensina Marcelo Neves, face às exigências e dos conhecimentos econômicos, políticos e sociológicos que pretendem dar validade no campo jurídico³³.

O outro risco diz respeito a confundir interdisciplinaridade com metadisciplinaridade. Isso ocorre quando se procura um metadiscurso ou uma metanarrativa capazes de impor, de cima, limites e formas de intercâmbio entre áreas do saber referentes ao Direito. Para Neves, “A esse modelo subjaz uma forma de holismo simplificador, que não leva a sério a diversidade de perspectivas de observação da sociedade, caracterizadas por uma forte conflituosidade em suas pretensões teóricas e práticas”.

³⁰ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 209.

Uma ótima crítica a essa visão do imperialismo econômico sobre o Direito pode ser encontrada em Rosa, A.M.; Aroso, Linhares, J.M. (2009). *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

³¹ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 209-210.

³² Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 210.

³³ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p.210.

Dita confusão aparece, sobretudo, na forma de “metadiscursos pretensamente filosóficos, caracterizados pela esterilidade teórica e prática para o direito”³⁴. Essa “simplificação” propõe uma instância discursiva que, sem levar em conta a complexidade e conflituosidade da relação entre o direito e outros fenômenos sociais e sem considerar a autonomia dos campos do saber referentes ao direito, insiste em determinar, autoritariamente, como esses diversos campos devem definir os seus limites e relacionarem-se uns com os outros³⁵.

Qualquer pesquisa interdisciplinar – caso desta tese – deve pressupor, portanto, a pretensão de autonomia dos distintos campos do saber nela envolvidos, como ensina Marcelo Neves. Cada um desses campos aborda problemas e oferece soluções de acordo com critérios próprios. Por isso, a interdisciplinaridade não nega a autonomia disciplinar, baseada em necessidades e racionalidades próprias dos respectivos campos do saber, mas sim fortificá-la.

Para Neves, “a interdisciplinaridade é um espaço fluido e instável de comutação discursiva. Nela, o sentido originário de um discurso atravessa um transformador para ser compreendido e ganhar sentido no âmbito de um outro discurso”³⁶. A interdisciplinaridade, assim, permite que a linguagem da economia, da política ou da sociologia seja compreendida e ganhe sentido no âmbito da dogmática jurídica e vice-versa, o que, segundo Neves, “fortifica a adequação recíproca e uma certa cooperação num ambiente de conflituosidade disciplinar, sem que as respectivas pretensões de autonomia sejam negadas”³⁷.

A interdisciplinaridade funciona como um “transformador” entre os diversos discursos sobre o Direito. A partir daí, as distintas esferas do saber se enriquecem conceitualmente e ganham mais capacidade para solucionar os problemas que surgem. A dogmática jurídica, nesse aspecto, deve estar disposta a se abrir aos influxos e às pressões da análise econômica, política ou sociológica do Direito. Isso faz com que se tenha uma maior capacidade teórica e

³⁴ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p.210

³⁵ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p.210-211.

³⁶ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 211-212.

³⁷ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 212.

prática de enfrentar os problemas que se apresentam, oferecendo soluções mais apropriadas que um modelo formalista, insensível à interdisciplinaridade, poderia ofertar³⁸.

Em síntese, a interdisciplinaridade possibilita que a linguagem de um campo do saber seja traduzida e compreendida noutro campo do saber, tornando-a relevante neste campo. Isso, porém, não dispensa a definição das fronteiras dos distintos campos do saber, pois não há interdisciplinaridade sem autonomia disciplinar. Como ensina Marcelo Neves, utilizando a teoria dos sistemas, a interdisciplinaridade é uma “forma específica de acoplamento estrutural entre duas disciplinas”, havendo várias interdisciplinaridades, conforme os campos do saber que se relacionam, como, por exemplo, a dogmática jurídica e a análise econômica do Direito ou dogmática jurídica e sociologia jurídica. Como forma de acoplamento estrutural³⁹, a interdisciplinaridade facilita interpretações sem atingir a autonomia operacional dos respectivos campos do saber, mas, antes, fortificando-a⁴⁰.

1.3 Os Cortes Epistemológicos da Teoria do Direito ou: as “Três Matrizes” da Teoria Jurídica

A teoria jurídica contemporânea possui um traço marcante: a preocupação em encontrar fundamentos demonstrativos no sentido de que o Direito pode ser verdadeiramente enquadrado como uma ciência. Desde Kelsen, passando por Hart, até a teoria sistêmica, que tem como um de seus expoentes Niklas Luhmann (não se pode esquecer aqui de Ernesto Grün e de Gunther Teubner), a teoria jurídica procurou, sob diferentes categorias de “estilo

³⁸ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 212.

³⁹ O conceito de acoplamento estrutural será visto adiante.

⁴⁰ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 212. Defende o entendimento do filósofo alemão Wolfgang Welsch: o uso da “razão transversal”, que “não vem de cima, impondo aos diversos discursos uma supra-racionalidade”. Ao observar a pretensão de autonomia e racionalidade particular dos diversos discursos, “sugere-lhes transversalmente o respeito e o aprendizado recíprocos. Sendo assim, a razão transversal da interdisciplinaridade rejeita tanto o ‘imperialismo disciplinar’ quanto o ‘autismo disciplinar’ com relação ao direito”. Consultar: Welsch, W. (1996) *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp; Welsch, W. *Gesellschaft ohne Meta-Erzählung?* In: Zapf, W. (Hg.).(1991).*Die Modernisierung moderner Gesellschaften: Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main 1990*. Frankfurt am Main; New York: Campus, p. 174-184.

científico” ou “campo de racionalidade”, construir um estatuto de cientificidade para o Direito⁴¹. Leonel Severo Rocha identifica três “cortes epistemológicos” ou “matrizes” epistemológicas da teoria jurídica: a filosofia analítica, a hermenêutica jurídica e a teoria pragmático-sistêmica⁴². Em síntese, a matriz analítica tem como principais expoentes as figuras de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito) e Norberto Bobbio (Ciência do Direito e Análise da Linguagem), que procuraram basear a ciência do Direito em um projeto de construção de uma linguagem rigorosa, separando o Direito da ciência do Direito. É uma matriz centrada primordialmente nos aspectos descritivos e estruturais do Direito, mantendo, no tocante aos seus aspectos políticos, uma visão de neutralidade, por se enquadrar no tipo de Estado liberal clássico, não interventor⁴³.

Na síntese precisa de Norbert Rouland, para Kelsen, uma ciência autêntica do Direito deveria evitar sincretismos com outras disciplinas, em especial a sociologia, que seria muito fraca para trazer respostas positivas às questões levantadas pela vida das normas. O jurista, por isso, tem de se ocupar com normas vigentes, efetivas, devendo ficar “resolutamente neutro”. Para poder dizer o que é o Direito basta examinar o produto de suas fontes, sempre organizadas hierarquicamente, desde uma “norma fundamental”, passando pela constituição, pela lei, até os mais modestos atos jurídicos infralegislativos⁴⁴. A matriz analítica kelseniana, assim, recusa qualquer abordagem intercultural, permanecendo alheia à ideia de pluralismo e identificando, por sua vez, Direito e Estado⁴⁵.

Já a matriz hermenêutica - que teve como colaboradores Herbert Hart (“O Conceito de Direito”) e seu polemizador, Ronald Dworkin (em especial, “Levando os direitos a sério” e “O império do Direito”) – pode ser entendida como uma das respostas para a crise da matriz analítica, que permite compreender o Direito como algo além da regra (aqui se prefere utilizar o termo “regra” ao invés de “norma”). A hermenêutica, portanto, é uma matriz mais atual que

⁴¹ Rocha, L.S. (1999) Três matrizes da teoria jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos.

⁴² Rocha, L.S. (1999) Três matrizes da teoria jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, p. 122.

⁴³ Rocha, L.S. (2005) *Epistemologia jurídica e democracia*. 2.ed. São Leopoldo: Unisinos, p. 86.

⁴⁴ Rouland, N. (2008). *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 403.

⁴⁵ Rouland, N. (2008). *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 404.

a da filosofia analítica, voltando-se para as instituições sociais e se abrindo para o Estado interventor⁴⁶. Ela se apresenta como uma tentativa de manter a estrutura normativa, ampliando as suas fontes de produção de sentido⁴⁷.

A teoria dos sistemas, por sua vez, tem proporcionado a configuração de um novo “estilo científico” mais apto à compreensão das sociedades complexas, situando-se no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade.⁴⁸ Em relação a essa matriz, é fundamental a advertência feita por Leonel Severo Rocha:

O problema do Direito, e não só o brasileiro, é que ele é uma estratégia de imposição de certos valores consagrados que se quer que se repitam empiricamente em situações semelhantes no futuro. Temos Direito quando temos algo que se repete ou quando, por exemplo, no Direito Comparado, há um país que decidiu da mesma maneira. Quando alguém já decidiu a mesma coisa, antes, num outro tribunal, é excelente para o jurista. Se isso foi dito no Direito Romano há mais de mil anos, melhor ainda. Se algo foi dito há mil anos, excelente para o jurista, porque há uma racionalidade de acordo com a qual, para enfrentar o presente, a complexidade obriga a sempre buscar no passado a resposta. A isso se chama de dogmática jurídica, o pensamento estabelecido no passado que, de alguma maneira, tem a pretensão de controlar o futuro, já que apresenta respostas, antecipadamente, para situações que ainda não aconteceram, mas, se acontecerem, já há um sentido preestabelecido a partir da lei para identificar essas situações. O Direito é todo um sistema social, e a teoria de Luhmann convida a fazer esse tipo de observação, espetacularmente voltada para a negação da diferença, para a negação do futuro, no sentido de que aquilo que está no futuro já está determinado no passado. Isso vai gerar uma série de vantagens, uma vez que se pode ter um critério de observação sociológico melhor sobre o Direito⁴⁹.

A matriz sistêmica é a que será melhor analisada/descrita, aprofundada neste momento partir dos estudos de Ernesto Grün, Niklas Luhmann e Gunther. Posteriormente, será trabalhada a matriz hermenêutica na perspectiva de Ronald Dworkin e, em especial, da Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, tematizadas no Direito brasileiro por Lenio Luiz Streck, obra também abordada.

⁴⁶ Rocha, L.S. (1999) Três matrizes da teoria jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, p. 129.

⁴⁷ Rocha, L.S.; Schwartz, G.; Clam, J. (2005). *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 187.

⁴⁸ ROCHA, L.S. Três matrizes da teoria jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 132.

⁴⁹ ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G. e CLAM, J. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 195.

1.4 Considerações Básicas sobre Teoria dos Sistemas a partir de Grün, Luhmann e Teubner

Partindo da ideia de Marcelo Neves, no sentido de que a interdisciplinaridade acopla estruturalmente distintos campos e fortalece a autonomia operacional dos diversos ramos do saber, descreve-se a teoria dos sistemas, enfoque que possibilita compreender a visão interdisciplinar do Direito e dos demais sistemas sociais. A descrição a seguir terá por base os estudos de Ernesto Grün, Niklas Luhmann e Gunther Teubner.

1.5 A Visão Sistêmica e Cibernética do Direito em Ernesto Grün

Há cerca de 60 anos, pelo que relata Ernesto Grün⁵⁰, começou-se a ver que os mundos físico, o biológico e o social formavam uma unidade, não se admitindo uma hierarquia científica entre eles, mas sim uma grande interdependência. Surgiu, assim, o enfoque sistêmico com a Teoria Geral dos Sistemas, reorientando o pensamento e a visão de mundo, resultantes da introdução do sistema como novo paradigma científico⁵¹.

O desenvolvimento do novo paradigma se deve ao fato de que o mundo entrou na era da “Sociedade Pós-industrial”: uma sociedade que não se baseia na produção agrícola ou pecuária nem na industrial, características de eras anteriores, mas, sim, em “serviços”. Os

⁵⁰ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 17-18. Na verdade, Ernesto Grün fala em “quarenta anos”. Ocorre que a obra de Grün já tem uma defasagem de quase vinte anos (é de 1995); razão pela qual a quantidade de anos é atualizada no presente trabalho por conta própria.

⁵¹ Sobre a problemática do paradigma como conjunto de princípios e teorias aceitas sem discussão pela comunidade científica, consulte-se: Kuhn, T.S. (1998) *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira; revisão: Alice Kyoto Miyashiro; produção: Ricardo W. Neves e Adriana Garcia. São Paulo: Perspectiva. Também sobre o ponto, trabalhando a questão do paradigma dominante, sua crise “profunda” e “irreversível”, e o paradigma emergente. Ver: Santos, B.S. (2002). *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Porto: Afrontamento.

principais problemas não são os que dizem respeito à natureza ou às máquinas, senão aos seres humanos. O sistema sociocultural foi “sacudido” por uma “onda” (a “terceira onda”, de que nos fala Alvin Tofler) incessante de mudanças sociais, que tornam difícil a criação de normas como as que, habitualmente, guiam e ordenam as condutas humanas. Surgem daí os problemas que se projetam nas relações, já que a sociedade pós-industrial se baseia na informação, colocando situações e problemáticas totalmente novas.

Na era industrial, na era da “máquina”, o paradigma baseava-se em crenças distintas das da idade pós-industrial: primeiro, que seria possível entender completamente o mundo; segundo, que esse entendimento se poderia realizar mediante o método analítico, “desarmando” em partes o que se quer entender, tratando de explicar o comportamento das partes separadas e “amalgamando” o entendimento das partes em um entendimento de totalidade⁵².

Daí os “princípios básicos” do mecanicismo, como refere Grün⁵³: o reducionismo, o método analítico e o determinismo. O primeiro implicava reduzir tudo a elementos últimos, irreduzíveis, a partir dos quais se explicava o restante. Desde os gregos até os nossos dias, pensava-se que tais elementos eram, na física, o átomo; na biologia, a célula; na sociedade, o indivíduo. Os recentes descobrimentos, em todos esses campos, demonstraram, porém, a falsidade da existência desses elementos últimos (vide a física moderna). O determinismo, por sua vez, é a crença de que todos os fenômenos se explicam por relações de causa e efeito. Pela causa se intentava explicar o efeito, excluindo qualquer influência do meio-ambiente e ignorando que, sobre todos os fenômenos, incidem múltiplas causas; eles não são produto de uma só dessas causas.

Ao finalizar a Segunda Guerra Mundial, reconheceu-se que algo se passava, pois começou-se a ver que, quando se analisava um sistema, suas propriedades essenciais se perdiam. Então, concluiu-se pela necessidade de um pensamento sintético para explicar o comportamento de um sistema, destacando-se a importância da “função”, em detrimento da “estrutura”. Em outras palavras, a pergunta passou a ser: por que o sistema funciona de uma determinada maneira?

Para Ernesto Grün, isso não significou descartar o método analítico, porque análise e síntese são complementares, e o pensamento sistêmico inclui ambos. A ideia de

⁵² Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 19-20.

⁵³ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 20-21.

reducionismo, então, se complementa com a de expansionismo, ou seja, a compreensão da totalidade deriva do entendimento das totalidades maiores das quais aquela é parte. O entendimento progride, assim, desde as totalidades até as partes. Ao fim, entendeu-se que a relação causa/efeito é só uma das possibilidades de observar a interação entre os elementos de um sistema⁵⁴.

Por meio dessa mudança de paradigma, conseguimos começar a ver o mundo em uma forma mais de acordo com a realidade; uma realidade composta tanto no âmbito físico, como no biológico ou no social, por sistemas de grande complexidade. A sociedade, pois, é altamente complexa, ou seja, tem muitas possibilidades diferentes de manifestação. Na sociedade, como afirma Leonel Severo Rocha, “pode acontecer tudo aquilo que pode acontecer. Tudo que se pode imaginar e observar pode acontecer. Porém, para se criarem certos sentidos perante esse excesso de possibilidades, surgiram, na sociedade, nesse processo de enfrentamento da complexidade, sistemas⁵⁵”. A mudança de paradigma representa, assim, uma modificação da estrutura que percebemos no mundo, atenta ao que constitui o pano de fundo de toda investigação científica, determinando seus alcances. O mundo, então, se converteu em um emaranhado de sistemas complexos. Basta ver, nesse aspecto, os efeitos complexos de retroalimentação produzidos nos âmbitos social, político, jurídico e econômico pelas crises econômicas, por exemplo⁵⁶.

Na sociedade global, essa complexidade pode ser vista na economia, que estende suas redes para além de qualquer limite territorial, ou mesmo nos ambiente físico e biológico, que fizeram necessário o estudo ecológico deste último, por exemplo. E disso tudo o Direito, à evidência, não resultou alheio. O ordenamento jurídico, aliás, é uma construção de “alta complexidade estruturada”. Complexidade, nesse sentido, entendida como “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permite o estabelecimento de uma relação de sentido”⁵⁷, o que, no caso do Direito, nas palavras de Niklas Luhmann, “significa

⁵⁴ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 21-22.

⁵⁵ Rocha, L.S.; Schwarz, G.; King, M. (2009) A verdade sobre a autopoiese no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19.

⁵⁶ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 23-24.

⁵⁷ Luhmann, N. (1983). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 12-13.

considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas, sempre que relacionadas ao direito de forma sensível, como, por exemplo, ao se ocultarem.”⁵⁸

A complexidade de um sistema, por sua vez, é sempre uma complexidade estruturalmente possibilitada, contingente. A estrutura do sistema depende de sua complexidade. Assim, diz Luhmann,

Sistemas simples têm necessidades estruturais diferentes de sistemas mais complexos, mas também possuem menos possibilidades de erigir e manter estruturas relevantes enquanto pressupostos de outras possibilidades estruturais. Sociedades simples, por exemplo, possuem um direito tradicionalmente determinado, concebido em termos relativamente concretos. No decorrer do desenvolvimento social em direção à complexidade mais elevada, o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abranger situações heterogêneas, tem que ser modificável através de decisões, ou seja, tem que tornar-se direito positivo. Nesse sentido formas estruturais e graus de complexidade da sociedade condicionam-se reciprocamente⁵⁹.

O Direito, bem por isso, exerce uma função decisiva no alcance de uma complexidade mais alta e estruturada em sistemas sociais⁶⁰ e deve ser visto como estrutura, ao passo que a sociedade, como sistema. E isso tudo numa relação de interdependência recíproca.⁶¹ Falar, hoje, em Direito significa falar em uma estrutura complexa não manipulada empiricamente, realisticamente, que a todo o momento encontra-se sob a prova de uma expansão em decorrência da necessidade de atender aos reclames de uma sociedade complexa. O Direito reflete, portanto, as condições da sociedade.

Os sistemas jurídicos que antes podiam ser manejados de forma empírica e quase intuitiva, na visão da tradição e do costume, se tornaram complexos e amplos. Hoje estão entrelaçados, não existindo como entidades “discretas”. Assim é que a atividade legislativa

⁵⁸ Luhmann, N. (1983). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 12-13.

⁵⁹ Luhmann, N. (1983) *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 15. Para Luhmann, a sociedade moderna se distingue pela alta complexidade. A supercomplexidade, por um lado, envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), há uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos. Neves, M. (2006). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, p. 16. Também: Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 114-115.

⁶⁰ Luhmann, N. (1983) *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 13.

⁶¹ Luhmann, N. (1983) *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 15.

assumiu proporções inimagináveis; nasceram novos ramos do Direito (Direito Ambiental, por exemplo) e novas instituições supranacionais (Organização das Nações Unidas, Comunidade Europeia, Mercosul e outras), fazendo com que tenha de se rever o modo de enfocar o jurídico em sua relação com outros sistemas, especialmente o social, o econômico e o ecológico.

Daí a utilidade da teoria sistêmica que, implicando uma visão totalizadora e holística, enfoca a realidade a partir de distintos ângulos, permitindo trabalhar inter e transdisciplinarmente, possibilitando ao jurista “descer” do “paraíso dos conceitos” e passar a atuar em consonância com científicos e técnicos de outras disciplinas⁶².

1.6 A Noção de Sistema e a Necessidade da Aquisição de uma “Visão Sistêmica”

Sistema, segundo Ernesto Grün⁶³, é uma entidade autônoma dotada de uma certa permanência e constituída por elementos inter-relacionados que formam subsistemas estruturais e funcionais. Ele se transforma dentro de certos limites de estabilidade, graças a regulações internas que permitem, a ele, adaptar-se às variações do seu ambiente específico. O conceito de sistema, porém, não está limitado a “entidades materiais”; ele se aplica a “qualquer todo” que consista de componentes que interatuem.

A condição prévia do uso adequado da noção de sistema é a aquisição de uma “visão sistêmica” (não “sistemática”, coisa distinta), que é não-reducionista. Veja-se: o reducionismo, como dito, busca encontrar o comum, subjacente na diversidade, referindo-o a uma substância comum. Ao proceder dessa maneira, porém, se elimina o essencial a qualquer estrutura, como diz Grün: a organização do material em módulos que funcionam⁶⁴. Já a Teoria Geral dos Sistemas (TGS) não os estuda a partir de seus elementos básicos ou últimos, mas de suas organização interna e inter-relações recíprocas, seus níveis hierárquicos, sua capacidade de variação e adaptação, sua conservação de identidade, a autonomia, a relação entre seus elementos, suas regras de organização e crescimento, sua desorganização e destruição. Uma

⁶² Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 23-24.

⁶³ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 27.

⁶⁴ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 28.

das virtudes da TGS é tratar os sistemas sem prescindir de suas relação com o ambiente, mantendo as conexões internas e externas de seus elementos⁶⁵.

A ideia básica é a de que o “todo” é mais que a soma de suas partes, pois as características constitutivas desse “todo” não são explicáveis a partir das características das partes isoladas. O todo é outra coisa, portanto, que a soma das partes. E é mais porque a entidade de nível superior possui outras capacidades que as partes que o compõem. Explicamos nas palavras de Grün: “pense-se no pão: suas partes são água, levedura, farinha, sal etc. Como totalidade, porém, é algo distinto e tem outras capacidades e propriedades que os ingredientes com os que o fazemos⁶⁶”.

Como “modelo”, o sistema é um modelo estrutural-funcional, pois a realidade se apresenta a nós sob dois aspectos complementares inseparáveis: o estrutural-estático e o funcional-dinâmico. Assim, por um lado, o sistema é “objeto”: estrutura de elementos que pode ser percebida como um conjunto em um determinado momento; tem uma forma (*gestalt*). Suas estruturas correspondem a interconexões definidas de subsistemas e elementos entre si. Por outro lado, sistema é modelo: reflete a natureza funcional-dinâmica dos sistemas reais, cumpre funções. Esse caráter funcional reflete o fato de os sistemas reais se manifestarem pelo desenvolvimento de um número de processos coordenados entre si. O aspecto funcional do sistema, então, permite usá-lo como modelo básico para a descrição dinâmica de sistemas reais⁶⁷. Para Grün, é esse duplo aspecto (estrutural-estático e funcional-dinâmico) que permitirá o estudo coordenado de suas variações e transformações através do tempo e, portanto, a previsão. Daí sua importância para a ciência, que tem por função – e uma das mais importantes nesse sentido – “prever o futuro” na forma mais certa possível⁶⁸.

⁶⁵ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 28.

⁶⁶ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 28-29.

⁶⁷ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 29-30.

⁶⁸ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 30-31.

1.7 Subsistema, Sistemas Fechados e Sistemas Abertos, Ambiente, Autonomia e Autopoiese

Um sistema comporta partes, que são subsistemas funcionais e estruturais. A existência de um subsistema é possível e se justifica somente dentro de um sistema e em relação com outros subsistemas. Subsistemas estão constituídos por subsistemas mais especializados e diferenciados. As estruturas de um sistema correspondem a interconexões definidas de subsistemas e elementos entre si. Seus processos e estruturas são hierarquizados e, no geral, às subestruturas dos subsistemas correspondem subfunções. Cada sistema tem estrutura e funcionalidade próprias, cujo ambiente imediato é o sistema do qual é parte⁶⁹. O comportamento de um sistema está condicionado essencialmente à interação de seus subsistemas ou de uma grande parte deles e não à soma de suas ações independentes⁷⁰.

Há sistemas fechados e sistemas abertos. Os fechados funcionam independentemente do ambiente (entorno) e não admitem interferências ou intercâmbios com o exterior. Os sistemas abertos, ao contrário, têm seu funcionamento vinculado ou inter-relacionado com o entorno. Para a TGS, não há sistemas totalmente fechados, como adverte Ernesto Grün⁷¹. O entorno de um sistema, o seu “ambiente”, é o “universo inteiro”. Na prática, porém, só é realmente significativa aquela “parte do universo” com a qual o sistema mantém intercâmbios de certa importância e de maneira mais frequente. Daí vem a distinção entre “entorno significativo” e “ambiente”: o “entorno” é um sistema mais amplo, um “meta-sistema”.

A identificação de um sistema depende de uma “decisão individualizadora”, fundada em razões práticas, que o distingue do entorno. Dito de outro modo: trata-se de uma “fronteira” entre o sistema e o entorno⁷².

Todos os sistemas são autônomos, pois são “guiados” por leis internas próprias. Isso, porém, se dá até certo limite, porque a autonomia é relativa e não absoluta. Por isso, o uso adequado da noção de sistema pressupõe: a) perceber a natureza de sua entidade como distinta

⁶⁹ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 31.

⁷⁰ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 32.

⁷¹ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 32.

⁷² Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 32-33.

do resto do universo (distinguir o sistema do seu entorno); b) reconhecer sua funcionalidade própria; c) apreciar, corretamente, a dependência que o sistema tem do ambiente e a natureza precisa dessa dependência; d) perceber e compreender a complexidade interna do sistema e a organização dessa complexidade; e) descobrir seus caracteres dinâmicos⁷³.

E o que dizer da *autopoiesis*? Bem, para que se possa falar algo a respeito, com diria Grün, deve-se recorrer a Niklas Luhmann, sociólogo alemão, que, seguido de Gunther Teubner, considera o sistema jurídico moderno como autopoietico. Em síntese, um sistema autopoietico (adiante, trabalhar-se-á melhor essa perspectiva) pode ser considerado uma máquina organizada como uma rede de processos para produzir componentes. Esses, por suas contínuas interações e transformações, incessantemente regeneram a rede de processos destinados a produzirem componentes. Dessa maneira, dá à máquina uma unidade especial definida. Diferentemente de uma máquina “alopoietica”⁷⁴ (por exemplo, um automóvel), no qual o produto é diferente de si mesmo, o produto de uma máquina “autopoietica” não é outra coisa que ela mesma. Veja-se o caso de uma célula, que pode ser definida pela autogeração⁷⁵.

Um sistema autopoietico não tem *inputs* e nem *outputs*. Pode receber “choques” exógenos, perturbações, mas elas não atuam como informação que contribua para programar o sistema. Tais perturbações, “irritações”⁷⁶, somente provocam reações compensadoras internas, a fim de manter invariável o equilíbrio homeostático do sistema. É a coerência interna do sistema que determina seu desenvolvimento. Produz-se o que se denomina “clausura operacional”. Para Grün, no entanto, os sistemas autopoieticos não estão isolados; podem se relacionar com outras entidades autopoieticas. Assim, do ponto de vista jurídico, o paradigma autopoietico, segundo Ernesto Grün, não seria aplicável aos sistemas jurídicos⁷⁷.

⁷³ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 33.

⁷⁴ Sobre alopoiese no Direito: Neves, M. (2007). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, p. 140 e ss.; Neves, M (2009) *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, p. 42-51.

⁷⁵ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 34-35. O conceito de autopoiese é de Humberto Maturana e Francisco J. Varela. Maturana, H.; Varela, F. (1973). *De máquinas y seres vivos*. Santiago de Chile: Universitaria.

⁷⁶ O modelo de Luhmann identifica movimentos especiais de irritações entre os subsistemas sociais. A autonomia autopoietica do Direito é distinta dos processos analisados pela sociologia tradicional, que destaca a influência das variáveis sociais na constituição do Direito. Há dupla via na interação desses elementos, e o Direito produz “realidade social” (Marcelo Neves). Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 121.

⁷⁷ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 35.

1.8 Introduzindo a Cibernética

Intimamente ligada à Teoria Geral dos Sistemas, a cibernética “se ocupa del estudio del mando, del control, de las regulaciones y del gobierno de los sistemas”⁷⁸. O que estabiliza e coordena o funcionamento de sistemas complexos (como os seres vivos ou as sociedades, ou um “canhão”, pois a cibernética nasceu da invenção bélica) e lhes permite fazer frente às variações do ambiente e apresentar um comportamento mais ou menos complexo é o controle. O controle permite ao sistema selecionar os ingressos (*inputs*) para obter certos egressos (*outputs*) predefinidos. Esse controle está composto por uma hierarquia de regulações inter-relacionadas que têm como função a “arbitragem” entre elas. A regulação é constituída por mecanismos que permitem ao sistema manter seu equilíbrio dinâmico e alcançar ou manter um estado⁷⁹. Daí a importância do conceito de “retroalimentação” (*feedback*).

A retroalimentação parte do princípio de que os elementos de uma totalidade sistêmica devem comunicar-se entre si para desenvolver inter-relações coerentes. Sem isso, não há ordem, e sem ordem, não há totalidade, o que vale para sistemas físicos, biológicos e sociológicos. A retroalimentação é negativa quando sua função consiste em conter ou regular “el cambio-fuerza estabilizadora” (como o termostato); será positiva “si amplifica o multiplica el cambio en una dirección determinada fuerza desestabilizadora” (como a corrida armamentista). A retroalimentação negativa diminui, mas a positiva aumenta os desvios do sistema do que se pode admitir como seu ganho adaptativo ou meta viável. Há ainda a retroalimentação compensada, produzida quando um regulador exerce, alternadamente, retroalimentações positivas ou negativas, segundo as necessidades de manutenção da estabilidade dinâmica do sistema ou subsistema regulado⁸⁰.

O processo de retroalimentação pode ser explicado a partir do exemplo de Grün: tomemos como ejemplo un termóstato empleado en una heladera o aparato de aire acondicionado. El se encarga de decidir cuándo encender o apagar el motor para alcanzar una determinada temperatura, manteniéndola en consecuencia más o menos uniforme. Existe un lazo de retroalimentación cuyo objetivo es mantener el interior a

⁷⁸ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 37.

⁷⁹ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.37-38.

⁸⁰ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.38.

temperatura baja. El lazo de retroalimentación es un lazo de comunicación que transporta información acerca de la diferencia entre el valor de referencia y los valores actuales⁸¹.

1.9 O Enfoque Sistêmico-Cibernético do Direito

A Teoria Geral de Sistemas permite ver a realidade social como um sistema. Dentro desse sistema se encontra “localizado”, como um de seus múltiplos subsistemas, o subsistema “Direito”. Esse sistema social, por sua vez, está localizado dentro de um sistema mais amplo, o ecológico, que, por seu turno, se encontra dentro de um sistema ainda mais amplo, que é o sistema planetário, e assim por diante.

O conjunto de normas, definições, atos, “critérios de decisão” que constituem o Direito, por sua vez, pode ser enfocado como um sistema. Sistema que, por sua vez, se integra com subsistemas de distinta configuração, segundo Grün: subsistemas jurídicos, estaduais, municipais, administrativos etc. O Direito Internacional, por exemplo, como ensina Ernesto Grün, pode ser pensado como sistema do qual os diferentes sistemas jurídicos nacionais são subsistemas⁸². Os sistemas jurídicos nacionais podem ser considerados como sistemas centralizados, hierárquicos. Os sistemas hierárquicos, no entanto, caracterizam-se pela presença de reguladores, no caso dos sistemas sociais (humanos); controles que apontam para a consecução de metas. No caso do Direito, podemos constatar isso na atividade dos legisladores e juízes, por exemplo. De outro lado, o sistema jurídico, em seu conjunto, tem como função atuar como “um dos” principais reguladores do sistema social, mas não o único. Inclusive, talvez devamos começar a levar em consideração a função reguladora do Direito não somente sobre o sistema social, mas sobre o ecossistema de nosso planeta, leciona Grün⁸³. Em síntese, o sistema jurídico está inserido no sistema social; está dentro do sistema social e mantém múltiplas relações com diversos subsistemas.

Tanto a sociedade como o Direito, este subsistema da sociedade, são sistemas, o que não implica que sejam sistemas “perfeitos”. Ambos, direito e sociedade, têm muitas das

⁸¹ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 39.

⁸² Grün, E. (1995) *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 50.

⁸³ Grün, E. (1995) *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 51.

características gerais de um sistema, neste sentido: a) são feitos de partes, elementos interconectados (vejam-se, por exemplo, as normas); b) são dependentes de um “meta-sistema” significativo (a sociedade); c) apresentam algum comportamento coletivo ou global; d) apresentam algum tipo reconhecível de egressos a partir de ingressos característicos (leis, em sentido amplo, por exemplo); e) são capazes de manter sua própria organização interna durante algum período de tempo⁸⁴.

Ambos, sociedade e Direito, também apresentam aspectos cibernéticos. Veja-se: a) estão submetidos a realimentações positivas e/ou negativas provenientes do meio ambiente e também são capazes de exercer suas próprias realimentações; b) possuem variação interna, o que possibilita a eles se adaptarem e passar de um estado a outro; c) possuem controles que regulam as inter-relações entre suas partes (por exemplo, nos sistemas democráticos o esquema da divisão de poderes do Estado); d) possuem suas próprias regulações e reservas, o que confere a eles autonomia frente às flutuações do seu entorno⁸⁵.

Na visão de Ernesto Grün, o Direito, por ser cultural, é um sistema “aberto” que intercambia, de forma ativa, informação e se relaciona, combinando-se e interferindo, com outros sistemas. Daí a afirmação de que o conceito de sistema aberto funda uma aproximação interdisciplinar do fenômeno jurídico, que já não mais pode ser considerado como um sistema fechado de normas (nos moldes dogmáticos). Ou seja, o aporte de outras ciências humanas é indispensável. O direito, assim, transforma-se em um campo científico investido de interdisciplinaridade. O problema das teorias autopoieticas, segundo Grün, estaria no fato de que, sendo o sistema jurídico um sistema autopoietico, seria, então, praticamente fechado, produzindo somente realimentações internas (Luhmann, Teubner, entre outros).

O conceito de sistema aberto ou auto-organizado foi desenvolvido quando se buscou descrever as capacidades negaentrópicas de organismos que recebem a ordem do ambiente e transmitem, a ele, desordem. O conceito de sistema fechado ou autopoietico, porém, não contradiz aquele. Concerne, sim, à afirmação complementar de que a vida, a comunicação e a consciência, só são possíveis sob a base de um conjunto independente, do ponto de vista operacional ou informacional. Sistemas operacionalmente fechados, em razão da reprodução

⁸⁴ Grün, E. (1995) *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 51-52.

⁸⁵ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 52-53.

de suas operações, são orientados para si mesmos. Não podem, pois, operar para fora de si. E também não podem introduzir, em si, nenhuma operação do ambiente⁸⁶.

Grün defende a possibilidade de aplicar noções cibernéticas ao Direito que, segundo Norbert Wiener⁸⁷, considerado o “pai da cibernética”, pode ser definido como o controle ético da linguagem como forma de comunicação. Isso, principalmente, quando o aspecto normativo está sob controle de uma autoridade forte o suficiente para decidir sobre uma sanção social efetiva. Os problemas do Direito, para Wiener, podem ser considerados comunicacionais e cibernéticos, pois são de um controle ordenado e respeitável de situações críticas.

A palavra “cibernética” vem do grego *Kybernetés*, que era o timoneiro das antigas naus. Assim, o conceito está relacionado com o controle e o governo. Consequentemente, no âmbito jurídico, ganham importância as noções cibernéticas que servem para reformular, por exemplo, os esquemas clássicos da divisão de poderes, baseados no mecanicismo da época. Montesquieu concebeu a divisão de poderes como um sistema de pesos e contrapesos. Mas ela não mais se adequa à complexidade dos sistemas constitucionais contemporâneos⁸⁸.

O enfoque sistêmico do Direito permite superar a postura metodológica e epistemológica vigente até o período kelseniano⁸⁹, que opera unidirecionalmente, substituindo a noção de causa e efeito pela “imputação”. A “pirâmide” kelseniana, proposta na Teoria Pura do Direito, reflete a unidirecionalidade e o isolamento do Direito do seu entorno. A realidade, porém, é que as normas jurídicas, com sua capacidade de influir na vida social, são concebidas e atuam “por” e “sob” a ação direta dos dados exteriores ao sistema jurídico, ou seja, do ambiente. Basta que observemos a maneira pela qual o sistema econômico, o administrativo e o político exercem permanentemente sua influência sobre o sistema jurídico. Este, por sua vez, atua sobre esses sistemas, produzindo laços de retroalimentação⁹⁰. E, a seu

⁸⁶ Enderle, G., et al. (1997). *Dicionário de ética econômica*. Trad. Benno Dischinger et al. São Leopoldo: Unisinos, p. 594.

⁸⁷ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 54.

⁸⁸ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 54-56.

⁸⁹ Sobre os problemas da legitimidade pragmática e do padrão circular do sistema normativo, evidenciando a ideia de irreducibilidade da legitimidade do sistema a uma “norma fundamental”, conferir: Ferraz Júnior, T. S.. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In Merle, J.C.; Moreira, L. (Orgs.). (2003). *Direito e legitimidade*. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião de seu Decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Landy, p. 288-297.

⁹⁰ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 57-58.

turno, os distintos níveis da pirâmide mantêm entre si laços de retroalimentação interna. Grün dá como exemplo o fato de que sentenças judiciais influem sobre o significado que ulteriormente se atribui às leis ou à Constituição.

Como defende Ernesto Grün, para construir um modelo sistêmico de Direito, a figura da pirâmide deve ser substituída por uma multidimensional na qual, além do processo interno de criação e aplicação de normas por parte dos distintos subsistemas, também entram no “jogo” as interconexões com o entorno, por um lado e, por outro, o fator “tempo”, ou seja, o processo de evolução desses distintos subsistemas e do sistema em sua totalidade, e também o de retroalimentações internas e externas entre os distintos níveis⁹¹. A cibernética pode auxiliar a traçar essa figura multifacetada e gerar um modelo estrutural-funcional, estático e dinâmico, com indubitável proveito para o ensino do Direito e, acrescentamos, para sua aplicação.

Assim, conceitos como o de *feedback* (a influência retroalimentadora dos diversos produtos normativos – por exemplo, de uma sentença sobre as sentenças posteriores e sobre a legislação a ser produzida; a busca de equilíbrio do sistema) podem ser utilizados com proveito em diversos âmbitos da teoria e da prática jurídicas⁹². Também a ideia de “caixa negra”, que, para fins do presente trabalho, é de suma importância. Trata-se aqui de observar a reação do sistema aos estímulos que recebe do exterior. Como ensina Grün, lembrando Alf Ross, se pensamos na atividade dos juízes, não sabemos exatamente o que se passa em suas cabeças quando resolvem um caso, mas sim se se pode observar a exteriorização de dito processo naquilo que dizem suas sentenças. E assim pode suceder que o sistema jurídico possa fazê-lo em forma distinta em face de determinado estímulo por diferenças internas (apreciações axiológicas, culturais, de informação), o que daria lugar, por exemplo, à jurisprudência contraditória ou ao fato dos votos de maiorias e minorias em tribunais colegiados. Isso também se relaciona com outras noções sistêmicas: as de “equifinalidade” e “multifinalidade”. A equifinalidade é um fenômeno que possibilita alcançar um mesmo estado final, partindo de distintos estados iniciais, e inclusive por meio de diferentes caminhos (um conflito pode ser solucionado por tribunais ou por árbitros, por exemplo). A multifinalidade é o processo contrário: é o processo por meio do qual se parte de condições ou estados iniciais

⁹¹ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 58-59.

⁹² Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 60-61.

semelhantes e se chega a estados finais diferentes (jurisprudência contraditória, votos de maioria e minoria em tribunais colegiados e outros.)⁹³.

1.10 A Teoria da Sociedade de Niklas Luhmann: Sociedade, Autopoiesis e Evolução

Niklas Luhmann, sem sombra de dúvidas, é quem melhor representa, no Direito, a ideia de Direito como sistema autopoietico; até porque foi o introdutor da noção de autopoiese no Direito, fazendo, porém, uma “teoria da sociedade” e vendo o Direito como subsistema social da sociedade. Para analisar a obra de Luhmann, evidentemente, seria necessário um melhor e bem maior “inventário”, o que não é possível realizar em “meia dúzia” de linhas.

Neste trabalho, no entanto, tentar-se-á abordar, ainda que sinteticamente, as principais influências teóricas de onde Luhmann recolheu subsídio para sua tese sobre a sociedade e o Direito e, em especial, suas ideias sobre forma, distinção sistema/ambiente, comunicação, auto-observação, autopoiese, clausura operacional, evolução, entre outras.

1.11 Influências Teóricas Básicas na Obra de Niklas Luhmann e Considerações sobre Sociedade e Teoria Sociológica

A obra de Niklas Luhmann, segundo o que nos ensina Eduardo Ángel Russo⁹⁴, tem três influências básicas: a Escola de Frankfurt⁹⁵ (Horkheimer, Adorno, Benjamin, Fromm,

⁹³ Grün, E. (1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 63.

⁹⁴ Ángel Russo, E. (1995). *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 268-269.

⁹⁵ Sobre a história da Escola de Frankfurt e o seu significado político, consultar: Wiggershaus, R. (2002) *A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Trad. do alemão por Lilyane Deroche-Gurcel. Trad. do francês por Vera de Azambuja Harvey. Revisão técnica por Jorge Coelho Soares. Rio de Janeiro: Difel.

Marcuse) e o revisionismo filosófico, que se convencionou chamar “teoria crítica”. Ao invés de renunciar ao “todo” e se “refugiar melancolicamente” na estética ou na psicanálise, diz Russo, Luhmann intenta construir uma teoria sociológica unitária. Para ele, o reclamo de universalidade da teoria só significa que a teoria busca ter em conta a unidade de assunto. Não reside ali o distinto reclamo da exclusividade, de autenticidade exclusiva, de verdade absoluta. A capacidade crítica é e seguirá sendo um elemento essencial da teoria científica.

A segunda influência destacável é seu contato com Talcott Parsons⁹⁶, sociólogo que construiu uma sociologia sistêmica de colossais proporções e com o qual comparte a ideia geral de que as ações individuais somente adquirem sentido em relação ao sistema de que formam parte. Luhmann, porém, diverge de Parsons, que privilegia a estrutura de um sistema, em detrimento da sua função⁹⁷. Para ele, o sistema social possui relações diversas, mas rigorosamente combináveis: a sociedade seria uma ação, submetida a normas, que se funda num sistema de valores e se expressa num sistema de símbolos. O Direito seria uma das instituições cuja função é estabelecer e manter a solidariedade que uma sociedade pode exigir dos seus membros, do que depende sua integração. Para Luhmann, diferente de Parsons, o Direito é uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade, funcionando como mecanismo que neutraliza a contingência das ações individuais e permite que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa⁹⁸.

⁹⁶ Após a Segunda Guerra Mundial, estudantes alemães foram estudar na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos. Foi aí que Niklas Luhmann conheceu o Professor Talcott Parsons, em cujos estudos se baseou para explicar a sociedade como sistema social. A teoria de Luhmann, no entanto, apresenta um enfoque peculiar em relação à obra de Parsons, qual seja, a de que a sociedade, para ele, ruma no sentido da produção da diferença. A teoria de Parsons, que partiu de uma releitura da sociologia weberiana, inspirada na teoria dos sistemas da Cibernética e da Biologia, iniciou este enfoque sistêmico da sociologia. Parsons chegou à conclusão de que não se poderia compreender a sociedade moderna fora de uma noção de sistema, pois são os sistemas que permitem a comunicação e a sociedade. Os sistemas, segundo Parsons, estariam, assim, em permanente contato, em constante interação, e que eles tenderiam a se mover rumo a alcançar um ponto de certa estabilidade. Rocha, L.S.; Schwartz, G.; Clam, J. (2005). Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 190-191.

⁹⁷ Ángel Russo, E. (1995). *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 268-269. Como apontam André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce, desde o início da sociologia do Direito até os anos sessenta do século XX é a teoria sociológica do Direito que predomina quase exclusivamente na Europa. Esta é centrada na análise dos fins e das funções do Direito e na estrutura dos sistemas sociais (Durkheim, Weber, Luhmann). Arnaud, A.J.; Fariñas Dulce, M.J. (2000) Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, p. 126.

⁹⁸ Argüello, K.S. C. (1994). Niklas Luhmann e o direito: elementos para uma crítica à teoria sistêmica. *Revista de Direito Alternativo*. v. 3. São Paulo: Acadêmica, p. 160-165. Também Rodycz, W.C. (2003) Redundância e variedade na teoria da argumentação de Niklas Luhmann. Observando o sistema jurídico brasileiro. A

Um dos conceitos importantes elaborado pela sociologia é o de “sistema social”⁹⁹. Parsons descreveu o sistema operacional como a unidade da diferença entre diversos aspectos operacionais (adaptação, realização de objetivos, integração, manutenção de valor). Niklas Luhmann, por sua vez, deu um passo a mais e passou a descrever o sistema social como um sistema autorreferencial, cuja operação elementar é a comunicação¹⁰⁰, como se verá adiante.

A terceira influência é a da TGS (von Bertalanffy, Ashby, Klir) que, para Luhmann, não pode se apresentar como um conjunto consolidado de conceitos básicos, axiomas e proposições derivadas, nem servir de denominação comum para investigações diversas.

É a partir desse tripé conceitual – teoria crítica, sociologia sistêmica e teoria geral dos sistemas – que Luhmann encara uma renovação da tradição filosófica ocidental, seja no pensar problemático, seja no pensar sistemático. Deve-se somar aqui, ainda, a ideia de autopoiese advinda da Biologia, em especial de Maturana e Varela¹⁰¹, como se verá adiante.

Para Luhmann, segundo a correta síntese de Ángel Russo¹⁰², o conceito de sistema não é um simples método de interpretação da realidade; não é um mero recurso teórico, mas uma propriedade do objeto que o teórico descreve. Sua teoria, então, é de sistemas autorreferentes: um sistema está determinado por seu mesmo objeto. O sistema, assim, é definido como uma redução da complexidade que impera em seu entorno. Por isso, ensina Raffaele De Giorgi:

A função da teoria não é descritiva, mas reflexiva. Sua colocação não é externa e sim, interna ao próprio objeto. Esse é a sociedade, são os sistemas sociais singulares. Ao mesmo tempo, a teoria é externa ao objeto porque permite observá-lo, diferenciá-lo¹⁰³.

questão da limitação dos juros. *Revista Ajuris*. Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Ano XXX, n. 91. Porto Alegre: AJURIS, setembro, p. 319.

⁹⁹ Sobre o estrutural funcionalismo de Parsons, recomenda-se consultar: Arnaud, A.J.; Fariñas Dulce, M.J. (2000). *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, p. 158-161.

¹⁰⁰ Enderle, G. *et al.* (1997). *Dicionário de ética econômica*. Trad. Benno Dischinger *et al.* São Leopoldo: Unisinos, p. 594.

¹⁰¹ Sobretudo a partir de Maturana, H.; Varela, F. (1973). *De máquinas y seres vivos*. Santiago de Chile: Universitaria.

¹⁰² Ángel Russo, E. (1995). *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 269-271.

¹⁰³ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 23.

O sistema aparece como um determinante de sentidos, como um mecanismo de seleção que se vincula com a própria finalidade. Então, o sistema não é definido pela ordem dos elementos que o compõem, como se pensava tradicionalmente.

A distinção entre sistema e meio ambiente é fundamental na teoria de Luhmann. É utilizada para explicar tudo entre o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, como elemento de outros sistemas ou não. O desenvolvimento da teoria, assim, ocorre a partir de um conceito de sociedade que possui uma distinção. Para Luhmann, sociedade é a “sociedade mundial” que se forma modernamente. O que compõe a sociedade não são os seres humanos que a ela pertencem, mas a comunicação entre eles, que nela circula de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais, tais como o Direito, a economia, a religião¹⁰⁴.

A autorreferência é a “virtude” do projeto de Luhmann, diz Ángel Russo¹⁰⁵. Ela se completa com a noção de *autopoiesis*, capacidade dos sistemas de constituir os próprios elementos que o integram. Por isso, o sistema social de Luhmann não pode ser definido nem como fechado num sentido tradicional, nem como aberto, no sentido da TGS. Não é fechado, porque continuamente incorpora novos elementos; não é aberto, porque não os incorpora do ambiente, do entorno, mas do interior mesmo do próprio sistema. Esses elementos, no sistema social, são as comunicações. Luhmann sabe que os fatos empíricos são complexos, e isso os faz ininteligíveis. Entendê-los significa encontrar um significado para eles. A sociedade, então, aparece como um sistema autorreferente e autopoietico de comunicação, cujo sentido é dado por ele mesmo e representa uma redução necessária da complexidade do ambiente. O jurídico, o moral e o político combinam dentro do sistema social em uma interação produtora de sentidos, cuja descrição é racionalmente dedutiva.

A sociedade moderna, pois, segundo a perspectiva luhmanianna, é composta por sistemas parciais funcionalmente diferenciados. A observação e a descrição dessa sociedade, por sua vez, não podem ser realizadas “de fora” dela. Assim, em contraposição à relação sujeito-objeto, característica das teorias sociológicas modernas, há uma “circularidade”

¹⁰⁴ Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115.

¹⁰⁵ Ángel Russo, E. (1995). *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 270. Para De Giorgi, a autorreferência é, a um só tempo, princípio de organização e de reflexão; a teoria está dentro e fora a um só tempo. Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 23.

fundando as auto-observações e autodescrições. O observador só pode observar o sistema no qual está inserido (auto-observação). E essa observação é feita por meio de comunicação¹⁰⁶.

Para Luhmann, a descrição realiza o descrito: no momento em que tem lugar, deve descrever-se a si mesma. Cada teoria da sociedade, portanto, deve apresentar um componente autológico. Se, por motivos que possam derivar-se da teoria do conhecimento, se considera que, ao contrário, um componente desta natureza deve ser excluído, então se deve renunciar à possibilidade de construir uma teoria da sociedade, da mesma maneira como se deveria renunciar à linguística e a outros temas do conhecimento¹⁰⁷.

A teoria da autopoiese, compreendida como uma “reflexão” sobre a constituição das estruturas dos sistemas sociais e dos processos de sua reprodução a partir de si mesmos, torna possível a descrição adequada dos problemas da sociedade¹⁰⁸, o que não era possível antes. É que, até o final do século XIX, havia a impressão de que a ausência de vínculos entre a descrição da sociedade e seu objeto era condição para a cientificidade. Mas quando acaba a confiança no progresso, as análises que tematizavam as formas de gradualidade das transformações evolutivas são substituídas por análises apoiadas em conceitos historicamente plausíveis: da diferenciação social, das dependências da organização, das estruturas do rol. Abandona-se o conceito de sociedade próprio da economia política, centrado na economia, prevalecente desde os últimos decênios do século XVIII, e se entra em discussões que fixam seus interesses em uma fundação mais espiritual ou mais material da sociedade. Ao mesmo tempo, adquire significado o interesse pela posição do indivíduo na sociedade moderna¹⁰⁹.

Como as teorias sociológicas se mostraram inadequadas para descrever a sociedade, pois negavam a observação da sociedade como um todo, como um sistema, o tema central dessas teorias, então, passou a ser a relação indivíduo-sociedade. A sociologia da modernidade, pois, passou a pensar a sociedade composta por indivíduos. Essa sociologia, no

¹⁰⁶ Para a teoria dos sistemas, a comunicação é o elemento estrutural (pano de fundo) da própria sociedade. A comunicação é a unidade elementar da sociedade, e a variação ocorre quando a comunicação se desvia do modelo estrutural de reprodução social. Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115.

¹⁰⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 27.

¹⁰⁸ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 21.

¹⁰⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 28-29.

entanto, veio a fracassar diante da complexidade da sociedade (relações entre sistema e ambiente), diante da hipercomplexidade (complexidade das observações sobre a complexidade da sociedade) e em razão das estreitas e limitadas análises da tradição teórica moderna. A sociologia, portanto, segundo o que alertam Niklas Luhmann e Rafaelle De Georgi, não fez muitos progressos, pois evitou a descrição da sociedade como um todo. Atualmente, porém, vêm sendo desenvolvidas investigações acerca da sociologia da sociologia, e vem se desenvolvendo uma espécie de “sociologia reflexiva do conhecimento”.

Segundo Luhmann e De Georgi, a única teoria sociológica sistemática existente até pouco tempo seria a formulada por Talcott Parsons como uma teoria geral do sistema de ações. A atuação de Talcott Parsons sempre esteve voltada para a investigação sistemática nas ciências sociais, cuja dedicação o conduziu à condição de expoente na área da sociologia, o que também culminou na exposição à crítica voraz da esquerda intelectual norte-americana¹¹⁰. Com o passar do tempo, o pensamento sociológico de Parsons retornou ao debate e, hoje, “em todo o mundo, sobretudo nos Estados Unidos, é claro, porém igualmente na Alemanha, na Inglaterra e em outros países, as ideias de Parsons demonstram uma vitalidade da qual poucos talvez suspeitassem duas décadas atrás¹¹¹”.

“A Estrutura da Ação Social”, primeira obra de Talcott Parsons (1937), incorpora, de maneira crítica, os mais importantes processos de desenvolvimento da teoria social ocorridos no final do século XIX e começo do século XX, buscando avançar de forma decisiva e unificando o campo das ciências sociais¹¹². Nesse trabalho, Parsons realiza um estudo de Teoria Social com especial referência aos trabalhos de Marshall, Pareto e Durkheim.

Na obra intitulada “O Sistema Social”, de 1951¹¹³, Parsons desenvolve um esquema conceitual para a análise dos sistemas sociais dentro do marco de referência da ação. Ele explica que a ação é um processo entre o ator e a situação, que tem significação motivacional para esse ator individual ou para os atores, individualmente, no caso de uma coletividade. No geral, significa que há uma correspondência entre a orientação dos processos de ação e a

¹¹⁰ Domingues, J.M. (2008). *A sociologia de Talcott Parsons*. 2. ed. São Paulo: Annablume, p.11. Reproduz-se, a partir daqui, com relação à teoria de Parsons, a síntese apresentada por Lira, C.R.S. (2013). *Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para a sociedade de risco*. Curitiba: Juruá.

¹¹¹ Domingues, J.M. (2008). *A sociologia de Talcott Parsons*. 2. ed. São Paulo: Annablume, p. 11.

¹¹² Domingues, J.M. (2008). *A sociologia de Talcott Parsons*. 2. ed. São Paulo: Annablume, p.19.

¹¹³ Veja-se Parsons, T. (1999). *El sistema social*. Madrid: Alianza, p. 7.

obtenção de benefícios¹¹⁴. A ação ou sistema da ação somente é possível com a combinação de quatro elementos essenciais: *Adaptation, Goal Attainment, Integration, Latent Pattern Maintenance* (AGIL). Esse esquema, quatro funções e suas combinações, diz Luhmann, é o “programa teórico que leva por excelência o lema da fórmula: *action is system*”¹¹⁵.

De acordo com Parsons, o sistema social consiste em uma pluralidade de atores individuais que interagem entre si em situações com, pelo menos, um aspecto físico ou de meio ambiente; atores motivados pela tendência de obter gratificação e cuja relação com as situações, incluindo os demais atores, são mediadas e definidas por um sistema de símbolos culturalmente estruturado e compartilhado¹¹⁶. O pensamento parsoniano, aí, esteve voltado para a “estabilidade”, isto é, para a tendência do sistema de guardar o equilíbrio interno.

A importante contribuição de Parsons a ser destacada, no entanto, reside na criação de uma teoria geral destinada ao estudo da sociedade – funcionalismo estrutural – posteriormente utilizada por Niklas Luhmann na elaboração de sua teoria dos sistemas autopoieticos. Mais recentemente, foi reestudada pelo sociólogo Jeffrey Alexander, com o objetivo de retomar o estudo do pensamento de Talcott Parsons, sob a ótica do neofuncionalismo.

Niklas Luhmann¹¹⁷, nos seus estudos de introdução à teoria dos sistemas, sustenta que o “ponto de partida do *funcionalismo estrutural* tem origem nos estímulos de estudos etnológicos e social-antropológicos realizados com tribos ou clãs que haviam ficado isolados do desenvolvimento universal”. O estrutural-funcionalismo de Talcott Parsons foi aperfeiçoado por Niklas Luhmann que, a partir daí, estabeleceu as bases para a criação da sua

¹¹⁴ “La ‘acción’ es un proceso en el sistema actor-situación que tiene significación motivacional para el actor individual o, en el caso de una colectividad, para sus componentes individuales. Esto quiere decir que la orientación de los procesos de acción correspondientes se relaciona con el logro de gratificaciones o evitación de privaciones del actor relevante, cualesquiera que estas sean a la luz de las estructuras relevantes de la personalidad. Solo en la medida que esta relación con la situación sea motivacionalmente relevante será considerada, en esta obra, como acción en sentido técnico. Se presume que la última fuente de energía o factor “esfuerzo” de los procesos de acción procede del organismo, y consecuentemente que, en un cierto sentido, toda gratificación o depravación tiene una significación orgánica. Pero aunque se halle enraizada en ellas, la organización concreta de la motivación no puede ser analizada - a los fines de la teoría de la acción - como necesidades orgánicas del organismo. La organización de los elementos de la acción - a los fines de la teoría de la acción - es, sobre todo, una función de la relación del actor con su situación y la historia de esa relación, en el sentido de ‘experiencia’”. Parsons, T. (1999). *El sistema social*. Madrid: Alianza, p. 7.

¹¹⁵ Luhmann, N. (2010). *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, p. 47.

¹¹⁶ Parsons, T. (1999). *El sistema social*. Espanha: Alianza.

¹¹⁷ Luhmann, N. (2010). *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, p. 36.

teoria autopoietica, fundada nas ideias biológicas de Maturana e Varela¹¹⁸. A ideia central do funcionalismo estrutural inicia-se com os ensinamentos de Herbert Spencer e Emile Durkheim, cabendo, ao primeiro, Spencer, a comparação do funcionamento da sociedade aos organismos com vida. A concepção de que a estrutura da sociedade pode ser comparada funcionalmente à estrutura de seres com vida reside no fato de que a ação de um indivíduo pode alterar o todo. O pensamento central dos defensores do funcionalismo estrutural é o de que a sociedade é um sistema composto por subsistemas interdependente¹¹⁹.

O funcionalismo estrutural toma como ponto de partida a existência de fato de determinadas estruturas nos sistemas sociais a partir das quais se poderia perguntar que funções seriam necessárias para sua preservação e manutenção¹²⁰. A crítica de Niklas Luhmann ao funcionalismo estrutural consiste na limitação dessa teoria, na medida em que “ela não permite que possa perguntar pela função da própria estrutura¹²¹”.

Luhmann, então, introduziu duas novidades substanciais nas teorias funcionalistas: por um lado, a inversão dos elementos do binômio “estrutura/função”, e a rejeição consecutiva das definições organicistas do conceito de função; por outro, o abandono progressivo do conceito de ação social em favor do de sistema, tal como definido pelos autores, no quadro da teoria geral dos sistemas¹²².

No que diz respeito à inversão entre estrutura e função, como apontam André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce,

Luhmann parte da rejeição das definições organicistas do conceito de função, que se originavam na Biologia, ao mesmo tempo em que se baseavam numa concepção sociológica determinista. Ele propõe, no lugar dessas definições, um conceito de função mais próximo do que é utilizado no meio das ciências matemáticas, dando a seguinte definição: ‘um esquema regulador de sentido que organiza um quadro comparativo de prestações equivalente’¹²³.

¹¹⁸ Rocha, L.S.; Schwartz, G.; Clam, J. (2005). *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 51.

¹¹⁹ Parsons, T. (1999). *El sistema social*. Madrid: Alianza.

¹²⁰ Saavedra, G.A. (2006). *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 26.

¹²¹ Saavedra, G.A. (2006). *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 26.

¹²² Arnaud, A.J.; Fariñas Dulce, M.J. (2000). *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, p. 164.

¹²³ Arnaud, A.J.; Fariñas Dulce, M.J. (2000). *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, p. 164-165.

Com essa definição, dizem Arnaud e Fariñas Dulce, Luhmann quis ultrapassar as definições do conceito de função ontológicas, apriorísticas e objetivistas, exatamente como haviam sido construídas pelo funcionalismo clássico. No lugar delas, Luhmann propõe um conceito em que a dependência funcional ultrapassa toda sorte de dependências causais. Isso leva a que uma mesma função possa ser desenvolvida de maneira equivalente por estruturas diferentes. É aqui, segundo Arnaud e Fariñas Dulce, que se acha o “nó górdio” do método proposto por Luhmann, que é a determinação das equivalências funcionais. Essa questão é resolvida por Luhmann ao apelar para a teoria sistêmica, e não para o método funcional¹²⁴.

A segunda novidade na obra de Luhmann é a adoção do conceito de sistema, próprio da TGS, especificamente de um ramo dela: a teoria dos sistemas autopoieticos, primeiramente desenvolvida por dois biólogos moleculares chilenos, Francisco Javier Varela e Humberto Maturana. Luhmann adota esse conceito para explicar o problema que se está na base da teoria funcionalista, o da ordem social ou da conservação do sistema¹²⁵.

A teoria parsoniana, criada com a união dos ensinamentos de Durkheim e Weber, influenciou diretamente o pensamento de Luhmann, pois “descreve e procura refletir a sociedade a partir das ideias de sistemas advindos da biologia (Maturana e Varela) e da Cibernética (Bertalanffy)¹²⁶”. De Weber, Parsons usa a ideia de ação, e de Durkheim, a de sistêmico¹²⁷. Isso foi o ponto inicial da criação da teoria dos sistemas de Luhmann.

A teoria de Parsons, ponto de partida do pensamento de Niklas Luhmann, de acordo com o próprio Luhmann e De Georgi, deixaria abertas questões da autoimplicação cognitiva, pois não diz muito sobre o grau de congruência entre a conceitualidade analítica e a formação real dos sistemas. Postularia, somente, um realismo analítico, condensando em uma fórmula paradoxal o problema da autoimplicação. Não consideraria que o conhecimento dos sistemas

¹²⁴ Arnaud, A.J.; Fariñas Dulce, M.J. (2000). *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, p. 165.

¹²⁵ Arnaud, A.J.; Fariñas Dulce, M.J. (2000). *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, p. 165-166.

¹²⁶ Rocha, L.S.; Schwartz, G.; Clam, J. (2005). *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 57.

¹²⁷ Saavedra, G.A. (2006). *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 27.

sociais depende das condições sociais, não apenas por seu objeto, mas já pelo conhecimento. Não teria presente que o conhecimento das ações é já em si mesmo uma ação¹²⁸.

A proposta de Luhmann e De Georgi é que há três obstáculos epistemológicos à teoria sociológica, derivados da tradição. Eles bloqueiam o conhecimento e estão presentes na ideia da sociedade que hoje prevalece; manifestam-se em três hipóteses que se sustentam reciprocamente: a) uma sociedade é constituída por homens concretos e pela relação entre eles; b) as sociedades são unidades regionais, territorialmente delimitadas; logo, o Brasil é uma sociedade distinta da Tailândia; c) as sociedades podem ser observadas do exterior como grupos de homens ou como territórios¹²⁹. As duas primeiras hipóteses impedem a determinação conceitual do objeto sociedade, porque ela “não vive”¹³⁰. Enquanto de um lado, o conceito de sociedade referente ao homem é demasiado, do outro, o conceito de sociedade referente ao território é pouco.

Luhmann e De Georgi buscam um conceito de sociedade antihumanístico e anti-regionalístico. Mas não se reduz a esses aspectos o conceito de sociedade e a determinação dos limites do objeto que corresponde a tal objeto. Os avanços da cibernética, das ciências cognitivas, da teoria da comunicação e da teoria da evolução permitem escapar-se da contraposição entre ciência da natureza e ciência do espírito ou também dos objetivos dados em forma de leis e dos objetivos dados em forma de texto (hermenêutica). Já não falamos mais de “objetos”, mas unicamente de “distinções”¹³¹. Essa é justamente a perspectiva que se pretende neste trabalho para a análise do processo da provisão para demandas passivas.

Para Luhmann e De Georgi, a sociedade deve ser vista como um sistema composto de comunicação. Isso rompe com o individualismo e com as observações fundadas na relação sujeito-objeto. Se “eu” constituo e faço parte do objeto que observo, não há, então, relação

¹²⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 30.

¹²⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 31-32.

¹³⁰ “(...) todos sabemos que a sociedade não vive, assim como não vive o direito e como não vive o Estado” De Georgi, R.(1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,p.21.

¹³¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 32-34.

sujeito-objeto, mas apenas auto-observação. A teoria, portanto, é ela mesma parte de seu objeto, como adverte Raffaele De Giorgi¹³². A teoria, assim, ensina De Giorgi,

reflete a autoconstituição do operar dos sistemas sociais diferenciados da sociedade moderna e assim reflete a autoconstituição da modernidade. (...) permite que se observe o espaço da modernidade como um espaço que exclui teleologias e portanto a possibilidade de uma autoconclusão (de um autoencerramento) da própria modernidade. Nós não vivemos em uma sociedade pós-moderna. Não vivemos no futuro, mas no presente¹³³.

Daí ser possível afirmar com De Giorgi que a observação da contínua autoconstituição do presente,

a sua manifestação como espaço da simultaneidade universal do operar dos sistemas permite isolar a teoria como a auto-reflexão deste operar. A função da teoria não é descritiva, mas reflexiva. Sua colocação não é externa, mas interna ao próprio objeto. O objeto, aqui, é a sociedade, são os sistemas sociais singulares. Ao mesmo tempo, todavia, a teoria é externa ao objeto, porque permite observá-lo, diferenciá-lo¹³⁴.

Para abandonar o esquema sujeito-objeto, Luhmann se vale de recursos da teoria dos sistemas, da cibernética, das ciências cognitivas, da teoria da comunicação e da teoria da evolução. Um dos pressupostos da sua teoria sociológica é a ideia de não mais se poder falar em objetos, mas só em “distinções”. Entra em jogo o conceito de “forma” – como proposto por George Spencer Brown –, que Luhmann passa a utilizar, como será visto adiante.

1.12 Forma e Distinção Sistema-Ambiente

A forma não é “mais ou menos bela”, diz Luhmann; é meio de distinção, de separação, de diferença. Opera-se, assim, uma distinção que separa duas partes. A forma é uma “linha de fronteira” que marca uma diferença e obriga a clarear que parte é indicada, quando se diz que

¹³² De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 23.

¹³³ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 23.

¹³⁴ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 23.

algo se encontra nela, e onde se deve começar, se se quiser proceder a novas operações¹³⁵. A forma é autorreferência desenvolvida no tempo. O “princípio da autorreferência” torna plausível o pressuposto da sociedade que, segundo De Giorgi, “é dado pela transformação dos fundamentos naturais em fundamentos artificiais, produzida pelo operar dos sistemas e pela transformação dos fundamentos necessários em fundamentos contingentes¹³⁶”.

Para atravessar o limite que constitui a forma, sempre se deve partir, respectivamente, da parte que se indica. Há necessidade de tempo para efetuar uma operação ulterior. A unidade da forma não é o seu sentido superior, um sentido “espiritual”. É, sim, o “terceiro excluído” que não pode ser observado até se observar com a ajuda da forma. Determinar, indicar, conhecer e atuar, como operações, consistem em fixar uma forma com a consequência de se instaurar uma diferença, que produz no momento uma simultaneidade e uma necessidade de tempo. A forma, assim, produz um “corte” no mundo¹³⁷.

A autorreferência desenvolve-se e repercute na necessidade de tempo. O processo de “atravessar” de um lado da forma para o outro é um ato que necessita de tempo. Assim, por exemplo, muitas vezes, a passagem do jurídico para o não-jurídico requer um tempo; é o caso do processo jurisdicional. É que todas as operações, entre elas as distinções, requerem tempo. O atravessamento pode ser demonstrado na codificação binária direito/não-direito, que possibilita a autoidentificação do sistema, com a aplicação da distinção sistema-ambiente.

O aspecto característico do conceito de sistema não é mais o “ordenamento da relação”, mas a operação da “distinção”. Enquanto o conceito antigo de sistema aponta para uma porção ordenada de elementos e suas relações recíprocas, o conceito mais recente atenta para a observação de operações que capacitam a autodestacar-se em seu ambiente, a reproduzir-se e a manter íntegra sua identidade. O sistema, então, “é” a distinção entre sistema e ambiente. Cada operação do sistema nada mais é do que a confirmação dessa distinção¹³⁸.

¹³⁵ Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 35.

¹³⁶ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 24.

¹³⁷ Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 35-36.

¹³⁸ Enderle, G. et al. (1997). *Dicionário de ética econômica*. Trad. Benno Dischinger et al. São Leopoldo: Unisinos, p. 593. A teoria dos sistemas é desenvolvida em suas variantes cibernéticas, biológicas e sociológicas, sendo possível citar para tanto W. Ross Ashby, Heinz von Foerster, Humberto R. Maturana, Francisco Varela e Niklas Luhmann, entre outros.

A distinção sistema-ambiente, assim, adquire posição central na teoria da sociedade de Niklas Luhmann, pois somente a partir da distinção, ou seja, da forma, é que o sistema se organiza e forma “estruturas seletivas” que, por sua vez, farão as futuras seleções e assim sucessivamente. Na distinção sistema-ambiente, as duas partes podem existir separadamente; não podem, no entanto, existir, respectivamente, uma sem a outra. Isso favorece a autocompreensão por parte do sistema.

A teoria de Niklas Luhmann, portanto, é baseada nas ideias de sistema e ambiente. É uma teoria sistêmica, pois vê a sociedade como um sistema. Seu problema inicial é, portanto, definir o que é sistema. E sistema, para Luhmann, é a interação organizada de elementos e estruturas. Em termos de Direito, poderia ser denominado o sistema como sendo o “Direito reflexivo”. O ambiente, então, é tudo o que não é sistema; é o que o sistema não entende; é o não-sentido. Para Raffaele De Giorgi, o Direito da sociedade moderna é

a estrutura de um sistema social que opera sempre e apenas em relação a si mesmo, ao empregar a distinção direito/não-direito. (...) significa que as garantias que o direito pode fornecer, a justiça de que o sistema é capaz, derivam dessa determinação do sistema jurídico¹³⁹.

Os sistemas podem distinguir-se em relação ao seu ambiente, mas somente como uma operação que se verifica internamente ao sistema (o código interno produz sentido para o sistema). As operações são possíveis somente como operações de um sistema. Esse pode operar como observador da forma, podendo verificar a unidade da diferença (forma de duas partes). Essa observação de segundo grau (cibernética de segunda ordem; observação da observação) requer a formação de nova forma, aplicada a outra forma. Há a aplicação sucessiva da distinção sistema-ambiente, internamente ao sistema (social e do Direito). A distinção sistema-ambiente, assim, é a condição de possibilidade e a potencialização da atribuição de sentido na sociedade vista como sistema social (teoria de sistemas)¹⁴⁰.

¹³⁹ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 13.

¹⁴⁰ Para Luhmann, somente as observações de segundo grau dão ocasião para se referir à contingência e eventualmente refleti-la de modo conceitual. As observações de segundo grau são observações de observações. Também pode se tratar de observações de outro observador ou inclusive observações do mesmo ou outro observador noutro momento. Segundo estas variantes se pode distinguir dimensão social e dimensão temporal na produção de sentido. Isso faz possível dizer que a contingência é uma forma que assume a dimensão material do meio sentido quando a dimensão social e a dimensão temporal separam as observações. Dito de outro modo, tudo se torna contingente quando aquilo que é observado depende de quem é observado. É que essa eleição inclui a eleição entre auto-observação (observação interna) e observação alheia (observação

À distinção sistema-ambiente, portanto, Luhmann atribui uma posição central na teoria, mas só no sentido de que, a partir da distinção, ou seja, da “forma sistema”, organiza-se a consistência da teoria, o contexto de uma multiplicidade de distinções. O procedimento de que Luhmann se utiliza não é dedutivo, senão indutivo: consiste no intento de estabelecer o que significam as generalizações de uma forma para outras formas. Consistência significa, então, produção de suficientes redundâncias, tratamento parcimonioso das informações¹⁴¹.

A teoria dos sistemas não trata de objetos particulares. Seu tema é um particular tipo de forma, uma particular forma de formas que explicita, com referência ao caso do sistema-ambiente, as propriedades gerais de toda forma de duas partes. Todas as propriedades da forma também valem aqui: tanto a simultaneidade do sistema e ambiente, como o fato de que todas as operações têm necessidade de tempo. Se se usa este modo de representação, há necessidade de esclarecer que sistema e ambiente, enquanto constituem as duas partes de uma forma, podem existir separadamente; mas não podem existir, respectivamente, um sem o outro, como já afirmado. A unidade da forma permanece pressuposta como diferença, mas a diferença mesma não é fundamento das operações. As operações são possíveis somente como operações de um sistema. Mas o sistema pode operar também como observador da forma, verificando a unidade da diferença, a forma de duas partes como forma. Mas somente faz isso se puder formar outra forma, isto é, se a distinção puder operar uma distinção¹⁴².

Assim, dois momentos são decisivos para o conceito de sistema voltado para a diferença entre sistema e ambiente, e pensado contemporaneamente: em primeiro lugar, a forma do sistema é determinada como uma forma de dois lados, dos quais um é designado pela diferença em relação ao outro (G. Spencer-Brown); cada operação sistêmica pode, portanto, ser observada com vistas àquilo que ela encerra e àquilo que ela exclui. Em segundo lugar, a forma do sistema deve ser pensada como uma forma “temporal”. A operação que produz o sistema e, ao mesmo tempo, o reproduz, é um evento, um acontecimento. Ele

externa). Luhmann, N. (1985). *Observaciones de la modernidade: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Revisión técnica de Joan-Carles Mèlich. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1997, p. 93-94.

¹⁴¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993, p. 37.

¹⁴² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 37.

emerge, reproduz para este momento o sistema e novamente desaparece. Se não são produzidos novos eventos, o sistema deixou de subsistir¹⁴³.

Os sistemas, portanto, podem distinguir-se a si mesmos com respeito ao seu ambiente, mas somente como uma operação que se verifica no mesmo sistema. A teoria dos sistemas utiliza a distinção entre sistema e ambiente como forma de suas observações e descrições, mas para poder fazê-lo deve ser capaz de distinguir esta distinção a respeito de outras distinções e, em geral, para poder operar deste modo, deve formar um sistema. Todos os avanços da teoria dos sistemas aparecem como variações sobre o tema sistema e ambiente¹⁴⁴.

Resulta daí, do fato de que as operações se verificam no sistema mesmo, que independência e dependência com respeito ao ambiente não são características do sistema que se excluam reciprocamente. Em certas condições, podem estar reciprocamente acrescentadas¹⁴⁵. O sistema pode organizar-se por si mesmo e pode constituir sua própria ordem (*order from noises*, cfe. Heinz Von Foerster). Isso é a ideia de auto-organização. Aqui entra, então, a ideia do sistema autopoietico.

O Direito, como já referido alhures, desde Niklas Luhmann, pode ser visto como um sistema autopoietico¹⁴⁶. Assim, o Direito só é possível “por intermédio do Direito”, e isso é “autoevidente”, como aponta Raffaele De Giorgi¹⁴⁷. Autores como Antonio Enrique Pérez Luño¹⁴⁸ divergem dos enfoques autopoieticos, por entenderem que nada aportam de novo ou de bom. Defendem que o intento mais bem acabado de explicar o Direito, a partir de um sistema fechado, autônomo e autossuficiente e de um conceito autorreferente de validade normativa, segue sendo o de Hans Kelsen. Mas apesar disso, a obra de Luhmann continua

¹⁴³ Enderle, G. et al. (1997). *Dicionário de ética econômica*. Trad. Benno Dischinger et al. São Leopoldo: Unisinos, p. 593-594.

¹⁴⁴ Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 38.

¹⁴⁵ Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 38.

¹⁴⁶ Luhmann, N. (1983). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. Reproduz-se aqui parte da síntese de Hommerding, A.N, (2012). *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá.

¹⁴⁷ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 14.

¹⁴⁸ Pérez Luño, A.E. (2011). *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 59.

desvelando a realidade. Sua obra teve enorme ressonância no meio intelectual alemão, sobretudo a partir de “*Legitimation durch verfahren*”, o que o levou a ser considerado um “raro” para sua época, na expressão de I. Izurquiza. Essa “raridade”, segundo Ramón Soriano, não está somente nos propósitos de Luhmann, mas no método que faz de sua obra, ao mesmo tempo, abstrata e dinâmica; o grau de abstração acompanha na mesma ou em maior medida o grau de evolução e o dinamismo¹⁴⁹.

Luhmann, cuja obra, em realidade, é a de um sociólogo, não apenas a de um “sociólogo do Direito”, ao se inspirar inicialmente em dois autores, Max Weber e Talcott Parsons, adotou, como dito, uma postura mais funcionalista. Nessa primeira fase de seu pensamento, Luhmann soube ver que não há uma decisão pura no Direito, porque toda decisão no campo do Direito tem contato com os sistemas político, religioso, ecológico etc. Assim, um problema nunca é somente um problema jurídico. Luhmann trabalhou também com o estruturalismo, estudando os processos de comunicação humana concebidos por Saussure. A segunda fase de Luhmann, por sua vez, de fato, não rompe com a primeira. Representa tão-somente uma evolução dela¹⁵⁰. Essa é a fase autopoietica.

Nessa fase, Luhmann começa a sofisticar sua teoria, inspirando-se em Humberto Maturana e Francisco Varela, adaptando para a ciência social a teoria autopoietica da

¹⁴⁹ Soriano, R. (2011). *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, p. 161-162.

¹⁵⁰ Veja-se o que diz sobre esse aspecto Juan Antonio García Amado: García Amado, J.A. (1997). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. n. 5. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 189. A obra de Luhmann é marcada por uma mudança radical, ocorrida a partir da publicação de “Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral”, em 1984. Essa alteração foi pontuada pela substituição da teoria dos sistemas abertos pela teoria dos sistemas autopoieticos. É que, até então, Luhmann entendia que as trocas entre sistema e ambiente poderiam alterar a estrutura do sistema. A partir dessa mudança de perspectiva, ele passou a entender justamente o contrário, ou seja, que estas trocas entre sistema e entorno e os próprios estímulos provindos do exterior não afetariam o sistema, pois este não estaria acessível ao ambiente. E mais, passou a entender também que o que possibilitaria essa abertura cognitiva em relação ao meio seria o que denominou de “fechamento operacional”. Assim, Luhmann passou a sustentar que os sistemas efetivamente receberiam do meio impulso inicial para sua existência; no entanto, na medida em que se constituíssem em sistemas, passariam a alimentar por si próprios “o fogo de sua própria existência, de sua sobrevivência”. García Amado, J.A. A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. In Arnaud, A.J.; Lopez Junior, D. (Orgs.). (2004). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 314. Para Luhmann, a expressão autorreferência designaria “toda operação que se refere a algo fora de si mesmo e que, através disto, volta a si. A pura autorreferência, a qual não toma o desvio do que lhe é externo, equivaleria a uma tautologia. Operações reais ou sistemas reais dependem de um ‘desdobramento’ ou destautologização desta tautologia, pois somente então poderão compreender que são somente possíveis em um ambiente real de uma maneira limitada, não arbitrária”. Rocha, L.S.; Schwartz, G.; Clan, J.(2005). *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 40.

biologia. Luhmann volta-se para o futuro, caracterizando o construtivismo dessa fase. O conceito de *autopoiesis* inicialmente caracterizava os seres vivos como sistemas que produzem a si próprios. A extensão do conceito à teoria sociológica se deve a Luhmann¹⁵¹.

A *autopoiesis* faz com que o Direito ganhe autonomia, pois já não necessita nem da transcendência moral ou religiosa¹⁵², nem da causalidade natural ou sociopolítica, e passe a se fundar unicamente no princípio de autorreferência: é um sistema normativo fechado, uma vez que somente o Direito determina o caráter jurídico dos elementos do sistema, mesmo que, do ponto de vista cognitivo, possa ser aberto e considerar modificações do ambiente¹⁵³.

A autorreferência, a partir dessa perspectiva, dirá respeito às normas, e a heterorreferência, aos fatos, fazendo com que surja o seguinte paradoxo: o sistema jurídico é fechado porque é aberto, e é aberto porque é fechado. Para Juan Antonio García Amado,

El cambio fundamental que implica su asunción de las teorías de Varela y Maturana es la idea de que la autorreferencia del sistema no se agota en la producción de sus estructuras o en la circularidad de sus operaciones, sino que se extiende a la constitución de sus propios elementos. Estos ya no son recibidos del medio y ‘pulidos’ por unas estructuras constantes, sino que se erigen en base constitutiva de las mismas estructuras. La identidad del sistema pasa a colocarse en la dinámica autorreproductiva de sus elementos¹⁵⁴.

É claro que isso – o fato de o sistema ser aberto e fechado – não constitui um problema, pois a normatividade, como aponta Daniela Ribeiro Mendes Nicola, será o modo de operar interno do Direito, por meio da circulação da marca de validade das decisões.

Já a orientação do Direito, com relação ao seu ambiente, utilizará estratégias cognitivas, ou seja, o sistema mostrar-se-á disposto a aprender. É o caso, por exemplo, da adaptabilidade ou da modificação dos programas de decisão – as fontes formais do Direito – como formas de adequação da complexidade sistêmica a do ambiente. E para a recombinação

¹⁵¹ Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 57.

¹⁵² Navas, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto A. Ediciones, n. 173-174, julio-octubre, p. 133.

¹⁵³ Goyard-Fabre, S. (2002). *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, p. 222.

¹⁵⁴ García Amado, J.A. (1997). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. n. 5. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 188.

em continuidade de reprodução normativa fechada e orientação ambiental aberta, o Direito passará a dispor de decisões e argumentos, que são as duas formas de comunicação¹⁵⁵.

Mas a teoria autopoietica, apesar de basear-se em ideias biológicas, não constitui uma inferência por analogia e muito menos uma utilização só metafórica de ideias extraídas da biologia; o próprio Maturana prevê a extensão dos respectivos conceitos a estudos da área sociológica, desde que com ajustes¹⁵⁶. A teoria geral dos sistemas autopoieticos exige que se

¹⁵⁵ Nicola, D.R.M. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: Rocha, L.S. (Org.). (1997). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, p. 237.

¹⁵⁶ Segundo Willis Santiago Guerra Filho, “Maturana, com sua abordagem sistêmica para pesquisas em Biologia, desenvolve conceitos que impedem a extensão dessa abordagem a estudos sociológicos, sem que se proceda certos ajustes. Para ele, por exemplo, só se poderia falar em sistema social sob circunstâncias análogas àquelas em que se tem sistemas vivos, os quais se relacionam por meio de ‘acoplamentos estruturais’, o que se dá através de interações sequenciais mútuas entre sistemas, operando em um ‘domínio consensual’, ou seja, em um ambiente redundante, fechado, onde (por isso mesmo) se tem condutas comunicativas, que são condutas permanentes a esse domínio – uma conduta desviante, diferente, não-recursiva, muda a interação para outro domínio. Como resultado, tem-se que “uma interação criativa é sempre uma criação não-comunicativa”. Torna-se, assim, perfeitamente compreensível que, para Maturana, só haja relacionamento social quando se deem relações de aceitação mútua, com respeito um pelo outro como legítimo outro – isto é, como diferente – na convivência, onde negar o outro para se afirmar é, na verdade, negar também a si mesmo, ou ao “si mesmo” (self), por negar a diferença do que não é “si mesmo”, diferença que o constitui, e que é “o outro”. Em sendo assim, enquanto fundadas na sobrevalorização de um indivíduo, que manda, e consequentemente desvalorização do outro, que obedece, não sejam tidas como relações sociais. “Também só se terá um sistema social, nessa perspectiva, quando nele haja uma congruência espontânea na conduta dos indivíduos que o integram, por resultar de sua convivência em um domínio consensual, de mútua aceitação. Logo ‘sistemas legales se constituyen como mecanismos de coordinación conductual entre personas que no constituyen sistemas sociales’. As leis interferem para regular relações que não seriam já relações sociais, impondo uma conduta que, em sendo assim, não é uma conduta mais da pessoa, mas sim uma conduta que lhe é atribuída para ser aceita, por ela e pelos outros. ‘En el marco de las relaciones humanas se dan en la aceptación mutua’ (...). O que permitiria Luhmann teorizar sobre ‘sistemas sociais’, conforme seu entendimento, seria uma mudança do ‘ângulo’, a partir do qual se vê a relação entre o sistema e seus elementos, que em Maturana é, digamos, ‘de baixo para cima’, e, para o primeiro, ‘de cima para baixo’. Como Maturana desenvolve seu pensamento com base na observação de sistemas vivos, que são autopoieticos porque cada elemento seu o é também, o sistema é formado a partir de seus elementos, reunidos em unidades, e tem uma existência, enquanto sistema vivo. Para Luhmann, a unidade entre elementos do sistema não emerge ‘de baixo’, mas sim é constituída ‘de cima’, para fins de explicação, e por isso, esses elementos ‘são elementos apenas para os sistemas, que os empregam como unidades, e eles o são apenas através do sistema’, quer dizer, existem apenas enquanto parte de um sistema, teoricamente diferenciado do seu meio, e que, dessa forma produziria e reproduziria (=produção de produtos), reflexiva e autorreferencialmente seus elementos, enquanto autopoietico. Ao que parece, portanto, em Maturana a autopoiese se dá ao nível dos elementos, que se auto-produzem, enquanto em Luhmann se daria no nível do sistema, que auto-produziria seus elementos, a unidade formada por eles é, logo, também a si mesmo”. O próprio Luhmann, diz Guerra Filho, aponta para a diferença entre ele e Maturana no emprego do conceito de autopoiese, dizendo que “o biólogo trata de sistemas vivos, em cujo ambiente se encontram outros sistemas vivos, inclusive aquele que é o observador, um sistema consciente, responsável pelo estabelecimento da diferença entre ambiente e sistema, e que existe num ambiente onde há outros sistemas conscientes. Sistemas vivos, então, teriam como elementos células e moléculas, que produzem outras células e moléculas, em um ambiente onde há outros sistemas que fazem o mesmo, assim como sistemas conscientes teriam como

pondere, com precisão, a *autopoiesis* do sistema, delimitando o sistema em relação ao ambiente. Nos sistemas sociais, isto se dá por meio da comunicação, que tem as propriedades necessárias à *autopoiesis* do sistema. É uma operação genuinamente social, pois depende de, no mínimo, dois processadores de informação (já a consciência é individual). A comunicação somente pode ser produzida em um contexto recursivo com outras comunicações. Comunicação, portanto, produz comunicação.

A comunicação, diferentemente dos processos biológicos, é uma operação provida de capacidade de se auto-observar. A comunicação não produz apenas uma diferença (comunicação/não comunicação), pois a distinção específica da comunicação consiste no ato de comunicar e na informação. Assim, o sistema está obrigado a uma contínua auto-observação. A observação é uma operação que depende de uma distinção. Nesse ato operacional, não se “vê” (caso do “terceiro excluído”). Toda auto-observação está condicionada a um ponto cego: é possível só porque não pode ver que está vendo.

Em sendo suficientemente complexo, um sistema pode passar da observação de suas operações à observação de seu observar e, por último, à observação do próprio sistema. Neste caso, o sistema deve poder fundamentar a distinção sistema-ambiente, quer dizer, deve distinguir entre autorreferência e heterorreferência.

Na sociedade, muitas comunicações podem ser efetuadas simultaneamente e auto-observadas simultaneamente. Um sistema social e, naturalmente, de modo especial, uma sociedade, pode observar-se a si mesma, simultaneamente e sucessivamente, de maneiras muito diversas, que são chamadas de “policontextuais”. Sociedade, portanto, significa auto-observação policontextual.

Os sistemas autopoieticos, assim, são os que produzem por si mesmos não só suas estruturas, mas os elementos de que estão compostos, precisamente na trama destes elementos. Os elementos – no plano temporal são operações – dos quais os sistemas autopoieticos estão constituídos não têm uma existência independente. Não se encontram simplesmente; nem são simplesmente colocados. São produzidos pelo sistema, e exatamente pelo fato de que são utilizados como distinções (não importa qual seja a base “energética” ou

elementos significações e pensamentos, que produziram outras significações e pensamentos, em um ambiente onde há outros sistemas que fazem o mesmo. Sistemas sociais, por sua vez, teriam como elementos comunicações, que, porém, não existem no ambiente, mas sim apenas na sociedade, enquanto sistema comunicativo global, onde sistemas parciais, também ditos ‘sistemas funcionais’, aparecem como ambiente uns para os outros”. Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 59-61.

material). Os elementos são informações, são distinções que produzem a diferença no sistema. E, neste sentido, são uma unidade de uso para a produção de unidades de uso, para as quais no ambiente não existe correspondência¹⁵⁷.

Não há, assim, *input* nem *output* de elementos, pois o sistema é autônomo, não unicamente no plano estrutural, mas, também, no plano operacional¹⁵⁸. O sistema somente pode operar mediante suas próprias operações e em decorrência das havidas anteriormente no sistema. A aplicação de uma teoria da diferenciação, portanto, rompe com a aceitação das relações pertinentes aos sistemas abertos (máquinas triviais – *input/output*), pois não existem trocas diretas entre o sistema e o seu meio. Há, na verdade, uma simultânea dependência e independência que se potencializam reciprocamente num fechamento operacional e numa abertura cognitiva. Neste sentido, como já exposto anteriormente, o sistema, em dependência do ambiente, mas sem ser determinado por ele, pode organizar-se por si mesmo e pode construir sua própria ordem (*order from noises*, consoante o conceito de Heinz Von Foerster, também já referido alhures).

Todas as relações entre um sistema autopoietico e o ambiente têm um modo não específico, que não exclui absolutamente que um observador possa especificar o que ele mesmo quer ou pode ver. Cada especificação pressupõe que o sistema tenha uma atividade própria e que haja uma situação histórica do sistema como condição desta atividade sua. Isto vale também para a especificação das relações do sistema com o ambiente. A especificação é ela mesma uma forma, uma distinção. Está constituída por uma eleição efetuada num âmbito de eleição autoconstituído (informação): uma forma assim pode estar constituída somente no mesmo sistema¹⁵⁹.

1.13 Comunicação e Auto-observação

O conceito de comunicação tem, portanto, como já referido, um significado central para a teoria da sociedade. A ocorrência dos processos de autonomia e dependência nos

¹⁵⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 39-40.

¹⁵⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 40.

¹⁵⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 40.

sistemas autopoieticos é explicada pelo conceito de comunicação. A comunicação consiste na unidade operacional e reprodutiva em que opera a sociedade (sistema social). Comunicação é a síntese entre três dimensões de estruturas seletivas: informação, ato de comunicação e compreensão. A comunicação, segundo Luhmann, apresenta um caráter social e dialógico, no sentido de que há necessidade de pelo menos dois “processadores de informação” que possam referir-se um ao outro. A comunicação restringe e distribui as possibilidades reais de seleção tidas pelo sistema (complexidade organizada ou estruturada).

O conceito de cláusula operacional – autorreferencial – não significa, no entanto, falta de contato ou uma espécie de auto-segregação do sistema. Permanece válido o princípio, já adquirido graças à teoria de sistemas abertos, que independência e dependência podem acrescentar-se mutuamente, uma através da outra¹⁶⁰. Cada abertura apóia-se no fechamento do sistema. Só os sistemas operativamente fechados podem construir uma alta complexidade própria, que pode servir para especificar sob que aspectos o sistema reage às condições de seu ambiente. O conceito de sistema, assim, remete ao conceito de ambiente e não pode ser isolado nem lógica e nem analiticamente¹⁶¹.

Observar significa distinguir e indicar. Com o conceito de “observar” se atrai a atenção sobre o fato de que distinguir e indicar é uma operação única. E efetivamente não se pode indicar nada que, fazendo isto, não seja também distinto; assim como distinguir realiza seu sentido somente pelo fato de que serve para indicar uma ou outra parte. Formulada na terminologia da lógica tradicional, em relação com as partes que distingue, a distinção é o terceiro excluído. Da mesma maneira também o observador, enquanto efetua a observação, é o terceiro excluído. Por último, se se considera que observar é sempre uma operação que deve ser efetuada pelos mecanismos de um sistema autopoietico, indicando este sistema nessa função como observador, pode-se afirmar que o observador é o “terceiro excluído” de sua observação. Ao observar, não se pode ver a si mesmo¹⁶².

¹⁶⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 40-41.

¹⁶¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 41.

¹⁶² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 42.

1.14 Comunicação, Autopoiese e Auto-observação

A teoria da sociedade é a teoria do sistema social complexo, que inclui em si os demais sistemas sociais. A sociedade será sempre compreendida como um sistema; e a forma do sistema, como dito, não é outra coisa que a distinção entre sistema e ambiente¹⁶³. Há que se distinguir três níveis na análise da sociedade: a) teoria geral de sistemas, e nela a teoria geral dos sistemas autopoieticos; b) a teoria de sistemas sociais; c) a teoria do sistema da sociedade como caso particular da teoria de sistemas sociais.

No plano da teoria geral dos sistemas autopoieticos (autorreferenciais, operativamente fechados), a teoria da sociedade chega a verdadeiras decisões conceituais e a resultados de investigações empíricas que valem também para outros sistemas deste tipo (v.g., o cérebro). Aqui é possível um intercâmbio interdisciplinar de experiências e de estímulos de grande transcendência¹⁶⁴.

No plano da teoria de sistemas sociais interessa a peculiaridade dos sistemas autopoieticos que podem ser captados como sociais. Neste plano deve-se determinar a operação específica cujo processo autopoietico leva à formação dos sistemas sociais nos ambientes correspondentes. A teoria de sistemas sociais compreende, assim, todas as asserções que valem para todos os sistemas sociais. Aqui a sociedade aparece como um sistema entre tantos outros. Pode ser confrontada com os sistemas de organização e com os sistemas da interação entre presentes, mas também com outros tipos de sistemas sociais¹⁶⁵.

Somente no terceiro nível – teoria do sistema da sociedade como caso particular da teoria dos sistemas sociais – é que se manifesta a especificidade do sistema da sociedade. Aqui, segundo Luhmann e De Georgi, deve-se articular o que significa o caráter complexo que se remonta até as proposições de introdução da “Política”, de Aristóteles. Na base está

¹⁶³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 43.

¹⁶⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 43.

¹⁶⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 43-44.

claramente o paradoxo que afirma que um sistema social entre outros muitos inclui em si, ao mesmo tempo, a todos os outros¹⁶⁶.

A distinção dos planos de análise a respeito do objeto sociedade é uma forma de desenvolvimento do paradoxo de uma unidade que se inclui a si mesma e tem a função específica de promover o intercâmbio de ideias entre as disciplinas e de acrescentar o potencial de estímulo recíproco¹⁶⁷. A teoria geral dos sistemas autopoieticos exige que se indique com precisão a operação que realiza a autopoiese do sistema e que deste modo delimita o sistema com respeito ao seu ambiente.

No caso dos sistemas sociais, isso sucede mediante a comunicação. A comunicação tem todas as propriedades necessárias para a autopoiese do sistema: é uma operação genuinamente social porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, mas precisamente por isso, como unidade, não pode ser imputada a nenhuma consciência solitária. É social, porque de nenhum modo pode ser produzida uma consciência comum coletiva, isto é, não se pode chegar ao consenso no sentido de um acordo completo. E, no entanto, a comunicação funciona. É autopoietica na medida em que pode ser produzida somente em um contexto recursivo com outras comunicações e, portanto, somente em uma trama a cuja reprodução concorre cada uma das comunicações¹⁶⁸.

Agrega-se a isso o que faz distinguir-se a comunicação dos processos biológicos de qualquer tipo. A comunicação é uma operação provida da capacidade de auto-observar-se. Cada comunicação deve comunicar ao mesmo tempo em que ela mesma é uma comunicação, e deve fazer ênfase em quem se comunicou e que tem comunicado, para que a comunicação que se cruze possa ser determinada e possa continuar a autopoiese. Por consequência, como operação, a comunicação não produz somente uma diferença. Sem dúvida que o faz, mas, para observar que isso acontece, também usa uma distinção específica: a que existe entre o ato de comunicar e a informação¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 44.

¹⁶⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 44-45.

¹⁶⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 45.

¹⁶⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 45.

Os sistemas sociais podem construir-se somente como sistemas que se observam a si mesmos. Estas reflexões forçam a renunciar a uma fundamentação da sociologia na teoria da ação (e, portanto, individualista)¹⁷⁰. Como toda auto-observação está condicionada por um ponto cego, ela é possível, então, somente porque não pode ver o que está vendo. Assim é que a comunicação serve, ela mesma, operativamente como unidade da diferença de informação, ato de comunicar e compreensão. Mas para a auto-observação, a comunicação usa precisamente a distinção entre informação, ato de comunicar e compreensão para poder estabelecer se a comunicação ulterior deve reagir ante as dúvidas sobre a informação, ante supostas intenções do ato de comunicar ou ante a dificuldade de compreensão¹⁷¹.

Nenhuma auto-observação está em condições de compreender a plena realidade do sistema que ela realiza. Pode somente fazer algo em lugar disto: eleger soluções substitutivas. E isso ocorre mediante a eleição das distinções com as quais o sistema efetua auto-observações. Se é suficientemente complexo, um sistema pode passar da observação de suas operações para a observação de seu observar e por último à observação do sistema mesmo. Neste caso, o sistema deve poder fundamentar a distinção sistema-ambiente, isto é, deve poder distinguir entre autorreferência e heterorreferência¹⁷².

A sociedade, como sistema social complexo, não conhece sistemas sociais além de suas fronteiras. Por outro lado, não se observa de fora. Os sistemas psíquicos podem, indubitavelmente, observar a sociedade de fora. Mas, socialmente, se não há comunicação não há efeito, isto é, a observação não é efetuada no sistema social. A sociedade constitui o caso extremo da auto-observação policontextual, o caso extremo de um sistema que está constricto à auto-observação, sem atuar para isto como um objeto, sobre o que possa existir somente uma única opinião correta, de modo que todos os desvios possam ser tratados como erro¹⁷³.

As autodescrições não se produzem de um modo causal. A plausibilidade das representações tem condições estruturais e, na evolução da semântica, há tendências históricas

¹⁷⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 46.

¹⁷¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 46.

¹⁷² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 46.

¹⁷³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 47-48.

que delimitam fortemente o espaço das variações. Dessa maneira, na teoria sociológica, pode-se reconhecer conexões com base na correlação que existe entre as estruturas da sociedade e as semânticas. Mas, ao mesmo tempo, identifica-se que essas teorias são construções próprias e não podem intercambiar-se com as representações do sistema da sociedade que circulam em uma época determinada¹⁷⁴.

Para Luhmann, se descrevermos a sociedade como um sistema, então se compreende, da teoria geral dos sistemas autopoieticos, que se deve tratar de um sistema operacionalmente fechado. Isto vale ainda quando estas operações são observações ou operações cuja autopoiese peça uma auto-observação. Falar em sistema operacionalmente fechado, por sua vez, significa falar em “clausura operacional”, o que será visto adiante.

Importante, aqui, por ora, é deixar claro que, se o sistema consegue se autorreproduzir com certa independência e fechar-se operacionalmente, ele é autopoietico. Sistemas autopoieticos, portanto, são os que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autorreproduzir com base em um código e em programação próprios¹⁷⁵.

1.15 Clausura Operacional e Acoplamento Estrutural

A clausura operacional traz como consequência que o sistema dependa da auto-organização. Veja-se: a diferenciação entre sistema e meio ambiente é o artifício usado pela teoria sistêmica para se desenvolver em simetria com aquilo que estuda, como seu “equivalente funcional”, como dizem Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira¹⁷⁶. Essa diferenciação é chamada sistêmica por que é trazida para dentro do próprio sistema. Daí por que o sistema “total”, a sociedade, aparece como meio ambiente dos próprios sistemas parciais, que dele e entre si se diferenciam por reunirem certos

¹⁷⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 48-49.

¹⁷⁵ Rocha, L.S.; Shwarz, G.; King, M (2009). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 20.

¹⁷⁶ Consultar Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115-116.

elementos, ligados por “relações”, nas operações do sistema, formando uma “unidade”¹⁷⁷. Assim, uma unidade também pode aparecer como meio ambiente para outras unidades, além de diferenciada no sistema do meio ambiente, permitindo que por ela se aplique, recorrentemente, a diferença entre sistema/meio ambiente, sem com isso perder sua “organização”. A “organização” qualifica um sistema como complexo ou como uma simples unidade que possui características próprias decorrentes das relações entre seus elementos, mas que, no entanto, não são características desses elementos. O fato de haver a organização do sistema pela unidade de seus elementos não quer dizer que não variem os elementos que o compõem nem suas relações. Essas possíveis mudanças ocorrem na “estrutura” do sistema, que é formada por elementos componentes do sistema relacionados entre si¹⁷⁸. Daí, para a organização do sistema, nas palavras de Abboud, Carnio e Oliveira,

o que importa é o tipo peculiar de relação, circular e recorrente, entre os elementos, enquanto para a estrutura o que importa é haver elementos em interação, ação e reação mútua, elementos esses que podem ser fornecidos ao sistema pelo meio ambiente, sem que por isso a ele não se possa atribuir o atendimento de suas ‘condições gerais’, para se terem ‘sistemas autopoieticos’, como Luhmann propõe que se considere os sistemas sociais: a ‘autonomia’ e a ‘clausura’ do sistema¹⁷⁹.

O fechamento operacional pede uma constante auto-observação. Para os sistemas observadores, no seu plano operativo, não existe nenhum contato com o ambiente. O fechamento e a auto-organização permitem a evolução do sistema mesmo diante (e até compatível com) a desordem do meio (não sentido). As estruturas do sistema podem construir-se e se transformar unicamente mediante operações dele mesmo. Juntas, a clausura e a auto-organização fazem que o sistema se torne altamente compatível com a desordem do ambiente ou com ambientes ordenados fragmentariamente, em sistemas vários, mas sem formar uma unidade¹⁸⁰. Por clausura, não se entende “isolamento termodinâmico”, senão

¹⁷⁷ Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115-116.

¹⁷⁸ Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 116.

¹⁷⁹ Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 116.

¹⁸⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 49.

somente fechamento operacional, isto é, que as operações próprias do sistema se tornem recursivamente possíveis pelos resultados das operações próprias do sistema¹⁸¹.

As operações reais são possíveis somente em um mundo que existe na simultaneidade. Isso exclui que uma operação influencie a outra. Se isso é possível, então deve sê-lo no cruzamento imediato de uma operação com outra. Relações recursivas como estas, em que a conclusão de uma operação é a condição de possibilidade de outra, levam a uma “diferenciação” dos sistemas. Nessa, tudo isso se realiza de um modo que, com frequência, é estruturalmente muito complexo, e a uma diferenciação de seu ambiente, que existe na simultaneidade. A clausura operacional é o resultado desse processo¹⁸².

O acoplamento estrutural, por sua vez, pressupõe que todo sistema autopoietico opere como sistema determinado pela estrutura, isto é, como um sistema que pode determinar as próprias operações somente por meio das próprias estruturas. O acoplamento estrutural não determina o que sucede no sistema, mas deve estar pressuposto, já que de outra maneira a autopoiese se deterioraria e o sistema deixaria de existir¹⁸³.

Toda comunicação está estruturalmente acoplada à consciência. Sem consciência, a comunicação é impossível¹⁸⁴. Sem comunicação, não há sistemas sociais, como pontuam Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira¹⁸⁵. Não é o homem que pode se comunicar; somente a comunicação pode comunicar¹⁸⁶.

¹⁸¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 50.

¹⁸² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 50.

¹⁸³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 51-52.

¹⁸⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 52.

¹⁸⁵ Ver Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 117.

¹⁸⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 52.

Para compreender a conexão que subsiste entre consciência e comunicação é que se utiliza o conceito de acoplamento estrutural. O acoplamento estrutural funciona sempre e imperceptivelmente. Põe-se a funcionar ainda quando não se pense nele ou não se fale nele, da mesma maneira como em um passeio se pode dar o passo seguinte sem pensar no próprio peso, que para as leis da física é necessário para poder caminhar¹⁸⁷.

O acoplamento estrutural entre comunicação e consciência, por seu modo de funcionar sem ruído e sem visibilidade, não exclui absolutamente que os constituintes de parte da comunicação sejam identificados nela ou que a palavra seja dirigida a eles. O processo da comunicação está em condições de personificar referências externas. Toda comunicação deve poder distinguir entre a informação e o ato de comunicar, ou não seria possível distinguir a mesma comunicação. Mas isso significa que se formam as referências materiais e pessoais correspondentes¹⁸⁸.

Nos sistemas de comunicação, as indicações sumárias, como nomes ou conceitos como homem, pessoa, consciência, servem para processar a referência à complexidade do ambiente (dupla seletividade). Trata-se de utilizar a complexidade ordenada (estruturada, mas não calculável) na medida das próprias possibilidades de operação, o que nas sociedades significa linguisticamente¹⁸⁹. O acoplamento estrutural (interpenetração) regular entre sistemas de consciência e sistemas da comunicação se faz possível por meio da linguagem. Do ponto de vista da evolução, a linguagem é um tipo de ruído extremamente improvável, o qual, precisamente por essa improbabilidade, possui um alto valor de atenção e possibilidades altamente complexas de especificação¹⁹⁰.

O fato de os sistemas de comunicação estarem acoplados aos sistemas de consciência, que, desta forma, aproveitam sua seletividade sem serem especificados por ela, atua como

¹⁸⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 53.

¹⁸⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 53.

¹⁸⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 54.

¹⁹⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 55.

uma “couraça”, que, em geral, impede que a inteira realidade do mundo incida na comunicação (dupla seletividade).

Luhmann e De Georgi passam, então, a contradizer os pressupostos fundamentais da linguística saussureiana. Para eles, a linguagem não possui nenhum modo próprio para operar, não deve ser manejada como o ato de pensar ou como o ato de comunicar. Consequentemente, a linguagem não constitui um sistema próprio. É e seguirá sendo dependente do fato de que os sistemas de consciência, por uma parte, e o sistema de comunicação da sociedade, por outra, prossigam com a própria autopoiese mediante operações próprias completamente fechadas¹⁹¹. A comunicação pode ser modificada somente através da consciência. Tudo o que atua sobre a sociedade desde fora, sem ser comunicado, deve ter atravessado o duplo filtro da consciência e da possibilidade de comunicação¹⁹².

Com respeito a todas as condições externas da autopoiese, portanto, a consciência tem uma “posição privilegiada”. Controla, em certa medida, o acesso do mundo externo à comunicação, mas exerce esse controle não como sujeito da comunicação, como entidade que fundamenta a comunicação, senão em virtude de sua capacidade de percepção. Essa, por sua vez, com base nas condições do acoplamento estrutural, depende de processos neurofisiológicos do cérebro e, através destes, de outros processos de autopoiese da vida¹⁹³.

O sistema de comunicação, portanto, se apoia necessariamente em si mesmo; pode ser dirigido somente por si e pode fazê-lo somente na medida em que alcance ativar em seu ambiente o material de consciência que é necessário para tal fim¹⁹⁴. O conceito de acoplamento estrutural explica que os sistemas, porque são completamente autodeterminados, em geral, desenvolvem-se em uma direção determinada, tolerada pelo ambiente. A parte do acoplamento estrutural que é interna ao sistema pode indicar-se com o conceito de irritação (ou moléstia ou perturbação). Ainda sob este aspecto, os sistemas – tanto os de consciência

¹⁹¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 55.

¹⁹² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 56.

¹⁹³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 56.

¹⁹⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 57.

como o de comunicação da sociedade – são completamente autônomos¹⁹⁵. O sistema tem a possibilidade de encontrar em si mesmo as causas da irritação, de apreender essa ou de imputá-la ao ambiente e assim de tratá-la como um causal ou buscar sua origem no ambiente e afastá-la¹⁹⁶.

A linguagem, assim, na síntese de Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira¹⁹⁷, é a “primeira condição” para que se dê o acoplamento estrutural entre sistemas autoconscientes e sistemas sociais autopoieticos de comunicação. Esse acoplamento, no entanto, precisa ser viabilizado por certos meios (*media*).

No caso do Direito, o meio principal que Luhmann utilizada como exemplo de acoplamento entre o sistema de Direito e o sistema da política são as constituições. Isso irá remeter ao entendimento de que o Judiciário será a organização que ocupará o “centro” do sistema jurídico, situando-se as cortes constitucionais no “centro do centro” do sistema jurídico, já que determinam, em última instância, o que é ou não direito, assim como os poderes legislativo e executivo se encontram no centro do sistema político¹⁹⁸. Assim, é no “centro do centro” que se daria o acoplamento estrutural do sistema jurídico com os demais sistemas. Como explicam Abboud, Carnio e Oliveira,

Todos os demais sistemas, não só o político, mas também a economia, a arte, a religião etc. penetram no direito e por ele são penetrados, principalmente por via de interpretações do que se acha disposto na constituição. Interpretações essas que são feitas por juristas, juízes e demais operadores jurídicos e, mesmo, por jornalistas, padres, cientistas, enfim todos os cidadãos, e essas interpretações todas influenciam os membros das Cortes Constitucionais, no entanto, a interpretação que prevalece num sistema jurídico autopoietico é tão somente a deles, membros das Cortes Constitucionais¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 57.

¹⁹⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 57.

¹⁹⁷ Ver Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 117.

¹⁹⁸ Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 118.

¹⁹⁹ Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 118.

É, pois, por via do acoplamento estrutural que se pode reconhecer a possibilidade de haver influência dos sistemas uns sobre os outros. Assim é que o sistema da política se acopla estruturalmente ao sistema de Direito pelas constituições dos Estados, enquanto o Direito se acopla à economia pelos títulos de propriedade e assim por diante²⁰⁰.

Há que se dizer, ainda, que a clausura estrutural permite compreender a teoria da diferenciação dos sistemas. As características da autorreferência, da reprodução autopoietica e da clausura operacional com a exclusividade de um tipo de operação próprio, ou seja, a comunicação, levam a que um sistema da sociedade construa uma complexidade estrutural própria e com isso organize a própria autopoiese. A complexidade estrutural organizada representa o “problema central da teoria dos sistemas” (Helmut Willke)²⁰¹. A distinção que constitui a complexidade tem a forma de um paradoxo: a complexidade é a unidade de uma multiplicidade²⁰². A forma específica de produção da complexidade, então, é dada pela simultaneidade do operar de sistemas que não podem se comunicar entre si. Estes sistemas só podem operar como operam porque são autopoieticamente fechados, ensina De Giorgi²⁰³.

A distinção decisiva no paradoxo da complexidade é a que se dá entre sistemas que dispõem de possibilidades de relação completa entre seus elementos e sistemas que dispõem de possibilidade de relação somente seletiva. A distinção da complexidade é a necessidade de manter uma relação somente seletiva entre os elementos ou, dito de outro modo, a organização seletiva da autopoiese do sistema²⁰⁴.

²⁰⁰ Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 118. A teoria sistêmica considera os diversos sistemas sociais como autônomos, autopoieticos, mas interligados, “estruturalmente acoplados”. Assim, transformações em um desses sistemas termina por afetar os demais. Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19.

²⁰¹ Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 59.

²⁰² Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 59.

²⁰³ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 22.

²⁰⁴ Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 60-61.

No âmbito objetivo compreendido pelo conceito de complexidade, a sociedade constitui um caso extremo porque o tipo de suas operações elementares, isto é, as comunicações, a colocam sob notáveis restrições²⁰⁵. A condição recursiva da autopoiese da sociedade, como dito alhures, não está organizada por resultados causais (*outputs* como *inputs*) nem tampouco na forma de resultados de operações matemáticas, mas reflexivamente, isto é, mediante a aplicação da comunicação a comunicação.

Cada comunicação, assim, expõe-se a perguntas, dúvidas, à aceitação ou a rejeição, e antecipa tudo isso, sem exceções. Se uma tentativa de comunicação quisesse subtrair-se a esta forma de recursividade reflexiva, não poderia ser qualificada como comunicação. Não seria reconhecível como tal. A consequência à resposta ao problema da complexidade é a infinidade ineliminável da comunicação. A última palavra não existe. A representação da complexidade do sistema e do seu ambiente no sistema pode permanecer aberta como um fenômeno que deve ser continuamente explicado. E também significa que a comunicação deve reivindicar autoridade no sentido da possibilidade de dizer, explicar, motivar mais do que, no momento, pareça oportuno²⁰⁶.

Para Luhmann e De Georgi, a representação da complexidade em forma de sentido é a mais importante “aquisição evolutiva” que, em geral, faz possível a comunicação²⁰⁷. Também aqui “forma” significa “distinção de duas partes”. As duas partes da forma sentido são realidade e possibilidade; ou bem, em consideração ao seu uso operacional, “atualidade” e “potencialidade”. Essa distinção é o que permite representar nos sistemas que processam sentido a coação da seleção da complexidade. Cada atualização do sentido potencializa outras

²⁰⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 61-62.

²⁰⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 63.

²⁰⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 59. A teoria dos sistemas é uma aquisição evolutiva da sociedade pós-industrial, tendo sido modelada com o intuito de descrever sua realidade (virtual). Ela substitui a oposição epistemológica “sujeito x objeto” (abordagem objetivo-teorética) pela diferenciação funcional “sistema x meio” (abordagem diferencial-teorética), considerando como seu objeto não o ser humano, mas o intercâmbio de comunicação, consequentemente gerando a arquitetônica conceitual mais adequada para a sociedade informacional da era pós-moderna. Isso acontece porque a teoria dos sistemas autopoieticos pretende aprimorar os instrumentos da auto-observação, da comunicação com a sociedade acerca da sociedade (Luhmann). Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 84.

possibilidades. A seletividade (contingência) de todas as operações se converte em uma necessidade inevitável, que é a necessidade dessa forma de autopoiese. O mundo está presente em cada instante, não como plenitude, mas como diferença entre o sentido atualizado e a possibilidade, que são acessíveis a partir desse sentido²⁰⁸.

A determinação da sociedade como sistema social complexo tem como consequência que, para cada comunicação capaz de ligar-se às outras, pode existir somente um sistema único de sociedade. No plano fático, por evidente, podem existir diversos sistemas de sociedade²⁰⁹. A sociedade, porém, articula-se conforme uma diferenciação nos sistemas de funções. Com isso se desvanece a possibilidade de definir a unidade de um sistema da sociedade a partir dos limites territoriais ou a partir de seus habitantes, diferenciando-os de quem não sejam seus membros. Os sistemas de funções, como a economia ou a ciência, a política ou a educação, a atenção aos doentes ou o direito, cada um, propõem exigências próprias a seus próprios limites, os quais não podem estar integrados concretamente em um espaço ou em relação com um grupo de homens²¹⁰.

Nesse contexto, a comunicação é a diferença que faz a diferença. Como sistema da comunicação, a sociedade se distingue de seu ambiente e, precisamente por isso, não se distingue em seu interior. Para todos os sistemas parciais da sociedade, os limites da comunicação são os limites externos da sociedade. Nisto, e somente nisto, se cruzam. Toda diferenciação interna deve e pode relacionar-se a este limite externo. Na medida em que comunicam, todos os sistemas sociais participam da sociedade. Na medida em que “se” comunicam em um modo distinto, se distinguem²¹¹.

²⁰⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 63.

²⁰⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 64.

²¹⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 67.

²¹¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 67.

1.16 Mundo, Sociedade do Mundo e Diferenciação Funcional

O mundo, na visão de Luhmann e De Georgi, é só o “horizonte total de toda experiência vivida provida de sentido”, orientada para o interior ou para o exterior e, no plano temporal, “olhando” adiante ou para trás. O mundo requer ser compreendido, então, como o correlato das operações que nele se efetuam. Para o conceito de mundo da teoria dos sistemas, o mundo é a totalidade daquilo que para cada sistema é sistema e ambiente²¹².

A relação do homem com o mundo é constituída de forma sensitiva²¹³. O homem, assim, vive em um mundo constituído sensorialmente. O mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial de percepção, de assimilação de informação e de ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são, ao mesmo tempo, complexas e contingentes²¹⁴.

Nesse aspecto, para Luhmann, a complexidade é encarada como o fato de que sempre existem mais possibilidades do que aquilo que se pode realizar. A contingência, nesse sentido, é o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Dito de outro modo, essa “indicação” pode ser enganosa por se referir a algo inexistente, inatingível, ou a algo que, após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta, não mais está lá. Nas palavras de Luhmann, “complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.”²¹⁵

O mundo moderno, ao contrário do antigo (secreto), é acessível operacionalmente (em princípio pode ser objeto da investigação), mas todas as operações de conhecimento e da comunicação são para si mesmas inacessíveis. O mundo pode ser observado. Mas nesta

²¹² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 68.

²¹³ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 44.

²¹⁴ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 45.

²¹⁵ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 45-46.

operação, o observador mesmo serve como terceiro excluído. A unidade do mundo é um “paradoxo”, e é o paradoxo do observador do mundo que se fixa no mundo, mas que não pode observar-se a si mesmo.

A sociedade moderna é a “sociedade do mundo”. Por uma parte, isso significa que sobre o globo terrestre, e ainda em todo o mundo alcançável comunicativamente, pode existir somente uma sociedade. Este é o aspecto estrutural e operativo do conceito. Ao mesmo tempo, a expressão sociedade do mundo deve indicar que cada sociedade constrói um mundo e aqui dissolve o paradoxo do observador do mundo²¹⁶.

A uma sociedade que se descreve como sistema de comunicação operacionalmente fechado e que se expande ou se contrai, segundo o quanto se comunique, corresponde um mundo que tem exatamente as mesmas características dela, um mundo que se expande ou se contrai segundo o que acontece²¹⁷. A sociedade moderna se insere em um mundo heterárquico e acêntrico. Seu mundo é o correlato do entrecruzamento de operações e é acessível do mesmo modo para toda operação. A sociedade moderna regula sua expansão, e o mundo moderno também. Ela pode se modificar por si mesma e, por isso, está exposta continuamente à autocrítica. É uma ordem autossustitutiva, tal como o mundo moderno. Também este pode mudar-se por si mesmo. A sociedade é constituída pelo total de todas as comunicações²¹⁸.

Pelo fato de que a sociedade se articula conforme uma diferenciação em sistemas de funções, desaparece a possibilidade de definir a unidade de um sistema da sociedade a partir dos limites territoriais ou a partir de seus habitantes, diferenciando-os de quem não são seus membros. A sociedade moderna, como dito, trabalha com uma forma: comunicação/não-comunicação. A modernidade da sociedade, assim, não se encontra em suas características, senão em suas formas, isto é, nas distinções que usa para dirigir suas operações comunicativas²¹⁹.

²¹⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 69.

²¹⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 69-70.

²¹⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 70-71.

²¹⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 72.

No plano da distinção das distinções – ou da observação de observações – o processo permanece contingente. Mas cada sociedade esconde suas contingências, e a sociedade moderna esconde as contingências do desenvolvimento e da cultura²²⁰. Pode diferenciar-se regionalmente, como os Estados, unicamente o sistema político, e com ele o sistema de Direito da sociedade moderna. Todos os demais sistemas operam independentemente de limites espaciais. Precisamente a univocidade dos limites espaciais deixa claro que estes não são respeitados nem pelas verdades, nem pelas enfermidades, nem pela educação, nem pela televisão, nem pelo dinheiro, nem pelo amor²²¹.

Até o final do século XIX, abriu caminho uma dissolução do conceito mesmo de racionalidade, que logo tornou possível um ceticismo geral sobre a racionalidade (Weber). O mesmo conceito de racionalidade se divide, em um certo sentido, conforme a velha distinção entre *poiesis* e *práxis*, em racionalidade conforme o fim e racionalidade conforme o valor, ou como, em um eco tardio, em Jürgen Habermas, na racionalidade do atuar estratégico e na racionalidade do atuar comunicativo (racionalidades monológica e dialógica). Aqui fica excluída a questão da unidade da diferença, isto é, uma explicação do que se entende por racionalidade em si. Ao contrário, se distingue racionalidade e irracionalidade, consciência e inconsciente, funções manifestas e funções latentes, e também sem considerar que agora se deve de vez em quando propor a questão da unidade dessas diferenças²²².

O problema da relação entre realidade e racionalidade se faz agudo pelo fato de que cada operação, como observação, requer uma distinção para poder indicar uma parte da distinção. Aqui, o observador, independentemente de que distinção está usando, se torna o terceiro excluído. Mas precisamente ele, e só ele, garante, com sua *autopoiesis*, a realidade de suas operações e assim a realidade de tudo o que deve estar pressuposto como mundo no modo da simultaneidade²²³.

²²⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 73.

²²¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 73.

²²² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 76.

²²³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 77.

Precisamente porque se formula como paradoxo, é possível encontrar saídas, buscar apoios que nesta perspectiva podem ter o valor de racionais. Uma saída assim, idealizada como o desenvolvimento de um paradoxo, pode indicar-se com o conceito do “reingresso da forma a forma” ou da distinção no que é distinto. A forma na forma é, e ao mesmo tempo não é, a forma; trata-se de um paradoxo, mas um paradoxo desenvolvido, porque agora se podem eleger distinções cujo reingresso pode ser interpretado. Um observador desse reingresso tem a dupla possibilidade de descrever um sistema tanto de dentro como de fora²²⁴.

Um sistema pode construir a própria complexidade e, portanto, sua irritabilidade. Pode integrar a distinção de sistema e ambiente desde ambas as partes mediante ulteriores distinções e desta maneira ampliar suas possibilidades de observação. Pode tornar a utilizar indicações e assim condensar referências ou não voltar a utilizá-las e com isso ser apagado. Pode recordar e esquecer e assim reagir à frequência das irritações.

Com tudo isso, o reingresso da distinção no que é distinto pode enriquecer-se e abastecer-se de maiores possibilidades complexas de cruzamento. Não se trata, aqui, de acercar-se a um ideal, não se trata de uma “justiça maior”, nem de uma formação maior; não se trata da auto-realização de um espírito subjetivo ou objetivo; não se trata de alcançar a unidade. Racionalidade do sistema significa expor à realidade e submeter à prova ante ela uma distinção, isto é, a distinção entre sistema e ambiente²²⁵.

1.17 Meios de Comunicação e Distinção entre Meio e Forma

A comunicação, ensinam Luhmann e De Georgi, é um “evento extremamente improvável²²⁶”. Há, assim, uma improbabilidade de que ocorra uma comunicação. Esta é um acontecimento que não pode se efetivar como evento isolado. Ela se torna provável por si

²²⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 77.

²²⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 79.

²²⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 81.

mesma e encontra motivo para verificar-se somente em suas referências recursivas, isto é, nas operações comunicativas ante as quais reage e que ele mesmo estimula.

A comunicação, como referido, é uma síntese que resulta de três seleções: informação, ato de comunicação e compreensão. Cada um destes componentes é, em si mesmo, um evento contingente. A informação é uma diferença que transforma o estado de um sistema, isto é, que produz uma diferença²²⁷. Se cada componente da comunicação, considerado em si mesmo, é improvável, com maior razão é a síntese de todos eles²²⁸.

Uma precisão conceitual mais atenta permite ver rapidamente que as vantagens derivadas da extensão social das capacidades cognoscitivas dos seres vivos não podem absolutamente ser obtidas pelo fato de eles se tornarem dependentes uns dos outros. Para Luhmann e De Georgi, o raciocínio, tão apreciado pela tradição, sobre as relações entre os seres vivos disfarça de fato essa circunstância. Os seres vivos vivem como indivíduos, como sistemas determinados pela estrutura.

Desse ponto de vista, trata-se somente de um caso condicionado por uma constelação de eventos se um ser vivo, ainda que fazendo o que faz, consiga ser útil a algum outro. Fazer-se dependente, com efeito, significaria somente multiplicar reciprocamente as possibilidades. Então, se é possível obter algumas vantagens, isso se deve ao fato de que os seres vivos se tornam dependentes de um sistema de ordem superior com cujas condições podem eleger os contatos recíprocos e, precisamente por isto, portanto, não são minimamente dependentes uns dos outros. Para os homens, este sistema de ordem superior, que por sua vez “não vive”, é o sistema de comunicação chamado sociedade. Noutras palavras, deve existir, no plano do sistema emergente um modo próprio de operar (aqui a comunicação), uma própria *autopoiesis*, uma possibilidade autogarantida de continuidade das operações²²⁹.

Os sistemas de comunicação se constituem a si mesmos mediante uma distinção entre meio e forma. Por “meios de comunicação” deve-se entender sempre o “uso operacional” da

²²⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 81.

²²⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 82.

²²⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 84.

diferença entre “substrato medial” e a forma. A comunicação somente é possível – e esta é a resposta de Luhmann e De Georgi ao problema da improbabilidade – como “processualização” dessa diferença. A distinção entre substrato medial e forma decompõe o problema geral da complexidade estruturada mediante a ulterior distinção entre elementos acoplados em modo estrito e entre elementos acoplados em modo amplo. “Esta distinción”, diz Luhmann,

parte del presupuesto de que cada elemento no puede acoplarse con cada uno de los otros. Sin embargo, todavía antes de tratar el problema de la selección, lo formula mediante una distinción que permite representar las formas (...) como selección en el ámbito de un medio²³⁰.

A distinção entre meio e forma traduz a improbabilidade da continuidade operativa do sistema em uma diferença que pode ser tratada dentro do sistema, e com isso a transforma como uma condição de base para a *autopoiesis* do sistema. O sistema opera ligando o próprio meio em formas próprias, sem consumi-lo (como a luz não se consome pelo fato de permitir que se vejam as coisas). As formas, que às vezes se atualizam (coisas vistas, palavras ditas), acoplam elementos do sistema para a autorização momentânea, mas não o destroem. Na utilização operativa, a diferença entre meio e forma subsiste e se reproduz através do uso²³¹.

A distinção entre meio e forma é uma forma. A distinção implica-se a si mesma e torna, assim, autológica toda teoria que a utilize. Às vezes se pode estabelecer qual é a distinção a que recorre uma operação e, portanto, onde está seu ponto cego, que ela mesma não pode observar. Isso é feito mediante a distinção entre acoplamento amplo e acoplamento estrito dos elementos. Um meio é constituído por elementos acoplados em um modo amplo; uma forma, ao contrário, põe em conexão os mesmos elementos em um acoplamento estrito. Acoplamento é um conceito que implica tempo; assim, pode-se dizer acoplar e desacoplar, quando se tratar de uma integração momentânea que dá forma. Porém, pode-se decompor-se de novo. O meio se liga, mas depois é de novo deixado em liberdade. Sem meio, não existe nenhuma forma, e sem forma não existe nenhum meio. Essa diferença pode reproduzir-se

²³⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 84-85.

²³¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 85.

continuamente no tempo. A diferença entre acoplamento amplo e acoplamento estrito – seja qual seja a configuração material que assuma e qualquer que seja a base da percepção – torna possível uma processualização temporal das operações nos sistemas estabilizados de modo dinâmico e torna possível a formulação de sistemas autopoieticos deste tipo²³².

O meio circula no sistema. Tem sua unidade no movimento. A circulação se efetua também porque a forma é mais forte que o substrato medial. De distinta maneira do que postula a teoria do agir comunicativo de Habermas, Luhmann evita incluir pretensões de racionalidade no conceito de comunicação e sustenta somente que existe uma conexão entre força de afirmação e fugacidade temporal da forma.

No sistema não existe um substrato medial que possa acoplar-se operativamente. Existem somente as formas. Com os elementos que não têm forma, acoplados em um modo amplo, o sistema não pode fazer nada. E isso é válido também para os meios da percepção. Não se vê a luz, senão as coisas, e se se vê a luz, se vê desde a forma das coisas. Não se ouve o ar, senão os ruídos, e o ar mesmo deve fazer ruído para ser ouvido. O mesmo vale para os meios de comunicação. Agora, se centrarmos a atenção na linguagem, não as palavras, mas só as proposições que formam um sentido podem ser processualizado na comunicação²³³.

Na distinção entre acoplamento amplo e acoplamento estrito, além da assimetria temporal, existe uma assimetria material. Essa é uma das condições da autopoiese do sistema de comunicação chamado sociedade²³⁴.

1.18 Linguagem como Meio Fundamental de Comunicação

A sociedade reproduz-se no meio de comunicação²³⁵. O meio fundamental de comunicação, o que garante a regular e a contínua *autopoiesis* da sociedade é a linguagem.

²³² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 86.

²³³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 88.

²³⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 88.

Sem dúvida, existe comunicação sem linguagem: a que se efetua mediante gestos ou a que se pode notar no simples comportamento, não obstante não ser chamada de comunicação. Sem linguagem, porém, não é possível a autopoiese de um sistema de comunicação, porque esta pressupõe sempre uma perspectiva regular de ulterior comunicação²³⁶.

Não partimos, assim, da ação linguística – que se verifica somente quando se espera que ela seja compreendida –, mas da situação do destinatário do ato de comunicar, isto é, daquele que observa a quem efetua o ato de comunicar e que lhe imputa precisamente este ato, mas não a informação. A linguagem não pressupõe necessariamente isso²³⁷.

Falar é um comportamento especializado para a comunicação, um comportamento diferenciado precisamente para esta função e que por isso é muito notório. No meio “acústico” da percepção (e para a escrita no meio “ótico”), a linguagem está em sua forma tão diferenciada que, utilizada, não há dúvidas de que o foi. Nem o que fala e nem o que escuta podem negar o fato da comunicação como tal. Caso se compreenda ou se interprete com dificuldade, isso significa somente que os problemas da comunicação se encontram dentro da mesma comunicação. O sistema, portanto, se fecha²³⁸.

A linguagem tem uma forma particular. Como um todo de duas partes, consiste na distinção entre som e sentido. Quem não possa fazer uso desta distinção não pode falar. O som não é o sentido. Precisamente por esse seu “não ser” determina às vezes qual é o sentido do que se fala; assim como o sentido não é o som, senão o que determina qual é o som que às vezes deve ser eleito quando se deve falar desse sentido²³⁹.

O autocomportamento indica uma estabilidade que aparece no processo recursivo da aplicação do processo aos resultados do processo. A linguagem nasce através da reutilização

²³⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 88.

²³⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 89.

²³⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 90.

²³⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 90.

²³⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 91.

de sons ou de grupos de sons. Mais precisamente, no curso da reutilização, a linguagem produz, por um lado, a identidade das palavras, isto é, condensa a identidade própria da linguagem; por outro, com as mesmas operações, confirma estes condensados em situações sempre novas, isto é, generaliza-os. Este processo de formação da linguagem leva, primeiro, à diferenciação de um autocomportamento do sistema da comunicação e, em segundo lugar, a uma ordem das percepções da consciência individual que depende da linguagem²⁴⁰.

A linguagem nasce como uma espécie de “constitutivo” para a sociedade²⁴¹. Para Niklas Luhmann, porém, tudo está incluído dentro da sociedade. Assim, não é possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, que não seja no interior de uma sociedade. Nas palavras de Leonel Severo Rocha, “Tudo está dentro da sociedade. Sempre se está vivendo no interior de alguma coisa que já está presente no social. Esse é o ponto de partida fundamental²⁴²”. A produção da linguagem, assim, embora seja ela esse constitutivo da sociedade, já está presente no social como um estruturante da condição autopoietica do sistema. A conclusão de Luhmann e De Georgi é a de que, se partimos do fato de que a linguagem estrutura a autopoiese da comunicação, perfila-se uma estrutura radical e, ao mesmo tempo, muito simples.

É o que se chama de “código binário da linguagem” que consiste no fato de, para tudo o que se diz, a linguagem pôr à disposição uma versão positiva e uma versão negativa. Como no mundo externo não existe nada negativo, a codificação da linguagem termina produzindo um redobramento das possibilidades de enunciação²⁴³.

²⁴⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 91-92.

²⁴¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 92.

²⁴² Rocha, L.S.; Schwarz, G.; King, M. (2009). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19.

²⁴³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 92-93.

1.19 Luhmann e a Teoria da Evolução: Considerações Iniciais

Tanto sociedade e Direito, como sistemas que são, constituem-se por comunicações. O Direito, nesse aspecto, é um “código de comunicação”. Ao se analisar a teoria da sociedade proposta por Niklas Luhmann, é possível afirmar, também, que, a par de serem constituídos por comunicações, Direito e sociedade são resultado da evolução.

Na realidade, ensina Luhmann, a evolução é só um “fim”²⁴⁴. Não significa que ela se “dirija” a um certo fim, a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor, pois, consoante alerta Marcelo Neves, “Não há uma teleologia da evolução, embora se possa falar de determinações teleológicas que a condicionam positiva ou negativamente”²⁴⁵.

A positividade do Direito, nesse contexto, é uma “conquista evolutiva”, mas “altamente improvável”²⁴⁶. O Direito, para Luhmann, está em permanente evolução, provocada pela necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo²⁴⁷.

Luhmann desenvolve sua análise utilizando o chamado paradoxo da probabilidade do improvável²⁴⁸. É na solução deste paradoxo que a teoria da evolução encontra seu ponto de

²⁴⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 195.

²⁴⁵ Neves, M (2006). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, p. 5.

²⁴⁶ Para Luhmann o fenômeno essencial caracterizador do Direito na sociedade industrial moderna e que tem escapado às diversas perspectivas da sociologia do direito é a positividade do Direito. Positividade aqui é “o processo legislativo que, no século XIX, concebeu de forma inédita que a modificação do direito é parte integrante do próprio direito e imanente a ele”. Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013). *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 119.

²⁴⁷ Rocha, L.S. (1998). *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, p. 97.

²⁴⁸ Nas palavras de Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira: “Vale ressaltar (...) que, como afirma Marcelo Neves, para a teoria dos sistemas, a evolução social não se configura como um processo de progressão para uma vida melhor. Ou seja, a evolução não se dirige a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor. Assim, a teoria dos sistemas não admite a existência de um sentido para o processo histórico tal como o *espírito* de Hegel ou o desenvolvimento social e a superação das formas materiais de dominação para uma plena igualdade e liberdade tal como preconizada por Marx. Na realidade, a teoria sistêmica considera a evolução como a transformação do improvável em provável, por consequência ela não oferece nenhuma interpretação para o futuro. Dessa maneira, a teoria não apresenta pretensões holísticas,

partida, trasladando o problema no tempo e buscando explicar como é possível algumas estruturas, que são cada vez mais improváveis, surgirem e funcionarem como normais²⁴⁹. Para Luhmann, a dimensão do tempo do sistema da sociedade não pode ser eliminada ou descuidada por nenhuma teoria da sociedade²⁵⁰.

A evolução, para Luhmann, significa que cresce o número de pressupostos sobre os quais se apoia certa ordem. Por meio de um processo no qual se auto-reforçam os desvios dos princípios fundamentais da distribuição, surge uma ordem da qual se podem esperar, com maior ou menor segurança, posições e expectativas que dependem precisamente dessa ordem. Em geral, faz-se improvável a igual probabilidade de que um determinado ato de comunicação tenha lugar em um determinado momento. Algumas probabilidades específicas condensam-se em forma de expectativas, mas, em uma situação na qual fundamentalmente não existe segurança para nenhuma expectativa, adverte-se que, em si, as expectativas são improváveis²⁵¹. Evolução significa, portanto, transformações da estrutura, permitindo ao sistema elaborar mais complexidade. E complexidade é o excesso de possibilidades. Em termos práticos – diz Niklas Luhmann – complexidade significa seleção forçada²⁵².

No campo do Direito – e aqui se lembra a primeira fase do pensamento de Luhmann –, a complexidade tem notável importância, pois está ligada diretamente à decisão. A teoria dos sistemas é voltada à decisão; daí, seu interesse prático. Na decisão, teoria e prática se encontram; logo, ela é a síntese de teoria e prática. Por isso, ela implica uma certa reflexão que é anterior a ela, pois toda decisão tem a ver com uma ação. A decisão, pode-se dizer, é algo que se vai tomar, que já se está tomando e que já foi tomada. Ela pode estar no passado, no presente e no futuro, e a reflexão é dirigida ao resultado desta ou daquela decisão.

tendo como finalidade observar a sociedade e descrever seu funcionamento”. Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 114.

²⁴⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 195-196.

²⁵⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 278.

²⁵¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 196.

²⁵² Luhmann, N. (1983) *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 46.

Nesse aspecto, a teoria luhmanniana, no campo do Direito, auxilia o jurista na tomada das decisões, pois envolve a ação social; a decisão está ligada a uma teoria da ação. Até mesmo a fala é uma decisão; é uma ação. Toda situação social implica uma ação. Para Luhmann, “o direito resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidades e sua redução a uma decisão, consistindo na atribuição de vigência jurídica a tais decisões²⁵³”.

Nessa perspectiva, a “vigência²⁵⁴” do Direito estará, assim, referida a um fator variável: uma decisão. Um sistema existe se tem como finalidade uma certa função; todo sistema tem uma função. O sistema jurídico, por exemplo, decide – ou tem a função de decidir

²⁵³ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 8.

²⁵⁴ Vigência é diferente daquilo que autores como Luigi Ferrajoli, que trabalham com o “garantismo”, entendem por vigência e validade. Para ele, uma norma que, v.g., viole o princípio constitucional da legalidade penal, embora formalmente vigente, é inválida e, como tal, suscetível de anulação, por contrariar uma norma substancial sobre a sua produção. Enquanto Kelsen, Hart e Bobbio identificam existência com validade, para o garantismo, a vigência ou a existência respeitam a forma dos atos normativos e de sua conformidade com as normas/procedimentos de formação. A validade, que se refere ao significado ou conteúdo, depende de sua coerência com as normas substanciais de sua produção. Ferrajoli, L. O direito como sistema de garantias. In: Oliveira Júnior, J.A. (Org.). (1997). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 96. Assim, “o paradigma do Estado Constitucional de Direito ou modelo garantista mais não é do que esta dúplici sujeição do Direito ao Direito, que afeta estas dimensões de cada fenômeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os sinais e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial ou, se se quiser, as weberianas ‘racionalidade formal’ e ‘racionalidade material’ (...) Todos os direitos fundamentais - não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito”. Ferrajoli, L. O direito como sistema de garantias. In Oliveira Júnior, J.A. (Org.). (1997). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 97. As ideias de Kelsen, Hart e Bobbio podem ser encontradas nas seguintes obras, que se recomenda: Kelsen, H. (1998). *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo; Hart T, H. L. A. (2001). *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; Bobbio, N. (1995). *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone; Bobbio, N. (1999). *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília. Sugere-se, ainda, Cademartori, S. (1999). *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Para Luhmann, por sua vez, “A constância das possibilidades de modificação mantém a consciência de que o direito a cada momento vigente é resultante de uma seleção, de que ele vige por força dessa seleção a qualquer momento modificável. O caráter estatuído significa contingência, significa que a vigência se baseia no próprio ato de estatuir-se, o qual bem poderia ter tido um outro resultado. A consciência de um tal caráter estatuído só é mantida na medida em que o processo decisório seletivo não se perca em uma pré-história imperscrutável, mas permaneça visível enquanto possibilidade constantemente presente. Dessa forma, o direito positivo pode ser caracterizado através da consciência da sua contingência: ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente; o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável”. Luhmann, N. (1985) *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 10.

– de maneira a fazer justiça. Com essa ideia de função, observa-se a sociedade, que é constituída por atos de comunicação. O problema, então, do observador é o de observar a comunicação, pois faz parte dela. O observador é o sujeito e o objeto da sua observação. No momento em que se está inserido na comunicação, não se tem a relação sujeito-objeto²⁵⁵.

Luhmann não mais fala em objeto, mas em distinção. Através da distinção é que se atribui sentido. Somente através da forma sim/não é que se tem atribuição de sentido. Qualquer ação social, portanto, sempre oferecerá a bifurcação sim/não. Mas isso não é um problema, pois tal paradoxo é um elemento constituinte das relações discursivas dentro do sistema. É a forma sistema e ambiente que possibilita a observação. No Direito, a forma é o direito e o não-direito. Todo direito é um meio de comunicação. A sentença utiliza o meio direito para ser comunicada; ela é produção de sentido, ou seja, é a forma de produção de sentido. O que pode ser observado, portanto, é a comunicação. Observa-se a comunicação quando as pessoas “decidem”. E é o sistema que permite decidir.

Toda produção de sentido sempre tem dois lados. Discute-se alguma coisa recortando um objeto que sempre tem dois lados. O outro lado da decisão é, então, a complexidade. Para reduzir a complexidade – que é o excesso de possibilidades – necessita-se decidir. Existe, sempre, na produção de sentido um código sim/não. Decide-se sim ou se decide não, mas o outro lado é sempre possível. A decisão, portanto, ordena a complexidade. É pela repetição da decisão – e a consequente redução de complexidade – que o Direito pode produzir diferença e reiniciar a *autopoiesis*. Assim, o Direito, como sistema autopoietico, se funda em sua circularidade. Essa circularidade baseia-se na relação circular entre as decisões e as normas jurídicas. A circularidade das decisões judiciais constitui-se na autopoiese jurídica. Por isso é que o sistema deve ser fechado. A clausura do Direito, assim, protege sua grande função, que é a decisão²⁵⁶. O conceito de positividade, em Luhmann, caminha, pois, neste sentido:

²⁵⁵ Luhmann assume para estrutura de sua teoria os seguintes pressupostos: a) substitui a contraposição entre sujeito e objeto pela diferenciação sistêmica no mundo, entre o que é sistema e seu ambiente; b) com isso, fornece uma abordagem desubstancializada e uma abordagem desumanizada, pois os seres humanos, enquanto sistemas biológicos dotados de consciência, não fazem parte dos sistemas sociais integrantes do sistema global que é a sociedade, e, sim, do seu meio ambiente. c) Abboud, G.; Carnio, H.G.; Oliveira, R.T. (2013) *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.115.

²⁵⁶ Schwartz, G. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In Rocha, L.S.; King, M.; Schwartz, G. (2009). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 106-107.

o direito não só é estatuído (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável). Através da reestruturação do direito no sentido da positividade, sua contingência e sua complexidade são imensamente ampliadas e, com isso, equiparadas às necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Assim a contingência e a complexidade do Direito são levadas a um outro plano – com novas condições estruturais, novas possibilidades de organização, novos riscos e problemas²⁵⁷.

Pode-se dizer, por isso, que o Direito é uma complexidade estruturada. Assim, por exemplo, quando se fala em função social da propriedade, vai-se utilizar a Constituição Federal, o plano diretor, o Código Civil e outros. O Direito é visto como um sistema que trabalha com a comunicação, e todo sistema de comunicação é complexo. Quando se fala alguma coisa, os outros interpretam aquilo que se está falando, mas “roubam” parte do sentido do que foi falado. Quando o juiz decide – já que decidir é como falar alguma coisa – é o momento de sua decisão que se comunica com os outros sistemas. Assim, cada vez que se fala, a fala daquele que falou se socializa; cada vez que se decide, a decisão se socializa.

A complexidade estruturada é constituída na medida em que as possibilidades se excluem ou limitam reciprocamente. Na complexidade estruturada, diz Luhmann,

surgem problemas de compatibilidade e compossibilidade. A ativação de uma determinada possibilidade bloqueia a da outra, mas permite, por outro lado, a construção de novas possibilidades que a pressupõem. Desta forma uma ‘constituição de Estado de direito’ exclui mais ou menos efetivamente numerosos modos comportamentais, abrindo porém, e exatamente por isso, o caminho para outros modos comportamentais, como por exemplo ações constitucionais que de outra forma não seriam possíveis, por dependerem de estruturação (sendo contingentes). Com isso a estrutura pode aumentar a complexidade de um sistema social no sentido de que, apesar da limitação recíproca das possibilidades, no total dispõe-se de mais possibilidades para uma escolha sensata. É exatamente a exclusão estratégica de possibilidades que, vista em termos evolutivos, constitui o meio para a

²⁵⁷ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 10. Como aponta Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, para um autor como Luhmann, “o sistema judicial lida com essa interação normal/realidade a partir do conceito de contingência, aplicado às decisões jurídicas, no sentido de uma inadequação circunstancial que essas apresentam em relação às expectativas sociais, pelo esgotamento da racionalidade formal dos preceitos normativos vis-a-vis à realidade. A contingência das decisões jurídicas manifesta-se, quer ao nível das opções normativas selecionadas pelo legislador, quer no âmbito mais circunscrito das decisões judiciais. Em ambas supõe uma compreensão específica do conflito”. Ribeiro, P.T.R. (2002). *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, p. 78.

construção de ordenamentos mais elevados, que não podem consentir com toda e qualquer possibilidade, mas, exatamente por isso, garantindo sua heterogeneidade²⁵⁸.

Por isso, para reduzir complexidade, o sistema – no caso o de Direito – é necessariamente complexo porque tem de reproduzir a complexidade que o cerca e tratá-la de modo a reduzir as contingências²⁵⁹. Nas palavras de Paulo de Tarso Ramos Ribeiro,

Um sistema jurídico decisório estaria apto a gerir as relações sociais, em um determinado contexto, na medida em que sua estrutura interna, os procedimentos operacionais e a articulação estabelecida pelos elementos integrantes do sistema fosse suficientemente complexa de modo a reproduzir a complexidade social que lhe rodeia. Em outras palavras, que a interação do sistema jurídico com o meio ambiente e o universo de relações sociais e expectativas de direito que o circundam fosse suficientemente aberta e competente da parte do sistema, de modo a absorver a explosão de litigiosidade que acompanha os conflitos sociais contemporâneos. A contingência das decisões seria assim reduzida de modo bastante significativo e o sistema ganharia em estabilidade²⁶⁰.

A teoria da evolução oferece uma alternativa às ideias das soluções propostas pela ontologia clássica realista, que desembocava na aceitação de um Deus criador, e o planejamento idealista que colocava o fundamento na subjetividade²⁶¹, consistindo, como afirma Luhmann, numa verdadeira “inconveniência teológica” para o século XIX e seguintes²⁶². É que, desde há muito tempo, a admiração pela complexidade da construção do

²⁵⁸ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 13.

²⁵⁹ Ribeiro, P.T.R. (2002). *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, p. 79. Segundo Willis Santiago Guerra Filho, no processo de absorção da contingência e redução da complexidade do ambiente verificam-se a ruptura com o passado, já fixo, e a abertura para o futuro, a ser fixado. O Direito, então, torna-se cada vez mais “improvável”, aumentando a sua própria complexidade e contingência, agora sob a forma da “dupla contingência”. O Direito, que é um sistema de produção e de controle seletivo dessa contingência, dessa contínua “possibilidade de outras possibilidades” (De Giorgi), passa, assim, a operar em condições de alto risco: risco de que as opções feitas no presente não se mostrem as mais adequadas no futuro. Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 31.

²⁶⁰ Ribeiro, P.T.R. (2002). *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, p. 79.

²⁶¹ Navas, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto A. Ediciones, n. 173-174, julio-octubre, p. 133.

²⁶² Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 197.

mundo tem provocado, como reação, o recurso às teorias da criação. A gênese de uma ordem complexa foi, primeiramente, atribuída a uma causa inteligente e a admiração pelo mundo se desviou para a admiração por Deus. Mas esta explicação, diz Luhmann, é convincente apenas para quem tem fé. De outra banda, o outro impedimento à ideia proposta pela teoria da evolução estava constituído pelos pressupostos ontológicos do pensamento tradicional, ao esquema ser e não ser, que, como se sabe, é idealista, como já referido²⁶³.

A teoria da autopoiese de Luhmann, ao contrário, é objetiva na medida em que o Direito, sozinho, se faz como uma realidade física ou como uma espécie animal, o Direito se autoproduz, sendo que sua autogênese (*autopoiein*) constitui seu próprio ser (*einai*)²⁶⁴.

A teoria da evolução interessa à teoria contemporânea da sociedade, pois, agora, em vez da mão invisível, são as forças da história as que atuam de modo invisível, as transformações subliminares da evolução, os motivos e os interesses latentes que podem tornar-se manifestos somente com a ajuda das teorias científicas²⁶⁵. A teoria da evolução, então, oferece uma alternativa que parece escapar de todo controle: uma verdadeira inconveniência teológica para o século XIX e seguintes. O criador começou a ser chamado de “providência”. O crescente potencial analítico da investigação geológico-biológica – este foi o problema de Darwin – colocou em dúvida ainda a tipologia de espécies e gêneros.

Como afirma Alejandro Navas²⁶⁶, a sociologia passou a se tornar sensível à historiografia, principalmente a partir de Durkheim. Similar evento ocorreu com a ideia de evolução, que se transplantou da biologia para a sociologia²⁶⁷. Luhmann é partidário da integração da teoria da sociedade e da teoria da evolução, mas a recepção sociológica da evolução é, porém, insuficiente. O termo evolução é um equívoco, já que serve para designar modos bem distintos de entender o fenômeno evolutivo. Luhmann rejeita, então, a visão da

²⁶³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 197.

²⁶⁴ Goyard-Fabre, S. (2002). *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 204.

²⁶⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 198.

²⁶⁶ Navas, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto A. Ediciones, n. 173-174, julio-octubre, p. 133.

²⁶⁷ No caso a teoria autopoietica de Maturana, já mencionada.

evolução como processo ou desenvolvimento, enfoques estes carregados da ontologia tradicional, e opta pelo paradigma darwinista: variação, seleção e estabilização²⁶⁸.

Na medida em que os perfis dos sistemas dentro dos quais se desenvolve a vida se tornam mais claros, a distinção entre natural e artificial, que originalmente havia guiado Darwin, se substitui com a distinção entre externo e interno, mediante a qual o conceito da natural seleção adquire o sentido de seleção externa²⁶⁹. A unidade da história da sociedade se reconstrói como distinção de épocas e tudo o que se une a isto se agrega igualmente mediante o recurso a um conceito que é capaz de absorver as anomalias: o conceito de simultaneidade do não-simultâneo. A isso corresponde a ideia de “história como processo”²⁷⁰.

A teoria da evolução descreve e explica o fato de que um sistema, estruturalmente determinado, pode modificar suas próprias estruturas mediante suas operações. As mudanças estruturais de tipo evolutivo descrevem-se com base na distinção entre os mecanismos da variação, da seleção de variações e de sua estabilização²⁷¹. A teoria da evolução, portanto, não distingue entre épocas, distingue, sim, entre variação, seleção e reestabilização²⁷². Pode-se falar, então, de evolução somente quando os três tipos de mecanismos, que são diferentes segundo o tipo de sistema considerado, puderem ser distinguidos. Para mais disso, a relação

²⁶⁸ Navas, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto A. Ediciones, n. 173-174, julio-octubre, p.133. Darwin concebía a evolução como o funcionamento combinado de mecanismos de variação, seleção e retenção ou estabilização de caracteres, e é este enfoque que Luhmann se propõe a recuperar. Para os fins deste trabalho, utilizar-se-á o termo “restabilização”, que significa o mesmo que “estabilização”.

²⁶⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 198.

²⁷⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 199.

²⁷¹ Corsi, G. et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 77.

²⁷² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 200. Como se verá adiante, a variação significa a possibilidade de mudança dos elementos; a seleção é a redução de complexidade feita pelas estruturas do sistema; a estabilização ou reestabilização consiste na adequação das mudanças (variação) e das estruturas à lógica e racionalidade específicas do sistema.

entre variações, seleções e estabilização deve ser pensada em sentido circular e não com base em uma causalidade linear²⁷³.

A teoria da evolução não é uma teoria do progresso. Admite tanto a emergência dos sistemas como sua destruição²⁷⁴. Ela também não aporta nenhuma interpretação do futuro, não pressupõe nenhuma teleologia da história nem na perspectiva de um bom final, nem de um mau. Sequer é uma teoria do controle da evolução, isto é, uma teoria capaz de aportar indicações úteis para resolver a questão de saber se se deve aceitar a evolução ou se se deve corrigi-la. A teoria da evolução ocupa-se somente da questão de como se pode explicar o fato de que, em um mundo que oferece e mantém sempre também outras coisas, surjam sistemas mais complexos. Eventualmente, se ocupa também do porquê de a formação destes sistemas não ter ocorrido com sucesso. Trata de explicar, enfim, as transformações da estrutura²⁷⁵.

A teoria da planificação (planejamento) não constitui absolutamente uma alternativa para a teoria da evolução. A teoria da evolução ocupa-se também dos sistemas que se planificam a si mesmos. Parte do pressuposto de que os planejamentos não podem determinar o estado em que o sistema se encontrará em seguida nos mesmos planejamentos. Neste sentido, um plano, quando se realiza, é um momento da evolução, enquanto que a observação dos modelos e das boas intenções dos que projetam o plano leva o sistema por um percurso que não está previsto²⁷⁶.

Quanto às estruturas, deve-se abandonar a ideia de que sejam estáveis²⁷⁷. As estruturas são condições que delimitam o âmbito das operações capazes de cruzar-se, isto é, são condições da autopoiese do sistema. Não existem em abstrato, não existem independentemente do tempo. Utilizam-se – ou não se utilizam – quando se cumpre o

²⁷³ Corsi, G. et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 77.

²⁷⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. p. 200.

²⁷⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 201.

²⁷⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 201-202.

²⁷⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 202.

processo em que continuamente se passa de uma operação a outra. Por meio da repetição em situações distintas, as estruturas condensam e confirmam uma riqueza de sentido que não se assenta em uma definição exata. As estruturas aparecem como estáveis (para um observador) na medida em que existem outras estruturas que aconselham a reutilização, delimitando o âmbito da possibilidade²⁷⁸. Não se necessita de esforços extraordinários para que as estruturas se transformem, não obstante sua imanente estabilidade. Seu uso pode limitar-se a determinadas situações ou pode estender-se a situações novas. A evolução sempre está presente onde queira²⁷⁹.

1.20 Teoria dos Sistemas Autopoiéticos e o Fundamento da Evolução das Estruturas dos Sistemas

Como se viu anteriormente, a teoria dos sistemas não se ocupa de um tipo particular de objetos; faz uso de uma determinada distinção, isto é, a distinção entre sistema e ambiente. Na perspectiva da teoria dos sistemas, a evolução não significa outra coisa que as transformações da estrutura, já que podem efetuar-se somente no interior do sistema (em modo autopoiético).

A autopoiese, no terreno jurídico, significa não só que há autonomização do Direito – que não necessita nem de transcendência moral ou religiosa, nem de causalidade natural ou sociopolítica –, mas que ele se baseia unicamente no princípio da autorreferência. O Direito é um sistema normativo fechado, uma vez que apenas ele determina o caráter jurídico de seus elementos, mesmo que, do ponto de vista cognitivo, possa ser aberto e levar em consideração modificações do ambiente²⁸⁰.

As transformações da estrutura devem afirmar-se em um ambiente que o mesmo sistema não pode sondar, ou que, ao final de contas, não pode incluir em si mesmo através de

²⁷⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 202.

²⁷⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 202.

²⁸⁰ Goyard-Fabre, S. (2002). *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, p. 222.

um planejamento. A diversificação evolutiva e o incremento dos sistemas são, ao mesmo tempo, uma diversificação e um incremento dos ambientes. Somente a diferença entre sistema e ambiente faz possível a evolução. Em outras palavras, nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo. Se o ambiente não evoluísse sempre em um modo distinto do sistema, a evolução encontraria rapidamente seu fim. A diferença entre sistema e ambiente dá, a cada transformação, um efeito de multiplicação. Transforma a um sistema e com isto, ao mesmo tempo, ao ambiente (relevante ou irrelevante) dos outros sistemas. Cada transformação ativa com grandes probabilidades uma multiplicidade de séries de efeitos que, simultaneamente e, portanto, independentemente um do outro produzem efeitos para os que se originam do mesmo princípio. O mundo torna-se dinâmico a partir de si mesmo, precisamente pela simultaneidade do que sucede e pela impossibilidade, conexa a tudo isto, de coordenar-se²⁸¹.

A teoria dos sistemas penetra até o fundo da teoria da evolução, mesmo no plano dos conceitos. Com a ajuda da teoria de sistemas autopoieticos, pode-se explicar comodamente o fato de que nos sistemas exista uma margem para desenvolvimentos evolutivos das estruturas. A autopoiese mesma coloca somente mínimos requisitos. No caso do sistema da sociedade, por exemplo, exige somente que, em geral, se comunique com vistas a uma ulterior comunicação. Isto, porém, pode suceder dependendo de estruturas muito diversas²⁸².

Os tipos de operações autopoieticas e os tipos das formações correspondentes de sistemas – vida, consciência e comunicação²⁸³ – são descobrimentos da evolução, que confirmam sua validade com base de seu potencial para o desenvolvimento de estruturas. Essa confirmação consiste na especificação de formas diversas que se constituem e ulteriormente se podem especificar no meio da necessidade autopoietica. Este acordo entre autocontinuação e formação de estruturas faz possível e impõe a evolução, sem que haja necessidade de supor uma seleção natural ou outros tipos de determinação externa da estrutura²⁸⁴.

²⁸¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 203-204.

²⁸² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 205.

²⁸³ No paradigma Luhmanniano, a consciência integra os sistemas psíquicos; a comunicação, os sistemas sociais; e a vida, o sistema natural.

²⁸⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 205-206.

A determinação genética da vida constitui um ponto de partida irrefutável. Mas isso não significa, absolutamente, que também a ordem social se determine com esta base. A determinação genética da vida, mais bem, compensa-se com uma ordem dos sistemas sociais que se produz na sociedade e que está provida de altos graus de liberdade. Esta ordem, logo, desenvolve determinações da estrutura que têm tipos próprios²⁸⁵.

Todos os sistemas autopoieticos efetuam suas operações sempre em seu respectivo presente. A rede recursiva das operações tem lugar no presente baseada nas condições e nas possibilidades de cruzamento disponíveis no presente. Para a operação, nunca há um início, porque o sistema, para poder reproduzir suas operações a partir de seus próprios produtos, sempre tem que ter tido já um início, e dele mesmo nunca há um fim, porque cada operação ulterior se reproduz em vista de ulteriores operações²⁸⁶.

Como afirma Daniela Ribeiro Mendes Nicola, no contexto da evolução interna da teoria sistêmica, a introdução da ideia de *autopoiesis* significa que os sistemas reproduzem os seus elementos na rede discursiva de suas operações, sem nenhum contato direto com o ambiente. Em se tratando do sistema jurídico, a assunção da teoria autopoietica implica em que apenas o Direito pode determinar o que é legal ou ilegal, e ao decidir sobre esta questão refere-se sempre aos resultados de suas operações anteriores, e às consequências futuras. A circularidade – ou autorreferência – do direito é indicada através da utilização da marca da validade, isto é, as decisões são legalmente válidas apenas quando implementadas por decisões. Cada elemento adquire a qualidade normativa jurídica – validade – na rede autopoietica. Neste contexto, não há que se falar em uma hierarquia das fontes do direito, em que as normas do escalão superior são condições de validade daquelas inferiores. O modelo hierárquico, assim, é substituído pelo circular, não existindo diferença, por exemplo, entre lei ou contrato²⁸⁷.

Quando o sistema opera, já construiu suficiente complexidade, de modo a poder descrever-se a si mesmo na dimensão temporal. O Direito, por exemplo, como explica

²⁸⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 206.

²⁸⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 207.

²⁸⁷ Nicola, D.R.M. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In Rocha, L.S. (Org.). (1997) *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, p. 236.

Raffaele De Giorgi²⁸⁸, é uma “representação da ordem” que sempre se refere ao passado. É uma sedimentação de condensados de sentido ou de suas negações. Ao mesmo tempo é construção e resultado de construções; mas também são esquematizações, delineamentos, esboços para o futuro. Dito de outro modo, com De Giorgi, “em suas representações há uma representação do futuro”. Assim, o Direito resiste ao tempo porque, mediante o controle do presente, controla o futuro²⁸⁹. A evolução, então, em se tratando de sistemas autopoieticos, não pode ser concebida como um simples encontro de singularidades, donde o que já existe faz possível que se agregue algo que, sem este pressuposto, não teria sido possível²⁹⁰.

Os sistemas autopoieticos tornam possível a evolução e uma evolução veloz, pelo fato de se fecharem em suas próprias distinções e, dessa maneira, poderem recrutar seus próprios pressupostos. Isso ocorre sempre que, com este fim, seu ambiente for suficiente ao respectivo processo de evolução. A dimensão temporal não é um esquema de sistema/ambiente, no sentido de que os sistemas existem no tempo, e passado ou futuro constituem seu ambiente. A diferença sistema/ambiente pode observar-se exclusivamente na dimensão material. O observador pode, certamente, pensá-la como continuada no passado ou no futuro, com início e fim. Mas mesmo isto é possível somente como operação presente, simultânea do respectivo ambiente²⁹¹.

Ativa-se uma comunicação – e, portanto, se ativa uma sociedade – cada vez que, na observação (que assim se torna compreensão), se pode distinguir entre o ato de comunicar e o de informar. Isto é possível já em um nível pré-linguístico, mas a linguagem impõe com força esta distinção, ao grau que o que compreende, quando fala ele mesmo, pode basear-se precisamente no mesmo mecanismo que lhe faz possível a compreensão. Desta maneira, se instaura um fechamento recursivo que não utiliza nenhum elemento que provenha do

²⁸⁸ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 66.

²⁸⁹ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 66-67.

²⁹⁰ Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 207.

²⁹¹ Luhmann, N.; De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 207-208.

ambiente, senão que trabalha com uma distinção emergente. Em uma maneira igualmente fácil, pode-se provar que mesmo a consciência se reproduz com a ajuda de tais recursos²⁹².

Esta exclusividade da linguagem apresenta vantagens que são importantes precisamente na relação do sistema com o ambiente. Permite ao sistema aderir a um ambiente continuamente mutável, isto é, não possibilita somente uma adaptação única das estruturas do sistema respeitante a situações duráveis ou recursivas do ambiente, mas torna (como sucede já para a capacidade visual dos organismos) possível uma adesão temporária tangente a situações temporárias, baseadas em condições estruturais dadas somente no sistema, e não no ambiente. E então, todos os sistemas parciais constituídos na sociedade podem especializar-se na percepção de oportunidades particulares. Já não é possível, portanto, determinar de maneira objetivamente unívoca quando tem lugar o início da evolução desta condição²⁹³.

A diferenciação de um sistema de direito pressupõe a existência de um certo número de eventos controversos e de eventos resolutivos de controvérsias, com respeito dos quais se podem reconhecer as regras da práxis ulterior mesmo se o que logo fica na recordação não se tenha desenvolvido absolutamente no sentido de aplicação das regras. A ciência pode constituir-se como um sistema específico autopoietico quando já estão disponíveis quantidades suficientemente grandes de saber, que logo se possam controlar criticamente para estabelecer se se trata de um saber verdadeiro ou falso²⁹⁴.

Para a teoria luhmanniana, o estar adaptado é um pressuposto, não um resultado da evolução; e logo pode ser um resultado completamente no sentido de que a evolução, quando já não pode garantir ao estar adaptado, destrói seu material. Agora, o peso da explicação recai sobre o conceito de acoplamento estrutural, no sentido de que através do acoplamento estrutural se garante sempre uma adaptação suficiente para a continuação da autopoiese²⁹⁵.

²⁹² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 208.

²⁹³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 208.

²⁹⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 209.

²⁹⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 211.

No campo do Direito, por exemplo, a Constituição – lembra Willis Santiago Guerra Filho – revela-se como a grande responsável pelo acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, juridicizando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da política no Direito, ao condicionar transformações nas estruturas de poder a procedimentos de mutação previstos constitucionalmente. Para o professor cearense, os direitos fundamentais são aquilo que há de mais importante a ser consagrado na Constituição de um Estado Democrático, com sua multidimensionalidade, como direitos à liberdade, a prestações, à participação na formação da vontade política estatal, de natureza processual e outros. Neles se acham expressos valores das ideologias, tornando a Constituição que os consagra uma representação fiel ou, ao menos, aproximada da sociedade que a instituiu²⁹⁶.

O Direito, em uma sociedade com alta diferenciação funcional de seus sistemas internos, mantém-se autônomo em face dos demais sistemas, v.g., moral, economia, política etc., na medida em que continua operando com o seu próprio código, e não por critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas. Ao mesmo tempo, sem que seus componentes percam seu conteúdo especificamente jurídico, para adotar outros, de natureza moral, política, econômica etc., o sistema jurídico há de realizar o seu acoplamento estrutural com outros sistemas sociais, desenvolvendo cada vez mais procedimentos de reprodução jurídica, procedimentos legislativos, administrativos, judiciais, contratuais. Estes procedimentos são instituídos para regulação e controle de possíveis conteúdos das normas jurídicas quanto a sua adequação às exigências sociais de racionalidade, participação democrática, pluralismo de valores e outros. Os procedimentos jurídicos serão estruturados segundo essas exigências, já que não é mais possível, em nossa sociedade, o Direito se limitar a consagrá-las formalmente ou pretender realizá-las plenamente²⁹⁷.

Na teoria luhmanniana da sociedade, a comunicação social depende, em muitos aspectos, do acoplamento estrutural com os sistemas da consciência, sem que se determine o que se comunica e de que maneira o sistema autopoietico da sociedade sinaliza o confim que

²⁹⁶ Guerra Filho, W.S. (2001). *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, p. 194.

²⁹⁷ Guerra Filho, W.S. (2001). *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, p. 193-194.

o separa do ambiente²⁹⁸. Operativamente fechados, os sistemas autopoieticos dispõem de ampla margem para desenvolvimento de estruturas compatíveis com a *autopoiesis*²⁹⁹.

O antigo princípio segundo o qual a evolução é um processo que vai de relações simples a relações complexas não se sustenta pelo fato de que não existem relações simples e também, como é evidente, mesmo agora, porque coexistem sistemas menos complexos e sistemas mais complexos, sendo que uns não foram substituídos por outros. Não é raro que a evolução substitua construções complexas com simplificações superiores. A tese de que a complexidade no curso da evolução está em contínuo incremento é insustentável, principalmente no que diz respeito à linguagem. Não se haverá, também, de se esperar da evolução sempre uma melhor adaptação dos sobreviventes³⁰⁰. Para confirmar tal assertiva, basta que se analise o que ocorre com os problemas ecológicos que, apesar da evolução, estão cada vez mais presentes no cotidiano dos que habitam o planeta Terra.

A complexidade é um produto do modo como operam os sistemas autopoieticos. Permite maiores acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente e, conseqüentemente, faz possíveis mais irritabilidades diferenciadas do sistema³⁰¹.

Os sistemas autorreferenciais autopoieticos podem ser irritados pelo ruído do ambiente, mas não podem restringir-se à adaptação pelo ambiente. Todo sistema já está adaptado ao próprio ambiente, ao menos até que seja capaz de existir. Não se pode, então, falar de pior ou de melhor adaptação de um sistema ao ambiente³⁰². No âmbito do sistema de Direito, por exemplo, as interferências econômicas, políticas e morais irritam o Direito apenas na medida em que a sua estrutura possa tolerar.

²⁹⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 211.

²⁹⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 211.

³⁰⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 211-212.

³⁰¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 212.

³⁰² Corsi, G. et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 77.

Uma característica fundamental dos sistemas é o fato de eles não estarem conectados ponto por ponto com seu ambiente: a complexidade do ambiente pode ser tomada por um sistema de forma reduzida e limitada. A separação entre sistema e ambiente é decisiva, porque pode explicar a estabilidade da vida e o fato de existirem sistemas que, do todo, não tenham sofrido mutação no curso da evolução. Isto pode ser associado ao conceito de autopoiese, pois os sistemas autopoieticos são dotados de estruturas que permitem a eles se reproduzirem. Esta reprodução é feita com base nos elementos do sistema, sem referência ao ambiente. O ambiente é um pressuposto para que o sistema continue existindo, mas pode também se revelar não compatível com a autopoiese do sistema, que desaparece nesse caso³⁰³.

O sistema pode ser indiferente ou sensível ao próprio ambiente, dependendo disso o grau de irritabilidade e de disponibilidade que muda suas estruturas³⁰⁴. A variação apresenta-se sempre como um desvio das estruturas vigentes. Portanto, “fracassos comunicativos”, para um observador, podem aparecer erros internos do sistema ou problemas na relação entre sistema e ambiente. A esses, reage o sistema para que a comunicação seja transformada. Nenhum sistema evolui sozinho: é necessário que o ambiente seja instável e que esta instabilidade se liberte de qualquer sincronia com a instabilidade do sistema. A descontinuidade entre sistema e ambiente produz irritações, ante as quais o sistema pode reagir, aumentando sua própria indiferença ou introduzindo variações nas estruturas³⁰⁵.

Se nenhum sistema evolui sozinho, também não existe um sistema que governe a sociedade, como aponta Raffaele De Giorgi³⁰⁶. Não existe, pois, um lugar, uma instância que represente completamente a sociedade, pois nenhum sistema sobrepõe-se aos demais³⁰⁷. Cada sistema singular controla somente a si mesmo e, desse modo, pode reagir às irritações que provêm de seu ambiente. As irritações manifestam-se como informações: cada sistema

³⁰³ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 77.

³⁰⁴ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 77.

³⁰⁵ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 78.

³⁰⁶ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 39.

³⁰⁷ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 41.

constrói as informações de que necessita, tendo em vista que as irritações do ambiente devem ser elaboradas pelo sistema. Não existe correspondência entre sistema e ambiente. Cada sistema é determinado pela sua estrutura e só pode desempenhar operações compatíveis com a capacidade seletiva dessas estruturas³⁰⁸.

Os processos de seleção, portanto, são processos internos ao sistema, o qual seleciona com base na capacidade de relação que a variação obtém na reprodução autopoiética. No caso dos sistemas sociais pode-se falar de auto-seleção pela comunicação³⁰⁹. Assim, se a sociedade não quer deixar de existir, há que se assegurar a continuidade da comunicação também quando esta se torne mais bem improvável ou surpreendente. É aqui que intervém a seleção, que opera mediante os meios de comunicação generalizados simbolicamente. Estes favorecem tanto a compreensão como a aceitação da comunicação³¹⁰.

Quanto ao terceiro mecanismo evolutivo, o sistema estabiliza as variações selecionadas com base na possibilidade de integrar as novidades com as características estruturais presentes³¹¹. Os meios de comunicação generalizados simbolicamente – diz Navas – asseguram o êxito da comunicação. Contudo, isto só não basta para garantir a conservação e estabilidade das estruturas do sistema social. Assim, conseguir que os êxitos da comunicação se convertam em estruturas duradouras requer a intervenção do terceiro mecanismo evolutivo: a formação e diferenciação dos sistemas³¹². A diferenciação sistêmica é a repetição da formação de sistemas no interior dos sistemas, com vistas a uma elevação e normalização da

³⁰⁸ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 39.

³⁰⁹ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 78.

³¹⁰ Navas, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto A. Ediciones, n. 173-174, julio-octubre, p. 134. Luhmann considera que esta proposição, predominantemente comunicativa, é mais satisfatória que outros intentos clássicos que se propuseram a resolver este mesmo problema. Os meios de comunicação transmitem complexidade reduzida, assegurando assim a aceitação da proposta seletiva formulada na comunicação. E desta forma é que a sociedade produz-se e se reproduz como sistema autopoiético. Navas, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto, n. 173-174, julio-octubre, p. 134.

³¹¹ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 78.

³¹² Navas, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto, n. 173-174, julio-octubre, p. 135.

improbabilidade. Esta diferenciação tem a ver com a complexidade, se podendo considerá-la como um procedimento para elevação de complexidade³¹³.

No sistema do Direito, a variação consiste na alteração (nunca criação) de elementos jurídicos, normas, conceitos, doutrina. Estes elementos, com a evolução, começam a criar novas possibilidades e desvios, aumentando a complexidade do sistema. Entretanto, este aumento de possibilidades prejudica a operacionalização do sistema, pois, “se tudo pode, nada será”. Assim, para que haja a possibilidade de operacionalização do sistema do direito, tem de haver uma redução de complexidade que ocorrerá através das estruturas seletivas (seleção). Isto quer dizer que as alterações dos elementos somente tornar-se-ão possíveis se houver compatibilidade destas com as estruturas vigentes no direito tradicional. Já a estabilização ou re-estabilização consiste na adequação das alterações dos elementos (variação) e as estruturas seletivas (seleção) em relação à lógica e à racionalidade do sistema em que ocorrem.

No caso da sociedade, o mecanismo de variação consiste na linguagem, que praticamente não estabelece limites à variedade da comunicação. Mediante a linguagem podem ser introduzidos temas na comunicação sem restrições determinadas pela linguagem mesma. A linguagem oferece a possibilidade de formular asserções, sejam positivas ou negativas: a negação está na base da possibilidade de produzir variações estruturais, já que permite propor desvios à comunicação com respeito às estruturas sociais de expectativas³¹⁴.

As variações permitidas da codificação *linguística* na comunicação podem ser selecionadas, nas sociedades funcionalmente diferenciadas, pelos meios de comunicação generalizados simbolicamente, os quais criam condições que fazem relativamente provável a

³¹³ Na prática – ensina Navas com base em Niklas Luhmann – o sistema social tem realizado historicamente quatro tipos de diferenciação: segmentação, diferenciação entre centro e periferia, estratificação e diferenciação funcional. A diferenciação segmentária realiza-se sobre a base da igualdade de sistemas e ambientes; a diferenciação por estratos se leva a cabo sobre a base da igualdade de posição dentro do sistema e a desigualdade em relação com o ambiente; os estratos desiguais estão, por sua vez, diferenciados internamente de modo fragmentário. A diferenciação funcional supõe a igualdade funcional dentro do sistema e a desigualdade funcional em relação com o ambiente. O princípio configurador dos subsistemas é aqui um problema determinado em cujo tratamento e solução se especializa o sistema parcial. Estes três princípios diferenciadores podem combinar-se entre si, mesmo que não de um modo totalmente arbitrário. Navas, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto, n. 173-174, julio-octubre, p. 135.

³¹⁴ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 78.

aceitação das variações propostas. Estes meios (dinheiro, poder, verdade) estabelecem o grau de utilidade social das seleções comunicativas³¹⁵.

Para que as variações selecionadas obtenham estabilidade estrutural, o sistema global da sociedade deve permitir a diferenciação ao interior dos sistemas parciais, que asseguram, a sua vez, a reproduzibilidade da variação selecionada mesmo na presença de condições cambiantes do ambiente³¹⁶.

É fundamental para o proceder da evolução o desnível de complexidade entre sistema e ambiente. A evolução dos sistemas sociais pode reconduzir-se neste sentido à relação de interpenetrações entre sistemas psíquicos e sistemas sociais: as consciências podem conduzir a variações das estruturas comunicativas enquanto e unicamente se se cruzam estruturalmente com a comunicação e a podem então irritar mediante as contribuições comunicativas conscientes. Estas contribuições comunicativas são imprevisíveis em seus conteúdos e podem produzir desvios não previstos pelas estruturas sociais³¹⁷.

A causalidade (não previsibilidade, imprevisível somente para as estruturas de um sistema), que mediante a interpenetração se introduz na comunicação, é então valorada e observada pela comunicação mesma e eventualmente aceita e estabilizada ou descartada³¹⁸.

Os mecanismos de variação, seleção e estabilização não estão coordenados entre si. Não existem automatismos que assegurem a seleção positiva de variações ou a estabilização de seleções. Se uma variação se seleciona positivamente constitui uma causalidade. A evolução acelera-se graças ao fato de que os mecanismos que absorvem as três funções são distintos e que os resultados mesmos da evolução contribuem para a sua diferenciação³¹⁹.

³¹⁵ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 78.

³¹⁶ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 78.

³¹⁷ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 78-79.

³¹⁸ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 79.

³¹⁹ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 79.

A causalidade é uma forma de conexão de sistema e ambiente que se subtrai à sincronização através do sistema. Nenhum sistema pode considerar todas as causalidades. Sua complexidade deve reduzir-se. Determinados conceitos causais se observam, se esperam, se usam preventivamente, se normalizam. Outros se abandonam à causalidade. A irregularidade da causalidade não é um fenômeno do mundo e, conseqüentemente, sequer tem muito sentido levá-la à discussão sobre determinismo e indeterminismo³²⁰.

A causalidade, em suma, é a capacidade de um sistema para usar eventos que não podem ser produzidos e coordenados por si mesmos. As causalidades são perigos, oportunidades, ocasiões. Aproveitar a causalidade, então, pode significar tirar dela efeitos estruturantes com ajuda de operações próprias do sistema³²¹.

1.21 Os Distintos Componentes da Evolução

Variação não significa simplesmente transformação (porque isso constituiria já a evolução), senão produção de uma variante para uma possível seleção. No contexto da teoria da evolução, seleção não indica o simples fato de que algo suceda assim e não de outra maneira. O conceito indica a seleção que se efetua em seguida de uma variação produzida no sistema³²². E a possibilidade de variar requer seleções já estabilizadas, assim como a estabilização de mudanças somente é possível com base em mecanismos que asseguram uma seleção das variações que se apresentam³²³.

A teoria da evolução pressupõe que a diferença se produz precisamente no curso do tempo e, por isso, pode tornar reflexivo o princípio da diferença. A variação produz uma

³²⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 213.

³²¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 214.

³²² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad* Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 214-215.

³²³ Corsi, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 77.

diferença: produz um desvio do que se dá até esse momento. Esta diferença nos obriga a fazer uma seleção a favor ou contra a inovação. A seleção, por sua vez, se se escolhe o novo, impõe ao sistema numerosos movimentos de adaptação e delimitação. As distinções da teoria da evolução indicam diferenças que processam diferenças. Precisamente esta estrutura torna inútil o falar de um objetivo final da evolução ou de uma lei dos movimentos históricos³²⁴.

Mas pelo fato de haver uma evolução dos sistemas vivos não se pode concluir que haja uma evolução dos sistemas sociais. Nessa perspectiva, Luhmann propõe adaptar os diferentes componentes da evolução aos distintos componentes da *autopoiesis* do seguinte modo:

a) variação: variam os elementos de sistema, isto é, as comunicações. A variação consiste em uma reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema. Consiste em uma comunicação inesperada, pois se refere a acontecimentos comunicativos inesperados. Acontece sempre que algo novo é dito, proposto, escrito ou impresso³²⁵;

b) seleção: refere-se às estruturas do sistema, isto é, às expectativas que guiam a comunicação. Com base em uma comunicação desviante, a seleção elege as referências de sentido que prometem ter valor de construção de uma estrutura, que são idôneas para um uso repetido, que podem produzir o efeito de construir e de condensar expectativas; a seleção, logo, enquanto que adjudica o desvio à situação, ou a abandona ao esquecimento, ou chega a rejeita-la explicitamente, repele as inovações que não pareçam idôneas para servir como estrutura, isto é, que não pareçam idôneas para servir como diretiva da comunicação ulterior;

c) reestabilização: refere-se a formações dos sistemas aos quais algumas inovações asseguram duração e capacidade de resistênci³²⁶. Como mecanismo evolutivo, a restabilização implica, em maior ou menor grau, a rearticulação das estruturas preexistentes para se adequarem às novas expectativas. Possibilita a continuidade dinâmica da sociedade³²⁷.

³²⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 215.

³²⁵ Navas, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto A. Ediciones, n. 173-174, julio-octubre p. 134.

³²⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 216-217.

³²⁷ Neves, M. (2006). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, p. 7.

Elementos, estruturas e unidade do contexto de reprodução são necessários a um sistema autopoietico. Não há elementos sem sistema, nem sistema sem elementos³²⁸.

No conceito de sistema autopoietico, deduz-se que estes componentes da construção dos sistemas e da evolução têm entre si uma relação circular. A distinção entre variação, seleção e reestabilização sugere certamente uma sequência temporal e é entendida também neste sentido³²⁹.

Pode-se definir a evolução também como seleção da estrutura. Se se considerar que as estruturas guiam a seleção das operações, pode-se definir, então, a evolução como “seleção de seleções³³⁰”.

1.21.1 Variação dos Elementos

A variação evolutiva, ensina Luhmann, é um fenômeno tão geral, amplo e massivo, que não poderia ser confiado a regras especiais. O mecanismo primário da variação se encontra já na forma linguística da comunicação³³¹. A linguagem torna a variação, como variação, dependente de complexas micro-regulações. A comunicação deve ser linguisticamente mais ou menos correta ou ao menos compreensível. A variação, então, não consiste nos erros ocasionais linguísticos que se cometem enquanto se fala, nem nos erros que se cometem na escrita ou na imprensa. Estes são acontecimentos demasiado raros e carentes de importância, para que possam oferecer a uma sociedade oportunidades suficientes para a seleção. A comunicação linguística, mediante palavras e construções proposicionais aceitáveis, deve ter produzido já uma condensação de sentido na qual os efeitos técnicos irrelevantes desaparecem: a variação evolutiva se produz somente pelo fato de que algumas

³²⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 217.

³²⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 218.

³³⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 218.

³³¹ A comunicação, para Luhmann, é síntese entre: informação, ato de comunicação e compreensão. *Idem*, p. 46.

pretensões de sentido que se tem alcançado linguisticamente no processo da comunicação podem ser postas em dúvida, ou bem podem ser abertamente refutadas. A variação pode consistir em uma comunicação insólita e também, contrariamente às expectativas, pode não ser aceita devido a uma situação qualquer que motive a não aceitação. Diferentemente, essa situação poderia constituir uma possibilidade rica de perspectivas³³².

A comunicação com base em Luhmann e De Georgi, diz Marcelo Neves, é a “unidade elementar da sociedade”. Daí resulta que “a variação ocorre quando a comunicação desvia-se do modelo estrutural de reprodução social”. Consiste, então, a variação em uma “comunicação inesperada, surpreendente”: “As expectativas sociais correspondentes não contam com aquela espécie inovadora de comunicação, que se apresenta como negação das estruturas estabilizadas. Ela contrapõe um ‘não’ à conexão de expectativas reguladora da reprodução sistêmica³³³”.

O mecanismo de variação consiste, assim, na “invenção da negação” e na codificação sim/não da comunicação linguística que assim se faz possível. Como se sabe, no ambiente não existem correlatos das negações. Estas têm surgido unicamente para o uso interno. Isto vale, com maior razão, para o código de linguagem, o qual produz o efeito de que cada comunicação, precisamente como comunicação (e não por alguma referência ao seu modo externo), se reduz à bifurcação de aceitação ou rejeição do oferecimento de sentido.

No plano meramente linguístico, não obstante os cuidados e a preocupação da retórica, não se pode impedir que se produza esta redução. Diferente de um uso da negação referido ao ambiente, a codificação dirige-se à comunicação mesma, isto é, trata da aceitação ou da rejeição do sentido que se oferece nela e não, por exemplo, do fato de ele, a comunicação, ter tido ou não lugar. Por meio da codificação, a mesma comunicação se torna reflexiva e, assim, pode tratar também das negações referidas ao ambiente, quanto a se discutir se uma afirmação relativa é ou não correta. Uma vez que se tenha entendido como momento da autopoiese o da

³³² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 220-221.

³³³ Neves, M. (2006). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, p. 6.

comunicação linguística, a codificação já não pode ser deixada de lado, mas cresce com as possibilidades da comunicação linguística, isto é, com a sociedade³³⁴.

Isso é o que vai sendo discutido paulatinamente ao longo deste trabalho, para mostrar que se o ambiente globalizado e de grandes transformações tecnológicas exige visões interdisciplinares de fatos sociais e econômicos, a questão discursiva, principalmente, não pode comprometer o cumprimento dessa exigência. Isso porque a decodificação linguística é, em si mesma, objeto de discussões e de interpretações. Logo, a referida exigência de ampliação da visão apenas reforça a noção de que as normas internacionais para o processo de provisão para demandas passivas não podem ser decodificadas nos limites da letra da norma.

A variação linguística se produz através de uma comunicação que rejeita conteúdos da comunicação e produz um elemento desviante: nada mais e nada menos. A rejeição contradiz a expectativa de aceitação. Cada variação se manifesta, portanto, como contradição, não no sentido lógico, senão no mais originário sentido dialógico. Não pode produzir-se de outra maneira senão como auto-contradição do sistema. A variação assim se dobra – ela mesma comunica! – aos requisitos da autopoiese do sistema, se preocupa pelo desenvolvimento da comunicação, mesmo se o faz com as possibilidades de cruzamento que têm maior liberdade e com uma imanente tendência ao conflito³³⁵.

1.21.2 Seleção através dos Meios

A distinção entre variação e seleção é a forma do conceito de evolução. Aqui (como sempre) forma significa que, se se produz variação, é necessária a evolução. Inclusive se não tem lugar uma seleção positiva, de todo modo tem lugar alguma seleção, no sentido de que a variação ligada à operação desaparece sem transformar as estruturas, e tudo fica tal como era e como é. O que é selecionado é o estado atual, não a inovação. Por outro lado, forma

³³⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad* Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 221.

³³⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 222-223.

significa separação das duas partes. Assim, uma condição fundamental de toda evolução é o fato de que os dispositivos da variação e os dispositivos da seleção não coincidam, senão que permaneçam separados. Portanto, não é uma causalidade se uma variação se torna relevante para a seleção precisamente através de sua determinação. Antes de nada não se pode instalar nenhuma relação de fim como consequência de que uma variação se efetue somente com fins da seleção. As variações podem estar motivadas certamente desta maneira, e não estão excluídas, naturalmente, as comunicações em previsão de resultados utilizáveis. Mas, mesmo se em seguida a isso se chega à produção de transformações da estrutura, estas não consistem em alcançar o objetivo, senão no fato de que, ante os esforços para alcançar o objetivo, o sistema reage com transformações da estrutura. A evolução utiliza o otimismo do objetivo para estimular variações. Sem embargo, somente com isto, não se tem decidido o que é que será selecionado como estrutura³³⁶.

A separação destas funções evolutivas está garantida já pelo fato de que as funções se referem a diversos componentes do sistema da sociedade: a variação se refere aos elementos, isto é, a cada uma das comunicações; a seleção, em troca, refere-se às estruturas, isto é, à formação e ao uso de expectativas. Isto significa, antes de tudo, que entre os eventos que produzem variações e as seleções não pode existir uma relação hipotética do tipo um a um³³⁷.

Tanto a rejeição de uma pretensão de aceitação, como a negação de uma rejeição antecipada no intento de obter o que se pretende pertencem aos eventos mais prováveis da vida cotidiana. Neste sentido, a variação se produz continuamente. Somente com a seleção de uma estrutura que utiliza, confirma, condensa este evento se realiza algo improvável, é dizer, um marcado desvio com respeito ao estado de partida³³⁸.

Se se aceita a teoria dos sistemas operacionalmente fechados, determinados pela estrutura, haver-se-á de partir do pressuposto de que os sistemas podem transformar suas

³³⁶Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 232.

³³⁷Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 232.

³³⁸Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 233.

estruturas somente através de suas próprias operações, sem importar o modo em que estes sistemas reagem ante o que sucede no ambiente³³⁹.

Todas as sociedades, incluídas as mais primitivas, têm seu mecanismo primário de seleção na diferenciação de sistemas de interação e sistema da sociedade. Na interação entre presentes, é impossível ignorar opiniões desviantes uma vez que se tenham expressado. Como a comunicação se adjudica como ação a uma pessoa, é necessário levar em conta a possibilidade de se fazer presente ou bem a possibilidade de que dentro ou fora do sistema haja componentes que se cruzem com ela. Dentro dos sistemas de interação, a probabilidade de transformação da estrutura através de eventos comunicativos é alta. Tanto que não pode haver evolução sistêmica, pois a seleção não pode regular-se independentemente³⁴⁰.

A sociedade não efetua somente interações: é também o ambiente social das interações. Esta diferença interna da sociedade impede que tudo o que emerge, goste-se ou se faz desagradável nas interações, produza efeitos nas estruturas do sistema da sociedade. Todo o sentido se constitui de maneira transinterativa com a vista dirigida até as utilizações que se podem fazer fora da interação específica em desenvolvimento. Já na interação, considera-se este fato e, em oposição ao que pode suceder na interação, somente uma pequena quantidade de inovação pode atravessar este filtro que leva a uma difusão estendida à sociedade³⁴¹.

Não obstante a diversa semântica que existe entre a religião e os meios de comunicação simbolicamente generalizados, parece que há algo que os assemelha. Em ambos os âmbitos, a seleção se coloca no plano da observação de segunda ordem. A religião considera Deus como observador dos homens; os meios de comunicação simbolicamente generalizados dirigem a observação de outros observadores, como no mercado, pelo sistema da economia ou no âmbito das afirmações da ciência. Os dispositivos de seleção de que agora

³³⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 234.

³⁴⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 234-235.

³⁴¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 235.

há necessidade distanciam-se da imediatez do evento da variação como um observador que observa o que outros observadores observam³⁴².

1.21.3 Restabilização dos Sistemas

O processo de seleção leva à formação de estruturas. Um problema ulterior, portanto, pode consistir somente na relação que as estruturas têm com o sistema, cujas operações autopoieticas se desenvolvem de uma maneira que depende da estrutura. Ademais, deve-se considerar que um problema de estabilidade, no sentido da teoria da evolução, apresenta-se somente quando a seleção elege a variante da mutação, isto é, a inovação; de outro modo a variação desaparece sem consequências. Pensa-se, portanto, unicamente em restabilizações. Por isso o problema consiste na inserção das transformações da estrutura em um sistema que opera de uma maneira determinada pela estrutura e nas consequências de uma tal inserção³⁴³.

A função de restabilização evolutiva subjaz em uma especificação histórica. Faz uso, ainda que seja suscitando consideráveis problemas residuais, da diferenciação dos sistemas e desenvolve soluções distintas segundo a forma predominante da diferenciação. Enquanto a contínua sedimentação acumulativa de estruturas e a repetição da formação de sistemas nos sistemas levam a um crescente vínculo entre as formas – através da mudança de formas da diferenciação dos sistemas, isto é, através da passagem da diferenciação segmentária à diferenciação entre centro e periferia, à estratificação e, por último, à diferenciação funcional –, pode surgir uma nova margem para a decomposição e para a recomposição destas formas: uma margem que oferece oportunidade a novas estruturas, mais favoráveis para a complexidade. Pode-se, por exemplo, seguir este processo mesmo observando as transformações paralelas das formas de religião³⁴⁴.

³⁴² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 239.

³⁴³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 241.

³⁴⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 242-243.

A estabilidade apoia-se no fato de que, uma vez que se tenha diferenciado, uma função pode desenvolver-se em um avançado nível somente dentro da estrutura que já está predisposta para esse fim³⁴⁵. Estabilidade, porém, não é imutabilidade.

A estabilidade do sistema não significa rigidez ou imutabilidade; no caso do sistema jurídico, ela é garantida pela reflexividade dos mecanismos de seleção do Direito. Isso significa que a própria decisão a respeito da mudança ou da manutenção do Direito torna-se objeto de decisão. Concretamente, isto implica a existência de normas procedimentais, que regulem a tomada de decisões pelo sistema³⁴⁶. Por reflexividade, diz Luhmann, “devemos entender que inicialmente um processo é aplicado a si mesmo ou a processos do mesmo tipo, e só depois utilizado em termos definitivos. Os mecanismos reflexivos são uma forma generalizada (...) do processamento de sentidos³⁴⁷”.

As teorias, assim, podem substituir-se somente por outras teorias, as leis do Direito somente por outras leis do Direito, um programa político somente por outro programa. O princípio de estabilidade que se apoia sobre uma ordem assim se configura como exigência de uma solução substitutiva. Daí o desafio de Luhmann: quem quiser eliminar os reatores nucleares deve afrontar esta pergunta: como podemos produzir energia de um modo diverso?

Na perspectiva da teoria da evolução, o que chama a atenção em tudo isto é o fato de que os sistemas de funções estão estabilizados na variação, de tal forma que o mecanismo da estabilização serve, ao mesmo tempo, como motor da variação evolutiva. Isto acelera a evolução social de maneira impressionante. Parece que a estabilização e a variação se produzem simultaneamente. Por isso, pode-se eleger critérios de seleção que, por um lado, são desvinculados de uma moral do dever estendido ao nível completo da sociedade e, por outro, renunciam à consideração de qualquer modo a estabilidade. Só assim, uma semântica seriamente proposta pode conceber, como eventos não desviantes, a novidade, a crítica, o câmbio, isto é, a variação como tal, e mesmo acolhê-los como dignos de proteção. Mesmo os

³⁴⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 244.

³⁴⁶ Nicola, D.R.M. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In Rocha, L.S. (Org.). (1997). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, p. 235.

³⁴⁷ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 13.

“inimigos da sociedade”, dizem Luhmann e De Georgi, se aproveitam do fato de que dessa maneira, historicamente singular, a sociedade se dá valor por si mesma³⁴⁸.

A medida da diferenciação entre variação, seleção e restabilização está correlacionada com a velocidade das transformações evolutivas. A evolução – diz Luhmann – nunca esgota as possibilidades que estão em seu substrato de base; isso vale para as proteínas, para a fotossíntese, para o sentido e para a linguagem. O resultado sempre constituiu uma diversificação de sistemas determinados pela estrutura.

A plenitude do ser se encontra na multiplicidade das possibilidades que se tem realizado. A evolução social produziu inumeráveis sociedades tribais. Somente é possível encontrar culturas altamente desenvolvidas em um número de vinte ou trinta exemplares. Uma sociedade funcionalmente diferenciada, em troca, existe somente em um caso único. Então – questiona Luhmann –, isto significa que a evolução é somente um caso?

Parece que isto leva à renúncia de todas as redundâncias e todas as seguranças que se derivam dos desvios. Quando esta sociedade já não existir, então, não existirá nenhuma outra, a menos que surjam novas formas a partir dela mesma. Buscar as possibilidades da evolução interna da sociedade, portanto, constitui tarefa a ser empreendida, mas é evidente que isto somente não se coloca, todavia, como uma resposta adequada à pergunta que é feita. A resposta é encontrada na mesma sociedade, por exemplo, em sua capacidade de resistir à velocidade da evolução, de substituir o que se perde, de capitalizar reservas para o imprevisto e, antes de nada, na capacidade da sociedade de ativar processos de socialização com base nesses requisitos e de permitir que os sistemas de consciência dos homens se familiarizem com essa realidade. Com efeito, é completamente compreensível que os homens, acostumados de forma distinta por sua cultura, com essas condições se ponham “nervosos”³⁴⁹.

³⁴⁸ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 245.

³⁴⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 245-247.

1.21.4 Variação, Seleção e Restabilização

A evolução social requer uma diferenciação das suas funções; requer que elas se realizem através de circunstâncias distintas. Em seu transcurso e em virtude da crescente diferenciação das funções evolutivas, o problema de sua separação se desloca. Luhmann e De Georgi lembram que, nas sociedades segmentárias, que não dispõem de escrita, deve ter sido difícil separar variação de seleção. Nas sociedades que alcançaram uma cultura elevada, tanto a escritura como a diferenciação, com base na desigualdade, facilitam este processo de separação primária (entre variação e seleção). Precisamente por isto, se faz difícil distinguir seleção e restabilização. As seleções se concebem como resposta a perturbações e como restabelecimento de uma condição de quietude, de uma situação estável da sociedade³⁵⁰.

A separação das funções evolutivas, tanto como seu reencontro, não pode apoiar-se nas leis da natureza nem nas necessidades de um processo dialético. Não há uma ordem eterna do mundo em que se preveja que algo suceda desta ou daquela maneira. A evolução para uma ou outra forma se deve a ela mesma e se faz possível construindo condições para a diferenciação de seus mecanismos³⁵¹.

A teoria da evolução autorreferencial já não considera o acontecimento um princípio. Essa explicação foi substituída por outra, baseada na diferença: em princípio, substitui a diferença das funções evolutivas e a localização, o mais precisa possível, das condições particulares de sua separação dos sistemas que evoluem na realidade empírica. A teoria da evolução prevê um programa de investigações históricas que praticamente não têm fim. Essa evolução se dá através da separação de suas funções (pela realização de sua forma). Deduz-se que, no transcurso da evolução, a causalidade necessária à evolução adquire um grau mais alto de organização³⁵². As estruturas altamente complexas dos sistemas evoluídos oferecem maiores possibilidades de desvio e, ao mesmo tempo, maiores possibilidades de suportar os

³⁵⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 247-248.

³⁵¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 248.

³⁵² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente,, p. 249.

desvios. Isto torna cada vez mais provável que o acaso e o improvável se verifiquem. Disso se segue que, em seu transcurso, a evolução comece a correr mais rapidamente³⁵³.

Os sistemas que evoluem são sistemas determinados pela estrutura e, nas formas superiores de organização, são sistemas que podem preparar uma representação interna da causalidade induzida desde fora. Fala-se, aqui, de “irritação”³⁵⁴.

1.22 Aquisições no Âmbito da Evolução da Sociedade

No conceito de aquisições evolutivas, estão presentes dois distintos níveis de valoração, mas nenhum dos dois apresenta um valor com validade absoluta. Uma solução do problema deve ser a apropriada. A escrita, por exemplo, deve ser apta não somente para os fins da anotação, senão que deve servir também para a comunicação. A idoneidade da solução pode dar-se ou não segundo o modo em que o problema se especifica. Junto com este nível de valoração vem, um segundo nível, a conveniência evolutiva. Aqui se trata da relação com a complexidade do sistema que acolhe e efetiva a aquisição evolutiva. As aquisições reduzem a complexidade de modo a organizar uma mais alta complexidade baseada na restrição³⁵⁵.

No sistema jurídico, a positivação de direitos é uma “conquista evolutiva”. Nesse sentido, pode-se dizer que a incorporação de regras e princípios à Constituição, formando seu arcabouço deontológico, é uma conquista evolutiva. Assim, lembrando Luhmann, o que se conquista com a positivação do Direito deve ser utilizado como instrumento de mudança social, pois na medida em que os direitos são positivados, ou seja, na medida em que normas

³⁵³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 249.

³⁵⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 250.

³⁵⁵ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 252.

jurídicas se tornam objeto de decisões seletivas, apresenta-se uma nova perspectiva, e ela deve ser avaliada como uma conquista evolutiva³⁵⁶.

As liberdades de decisão constituídas pelo Direito e nele mantidas podem ser utilizadas como instrumento de mudança social. Uma vez institucionalizadas como liberdades, seu exercício normal pode ignorar seus motivos originais, pois a positividade do Direito implica liberdade de determinação racional pelo recurso e pelo resultado das análises. Assim, a sociedade torna-se objeto de seu próprio mecanismo jurídico; ela é refletida, como totalidade, em um de seus sistemas parciais³⁵⁷.

O Direito, em Luhmann, embora visto como estrutura, é dinâmico³⁵⁸. E isso se deve à permanente evolução provocada por sua necessidade de constante agir como uma estrutura social redutora da complexidade das possibilidades do ser no mundo³⁵⁹. Para Luhmann, portanto, no sistema jurídico, o passo decisivo na evolução está na plena positivação do Direito, na prática, na substituição da distinção Direito Natural/Direito Positivo pela distinção Direito Constitucional/Direito Normal ao final do século XVIII. Isso faz com que o Direito seja observado na perspectiva daquilo que se tem decidido ou de como se decidirá. Interpretação e prognóstico são formas de produção de textos a partir de textos, o que não conduz à arbitrariedade – conforme a censura do decisionismo – mas, novamente, à autolimitação, pois o arbitrário não se pode interpretar ou prognosticar³⁶⁰.

As aquisições podem difundir-se no âmbito da evolução da sociedade. Anota Luhmann, porém, que se tem utilizado o fenômeno da difusão injustamente contra a teoria da evolução. A difusão pressupõe a evolução e se refere, unicamente, às aquisições evolutivas que, por sua vez, podem adquirir um significado inclusive para a diferenciação das funções evolutivas (por exemplo, a escritura). Não se deve descuidar do fato de que, frequentemente, as aquisições evolutivas alcançam sua forma definitiva e adquirem importância somente através da difusão. Nesse processo, elas se submetem a provas empíricas, são “polidas” e se

³⁵⁶ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 117.

³⁵⁷ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 117.

³⁵⁸ Rocha, L.S. (1998). *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, p. 97.

³⁵⁹ Rocha, L.S. (1998). *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, p. 97.

³⁶⁰ Luhmann, N. (1997). *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Studio, p. 114.

generalizam. Tanto é assim que algumas ideias importantes dos gregos se formaram sob o impulso da formação das colônias, copiando os modelos das cidades³⁶¹.

Na realidade, existem algumas estruturas cuja transformação produz efeitos de grande importância, “catastróficos”, sobre a complexidade do sistema da sociedade. Estas estruturas são os meios de difusão da comunicação (estendidos através da escrita, e logo através da imprensa, e hoje através da telecomunicação e da elaboração eletrônica dos dados) e as formas da diferenciação dos sistemas (segmentação, diferenciação entre centro e periferia, estratificação, diferenciação funcional)³⁶².

É possível que haja aquisições evolutivas que desencadeiem transformações dramáticas da forma, como quando em uma sociedade, que já conhece as distinções de posição, se introduz a ideia da igualdade de dignidade das famílias e com isto se põe a andar o isolamento da nobreza, com todas as vantagens que derivam de uma interdependência centralizada. Desta maneira, nascem algumas possibilidades até agora impossíveis, cuja utilização leva gradualmente a sociedade a um grau de mais alta complexidade³⁶³.

Quando nestas estruturas fundamentais, meios de difusão da comunicação e da diferenciação dos sistemas, intervêm aquisições evolutivas que tornam possível a passagem de uma estrutura a outra, no observador, surge a impressão de que ele se encontra ante determinadas formações da sociedade, que se distinguem significativamente entre si. Com simplificações rudimentares, o observador pode distinguir entre culturas carentes de escrita e culturas alfabetizadas ou entre sociedades claramente estratificadas e sociedades segmentárias ou sociedade moderna, que se apoia numa clausura operacional dos sistemas de funções³⁶⁴.

³⁶¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 256-257.

³⁶² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 258.

³⁶³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 258.

³⁶⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 258.

1.22.1 A Evolução das Ideias

Pela ideia do “círculo hermenêutico”³⁶⁵, depreende-se que não há uma decisão definitiva sobre se e quais ideias se afirmam. Também há uma diferenciação das funções evolutivas da variação, da seleção e de uma possível restabilização³⁶⁶.

À seleção basta o apoio oferecido por circunstâncias que, pelo momento, parecem evidentes. Com esta base, a seleção não pode assumir ao mesmo tempo também a função da reestabilização. Na evolução das ideias, as seleções apresentam uma clara dependência do ambiente e, neste sentido, subjazem em condições que elas não podem controlar nem no plano da escrita nem no plano da argumentação. A evolução das ideias leva sempre e unicamente à formação de semânticas históricas. Essa evolução permanece dependente de estruturas sociais que, de vez em quando, se antecipam pela forma dominante da diferenciação dos sistemas. As plausibilidades aportam uma espécie de índice da realidade, e quem não se adequa tem poucas oportunidades. As inovações se haverão de introduzir com suas plausibilidades e não contra

³⁶⁵ No âmbito das ciências da história, o próprio homem que pesquisa está envolto nela. Quando estuda problemas das ciências humanas ou da história, ele continua homem e histórico, ou seja, ele é ao mesmo tempo sujeito e objeto de sua ciência. No terreno das ciências do espírito, ele está diretamente envolto em seu estudo. O estudo, a ciência que se estrutura é já obra do homem e objeto de si mesma. Nessas áreas, o homem jamais atinge a explicação positiva e autônoma das ciências naturais; nas ciências do espírito, ele faz ciência compreendendo. O progresso avança indefinidamente em círculo; é o círculo hermenêutico, da compreensão que, de um lado, pode apontar o fato de que a análise da obra humana já envolve o homem em um sentido todo, que é entendido explicitamente com a compreensão progressiva das partes a partir do todo ou pelas quais o todo é determinado. O círculo da compreensão aponta a necessidade de se preservar a análise de toda interpretação arbitrária, fruto de modos de pensar, situação histórica, para que a coisa em si comande o olhar na medida do avanço. Stein, E. (1972). *História e ideologia*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, p. 26-27; Stein, E. Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In Heidegger, M. (1979) *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, Col. Os pensadores, p. 88-91; Stein, E. (1996). *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, p. 42-61. No Direito: Streck, L.L. (2002). *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Streck, L.L. (2003). Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *Revista Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, dez., p. 206. Também: Hommerding, A.N. (2007). *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

³⁶⁶ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 264.

elas³⁶⁷. A teoria sistêmica, assim, enfatiza que a evolução resulta de transformações internas na respectiva unidade de reprodução: as “perturbações” advindas do ambiente só se tornam determinantes da evolução sistêmica quando assimiladas internamente como inovações³⁶⁸.

A estabilidade das ideias expressa-se, antes de nada, através da regulamentação das expectativas correspondentes, dirigidas à comunicação e ao comportamento. Mediante a regulamentação, pode-se afirmar que algo é justo mesmo se, no caso particular, não vem ao caso ou se viola³⁶⁹.

Como na evolução geral da sociedade, também na evolução das ideias, inicialmente, não é possível separar pontos de vista da seleção das representações da estabilidade. No particular, as ideias, que devem sua seleção às plausibilidades, ligadas unicamente com a situação, dependem de novas formas da estabilização nos sistemas móveis que sobrevivem ou não. De todo modo, já não podem fundamentar sua seleção em uma ordem estável do mundo. Então, é óbvio que o que tem valor é constantemente posto à prova na busca de motivos para as inovações. Como na evolução geral da sociedade, também a evolução das ideias tende ao colapso quando a variação, a seleção e a estabilização deixam-se separar, mas, precisamente por isto, a diferença entre estabilização e variação começa a se atenuar³⁷⁰.

Para Luhmann e De Georgi, já não é possível fazer concordar os problemas da referência com os problemas do código, isto é, as distinções entre autorreferência e heteroreferência com distinções como verdadeiro e falso, bom e mal, lícito e ilícito; isto se mostrou evidente com o fracasso do positivismo lógico e, logo, também com o da filosofia analítica, que intentaram integrar os grupos de conceitos de referência, sentido e verdade. A isto deveria corresponder a hipótese de que, nas sociedades que se fazem mais complexas, os pontos de convergência que mantêm juntas as ideias se distanciam cada vez mais ou, como alternativa, devem estar imersos na diferenciação social, isto é, devem diferenciar-se também. Se se

³⁶⁷ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 265-266.

³⁶⁸ Neves, M. (2006). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, p. 3.

³⁶⁹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 267.

³⁷⁰ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 267-269.

seguem os dois caminhos ao mesmo tempo, então, em contraposição com a literatura mais antiga, podem realizar-se ao mesmo tempo maior universalidade e maior precisão³⁷¹.

1.22.2 Evolução dos Sistemas Parciais

A evolução dos sistemas parciais começa, unicamente, com a diferenciação funcional do sistema da sociedade, porque somente com esta forma de diferenciação se alcança, no campo dos sistemas parciais, a combinação de clausura operacional com a autocomplexidade mais elevada que oferece apoio suficiente à diferenciação das funções evolutivas³⁷².

As teorias e as leis do Direito são mais ou menos sensíveis ao ambiente da sociedade. Também aqui, os sistemas são determinados pela estrutura e enclausurados, já que só eles podem estabelecer seus programas e aplicá-los. Mas na seleção dos programas que servem à seleção das operações, os sistemas podem ser irritados pelo ambiente e sofrer influências. A estabilidade não é estática, mas dinâmica. Os dispositivos da estabilização dinamizam-se de forma que servem também à função da variação evolutiva. A sociedade não pode se defender da velocidade imposta pelos sistemas de funções³⁷³.

A teoria da evolução descreve sistemas que em cada momento se reproduzem em muitas operações individuais e que, ao fazê-lo, usam ou não estruturas, transformam-nas e não as transformam. Tudo isto sucede no presente e de maneira simultânea. Um sistema assim não tem necessidade de história para sua reprodução operacional. A teoria da evolução, junto com a teoria dos sistemas, parte do pressuposto de que inúmeras operações se desenvolvem simultaneamente e que, pelo fato de produzirem ulteriores operações, reproduzem o sistema.

³⁷¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 270.

³⁷² Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 270-271.

³⁷³ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. . Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 274-275.

Os interesses especiais da teoria da evolução estão dirigidos à reprodução desviante como condição de uma transformação da estrutura. Isto não tem relação com a historiografia, complementa Luhmann, mas permite compreender a discussão que se tem registrado na história da ciência entre evolucionismo e historicismo³⁷⁴.

1.23 Gunther Teubner e a Teoria Autopoiética do Direito

A autorreferência, nas palavras de Gunther Teubner, é uma “visceral” característica dos sistemas autopoiéticos. O Direito, assim, não seria determinado nem por autoridades terrestres, nem pela autoridade dos textos e, tampouco, pelo Direito Natural ou por revelação divina. O Direito determina-se a ele mesmo por autorreferência, baseando-se na sua própria positividade³⁷⁵. Ele retira sua própria validade dessa autorreferência pura: qualquer operação jurídica remete ao resultado de operações jurídicas. Daí por que a validade do Direito não é “importada” do exterior do sistema jurídico, mas obtida a partir do seu interior³⁷⁶. Por isso é que, para Niklas Luhmann, não há Direito fora do Direito. Na sua relação com o sistema social, o sistema jurídico não gera nem *inputs* nem *outputs*³⁷⁷.

³⁷⁴ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 275.

³⁷⁵ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 2.

³⁷⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 2.

³⁷⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 2. A autorreferência pura, para Luhmann, equivaleria a uma tautologia, tendo em vista que o sistema passaria a operar sempre com base em um mesmo dado, repetindo sempre a mesma conclusão. Isso sepultaria o princípio motor da teoria dos sistemas, qual seja, o de que os sistemas são criados para reduzir uma determinada porção da complexidade. A alusão a esse “desvio externo” é o que permitiria o respirar do sistema, importando, por intermédio do filtro do sentido, as comunicações que lhe são funcionalmente pertinentes. Esse “desvio externo”, no entanto, somente é possível porque o sistema é operativamente fechado, ou seja, as comunicações que se seguirem àquela importada do meio são governadas dentro dele mesmo, a partir de elementos que ele mesmo produz. Daí a conclusão de García-Amado quando diz que a “reprodução autopoiética dos sistemas não é, portanto, repetição idêntica do mesmo, senão recriação constante de novos elementos ligados aos anteriores”. Dessa forma, “todas as operações dentro do sistema são, ao mesmo tempo, (auto)reprodução do sistema”. García Amado, J.A. *A Sociedade e o Direito na Obra de*

A autorreferência sugere um caráter de indeterminação do Direito, no sentido de que ele não é apenas produto do homem, mas do próprio direito³⁷⁸. Há uma relação entre autorreferência e imprevisibilidade. Para explicar essa relação, pode-se levar em consideração aquilo que Von Förster chama de “máquinas triviais” e “máquinas não-triviais”. As máquinas triviais são aquelas que, ligando determinados efeitos a certas causas, de forma fixa e regular, operam sinteticamente de modo determinado e analiticamente, de modo determinável, independentemente do passado e de forma previsível. As máquinas não-triviais, diferentemente, são sinteticamente determinadas, mas analiticamente indetermináveis; dependem do passado e são imprevisíveis.

Esse parece ser o caso do Direito, entendido como um sistema de sentido autorreprodutivo, dependente, pois, das operações jurídicas dos seus próprios elementos sistêmicos internos. A indeterminação do Direito, assim, aparece diretamente relacionada com a autonomia³⁷⁹.

A autorreferência está associada à circularidade dos sistemas autopoiéticos. O sistema jurídico, por seu turno, é essencialmente circular. Aliás, a hierarquia das fontes do direito não escapa da lógica da circularidade, consoante Hofstadter:

A ironia está em verificar que (...) tendo-se batido com a cabeça no tecto, somos impedidos de saltar para fora do próprio sistema na busca de uma autoridade superior, não restando senão recorrer a regras aparentemente menos definidas, mas que, afinal, são as únicas fontes das regras de nível superior: as regras de nível inferior³⁸⁰.

Niklas Luhmann. In Arnaud, A.J.; Lopez Junior, D (Orgs.)... (2004). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 315.

³⁷⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 3.

³⁷⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 4.

³⁸⁰ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 5-6.

A autorreferência do Direito manifesta-se de forma muito bem elaborada em suas próprias fontes do Direito, comportando, porém, uma “mácula” que, curiosamente, transforma o sistema jurídico num sistema hierárquico totalmente reflexivo: a fonte superior aparece legitimada pela fonte inferior. Como diz Teubner, “Basta (...) colocar a fonte mais alta em lugar suficientemente elevado para que o mundo jurídico possa funcionar perfeitamente a partir dessa circularidade³⁸¹”.

O fenômeno da autorreferência emerge sempre que se trata de apreender e aferir situações do mundo real a partir da distinção legal/ilegal (*Recht/Unrecht*). Assim, sempre que a distinção é aplicada, não apenas casuisticamente, mas com pretensões de validade para todo um universo de situações, essa mesma pretensão de validade universal, mais cedo ou mais tarde, acabará por conduzir a própria distinção à tentação de valer igualmente para si mesma. Surgem aí os “paradoxos da autorreferência³⁸²”.

Na práxis jurídica, os “dilemas da reflexividade” aparecem a todo o momento. Pense-se, por exemplo, nos casos paradoxais de um Direito que se exclui a ele próprio em sede de “direito de resistência” ou da “razão de Estado”.³⁸³ De acordo com Teubner, uma crítica mais radical com relação ao fenômeno da autorreferência, já que as demais críticas não foram capazes de “atingir o coração do paradoxo fundamental do direito”, conseguira-a já afinal Sófocles, há mais de vinte séculos, quando, pela boca de Antígona, exprimia o paradoxo do direito ao opor-se à lei de Créon que a proibia de enterrar o irmão.

Créon: Desafias tão flagrantemente a minha lei?

Antígona: Naturalmente! Pois que não foi Zeus quem a promulgou, nem encontrarás tal lei imposta pela Justiça aos homens. Nunca acreditei que os teus éditos tivessem força tal que pudessem anular as leis do céu, as quais, não escritas nem proclamadas, têm uma duração eterna e uma origem para além do nascimento do homem.

Para Teubner, não se deve reduzir o alcance da crítica de Antígona a um mero conflito entre a lei divina e a lei humana, mas antes, entrever nela o insolúvel paradoxo subjacente ao

³⁸¹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 6.

³⁸² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 6-7.

³⁸³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 8.

Direito, tornado familiar desde a reflexão feita sobre a autoaplicação da chamada “distinção jurídica”. Antígona aplica o código jurídico ao próprio código jurídico, quando sustenta que a pretensão de Créon de definir aquilo que é legal ou ilegal é, em si mesma, ilegal. Aqui reside justamente a radicalidade da crítica sofocliana: para Antígona, o carácter paradoxal do Direito é intrinsecamente inerente ao próprio Direito, mais do que (como pretendem os “novos” críticos) o resultado da instrumentalização política da doutrina jurídica ou do reflexo da configuração histórica concreta dos seus “dogmas”. Não são as normas individuais, os princípios doutrinários ou a dogmática jurídica que constituem a fonte das antinomias e paradoxos, mas sim a circunstância de ser o próprio Direito que repousa, ele mesmo, sobre um paradoxo³⁸⁴.

A teoria da autopoiese toma o paradoxo de Antígona como o ponto de partida da sua reflexão, abrindo uma ruptura com o tradicional tabu da circularidade. Essa ruptura, porém, não é tomada no sentido da aceitação pura de argumentos circulares (o que apenas poderia desembocar em tautologias sem sentido ou em puros bloqueamentos gnósticos), mas antes no sentido da introdução de uma nova perspectiva da própria circularidade: esta deixaria de ser vista como um problema intelectual (relativo a erro de pensamento) para passar a ser interpretada como um problema relativo à própria práxis jurídica. Com efeito, a realidade social do Direito é feita de um grande número de relações circulares. Os elementos componentes do sistema jurídico – ações, normas, processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se a si mesmos de forma circular, além de estarem ligados entre si também circularmente por uma variedade de meios. Autorreferência, paradoxos e indeterminação constituem problemas específicos da realidade dos sistemas sociais e não meros problemas de reconstrução intelectual dessa mesma realidade³⁸⁵.

O fato, portanto, é que, segundo Luhmann, independentemente do conhecimento humano e da sua apreensão cognitiva, a realidade possui uma estrutura circular. E esse postulado é a base para uma nova postura epistemológica, como diz Teubner³⁸⁶. A realidade

³⁸⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 14-15.

³⁸⁵ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 18-19.

³⁸⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 20-21.

do Direito é uma realidade estruturada circularmente; o Direito se encontra autorreferencialmente constituído³⁸⁷.

A teoria da *autopoiesis* oferece elementos para uma análise das soluções da prática jurídica, visando ao problema da indeterminação do Direito: autorreferência, paradoxo, estabilidade através dos valores próprios. Através da aplicação da sua própria distinção entre legal/ ilegal, o sistema jurídico constrói-se a si mesmo na base de um círculo autorreferencial. Semelhante autorreferencialidade conduz, inevitavelmente, a situações tautológicas e paradoxais, sendo assim, por conseguinte, responsável por uma relativa indeterminação do próprio direito³⁸⁸.

As teorias cibernéticas e funcionalisto-sistêmicas (caso da teoria defendida por Ernesto Grün, por exemplo) propõem uma visão do Direito como um sistema aberto. Os sistemas, aliás, são vistos por tais teorias como realidades simultaneamente abertas e adaptáveis ao meio envolvente. Dita visão, na opinião de Teubner, “representa indubitavelmente um importante progresso”. Todavia, a distinção crucial entre sistema e meio envolvente, característica central dos sistemas abertos, conduz-nos a centrar a atenção nos conceitos como: relação *input-output*, capacidade de adaptação sistêmica ao respectivo meio envolvente, restabelecimento do equilíbrio sistêmico por meio da intervenção regulatória e organização sistêmica “racional” e finalisticamente orientada³⁸⁹.

Ditos conceitos são conceitos-chave das estratégias políticas intervencionistas, visadas a produzir alterações específicas em vários domínios sociais, servindo-se do Direito; é a visão do Direito como instrumento de intervenção social direta. Esse tipo de intervenção produz efeitos sobre os subsistemas sociais visados. Mas o “impacto” produzido às vezes é além do previsto. Segundo Teubner, “Umás vezes tal intervenção era efectiva apenas durante um reduzido período, noutras contraproducente, noutras ainda contra-intuitiva, e noutras até acabava mesmo ‘engolida’ pelo próprio sistema.” Não tardaram as recriminações: era excesso

³⁸⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 23.

³⁸⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 24.

³⁸⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 27-29.

de intervenção política ou da sua ausência, excesso ou falta de leis, exacerbação ou deficit da política de implementação, do uso de instrumentos ineficazes ou de processos inadequados³⁹⁰.

A teoria da *autopoiesis*, porém, contribui fundamentalmente para a compreensão do Direito noutro sentido: só por referência a si próprio pode o sistema de Direito continuar a se organizar e se reproduzir como tal, como sistema distinto do meio e dos demais sistemas³⁹¹. Daí a afirmação de Teubner de que,

não terá sido porventura pura coincidência que a ideia de auto-organização se tenha então tornado cada vez mais atractiva. À primeira vista, o seu desenvolvimento em direcção a uma teoria dos sistemas autopoieticos pode aparecer como absurdo, na medida em que pode sugerir o regresso à concepção dos sistemas fechados, considerada ultrapassada. De facto, a teoria dos sistemas autopoieticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de autorreferencialidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular, produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites, e a sua unidade essencial³⁹².

A ideia de autorreferência e *autopoiesis*, portanto, pressupõe que o funcionamento dos sistemas, ou, melhor, que as “bases” do funcionamento dos sistemas residem no próprio seio

³⁹⁰ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 30.

³⁹¹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 31-32. Reproduzindo a síntese feita por Nelson Vaz, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, “Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa (‘recursiva’) entre eles. Esse sistema é autónomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser ‘fechado’, do ponto de vista de sua organização, não havendo ‘entradas’ (*inputs*) e “saídas” (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que é ‘como o agente que conecta as extremidades do sistema (como se fosse uma gigantesca sinapse) e o mantém fechado, autopoietico”. Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 58-59.

³⁹² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 31-32.

sistêmico, e não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível, como entendia a teoria dos sistemas abertos³⁹³.

Há, assim, uma clausura autorreferencial do sistema. Essa clausura ocorre sempre que complexos processos sistêmicos conduzem, de uma forma hiper-cíclica ou ultra-cíclica, à produção das suas próprias condições originárias de produção, tornando-se independentes, assim, do respectivo meio envolvente. Daí por que Teubner, com apoio em Varela, disse: “Auto-referenciabilidade e clausura organizacional (...) significam (...) uma e a mesma coisa: o carácter fechado, circular e recursivo da organização dos processos auto-reprodutivos de um sistema³⁹⁴”.

O que a perspectiva sistêmica autopoietica traz de novo, portanto, é o seguinte: sem autorreferência, sem “circularidade básica” e clausura organizacional, a estabilização de sistemas auto-subsistentes torna-se impossível. Apenas a autonomia recursiva de um processo autorreferencial que remete continuamente a si próprio torna possível a reconstrução de todo esse mesmo processo de acordo com regras imanescentes de funcionamento. São essas regras que fazem com que um sistema autorreferencial apareça como um sistema independente em face do seu meio envolvente e imune à respectiva influência direta³⁹⁵. O desenvolvimento, portanto, de um sistema não pode ficar ao “sabor” das contingências exógenas.

Há conceitos, tais como os de *autopoiesis*, autorreferência, autodescrição, reflexividade, auto-organização e autorregulação que são os “pontos de partida” de todos os futuros desenvolvimentos. Reina, no entanto, sobre tais conceitos uma “confusão terminológica”, sendo possível afirmar que “aparecem frequente e indevidamente assimilados: definições meramente ‘ad hoc’ são amiúde usadas, retiradas de exemplos empíricos e sem qualquer coerência sistemática”. Aliás, “os próprios pais da *autopoiesis*,

³⁹³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 32.

³⁹⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 32-33.

³⁹⁵ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 33.

geralmente bastante mais prudentes em matéria conceptual, utilizam várias vezes indistintamente os termos *autopoiesis* e autorreferência³⁹⁶”.

Para Gunther Teubner, o próprio Luhmann “não parece possuir uma construção conceptual uniforme de toda esta problemática.” As famílias de conceitos que elaborou não nos dão uma visão de conjunto consistente, verificando-se que um mesmo critério definidor de uma dada família conceptual pode não apenas não se aplicar a todos os conceitos particulares nela integrados, como vir mesmo a ser aplicado no contexto de outras famílias³⁹⁷.

A autorreferência pode ser tomada como conceito mais geral e abrangente. Abrange todas as formas possíveis de circularidade e recursividade pelas quais uma unidade entra em relação consigo própria. Engloba fenômenos como os de causalidade circular, *feedback*, reenvio, autorregulação, autocatálise, referência intradiscursiva, auto-observação, criação espontânea de ordem e autorreprodução, relações lógicas circulares, tais como tautologias, contradições, retornos infinitos e paradoxos³⁹⁸.

Um sistema pode ser autorreferencial sem que seja necessariamente auto-organizado, autorregulado e autopoietico. Como diz Teubner,

Se entendermos o sistema jurídico como um sistema de normas, tal como é comum entre a doutrina jurídica, ou, mais genericamente, como um sistema simbólico, como fazem COING e CANARIS, então esse sistema poderá ser visto também como autorreferencial, uma vez que as normas jurídicas se remetem entre si mutuamente. Porém, não existe aqui auto-regulação, nem mesmo *autopoiesis* (autoprodução): pois como podem normas regular normas ou símbolos produzir símbolos? Apenas poderá conceber-se o direito como regulando-se e produzindo-se a si próprio se o entendermos como portador de uma função real antes que de um simples valor simbólico, como constituindo um verdadeiro sistema de acção mais que um mero sistema simbólico³⁹⁹.

³⁹⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 34-35.

³⁹⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 38.

³⁹⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 38.

³⁹⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 39. “Fazer a aplicação do Direito pressupõe uma compreensão dele, assim como a publicação científica pressupõe a pesquisa. A compreensão de regras do Direito, porém, pressupõe que se imagine sua aplicação e possíveis resultados dela, tendo em vista o sistema jurídico como um todo. É nessa

A auto-observação é a capacidade de um sistema influenciar as suas próprias operações para além da mera articulação sequencial destas. O sistema, ao invés de repetir incessantemente a mesma função, constrói as respectivas operações de forma a informar o futuro desenvolvimento das suas próprias operações⁴⁰⁰. Para a autopoiese dos sistemas sociais, portanto, é fundamental a presença de um mecanismo de auto-observação, próprio de sistemas cognitivos, que traz, para dentro do sistema, a diferença sistema/ambiente e, assim, garante que os elementos reproduzidos são elementos de um determinado sistema, dentro do sistema global “sociedade” e não de um outro. A observação em sistemas sociais, portanto, é interna e necessária para sua autopoiese⁴⁰¹.

Quando a auto-observação ganha um carácter estrutural, adquirindo continuidade temporal e funcionando como base da criação de ordem sistêmica, transforma-se, então, em autodescrição. Auto-observação e autodescrição, assim, abrem um novo nível no sistema: aquilo que é chamado de “ordem cibernética de segundo grau” (Von Förster)⁴⁰². No caso do Direito, a doutrina jurídica representa a ordem cibernética de segundo grau, pois ela produz autodescrições das operações jurídicas primárias (sequência das decisões) e das respectivas estruturas; não produz direito válido e aplicável, apenas estrutura as operações da sua produção⁴⁰³.

A auto-organização é a capacidade de um sistema de se estruturar espontaneamente a si mesmo: a sua ordem não é imposta do exterior. Ela é produzida internamente por meio da interação dos elementos do sistema. Um sistema jurídico é auto-organizado sempre que lança

circularidade autorreferencial, reflexiva, que o Direito, de forma recursiva, vai-se auto-produzindo, continuamente, enquanto sistema autopoietico”. Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 73.

⁴⁰⁰ Teubner, G. (2005). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 40-41.

⁴⁰¹ Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 62.

⁴⁰² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 41.

⁴⁰³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 41.

mão das chamadas “normas secundárias” (Hart), que produzem normas de conduta primárias por meio de formas de identificação e processos especificamente jurídicos⁴⁰⁴.

A autorregulação, por sua vez, é uma variante da auto-organização. Traduz a capacidade de um sistema, não apenas de construir e estabilizar as suas próprias estruturas, mas de alterá-las de acordo com critérios próprios. Um sistema jurídico é auto-regulado quando desenvolve não somente normas secundárias para a identificação, mas igualmente normas e processos para a alteração do Direito⁴⁰⁵.

A combinação da autorregulação e da autodescrição entre si, de modo que a identidade sistêmica (autoconstituída) seja usada como critério de alteração estrutural, permite que o sistema se torne efetivamente auto-reflexivo⁴⁰⁶.

Para Teubner, pode-se falar em Direito reflexivo em sentido estrito quando teorias e doutrinas jurídicas tematizam expressamente as condições sociais vigentes do Direito (em particular, o papel ou função do Direito no processo geral de diferenciação social) e retiram daí as consequências no plano da aplicação prática do Direito⁴⁰⁷.

Com relação à autoprodução – que Luhmann define como algumas das “causas do sistema” –, um sistema é autoproduzido quando produz seus próprios elementos⁴⁰⁸. A ideia de autoprodução “parece” contradizer o fato de que muito do que ocorre dentro do sistema é

⁴⁰⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 42. “Para que o Direito tenha chegado a se constituir como sistema autopoiético, foi de essencial importância a formação de determinadas unidades, às quais de um modo geral se pode denominar ‘procedimentais’. Um dos grandes méritos de Kelsen foi ter voltado a atenção para o seu estudo, em sua teoria do Direito. (...) Elas são formadas por aquelas normas que Herbert L. A. Hart (...) qualifica de ‘normas secundárias’, por serem normas que se reportam a outras normas, seja para determinar se uma norma pertence ao sistema (‘normas de câmbio’), seja para regular a aplicação de norma em um caso concreto (‘normas de julgamento’). Guerra Filho, W.S. (1997) *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70.

⁴⁰⁵ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 42.

⁴⁰⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 42.

⁴⁰⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 43.

⁴⁰⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 43.

produto de fatores externos a ele, ou seja, externos ao sistema. No caso do sistema jurídico, por exemplo, parece ser difícil conciliar a autoprodução com a circunstância de o Direito ser, em boa parte, condicionado por influências provenientes do sistema político, da economia e de fatores sociais⁴⁰⁹.

A teoria autopoietica, no entanto, ao contrário do que poderia parecer, considera que a influência das condicionantes sociais, econômicas e políticas do Direito não está excluída. Antes, ela é pressuposta. Dito de outro modo, um sistema jurídico autoprodutivo já pressupõe essa influência. Daí por que, como bem diz Teubner, “Não é a inexistência desta influência proveniente do meio envolvente o que a teoria autopoietica veio inovadoramente sublinhar, mas apenas a forma particular como aquela se repercute no sistema⁴¹⁰.”

Portanto, o Direito, em uma sociedade com alta diferenciação funcional de seus sistemas internos,

se mantém autônomo frente aos demais sistemas, como aqueles da moral, da economia, da política, da ciência, na medida em que continua operando com seu próprio código, e não por critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas. Ao mesmo tempo, sem que seus componentes percam seu conteúdo especificamente jurídico, para adotar outros, de natureza moral, política, econômica etc., o sistema jurídico há de realizar o seu acoplamento estrutural com outros sistemas sociais, para o que desenvolve cada vez mais procedimentos de reprodução jurídica, procedimentos legislativos, administrativos, judiciais, contratuais⁴¹¹.

Esses procedimentos são instituídos para (auto)regulação e (auto)controle na fundamentação de algum dos possíveis conteúdos das normas jurídicas, que seja adequado a exigências sociais de racionalidade, participação democrática, pluralismo de valores, eficiência econômica etc. Os procedimentos jurídicos é que haverão de ser estruturados já atendendo a essas exigências, uma vez que não é mais possível, nas sociedades

⁴⁰⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 44.

⁴¹⁰ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 45.

⁴¹¹ Guerra Filho, W. S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70-71.

hipercomplexas atuais, que o Direito se limite a consagrá-las formalmente, também não se podendo pretender que ele as realize plenamente⁴¹². Para Teubner,

o papel do actor social de modo algum resulta diminuído pela ideia de uma auto-produção social. De facto, continua a reconhecer-se que os sistemas psíquicos exercem uma influência externa na comunicação, podendo até mesmo considerar-se que as 'pessoas', enquanto construções sociais, são absolutamente indispensáveis na imputação das acções num universo social. O problema é que a distinção daquela autora entre estimulação (comunicação através de comunicação) e produção (comunicação através de pessoas) não faz a devida justiça ao papel produtivo do sistema social no processo auto-reprodutivo de comunicação⁴¹³.

O carácter autoprodutivo de um sistema pressupõe influências causais do seu meio envolvente. Fatores internos e externos influenciam o modo como um sistema se reproduz a si próprio. O que distingue, porém, um sistema auto-produtivo dos demais é o fato de aquele se “auto-reproduzir a si próprio extraindo do fluxo ou sequência de eventos (que constitui assim a sua infraestrutura material, energética e informacional) novas unidades que são depois articuladas selectivamente com os elementos da sua própria estrutura⁴¹⁴”.

O Direito, então, desenvolve-se reagindo apenas aos seus próprios impulsos, embora estimulado por “irritações” provindas do meio social. Mesmo as pressões “mais poderosas” só são levadas em conta e elaboradas juridicamente a partir da forma como aparecem nas “telas” internas, onde se projetam as construções jurídicas da realidade. Embora as evoluções sociais modulem a evolução do Direito, este continua seguindo uma lógica própria de desenvolvimento⁴¹⁵. A autoprodução, assim, é a condição mínima da existência de um sistema autopoietico⁴¹⁶.

⁴¹² Guerra Filho, W. S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71.

⁴¹³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 45-46.

⁴¹⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 46.

⁴¹⁵ Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 64.

⁴¹⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 47.

Tal condição mínima está contida na “definição oficial” de *autopoiesis* de MATURANA: “Uma organização autopoietica pode ser definida como uma unidade constituída por uma rede de elementos componentes que a) despoletam um efeito recursivo naquela cadeia de produção de elementos que produziu esses mesmos elementos e b) realizam a unidade da rede de produção no mesmo contexto em que tais elementos se situam. Muito embora reine ainda grande controvérsia sobre a questão de saber se o conceito de *autopoiesis* representa de facto algo mais do que a ideia de auto-reprodução dos elementos de um sistema, a minha opinião é a de que existem ainda alguns outros aspectos adicionais, que, de resto, poderiam dalgum modo ser já entrevistados ou pressentidos na própria definição oficial. De facto, e desde logo, não apenas elementos do sistema, mas todos os seus componentes – elementos, estruturas, processos, limites, identidade e unidade de sistema – devem ser autoproduzidos. Depois, não apenas o sistema em si deve ser autoproduzido, mas o próprio ciclo de autoprodução deve ser capaz de se alimentar a si mesmo. Esta função de automanutenção é obtida através da conexão do primeiro ciclo de autoprodução com um segundo ciclo, que possibilite a produção cíclica, garantindo as condições da sua própria produção (é o chamado “hiperciclo”). E, finalmente, a *autopoiesis* é dificilmente pensável sem uma cibernética sem uma cibernética de segundo grau⁴¹⁷ .

Segundo Teubner, Luhmann adianta uma teoria autopoietica do tipo “big bang” de acordo com a qual é forçosa a existência de uma combinação entre operações sistêmicas “fortes” e “fracas” para que a reprodução autopoietica seja possível. A autopoiese torna-se possível quando autorreprodução e autodescrição coincidem. A autodescrição retrata operações autorreprodutivas, cuja função é permitir a inter-relação entre operações individuais, por meio da confirmação da respectiva pertença ao sistema. As autodescrições incluem a distinção entre sistema e meio envolvente no meio do próprio sistema, regulando a autorreprodução. De modo mais concreto, o pertencimento da comunicação ao sistema deve ser visto em uma comunicação reflexiva: “apenas quando aquelas hajam sido definidas dessa forma como ‘acções’, poderão futuras acções articular-se a elas⁴¹⁸”.

⁴¹⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 48-49.

⁴¹⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 51-52.

O conceito de *autopoiesis* é um conceito complexo, que tem como principais aspectos: a) autoprodução dos componentes do sistema; b) automanutenção dos ciclos de autoprodução por meio da articulação hipercíclica; c) autodescrição como regulação da autorreprodução⁴¹⁹.

O Direito é um sistema autopoietico de segundo grau. Autonomiza-se em face da sociedade, que constitui um sistema autopoietico de primeiro grau. E isso se dá graças à constituição autorreferencial dos seus (do Direito, logicamente) próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo⁴²⁰.

A autopoiese social e jurídica distingue-se da autopoiese biológica em razão das suas propriedades emergentes. É que sistemas autopoieticos de grau mais elevado exigem sempre como base a formação de círculos autorreferenciais novos e de diferente tipo⁴²¹.

Com relação às chamadas “forças produtivas” da *autopoiesis* jurídica, há que se dizer que os elementos envolvidos no processo de autorreprodução, além dos elementos do sistema relativos à comunicação – ou seja, os atos jurídicos –, são “todos” os elementos pertencentes a esse sistema, isto é, estruturas, processos, limites, identidade, funções, prestações. Os atores humanos desempenham duplo papel no processo de auto-reprodução: funcionam simultaneamente como “constructos” semânticos do sistema jurídico e como sistemas psíquicos autopoieticos independentes pertencentes ao meio envolvente do sistema jurídico⁴²².

A autorreferência e a *autopoiesis* dão origem a um novo e elaborado tipo de autonomia do sistema jurídico, devido à constituição de relações circulares. Essa autonomia não exclui as interdependências causais entre sistema jurídico e sistema social, mas exige uma nova interpretação delas, como influências externas das máquinas “não-triviais”⁴²³.

⁴¹⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 52.

⁴²⁰ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 53.

⁴²¹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 54-55.

⁴²² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 55-56.

⁴²³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 56-57.

A ideia de hiperciclo, embora contestada como “construção rebuscada e de duvidosa necessidade na hora de se fundamentar o carácter autopoietico do direito”, subsiste. Como defende Luhmann, os subsistemas sociais perfazem sua organização autopoietica pela mera produção de elementos próprios. O sistema jurídico, assim, atinge sua clausura ou autonomia autorreferencial com a “invenção” do ato jurídico, que se reproduz continuamente, gerando novos atos jurídicos. Para ele, a constituição da *autopoiesis* jurídica é, então, um processo de “tudo ou nada”: ou o direito se reproduz ou não se reproduz a si próprio, não existindo uma “*autopoiesis* parcial⁴²⁴”. Já para Teubner, a autonomia e a *autopoiesis* devem ser vistas como “conceitos gradativos”. Luhmann bem avalia,

Quer se analise a evolução histórica do direito ou de um particular sistema jurídico-positivo, é sempre possível identificar graus de autonomia. Autorreferência e *autopoiesis* podem então tornar-se, neste contexto, critérios precisos para a caracterização desses sucessivos graus ou etapas de autonomia – o que, no entanto, só é viável caso se opte por uma perspectiva algo mais elaborada e complexa da *autopoiesis* jurídica do que a proposta por LUHMANN, podendo, para tal efeito, servirmo-nos da noção de <<hiperciclo>> formulada por EIGEN e SCHUSTER, com algumas alterações⁴²⁵.

Daí por que um sistema jurídico se torna autônomo quando consegue constituir os seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em “ciclos autorreferenciais”, só atingindo o termo “perficiente” da sua autonomia autopoietica quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, se articulem entre si próprios por sua vez, formando um hiperciclo⁴²⁶.

O dilema de saber se e como é possível conceber sistemas autopoieticos dentro de sistemas autopoieticos constitui uma objeção “irritante” ao conceito de *autopoiesis*, segundo Luhmann⁴²⁷. Daí a pergunta: a autonomia do sistema jurídico exige apenas que este constitua

⁴²⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 57.

⁴²⁵ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 57-58.

⁴²⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 58.

⁴²⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 65.

seus próprios elementos a partir do fluxo de comunicações, ou implica a criação de um sistema autopoietico de segundo grau?

Segundo Gunther Teubner, um sistema autopoietico de grau superior apenas pode ser desenvolvido a partir de um outro sistema autopoietico se aquele verdadeiramente “produzir” os seus próprios elementos, distintos dos elementos deste último. Assim, apenas se pode falar de sistema autopoietico de grau superior se ficar provado que ele obedeceu a essa particular “forma de emergência”⁴²⁸.

Para a visão tradicional, a produção de novas estruturas a partir de elementos existentes é tida como decisiva. No caso do Direito, a clausura autopoietica apenas pode ocorrer quando um sistema jurídico constitui os seus próprios elementos – atos jurídicos –, que operam como “agentes de mudança”, colocando em movimento o ciclo autopoietico “acto jurídico – mudança jurídica – acto jurídico”. Assim, apenas com a “invenção” do ato jurídico ganharia a sua autonomia⁴²⁹.

Para Teubner, porém, isso não seria suficiente para compreender a natureza autorreprodutiva do sistema jurídico. É que não apenas os atos jurídicos, mas todos os componentes do sistema jurídico – estruturas, processos, limites, meio envolvente – devem simultaneamente ser autoconstitutivos e se articular entre si de forma autorreprodutiva (hiperciclo). Ou seja, a *autopoiesis* não pode ser vista como conceito rígido, inflexível. Apesar de Luhmann considerar que um sistema ou é ou não é autopoietico (para ele não haveria sistemas em parte autopoieticos e em parte heteropoieticos), a autonomia é uma realidade “gradativa”; ela é a emergência cumulativa de relações auto-referenciais que, sob certas condições, possibilita ao sistema como um todo a sua própria autorreprodução⁴³⁰.

O aumento cumulativo de relações circulares faz da *autopoiesis* um processo gradativo. Para compreender esse processo, no entanto, é necessário distinguir entre auto-observação, autoconstituição e autorreprodução. Veja-se: uma coisa é um sistema social

⁴²⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 65.

⁴²⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 66.

⁴³⁰ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 66-67.

observar seus componentes (elementos, estruturas, processos, limites, identidade e meio envolvente); outra é um sistema definir e colocar em operação por si só o conjunto dos componentes sistêmicos. E outra coisa, ainda, é a capacidade de um sistema para se reproduzir a si mesmo por meio da produção (circular e recursiva) de novos elementos a partir dos seus próprios elementos⁴³¹.

O grau de autonomia dos subsistemas sociais é determinado, primeiro, pela definição autorreferencial dos seus componentes (auto-observação); adicionalmente, pela incorporação e utilização operativa no sistema dessa auto-observação (autoconstituição); finalmente, pela articulação hipercíclica dos componentes sistêmicos autogerados, enquanto elementos que se produzem entre si numa circularidade recíproca (*autopoiesis*)⁴³².

As auto-observações surgem espontaneamente. Quando uma distinção é aplicada a fenômenos sociais, mais cedo ou mais tarde será aplicada a si mesma. Quando no contexto de uma interação se tematiza e debate algum assunto, a natureza da própria interação, mais cedo ou mais tarde, será ela própria tematizada e tornada objeto de si mesma. Também os componentes de um subsistema social são comunicativamente observados dessa maneira, sendo debatidos na linguagem própria do sistema⁴³³.

Essas observações ocasionais são mecanismos de variação, pois encarnam um “princípio evolutivo da autorreferência social”. A seleção dessas variações, por sua vez, depende das suas vantagens evolutivas, ou seja, se é vantajoso para a evolução do sistema social envolver-se com tais tipos de autodescrição. Essas vantagens residem no fato de o sistema se libertar e se autonomizar do seu meio envolvente, e não no fato de se adaptar melhor a este. O hiperciclo garante a estabilidade no sistema e torna a produção dos seus componentes mais independente em face do meio envolvente, assegurando as condições de circularidade recíproca da sua produção⁴³⁴.

⁴³¹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 68.

⁴³² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 68.

⁴³³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.69.

⁴³⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 69.

Compreender a autonomia do sistema jurídico significa compreender a relação tripartida entre auto-observação, autoconstituição e auto-reprodução. Como diz Teubner, “Logo que a comunicação sobre a distinção básica legal/ilegal comece a diferenciar-se da comunicação social geral, aquela torna-se inevitavelmente autorreferencial e é compelida a tematizar-se a si mesma no quadro de categorias intrinsecamente jurídicas⁴³⁵”.

Significa dizer que o sistema jurídico se vê forçado a descrever os seus componentes utilizando suas próprias categorias. O sistema, então,

começa por estabelecer as normas reguladoras das suas operações, estruturas, processos, limites, meio envolvente e até da sua própria identidade. Uma vez que estas autodescrições tenham sido utilizadas operativamente deste modo, então o sistema começa construir os seus próprios componentes. Isto conduz à emergência de círculos auto-referenciais no respeitante a actos jurídicos, a normas jurídicas, a processos jurídicos e à dogmática jurídica, o que, por sua vez, implica uma maior autonomia do sistema jurídico: o direito determina, ele próprio, quais os pressupostos da relevância jurídica de um facto, da validade jurídica de uma norma, etc.⁴³⁶.

O grau de autonomia do Direito, portanto, é determinado pelo grau com que ele constitui relações autorreferenciais, desde referências normativas recíprocas até a clausura circular de um sistema hipercíclicamente organizado. Se assim é, Luhmann “peca” ao identificar autonomia com *autopoiesis*, vendo em ambas realidades de rigidez inflexível. Dita definição não acomoda diferentes graus de autonomia do sistema jurídico, diz Teubner⁴³⁷.

Claro que, de modo geral, autonomia é a capacidade de autorregulação de um sistema. Dita concepção, no entanto, embora não seja incorreta, é incompleta, pois trata de apenas um dos aspectos do conceito de autonomia, qual seja, a capacidade do sistema de criar as suas próprias regras. A autonomia jurídica, então, abrange não apenas a capacidade do Direito de

⁴³⁵ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 70.

⁴³⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 70-71.

⁴³⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 71.

criar os seus próprios princípios, mas, também, a sua capacidade de autoconstituição de ações jurídicas, a juridificação dos processos e a invenção de institutos jurídico-doutrinários⁴³⁸.

A autonomia reside, assim, no caráter circular da produção do Direito, e não na independência “causal” relativa ao respectivo meio envolvente. Existe uma lógica de “perturbação” (Roth), explicativa das influências externas, que substitui a lógica de causa e efeito. Assim, os fatores capazes de influenciar do exterior o Direito devem ser descritos à luz do modelo das “máquinas triviais” de Von Forster, diz Teubner⁴³⁹.

Nessa perspectiva, a autonomia jurídica não exclui a possibilidade de interdependência entre os sistemas jurídico, político e econômico, antes, pressupõe essa possibilidade⁴⁴⁰. Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho,

A (...) autonomia do sistema jurídico não há de ser entendida no sentido de um isolamento deste frente aos demais sistemas sociais, o da moral, religião, economia, política, ciência etc., funcionalmente diferenciados, em sociedades complexas como as que se tem na atualidade. Essa autonomia significa, na verdade, que o sistema jurídico funciona com um código próprio, sem necessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas, aos quais, no entanto, o sistema jurídico se acopla, através de procedimentos desenvolvidos em seu seio, procedimentos de reprodução jurídica, de natureza legislativa, administrativa, contratual e, principalmente, judicial⁴⁴¹.

Na concepção de Teubner, há interação entre abertura e clausura do sistema jurídico como autopoietico. Por isso, não há um verdadeiro “problema” de autonomia jurídica. Assim,

em abertura cognitiva, o direito se relaciona com significados sociais, valores sociais e construções da realidade através de uma variedade de formas, no contexto

⁴³⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 72.

⁴³⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 73-74.

⁴⁴⁰ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 74.

⁴⁴¹ Guerra Filho, W. S. (1997) *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 76-77.

de um sistema autorreferencialmente fechado às incursões nesse domínio são sempre levadas a cabo sob reserva de uma integração normativa. O conteúdo normativo dos elementos integrados é produzido dentro do próprio sistema jurídico por intermédio de normas constitutivas de referência, ficando assim essas “incursões sociais” sempre sujeitas à respectiva reformulação jurídica⁴⁴².

Luhmann utiliza o termo “direito autoproduzido” para descrever uma grande variedade de relações circulares (circularidade entre decisões jurídicas, entre normas de grau superior e inferior, entre decisão e norma)⁴⁴³.

Aplicada a ideia de hiperciclo ao Direito, é possível observar o desenvolvimento da autonomia jurídica em três fases. Na fase inicial, chamada de “Direito socialmente difuso”, elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da comunicação social geral ou, ao menos, determinados heteronimamente por esta última. Na segunda fase, a de um “direito parcialmente autônomo”, o discurso jurídico começa a definir os seus próprios componentes e a usá-los operativamente. A terceira fase é a do direito autopoietico: “O direito apenas entra numa terceira e última fase, tornando-se ‘autopoietico’, quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo⁴⁴⁴.”

O Direito socialmente difuso é heteroproduzido por meio de referências a fatores externos. As expectativas são essencialmente construídas na base de normas sociais forjadas num contexto de coordenação de condutas. Aqui não se pode ainda falar de um sistema jurídico em sentido estrito. É que há uma identidade entre ações jurídicas e ações sociais gerais, entre normas jurídicas e normas sociais, entre processos jurídicos e processos comuns de resolução de conflitos⁴⁴⁵.

Pode-se falar em “Direito” se o conflito de expectativas for resolvido com base na distinção legal/ilegal. Citam-se como exemplo as formas arcaicas do Direito e o fenómeno da

⁴⁴² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 75.

⁴⁴³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 76.

⁴⁴⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 77.

⁴⁴⁵ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 80.

indigenous law, relativo a conflitos internos da família ou ao grupo característico da sociedade moderna:

sempre que tais litígios intrafamiliares e grupais são decididos por meio do confronto do comportamento objetivo do litígio com as normas da família ou do grupo e da qualificação daquele como legal ou não-legal (...), estaremos a lidar com processos genuinamente jurídicos⁴⁴⁶.

Estamos diante de um “Direito parcialmente autônomo” quando um ou mais dos componentes do sistema jurídico se autonomizam por meio da autodescrição e autoconstituição. Como exemplo de autodescrição jurídica, tome-se o das “normas secundárias”, de Herbert Hart. Segundo Teubner, para Hart, “apenas podemos falar de direito quando as normas de conduta primárias são ultrapassadas e reguladas por normas secundárias de identificação e processualização⁴⁴⁷”. É a comunicação jurídica versando “sobre” e tematizando comunicações jurídicas (“o Direito do Direito”, segundo Ewald)⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 79.

⁴⁴⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 80-81. Para Herbert Hart, deve-se atribuir um lugar central à união das regras primárias e secundárias na elucidação do conceito de Direito. Justamente por que um sistema jurídico é uma união complexa de regras primárias e secundárias, esta prova não basta para descrever as relações com o direito implicadas na existência de um sistema jurídico. Deve ser acompanhada por uma descrição da relação relevante dos funcionários do sistema com as regras secundárias que lhes dizem respeito, enquanto funcionários. Aqui o que é crucial é que deve haver uma aceitação oficial unificada ou partilhada da regra de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema. Há duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. Hart, H.L.A. (2001). *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian.

⁴⁴⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 81.

A *autopoiesis* jurídica apenas pode emergir “caso as relações autorreferenciais circulares dos componentes do sistema sejam constituídas por forma a permitirem a sua própria articulação e interligação num hiperciclo auto-reprodutivo⁴⁴⁹”.

A fase da autopoiese difere da fase do Direito socialmente difuso. É que normas sociais não podem só ser identificadas com normas jurídicas; há necessidade de uma transição que requer uma norma secundária de seleção judicial ou legislativa⁴⁵⁰. Há, então, uma “instância” específica da autoconstituição, caracterizada pelo fato de que os critérios para a identificação de normas jurídicas são representados por forma e têm como ponto de referência componentes internos do próprio sistema jurídico e não fontes extrajurídicas. Assim,

O Direito torna-se autopoietico quando as suas auto-descrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena. As normas jurídicas são então definidas por referência a operações jurídicas, isto é, componentes sistêmicos ‘produzem’ componentes sistêmicos⁴⁵¹.

Esse, como se vê, é o caso do moderno “Direito Positivo”: “as normas jurídicas podem apenas ser produzidas através de actos jurídicos especificamente definidos, consistam estes em leis, em decisões judiciais, ou em estatutos organizacionais ou associativos⁴⁵²”.

Para se chegar à *autopoiesis*, há necessidade da autodescrição. É esta que determina quais são as operações reais de reprodução. A autodescrição, assim, “orienta” a auto-reprodução do sistema na seleção dos componentes sistêmicos⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 84.

⁴⁵⁰ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 84-85.

⁴⁵¹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 85.

⁴⁵² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 85.

⁴⁵³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 86.

A articulação hipercíclica surgirá quando atos juridicamente relevantes se assumirem como atos jurídicos capazes de conduzir a uma modificação da “situação jurídica”. Aí é que os elementos terão produzido as estruturas do sistema. Se isso não ocorre, não há produção de estruturas do sistema, portanto. Por isso é que não basta, por exemplo, que os atos jurídicos “atuem” apenas como “unidades de conduta sujeitas ao direito”, porque, embora seja elementos autoconstituídos do sistema, não se ligam aos demais componentes sistêmicos de modo hipercíclico⁴⁵⁴.

Para Teubner, a articulação hipercíclica entre elemento e estrutura, como produção recíproca de atos jurídicos e de normas jurídicas, é o traço distintivo do direito moderno⁴⁵⁵. Quando o sistema cria as necessárias pré-condições para a articulação hipercíclica, descrevendo e produzindo os seus próprios componentes, aí poderá começar a efetiva produção de “comunicação jurídica”, gerada a partir de si mesma por meio da rede de expectativas jurídicas⁴⁵⁶.

1.24 *Autopoiesis* e Evolução Jurídica

A *autopoiesis* jurídica deve ser entendida no sentido de “clausura hipercíclica”. Isso porque, conforme Teubner explica, é necessário quebrar a “síndrome paleo-evolutivo”. Dito de outro modo, conceitos como crescimento orgânico, progresso, causalidade natural, necessidade, universalidade, irreversibilidade, unilinearidade e direcionalidade devem ser excluídos do cerne analítico da teoria da evolução⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 86-87.

⁴⁵⁵ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 87.

⁴⁵⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 88.

⁴⁵⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 98.

A evolução não é teleológica; não é orientada finalisticamente, é, sim, “teleonômica”. Significa dizer que é construída na continuidade do sistema vigente, de acordo com particulares regras ou leis, recombinao programas bem sucedidos e eliminando outros falhados⁴⁵⁸.

A evolução, então, não é “evolucionista”, pois “desmente” a “sacrossanta” ideologia política segundo a qual a humanidade, na senda de uma “lógica do progresso”, progrediria de etapa em etapa até a consecução do seu “destino último”, do “fim da história”. No modelo evolucionista, o desenvolvimento do Direito aparece condicionado por determinados mecanismos de filtragem e aos quais se torna difícil e “até perigoso”, segundo explica Teubner, “adjudicar ‘projecções normativas’⁴⁵⁹”.

As potencialidades de uma teoria da evolução do Direito estão presentes na “explicação das estruturas”. É aí, abandonando pretensões explicativas individuais, que tem sucesso uma teoria da evolução. Essa teoria da evolução do Direito tem de ser capaz de explicar e prever o modelo estrutural geral do sistema jurídico, embora não o seja do ponto de vista dos eventos jurídicos individuais, decisões jurisprudenciais e atos legislativos⁴⁶⁰.

A teoria sistêmica não vem para substituir outra teoria. Sua postura é de “complementaridade”, mais do que de “substituição”. Como bem argumenta Teubner,

estamos aqui (...) diante de dois níveis diferentes de diferenciação social e de análise. Ao nível de interações concretas, particularmente no sistema político, as normas jurídicas podem ser explicadas em termos de resultado de processos de decisão e de poder protagonizados por constelações de interesses e por grupos de interesses. Em face de tais resultados, o problema torna-se então o de apurar se e em que medida essas normas jurídicas representam verdadeiramente soluções funcionais para (ou ao nível dos) problemas sociais⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 98.

⁴⁵⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 99.

⁴⁶⁰ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 101.

⁴⁶¹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 103.

Há três elementos-chave, essenciais, no contexto da visão autopoietica, integrantes de uma teoria evolutiva: a) interação “cega” entre variação, seleção e retenção, enquanto mecanismos evolutivos; b) combinação entre desenvolvimento ontogenético e filogenético; c) co-evolução de direito, sociedade e outros subsistemas sociais⁴⁶².

Luhmann sugere a determinação das funções evolutivas do Direito a partir de mecanismos jurídicos específicos. Para ele, nos sistemas jurídicos, a estrutura normativa garante a função de variação; a estrutura institucional (em particular, processos), a função de seleção; e a estrutura dogmática, a de retenção⁴⁶³.

A diferença entre a perspectiva sociodarwinista e a nova perspectiva evolutiva encontra-se na “unidade de evolução”:

as unidades de evolução são constituídas, não por indivíduos humanos ou seus agregados (grupos, nações), mas por fenómenos sócio-culturais (costumes, formas de organização), em que o mecanismo de selecção na evolução cultural deixou de ser a ‘sobrevivência do mais apto’⁴⁶⁴.

É essa unidade evolutiva que permite distinguir as teorias socioculturais da evolução das teorias sociobiológicas⁴⁶⁵. A sociobiologia tem em consideração o “gene egoísta” (“*selfish gene*”) como unidade de evolução e não o indivíduo humano ou o grupo. O problema é que os sociobiólogos insistem demasiadamente na natureza biológica da evolução social. Não levam em conta, pois, a autonomia dos sistemas sociais e respectiva evolução. Ora, a essência da *autopoiesis* social e jurídica reside no fato de que sociedade e Direito representam novos ou emergentes sistemas de “comunicação” que, apesar de possuírem base orgânica e psíquica, funcionam em “clausura autorreferencial”. Daí porque mecanismos

⁴⁶² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 104.

⁴⁶³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 105.

⁴⁶⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 105.

⁴⁶⁵ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 105.

biológicos evolutivos não possuem qualquer impacto direto no desenvolvimento social e jurídico. É que a evolução sociojurídica, como interação entre variação, seleção e retenção, só ocorre se os mecanismos correspondentes tiverem sido desenvolvidos dentro da esfera comunicativa pertinente. A unidade de evolução social ou jurídica, assim, não é representada nem pelo indivíduo humano, nem pelo grupo de indivíduos, nem por um gene “egoísta”. Ela é representada, sim, pela própria sociedade e direito enquanto sistemas de comunicação⁴⁶⁶.

O Direito encontra-se exposto a uma constante pressão de seleção procedente do respectivo meio envolvente. Daí a pergunta (ou “as” perguntas): como explicar a contínua estabilidade experimentada por determinadas estruturas jurídicas? Como sistemas sociais podem manter a sua identidade num cenário de constantes mudanças? Como explicar a indiferença da evolução jurídica com relação à evolução social? A verdade é que práticas jurídicas e formas jurídicas não se alteram ao sabor de toda e qualquer alteração do equilíbrio do poder político. É que sistemas sociais evolutivos, como o do Direito, dispõem de um maior grau de autonomia no processo de evolução. Embora as estruturas convencionais dogmático-conceituais se revelem mecanismos insuficientes de estabilização, o Direito – em sociedades funcionalmente diferenciadas, com sobreprodução normativa massiva – resolve o problema da seleção institucionalizando os processos de jurisdição e de legislação⁴⁶⁷.

Luhmann, como referido, em termos de evolução, adota um modelo básico de variação, seleção e retenção. Esse modelo, porém, é enriquecido pela multiplicação das referências sistêmicas: os três mecanismos evolutivos operam “endogenamente”, por meio da interação sistêmico-jurídica de normas, institutos e dogmática, e “exogenamente”, por meio de mecanismos análogos noutros subsistemas sociais que influenciam o sistema jurídico. Assim, a evolução endógena do Direito é influenciada pelos desenvolvimentos exógenos, na medida em que determinados princípios da organização social aumentam ou diminuem a importância dos mecanismos evolutivos endógenos (normas, processos, dogmática), influenciando, a partir do exterior, a dinâmica interna do sistema jurídico⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 106.

⁴⁶⁷ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 111.

⁴⁶⁸ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 110.

A crítica a esse modelo de interação está em ele partir de uma teoria dos sistemas abertos, na qual a evolução do meio produz efeitos diretos sobre o sistema jurídico⁴⁶⁹.

Um sistema autorreprodutivo define os limites de tolerância a mudanças estruturais a partir da sua própria organização de automanutenção cíclica. A emergência da *autopoiesis* no Direito opera uma transposição de funções evolutivas do exterior para o sistema; opera a internalização dos mecanismos de variação, seleção e retenção. Ou seja, há transposição de mecanismos evolutivos sociais “externos” para mecanismos jurídicos “internos”. Os externos passam a exercer um efeito apenas “modelador” da evolução jurídica, pois o “protagonismo” do processo evolutivo cabe aos elementos estruturais internos. O sistema para evoluir necessariamente tem de ser um sistema autopoieticamente organizado⁴⁷⁰.

O sistema jurídico tem, pois, um potencial autônomo no que concerne à variação de seus conteúdos normativos, à seleção desses conteúdos pelas instituições jurídicas segundo critérios próprios, e à respectiva estabilização pela cultura jurídica⁴⁷¹.

Os mecanismos jurídicos intra-sistêmicos absorvem e assumem as funções evolutivas, mas a evolução só pode ser “estimulada” pelo exterior; jamais “causada” diretamente a partir do exterior. A variação só pode ter lugar num sistema autopoietico se for determinada pela própria estrutura do sistema; processos extrajurídicos somente podem ter efeito “modelador” na produção de variedade no Direito. Por isso, os conflitos sociais apenas estimulam os processos sistêmicos internos de formulação jurídica dos conflitos de expectativas.

Esses processos são responsáveis pela inovação no Direito, estando pouco relacionada com os conflitos sociais de expectativas dos litigantes. Na expressão de Gunther Teubner,

Os conflitos sociais não são simplesmente ‘traduzidos’ para a linguagem jurídica, mas antes reconstruídos automaticamente como conflitos jurídicos dentro do próprio sistema jurídico, como conflitos de proposições jurídicas divergentes ou de proposições de facto divergentes. As mais insignificantes variações sofridas

⁴⁶⁹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.111.

⁴⁷⁰ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.113.

⁴⁷¹ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.115.

quotidianamente pelo direito, e que o fazem evoluir, não são assim produto do conflito social, mas verdadeiramente da própria comunicação interna do sistema jurídico, tornando mesmo, por vezes, e no limite, irreconhecível o conflito para os próprios litigantes⁴⁷².

Também a seleção jurídica ocorre e tramita dentro do próprio sistema jurídico. Ocorre uma “aprovação sistêmica interna” das normas, realizada autopoieticamente, pela qual se torna impossível transplantar diretamente normas sociais para o sistema jurídico, pois há necessidade de um ato de seleção autônomo (por exemplo, uma “norma de referência” ou uma decisão judicial) por meio do qual se decide acerca da validade ou não dessas normas. A seleção passa a ser governada por processos jurídicos internos, e os principais critérios de seleção passam a ser o da adaptabilidade da inovação às estruturas normativas existentes (programas jurídicos) e o da sua compatibilidade com a *autopoiesis* jurídica (código jurídico). Por fim, a estabilidade das estruturas dos sistemas autopoieticos é assegurada por mecanismos gerados no seu próprio seio que, desse modo, garantem a retenção das normas jurídicas. Essa função de estabilidade é levada a cabo por meio de autorreferências do sistema jurídico (para congêneres decisões judiciais, normas, princípios ou discursividade jurídica autônoma)⁴⁷³.

1.25 Janus, o Direito Reflexivo e o Inevitável Pluralismo Jurídico no Contexto da Globalização

Quando Gunther Teubner escreve sobre o pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna, invoca o ícone do deus romano Janus, “guardião de portas e portões, do começo e do fim⁴⁷⁴”. Da mesma forma que o deus de várias faces, o Direito é obrigado a virar-se para

⁴⁷² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 117.

⁴⁷³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 119.

⁴⁷⁴ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 81. Há várias perspectivas sobre o pluralismo jurídico. Antônio Carlos Wolkmer, por exemplo, ao tratar do pluralismo jurídico, o faz noutra perspectiva, bem distinta da de Teubner: a dos novos movimentos sociais como fonte legítima para engendrar práticas de justiça emancipadora e direitos plurais. Wolkmer tem o pluralismo como o “paradigma nuclear das sociedades contemporâneas”, no que acompanha a ideia de Gisele Cittadino, outra

todos os lados para preencher seu papel regulador no conflito dos mais diversos discursos existentes em nossa sociedade globalizada⁴⁷⁵. Se assim é, podemos afirmar, então, que o Direito regulatório, tal como concebido dogmaticamente, “morreu”, ou que, no mínimo, está em séria crise, capaz de levá-lo a um “coma profundo”. Ou, como diria Teubner, lembrando Gabriel Garcia Marquez, estamos diante da “Crônica de uma Morte Anunciada⁴⁷⁶” frente à impossibilidade de regulação e direcionamento de condutas pelo Direito⁴⁷⁷.

A partir do estabelecimento de uma “diferença” - diante da mescla de elementos integrantes do contrato e das organizações, por exemplo -, é possível, segundo Teubner, “conhecer” a realidade social complexa. As diferenças, para Teubner, podem, em razão das circunstâncias fáticas, apresentar contornos difusos que permitem, por exemplo, conceber um conceito gradual de autonomia do sistema jurídico, tornando possível tematizar como jurídicas situações difusas decorrentes, dentre outros, do chamado pluralismo jurídico⁴⁷⁸.

A preocupação de Teubner, ensina Rodrigo Octávio Broglia Mendes, diz como os impactos e influências que a globalização pode trazer para o sistema jurídico. E o tema é importante por várias razões: “seja pela necessidade de levar a sério o desenvolvimento de

importante autora que trabalha a temática em *terrae brasilis*. Consultar: Wolkmer, A.C. Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no direito. In Merle, J.C.; Moreira, L.(Orgs.). (2003). *Direito e legitimidade*. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião de seu Decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Landy, p. 416-425; Cittadino, G. (1999). *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 144. Para Wolkmer, a pluralidade expressa “a coexistência de normatividades diferenciadas que define ou não relações entre si”. O pluralismo jurídico “tem o mérito de revelar a rica produção legal informal engendrada pelas condições materiais, lutas sociais e contradições pluriclassistas”. Daí que “Os centros geradores de Direito não se reduzem mais tão somente às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado Moderno, pois o Direito, por estar inserido nas práticas e nas relações sociais das quais é fruto, emerge de diversos centros de produção normativa”. Wolkmer, A.C. Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no direito. In Merle, J.C.; Moreira, L.(Orgs.). (2003). *Direito e legitimidade*. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião de seu Decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Landy, p. 424.

⁴⁷⁵ Rüdiger, D.S. Apresentação. In: Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep.

⁴⁷⁶ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 21.

⁴⁷⁷ Mendes, R.O.B. Introdução. In: Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 12.

⁴⁷⁸ Mendes, R.O.B. (2005). Introdução. In: Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 13-14.

ordens jurídicas transnacionais, seja para analisar com cuidado as tentativas de reforma legislativa e institucional do direito brasileiro⁴⁷⁹”. É que a globalização, longe de promover uma unificação e universalização do discurso jurídico, termina por intensificar o processo de fragmentação dos discursos sociais, potencializando as possibilidades de conflito. Nessa perspectiva, “respeitar a autopoiese de cada sistema” (Teubner) vai muito além da mera intervenção estatal consciente da autopoiese do sistema a receber a intervenção; a intervenção estatal passa a ter uma relevância muito menor e marginal.

A globalização, como fenômeno complexo e multifacetado, impacta, pois, profundamente o Estado e, especificamente, o Direito. É que, como descreve José Eduardo Faria, a globalização relativiza seus conceitos, princípios e categorias, como: soberania, legalidade, hierarquia das leis, direitos subjetivos, igualdade formal, cidadania, equilíbrio de poderes, segurança e certeza. Eles são fortemente atingidos por mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais, ocorridas à margem das estruturas jurídicas, dos mecanismos judiciais, das engrenagens institucionais, dos procedimentos democráticos e da capacidade de regulação, controle, gestão, direção, planejamento e adjudicação dos Estados-nação⁴⁸⁰.

Assim, entre outros efeitos, a globalização, no âmbito do Direito, terminou por provocar a descentralização e a fragmentação do poder, debilitando a capacidade de regulamentação dos governos e tornando ineficazes as normas, mecanismos processuais e institutos tradicionalmente utilizados pelo Direito positivo para dirimi-los. Redefiniu o alcance das próprias funções e papéis do Estado e conduziu também a novas formas de ação política, a novos modelos de legalidade, ampliando a diferenciação funcional dos sistemas econômico e social. A globalização acelerou, ainda, a defasagem e a fragmentação dos esquemas analíticos e dos mapas conceituais vigentes, que se tornaram, qualitativamente, incapazes de dar conta dos novos problemas sociais, econômicos e políticos; fez com que termos e argumentos correntes na economia se generalizassem na linguagem comum e nos discursos especializados dos diferentes domínios da vida contemporânea⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Mendes, R.O.B. (2005). Introdução. In: Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 14.

⁴⁸⁰ Faria, J.E. (2002) *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 7.

⁴⁸¹ Faria, J.E. (2002) *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, p. 8.

O Direito Positivo, nessa perspectiva, passa a enfrentar um “dilema cruel”, como diz Faria: ou permanece preocupado com sua integridade lógica e com sua racionalidade formal - correndo o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos, de ser funcionalmente ineficaz e acabar sendo socialmente desprezado, ignorado e descartado - ou corre o risco de ver comprometida sua identidade sistêmica, com a consequente desfiguração de sua referência normativa; com a substituição da preocupação com sua unidade dogmática pela ênfase na eficiência instrumental, diretiva e regulatória, passando a controlar e disciplinar todos os setores da vida social, econômica e política⁴⁸². O modelo de Direito concebido pelo Estado liberal-burguês e mesmo pelo Estado “providência”, portanto, não está mais apto a dar conta de tanta complexidade e de tantas situações que ainda não se estruturaram inteiramente, que não se sedimentaram. O Direito, como se vê, não foi concebido para organizar e disciplinar o funcionamento de sistemas e subsistemas econômicos e sociais cada vez mais diferenciados e especializados.⁴⁸³ O sistema político-jurídico, portanto, e seus institutos centrais, suas formas organizacionais, seus procedimentos, instrumentos sancionatórios, seus operadores e sua cultura, com o fenômeno da globalização, passam por uma fase de mudança marcada por novas estruturas de poder, novas estratégias decisórias, novos padrões normativos, novos processos de formação de normatividade, dentre outras “novidades” e mudanças.

A verdade, pois, é que, com a globalização, promovedora da fragmentação do discurso do Direito, houve uma grande mudança teórica e política, no final do século XX e no início do século XXI, no raciocínio jurídico. Essa mudança é refletida no advento do pluralismo jurídico, provocado pelo sucesso da sociologia do Direito que é, nas palavras de Leonel Severo Rocha, “mais interessante do que o pós-positivismo”. É que, com o pluralismo jurídico, percebeu-se, desde os seus primórdios, que o Estado não é o único centro produtor de normatividade. Isso quer dizer que existem outros centros produtores de direitos na sociedade⁴⁸⁴. Existem, assim, cada vez mais, espaços locais de poder em que há comportamentos obrigatórios, regras para serem cumpridas, critérios de controle temporal das expectativas normativas da sociedade, e esses espaços, comportamentos, regras, critérios etc. não derivam do Estado. Há movimentos sociais, sindicatos, organizações não governamentais

⁴⁸² Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, p. 9.

⁴⁸³ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, p. 9.

⁴⁸⁴ Rocha, L.S.; Schwarz, G.; King, M. (2009). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33.

(ONG's) e comunidades que têm regras próprias para a tomada de decisões referentes a grupos de pessoas que as seguem. São regras de Direito que surgem, sendo possível afirmar que sempre existiram, mas agora é que surgem sob a “observação da sociedade”.

A globalização, nesse aspecto, como aponta Rocha, vai forçar outro tipo de observação que antes não havia. Como dito, não é que as coisas não existissem e sim, que elas não eram observadas. Então, o Direito, hoje, necessariamente, deve ser observado de forma diferente, não-normativista. Do ponto de vista internacional também, pois é importante analisar outros tipos de possibilidades, de organizações que existem no exterior, como a Organização das Nações Unidas (ONU), grandes multinacionais e a União Europeia etc. Há, assim, uma observação plural do mundo ou, caso se queira, mais do que um pluralismo, um multiculturalismo. Há muitas outras possibilidades de normatividade, e tudo isso faz com que esteja muito longe da teoria kelseniana⁴⁸⁵, por exemplo.

Reconhecer o pluralismo é reconhecer que o Estado moderno, tal como era, já não é mais, desmontando-se e fazendo com que muitas de suas funções tenham seu centro deslocado. Como aponta Martin van Creveld, “o homem que ‘inventou’ mesmo o Estado foi Thomas Hobbes⁴⁸⁶”. A partir de Hobbes, ou seja, desde meados do século XVII, o Estado passou a ser a mais importante e a mais característica das instituições modernas. Essa instituição, porém, está em declínio, pois, como refere van Creveld,

Da Europa ocidental à África, voluntária ou involuntariamente, muitos Estados estão se fundindo em comunidades maiores ou se desmoronando. Quer se desmoronem, quer se fundam, muitas de suas funções estão passando às mãos de uma série de instituições que, seja qual for sua natureza exata, não são Estados⁴⁸⁷.

Assim, “globalmente falando”, o sistema internacional vem se afastando da configuração de Estados distintos, territoriais, soberanos, legalmente iguais, rumando a

⁴⁸⁵ Rocha, L.S.; Schwarz, G.; King, M. (2009). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33-34.

⁴⁸⁶ Van Creveld, M. (2004). *Ascensão e declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, p. 481.

⁴⁸⁷ Van Creveld, M. (2004). *Ascensão e declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, p. VII.

estruturas diferentes, mais hierárquicas e “complicadas”. Muitos Estados, em breve, não estarão mais dispostos ou não serão mais capazes de controlar e proteger a vida política, militar, econômica, social e cultural de seus cidadãos, como faziam antes. Tais acontecimentos atingem, com certeza, todos os indivíduos que habitam o planeta⁴⁸⁸.

Para Otfried Höffe, a globalização cria uma necessidade de atuação que os Estados individualmente não conseguem superar por si mesmos. Como uma parte da necessidade de atuação global já é coberta globalmente, diz Höffe, há muito começou a erosão dos Estados nacionais. Não nos devemos deixar levar, no entanto, pela (equivocada) conclusão economista de que a globalização só ocorre nos mercados econômicos e financeiros. Mesmo na globalização econômica, subjazem inovações técnicas e decisões políticas. Recorda Höffe:

basta lembrar-nos de Bretton Woods (estância climática, no estado de New Hampshire, EUA, onde em 1944 foi criado o FMI e o Banco Mundial), GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) e o OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*, Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento)⁴⁸⁹.

O pensamento jurídico, nesse sentido, está frente ao desafio de encontrar alternativas para a exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos. É que, até bem pouco tempo, o cenário social, político, econômico e cultural era identificado com os Estados-nação e com seu poder para realizar objetivos e implementar políticas por meio de decisões e ações livres, autônomas, soberanas, sendo o contexto internacional um mero desdobramento natural dessas realidades. Hoje, há um cenário interdependente com atores, lógicas, racionalidades, dinâmicas e procedimentos que se inter cruzam e ultrapassam as fronteiras tradicionais, não fazendo distinções entre países e desafiando a autoridade dos “*policy makers*”, como refere José Eduardo Faria⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Van Creveld, M. (2004). *Ascensão e declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, p. VII.

⁴⁸⁹ Höffe, O. Estados nacionais e direitos humanos na era da globalização. In: Merle, J.C.; Moreira, L.(Orgs.). (2003). *Direito e legitimidade*. Belo Horizonte: Landy, p. 309-321. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

⁴⁹⁰ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 14.

Isso tudo faz com que passemos por uma etapa de mudanças jurídicas e institucionais, necessárias para assegurar o funcionamento efetivo da economia globalizada. A globalização, assim, exerce impacto transformador nos sistemas políticos e normativos, criados sob os postulados do Estado liberal e do Estado Social. Faz com que o poder de controle, decisão, direção e comando passe a ser crescentemente pressionado, condicionado e atravessado por entidades multilaterais, organizações transnacionais, grupos nacionais de pressão, instituições financeiras internacionais, corporações empresariais multinacionais e outros⁴⁹¹.

A intensificação de situações de interdependência em escala mundial “desterritorializa” as relações sociais, e a multiplicação de reivindicações por direitos de natureza supranacional relativiza o papel do Estado-nação. Assim, as tradicionais normas abstratas, gerais e impessoais, articuladas em termos hierárquicos por uma estrutura constitucional, têm sua efetividade crescentemente desafiada pelo aparecimento de regras espontaneamente geradas nos diferentes ramos e setores da economia. Elas são criadas com base em necessidades específicas, tal como os procedimentos normativos oriundos das práticas mercantis adotadas pelas empresas transnacionais na economia mundial.

Essas mudanças contribuem para a erosão do monismo jurídico, princípio básico do Estado-nação, abrindo caminho para o pluralismo jurídico⁴⁹². Com isso, a soberania dele, embora não se apague, resulta radicalmente “abalada”. Nas palavras de Faria,

ainda que esta entidade, o Estado-nação soberano, permaneça ou mesmo se recrie, está mudando de figura no âmbito das configurações e movimentos da sociedade global. (...) Uma das facetas mais conhecidas desse processo de redefinição da soberania do Estado-nação é a fragilização de sua autoridade, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato burocrático, o que é revelado pelo modo como se posiciona no confronto entre os distintos setores econômicos (sejam eles públicos ou privados) mais diretamente atingidos, em termos positivos ou negativos, pelo fenômeno da globalização. Utilizando os meios de persuasão, barganha, confronto e veto de que dispõem e situados em posições-chaves no sistema produtivo, tendo, por isso mesmo, poder substantivo de influência na formulação, implementação e execução de políticas públicas, os setores vinculados ao sistema capitalista transnacional e em condições de atuar na ‘economia-mundo’ pressionam o Estado a melhorar e ampliar as condições de ‘competitividade sistêmica’. Entre outras pretensões, eles reivindicam a eliminação dos entraves que bloqueiam a abertura comercial, a desregulamentação dos

⁴⁹¹ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 14-15.

⁴⁹² Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 15.

mercados, a adoção de desestatização, a ‘flexibilização’ da legislação trabalhista e a implementação de outros projetos de ‘deslegalização’ e ‘desconstitucionalização’⁴⁹³.

Não é novidade o fato de que o capital necessita de mobilidade e liberdade de ação a fim de liberalizar as trocas, investimentos diretos, fluxos de capital financeiro etc. Claro que tudo isso leva a uma desregulação e a um dismantelamento de setores públicos e, em especial, do Estado social. Como as ditas “burguesias nacionais” não têm, todas elas, a mesma capacidade para impor tais medidas à classe trabalhadora, devem ser ajudadas a partir do exterior. Tal é a função de organizações internacionais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, que seriam as “instituições emergentes de um ‘Estado Supra-Nacional’⁴⁹⁴”.

Isso tem implicações sérias, na medida em que, como afirma José Luis Bolzan de Moraes⁴⁹⁵, o “caráter plural” do Direito, submetido ao longo da modernidade à univocidade do Estado, passa, então, a ganhar força e consistência, “para o bem e para o mal”. O Direito passa a assumir múltiplas facetas, provindo de muitas origens e adotando diversas estratégias de atuação. Por isso, talvez se possa atualmente falar de um “neopluralismo”, marcado pela coexistência de ordens jurídicas distintas da estatal, não havendo, por isso, como “sonegar” a existência de diversos direitos, advindos de instâncias normativas distintas e dotados de mecanismos e fórmulas de aplicação diversas⁴⁹⁶.

Dito de outro modo, o Estado-nação e todos os seus atributos, em especial no que diz respeito à produção exclusiva da lei, passa a ser superado com o surgimento de um Estado cosmopolita, caracterizado também por um Direito cosmopolita, como apontam autores do porte de Jürgen Habermas. Para ele, lembra Flávio Bezerra de Farias⁴⁹⁷, a tensão entre

⁴⁹³ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 25-26.

⁴⁹⁴ Chesnais, F. Apresentação. In: Farias, F.B. (2001). *A globalização e o estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez. Coleção questões da nossa época. v. 83, p. 10.

⁴⁹⁵ Moraes, J.L.B. (2007). A filosofia “política” no direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 118.

⁴⁹⁶ Moraes, J.L.B. (2007). A filosofia “política” no direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 118.

⁴⁹⁷ Farias, F.B. (2001). *A globalização e o estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez, Coleção questões da nossa época, v. 83, p. 57.

facticidade e validade representa a superação do Direito Internacional pelo Direito cosmopolita, e do Estado-nação pelo Estado cosmopolita. Assim, o Estado-nação e o Estado de Direito nascem, vivem e morrem. Essas categorias, como defende Habermas, estariam ultrapassadas, uma vez que “a luta da soberania comunicacional contra a colonização interna jamais seria vitoriosa sob o jugo da natureza autoritária e estatista da soberania existente quer popular, quer nacional⁴⁹⁸”.

Em razão da globalização e da diferenciação mundial da economia, começaram, a surgir ordens jurídicas independentes dos Estados nacionais. Elas foram criadas a partir da comunicação reflexiva e autorreferente de atores privados (empresas multinacionais, organizações internacionais, escritórios mundiais de advocacia, organizações não-governamentais), o que, segundo Gunther Teubner, parece levar a uma redução drástica do papel do Direito aos aspectos político e econômico. O Direito, assim, parece estar envolvido em processos econômicos e políticos que levam a uma nova dimensão da despolitização, da centralização e da desindividualização das decisões sociais⁴⁹⁹.

A fonte do novo Direito, portanto, não é mais somente a política institucionalizada ou a política internacional. Ela provém de outros subsistemas que, nas palavras de Teubner, “deixaram a política a ver navios”. Dessa forma, a economia e outros setores sociais, tais como a ciência, a tecnologia, os meios de comunicação de massa, a medicina, a educação e o transporte vêm desenvolvendo uma enorme necessidade de normas. Essa necessidade não é suprida por instituições estatais nacionais ou internacionais, mas os próprios setores é que as satisfazem, “perfurando o Direito”. Daí que, cada vez mais, regimes privados globais estabelecem direito material sem o Estado, sem uma legislação nacional ou sem tratados internacionais. Na expressão de Teubner, “Por toda parte crescem as metástases de regulamentos privados, acordos, soluções de conflitos, em outras palavras: a formação do direito acontece ‘deixando o Estado de lado.’⁵⁰⁰”.

⁴⁹⁸ Farias, F.B. (2001). *A globalização e o estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez, Coleção questões da nossa época, v. 83, p. 57.

⁴⁹⁹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 106-107.

⁵⁰⁰ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 109. O Direito estatal, portanto, vem sendo substituído cada vez mais por instâncias que se situam, conforme a hierarquia tradicional, abaixo dele. Como exemplos podem ser citados o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados econômicos, a importância do papel desempenhado pelas corporações, os códigos de conduta privados, o desenvolvimento de um direito negociado, a juridicização crescente da normalização

A decisão de participar ou não do fenômeno da economia globalizada, muitas vezes, acaba ficando fora do alcance dos legisladores. Isso leva ao questionamento sobre o papel das “Constituições dirigentes”, como as de Portugal, originalmente, e a do Brasil, ainda necessária, que, segundo José Eduardo Faria, já não teriam o mesmo “poder de sedução” que tiveram no passado recente⁵⁰¹. É que, quanto mais veloz é a integração dos mercados num “sistema-mundo”, numa “economia-mundo”, menos as decisões emanadas do sistema jurídico-político traduzem um ato de autoridade a exigir obediência irrestrita. Isso porque a velocidade reduz a capacidade de coordenação macroeconômica dos Estados-nação e, com isso, impede-os de implementar políticas keynesianas de altas taxas de dispêndio público para sustentar o crescimento e o emprego.

A interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação de grandes blocos comerciais regionais convertem-se em efetivos centros de poder, e o sistema político, com isso, deixa de ser o *locus* natural de organização da sociedade por ela própria. Assim, ao invés de uma ordem soberanamente produzida,

o que se passa a ter é uma ordem crescentemente recebida dos agentes econômicos. (...) trata-se de uma ordem cada vez mais auto-organizada e auto-regulada. Por operar sob a forma de redes formais e informais de interesses envolvendo um número variável de atores empresariais com distintos graus de influência e poder (...), esta ordem tende a transcender os limites e controles impostos pelo Estado, a substituir a política pelo mercado como instância máxima de regulação social, a adotar as regras flexíveis da *lex mercatoria* no lugar das normas do direito positivo, a condicionar cada vez mais o princípio do *pacta sunt servanda* à cláusula *rebus sic stantibus*, a trocar a adjudicação pela mediação e pela arbitragem na resolução dos conflitos e a pôr em xeque a distinção clássica entre o público e o privado⁵⁰².

As estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado-nação, por óbvio, não desaparecem, mas se tornam vulneráveis à disciplina estabelecida por opções e decisões econômicas feitas em outros lugares por pessoas, grupos empresariais e instituições sobre as quais têm escasso poder de controle. Tais estruturas, então, deixam de ser o local privilegiado

técnica. Arnaud, A.J. (1999). *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, p. 157.

⁵⁰¹ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 33-34.

⁵⁰² Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 35-36.

de direção, deliberação, alocação de recursos e imposição de comportamentos obrigatórios, e passam a se limitar em atuar como simples mecanismos de coordenação, de adequação de interesses e de ajustes pragmáticos, ficando cada vez mais limitados pelos imperativos técnicos do mercado⁵⁰³. A ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não consegue oferecer soluções ou respostas técnica e funcionalmente eficazes⁵⁰⁴.

Tais mudanças, portanto, ocorrem à margem do Direito, e apresentam algumas características, como, por exemplo:

a) a “falta” da Constituição política no contexto global, substituída que vai sendo pela formação de uma multiplicidade de constituições parciais (acoplamento do Direito mundial a outros subsistemas globais) que escaparam de uma normatização parecida com a constitucional e dominada pela política;

b) o foco da formação do Direito é transferido para os regimes privados; para contratos entre *global players*; regulação privada do mercado por empresas multinacionais; estabelecimentos de regras internas nas organizações internacionais; sistemas interorganizacionais de negociação e processos mundiais de standardização, o que faz com que setores da sociedade mundial disputem com sucesso posições com os centros tradicionais de formação do Direito (parlamentos nacionais, instituições legislativas globais e acordos entre Estados);

c) a justiça, em sentido estrito, representada pelos tribunais nacionais e internacionais, passa a ganhar concorrentes nas instâncias sociais não-políticas de solução de conflitos (organizações internacionais, instâncias de arbitragem e de mediação, comissões de ética);

d) o Direito mundial autônomo vai se apoiando cada vez mais em recursos próprios: organizações internacionais, empresas multinacionais, práticas globais de advocacia, fundos globais, associações globais, árbitros globais são instituições jurídicas que impulsionam o processo global de formação de Direito⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 37.1

⁵⁰⁴ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 41.

⁵⁰⁵ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 109-110.

Noutras palavras, na globalização, os processos dominantes de formação de Direito transferem-se de seus centros, politicamente institucionalizados no Estado nacional (Legislativo e Justiça), para a “periferia do Direito”, para as fronteiras do Direito com outros subsistemas globais⁵⁰⁶. Assim, princípios básicos do Direito estatal - como a dedução da validade das normas jurídicas a partir de um modelo hierárquico de fontes normativas; a legitimação do Direito por uma Constituição politicamente posta; o processo legislativo em instâncias parlamentares; a segurança conferida por instituições; processos e princípios do Estado de Direito e a garantia de espaços de liberdades individuais pelos direitos fundamentais politicamente conquistados - passam a se tornar ineficazes diante da autodesconstrução do Direito pelo Direito periférico. Esse é espontâneo, gerado pela sociedade e antes, sob a égide do Estado-nação, era relegado a uma “zona cinzenta de facticidade não-jurídica⁵⁰⁷”.

Eis o “Direito reflexivo”, cujos traços são distintos do Direito prevalecente no Estado Liberal de Direito e no Estado Social ou intervencionista. Como ensina Faria, ao contrário do Direito do Estado Liberal, o Direito do Estado intervencionista ou “providência” está a serviço da concretização de objetivos materiais, histórica e politicamente definidos, funcionando, assim, como um programa essencialmente “finalístico”.

No Estado Liberal, as normas gerais, abstratas e impessoais limitavam-se a estabelecer as regras ordenadas básicas da sociedade, atuando desta forma como um programa normativo basicamente “condicional” (se..., então...); a certeza e a segurança jurídicas, inerentes à ideia de “regra do jogo”, eram traduzidas pelo princípio segundo o qual “tudo o que não está formalmente proibido está, lógica e naturalmente, permitido”. No âmbito do Estado intervencionista, a ideia de eficiência subjacente à conversão do Direito em instrumento de governo e promoção de políticas públicas era expressa por um princípio diametralmente oposto: “tudo o que não está formalmente permitido está proibido”.

Aqui, de acordo com o que explica Faria, aparentemente, a legalidade torna-se ainda mais rígida. Para o Executivo, vale o princípio da estrita legalidade. Os grandes problemas do Estado “providência” ou intervencionista passam a residir, então, na dificuldade de compatibilização de sua atuação finalística com a pretensão de inflexibilidade normativa. A

⁵⁰⁶ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 110.

⁵⁰⁷ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 110-111.

lógica desse Estado não é necessariamente incompatível com o princípio da legalidade; na prática, contudo, no mínimo é refratária a ele.

Já no caso específico do “Direito reflexivo”, os programas normativos “condicionais” e “finalísticos” são substituídos por aquilo que Willke, um dos principais teóricos desse modelo de Direito, chama de programas “relacionais”. Baseados no saber, no conhecimento, na informação e na razão discursiva, mais do que em atos de império, os programas relacionais não arbitram interesses conflitantes (função dos programas condicionais); limitam-se a estimular interações ou relações convergentes entre organizações complexas, mais precisamente disseminando entre elas um sentido de “responsabilidade social”⁵⁰⁸.

Daí que a dogmática, no paradigma de um Direito reflexivo, se vê posta em xeque. Como disserta José Eduardo Faria, a dogmática jurídica é o resultado da convergência entre: a) a consolidação de um conceito moderno de ciência, voltado não tanto ao problema da verdade ou falsidade das conclusões do raciocínio científico, mas ao seu caráter sistemático e lógico-formal; b) a identificação entre os conceitos de direito e lei positiva, num primeiro momento, e entre direitos e sistema conceitual de ciência, num segundo momento; c) a separação entre teoria e práxis e a consequente afirmação de um modelo de saber jurídico como atividade prioritariamente teórica, avaliativa e descritiva; d) a ênfase a segurança jurídica como sinônimo de certeza de uma razão abstrata e geral, resultante de um Estado soberano, com subsequente transposição da problemática científica aos temas de coerência e completude da lei em si mesma⁵⁰⁹.

A dogmática, assim, almeja tornar possível a redução da experiência jurídica à dimensão estrita da norma. Para tanto, configura o jurídico como uma realidade que se basta a si mesma, ou seja, que é capaz de se autofundar e de não ser condicionada nem por poderes coercitivos absolutos nem por ideologias. A dogmática concebe o Direito – enquanto força legal destinada a impedir ou neutralizar o uso privado da violência – como uma técnica de produção de mandamentos mediante procedimentos disciplinados pelo próprio Direito. Nesta perspectiva, é o Direito que regula sua própria criação; é o Direito que gera e molda o próprio Direito, é o Direito que se autoproduz. E ao vê-lo assim não como fato social ou como valor transcendental, porém apenas como um conjunto de regras positivas sob a forma de uma

⁵⁰⁸ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 197.

⁵⁰⁹ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 43.

ordem coativa, ela também permite a conversão do pensamento jurídico num aparato conceitual depurado de contaminações valorativas. Deste modo,

o pensamento jurídico não está autorizado a promover julgamentos morais ou avaliações políticas sobre a experiência jurídica, devendo encarar as relações sociais concretas exclusivamente pela ótica das *prescrições normativas*, ou seja, pela relação de imputação entre sanções e atos considerados ilícitos⁵¹⁰.

O fenômeno da globalização econômica – e sua consequente versão “jurídica” do Direito reflexivo – põe em questão a dogmática, pois envolve, a um só tempo: uniformidade e diferenciação, integração e fragmentação, continuidade e ruptura, codificação e deslegalização, controles diretos e controles indiretos, formalismo e informalismo, disciplina e punição, acumulação de riquezas e regulação privada, ordem jurídico-positiva estatal nacional e ordens normativas autônomas infranacionais e supranacionais etc. Desde a eclosão de tal questionamento, como bem adverte Faria, essa noção de “fronteira do conhecimento” revelou-se insustentável; cada vez mais o tipo de reflexão jurídica até agora prevalecente na formação profissional dos operadores do Direito se mostra incapaz de interpretar, em seus próprios termos, fatos inéditos e de reescrever, em sua própria linguagem, teorias de natureza “crítica”. As dificuldades atualmente enfrentadas pela dogmática jurídica parecem configurar uma situação na qual as várias alternativas a ela propostas ou retomam importantes controvérsias e posicionamentos de um passado que se julgava inteiramente superado, ou propõem questões inéditas que somente podem ser enfrentadas por meio de análises a um só tempo sociológicas, políticas e econômicas – tão interdisciplinares que correm o sério risco de acabar perdendo a própria especificidade do Direito⁵¹¹.

É fato, portanto, o advento de novas ordens normativas ao lado da tradicionalmente regida pelo Direito Positivo. E isso faz parte do impacto da conversão da economia num “sistema-mundo” que termina por afetar o próprio mercado profissional dos operadores jurídicos⁵¹², como se pretende também demonstrar no presente texto.

⁵¹⁰ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 45.

⁵¹¹ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 46-47.

⁵¹² Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 54-55.

Na verdade, como ensina Faria, o Direito passou por mudanças ocorridas “entre duas eras econômicas”:

os anos 90 representam o período histórico de inter cruzamento entre duas eras econômicas. Uma é a do pós-guerra, caracterizada pelo planejamento estatal, pela intervenção governamental, pelas inovações conceituais e pragmáticas em matéria de regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público com agente financiador, produtor e distribuidor e por políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição. A outra era é a da economia globalizada, que se afirma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela ‘financeirização’ do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho⁵¹³.

A ingovernabilidade sistêmica, com as consequentes “inflação legislativa” e “juridificação”, aliadas à ineficácia jurídica, tornaram-se problemas do Direito na era econômica keynesiana. A juridificação – caracterizada pelo aumento desordenado de matérias, atividades e comportamentos regulados pelos textos legais – e a produção legislativa desenfreada culminaram na ruptura da organicidade, da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico que, ao final e ao cabo, representam a perda da capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do Direito positivo.

Essa situação é reveladora de um círculo vicioso inerente às instituições jurídico-políticas da era econômica do pós-guerra⁵¹⁴. Da juridificação resultou a crise de governabilidade, que acabou provocando a insuportável “sobrecarga” no Direito regulatório do Estado intervencionista. O esgotamento do potencial de efetividade do Direito regulatório, por sua vez, agravou a dita crise de governabilidade. Nas palavras de Faria,

A ‘ingovernabilidade sistêmica’ é uma das demonstrações mais contundentes e inequívocas da perda de capacidade normativa de gestão, promoção, controle, direção e planejamento dos sistemas econômico, social e político, por parte do Estado – perda essa expressa sob a forma do que Teubner, numa elaborada reflexão

⁵¹³ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 111.

⁵¹⁴ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 117-137.

teórica sobre o Estado intervencionalista e sobre seus limites jurídicos-estruturais intransponíveis, chama de trilema regulatório. Mais precisamente, um tríplice dilema formado (a) pela progressiva ‘indiferença recíproca entre o direito e a sociedade’; (b) pela tentativa de ‘colonização da sociedade por parte das leis’; e (c) pela crescente desintegração do direito por parte da sociedade⁵¹⁵.

No momento em que se passa do Estado-nação à “economia-mundo”, o Direito que emerge com a globalização passa a obedecer a outra racionalidade. Isso porque, no dizer de José Eduardo Faria,

A tensão inexorável entre a multiplicação dessas normas de natureza técnica e dos organismos responsáveis por sua formulação, positivação, interpretação e aplicação, a proliferação das regras de funcionamento, padrões organizacionais e códigos de conduta impostos pelos grandes conglomerados empresariais e financeiros transnacionais às suas atividades produtivas no plano infranacional, e subsequente fragmentação da adjudicação no plano mundial e esse processo de ‘internacionalização’ harmonizadora e padronizadora de importantes áreas, ramos e setores do direito positivo nacional é que vão forjar o caráter da racionalidade jurídica inerente ao fenômeno da globalização econômica⁵¹⁶.

Essa racionalidade é peculiar, pois dela vão resultar instituições jurídicas essencialmente descentralizadas, procedimentais e, acima de tudo, “facilitativas”, em oposição àquelas altamente centralizadoras, substantivas e finalísticas desenvolvidas no pós-guerra pelo Estado intervencionista ou “providência”. Essas se baseavam nas políticas keynesianas de gestão macro-econômica e nos programas de bem-estar social. Concebidas mais com o propósito de evitar a eclosão dos conflitos do que de estabelecer regras e procedimentos para que eles sejam dirimidos e decididos, essas instituições não têm a pretensão de controlar ou regular os processos sócio-econômicos nem, muito menos, de impor fins aos seus participantes. Basicamente, elas se limitam a neutralizar eventuais disfunções do mercado. Por isso, essas instituições são voltadas menos à consecução de resultados concretos obtidos por meio da disciplina conformadora, padronizadora e tipificadora de comportamentos e mais à coordenação de particularismos jurídicos, de micro-sistemas

⁵¹⁵ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 137.

⁵¹⁶ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 148.

normativos com ritmos próprios de desenvolvimento e das diferentes formas de legalidade desenvolvidas no interior das cadeias produtivas que constituem a economia globalizada⁵¹⁷.

Nesse contexto, despontam novos regimes privados diante da ineficácia do sistema político como subsistema social produtor da normatividade jurídica. Esses regimes, segundo Teubner, são “formas altamente especializadas da criação de normas no interior dos subsistemas funcionais na modernidade”. Eles surgem por serem positivados em processos decisórios organizados nos subsistemas sociais. Os novos regimes privados, portanto, constituem um produto típico de diferenciação social. Por isso, não poderiam tais processos ser chamados de “espontâneos” tão-somente, pois as decisões são planejadas e implementadas de maneira “construtivista” pelos regimes privados. Elas dizem respeito a regras positivadas em normatizações como: a *International Organization for Standardization* (ISO); as “condições gerais de negócios”; os regulamentos internos de empresas multinacionais e de associações internacionais de classe. Daí por que há uma mescla de processos espontâneos e “organizados”, como diz Teubner⁵¹⁸.

De fato, não é mais possível dizer onde se encontra o lugar da positivação do Direito, onde se tomam decisões vinculantes sobre sua normatividade e sua validade. A produção de normas é distribuída de forma descentralizada para um grande número de atores políticos e privados, sem que seja possível apontar para um centro definido de tomada de decisões. Entra, então, o Direito, ou, melhor, o processo de criação do Direito em uma relação circular: os atores reportam-se o tempo todo à validade de normas jurídicas cujo fundamento de validade é totalmente questionável⁵¹⁹.

Assim, por exemplo, é que processos globais de padronização, que ocorrem pela imposição do mercado ou pela imposição normativa interna das organizações internacionais, passam a pertencer às mais importantes fontes do Direito global. Portanto, se *standards* do conhecimento científico, técnico ou médico são normatizados e finalmente juridificados, o Direito deve, também nesse caso, desenvolver uma mescla adequada de distância e adaptação

⁵¹⁷ Faria, J.E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 149.

⁵¹⁸ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 112.

⁵¹⁹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 115.

em relação à ciência e à tecnologia. É que o Direito se torna dependente do desenvolvimento científico e tecnológico⁵²⁰.

Também a criação de normas internas nas organizações internacionais é mais uma fonte de direito global. Rotinas internas dessas organizações e sua imposição hierárquica são internamente positivadas e após juridificadas em situações de conflitos por procedimentos relativamente informais. Nesse ponto, pelas palavras de Luhmann, adotadas por Teubner, o Direito precisa encontrar uma “mescla adequada entre distância e adaptação em relação à organização formal”. Se pretendem ser designadas como normas jurídicas válidas, devem distanciar-se claramente da micro-política da organização, mesmo devendo a ela sua origem. A criação do Direito, por sua vez, permanece dependente dos acontecimentos nas organizações internacionais⁵²¹.

Um das autoras mais esclarecedoras acerca desse fenômeno é Mireille Delmas-Marty. Em suas palavras,

Dizer que o Estado é ‘a única fonte do direito’, segundo a máxima de Rudolf von Jhering, é a um só tempo definir certo tipo de ordem normativa que faz a geração das normas remontar ao Estado e afirmar que todas as normas pertencem ao espaço estatal, com a exclusão de qualquer outro espaço normativo⁵²².

Essa concepção, porém, segundo Delmas-Marty, vem sendo desmentida pelos questionamentos acerca do monopólio do Estado. Esse questionamento é “multiforme” e atinge o Estado em suas principais figuras: o Estado-nação, que expressa a soberania de uma comunidade (sobretudo) cultural feita de interesses imbricados e de aspirações idênticas, com a “internacionalização das fontes do Direito”; o Estado-centro, percebido como uma fonte de organização política, com a “descentralização das fontes”; o Estado esfera pública, resultante de um processo de diferenciação, ao mesmo tempo simbólica e orgânica, entre o Estado e a

⁵²⁰ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 117.

⁵²¹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 118.

⁵²² Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 46.

sociedade civil, com a “privatização das fontes”.⁵²³ Porém, o que significam esses fenômenos internacionalização, descentralização e privatização das fontes do Direito? Responde-se com o auxílio de nossa autora.

A internacionalização das fontes do Direito é uma das características “constantes” e “perturbadoras” (Delmas-Marty) que “assola” o Estado-nação. Está presente não só na Europa, mas, inclusive, na América Latina, desenvolvendo-se em especial com o aparecimento de fontes jurídicas próprias da organização das Nações Unidas. Em se tratando, no entanto, do caso europeu, pensa-se deva ser observado o caso da França, onde a internacionalização é percebida por meio das fontes europeias (veja-se o Tratado de Roma, de que decorreu o nascimento do direito comunitário europeu) que sobrepõem ao espaço nacional vários espaços europeus, geográfica e juridicamente diferentes, a ponto de apresentar o risco de entrar em conflito⁵²⁴. O direito comunitário, por sua vez, tende à internacionalização do mercado, incentivando a reduzir, por vezes, as regulamentações nacionais⁵²⁵.

Os Estados, porém, não são os únicos abrangidos pela internacionalização das fontes do Direito. Comissões de ética “local”, por exemplo, transformadas em “comissões de proteção das pessoas” (na Europa, o caso da Bioética e da utilização de embriões e fetos humanos com finalidades diagnósticas, terapêuticas, científicas, industriais e comerciais), demonstram, assim, o dinamismo de fontes locais (portanto, descentralizadas) do Direito⁵²⁶.

A descentralização das fontes do direito, por sua vez, tem a ver com a evocação de normas deontológicas de origem profissional. Como exemplo, citam-se as normas disciplinares adotadas pelo empresário para seus empregados ou o caso das comissões de ética

⁵²³ Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 46.

⁵²⁴ Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 49.

⁵²⁵ Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 52.

⁵²⁶ Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 53.

que agrupam profissionais ao lado de representantes do Estado. Esses são chamados a dar um parecer sobre questões de ordem geral ou particular, associadas ao processo normativo⁵²⁷.

Já quanto à privatização das fontes do Direito, há que se dizer o seguinte: a normatização, para Mireille Delmas-Marty, tornou-se um campo no qual organismos privados tornaram-se competentes para definir normas e padrões técnicos aplicáveis a produtos. Assim, como ocorre com a Associação Francesa de Normatização (AFNOR) – encarregada de coordenar o conjunto das atividades relativas à normatização, dirigindo pesquisas prévias, publicando as normas homologadas e certificando a conformidade de produtos às normas, emitindo a marca Norma Francesa (NF) –, um verdadeiro “poder normativo” passa a ser exercido por uma associação privada, que conta com representantes da indústria e de usuários, ao lado da administração pública, e cumpre sua missão em estreita colaboração com organismos privados que elaboram normas, os “escritórios de normatização⁵²⁸”.

A norma técnica homologada, porém, segundo Delmas-Marty, apresenta duas facetas: pode ser utilizada como instrumento protecionista, isolando o mercado nacional do mercado mundial ou servir para demonstrar o prolongamento do liberalismo econômico por meio da privatização de um importante setor do Direito. Essas facetas não se excluem, significando que a privatização de fontes normativas pode não corresponder “forçosamente” a uma política de liberalismo econômico, embora possa garantir condições de livre concorrência⁵²⁹.

Da internacionalização do Direito se vai às fontes locais, de origem privada, portanto. E é aí – nessa passagem - que se encontrará a relatividade que atinge o espaço normativo pela consideração do “tempo normativo”: o tempo como “verdadeira fonte do direito” (Portalís)⁵³⁰.

Mireille Delmas-Marty trabalha com a ideia de “fontes evolutivas” do Direito. Essas fontes põem em questão a organização tradicional das relações entre a lei e o juiz; entre o emissor da norma (lei, regulamentação administrativa, convenção internacional) e o receptor

⁵²⁷ Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 55-56.

⁵²⁸ Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 56-57.

⁵²⁹ Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 57.

⁵³⁰ Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 59.

encarregado de aplicá-la (juiz ou autoridade administrativa). As fontes evolutivas modificam a ordem normativa, liberando abertamente o receptor relativamente ao emissor da norma. Assim, retira-se da lei o monopólio e se reconhece ao “receptor” um poder (parcialmente) autônomo de geração de Direito, o que fortalece a variabilidade das fontes. É que a desestabilização do tempo normativo, que passa a situar as fontes do Direito no presente (instável, por natureza), necessariamente acompanha o aparecimento e o desenvolvimento de fontes não-legislativas. A relatividade temporal, assim, além de se ligar à relatividade espacial, liga-se à questão “conceitual” da ordem normativa e, em especial, das figuras de geração das normas⁵³¹.

Niklas Luhmann, embora não aceite explicitamente a ideia do pluralismo jurídico, porque defende a existência de “sociedade global”, admite a policontextualidade. Já a perspectiva de Teubner é de que há um “pluralismo da policontextualidade” que, como se conclui, não nega a ideia das fontes evolutivas do Direito referidas por Delmas-Marty e mais: enxerga possibilidades de regulação e direcionamento pelo Direito, contextualmente falando.

Com a globalização, portanto, os problemas e questões jurídicas vão se harmonizando (de certa forma, diga-se), mas passam a se envolver numa rede muito mais complexa de relações e sistemas sociais⁵³². Basta ver que o sistema jurídico, a partir das “irritações”, reage aos chamados “transplantes” (termo utilizado por Alan Watson)⁵³³, situação que pode ocorrer, por exemplo, na incorporação de normas contábeis oriundas de organismos internacionais – portanto, de normas que estão fora do sistema jurídico, mas que também não deixam de ser normas com conteúdo jurídico – no Direito brasileiro, como aqui se defende.

Sabe-se que o fechamento do “discurso” (processos de comunicação) em relação ao Direito é, segundo Gunther Teubner, uma característica da sociedade moderna. Alastrou-se, assim, como ele enfatiza, a “clausura operacional da autopoiese⁵³⁴”. Os discursos sociais,

⁵³¹ Delmas-Marty, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 71.

⁵³² Mendes, R.O.B. Introdução. In: Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 14-15.

⁵³³ Mendes, R.O.B. Introdução. In: Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 15.

⁵³⁴ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 29.

assim, estariam “imunizados” contra o Direito. Mas pode-se questionar: onde isso se apresenta de forma mais clara?

Bom, a resistência dos discursos contemporâneos e das modernas instituições, contra as tentativas de regulação, faz-se presente, notadamente, na defesa das contingências⁵³⁵ e seu código específico “contra” as reduções fatais de cunho político-jurídico⁵³⁶. Daí outra pergunta, agora com Teubner:

a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas?⁵³⁷.

Teubner contrapõe, assim, a “cegueira jurídica” – também por ele chamada de “surdez jurídica” – de determinados discursos às ondas variáveis de tematização do Direito em outros discursos⁵³⁸. E embora não creia na possibilidade de “regulação/direcionamento social” pelo Direito – já que a chamada “recursividade” (e a não-linearidade) dos sistemas impede qualquer previsão de desenvolvimento sistêmico – e Teubner não deixa de acreditar na práxis do direito, na “intervenção humana ativa”, num “intervencionismo estatal ativo⁵³⁹”.

Pois bem. Como isso se dá?

Gunther Teubner crê que, apesar da resistência de sistemas complexos e recursivos ao direcionamento pautado num conhecimento causal detalhado, uma intervenção humana ativa não seja impossível. Sugere, ainda, como dito, um intervencionismo estatal ativo, o que seria possível diante do surgimento da ideia de “atratores”, elemento novo no estudo da teoria dos sistemas. Isso funciona(ria) mais ou menos da seguinte forma: o decurso causal individual ocorre de modo “caótico”. Por isso, não é possível fazer prognósticos.

⁵³⁵ Aqui, não no sentido das contingências provocadas pelas demandas judiciais, tema do presente trabalho.

⁵³⁶ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 30.

⁵³⁷ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 31.

⁵³⁸ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 31.

⁵³⁹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 37.

A história do sistema, porém, como um todo, pode levar, por certas “bifurcações”, a “estados de estabilidade”. As possibilidades de solução são chamadas de “atratores⁵⁴⁰”. Diferentes condições iniciais põem o sistema na zona de entrada de diversos atratores, para os quais o desenvolvimento é direcionado. Aí a lição de Von Förster, a que Teubner aderiu:

sistemas auto-organizacionais levam, por fim, à estabilidade, pois são capazes de construir, mediante a aplicação constante e recursiva de suas operações a si mesmas, valores próprios estáveis. Por intermédio da *computation of computation*, o sistema aprende quais operações permitem a ele afirmar-se diante de um ambiente impenetrável para o próprio sistema⁵⁴¹.

É aqui que se encontram as possíveis chances de direcionamento por meio do Direito, diz Teubner. Quando sistemas recursivos e auto-organizados podem estabelecer valores próprios, em razão de perturbações externas, então,

o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível⁵⁴².

A regulação jurídica contextual, portanto, pode ser obtida quando se conseguir, na intervenção, identificar ou criar as condições iniciais aos atratores desejados. O exemplo dado por Teubner, na sociologia do Direito, é o do modelo “rinoceronte”, que se reporta ao pensamento “recursão-atrator”. A respeito da regulação da bolsa de valores, diz Teubner:

Stenning, Shearer, Addario e Condon descrevem como o comitê regulador da bolsa identifica pontos críticos de intervenção, com a ajuda de *computer-scanning* e a análise de transações, em que estabelece, então, irritações para estimular o mercado

⁵⁴⁰ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 37-38.

⁵⁴¹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 38.

⁵⁴² Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 38.

de ações a se direcionar a uma situação de atrator, próxima do objetivo legislativo da liquidez do mercado acionário⁵⁴³.

A identificação desse “ponto fraco” de um sistema, para Krohn & Küppers⁵⁴⁴, é, pois, a tarefa mais importante quando se quer aplicar o modelo recursão-atrator a problemas de política ambiental e de segurança, por exemplo. É possível, então, a “irritação” da economia por meio de normas jurídicas que estabelecem valores e prazos, às quais o sistema precisa se adequar. A forma como isso acontece, porém, permanece a critério do sistema. Mas a expectativa é de que, após uma fase caótica temporária, produza um valor próprio, compatível, por sua vez, com a finalidade da intervenção. Teubner diz que a força do sistema “consiste em sua fraqueza: concede-se à própria dinâmica do sistema de maneira mais ampla possível a forma de sua construção. A modelagem concentra-se na tarefa de identificar as chances de intervenção eficaz no sistema, considerando suas condições marginais⁵⁴⁵”.

Para Teubner, o problema mais complicado na determinação dos limites e chances da “regulação jurídica” é o encontro de sistemas de regras e tipos discursivos numa “querela” (*différend*), o acoplamento estrutural dos sistemas autopoieticos, ou seja, a interferência do Direito e do campo regulado⁵⁴⁶. Nessa perspectiva, partindo de Teubner, a pergunta que se faz é: o que significa, atualmente, o direcionamento da economia por meio do Direito?

Bom, o discurso jurídico constrói, apoiado em hipóteses normativas (*fattispecies*), teorias dogmáticas e finalidades normativas estabelecidas por lei, uma “imagem” da economia. Com base nessa imagem, realiza suas operações regulativas, objetivando a minimização da diferença entre norma jurídica e comportamento desviante, proibindo o

⁵⁴³ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 39-40. Os autores do modelo rinoceronte deixaram-se inspirar pelo clássico dos sistemas recursivos, isto é, por Hagenbeck: “Suponha-se que se queria fazer com que um rinoceronte atravessasse a plataforma que liga o navio ao píer. Não bastaria dizer ‘Por favor, meu caro rinoceronte, poderia fazer a gentileza de caminhar sobre essa plataforma?’ O rinoceronte não entende essa linguagem. Ainda que alguém invente amarrar uma corda em volta de seu pescoço e tentar puxá-lo sobre a pequena ponte, com alguém o cutucando por trás com um porrete, o animal provavelmente enfiaria, de maneira bastante rude, seu chifre no traseiro do homem com a corda. Mas há um ponto fraco no organismo dessa besta: o estômago. Com a sua ajuda podemos nos servir de uma linguagem internacional e cosmopolita, que até animais compreendem. Se você colocar uma mão cheia de comida diante do seu focinho, pode dispensar qualquer outra gentileza”.

⁵⁴⁴ Krohn, W.; Küppers, G. (1990). *Selbstreferenz und Planung*. Selbstorganisation, 1: 101-127. → **Faltam dados**

⁵⁴⁵ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 40.

⁵⁴⁶ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 41.

desvio jurídico (ilícito), que pode ser combatido pela aplicação da sanção por parte dos operadores do direito. A economia, por sua vez, reconstrói o mesmo processo por meio de diferenciações e conceitos econômicos próprios. Quando as normas jurídicas surgem nas “telas” da economia, não são tratadas como “normas válidas”, mas como “encargos” no âmago de cálculos econômicos. Aí é a comunicação econômica que constrói para si uma imagem do Direito e condiciona seus programas de auto-regulação. Pode-se, assim, por exemplo, minimizar custos, orientando-se com base nessa imagem⁵⁴⁷.

No geral, o resultado consiste em “falhas regulativas”, pois os processos diretivos se constroem com base em diversas diferenças (norma/desvio normativo; custo/benefício), o que faz com que as regulações corram para direções diversas e distintas. A regulação somente é bem sucedida nos casos em que os programas autorregulativos concretos do Direito “coincidentemente” se coadunam com os programas autorregulativos concretos da economia. Noutras palavras, o “direcionamento”, a regulação, só ocorre quando o processamento econômico das diferenças vai “mais ou menos” ao encontro da intenção legislativa⁵⁴⁸.

O fato é que o discurso jurídico reconstrói uma linguagem econômica própria, havendo, assim, uma espécie de “imunidade sistêmica do discurso jus-sociológico”. Há, assim, um grau de “imunização jurídica” de situações sociais e uma necessidade de identificação dos tais “atratores” nas relações recursivas dos sistemas. O campo a ser regulado tem uma lógica própria a ser investigada; por sua vez, o acoplamento (ambos, a lógica própria do campo investigado e o acoplamento, são elementos centrais do encontro de dois processos auto-regulativos diretivos) é importante porque permite que dois discursos (o Direito e o sistema regulado) aprendam mutuamente. Teubner reconhece seis possibilidades de leitura econômica do Direito que ajudam a responder uma pergunta crucial, que no caso deste trabalho, é de suma importância: saber se normas jurídicas são encontradas apenas no sistema jurídico ou se podem ser encontradas em todos os sistemas sociais. As seis possibilidades enunciadas por Teubner, em síntese, são as seguintes:

⁵⁴⁷ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 42.

⁵⁴⁸ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 43.

1. *impossibilidade de leitura*, em razão do perigo à integridade do código, referida anteriormente. Permanece uma indiferença das operações econômicas em relação às normas jurídicas. Claro, (...) existem a promotoria e a polícia! Quando uma proibição é imposta mediante força bruta, substitui-se o código econômico pelo código de poder;

2. leitura como *property rights*. Normas jurídicas são lidas com a ajuda do código da propriedade econômica (ter/não-ter) e entendidas como limites fixos do campo de ação fática. Valem como modificação da propriedade, dos *property rights*, do patrimônio, *do regime*. Tudo isso é entendido como chances de ação fática. Correspondentemente, as normas não são concebidas como mandamentos normativos de ação e sim como genuínas expectativas econômicas do tipo cognitivo, não normativo;

3. leitura como *registros contábeis* no cálculo econômico. Normalmente, as normas jurídicas não são remetidas ao conjunto de dados que delimitam o campo de ação fática. Elas são objetos de cálculos custo/benefício, cujo resultado, benefício líquido, é a decisão sobre a observância/não-observância da norma jurídica. O peso da sanção multiplicado por sua probabilidade é, em última análise, o cálculo utilizado pelos atores racionais e pelos jus-economistas e jus-sociólogos, para mensurar a efetividade. Mesmo na leitura econômica do direito (...), essa é só uma das interpretações possíveis;

4. leitura como *moeda de barganha*. Quando os atores econômicos impõem normas jurídicas não como tal, mas utilizando sua imposição como instrumento de pressão para alcançar outros objetivos, elas são reconstruídas como estratégias, isto é, estruturas econômicas de tipo especial para ‘barganhar sob a sombra da lei’;

5. leitura como modificação de preferência. Do ponto de vista da teoria dos sistemas, as preferências dos atores econômicos não são entendidas só como motivos de sistemas psíquicos, mas como estruturas de sistemas sociais ou expectativas sociais específicas, imputadas não só a ‘pessoas’ individuais, mas também a ‘coletividades’. Ainda que não se admita tudo como, pelo menos provável, há casos em que as normas jurídicas levam a modificações das preferências dos atores econômicos;

6. leitura no contexto dos *programas de auto-regulação*. A necessidade de estudos individuais detalhados surge, especialmente, em razão da questão acerca do programa concreto de direcionamento perseguido no campo a ser regulado. Aqui, de forma alguma, é suficiente partir *a priori* de programas de maximização de lucros, aos quais

estão subordinadas as considerações de custo sob a observância da norma jurídica. Mais do que isso, deve-se descobrir, por observação empírica, qual programa de regulação será perseguido *in concreto* no campo a ser regulado: estratégias de crescimento de organização, aumento de participação do mercado, aumento de faturamento, meras estratégias de sobrevivência das empresas, persecução de interesses internos da organização, manutenção e criação de empregos, programas de minimização de riscos ao invés de aumento de lucros conseguem evitar a perda de reputação etc. A formulação concreta de tais estratégias decide a questão central sobre a regulação jurídica e a regulação econômica podem ou não ‘coincidir’⁵⁴⁹.

Os exemplos de leitura econômica do Direito demonstram que normas jurídicas são encontradas, de fato, não apenas no sistema jurídico, mas também, em todos os campos sociais. Afinal, “*ubi societas, ibi jus*”. Compreende-se disso: primeiro, que o sistema jurídico, como tal, abrange todas as ações, inclusive de leigos, desde que se utilize operativamente o código jurídico e se possa reconstruir juridicamente todos os acontecimentos sociais de forma ubiquitária. Segundo, que a presença de normas jurídicas “dentro” de outros subsistemas sociais. Teubner salienta que “as normas jurídicas ubíquas ‘dentro dos’ demais subsistemas não são reconstruídas como jurídicas, isto é, são lidas de acordo com o contexto próprio, como campo de ação, variáveis manipuláveis, moedas de barganha etc.” Daí concluir que normas jurídicas são estruturas da sociedade como um todo num duplo sentido: produzidas no horizonte de sentido do sistema jurídico e, perturbando outros sistemas, ‘reconstruídas’, conforme o sentido, como estruturas sistêmicas específicas⁵⁵⁰.

Dois exemplos podem explicar a afirmação de Gunther Teubner: o primeiro vem dele próprio, quando diz que no contexto econômico, a pessoa jurídica não pode ser mais compreendida, juridicamente,

como um complexo de normas jurídicas e ponto de imputação a normas jurídicas à Kelsen, mas como *corporate actor*, equipada com uma série de preferências organizadas, com motivos dirigidos para o lucro, interesses organizacionais e

⁵⁴⁹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 45-47.

⁵⁵⁰ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 47.

cálculos racionais de ação. Realmente, as normas jurídicas ‘constituem’ campos sociais de ação, mas de tal forma que estes, por sua vez, não signifiquem normas jurídicas como tais, e sim estruturas subsistêmicas específicas com sentido próprio⁵⁵¹.

O segundo exemplo é de Gustavo Luis Gutierrez, ao fazer menção ao conceito jurídico de propriedade⁵⁵² que, segundo ele, necessita ser “repensado”. Ele diz:

Hoje em dia a propriedade da empresa, assim como a sua eficiência, incorpora uma série de aspectos que transcendem a simples posse, ou o regime institucional e jurídico. Desde João XXIII aceita-se, mesmo de forma relativa e talvez até confusa, que o direito à propriedade deve estar sujeito a mecanismos que, de alguma maneira, garantam a sua utilização além dos interesses e vontades exclusivas de seus titulares. (...) Ameaças de desapropriação, mudanças de legislação, políticas econômicas, fiscais, cambiais, existência de subsídios, práticas cartoriais, acordos com sindicatos, tudo isto e muito mais compõe o conceito atual de propriedade, ou o que talvez pudesse ser chamado de propriedade pós-moderna⁵⁵³.

⁵⁵¹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 47-48.

⁵⁵² Juridicamente, a propriedade tem sido vista como a “titularidade da substância da coisa”; o “direito real à substância da coisa”. A substância da coisa, por sua vez, nada mais é que a “identidade física do bem”. Nesse sentido, por todos, NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Posse e propriedade*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112. Consoante a crítica de Francisco Cardoso Oliveira, no Brasil, de modo geral, “a doutrina tradicional conceitua a propriedade e, conseqüentemente, o direito de propriedade a partir do conteúdo de lei positiva integrante do ordenamento jurídico. Com essa prática, evita-se identificar os elementos históricos e socioeconômicos co-envolvidos no conceito e fica facilitada a adoção de abordagem formalista do fenômeno da propriedade. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, parte da definição de propriedade constante do Código Napoleônico e do Código Civil Brasileiro de 1916 e, depois de inventariar algumas alternativas para enfrentar o problema do conceito de propriedade, opta por aceitar o adotado pelo Código Civil de 1916. O conceito, deste modo, já não é apenas o de propriedade ou o de direito de propriedade, mas o do direito de propriedade como positivado no ordenamento jurídico brasileiro, situação que, do ponto de vista científico, torna o conceito menos valioso. Este déficit de valor científico é mais acentuado quando tomado o conceito positivado no ordenamento jurídico sem que pressuposta na análise a relação do conceito possessório com a realidade social que lhe é subjacente”. Oliveira, F.C. (2005). *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, p. 113. De fato, a propriedade não constitui conceito unitário. A configuração do direito de propriedade está ligada à realidade social e econômica, de modo que a história da propriedade integra-se à história da vida em sociedade. O aspecto relevante é o aspecto material da concretização do direito de propriedade em relação a determinado titular. A formulação do conceito de propriedade deve ocorrer na perspectiva da situação proprietária concreta. É possível afirmar, porém, num sentido mais didático, que a propriedade pode ser considerada como sendo a titularidade da substância da coisa. Assim, por exemplo, eu posso ceder um bem em usufruto para terceira pessoa. Perco o direito de reter, dispor e de praticar atos de domínio enquanto permanecer o usufruto. Mas nem por isso eu perco a condição de proprietário. Nascimento, T.M. *Posse e propriedade*, p. 112.

⁵⁵³ Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. 4-5.

Ou seja, não há mais como nos movimentarmos no “universo tradicional de norma – ator – obediência – desvio – sanção⁵⁵⁴”. Temos de levar em conta a pluralidade linguística com a qual as normas jurídicas são lidas. Mais que isso, temos de substituir a “fantasia *push-and-pull* da norma – obediência – desvio – sanção”, como diz Teubner, pela ideia de dois discursos (Direito e o sistema regulado) que aprendem mutuamente mediante acoplamentos estruturais. A partir daí o chamado “direito plural” (Ehrlich) poderá adquirir “nova atualidade”, segundo Teubner⁵⁵⁵, inevitável, pois, que se revela no contexto da globalização.

1.26 A Criação do Direito a Partir de Campos Sociais Autônomos

O pluralismo jurídico, tal qual o deus Janus, possui duas faces: o Direito, como discurso, ao mesmo tempo em que se fecha aos demais discursos sociais, deles depende. De outro modo, os fenômenos do pluralismo jurídico são, ao mesmo tempo, normas sociais e regras jurídicas, Direito e sociedade, formais e informais, orientados por normas espontâneas⁵⁵⁶. No pluralismo jurídico, “o relacionamento entre o direito e a sociedade é altamente ambíguo, até mesmo paradoxal: direito e sociedade são separados, mas interligados, autônomos, mas interdependentes, fechados, porém, ao mesmo tempo, abertos⁵⁵⁷”.

Há, assim, uma diversidade de discursos fragmentados e hermeticamente fechados, que pode ser identificada por meio de numerosos tipos informais de regras, geradas quase independentemente do Estado e operando em várias esferas informais. Nesse sentido, vejamos os exemplos das normas informais das culturas políticas alternativas, as técnicas disciplinares de “justiça privada”, e, também, os regulamentos internos de organizações formais e redes informais, dentre outros. É a “arquitetura pós-moderna” construindo conexões entre elementos sociais e jurídicos. E tais elementos, ensina Teubner, sobrepõem-se,

⁵⁵⁴ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 48.

⁵⁵⁵ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 49.

⁵⁵⁶ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 80-81.

⁵⁵⁷ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 81.

interpenetram-se, interligam-se, integralizam-se, constituem-se mutuamente, dialeticamente, caracterizando o “charme” do pós-modernismo⁵⁵⁸.

Assim, justifica-se a plausibilidade de se descrever o Direito oficial dos Estados centralizados como autônomo, autorreferente e autorreprodutor, ao passo que isso seria amplamente questionável diante da ambivalência do pluralismo jurídico, em que os limites do jurídico e do social se descaracterizam até ficar irreconhecíveis⁵⁵⁹.

No pluralismo jurídico, há, pois, uma radicalização da clausura e da abertura dos sistemas, ao mesmo tempo. As relações entre o Direito e outros campos sociais decorrerão de diferenças internas no contexto de uma única sociedade. Apesar de toda autonomia, esses campos pertencem ao mesmo sistema social, não podendo, assim, ser concebidos num modelo de dois sistemas autopoieticos independentes. Ou seja, a autonomia do Direito é relativa⁵⁶⁰. E isso implica repensar a questão do “acoplamento estrutural” que, segundo Teubner⁵⁶¹, deve ser modificado em três pontos, a fim de fazer “justiça” ao relacionamento interdiscursivo entre direito e sociedade: a) mal-entendidos produtivos: a interdiscursividade é um acoplamento estrutural de um sistema autopoietico dentro do sistema autopoietico da sociedade como um todo. Então, a ideia de fechamento/abertura dos subsistemas sociais não pode ser pensada tão-somente a partir do conceito de “perturbação”. No pluralismo jurídico, o discurso jurídico não é somente perturbado pelo processo de auto-reprodução da sociedade. O Direito “entende mal”, mas de maneira produtiva, outros discursos sociais, passando a utilizá-

⁵⁵⁸ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 81-82.

⁵⁵⁹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 83.

⁵⁶⁰ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 85-86. A suposição de que o sistema jurídico é autônomo, no sentido social autopoietico, autorreferencial, não implica advogar seu isolamento de outros sistemas sociais, como os da moral, religião e outros funcionalmente diferenciados uns dos outros nas sociedades complexas do mundo moderno. “Autonomia (...) significa apenas que o sistema jurídico funciona com o seu próprio código (binário), ou seja, que na determinação do que seria lícito e juridicamente correto (*Recht*) ou ilícito e juridicamente incorreto (*Unrecht*) não há necessidade de se importar critérios de outros sistemas, mesmo estando eles conectados ao sistema jurídico, através de procedimentos de várias espécies – legislativos, administrativos, contratuais e, especialmente, judiciais –, que são de fundamental importância para as operações dentro dos sistemas de auto-reprodução jurídica (= *operational closeness, operative Geschlossenheit*). A autonomia do sistema e seu fechamento operacional são condições de possibilidade de sua conexão com outros sistemas, ou seja, de sua ‘abertura’ (*Offenheit*) cognitiva”. Guerra Filho, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 82-83.

⁵⁶¹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 85-86.

los como fontes de produção de normas. Daí a necessidade de substituição da “perturbação” pelos “mal-entendidos produtivos”; b) instituições de ligação: o acoplamento estrutural depende de determinadas instituições de ligação, que irão dar forma à sua duração, qualidade e intensidade. O “novo” pluralismo jurídico caracteriza-se pela existência de instituições específicas, que conectam o Direito a uma multitude de subsistemas funcionais e organizações formais; c) responsividade: a responsividade social nasce quando as instituições de ligação associam o Direito mais estreitamente aos demais discursos sociais autônomos. O pluralismo jurídico, assim, é o Direito mais voltado à sociedade, não por aumentar os seus conhecimentos sociais e econômicos, mas por aproveitar a sincronia entre operações jurídicas e sociais, de modo a melhorar seus conhecimentos implícitos.

O novo pluralismo, então, é não-legalista, não-hierárquico e não-institucional. Tematiza as interações dinâmicas entre uma enorme variedade de ordens jurídicas num campo social. O problema que se coloca, porém, é o de saber a partir de que ponto se deixa de falar em Direito para simplesmente descrever a vida social, como defende Teubner⁵⁶². E aí critérios estruturais ou funcionais não são suficientes. Daí o questionamento:

Normas antitruste, leis de proteção ao consumidor e direito civil dos contratos são casos claros, pois portam o selo do direito estatal. Os contratos escritos e as cláusulas de contratos de adesão pertencem ao direito, assim como as regras do comércio não-escritas e as normas disciplinares de uma empresa, desde que se atribua a ordens ‘privadas’ concorrentes com o direito estatal a qualidade de direito *lato sensu*. Mas o que acontece com a normatização decorrente de transações informais, com presentes, créditos e alguns outros favores, pequenos ou grandes, ocorridos no dia-a-dia? O que dizer dos hábitos resultantes de uma relação contratual em andamento, das regras informais de uma empresa, assim como de sua rotina e organização estrutural, do relacionamento econômico apoiado na confiança no âmbito do mercado? O que dizer das normas de comportamento impostas pela racionalidade econômica? Ou, então, das normatizações do mercado fundadas em poder e realizadas por oligopólios, e, ainda, dos “impostos” cobrados por organizações criminosas⁵⁶³?

Então, se tomarmos, por exemplo, o critério estrutural comum, que é a normatização, a conclusão a que se chega é esta: “expectativas normativas de toda ordem fazem parte do pluralismo jurídico, ao passo que expectativas puramente cognitivas e exigências meramente

⁵⁶² Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 87.

⁵⁶³ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 87.

econômicas ou políticas são inaceitáveis. Todavia, expectativas normativas como tais (num sentido sociológico, e não jurídico, obviamente) não são suficientes para entender o que seja propriamente jurídico no âmbito do pluralismo jurídico. Contra tal desfecho, manifestam-se não somente todos os problemas sem solução para a definição de limites – diferenciar normas de um direito não-estatal de regras morais, sociais ou convencionais, por exemplo –, como também a estática hereditária e o caráter não-dinâmico, não-processual do critério estruturalista”.

De igual sorte, o funcionalismo, no pluralismo jurídico, não é apto a fornecer critérios para delinear o jurídico do não-jurídico. Isso porque, se o pluralismo fosse orientado à função de controle social, seria idêntico a um pluralismo incluindo todos os tipos de imposições sociais. É o que Stanley Cohen⁵⁶⁴ chama de conceito “Mickey Mouse”, “usado para incluir todos os processos sociais, da socialização infantil até a execução pública e todas as políticas sociais, a saúde, a educação ou o serviço social⁵⁶⁵”.

Preconiza Teubner que a mudança conceitual decisiva “é a de estrutura para processo, de norma para ação, de unidade para diferença, e, a mais importante ao propriamente jurídico, de função para código⁵⁶⁶”. Ela evidencia a dinâmica processual que caracteriza o pluralismo jurídico e destaca o “jurídico” dos outros tipos de atuação social. Então, pluralismo jurídico é

não mais como um corpo de normas sociais em conflito, em determinado meio social, mas como uma multiplicidade de diversos processos comunicativos, que observam a atuação social mediante um código lícito/ilícito. Cálculos puramente econômicos são excluídos, tanto quanto meros meios de pressão pelo poder, comunicação de normas convencionais ou morais e rotinas organizacionais⁵⁶⁷.

Deve ser ressaltado que o código binário lícito/ilícito não é característico do Direito oficial do Estado. Escolher como critério o código jurídico não significa defender um

⁵⁶⁴ Cohen, S. Social-Control Talk. In: Garland, D. & Young P. (Eds.). (1983) *The power to punish*. Londres: Heinemann, p. 101.

⁵⁶⁵ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 88.

⁵⁶⁶ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 89.

⁵⁶⁷ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 89.

“centralismo jurídico”, como ensina Gunther Teubner. O Direito oficial estatal não desfruta de posição hierárquica superior, pois há discursos jurídicos em níveis iguais. Há casos em que a “ilegalidade” estará claramente excluída da possibilidade de qualquer “reconhecimento” pelo Direito estatal, como o caso das “leis tributárias” de máfias locais com o objetivo de garantir a “proteção” dos comerciantes⁵⁶⁸. Tal não significa que normas da espécie não possam ser consideradas integrantes do pluralismo jurídico, pois utilizam o código binário para a comunicação jurídica⁵⁶⁹. Para Teubner, portanto,

Os ordenamentos jurídicos diversificados do pluralismo jurídico produzem permanentemente expectativas normativas codificadas juridicamente no sentido sociológico. Excluem-se, aqui, meras convenções sociais e regras morais, uma vez e desde que elas não se apoiam no código binário lícito/ilícito. E o Direito, no sentido amplo do termo, pode ter várias funções (...): controle social, regulação de conflitos, estabilização de expectativas, coordenação de comportamentos ou a disciplina capilar de corpo e alma. Não é a estrutura, tampouco a função, que define o que é propriamente jurídico no pluralismo jurídico, e sim, tão somente, o código binário⁵⁷⁰.

1.27 A Interdiscursividade com Base em Discursos Autônomos: Breve Análise

Teubner analisa a interdiscursividade quanto à separação entre discursos autônomos e seu simultâneo acoplamento estrutural. Nas transações de mercado, por exemplo, estaríamos frente a um processamento simultâneo acausal e paralelo de linhas de comunicação jurídicas e não-jurídicas, operacionalmente fechadas entre si. E cada linha constrói sua própria estrutura:

interações concretas do dia-a-dia entre as partes de determinada transação, comunicações atinentes a contratos formalmente celebrados e organizações, transações econômicas como parte de um sistema econômico mais amplo e

⁵⁶⁸ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 89.

⁵⁶⁹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 89.

⁵⁷⁰ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 90.

pretensões de prevalência contraditórias em discursos jurídicos distintos e concorrentes oficiais e não-oficiais⁵⁷¹.

Esses processos discursivos interferem conjuntamente na mesma situação social, utilizando, para sua construção estrutural, os mesmos eventos comunicativos. Cada um deles reconstrói-se diferentemente nos mais diversos discursos que, apesar de serem “sobrepostos” (eventos comunicativos sobrepostos), permanecem fechados em relação aos outros. Com o passar do tempo, tais discursos coevoluem para associações de acoplamento estrutural⁵⁷².

Passa a ter lugar aí, então, a ideia de “mal-entendido produtivo”, conceito que pode ser empregado para apurar as “relações mutuamente constituídas” entre a forma social e a jurídica e entre diferentes discursos jurídicos. O exemplo de Teubner é esclarecedor:

Numa organização empresarial há uma série de rotinas normativas – padrões hierárquicos de decisões, funções de supervisão e de controle e competências – que promovem a auto-reprodução de processos sociais. Essas rotinas estão fora do direito. Toda vez, porém, que a *quaestio juris* for suscitada, por exemplo, numa ação disciplinar interna, ocorrerá uma mudança de significado sutil, mas decisiva. O processo jurídico interno da empresa, o sistema de *justiça privada* - e não o direito oficial do Estado ou do Poder Judiciário – reconstrói tais rotinas como normas jurídicas por meio de sua releitura. O direito vigente dentro da organização observa as rotinas conforme o código lícito/ilícito, constituindo-as, novamente, como parte integrante do direito intra-organizacional. Ressalte-se que essa é apenas uma ficção, pois, originalmente, as rotinas organizacionais possuíam outro significado. O discurso jurídico dentro da organização interpreta mal as auto-reproduções organizacionais como criação de normas e, com isso, ‘inventa’ para si uma nova e rica *fonte do direito*. É justamente nesse ponto que a famosa *afinidade jurídica* das organizações formais sustenta o mal-entendido produtivo do direito. Uma vez que as rotinas organizacionais tendem a ser *formalizadas* (ou seja, passam de um feixe de expectativas cognitivas e normativas a expectativas puramente normativas), há necessidade de uma quase despercebida transposição para que sejam vistas, subitamente, como normas jurídicas desde sempre existentes⁵⁷³.

Nesse exemplo, assim como em transações econômicas e nos contratos jurídicos – as estruturas das transações econômicas são, em princípio, não-jurídicas, baseando-se em

⁵⁷¹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 91.

⁵⁷² Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 91-92.

⁵⁷³ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 92.

“chances reais de ação”, havendo problemas quanto à atividade dos juristas, pois, para Teubner, “distorcem as realidades do negócio”, confundindo possibilidades fáticas de negócio com posição de “propriedades do direito”, confiança mútua em relacionamento futuro com “obrigações contratuais vinculantes”, como “direitos e deveres das partes contratantes” –, a juridificação de fenômenos sociais (mal-entendimento da realidade social pelo Direito) ocorre independente do reconhecimento estatal e judicial das normas jurídicas⁵⁷⁴.

A conclusão é a de que: primeiro, não há como simplesmente “transferir” construções de uma ordem normativa a outra. Há, assim, uma “constituição recíproca” caracterizada pela necessidade de reconhecer as fronteiras de sentido que separam discursos fechados. Em segundo lugar, essa constituição recíproca também não é uma transferência de “significados” de um meio a outro, mas um processo de reconstrução interna. E terceiro, há “*constraints*” internos que tornam muito seletiva essa constituição. Essas coações são responsáveis pelas perturbações sistemáticas e não podem ser evitadas pela argumentação racional⁵⁷⁵.

O pluralismo jurídico, assim, juridifica discursos especializados e não meras normas sociais difusas existentes na vida real. O discurso jurídico, então, compreende, de forma “equivocada”, mas “produtiva”, processos econômicos e técnicos de reprodução social, transformando-os em fontes do Direito⁵⁷⁶. Por isso, o pluralismo jurídico constitui uma “abertura” do Direito para a sociedade. Mas as fronteiras do sistema jurídico não são definidas pelas instituições jurídicas oficiais, já que toda comunicação observadora de ações pelo código do Direito termina sendo parte integrante do sistema jurídico. Não é, pois, a distinção entre lícito/ilícito que separa o Direito estatal do ordenamento jurídico das organizações e dos grupos, mas o modo diverso de usar o símbolo operativo da “validade”, conforme Teubner⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 93-94.

⁵⁷⁵ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 94-95.

⁵⁷⁶ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 97-98.

⁵⁷⁷ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 98.

1.28 Palavras a mais sobre o Direito Neo-Espontâneo da Globalização

A globalização, segundo Gunther Teubner, provocou a transformação do processo dominante de criação do Direito, dando, porém, a ele, o Direito, a possibilidade de institucionalizar uma “constituição dual”. Essa é pautada pela autonomia de setores sociais mundiais, apesar da tese de que o Direito confirma a transferência mundial de poder dos atores estatais para os atores econômicos⁵⁷⁸. Nessa perspectiva, pode-se pensar em um Direito “global”, expressão já referida pelo jurista italiano Sabino Cassese⁵⁷⁹.

A fonte desse novo Direito não seria mais somente a política institucionalizada. O Direito global proviria de outros subsistemas que, na expressão de Teubner, “deixaram a política a ver navios”. Assim é que economia, ciência, tecnologia, meios de comunicação de massa, medicina, educação, transporte, em seu caminho rumo a uma sociedade mundial, necessitam de normas ainda não supridas pelas instituições estatais nacionais ou internacionais. Assim, eles próprios satisfazem suas necessidades, “perfurando” o Direito. Regimes privados globais vão estabelecendo Direito sem o Estado, sem legislações nacionais ou tratados internacionais, fazendo com que o Direito ocorra “deixando o Estado de lado”⁵⁸⁰.

As transformações ocorrem, então, nos acoplamentos estruturais do Direito com outros subsistemas sociais. Portanto, ocorrem às margens do direito. A Constituição política – criada para acoplar estruturalmente política e Direito e que pretendia normatizar a relação do Direito com outros subsistemas – “falta” ao contexto global. Forma-se, em seu lugar uma “multiplicidade” de constituições parciais – num acoplamento do Direito mundial a outros subsistemas globais – que escapam de uma normatização parecida com a constitucional e dominada pela política.

O foco da formação do Direito, por sua vez, é transferido para regimes privados; as empresas multinacionais estabelecem a regulação privada do mercado; aparecem os estabelecimentos de regras internas nas organizações internacionais etc. Isso faz com que as fontes dominantes do Direito passem agora a estar presente na “periferia” do Direito e não

⁵⁷⁸ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p.106-108.

⁵⁷⁹ Cassese, S. (2009). *Il Diritto globale. Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato*. Torino: Einaudi.

⁵⁸⁰ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 109.

mais nos centros tradicionais de formação do Direito (parlamentos nacionais, instituições legislativas globais etc.). O Direito mundial, assim, passa a se apoiar em organizações internacionais, empresas multinacionais, associações globais etc., todas, agora, consideradas instituições jurídicas que impulsionam o processo global de formação do Direito. Em síntese, na globalização, os processos dominantes de formação do Direito transferem-se de seus centros, politicamente institucionalizados no Estado nacional (legislativo e justiça), para a periferia do Direito, para as fronteiras do Direito com outros subsistemas globais⁵⁸¹.

O fato é que, como há tempos já o definira Niklas Luhmann⁵⁸², “O direito não se origina da pena do legislador”; o legislador “seleciona” e “dignifica simbolicamente” normas como direito vinculativo. Em suas palavras:

A decisão do legislador (e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. Se não fosse assim, ela não seria uma decisão jurídica. Sua função, portanto, não reside na criação de direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo. Ele envolve um filtro processual, pelo qual todas as ideias jurídicas têm que passar para se tornarem socialmente vinculativas enquanto direito. Esses processos não geram o direito propriamente dito, mas sim sua estrutura em termos de inclusões ou exclusões; aí se decide sobre a vigência ou não, mas o direito não é criado a partir do nada⁵⁸³.

Veja-se que, embora Luhmann não seja um adepto do pluralismo normativo, ao reconhecer a existência prévia do Direito, ele reconhece que o Direito tem origens na sociedade. Isso leva ao reconhecimento daquilo que Teubner também vem afirmando há um bom tempo: há processos decisórios noutros subsistemas sociais que positivam normas, não sendo, assim, o Direito tão-somente “criação” ou uma “escolha” do legislador. Exemplo disso são os já referenciados regimes privados, que estabelecem normas como a ISO e outros⁵⁸⁴, entre os quais podem ser inseridos os relativos a empresas multinacionais, entre outros.

⁵⁸¹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 109-110.

⁵⁸² Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 8.

⁵⁸³ Luhmann, N. (1985). *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 8.

⁵⁸⁴ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 111-112.

Dito de outro modo, o processo jurídico de criação de normas “fragmentou-se”, não havendo, em escala mundial, uma “hierarquia decisória”, aparato capaz de produzir precedentes jurisprudenciais. Há, só, uma coordenação heterárquica e espontânea entre as diversas instâncias de positivação de normas, havendo, pois, uma “identificação fraca de normas”, fenômeno que, para os juristas “treinados” no contexto do Direito estatal, é “tão irritante”, como afirma Teubner⁵⁸⁵. Daí por que, nas palavras de Teubner,

não dá mais para dizer onde se encontra o lugar da positivação do Direito, onde se tomam decisões vinculantes sobre sua normatividade e sua validade. Para onde quer que se olhe, a decisão relevante sobre a validade é tomada sempre em outro lugar. Nos regimes particulares globais, nos quais aparece a combinação típica entre normatização social organizada e processos espontâneos de criação normativa, a produção de norma é distribuída de forma descentralizada para um grande número de atores políticos e privados, sem que possa apontar para um centro definido de tomada de decisões. O processo de criação de direito é, ao mesmo tempo, estranhamente circular: os atores reportam-se o tempo todo à validade de normas jurídicas cujo fundamento de validade é totalmente questionável⁵⁸⁶.

Processos globais de padronização, que ocorrem pela imposição do mercado ou pela imposição normativa interna das organizações internacionais, ou, ainda, pelas negociações entre atores privados e públicos, integram as mais importantes fontes do Direito global. *Standards* do conhecimento científico, técnico ou médico, por exemplo, são normatizados e finalmente juridificados, fazendo com que o Direito tenha de desenvolver uma mescla adequada de distância e adaptação em relação à ciência e à tecnologia. Dito de outro modo, “o Direito se torna dependente do desenvolvimento científico e tecnológico⁵⁸⁷”.

A lei, em tempos de globalização, portanto, tem deslocado seu *locus* de produção, pois o mercado, as finanças, a ciência e a educação, como diz Raffaele De Giorgi, não respeitam as autodelimitações territoriais da organização estatal da política⁵⁸⁸. Estar consciente desse fato significa possibilitar observações diversas da causalidade e ao mesmo tempo facilitar uma

⁵⁸⁵Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 114-115.

⁵⁸⁶Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 115.

⁵⁸⁷Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 109-117.

⁵⁸⁸De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 31.

racionalidade compatível com as condições estruturais da complexidade da sociedade contemporânea⁵⁸⁹. Aí, o pluralismo, por sua vez, passa a ser algo “positivo” diante da quebra da moldura hierárquica das leis, característica do Direito produzido unicamente pelo Estado. A síntese de Giuliano Battiston, em entrevista⁵⁹⁰ a Gunther Teubner, publicada no jornal *Il Manifesto*, em 15 de setembro de 2009, é certa nesse sentido. Diz Battiston:

Ubi societas ibi ius, ‘onde há uma sociedade, ali existe o direito’, sustentava Hugo Grotius, pai da moderna teoria do direito natural. Mas, ‘se a societas hodierna é uma sociedade global, como se manifesta, então, o seu direito?’, se pergunta Gunther Teubner, entre os mais autorizados estudiosos de teoria e sociologia do direito. Em torno desta interrogação Teubner elaborou um percurso teórico original, que se move da consciência da arbitrariedade e do ato fundador do direito e simultaneamente do reconhecimento de suas potencialidades como instrumento de regulação e, sobretudo, de liberação das energias que atravessam as diversas esferas sociais. Potencialidades que são igualmente válidas no panorama atual, marcado pela ruptura da moldura hierárquica constitucional que representa o resultado histórico da síntese entre Estado e direito: segundo Teubner, a quem se devem alguns dos mais iluminados estudos sobre a globalização do direito, ‘o pluralismo contraditório inerente ao sistema jurídico’ atual de fato não é concebido ‘como um fenômeno de decadência, mas como uma oportunidade’ para o direito”. Assim, os “conflitos entre diversos princípios jurídicos, as incoerências doutrinárias, as controvérsias acadêmicas, as práticas globais de juridicização privada, a fragmentação do direito segundo lógicas setoriais, ou, em outros termos, ‘aquilo que os advogados internacionais consideram uma patológica relatividade normativa’, são de fato ocasiões para abandonar a ideia de que a validade e a vigência do direito possam fundar-se somente sobre processos político-legislativos tradicionais, prestando finalmente atenção à produção jurídica não estatal e reconhecendo que ‘o pluralismo jurídico global não é simplesmente o reflexo de um pluralismo político’, o resultado de uma descentralização do poder político, quanto ao invés ‘a expressão de profundas contradições entre setores da sociedade global que colidem entre si’.

Para Teubner, na referida entrevista com Battiston, uma das confusões características do século XX reside na oscilação entre uma conexão política e uma economia do Direito e, ao mesmo tempo, na falta de uma reflexão sobre o nexos que liga o Direito à sociedade civil. Ao escrever sobre a autopoiese do Direito – “O direito como sistema autopoietico” –, Teubner tentou sair daquela dupla armadilha, opondo a lógica interna ao Direito à lógica econômica e política. Desde então, Teubner concentrou-se sobre as questões relativas à “proveniência” das energias normativas do Direito. Precisamente daqui deriva a atenção para o

⁵⁸⁹ De Giorgi, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 31.

⁵⁹⁰ Entrevista com Gunther Teubner. *A lei em tempos de globalização*. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-antiores/26013-a-lei-em-tempos-de-globalizacao-entrevista-com-gunther-teubner>. Acesso em: 20 jul., 2013, às 15h:15m

constitucionalismo societário e civil, e para a combinação entre a autonomia do Direito e a dos diversos campos sociais como a cultura, a mídia, a arte, a ciência⁵⁹¹.

A globalização causou uma série de “problemas intrínsecos ao direito”, que modificaram e modificam os mecanismos tradicionais de *Law-making* e rompeu a moldura hierárquica da constituição nacional, que representava a unidade histórica de Estado e Direito. Afirmar que o emergir dos mercados globais compromete as capacidades de controle da política nacional e, por isso, também a possibilidade de regulação jurídica passa a ser uma afirmação “simplista”, diz Teubner. Para ele, é inegável que a globalização dos mercados incide de modo relevante sobre o Direito e que o poder de regulação do sistema legal nacional diminuiu. É indispensável, no entanto, estudar os processos autônomos de globalização internos ao Direito, evitando apresentá-los como uma consequência da internacionalização da economia. Em termos gerais, o elemento mais relevante das novas leis transnacionais globais tem a ver com a diferenciação interna de política e Direito.

Segundo Teubner, até a segunda metade do século XX, aquela diferenciação era, de fato, ligada à ordem legal nacional, que operava segundo uma hierarquia interna de normas jurídicas claramente definidas, segundo a qual as normas principais legitimavam as secundárias. No sistema transnacional, a diferenciação não procede segundo uma estrutura hierárquica, mas de modo horizontal, setorial, como o demonstram a *Lex mercatoria* e a *Lex digitalis*, ordens ligadas com ambições globais, mas, ao mesmo tempo, com limites e confins temáticos, não mais territoriais. Na era global, portanto, já não mais funciona a estrutura hierárquica global característica do Estado-nação. Se, de um lado, falta uma efetiva globalização do sistema político, de outro, existem sistemas que, com respeito à política, se desenvolveram de modo muito mais intensivo; e daqui derivam aquelas normas que não foram elaboradas por meio dos costumeiros processos políticos.

De acordo com o que afirma Teubner, ante a fragmentação do direito global, qualquer aspiração à unidade normativa é excluída de início. E, depois do “colapso” das hierarquias

⁵⁹¹ No Estado Democrático de Direito cresce o grau de autonomia do Direito. Para Lenio Streck, é “uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (...) outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (...), adquire uma autonomia que, (...) funciona como blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade”. Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 369.

jurídicas, a única opção realista é a de desenvolver formas jurídicas que se limitem a criar relações laxas entre os fragmentos do direito. Nos Estados-nação se podia falar de unidade normativa em dois sentidos: de uma parte, entendendo, no sentido mais restrito, a unidade hierárquica de todos os processos legais garantidos pelas instituições centrais por meio da legislação e da estrutura hierarquicamente organizada das cortes; de outra, entendendo, ao invés, a unidade social normativa, ligada às pressões exercidas pelas instituições do Estado-nação para integrar todas as forças da sociedade na moldura nacional.

No âmbito global, ambas as acepções vêm menos ao caso: de uma parte, não há mais instituições jurídicas centralizadas e, em lugar da unidade do Direito, há fragmentos de Direito, governados pelas lógicas que orientam os diferentes campos sociais aos quais se referem; de outro lado, os Estados já não mais conseguem exercer uma pressão centrípeta. Torna-se, assim, quase impossível obter a unidade normativa social numa sociedade global privada de centro, caracterizada pelas fortes tendências centrífugas das diferentes racionalidades dos sistemas sociais que procedem segundo direções diversas e com frequência conflitantes. Para Teubner, está precisamente aqui a radical conflitividade da globalização. E está aqui a passagem da unidade à compatibilidade.

Teubner contesta a ideia de que a função desenvolvida pelo Direito no processo de globalização consista, substancialmente, na formalização jurídica do deslocamento de poder dos atores estatais aos econômicos. Então, opõe-se à ideia de que o Direito deve limitar-se a “protocolar” uma mudança de paradigma. Diferente, como dito, a globalização torna possível ao direito institucionalizar uma constituição dual em muitas esferas da sociedade global. Isso pode ser explicado melhor. Para algumas esferas sociais – saúde, instrução, arte, mídia etc. – a globalização oferece a ocasião de fortalecer a autonomia da própria atividade e a oportunidade de se reestruturar num setor espontâneo e num outro organizado. E tudo isso passa pelo Direito. O constitucionalismo clássico se concentrou exclusivamente sobre o constitucionalismo político, enquanto todos os outros campos sociais foram excluídos dos processos de constitucionalização, instituindo uma separação entre Estado e sociedade e reduzindo a sociedade às ações dos indivíduos.

Hoje, porém, é necessário abandonar esta visão individualista dos setores não políticos da sociedade e do direito constitucional, reconhecer seu caráter fortemente “político” (em sentido *lato*) e aproveitar as potencialidades do processo de constitucionalização dos diversos campos de racionalidade social. Teubner entende que o Direito constitucional pode

desempenhar um importante papel no esforço de garantir a autonomia dos diversos campos sociais, assegurando-lhes uma longa duração por meio de um processo de institucionalização.

As constituições a serem edificadas não devem ser políticas, mas constituições dos diversos setores da sociedade. O Direito constitucional, além disso, pode conter as tendências expansionistas dos sistemas sociais autônomos que tendem a colonizar os outros sistemas, traduzindo de modo produtivo e inteligente os conflitos e as pressões externas a uma esfera social por meio de uma forma de autolimitação interna.

Em conclusão, Teubner vê com bons olhos a emergência de um “Direito global sem Estado”. Vê como uma expansão e generalização do constitucionalismo, dos processos constitucionais, na produção normativa privada. Logo, não se está aqui diante de um novo “feudalismo”. É que, embora à primeira vista pareça haver uma semelhança entre a nova ordem ou desordem global e a ordem feudal-medieval (por exemplo, na pluralidade das fontes de legitimidade jurídica), não há um novo medievalismo⁵⁹². É até mais produtivo confrontar nossos tempos com o início do constitucionalismo em campo político no século XVIII. Esta comparação deveria induzir-nos a uma espécie de “sobriedade profética”, diz Teubner: a história do constitucionalismo político nos fala das oportunidades, mas, também, das falências, dos limites daquilo que se pode esperar⁵⁹³.

⁵⁹² O pluralismo identificado pelos sociólogos na época contemporânea apresenta algumas “semelhanças” com o pluralismo pré-moderno. Assim, ao mesmo tempo podem ser encontrados no pluralismo contemporâneo o multiculturalismo, um grande número de lugares de produção do Direito e uma remodelagem das soberanias. Vige, pois, um policentrismo em que se nota cada vez mais a superposição de ordens jurídicas não nacionais aos direitos estatais. É o caso, por exemplo, da Europa, que possui um direito policêntrico: de um lado, o direito comunitário; de outro, o direito praticado nos quadros das organizações europeias. Cada país europeu tem seu direito interno próprio, além do direito que emana das relações internacionais nas quais uns e outros estão engajados. Há uma multiplicidade de fontes do direito: os direitos nacionais, o direito internacional, o direito do Conselho da Europa (recomendações do Comitê dos ministros aos governos dos Estados-membros, convenções ou tratados europeus que têm força executiva para os Estados que o ratificam, jurisprudência da Corte europeia de direitos humanos, principalmente), direito comunitário (ordem jurídica comunitária baseada nos tratados constitutivos das Comunidades, atos unilaterais da autoridade comunitária, diretivas, regulamentos, decisões gerais e individuais, recomendações, opiniões, resoluções do Parlamento europeu, atos convencionais concluídas na ordem comunitária pelos Estados-membros no seio da Comunidade, ou pela Comunidade com um terceiro país, jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Europeias). Acrescentem-se as fontes não escritas, como os princípios gerais do direito integrados ao direito comunitário e o costume. Tudo leva a um pluralismo. Arnaud, A.J. (1999). *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, p. 67-69.

⁵⁹³ *A Lei em Tempos de Globalização*. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-antiores/26013-a-lei-em-tempos-de-globalizacao-entrevista-com-gunther-teubner> Acesso em: 19 out., 2013, às 16h25m.

O constitucionalismo não é um paraíso: trata-se de certa limitação do governo, da criação de certa ordem política. Para explicar tal afirmação, Teubner cita a diferença entre a ordem política de Clinton e a de Bush que, em suas palavras, “mensuraria” o perigo no qual se encontra tal forma de constitucionalismo. Ao mesmo tempo, porém, mostra qual seja a diferença entre um sistema político que nega e contradiz o constitucionalismo, e um que, ao invés, o respeita. Os paralelos históricos, assim, deveriam modelar, mas também moderar as expectativas sobre o constitucionalismo.

Vencidas as duas primeiras etapas, em que foram trabalhadas as perspectivas de uma necessária interdisciplinaridade entre áreas distintas do saber e as teorias sistêmicas de Grün, Luhmann e Teubner, é chegada a hora de avançar no estudo de dois pontos importantíssimos que fundamentam a presente tese: processo e interpretação do Direito. É o que se verá a seguir.

Seção II

2 A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

Na doutrina jurídica, há várias ideias e teorias acerca da natureza jurídica do processo, como as teorias orivatistas, as publicistas e outras. Antes de se adentrar essas teorias, no entanto, cabe perguntar: afinal, o que é um processo, juridicamente falando? Pois bem.

Processo, na definição simples e didática de Adroaldo Furtado Fabrício, é “o conjunto mesmo dos atos entre si encadeados e orientados no sentido da solução do litígio⁵⁹⁴”. Para José Maria Rosa Tesheiner, processo é o “método” do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição⁵⁹⁵.

Em específico, o processo civil – e agora a lição é de Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Gomes – destina-se à satisfação do interesse público de paz jurídica, mediante aplicação da lei; funciona mediante provocação das partes – que são as pessoas que, em síntese, têm interesses contrapostos - que objetivam a proteção de seus direitos e interesses pela via jurisdicional⁵⁹⁶.

A outra questão importante, quando se fala em processo, é saber o que é um procedimento. É que processo, dogmática, juridicamente falando, não é procedimento. Esse é a ordem, a forma, a disposição dos atos em série; de acordo com o Direito legislado e com boa parte da doutrina do Direito Processual, é a “forma de proceder”, o rito⁵⁹⁷.

Processo e procedimento, então, são coisas distintas. Se o procedimento é a forma de proceder, o processo se realiza pelo procedimento. A natureza jurídica do processo, no entanto, é coisa distinta. Como referido, há teorias e ideias acerca dessa natureza jurídica. Segundo a doutrina, foi Oskar von Bülow, na obra *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, em 1868, que introduziu a ideia de processo como relação jurídica de Direito Público. Mas muitas, como dito, foram e são as concepções acerca da

⁵⁹⁴ Fabrício, A.F. (2011). *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. VIII, tomo III: arts. 890 a 945. Rio de Janeiro: Forense, p. 3.

⁵⁹⁵ Tesheiner, J.M.R. (1993). *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1. A expressão processo vem de *procedere*, que significa caminhar para frente, em direção a um fim. A relação processual civil é uma relação jurídica de direito público que se forma entre o pretense titular de um direito que alega ter, e que precisa da tutela estatal, e o Estado-juiz. As partes contribuem para o desenvolvimento da relação processual, que é angular. Nesse sentido, Silva, O.A.B.(1998).*Curso de processo civil*: processo de conhecimento. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 14-17.

⁵⁹⁶ Silva, O.A.B.; Gomes, F.L. (1997). *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43.

⁵⁹⁷ Fabrício, A.F. (2001). *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. VIII, tomo III: arts. 890 a 945. Rio de Janeiro: Forense, p. 3.

natureza jurídica do processo. A concepção de Bülow ainda domina o pensamento dos juristas, mas já se veem boas críticas a ela⁵⁹⁸. Descrevo cada uma dessas ideias adiante.

2.1 Enfoques do Processo, Teoria e Natureza

Processo como contrato

Esta concepção decorre da visualização do processo pela ótica do Direito Romano. O processo decorria de um acordo prévio entre as partes, a fim de que pudessem aceitar a decisão judicial. A doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX continuou considerando que o juízo supunha a existência de uma convenção entre as partes em que ambas se achavam de acordo em aceitar a decisão do conflito pelo juiz⁵⁹⁹.

Processo como situação jurídica

É a teoria de James Goldschmidt que sustenta haver, no processo, uma situação jurídica, pois os vínculos que nascem entre as partes não são propriamente relações jurídicas, mas situações de expectativas e esperanças acerca do que a conduta judicial há de produzir⁶⁰⁰.

Processo como instituição

⁵⁹⁸ Vejam-se as críticas de Streck, L.L. (2009) *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris; Leal, A.C. (2008). *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC.

⁵⁹⁹ Couture, E. J. (1997) *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, p. 126-127.

⁶⁰⁰ Goldschmidt, J. (1936) *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor S.A., p. 8.

Foi Jaime Guasp quem lançou as raízes dessa concepção que é, consoante observação de Araken de Assis, de “escassa utilidade”. Ela atesta que o processo compreende um conjunto de atividades, atadas à idéia comum e ao objetivo único de satisfazer pretensões, à semelhança de outras instituições, a exemplo do Estado e da família⁶⁰¹.

Processo como relação jurídica (triangular)

Além de Bülow, Adolfo Schönke é adepto da tese de que o processo é uma relação jurídica. Diz Schönke: “*Por la presentación de la demanda se origina entre las partes y el Tribunal una relación jurídica, o conjunto de vínculos jurídico-procesales establecidos por medio del proceso entre el Tribunal y las partes, y entre éstas entre sí.*”⁶⁰².

Processo como relação jurídica (angular)

Schönke é partidário de uma ideia triangular sobre a relação processual. Não é, porém, a concepção moderna que hoje se tem dessa relação. Para Araken de Assis, em crítica à relação triangular, a ideia angular é que resta incólume. O processo, assim, pode ser tido como uma relação linear entre autor e Estado-juiz, pois, para que exista processo, é dispensável a citação do réu. Esse aspecto é inconcebível para a ideia de triangularidade, uma vez que, para o Código de Processo Civil (CPC), considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial

⁶⁰¹ Assis, A.(1998). *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33.

⁶⁰² Schönke, A.(1950). *Derecho procesal civil*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, p. 16.

seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara (art. 263). Aí já haverá processo. Para ser válido, é que necessitará da citação válida do réu⁶⁰³.

Processo como procedimento

Para Cândido Rangel Dinamarco, o conceito moderno de processo envolve o procedimento e o contraditório. Processo, assim, é todo procedimento realizado em contraditório. A introdução do contraditório no conceito de processo, porém, não implica exclusão da relação processual: trata-se de uma exigência política (contraditório) e de sua instrumentação jurídica (relação jurídica processual)⁶⁰⁴.

2.2 Teoria Neo-institucionalista do Processo

Na perspectiva da teoria neo-institucionalista, assim se expressa Rosemiro Pereira Leal sobre o processo:

É o processo, na democracia, instituição constitucionalizada da presentificação (possibilidade de atualização corretiva e preventiva do esquecimento) da produtividade, compreensão e refazimento normativos instituintes do ordenamento jurídico. Em sendo o Estado condição jurídico-espacial da Jurisdição, e não do processo que a ambos rege, é claro que, no Estado democrático de direito, a jurisdição só pode atuar a serviço do discurso teórico-processual da procedimentalidade como único meio de se legitimar⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Assis, A. (1998). *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39-40.

⁶⁰⁴ Dinamarco, C.R. (2000). *A Instrumentalidade do processo*. 8. São Paulo: Malheiros, p. 313-314. Também Gonçalves, A. P. (1992). *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide. Na Itália, a idéia original de FazzalarI, E (1989). *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: Cedam.

⁶⁰⁵ Leal, R.P. (2002). *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, p. 125.

Essa teoria “parte” da noção de teoria do processo como “procedimento em contraditório” (Fazzalari). Segundo Rosemiro, essa teoria nos habilita a saltar de uma subjetividade apofântica - expressa numa relação espaço-temporal internormativa, como estruturante jurídica do agir em simétrica paridade e instaladora do juízo discursivo preparatório do provimento (decisão)”⁶⁰⁶ - para “chegar” ao ponto de afirmar a ilegitimidade da jurisdição que “diga o Direito” sem que este tenha sido “tematizado discursivamente pelos destinatários da sentença”, como propõe, entre outros, André Cordeiro Leal⁶⁰⁷. Assim,

A decisão obtida no espaço da procedimentalidade aberta a todos com instalação de juízo discursivo na testificação de resistência (efetividade) do ordenamento jurídico estanca a suposição trivial de que o decidir na democracia é um ato consequente de uma consciência judicante centrada no mundo tradicionalizado por uma moral e ética ínsitas a um escatológico gregarismo dos agrupamentos humanos⁶⁰⁸.

De acordo com essa teoria, então, a jurisdição é que deve ser o “instrumento” do processo e não o contrário. Nesse sentido, como ensina André Cordeiro Leal,

no Estado Democrático de Direito, na visão procedimental, não mais se pode afirmar a jurisdição como atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito ou em aplicá-lo ao caso concreto, mas, sim, como o resultado

⁶⁰⁶ Leal, R.P. (2002). *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, p. 15.

⁶⁰⁷ Leal, A.C. (2008). *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 126.

⁶⁰⁸ Leal, R.P. (2002). *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, p. 15. Para Rosemiro Pereira Leal, a decisão, no Estado de direito democrático, para ser legítima, tem de ser validada pela teoria democrática legalmente adotada, negando preceitos jurídicos, mesmo constitucionalizados, contrários à efetivação dos direitos fundantes do discurso democrático em toda a extensão jurídica da estatalidade. Leal, R.P. (2002). *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, p. 125-126.

necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo a partir de argumentos internos ao ordenamento⁶⁰⁹.

2.3 Primeiras Conclusões sobre a Natureza Jurídica do Processo

Embora possa parecer desnecessário, pensa-se aqui ser importante – e, portanto, necessário – referir que todas essas ideias encontram-se vinculadas a paradigmas próprios. Para citar alguns exemplos, fiquemos com algumas das ideias acerca da natureza jurídica do processo, como: concepção como relação jurídica, que, pode-se dizer, se liga ao Estado Liberal e ao Estado Social de Direito, centrando-se no “poder que se deve dar à magistratura diante de sua importância na construção do direito⁶¹⁰”; como procedimento, que se propõe a uma maior ligação com o Estado Democrático de Direito, mas que acaba não se desprendendo do Estado Social, em face de a jurisdição permanecer centrada na atividade do juiz e continuar “parcialmente imunizada da retrocarga crítica que a teoria do processo democrático poderia oferecer⁶¹¹”; jurisdição como instrumento do processo, concepção defendida pelos adeptos da Teoria Neo-institucionalista, com pretensões de se alcançar um processo adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito⁶¹².

Apesar dos diversos paradigmas aos quais se encontram vinculadas as ideias acerca do processo e de sua natureza jurídica, parece haver um acordo entre os doutrinadores, ao menos entre os contemporâneos: o processo tem de ser “democrático”.

A visão do processo como “instrumento da democracia” – que leva em consideração, para ficarmos com apenas três dessas visões, as ideias de “jurisdição como instrumento do processo” (Teoria Neo-institucionalista), de processo como “procedimento” (Fazzalari, Cândido Rangel Dinamarco) e de processo como “relação jurídica” (Ovídio A. Baptista da Silva, Araken de Assis), quaisquer delas “sempre” em contraditório – tem, portanto, por

⁶⁰⁹ Leal, A.C. (2008). *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 34.

⁶¹⁰ Leal, A.C. (2008). *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 52.

⁶¹¹ Leal, A.C. (2008). *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 127.

⁶¹² Leal, A.C. (2008). *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 127.

escopo colocar um fim à ideia de processo como “forma de alienação”. Isso pela recuperação da noção de uma instituição democrática no sentido de uma “efetiva participação do povo na administração da justiça⁶¹³”.

Nesse sentido é que não pode haver processo sem o contraditório. Isso porque o juiz não é um sujeito isolado, solipsista, como querem as teorias processualistas que veem o processo (apenas) como uma relação jurídica em ângulo, “reificando” a posição do julgador. A compreensão do juiz, assim, não é “sozinha⁶¹⁴”.

Evidentemente, a escolha de uma dessas concepções acarreta consequências diversas, a se ver nos papéis do juiz e das partes e no resultado que se espera do processo. Em meio a isso, a opção por uma dessas concepções implica entendimentos diversos acerca do que seja o contraditório e de como ele “atua” no processo. O que ninguém parece discordar, no entanto, está no fato de não ser possível falar de processo sem falar em contraditório e vice-versa e de, também, não se falar em contraditório, processo e jurisdição, sem se falar em “democratização do processo e da jurisdição”.

⁶¹³ Denti, V. (1982). *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, p. 129. Também: Hommerding, A. N. (2008). *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. O autor defende a ideia de processo como “condição de possibilidade” para exercício da jurisdição e realização dos direitos e garantias fundamentais.

⁶¹⁴ Nesse mesmo sentido, por exemplo, a proposta habermasiana, como refere Alexandre Morais da Rosa, possui o mérito de rejeitar o solipsismo do julgador decisionista, mas “nem por isso o processo como eixo democrático pode tamponar o que salta do inconsciente das partes nas suas argumentações e do ser-aí julgador. De qualquer forma, aproveita-se sua proposta para um encadeamento procedimental necessário à legitimidade da decisão a se proferida, eis que antecedentemente já se agregou ao projeto em construção a ‘viragem lingüística’, com a conseqüente rejeição da Filosofia da Consciência. De outra parte, é impossível que a proposta seja ultimada consoante Habermas pretende por desconsiderar fatores intervenientes na prolação da decisão e nos próprios argumentos lançados no processo intersubjetivo. É que a pretensão de sinceridade consciente dos argumentos é vazada pelo inconsciente que atravessa no Simbólico. Enfim, a psicanálise, com o desvelar do inconsciente, deixa a céu aberto a sinceridade pressuposta por Habermas. A sinceridade, então, no máximo pode ser vista como objetivo a ser alcançado na corrida, e cuja verificabilidade se mostra impossível de ser aferida, ou seja, é pressuposta a sinceridade, mas impossível de a controlar. Esses obstáculos tornam o discurso habermasiano, na sua versão ideal, irrealizável no plano fático, onde o inconsciente – repita-se mais uma vez – surge. Por isso a necessidade do reconhecimento parcial do paradigma habermasiano, com Fazzalari, na construção da proposta do processo como tarefa democrática inafastável, justificando-se o aproximar deste juiz (in)consciente, ou do inconsciente do um-juiz”. Rosa, A.M. (2005). *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, p. 144-145.

2.4 Processo é mais que Procedimento em Contraditório?

O processo não é apenas um procedimento em contraditório ou coisa que o valha. Com exceção da teoria de James Goldschmidt, que trata das “expectativas” das partes e da possibilidade de frustração delas quando da decisão do processo, nenhuma das teorias acerca da natureza jurídica do processo ocupa-se de uma ideia fundamental inerente a ele. Mas por vezes, isso passa despercebido quando da análise por doutrinadores e processualistas: o processo, em qualquer das concepções quanto a sua natureza jurídica, representa um risco, seja para o autor, seja para o réu. Esse risco é traduzido na possibilidade de um prejuízo econômico para uma ou para ambas as partes.

Vem daí a ideia de contingência, do latim *contingentia*, que, grosso modo, significa a incerteza que paira sobre o resultado de um evento, ou seja, se esse evento acontecerá ou não. Contingente, pois, é o que pode ou não suceder, o que é eventual ou incerto. Juridicamente, “contingente”, que vem do latim *contingere*, também é utilizado quando se quer expressar uma situação fortuita, referente a algo que uma parte deva cumprir⁶¹⁵.

Já alertava Goldschmidt que a incerteza é “consustancial” às relações processuais. A sentença judicial, então, nunca pode ser prevista com segurança. Por conseguinte, na concepção processual, a sentença injusta também é um fenômeno que se deve ter em conta desde o princípio, como pontua Goldschmidt⁶¹⁶.

No processo, os nexos jurídicos dos indivíduos que se constituem correlativamente são “expectativas” de uma sentença favorável ou perspectivas de uma sentença desfavorável⁶¹⁷. Se assim é, na lição de Goldschmidt, o processo corresponde a uma “situação jurídica”, enquanto expectativa a respeito da futura sentença⁶¹⁸. Essa situação jurídica, portanto,

⁶¹⁵ Silva, D.P. (1993). *Vocabulário Jurídico*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, p.544.

⁶¹⁶ Goldschmidt, J. (1936). *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor S.A., p. 59.

⁶¹⁷ Goldschmidt, J. (1936). *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor S.A., p. 50-51.

⁶¹⁸ Silva, O.A.B.(1998). *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 21.

enquanto expectativa de uma futura sentença como quer Golschmidt, constitui uma espécie de “aviso” às partes acerca do risco que representa o processo.

Para que haja processo, porém, há necessidade de uma provocação do poder com competência para tratá-lo. A atividade jurisdicional, portanto, para ser exercida pelo Estado, necessita da provocação do interessado. Os interessados, pois, é que haverão de pedi-la ao órgão estatal encarregado de prestar este tipo de atividade. A demanda, ensina Ovídio Baptista da Silva, “vem a ser, precisamente, este pedido que a parte formula ao Estado, por meio do juiz, para que este lhe preste tutela jurisdicional⁶¹⁹”.

É fácil compreender, então, a importância teórica e prática do conceito de demanda: o Estado só pode prestar aquele tipo de tutela jurisdicional que lhe foi pedida. Nas palavras de Ovídio:

Se a atividade jurisdicional só se desenvolve quando provocada, se nosso direito não conhece casos de proteção estatal por meio da jurisdição, aos eventuais direitos individuais senão quando o próprio titular o requeira, a *demand*a passa a ser o parâmetro, ou a baliza que define e limita controvérsia sobre a qual o juiz *pode* e *deve* pronunciar-se. Ele terá de decidir a controvérsia (lide) que lhe é apresentada, respondendo ao pedido de tutela jurisdicional *contido na demanda*⁶²⁰.

Para fins desta tese, quando se falar em processo, estar-se-á falando em demanda e vice-versa. Demanda é pedir; assim, demanda-se contra o Estado⁶²¹, e o Estado, ao conceder a tutela jurisdicional, acolhendo ou não a demanda, no mais das vezes, terminará por “prejudicar” economicamente alguma ou ambas as partes. Esse prejuízo se traduz em termos monetários, econômicos. O conteúdo do processo, então, em geral, é econômico, e isso tem sérias implicações para o cidadão, mas, em especial, quando se está a tratar de empresas que, frequentemente, são demandas judicialmente.

⁶¹⁹ Silva, O.A.B. (1998). *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 223.

⁶²⁰ Silva, O.A.B. (1998). *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 223.

⁶²¹ Goldschmidt, J. (1936). *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor S.A., p. 30. Nas palavras desse autor, “(...) no se dirige contra el adversario, sino contra el Estado. El establecimiento de una obligación del Estado no producirá extrañeza a no ser que se niegue el Estado de derecho”.

Notadamente, no que se refere às empresas de capital aberto, o prejuízo, o risco, a contingência que representa o processo judicial e a demanda, em razão de regras técnicas – verdadeiras normas jurídicas instituídas fora do sistema jurídico, fora do Estado – têm de ser aprovionadas quando da realização do aprovisionamento contábil de despesas. Trata-se de cumprir com um princípio de transparência, que fundamenta o direito de todo e qualquer acionista dessas empresas. Mais que um problema de administração, econômico ou contábil, o princípio da transparência é um problema de Direito, já que envolve conhecimento “jurídico” especializado. Em outras palavras, o profissional do Direito, responsável pelo aprovisionamento, deve ter a capacidade de poder “projetar” a futura decisão do juiz do processo, a fim de poder manifestar-se quando do aprovisionamento; ele terá de chegar a um valor aproximado do prejuízo que a demanda, o processo judicial, poderá provocar nos cofres da empresa de capital aberto.

O processo judicial (e também o processo administrativo), nesse sentido, representa uma contingência que, econômica e contabilmente falando, corresponde a situações específicas de ativos e/ou passivos dependentes de solução. A palavra “contingência” relaciona-se, ainda, com alguma coisa ou alguma pessoa que está fora do controle de uma determinada instituição. No âmbito empresarial, por exemplo, é possível compreender a palavra “contingência” como uma variável que não pode ser influenciada pela organização. Uma contingência, porém, por vezes, influencia a organização⁶²². Se assim é, a contingência representada pelos processos judiciais ou administrativos, embora não possa ser influenciada pela organização empresarial, justamente por influenciá-la é que tem de ser muito bem analisada. A empresa, assim, pode, a partir do estudo da contingência, “domá-la”, projetar possibilidades a partir dela.

Até aqui, foi feita uma síntese da teoria sistêmica, importante para que se possa analisar como o Direito opera no contexto da globalização e de como a globalização opera efeitos no Direito, no sistema jurídico. Isso possibilitará compreender como as Normas Internacionais de Contabilidade (NIC) operam efeitos no Direito e como daí decorrem novas funções para os operadores do Direito.

⁶²² Molinari, S.K.R.; Guerreiro, R. (2009). *Teoria da Contingência e Contabilidade Gerencial: um estudo de caso sobre o processo de mudança na Controladoria do Banco do Brasil*. Disponível em: www.congressousp.fipecafi.org. p.1. Acesso em: 20 jun., 2010, às 18h:30m.

Esta tese, porém, trabalha com duas das chamadas “matrizes” do Direito, reconhecidas doutrinariamente: a primeira é a sistêmica, em especial, como já explicitado, a teoria trabalhada por Niklas Luhmann e– Gunther Teubner; a segunda é a Hermenêutica, que tem sua condição de possibilidade na Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, cerrando fileiras com a Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger.

Para que o profissional do Direito possa “prever” a possível decisão judicial, a fim de realizar os aprovisionamentos das demandas contingentes obedecendo, assim, ao que determinam as NIC, terá de ser um hermeneuta, projetando possibilidades a partir do horizonte de sentido que se descortina quando da análise do comportamento (decisões) dos juízes e tribunais. É o que se verá adiante.

Seção III

3 DIREITO E INTERPRETAÇÃO

É possível afirmar que, na América e na Europa, atualmente, pende forte discussão acerca da teoria da argumentação jurídica e da Hermenêutica, como caminhos adequados à compreensão/interpretação do processo de decisão no âmbito judicial. No Brasil, a controvérsia apresenta-se bem clara entre dois conhecidos juristas, ambos do estado do Rio Grande do Sul: um deles é o Professor Lenio Luiz Streck⁶²³, que, originalmente, no Brasil, foi o introdutor da Filosofia Hermenêutica (Martin Heidegger⁶²⁴) e da Hermenêutica Filosófica (Hans-Georg Gadamer⁶²⁵) no Direito. Ele se baseou nos aportes filosóficos do Professor Ernildo Stein, conhecida autoridade na temática, inclusive um dos maiores entendidos da filosofia heideggeriana na América Latina. Lenio, influenciado por Stein, foi o primeiro jurista brasileiro a defender uma diferença ontológica entre regras e princípios, o que implica a impossibilidade da cisão regra/princípio. O outro jurista é o Professor Humberto Ávila⁶²⁶, adepto de uma teoria dos princípios, propondo, mais ou menos à moda de Alexy, uma separação entre regras, princípios e “postulados normativos”. Na Europa, o destaque com relação à teoria da argumentação fica por conta de Robert Alexy⁶²⁷ e Manuel Atienza⁶²⁸.

⁶²³ Em especial: Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Streck, L.L. (2011). *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva; Streck, L.L. (2013). *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Na Espanha, são adeptos da concepção hermenêutica: Osuna Fernández-Largo, A. (1992) *Hermenêutica jurídica: en torno a la hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. L.; Serna, P. Hermenêutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann. In: Serna, P. (dir.). (2005). *De la argumentación jurídica a la hermenêutica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*. 2 ed. Granada: Comares.

⁶²⁴ Heidegger, M. (2000). *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes.

⁶²⁵ Imprescindível a leitura de: Gadamer, H.G. (1999). *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. (1999). Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Gadamer, H.G. (2002). *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes.

⁶²⁶ Consultar Ávila, H. (2005). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação*. São Paulo: Malheiros.

⁶²⁷ Alexy, R. (2001). *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda H. S.Silva. São Paulo: Landy; Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEPC; Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC; Alexy, R. (1978) *Theorie der juristischen argumentation*. Frankfurt: Surkamp.

⁶²⁸ Atienza, M. (2000). *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Atienza, M. (2010) *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel; Atienza, M. (2010) *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho; Atienza, M; Lozada Prado, A. (2009) *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Cevallos; Atienza, M.; Ruiz Manero, J. (1996). *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*. Alicante: Club Universitario; Atienza, M.; Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 4. ed. Barcelona: Ariel.

3.1 Considerações Preliminares sobre as Teorias de Atienza, de Guastini e de Dworkin: Perspectivas para uma Interpretação Jurídica

Não constituem objeto deste trabalho – em que pese a necessidade de se fazerem alguns comentários neste sentido – verificar com quem está a razão, se com a Hermenêutica ou com a filosofia analítica, ou, melhor, com a teoria da argumentação, com matriz analítica. Também não é objeto enfrentar distinções e problemas postos aos operadores do Direito por ambas as posturas, Hermenêutica⁶²⁹, filosofia analítica e teoria da argumentação.

Como referido, no entanto, algo há que ser dito, ainda que de forma mais singela, sintética. Até porque, para a construção desta tese, deve-se buscar um parâmetro – a Hermenêutica ou a teoria da argumentação, esta com bases na filosofia analítica –, para que se possa trabalhar com a interpretação. Em seguida, desenvolver, aspectos fulcrais do texto, como “prescrever” a “conduta interpretativa” dos operadores do Direito, quando da interpretação das contingências decorrentes das demandas judiciais e administrativas – essas

⁶²⁹ O termo “Hermenêutica”, com “H” maiúsculo, serve para designar a Hermenêutica como Filosofia Hermenêutica (Martin Heidegger) ou como Hermenêutica Filosófica (Hans-Georg Gadamer), portanto, como condição de possibilidade da compreensão e como um existencial do ser-aí, o Dasein. O termo hermenêutica, com “h” minúsculo, designa o sentido de método, de técnica de interpretação, sentido não é adotado neste trabalho porque hermenêutica não é método, disciplina ou técnica. No texto, por vezes, poderá aparecer o termo em maiúsculo ou minúsculo. “Hermenêutica” remete-nos à Antiguidade Clássica. O termo grego *hermeneuein* significa “interpretar” e é a raiz da qual a palavra hermenêutica derivou. Remonta ao “falar”, ao “dizer”, apresentando vários sentidos afins: exprimir, proclamar, interpretar e traduzir. Todos esses sentidos polarizam-se em torno do significado fundamental de “induzir à compreensão”, de “fazer compreender” algo por meio das palavras, de “transferir o sentido de uma língua para outra”. No sentido histórico, a preocupação primordial da hermenêutica era a de “eliminar, quando possível, a margem de erro; objectivo ou subjectivo, na utilização dos meios pelos quais o pensar e o sentir de outrem nos é transmitido”. Hermes, cujo nome está associado a *hermeneuein*, é o Deus grego dos pastores e dos “montículos de pedras que assinalavam os caminhos”. É conhecido como o “protetor das casas e das ruas”; “protetor dos viajantes”, do “comércio” e até dos “ladrões”. É, ainda, o “mensageiro dos deuses” (derivada da sua qualidade de deus dos viajantes). A Hermes atribui-se a invenção da linguagem. E Hermes foi quem “interpretou os desejos dos *deities* fazendo com que seus desejos fossem conhecidos pelos meros mortais”. A hermenêutica, da Grécia e Roma, passou a todo o Ocidente, como *ars interpretandi*, podendo definir-se como “secção da metodologia histórica que ensina a descobrir o significado informativo de qualquer testemunho e, nomeadamente, dos de carácter histórico, para os tornar utilizáveis em qualquer trabalho de reconstituição do passado”. Consultar: Lawn, C. (2007). *Compreender Gadamer*. Petrópolis: Vozes, p. 66. Também: Verbo enciclopédia luso-brasileira, v. 10. Lisboa: Verbo, [s/d], p. 1-12; Verbo enciclopédia luso-brasileira de cultura, v. 20. Lisboa: Verbo, [s/d], p. 29.

são objeto deste trabalho. Trata-se daquilo que, na interpretação do Direito (v.g., aplicação de regras e princípios), pelo uso da jurisdição que levou à decisão judicial, deverá ser aplicado pelo advogado quando da análise das contingências processuais. Dito de outro modo, o advogado da empresa de capital aberto tem de pensar/interpretar como um juiz (e os tribunais) pensa/interpreta e, portanto, aplica o Direito. É para isso que se faz a presente discussão, que adiante servirá de auxílio ao desenvolvimento de “padrões hermenêuticos” para o advogado poder interpretar as situações contingenciais representadas pelos processos judiciais ou administrativos movidos contras as empresas de capital aberto. Para isso, porém, como dito, há que se escolher um modelo, um paradigma interpretativo.

Nesse sentido, a primeira questão que se propõe é: será possível compatibilizar modelos de interpretação distintos, como o Direito como interpretação de Ronald Dworkin, que propõe um modelo hermenêutico, e a teoria interpretativa analítica do Direito de Riccardo Guastini, que parece estar bem mais vinculada à teoria da argumentação jurídica? É o que se tentará responder adiante. Inicialmente, porém, breves palavras devem ser ditas acerca da teoria da argumentação *standard* ou *não-standard*.

A teoria da argumentação, em sua vertente “Alicantina” – fala-se aqui de Manuel Atienza⁶³⁰, em especial – não pode ser comparada à chamada teoria *standard* da argumentação jurídica. A teoria *standard* pode ser encontrada em autores como Robert Alexy, Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik e faz uma análise descritiva e conceitual de diversos métodos ou técnicas interpretativas, elaborando critérios formais de correção dos argumentos⁶³¹. Não se apresenta, porém, com um comprometimento maior com relação à moral ou à política, apesar de autores como Robert Alexy exercitarem a defesa de uma “correção moral” do Direito via “fórmula Radbruch⁶³²”.

⁶³⁰ Consulte-se, notadamente: Atienza, M. (2000). *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy; Atienza, M. (2010). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

⁶³¹ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho, p. 36.

⁶³² Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, p. 74-76. Nas palavras de Alexy (p. 75), “Quizás la propiedad más importante de la fórmula de RADBRUCH, como expresión de un concepto de derecho no-positivista, sea que no exige ningún tipo de correspondencia perfecta entre el derecho y la moral. De esta manera, las normas que han sido expedidas apropiadamente y que son socialmente eficaces bien pueden ser derecho válido, incluso si se demuestra que son severamente injustas. Es sólo cuando se traspasa el umbral de la injusticia intolerable

A teoria de Manuel Atienza, por sua vez, é mais ampla, não entendendo a argumentação jurídica somente como um exercício de racionalidade prática, a exemplo do que entende Robert Alexy. Atienza defende vários tipos de racionalidade que permitem ver o Direito não só como um problema de raciocínio (*razonamiento*) moral prático, mas como um problema de “estratégia”. Assim, para Atienza, autores como Alexy não levam em consideração a presença de ambientes distintos da argumentação e o fato de que a racionalidade estratégica também é um tipo de racionalidade. Ademais, a teoria da argumentação proposta por Manuel Atienza não considera o Direito somente como um fenômeno exclusivamente estatal. Ele pensa o pluralismo jurídico e encaminha, inclusive, o estudo de uma teoria da argumentação legislativa⁶³³, o que não ocorre com os demais. Atualmente, o Mestre de Alicante está mais inclinado à defesa de uma teoria “pragmática” do Direito que, por sua vez, não deixa de se comprometer com uma filosofia política e moral, caso das teorias de Santiago Nino, Raz e Dworkin, por exemplo. Ou seja, Atienza sabe que há uma unidade Direito, moral e política e que uma das tarefas da argumentação jurídica deve ser propiciar esse encontro entre ambas as áreas da razão prática.

A discussão que ora se pretende fazer envolve a polêmica Hermenêutica *versus* teoria da argumentação e, também (ou antes) o contraponto entre Hermenêutica e filosofia analítica. A teoria da argumentação apropriou-se da filosofia analítica. Há autores da teoria da argumentação que veem a interpretação por distintos pontos de vista. Manuel Atienza conhece dois expoentes da filosofia analítica e da interpretação: Riccardo Guastini e Ronald Dworkin.

Aqui, num primeiro momento, serão confrontadas algumas das ideias de Atienza sobre a Hermenêutica e sobre a interpretação com as ideias de Dworkin e Lenio Streck, cujas orientações são bem próximas; ficam distantes, porém, da orientação de Atienza. Num segundo momento, será feita breve síntese e crítica à teoria de Robert Alexy, atualmente um dos expoentes da teoria da argumentação na Europa e, inclusive, na América Latina.

cuando las normas, que han sido expedidas de manera apropiada y que son socialmente eficaces, pierden su validez. Así, el concepto de derecho no-positivista construye un límite más exterior dentro del derecho”.

⁶³³ Atienza, M. (1997). Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas; Atienza, M. (2005). Argumentación y legislación. In: Díez Ripollés, J.L.; Prieto Del Pino, A.M.; Soto Navarro, S. *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch; Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología.

3.2 A Hermenêutica e a Interpretação Analítica na Síntese de Atienza

Manuel Atienza, em importante estudo realizado sobre Hermenêutica e filosofia analítica, afirma que há uma “estreita conexão” entre jusnaturalismo e filosofia hermenêutica⁶³⁴. Segundo ele, jusnaturalistas estariam atualmente melhor “amparados” sob o rótulo de “filósofo hermenêutico”⁶³⁵. O Mestre de Alicante também defende a possibilidade de integrar filosofia analítica e Hermenêutica, apesar das suas diferenças. Pois bem. Para verificar essa possibilidade, é necessário enunciar alguns traços principais de uma ou outra concepção. Esses traços, em especial os da analítica, Atienza recolhe de Mario Jori⁶³⁶.

A filosofia analítica, segundo ele, opera com certas distinções que se podem pôr em jogo. As distinções que têm lugar são: entre enunciados descritivos e prescritivos, o ser e o dever ser; entre juízos analíticos e sintéticos; entre linguagem e metalinguagem; entre contexto de descobrimento e contexto de justificação, o explicar e o justificar. Essas distinções, de certa forma, caracteriza a filosofia analítica, considerando que, para Atienza, o que une, atualmente, os filósofos analíticos não é uma ideologia nem uma concepção substantiva da filosofia, mas o método, um instrumento teórico para distintos propósitos⁶³⁷.

A Hermenêutica ou Filosofia Hermenêutica, segundo Atienza, não é um “modelo de clareza”. O Mestre de Alicante agrega a tudo o fato de que a concepção de Hermenêutica é muito ampla e que os autores não a pensam de forma homogênea. Atienza inclui como filósofos hermenêuticos Gadamer, Ricoeur e, em alguns aspectos, Habermas; na filosofia do Direito, inclui os hermenêutas Betti, Esser, Larenz, Hassemer e também Dworkin.

A Hermenêutica, segundo Atienza, seria antipositivista e anticientificista, uma vez que não aceita, como único critério de verdade, o da ciência positiva (confirmação ou falseamento). O sujeito, assim, forma parte do próprio conhecimento, o que faz com que o

⁶³⁴ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho, p. 47.

⁶³⁵ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho, p. 48.

⁶³⁶ Jori, M. Introduzione. In: Jori, M. (Ed.). (1994). *Ermeneutica e filosofia analítica. Due concezioni del diritto a confronto*. Turín: Giappichelli.

⁶³⁷ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho, p. 50-51.

conhecimento seja valorativo, mas não arbitrário. É que a Hermenêutica não se acha privada de critérios de objetividade⁶³⁸. A Hermenêutica também é considerada uma “prática social complexa”, expressão ainda “obscura”, segundo aponta Atienza.

Quanto à interpretação, esta se inscreve em uma tradição. Isso faz com que haja critérios objetivos fundados em uma pré-compreensão do sujeito, que não interpreta a partir de um “ponto zero”, mas de suas experiências prévias e da própria linguagem.

A interpretação não pode ser vista de forma atomista e linear, senão como uma atividade circular, o círculo hermenêutico, no qual se produzem interações entre pré-compreensão e texto, entre a parte e o todo, entre a norma e o fato.

A interpretação, por fim, caracteriza-se também pelo fato de que o intérprete está situado em uma determinada perspectiva em que o sujeito não se alheia do objeto e, portanto, no fato de que o conhecimento é uma ação, uma práxis⁶³⁹.

Segundo Atienza⁶⁴⁰, as diferenças entre filosofia analítica e Hermenêutica não foram totalmente eliminadas, e isso possibilita fazer uma análise comparativa baseada, por exemplo, no que ensina Francesco Viola, nos seguintes termos:

a) a filosofia analítica se refere à linguagem jurídica; a Hermenêutica, ao discurso, ou seja, ao uso concreto da linguagem. Enquanto a filosofia analítica considera a linguagem em sua função de guia de comportamentos (o Direito como um conjunto de prescrições), a Hermenêutica não trata a linguagem como instrumento para influenciar os outros, senão como tecido de um mundo comum, em que o Direito é uma prática social e interpretativa;

b) a filosofia analítica considera como elementos jurídicos os enunciados e as proposições normativas; a Hermenêutica se preocupa com o discurso, enquanto situação de linguagem em que se realizam a compreensão e o entender-se. A norma, aqui, na Hermenêutica, é vista como argumento, como razões, e não como proposição;

⁶³⁸ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho, p. 51.

⁶³⁹ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre/Facultad de Derecho, p. 52.

⁶⁴⁰ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre/Facultad de Derecho, p. 53-54.

c) a filosofia analítica pensa o enunciado como o objeto que precede a interpretação, e esta é a atividade dirigida a atribuir significado aos enunciados. A Hermenêutica põe ênfase no papel ativo da interpretação e considera o Direito mesmo como uma prática interpretativa;

d) a filosofia analítica diz que a “ciência jurídica” é uma metalinguagem descritiva e que o “Direito” é uma linguagem prescritiva; a Hermenêutica sustenta que há um entrelaçamento que não se desfaz entre ciência jurídica e Direito.

Quanto aos modelos de interpretação, Manuel Atienza, já mencionado, pensa ser possível uma combinação modelar entre dois juristas de diferentes tradições, citados anteriormente: um da tradição analítica, outro do Direito como interpretação ou, poder-se-ia dizer, da Hermenêutica. Fala-se aqui, respectivamente, de Riccardo Guastini, da Itália, e Ronald Dworkin, dos Estados Unidos da América, como também já referido anteriormente.

Segundo Atienza⁶⁴¹, o modelo analítico de interpretação de Riccardo Guastini caracterizar-se-ia por:

- a) esforço em estabelecer distinções e em separar níveis distintos de linguagem;
- b) caracterização da interpretação como o passo das disposições às normas por meio dos enunciados interpretativos;
- c) ênfase no caráter decisionista, valorativo e não só no cognitivo da interpretação;
- d) pretensão de uma teoria da interpretação puramente conceitual e descritiva;
- e) rejeição de qualquer teoria da interpretação de caráter normativo.

A contrapartida de Guastini é a concepção de interpretação de Ronald Dworkin, cujos traços centrais, segundo Atienza, são os seguintes:

- a) nega a possibilidade de traçar com sentido as distinções e níveis de linguagem;
- b) coloca o problema da interpretação a partir da consideração do Direito como uma prática social, e não como um conjunto de enunciados;
- c) a interpretação é uma atividade valorativa e racional, o que leva a poder se falar de uma interpretação correta;

⁶⁴¹ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre/Facultad de Derecho, p. 57.

d) a interpretação é não descritiva;

e) a teoria normativa repousa em uma concepção substantiva da moral e da política.

O Direito em Dworkin, portanto, é “interpretação”, afirmação da qual compartilham Atienza e tantos outros autores⁶⁴², inclusive, e com mais razão os ditos autores “hermenêuticos”. Como diz Atienza, o Direito, para Dworkin, não é uma realidade ou um objeto e, em consequência, as proposições, os enunciados interpretativos não descrevem nenhuma realidade previamente existente. O Direito não se oferece a seus operadores como algo pronto, acabado, mas como um empreendimento (uma “empresa”), uma instituição “em marcha” da qual eles haverão de participar como faria um escritor em um “romance em cadeia”. O Direito, assim, é uma arte, uma prática social que consiste em apresentar o objeto ou a prática em questão como o melhor exemplo possível do gênero ao qual pertence. E a interpretação do Direito, explica Atienza⁶⁴³ com base em Dworkin, pressupõe:

a) existência de regras e princípios que dotam de sentido a prática. Os princípios têm primazia sobre as regras e contribuem para conformá-las;

b) atividade interpretativa em três etapas: pré-interpretativa, em que se identificam as regras e as qualificam como pertencente a um determinado gênero; interpretativa, em que se mostram quais são os valores e objetivos da prática; pós-interpretativa, em que se vê o que necessita a prática para conseguir uma realização máxima dos princípios. Aqui se deve ter em conta que interpretar não é inventar, mas, sim, uma prática;

c) a consideração do intérprete de que sua interpretação apresenta o objeto em questão como o melhor exemplo possível da prática. É aqui que se pode falar de uma reposta correta para cada caso, uma vez que sempre há uma teoria moral e política que é a melhor.

Pois bem. Pensa-se, aqui, que Dworkin compartilha as mesmas ideias da Hermenêutica. É o que se tentará demonstrar adiante, mas não sem antes falar das conclusões a que chega o Professor Manuel Atienza sobre ambas as teorias. Assim, desde um balanço geral das teorias de Guastini e Dworkin, as conclusões para Atienza são as seguintes:

⁶⁴² Em especial deve ser referida a obra de Lifante Vidal, I. (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁶⁴³ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre/Facultad de Derecho, p. 58-62.

a) os juízes podem recorrer a pontos de uma e outra, pois não são contraditórias. Se Dworkin não centra seu interesse na técnica, mas na teoria moral e política, Guastini o faz;

b) um problema de interpretação pode colocar-se como um problema semântico, o qual exige a utilização de uma regra semântica que, a sua vez, deve ser justificada por argumentação. Segundo Atienza, os hermenêuticos e Dworkin não conseguem ver a interpretação dessa forma, ou seja, com a necessidade de se utilizar de procedimentos e métodos para passar de um enunciado a interpretar ao enunciado interpretado;

c) o fundamento último do processo argumentativo é de natureza moral, mas não qualquer moral. A interpretação exige sempre a assunção de uma determinada teoria moral: nos casos fáceis, essa teoria moral está identificada por critérios de Direito positivo; nos casos difíceis, deve optar-se por uma maneira de entender os valores constitucionais;

d) a atitude interpretativa que se exige ao interpretar não é compatível com o ceticismo moral. Assim, é possível discutir racionalmente sobre valores, mas, segundo Atienza, não haverá uma única resposta correta, ainda que os juízes devam buscá-la e o Direito deva postular uma correção;

e) na interpretação existe um elemento de autoridade e um elemento valorativo. O aspecto de autoridade marca os limites da interpretação, pois o intérprete somente pode utilizar “materiais jurídicos” que derivam de uma regra de reconhecimento; o aspecto valorativo guia a interpretação, o que permite responder a questão de “para que interpretar?”

3.3 A Hermenêutica e suas Vertentes Brasileira e Norte-Americana

A Hermenêutica em sua vertente brasileira – fala-se aqui de Lenio Luiz Streck⁶⁴⁴ e de seus seguidores⁶⁴⁵, não de autores que não se filiam ao paradigma hermenêutico, embora

⁶⁴⁴ Ver: Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Streck, L.L. (2002). *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Streck, L.L. (2011). *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; Streck, L.L. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: Rocha, L.S.; Streck, L.L. et al (Orgs.). (2005). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Faculdade de

tentem fazê-lo⁶⁴⁶ – não é a Hermenêutica técnica ou como método. É uma condição de possibilidade da compreensão, o que faz com que o hermeneuta se mova no nível ontológico, não no nível meramente ôntico do ente investigado. Isso será adiante melhor explicado. A teoria do Direito de Lenio (Nova Crítica do Direito – NCD ou Crítica Hermenêutica do Direito - CHD⁶⁴⁷) aponta para o problema metodológico representado pela tripla questão que move a teoria jurídica contemporânea: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada) frente à (inexorável) indeterminação do Direito e à crise de efetividade das Constituições em países de modernidade tardia. A interpretação, portanto, é um problema central em sua crítica hermenêutica do Direito.

De fato, o que possibilita a própria metodologia como uma parte da teoria do Direito, com a mediação entre o “processo jurídico” e sua aplicação, é a interpretação, como bem adverte Karl Larenz. Isso leva em consideração uma ideia do próprio Gadamer, para quem, na dialética da pergunta e da resposta, se encontra o modo pelo qual todo e qualquer sentido pode aparecer. Por isso o paradigma hermenêutico filosófico, cujas origens estão em Martin

Direito UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Streck, L.L. (2001). Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito. *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. São Leopoldo; Streck, L.L. (2004). Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proibição deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. I, n. 2. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica; Streck, L.L. (2001). Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise da eficácia da constituição. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 81, XXVI, tomo I, março; Streck, L.L. (2003). Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, dez.; Streck, L.L.; Santos, A.L. C. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? In: Rocha, L.S.; Streck, L.L. (Orgs.) (2002). *Anuário do programa de pós-graduação em direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos.

⁶⁴⁵ É o caso de: Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Ramires, M. (2009). *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Tassinari, C. (2013). *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Hommerding, A.N. (2007). *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

⁶⁴⁶ Esse parece ser o caso de Camargo, M.M.L. (2003). *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. Noutra nota de rodapé, adiante, explica-se o porquê.

⁶⁴⁷ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 277.

Heidegger e Hans-Georg Gadamer, não compartilha com a ideia de que é possível construir uma teoria de interpretação conceitual e descritiva, como pretende, por exemplo, Guastini.

Falar de filosofia hermenêutica significa falar de algo muito próximo à hermenêutica filosófica, já que essa é elaborada a partir daquela. É bom que isso seja explicado para evitar qualquer entendimento incorreto. E também para clarear o que, por vezes, pode ficar obscuro. Sua diferença, ou uma das suas diferenças, encontra-se no fato de que Martin Heidegger é o “pai” da filosofia hermenêutica que serve de pano de fundo para a hermenêutica filosófica, cuja origem está em Hans-Georg Gadamer.

Assim, quando se fala de filosofia hermenêutica ou de hermenêutica filosófica, já se pressupõe que uma está imbricada na outra. Portanto, não há qualquer problema em utilizar uma expressão pela outra. Agora, se se quiser uma melhor distinção entre ambas e entre a hermenêutica como método ou técnica, pode-se utilizar a distinção traçada por Ernildo Stein, maior autoridade em Heidegger na América Latina e interlocutor constante de Lenio Streck.

Para Stein, há uma distinção entre hermenêutica técnica, hermenêutica filosófica e filosofia hermenêutica. Segundo o filósofo, a hermenêutica técnica é “o vasto campo onde se situam os instrumentos de caráter formal com que abordamos o universo de tudo aquilo que pode ser chamado texto”. A hermenêutica filosófica

representa um campo com pretensões mais teóricas. Trata-se de atribuir a uma espécie de disciplina uma autonomia entre outros campos da Filosofia. Com a expressão hermenêutica filosófica, introduziu-se, na segunda metade do século XX, um novo âmbito que tem um alcance de caráter mais ligado ao problema do conhecimento. A hermenêutica filosófica apresenta-se com uma pretensão de universalidade semelhante ao conceito de dialética em outros tempos.⁶⁴⁸

A Filosofia Hermenêutica, entretanto, é um produto típico do século XX. Então, não se pode pensar, conforme Stein,

que com essa expressão queiramos apresentar uma alternativa diante de outras filosofias que já existiam antes. A Filosofia Hermenêutica vai além dos aspectos

⁶⁴⁸ Stein, E. Interpretacionismo: a tradição hermenêutica diante de duas novas propostas. In: Reis, R.R.; Rocha, R.P. (2000). *Filosofia hermenêutica*. Santa Maria: UFSM, p. 56.

técnicos da primeira, dos aspectos gnoseológicos da segunda e introduz um novo modo de conceber o próprio conceito de compreensão e interpretação. Assim, a Filosofia Hermenêutica apresenta-se com uma pretensão de radicalidade desconhecida das outras duas, na medida em que com ela se inaugura um novo ponto de partida para a Filosofia⁶⁴⁹.

Então, como a filosofia hermenêutica passou a ser um novo ponto de partida para a filosofia? O que significa a filosofia hermenêutica para a interpretação e, em particular, para a interpretação do Direito? Mais que isso: o que significa tudo isso quando se confrontam hermenêutica e teoria da argumentação?

Algumas breves palavras têm de ser ditas. Martin Heidegger, em 1927, publica “Ser e Tempo”, fazendo uma análise do *Dasein*, o “ser-aí”, expressão de que adiante me ocuparei. Heidegger trabalha com a problemática do ser, o que teria sido esquecido pelos gregos desde Platão e Aristóteles. Ambos identificaram o ser com o ente, e isso provocou o início da metafísica que se alastrou até o século XX⁶⁵⁰. Ou seja, desde Platão e Aristóteles, o ser ficou no esquecimento e não mais foi questionado. Platão, inimigo dos sofistas, “sacou” destes a “palavra”, a linguagem, dizendo que esta não interessava porque as coisas se podiam conhecer pela ideia. Aristóteles, por seu turno, somente via a linguagem como um “comunicador”, um intermediário entre o sujeito e o objeto. Sem linguagem, a metafísica ganhou espaço e se desenvolveu como uma cicatriz na história da humanidade como o esquecimento do ser.

Mas, afinal, o que é o ser e o que é o ente? Bom, Heidegger pressupõe que há uma “diferença ontológica” entre o ser o ente. E essa diferença – que é um dos teoremas de sua filosofia – faz com que o ser seja sempre o ser do ente e que o ente somente seja em seu ser. Essa questão, porém, também ficará mais clara adiante. Agora, como dito, há que se verificar o que é o ente.

Chamamos ente muitas coisas e em diversos sentidos. Ente, segundo Heidegger⁶⁵¹, é tudo aquilo de que falamos, tudo aquilo a que miramos, aquilo para o qual nos comportamos

⁶⁴⁹ Stein, E. Interpretacionismo: a tradição hermenêutica diante de duas novas propostas. In: Reis, R.R.; Rocha, R.P. (2000). *Filosofia hermenêutica*. Santa Maria: UFSM, p. 56.

⁶⁵⁰ Veja-se a reconstrução de Lenio Luiz Streck, com o início da filosofia e da linguagem a partir do “Crátilo”, de Platão, depois Aristóteles, Santo Agostinho e outros, chegando a Heidegger e Gadamer: Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 151-162.

⁶⁵¹ Heidegger, M. (2000). *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, p. 6-7.

de tal e tal modo. Ente é também o que e como nós mesmos somos. Então, ente é tudo aquilo com o qual o homem mantém uma relação; é aquilo sobre o que se pode dizer algo. O ente, porém, não é o ser, ainda que deste não se cinda em razão da diferença ontológica.

O ser, ao contrário, diz respeito ao universo de condições do encontro com os entes. Diz respeito às condições que tornam possível um encontro com entes “como” entes qualificados, ou seja, entes que vêm ao encontro sempre submetidos a uma perspectiva⁶⁵² Para Heidegger, porém, a questão sobre o sentido do ser é a mais universal e a mais vazia; mesmo assim, ela abriga igualmente a possibilidade de sua mais aguda singularização⁶⁵³.

Há, ainda, outra categoria que Heidegger utiliza e que, sem ela, não é possível compreender sua filosofia. É o *Dasein*, o ser-aí, a que fiz menção há pouco. Afinal de contas, o que é, então, o *Dasein*? O que significa o ser-aí? De fato, é possível chegar a uma ideia aproximada, mas só aproximada, do que significa o ser-aí. Segundo Ernildo Stein⁶⁵⁴, em Heidegger, o *Dasein* é o ente que compreende ser. O ser é a partir da compreensão do *Dasein* e o *Dasein* é a partir da compreensão do ser. O *Dasein*, assim, é um ente de caráter superior entre os entes que se constitui pela compreensão do ser. O *Dasein* é um plano em que se dão ente e ser, no nível do ente privilegiado. É aqui que se introduz a diferença ontológica, sustentada pelo *Dasein*. E é aqui que Heidegger ultrapassa o caráter metafísico e objetivista e o espaço fenomenológico-transcendental, como adiante será explicitado. *Dasein*, portanto, apresenta-se na obra de Heidegger⁶⁵⁵ com vários sentidos: tanto como uma “abertura do ser” como compreensão, homem⁶⁵⁶, existência, vida humana (ente que em seu ser conhecemos como vida humana, ente que cada um de nós é, etc.). O que importa é que, sem o *Dasein*, o

⁶⁵² Heidegger, M. (2000). *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, p. 6-7.

⁶⁵³ Heidegger, M. (2000). *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, p. 70.

⁶⁵⁴ Stein, E. (2003). *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Unijuí, p. 17.

⁶⁵⁵ Heidegger, M. (2003). *O conceito de tempo*. Prólogo. Trad. Irene B. Duarte. Lisboa: Fim de Século, p. 12-33.

⁶⁵⁶ A identificação do *Dasein* com o “homem”, porém, é discutível. Em nota explicativa na edição brasileira de *Ser e Tempo*, invocando uma entrevista de Heidegger ao *Der Spiegel*, Rev. Tempo Brasileiro, n. 50, julho/set. 1977, é dito que o *Dasein* “não é sinônimo nem de homem, nem de ser humano, nem de humanidade, embora conserve uma relação estrutural. Evoca o processo de constituição ontológica de homem, ser humano e humanidade. É na presença que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história etc.” “Pre-sença” é a tradução feita para o termo *Dasein*, que também é traduzido por “ser-aí”. Consultar Heidegger, M. (2000). *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, p. 309.

ser-aí, não há compreensão, pois é o *Dasein* que compreende ser, e isso não pode ficar no esquecimento para quem pretende compreender um pouco a filosofia de Heidegger⁶⁵⁷.

Já foi falado sobre o ente, o ser e o *Dasein*. O *Dasein*, como dito, é o ente (privilegiado) que compreende ser. Isso, portanto, não é algo sem importância. Por quê? É que o *Dasein* e sua compreensão, como ente que compreende ser, possibilita algo mais na crítica da tradição filosófica: o *Dasein* possui uma estrutura peculiar que faz com que as considerações de método operem no interior da análise de seu ser, e não do exterior. Às considerações metodológicas nesse sentido, Heidegger chama de “método fenomenológico”. Desde Heidegger, o método fenomenológico, que não é método no sentido analítico do termo, é uma espécie de hermenêutica universal. Como ensina Lenio Luiz Streck⁶⁵⁸, o método fenomenológico é uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica por via da linguagem. Por meio dele, é possível descobrir um projeto analítico da linguagem, em uma proximidade imediata com a práxis humana como existência e facticidade, onde a linguagem não é analisada em um sistema fechado de referências, senão no plano da historicidade. A Hermenêutica, assim, procura não se desligar da existência concreta e da carga pré-ontológica que, na existência mesma, já sempre vem antecipada. O método fenomenológico é determinado desde a “coisa mesma”, uma vez que não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto. Como o *Dasein* impõe, em razão de sua estrutura peculiar, que a consideração metódica seja realizada desde o interior da sistemática análise de seu ser e sentido, o método fenomenológico somente é possível na medida em que, de sua aplicação, os primeiros resultados vão sendo obtidos.

Pelo descrito até o momento, algumas ideias podem ser úteis para que se possa entender, um pouco, a importância da filosofia hermenêutica para a interpretação. Já se viu que há entes (concretos, portanto), ser (condição de possibilidade, sentido), *Dasein* (o ente

⁶⁵⁷ Ao introduzir o *Dasein* em seu pensamento, Heidegger cria novo conceito “de ser que não está mais ligado aos entes de maneira objetivista, mas que surge no ser-aí como o sentido do ser. É desse ser que podemos afirmar que podemos afirmar que foi esquecido na metafísica, e somente um conceito de ser ligado ao ser-aí, que é um nível de ente que se articula fora da metafísica, é capaz de constituir o ponto de partida da superação da metafísica”. Stein, E. (2002). *Pensar é pensar a diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, p. 150. Nesse sentido, numa síntese da hermenêutica filosófica e da sua importância para a compreensão do Direito: Lucas, D.C.César. *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”*. In: Lucas, D.C.; Sparenberger, R. (Orgs.). (2006). *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí.

⁶⁵⁸ Streck, L.L. (2002). *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 20.

que compreende ser) e um método que opera desde a coisa mesma e que somente é possível como aplicação. Isso terá consequências importantes para a compreensão da hermenêutica gadameriana, o que se verá adiante. A partir de agora, é possível introduzir a problemática da diferença ontológica, um dos teoremas da filosofia de Heidegger, e do giro que esse faz quando ultrapassa a metafísica e o espaço fenomenológico-transcendental.

Heidegger defende uma “ontologia fundamental” que propõe uma diferença ontológica. Isso significa que o ser é sempre o ser de um ente, e que o ente só é em seu ser. A ontologia fundamental não é a mesma ontologia clássica que identificava o ser com o ente. O questionamento ontológico, para Heidegger, é um questionamento ontológico mais originário que as pesquisas ônticas das ciências positivas que são fundadas pela ontologia. A questão do ser mira as condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas. Para que a ontologia não permaneça cega, no entanto, deve haver previamente esclarecido o sentido do ser. A ontologia necessita compreender esse esclarecimento como sua tarefa fundamental⁶⁵⁹.

Bem, se o ser é o ser de um ente e o ente somente é em seu ser, há um problema com a separação entre razão teórica e razão prática. Heidegger percebe isso e trata de colocar as coisas em seu lugar. E isso remete à teoria kantiana, uma das principais da modernidade filosófica. Emmanuel Kant⁶⁶⁰ buscou a conciliação entre o racionalismo e o empirismo. Pensou ser importante o que David Hume dizia, mas percebeu que, mais adiante da tradição da organização lógico-analítica e do empírico, havia um terceiro campo: o fundamento. Kant, então, tentou juntar os três elementos da tradição: o empírico, o universo lógico-analítico e o princípio organizador. Esses três elementos se fundiram em um só na “Crítica da Razão Pura”. Com isso se fundou a primeira teoria do conhecimento. E Kant o fez sem qualquer tipo de intuição de caráter misterioso.

O problema do conhecimento, desde Kant, passa, então, a ser o seguinte: que esforço temos de fazer para “tirar” o conhecimento de nós? Kant, assim, limitou a metafísica e

⁶⁵⁹ Heidegger, M. (2000). *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, p. 35-37.

⁶⁶⁰ Sobre a temática, tem-se como base: Stein, E. (1996). *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, p. 55-57; Stein, E. (1983) *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, p. 80; Heidegger, M. (2000). *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, p. 98; Terra, R.R. (1999). *Notas sobre sistema e modernidade – Kant e Habermas. Filosofia política: nova série*. 4. Porto Alegre: L&PM, p. 58.

preparou o campo de uma investigação possível do conhecimento. O filósofo também limitou a metafísica com relação à “coisa”. A coisa em si era o restante da metafísica que Kant conservou no limbo: isso não pode ser objeto de conhecimento. O modo como Kant trabalhou estabeleceu a finitude do conhecimento e a finitude da condição humana, e os problemas da filosofia ficaram reduzidos à questão: que é o homem?

Kant não tentou uma solução radical e, segundo Heidegger, não deu uma resposta satisfatória à questão do ser e da verdade, em razão de uma análise insuficiente do homem. Heidegger, então, colocou Kant em seu lugar. Heidegger percebeu que o conhecimento é finito e físico. Assim, não há uma perspectiva de se colocar um horizonte para além da temporalidade do *Dasein*. Heidegger interpretou fenomenologicamente “Crítica da Razão Pura”, uma vez que havia percebido que nós não podemos “perder o mundo”, ou seja, não podemos perder as coisas, mas temos de pensá-las de maneira formal, transcendental. Heidegger viu que era necessário reter a experiência de Aristóteles (o contato com as coisas) e que era possível dizer a estrutura da realidade por meio de conceitos formais: não podemos perder o contato entre o sentido e a realidade, as palavras e as coisas. Heidegger, porém, disse que nós estruturalmente já-estamos-sempre. Fez, portanto, uma fenomenologia “não-ingênua”: pegou de Aristóteles a ideia de que o fenômeno é essencial e de que o sentido que possibilita pensar isso vem de nós, vem de dentro. Assim, as coisas não vêm a nós sem nós, o que significa que o mundo não é um idealismo. Nós somos seres-no-mundo, pois, ao mesmo tempo em que o mundo nos constitui, nós constituímos o mundo.

Essa realidade que Heidegger nos devolveu está vinculada a uma experiência ôntica prévia. Por isso, se o ser-no-mundo é uma constituição fundamental do *Dasein*, em que ela se move no geral e, sobretudo, no modo da cotidianidade, então o *Dasein* já deve haver sido sempre experimentado onticamente. Seria incompreensível uma obnubilação total, em especial porque o *Dasein* dispõe de uma compreensão ontológica de si mesmo, por mais indeterminada que seja. É que tão logo o fenômeno do conhecimento do mundo se aprende em si mesmo, sempre recai em uma interpretação formal e externa. Um indício disso é a suposição do conhecimento como uma relação de sujeito e objeto, tão verdadeira quanto vã. Sujeito e objeto não coincidem com *Dasein* e mundo⁶⁶¹.

⁶⁶¹ Heidegger, M. (2000). *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes.

A importância de tudo isso é que, para Heidegger, não haverá uma ruptura entre conhecimento sensível, lógico e transcendental (Stein). Há, aí, uma relação recíproca constante e, com isso, chega-se ao fim da metafísica clássica, pois o novo paradigma será capaz de produzir um amálgama. A metafísica clássica – seja a essencialista, em que as coisas possuíam uma essência a ser alcançada; seja a do sujeito, filosofia da consciência, em que o sujeito submetia o objeto – resta arruinada, porque agora não há mais a cisão sujeito-objeto. É o giro linguístico que faz com que a linguagem passe, com Heidegger, ao topo da filosofia. Se para Platão, a linguagem não importava porque era possível conhecer as coisas pela ideia, portanto, sem ela, e para Aristóteles, ela era um simples meio para comunicar essências, com Heidegger é diferente: ela deixa de ser uma intermediária, uma terceira coisa entre sujeito e objeto e passa a ser condição de possibilidade da compreensão. A linguagem passa a ser a “condição de possibilidade do próprio filosofar”, como diz Lenio Streck⁶⁶², e, desde aí, o conhecimento não vem antes do compreender, ou seja, não interpretamos para compreender, senão o contrário: compreendemos para interpretar⁶⁶³.

O outro teorema de Heidegger é o círculo hermenêutico⁶⁶⁴. O círculo hermenêutico – e aqui se invoca Stein⁶⁶⁵ – parte de uma ideia de que não é possível dizer simplesmente que a estrutura hermenêutica, a estrutura da compreensão do ser humano, produz história, cultura e tradição sem pressupor, ao mesmo tempo, que essas também operacionalizam a compreensão. Isso reforça a ideia de circularidade entre essa produção e a compreensão. Assim, já sempre compreendemos enquanto compreendemos o todo. O contrário também é válido: enquanto compreendemos o todo, já sempre nos compreendemos. Essa estrutura básica do círculo hermenêutico termina sendo aquilo que se projeta sobre todas as ciências hermenêuticas. Há uma impossibilidade de cindir sujeito e objeto, e é impossível, também, cindir o sujeito do objeto, porque, no fato histórico, já sempre estamos, de certo modo, submergidos. Não podemos medir um fato como pode ocorrer na observação de um fenômeno físico. Então, no

⁶⁶² Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 223.

⁶⁶³ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 223.

⁶⁶⁴ Sobre o círculo hermenêutico, consultar também Schleiermacher, F.D.E. (2000) *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. e apresentação de Celso Reni Braidão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, p. 47-55.

⁶⁶⁵ Stein, E. (1996). *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, p. 42.

sentido dessa estrutura circular, do modo de o homem ser no mundo, vem a estrutura circular do ser, que é difundida por todas as ciências hermenêuticas.

A ideia de círculo hermenêutico e a impossibilidade de cisão entre sujeito e objeto irão vincular-se ao problema da estrutura da compreensão que, mais tarde, será apropriada por Gadamer.⁶⁶⁶ Os componentes da estrutura da compreensão, segundo Heidegger, são: a) uma posição inicial que possibilita um horizonte de articulações: o contexto da coisa (*Vorhabe*); b) uma perspectiva em que se encara esse conjunto de articulações: a perspectiva do intérprete; c) a apreensão desse conjunto de posições e visões prévias: a pré-compreensão (*Vorgriff*). Esses componentes servirão a Gadamer para contrapor a teoria representacional e dizer que não há como escapar de nossa tradição e dos nossos preconceitos⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ Toda a história da tradição hermenêutica traz, como marca fundamental, que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, e que, portanto, não pode haver uma pretensão de totalidade da interpretação. Stein, E. (2000). Interpretacionismo: a tradição hermenêutica diante de duas novas propostas. In: Reis, R.R.; Rocha, R.P. (2000). *Filosofia hermenêutica*. Santa Maria: UFSM, p. 66. O intérprete deve manter-se no círculo hermenêutico com “olhos” postos na coisa mesma, lembrando que algo sempre escapa à compreensão. Para Heidegger, na circularidade hermenêutica, o círculo “não deve ser degradado a círculo vicioso, mesmo que esse seja tolerado.” Há possibilidade de um conhecimento mais originário que só é compreendido adequadamente se se entender que, na interpretação, a tarefa primeira e última é não deter, de antemão, visões, posições ou concepções empíricas prévias (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*). Deve-se, sim, assegurar a cientificidade na elaboração de conceitos “a partir da coisa, ela mesma”. Toda “interpretação correta” deve se proteger da arbitrariedade da ocorrência de “felizes ideias” e da limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, orientando sua vista “às coisas elas mesmas”. Assim, importa, “manter a vista atenta à coisa, através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorram. Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar.” Tão logo haja um primeiro sentido do texto, o intérprete delinea o sentido do todo. Mas o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas - como projetos, são antecipações que apenas devem ser confirmadas “nas coisas” - é a tarefa constante da compreensão. Gadamar, H.G. (1999). *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, p. 402.

⁶⁶⁷ A tarefa hermenêutica converte-se por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinada por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e consequentemente possível a opinião do texto, até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, tem de se dispor a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, “uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias”. Gadamer, H.G. (1999). *Verdade e*

Pois bem, o que significa tudo isso para o Direito? Ou, melhor, o que o giro ontológico-linguístico deveria significar para o Direito e seu aspecto interpretativo? É o que se pretende demonstrar.

Esse câmbio ontológico-linguístico que, a partir de Ser e Tempo, invadirá a filosofia também invadirá a compreensão do Direito. Com isso, essa compreensão ganhará um aspecto existencial, ontológico deixando de ser meramente ôntico, o que permitirá compreender diversos problemas que as teorias positivistas, psicológicas, realistas e tantas outras teorias do Direito vêm tentando sem maior sucesso. É que, a partir de Heidegger e, depois, com Gadamer, o problema hermenêutico deixou de ser um problema de método e aponta para a dimensão ontológica da compreensão; aponta para a faticidade em que o intérprete emerge como sujeito histórico, desde sempre localizado no mundo, com preconceitos e pré-juízos, aos quais tem de estar atento para que esses aspectos não possam interferir na compreensão. Agora, como a Hermenêutica passa a colocar o acento na compreensão e não mais no conhecimento, como ocorria com as teorias kantiana e neokantiana que dominaram – e ainda dominam – ,a teoria do Direito, as categorias conceituais e as distinções entre teoria e práxis, ser e dever ser, mundo fático e mundo jurídico, regra e princípio, questão de fato e questão de direito, linguagem e metalinguagem, para ficar somente com essas, em que pese poderem ainda ser consideradas desde o ponto de vista analítico, caem em uma impossibilidade de fato em razão da diferença ontológica, que será estendida ao problema da interpretação mesma, fazendo ver que não há como cindir os âmbitos do ser e do dever ser – consequência, portanto, dos efeitos da diferença ontológica mesma – e que, no âmbito da compreensão, não haverá um processo em parcelas com, primeiro, uma compreensão; segundo, uma intelecção e, por fim, a posterior aplicação. É que isso, com a virada linguística, com o giro ontológico-linguístico, passa a ocorrer ao mesmo tempo, no entremeio do (virtuoso) círculo hermenêutico. A síntese hermenêutica agora passa a ser *applicatio*, que para o Professor Lenio Streck⁶⁶⁸ significa “um salto para além dos dualismos metafísicos, como essência e aparência, palavra e coisa, texto e norma etc.” Interpretar, portanto, é *applicatio* sempre.

método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, p. 405.

⁶⁶⁸ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 308.

Isso faz ver que as teorias interpretativas que propõem uma divisão na compreensão – por exemplo, a teoria de Guastini em uma de suas vertentes, que aponta primeiro para uma fase cognoscitiva, segundo para uma fase não cognoscitiva ou volitiva e assim por diante – ficam sem sentido, pois o fenômeno da compreensão ou, caso se queira, “interpretação”, é incindível. A estrutura da compreensão, por sua vez, demonstrará que a pré-compreensão é impossível de afastar-se do raciocínio e que o intérprete deve estar atento quanto aos pré-juízos e preconceitos que terá de suspender quando do processo compreensivo. A compreensão passa a ser um modo de compreender, um processo existencial, e passa a submeter, então, o conhecer a um segundo grau de racionalidade, o grau do conhecimento.

Em poucas palavras, invocando aqui Mafalda Faria Blanc, o elemento organizador de nosso discurso lógico-sensível passa a ser nosso modo de compreender e organizar o mundo que nós somos. A compreensão do ser constitui a essência do homem e tem o nome de existência (*Existenz*) e, determinado a partir da existência, o homem é o ser-aí (*Dasein*). Assim, a ontologia fundamental se realizará na forma analítica do ser-aí (*Daseinsanalytik*) e sua proposta será determinar o horizonte que possibilita a compreensão do ser dos entes por meio do levantamento da estrutura ontológica do *Dasein*⁶⁶⁹.

Heidegger, em “Ser e Tempo”, como dito, faz um estudo do *Dasein*, ao qual chamou de “analítico”. Significa dizer que, também para operar com a compreensão e seus elementos existenciais, é necessário fazer uma avaliação analítica do ente que compreende ser e de seus dados estruturais. Pode-se dizer que essa avaliação é um obstáculo à qualificação do ser apresentada por Martin Heidegger, por alguém que é anticientífico. Dito de outro modo, em Heidegger, há uma espécie de epistemologia no próprio problema da compreensão. No entanto, essa epistemologia não é a mesma das ciências naturais, mas das ciências do espírito, coisa que Willelm Dilthey, há muitos anos, havia percebido.

Veja-se que, desde Heidegger e Gadamer, não se pode mais falar de uma interpretação em sentido conceitual ou descritivo, isto é, no sentido da análise das ciências naturais, ou, ao menos a possibilidade dessa interpretação fica muito debilitada. Veja-se, ainda, que essa dificuldade é consequência de um novo modelo de filosofia que rompe com um modelo vinculado à subjetividade ou com a filosofia da consciência. Essa, em suas diferentes versões, dominou o mundo até o giro ontológico-linguístico que Heidegger descreve na filosofia.

⁶⁶⁹ Blanc, M.F. (s.d.) *O fundamento em Heidegger*. Lisboa: Piaget, p. 46-48.

Desde o giro linguístico, portanto, que invade a filosofia e também o Direito, já não se pode mais tratar com pureza o problema da razão teórica e da razão prática. É que Heidegger chama o homem à compreensão de ele pertencer ao mundo, inserido em uma tradição, possuidor de pré-juízos e preconceitos; ele mesmo disse: como aquele que deve ser o “pastor do ser”. A linguagem, porém, domina o homem, pois é a “casa do ser” (Heidegger).

A importância do giro linguístico é tão grande que autores como Giuseppe Zaccaria visualizam a possibilidade de aproximação entre filosofia analítica e Hermenêutica, com base nos efeitos do giro linguístico. Isso significa que a própria filosofia analítica não é mais a mesma desde o câmbio ontológico-linguístico.

Llegando a la madurez ‘después’ de la disolución posthegeliana del concepto de totalidad, ‘después’ de la crítica ‘nietzscheana’ de la subjetividad, ‘después’ de la crítica epistemológica del ideal de exactitud matemática, ‘después’ del abandono por WITTGENSTEIN de la teoría verificacionista y referencial del significado, el Linguistic Turn, o sea, la constitución del lenguaje como objeto privilegiado de la investigación filosófica, se coloca cada vez más en el centro de todo el pensamiento filosófico occidental (y en este sentido se hace presente, aunque de diferentes maneras, tanto en la Hermenéutica como en la filosofía analítica). Las cuestiones de la filosofía se han transformado ampliamente, y de modo muy profundo, en cuestiones de lenguaje. Es el paso de un pensamiento centrado en las relaciones clásicas de sujeto-objeto a una reflexión concentrada en las relaciones entre lenguaje y mundo, entre palabra y cosa. En la antigüedad, y aún hoy en día en el pensamiento corriente, existen, en términos separados, una realidad, un pensamiento que la piensa y un lenguaje que la expone; por el contrario, en los más maduros desarrollos de la reflexión contemporánea el lenguaje ya no se considera el mero instrumento de una representación, que queda en el exterior del contenido del pensamiento, sino que adquiere una dignidad propia, autónoma y bien presente. Nuestra experiencia del mundo sufre el condicionamiento preliminar de las categorías *lingüísticas* que practicamos y heredamos como sujetos pertenecientes a una determinada tradición. La palabra adquiere su densidad como lugar a partir del cual resulta posible el darse de las cosas⁶⁷⁰.

O giro linguístico, assim, é o promotor da “distância crítica” com respeito às formas transmitidas pela metafísica tradicional, tal como ensina Zaccaria⁶⁷¹. É por meio do giro que se pode questionar a tradição filosófica anterior (K. O. Apel), articulando uma “consciência de crise” como manifestação de um sentido e recuperação de uma universalidade do pensamento⁶⁷². Assim, a filosofia da consciência encontrará seus limites no momento em que

⁶⁷⁰ Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, p. 152-153.

⁶⁷¹ Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, p. 153.

⁶⁷² Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, p. 153.

for reconhecido que a especulação depende da filosofia da linguagem, seja no sentido de que a linguagem representa o horizonte mais amplo do que aquele em que ela se situa ou no sentido de que a consciência já está orientada pelos modos de sua formação linguística. Nas palavras de Zaccaria,

Más allá de la experiencia de su propio pertenecer al lenguaje, no es posible pensar el pensamiento: lo que nos es posible reconocer como un pensamiento posee la característica intrínseca de hallar expresión en un lenguaje; este último aparece como 'institutivo' de los significados, incluso en el valor práctico-hermenéutico de éstos. Cualquier comprensión, incluso ontológica, halla su expresión en primer lugar y siempre en el lenguaje⁶⁷³.

Portanto, a linguagem, desde o giro linguístico, passa a ser a ponte entre Hermenêutica e teoria da argumentação e, por que não dizer, entre Hermenêutica e filosofia analítica. Nesse sentido, é possível fazer um resumo de como a Hermenêutica e a filosofia analítica podem chegar a um mesmo significado das coisas. Aproveitam-se, aqui, as lições de Giuseppe Zaccaria⁶⁷⁴:

a) a filosofia analítica impôs o aspecto da relação palavra-coisa; a filosofia hermenêutica impôs a consciência histórica, a dimensão finita da ação, do conhecimento e da linguagem;

b) a compreensão que o homem tem das coisas e de si é radical e intrinsecamente histórica, e precisamente porque somos seres finitos a linguagem é conforme a nós;

c) a solução que oferecemos aos problemas da experiência é histórica e linguisticamente condicionada;

d) o fato de expor os problemas e as formas que em cada ocasião se expressam também são histórica e linguisticamente condicionados;

e) o ser mesmo é finito, e o ponto de vista, no qual se situa em cada caso e a partir do qual entramos em relação com os demais e com as coisas, é relativo e particular;

⁶⁷³Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, p. 154-155.

⁶⁷⁴Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, p. 156-160.

- f) cada fundação não é uma fundação absoluta;
- g) cada fundação ocorre no interior de um determinado contexto histórico-linguístico e a partir dele;
- h) a perspectiva hermenêutica, assim, redimensiona a teoria do fundamento e situa a razão em seu âmbito próprio e específico;
- i) a razão capta o sentido dos paradigmas e os termos, pondo as claras como são de fato utilizados;
- j) o significado mais profundo dos enunciados pode ser extraído analisando o que se faz com os enunciados, as ações que se executam com sua ajuda (“como hacer cosas con palabras”, seguindo John Langshaw Austin);
- k) em conclusão, a filosofia hermenêutica compartilha com a filosofia analítica, por caminhos diversos, a consciência de que pode se obter o significado das coisas observando de que maneira foram utilizadas efetivamente as palavras em um contexto concreto.

Vê-se, aqui, portanto, a importância da “palavra” e o que representam seus usos para a interpretação. Essa mesma ideia é defendida por Gadamer, que chega à conclusão de que a palavra não experimenta qualquer uso e que, se por ela, chegamos aos conceitos, também é necessário regressar dos conceitos à palavra.⁶⁷⁵ E isso é um aspecto fundamental para a compreensão, porque, ao menos no âmbito do Direito, ambas constituem uma espécie de “regra” hermenêutica, no sentido de que deve haver freios e eventuais discricionariedades por parte daqueles que julgam. Não é outro o pensamento de Ronald Dworkin no Direito norte-americano. Outra razão, pois, para que Dworkin seja considerado um autor hermenêutico.

Ronald Dworkin – ainda que não assuma explicitamente e ainda que outros autores também assim não o considerem, por ele não tê-lo feito manifestamente⁶⁷⁶ – é o autor cuja teoria mais se assemelha à Hermenêutica filosófica de Gadamer e que melhor representa a vertente hermenêutica norte-americana no Direito. Não pode haver dúvidas acerca disso. É

⁶⁷⁵ Gadamer, H.G. Da palavra ao conceito. In: Almeida, C.L.S.; Flickinger, H.G.; Rohden, L. (2000). *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 13-17.

⁶⁷⁶ Veja-se o caso de António Castanheira Neves, que não admite a assimilação da Hermenêutica Filosófica por Dworkin. Castanheira Neves, A. (1995). O actual problema metodológico da realização do direito. *Digesta v. 2*. Coimbra: Coimbra, p. 6-7.

nele que Lenio Streck recolhe seu principal subsídio em defesa da resposta correta. Dworkin, no juízo de Streck e de tantos outros, parece, portanto, ser a alternativa mais viável para a interpretação jurídica, ao menos no campo da interpretação judicial. Isso porque, ao contrário de Guastini, ele se apresenta como um autor que vê muito claramente o fato de que só conceitos não satisfazem o objetivo do Direito. É que o problema do Direito, para ele, não é uma questão de enunciados e proposições, mas de teoria moral e política. E isso, pensa-se, escapa da possibilidade de se praticar uma teoria interpretativa mesma, ou ainda que se possa construir essa teoria, escapa a possibilidade de haver uma teoria interpretativa que seja meramente conceitual ou descritiva. Isso porque, a interpretação do Direito é, como diz Dworkin, uma empresa. Somente aí, como se pode ver, ele já se encontra distante de Guastini.

Dworkin, ainda que não faça referência em suas obras ao giro linguístico, tem consciência de que é impossível operar o Direito do ponto de vista da teoria da representação, do sujeito cartesiano e, portanto, da relação sujeito-objeto. Quando fala de tradição, por exemplo, ainda que haja pouca menção à obra de Gadamer (duas ou três vezes), ele tem presente o reconhecimento de sua autoridade (vejam-se os precedentes judiciais, por exemplo). Quando opera o Direito como uma empresa, pode-se ver sua ideia de construção de um sentido e não de uma mera reprodução de sentido. Seu pensamento, assim, não deixa de se aproximar da Hermenêutica. Haveria outras considerações a fazer, mas essas ficam para adiante e servem para responder a pergunta que, pensa-se, deva ser feita: por que, de fato, não se pode concordar com o Professor Manuel Atienza quando ele afirma que os juízes, para decidir, podem e devem lançar mão de duas concepções, tanto da concepção de Guastini como da de Dworkin?

Aqui se deve ir por partes, já que esta é a principal objeção ao pensamento de Atienza, com quem, de fato, pode-se compartilhar tantas outras questões, como: o Direito é argumentação e interpretação, sem dúvidas; a ideia regulativa do Estado Constitucional é a justificação das decisões judiciais e dos demais órgãos e poderes públicos; os princípios estão ao lado das regras e servem tanto aos casos difíceis como aos casos fáceis etc. Algumas respostas à pergunta acima serão esboçadas adiante.

3.4 Por que não há Compatibilidade entre os Modelos de Interpretação de Dworkin e Guastini?

Pode-se começar a responder à pergunta acima, com o argumento de que a Hermenêutica, como filosofia hermenêutica, não nega a possibilidade de utilização de instrumentos ou métodos de interpretação. De fato, uma das primeiras “regras” da hermenêutica é respeitar os limites semânticos do texto. Mais que regras, porém, elas são categorias “existenciais” que o intérprete deve incorporar.

Há uma estrutura em nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Estamos condenados a interpretar. Compreender é um existencial, ou seja, uma categoria pela qual o homem se constitui. Faticidade, possibilidade e compreensão são alguns desses existenciais. É no modo da compreensão como ser no mundo que exsurgerà a “norma” produto da “síntese hermenêutica”, que se dá com base na faticidade e historicidade do intérprete⁶⁷⁷.

A Hermenêutica, portanto, trabalha com categorias existenciais. Também há regras que a Hermenêutica respeita, por serem impostas pela tradição na qual o intérprete está inserido e, por isso mesmo, são existenciais antes de tudo. São as regras de autoridade, que a própria tradição faz falar. E a tradição, no sentido defendido por Gadamer, “possui” um intérprete que nela, está inserido, não o contrário. Dito de outro modo, não é o intérprete que possui a tradição, mas é essa que o abarca. E tanto é assim que outra das “regras” – ou “mandamentos”, como se queira – da Hermenêutica, de não menos importância que as de semântica, é a preocupação (existencial) que o intérprete deve ter com relação aos preconceitos. Ele deve estar atento a esses, que devem ficar suspensos no momento da interpretação. Na visão da Hermenêutica, preconceitos, muito mais que preconceitos de um determinado sujeito, são “a própria realidade histórica do ser” (Gadamer). Nesse sentido, o jurista somente emerge como “sujeito desvelador do Direito” quando cuida de suspender os preconceitos e pré-juízos herdados do todo histórico de sentido que lhe propicia a tradição. Assim, o meio para se alcançar uma compreensão o mais objetiva possível é ser consciente dos próprios pré-juízos e refletir sobre eles. A pretensão de neutralidade, por exemplo, é o

⁶⁷⁷ Streck, L.L.(2007). Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência*, n. 54, p. 29-46, jul. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13733> , p. 3. Acesso em: 19 out., 2013, às 17h:00m.

fator principal que cega a visão de realidade. E o pré-juízo que mais cega é, como dito, “o prejuízo da ausência de pré-juízos” (Gadamer)⁶⁷⁸.

A Hermenêutica tem caráter universal⁶⁷⁹ mas essa universalidade não é um “absoluto”. A Hermenêutica é uma das muitas possibilidades para tratar com o mundo e com o Direito. Por isso, ela não se encerra nas teorias analíticas e nas teorias da argumentação. De fato, ela mostra a necessidade de tais teorias⁶⁸⁰. A problemática exposta por Arthur Kaufmann é que a maioria dos teóricos da argumentação e alguns teóricos do discurso, inseridos em um objetivismo reducionista, pensam que o pluralismo na ciência e na filosofia é um fenômeno negativo. No entanto, não é assim. O pluralismo não é obstáculo à verdade, mas pressuposto para se chegar a ela. E essa verdade não será uma verdade objetiva, mas intersubjetiva⁶⁸¹.

Se assim é, torna-se evidente que as regras de semântica ou as regras sobre os preconceitos – para ficar somente com estas – haverão de ser levadas em consideração pelo

⁶⁷⁸ Fernandez, A. (2002). *Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico: a “realização do direito” sob a perspectiva das dinâmicas evolucionárias*. Porto Alegre: Fabris, p. 192.

⁶⁷⁹ Gadamer combate a ideia cartesiana de método, ou seja, “a premissa fundamental do Aufklärung, segundo a qual um uso metódico e disciplinado da razão é suficiente para nos proteger de qualquer erro”. Veja-se: Gadamer, H.G. (1999) *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 416. Isso porque o método não assegura que o pré-conceito será eliminado. Ao contrário, a historicidade, inerente ao homem, traz consigo os pré-conceitos. O homem está imerso na história e não é possível situar-se fora dela. Por isso a pergunta fundamental que vai marcar o pensamento de Gadamer é: que significa para a compreensão e a autocompreensão do homem saber-se “carregado” por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição? Um pré-conceito básico do Iluminismo, assumido pelo historicismo, é, assim, o de que a subjetividade do conhecimento só é alcançável pela superação da situacionalidade própria à subjetividade que compreende. Portanto, para o Iluminismo, o ideal era eliminar os pré-conceitos por meio de um método seguro. Em contraponto a essa perspectiva, Gadamer vai elevar a historicidade da compreensão a princípio hermenêutico. Oliveira, M.A.(1996) *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, p. 226-229. Sua postura, assim, colocando o conhecimento como algo condicionado às ideias de “pré-conceitos” e de experiência, atenta contra o postulado maior das ciências desde o positivismo científico e filosófico do século XIX: a neutralidade do método. Isso porque, para o filósofo, as ciências do espírito são “contaminadas” pela experiência de mundo, pela historicidade de seu engajamento, pela contextualidade de sua produção. A ciência, assim, é muito menos um procedimento rigoroso de constituição de seus objetos que um método de depuração dos preconceitos vividos e interpretados pelo agente do conhecimento, em que desponta a instância lingüística como fundamental. Dizer o contrário, portanto, é correr o risco de aceitar a inocência metodológica que reduz os fenômenos sociais a meras “fatias” do saber do mundo dispostas para análises laboratoriais. Consultar Bittar, E.C. B. *Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica*. In: Boucault, C.E.A.; Rodriguez, J.R. (Orgs.). (2002). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, p. 185.

⁶⁸⁰ Kaufmann, A. (2004). *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 68.

⁶⁸¹ Kaufmann, A. (2004). *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 73.

intérprete que não pode “dizer qualquer coisa de qualquer coisa⁶⁸²”, pois o Direito não é uma atividade de sofistas, ao menos no âmbito da decisão judicial. Ou seja, o Direito não é e não pode ser o que o juiz, subjetivamente, desde seus preconceitos, queira que seja. E não pode mesmo ser isso, afirmação da qual compartilha o Professor Atienza, quanto à teoria da argumentação e à Hermenêutica.

Essas “regras”, porém, como as regras semânticas, ainda que importantes, não constituem o elemento essencial, o fundamento da interpretação. Há algo mais aí que somente pode encontrar-se na argumentação moral e política baseada na melhor teoria moral e política de uma comunidade. São regras “necessárias”, porque limitam a interpretação, mas não “suficientes”, como se diria na linguagem da teoria da argumentação. De fato, se como diz Atienza, os enunciados, para os hermeneutas, são “razões”, deve, então – pensa-se aqui –, o intérprete “dar razão às razões”. Essa “razão às razões” é de ordem moral, respeitados os limites do texto e as demais regras, não somente no sentido ôntico de “ferramentas”, senão no sentido ontológico de existenciais. Vê-se, assim, como a atividade interpretativa se translada desde um ponto de vista ôntico, desde uma perspectiva das ferramentas (as regras são ferramentas), até um ponto de vista ontológico: dar razões (morais) às razões. E isso é possível, por exemplo, por via dos princípios que podem ser considerados razões de amparo às regras, coisa de que a teoria da argumentação também não parece divergir. Não se deve esquecer de que uma argumentação pressupõe interpretação em sentido amplo, porque argumentar implica, necessariamente, um entendimento, atribuição de algum significado às premissas e conclusões, como afirma o próprio Professor Atienza⁶⁸³.

A Hermenêutica não deixa de reconhecer, pois, a ideia de uma racionalidade com características estruturais. Essa racionalidade – e o próprio Atienza⁶⁸⁴ –, se encontra em um

⁶⁸² A tradição limita a produção de sentidos. Nas palavras de Lenio Luiz Streck: “Qualquer um sabe – ou deve saber – que um texto jurídico possui múltiplos sentidos, se estes forem aferidos no plano de uma analítica da linguagem, no nível meramente apofântico. Mas, atenção, porque mesmo esses sentidos – na maioria das vezes multifacetados – também possuem limitações produzidas pela linguagem instituída por uma dada tradição”. Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 308.

⁶⁸³ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre, p. 21.

⁶⁸⁴ Silva, M.M. Diálogo entre Prof. Moacyr Motta da Silva e Prof. Manuel Atienza. In: Cruz, P. M; Roesler, C.R. (2007) *Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 89-90.

primeiro nível, que é o da razão de tipo formal, lógico. E isso integra o que a Hermenêutica chama de nível ôntico da compreensão.

Em nenhum momento a Hermenêutica parece refutar essa ideia. Também não recusa a ideia de que deve haver algum tipo de objetividade no terreno da prática, porque, se não houver, não há como se fundamentar nem a moral nem o Direito, ou seja, não podemos construir teorias que possam operar junto àqueles que trabalham com a moral e o Direito⁶⁸⁵. Veja-se, também, que para Atienza⁶⁸⁶ a lógica não se centra na atividade de argumentar, no processo de argumentação, senão nos argumentos, no resultado da atividade. Assim, o que se oferece são esquemas de argumentação, que cabe usar para controlar a correção dos argumentos. No entanto, a lógica não descreve como, de fato, se argumenta. Atienza, aqui, como se pode ver, tem em consideração o que chama de “concepção formal de argumentação” que “es característica de los lógicos, quienes definen un argumento, una inferencia, como un encadenamiento de proposiciones: en un argumento deductivamente válido, si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión⁶⁸⁷”.

Ao lado dessa concepção, Atienza ainda defende a existência das concepções material e pragmática (dialética) da argumentação. Em resumo, elas tratam, respectivamente: das premissas materiais que oferecem apoio para a resolução de um problema prático (a justificação externa da decisão), em que os argumentos são vistos como relações de razões teóricas (razões e crenças) ou razões de ordem prática (atitudes ou ações) – caso da concepção material; da argumentação, como um tipo de ação ou interação linguística, o que faz com que a argumentação seja vista como uma ação que tem lugar entre dois ou mais sujeitos⁶⁸⁸ – caso da concepção pragmática ou dialética.

A Hermenêutica não desconhece essas concepções, mas todas elas trabalham no plano do “conhecimento”, no nível epistemológico e não no da compreensão. É que a Hermenêutica é algo mais, adiante delas; é sua condição de possibilidade. Basta ver que tanto uma como

⁶⁸⁵ Atienza em seu diálogo com o Professor Moacyr Motta da Silva. Consulte-se: Silva, M.M. Diálogo entre o Prof. Moacyr Motta da Silva e o Prof. Manuel Atienza. In: Cruz, P.M.; Roesler, C.R. (2007). *Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 92.

⁶⁸⁶ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre/Facultad de Derecho, p. 31.

⁶⁸⁷ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre/Facultad de Derecho, p. 30.

⁶⁸⁸ Atienza, M. (2010). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho, p. 31-32.

outra, em que pese colocarem o problema da interpretação - ou como diz Atienza, a “centrarse en una u otras de las cuestiones de la interpretación”, – são, poder-se-ia dizer já em repetição, ferramentas que permitem um passo atrás, para possibilitar, quem sabe, a intelecção e/ou a correção dos argumentos. Demonstra-se ou tenta demonstrar-se, assim, como se chegou à decisão que já “chegou antes” da lógica ou das razões teóricas e práticas. É que a lógica ou as razões teóricas e práticas, em virtude da unidade interpretativa compreensão/interpretação/aplicação – que é a grande contribuição de Hans-Georg Gadamer para o problema interpretativo – não se desgarram da decisão. E a decisão, em razão da antecipação de sentido, já sempre chega antes que se possa pretender intentar optar por uma ou outra teoria, por uma ou outra concepção. Isso é incontável e somente a Filosofia Hermenêutica pode explicá-lo. E, ainda, é justamente porque o processo de compreensão não é um processo em parcelas, em “tiras” ou “rodela”, que não há como acolher a tese de Guastini, que caracteriza a interpretação como “el paso de las disposiciones a las normas a través de los enunciados interpretativos”. Como diz Gregorio Robles,

La dogmática del derecho representa de alguna forma un modelo para la hermenéutica general, puesto que ostenta los tres momentos fundamentales en torno a los cuales se articula esta última: la interpretación, la comprensión y la potencial aplicación a los casos concretos. Dicha aplicación deja de ser potencial para transformarse en actual en los procesos de decisión judicial, en la praxis jurídica. Por esta razón la concepción hermenéutica incorpora ambos momentos epistemológicamente diferenciados, la dogmática y la decisión, en un planteamiento general común, que no es otro que el que viene definido por la lingüisticidad o textualidad del derecho y por el carácter constitutivo de la interpretación. Ésta se eleva así a elemento ontológicamente decisivo para la definición del derecho. No existe de antemano el derecho sobre el cual se ejercería después la función interpretativa, sino que el derecho mismo es resultado de la interpretación. Ordenamiento jurídico y praxis jurídica adquieren de esta forma un tratamiento unitario, en cual se plantea asimismo la cuestión de la racionalidad práctica⁶⁸⁹.

Como se pode ver, a Hermenêutica não se centra nem na perspectiva formal, nem na material e nem na pragmática da argumentação, em que pese aproveitar-se delas. Está em plano distinto do plano das concepções de argumentação. E ainda que concepções como a concepção material – que se preocupa com o problema moral e político da decisão, e que se preocupa ainda em elaborar guias e critérios de correção dos argumentos (universalidade,

⁶⁸⁹ Robles, G. Prologo. In: Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, p. 9-10.

consistência, coerência) – possam vir a se equiparados à Hermenêutica, há algo que as separa: os planos de racionalidade, ou, em linguagem filosófica, os planos ôntico e ontológico.

É que a Hermenêutica, movimentando-se no plano ontológico, no plano da compreensão, não consegue operar com reducionismos, ou seja, não assume pontos de vista reducionistas. Dessa forma, deve haver regras para controlar a aplicação de princípios – o que se pode ver, por exemplo, em teorias como a de Robert Alexy – ou pontos de vista epistemológicos que levam a ver a compreensão como um processo em “fatias”. Esse é o caso da teoria de Guastini que, de certa forma, é adotada pelo Professor Manuel Atienza.

Evidentemente, é possível que a Hermenêutica, desde que não compreendida adequadamente, venha a apresentar inconvenientes.

Esses são os mesmos que Paul Ricoeur⁶⁹⁰ aponta em crítica a Dworkin que, como se sabe, elege uma concepção material, substantiva de interpretação. Aqui, porém, pensa-se que essa concepção não se desgarra da Hermenêutica: o “caráter interminável da controvérsia” que, segundo Ricoeur, somente poderia ser compensado por um forte consenso de uma sociedade democrática e fragilidade de juízos confiados à capacidade de aceitação dos diversos envolvidos no processo interpretativo, como as partes de um processo judicial, a profissão jurídica ou a doutrina jurídica.

No entanto, isso tudo integra o “jogo linguístico”, e a Hermenêutica tem as condições e a possibilidade de evitar os inconvenientes. Recordam-se, para tanto, as categorias básicas da Hermenêutica, que constituem verdadeiros existenciais do interpretar, como, por exemplo, a consciência histórica efetual, a fusão de horizontes e a mediação da distância no tempo.

A fusão de horizontes é algo como uma superação. Como ensina Antonio Osuna Fernández-Largo⁶⁹¹, há uma espécie de “fosso” que separa os entes entre si. A compreensão salva os entes desse fosso por meio de um “contínuo desbordar-se” dos entes até abarcarem, em seus horizontes, os entes distintos. E essa superação será a fusão dos horizontes, sendo o horizonte um âmbito de visão que é dado desde um ponto determinado da história. E como diz Osuna Fernández-Largo, “estos horizontes no se agotan nunca ni estabilizan, pues pueden

⁶⁹⁰ Ricoeur, P.(1990). *Interpretação e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p.

⁶⁹¹ Osuna Fernández-Largo, A. (1992) *Hermenêutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, p. 55-56.

progresar sin fin, en la misma medida en que desbordamos nuestros personales prejuicios y generamos nuevos espacios de comprensión”.

A compreensão é um sobrepassar o horizonte histórico e ganhar um novo horizonte superador (fusão). O intérprete está submetido à temporalidade e historicidade. Na fusão de horizontes, pressupõe-se que a consciência histórica terá lugar tanto no fato passado como no intérprete atual. Assim, com a fusão de horizontes, pode-se afirmar que o texto histórico somente é abordado desde a historicidade do intérprete. E isso é assim porque a fusão de horizontes é uma fusão do horizonte do presente com o passado. Por isso, Osuna dirá que “La decisivo en la interpretación es el horizonte de la pregunta que suscita el intérprete”. E se assim é, submeter o intérprete ao horizonte próprio do primitivo autor (de uma lei, por exemplo) é algo inconcebível, e é aqui que o historicismo peca.

Não há como compreender a fusão de horizontes sem que alguma pergunta seja feita desde a historicidade do intérprete. E a pergunta correta é que poderá levar o intérprete à resposta correta. A fusão de horizontes – entende-se – mostra, por exemplo, que a controvérsia tem um caráter interminável mesmo, e isso não é um problema, senão algo positivo e inevitável. Ou seja, isso é assim mesmo. O consenso de que trata Ricoeur, nesse sentido, pode ser uma opção política, mas não algo relacionado com a Hermenêutica como compreensão e seus possíveis efeitos. Adotar o ponto de vista de Ricoeur significa, simplesmente, assumir que a Hermenêutica não produz nada no mundo concreto, que não tem função nenhuma e que podemos muito bem viver sem ela. É dizer - já que o consenso em sociedades democráticas é algo muito difícil de obter - que então devemos buscar outra via para interpretar as coisas do mundo, uma vez que a Hermenêutica também não é plausível, porque tem inconvenientes e provoca uma discussão sem fim etc. A Hermenêutica, para Ricoeur, seria culpável por algo que é inerente ao próprio compreender e do qual não temos como escapar, que é o problema da compreensão mesma. A crítica de Ricoeur cai, assim, no vazio.

A história efetual, por sua vez, é algo que o historicismo esqueceu. Mas, o que significa a história efetual? Ou o que significa a consciência da história efetual? Significa, antes de tudo, que as questões metodológicas levam a uma falsa compreensão da história, como diz Osuna Fernández-Largo, porque os respectivos procedimentos se apresentam limitadores. No entanto, isso ainda não diz nada. Essencial, ensina Osuna, é que a consciência da história se dirige ao “efeito” dos fenômenos passados e de seus rastros documentais. A

Hermenêutica preocupa-se em tratar os fatos como algo sedimentado historicamente e captado pelo intérprete. Ela não é manietada por um primeiro significado, por uma intenção do autor. Há uma sedimentação gerada pelos fatos ao longo dos tempos, indicando um construtivismo histórico. Então, pode-se dizer, a Hermenêutica, via consciência da história efetual, é um processo de construção, uma empresa (algo a ver com Dworkin?). Osuna explica:

Esto es lo que suele olvidar la fe ciega en los métodos históricos y críticos, a saber, el pensar que un método cuidado nos conduce infaliblemente a la verdadera comprensión, desdeñando el condicionamiento de que esa comprensión nuestra es también histórica y de que nuestro entender se incorpora a un proceso histórico, del que, querámoslo o no, formamos parte. ‘Cuando se niega – dice Gadamer – la historia efectual en la ingenuidad de la fe metodológica, la consecuencia puede ser incluso una auténtica deformación del conocimiento. Esto nos es conocido a través de la historia de las ciencias, en las que aparecen demostraciones irrefutables de cosas evidentemente falsas’.⁶⁹²

Veja-se, portanto, como a história efetual opera em toda compreensão, sejamos ou não conscientes disso. É isso – pensa-se – que faz com que a objetivação dos métodos não possa responder as perguntas. É que, como diz Osuna, há uma “inabarcabilidade” das coisas que pertencem ao ser da compreensão. E isso é algo que evita ao intérprete cair na objetividade ou na verdade absoluta.

Ou seja, ser hermenêutico é saber que não se pode controlar tudo, mas saber que a hermenêutica, ou o ser hermenêutico mesmo, é controlado pela consciência da história efetual. Agora, se isso é algo que pode ser chamado de “inconveniente”, crê-se que daí se está muito longe. Veja-se como a consciência da história efetual policia os juízos daqueles que estão envoltos no processo da interpretação. É a consciência da história efetual que permite fortalecer sua capacidade de juízo, pois ela opera sempre. Quando estamos conscientes disso, aí se poderá dizer que sabemos dos limites da epistemologia, dos métodos de conhecimento e assim por diante. Dito de outro modo, o inconveniente apontado por Ricouer esfumaça-se, porque os juízos passam a não ser mais frágeis, mas juízos conscientes e controláveis.

⁶⁹² Osuna Fernández-Largo, A. (1992). *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, p. 57-58.

A mediação da distância no tempo, a seu turno, representa uma ideia muito importante para a compreensão. Por quê? Como ensina Osuna Fernández-Largo⁶⁹³, o texto não é uma “ideia platônica” que está à disposição do sujeito, independentemente de sua situação. A diversa situação de cada intérprete é que configura existencialmente o fato histórico. O sentido de um texto, assim, desborda da compreensão primeira que dele se obtém e se “reencarna” em cada sucessiva compreensão. E isso é um efeito da história. Assim, quando se compreende se compreende sempre de forma diferente. Daí que a compreensão é produtiva, sempre, e não reprodutiva (Gadamer). O tempo, ou melhor, a distância no tempo é a situação que permite a compreensão, e não um obstáculo a ela. Se falta tempo, se falta tradição, falta “a chave da compreensão”, diz Osuna:

Pensamos, por ejemplo, en nuestras dificultades para juzgar el verdadero significado del arte en nuestros días; en las dificultades de mensurar el valor del cambio de una civilización rural a una urbana; en la trascendencia de la perturbación del equilibrio ecológico que se está produciendo en nuestros días (...) Sólo cuando las cosas se captan con perspectiva y distancia adquieren su ‘verdadera’ significatividad, mientras que el juicio de las realidades al vivo suele ser deformado, por lo mismo que es inmediato. Gadamer llega a proponer la regla hermenéutica de que ‘la distancia es la única que permite una expresión completa del verdadero sentido que hay en las cosas’⁶⁹⁴.

A “modernidade líquida” – definida por Zygmunt Bauman como um momento de transformações sociais, marcado, principalmente, por incertezas e pelo enfraquecimento da proteção estatal⁶⁹⁵ –, pensa-se, “assassinou” a distância no tempo. E isso é o que leva a ir assassinando, pouco a pouco, a Hermenêutica, permitindo que cada vez mais se vá em busca de métodos para resolver os problemas da interpretação, com o esquecimento da compreensão. Explica-se: quando o intérprete não mantém a distância no tempo – o que ocorre na modernidade líquida, em razão da celeridade das coisas, da liquidez mesma das relações e outros –, não consegue se localizar no âmbito onde tem lugar a compreensão.

⁶⁹³ Osuna Fernández-Largo, A. (1992). *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, p. 59.

⁶⁹⁴ Osuna Fernández-Largo, A. (1992). *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, p. 59.

⁶⁹⁵ Bauman, Z. (2001). *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, p. 75-82.

Então, tem de apelar para alguma ferramenta que a substitua. Essa ferramenta é, pode-se dizer, a teoria da argumentação.

A teoria da argumentação, em que pese a sua contribuição ao Direito por razões óbvias, é o “substituto” da distância temporal. O faz, no entanto, de modo artificial, com a intenção de “iluminar” o sentido do texto que já não pode mais ser iluminado naturalmente pela distância temporal que foi sequestrada pela modernidade líquida. E aí haverá, ou poderá haver, problemas sérios para a compreensão, pois a “distância temporal artificial” não será a situação histórica real e distinta que permite jogar o intérprete em uma situação central que possibilite o compreender. Ou seja, o intérprete resta substituído pelo método, pela teoria. É que não há mais perspectiva e distância que não sejam as que a teoria da argumentação passa a oferecer. Então, de tudo o que foi dito até aqui, fica muito claro que os inconvenientes apontados por Ricouer não existem na Hermenêutica. Ao contrário, sem a Hermenêutica é que surgem os inconvenientes.

É claro que o jogo linguístico no Direito é múltiplo e dependente, portanto, do papel de seus atores. Atienza, aí, tem razão. Assim, como diz Guastini, há teorias cognoscitivas (formais), céticas e intermediárias de interpretação, cada uma remetendo a consequências distintas. As teorias cognoscitivas, por exemplo, sustentam que a atividade interpretativa é uma questão de “descobrir” o significado objetivo de um texto ou a vontade subjetiva do legislador. Para Guastini, essa teoria não aceita a ideia de discricionariedade judicial e, portanto, o juiz deve ser a boca da lei. As teorias céticas ou realistas, por sua vez, defendem que interpretar é uma questão de valoração e de decisão, e que as normas jurídicas são o resultado da interpretação, ou seja, não preexistem à interpretação. As teorias intermediárias (Hart, por exemplo), por fim, distinguem casos fáceis, em que o intérprete não exerce discricionariedade, pois os enunciados interpretativos são verdadeiros ou falsos, e casos difíceis, em que existe uma decisão onde não se sabe se os enunciados interpretativos são verdadeiros ou falsos.

Bem, enquanto as teorias cognoscitivas assumem o ponto de vista do juiz “fiel à lei”, as teorias céticas assumem o ponto de vista do advogado, “fiel ao seu cliente”. Aqui, porém, há algo que passa despercebido para Guastini: há um juiz que, mais que ser “a boca da lei”, é “a boca da Constituição”. Na classificação de Guastini, não há nada que faça referência a esse juiz. E isso não é uma mera questão terminológica, uma vez que é evidente que Guastini, constitucionalista que é, deve havê-lo pensado. O problema, no entanto, é que Guastini

reconhece na teoria intermediária a possibilidade de discricionariedade judicial, e aí as coisas se complicam. Adiante se verá.

A teoria intermediária que poderia, quem sabe, abarcar o juiz “boca da Constituição”, no momento em que assume a discricionariedade judicial para os casos difíceis, afasta essa possibilidade, como dito há pouco. Aqui, é necessária uma parada. Há que se entender o que se quer dizer quando se menciona a discricionariedade, e para isso se deve invocar Dworkin.

Nos Estados constitucionalistas, caso do modelo do Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, as decisões judiciais devem respeitar ideais como coerência e integridade do Direito⁶⁹⁶. Eles não são “meros” ideais, mas aqueles que não se encontram nem “por cima” nem “por baixo” da justiça e sim caminham com ela; logo, são tão importantes quanto ela.

A integridade, por sua vez, pressupõe juízes não arbitrários, não isolados, o que significa dizer o mesmo que não discricionários, no sentido forte de que trata Dworkin. Agora, o que significa poder discricionário em sentido forte? Veja-se.

Segundo Dworkin⁶⁹⁷, há diferentes sentidos para o poder discricionário. O conceito de poder discricionário somente está à vontade quando alguém foi encarregado de decidir de acordo com padrões pré-estabelecidos por uma determinada autoridade. Esse conceito de poder discricionário, por sua vez, é afetado pelas características do contexto. O emprego do poder discricionário, entretanto, pode se dar em dois sentidos, um fraco e outro forte. Assim, emprega-se o poder discricionário em sentido fraco: a) quando o contexto, por si só, não é esclarecedor; quando a autoridade pública não pode aplicar mecanicamente os padrões; quando lhe é exigido o uso de capacidade de julgar; b) quando algum funcionário público possui autoridade para decidir em última instância e esta decisão não pode ser revista ou cancelada por outro funcionário. Emprega-se poder discricionário no sentido forte quando o funcionário público não se encontra limitado pelos padrões de autoridade em questão⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ Sobre a temática: Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes; Streck, L.L. (2008). *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 224.

⁶⁹⁷ Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 50-52.

⁶⁹⁸ Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 52.

A discricionariedade, assim, é um dos problemas do positivismo, em especial do positivismo Herbert Hart que Dworkin critica. Nesse sentido, num primeiro momento, Dworkin⁶⁹⁹ expõe preceitos-chave do positivismo ou o “esqueleto” do positivismo:

a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais que visam determinar quais são as condutas passíveis de coerção ou punição por parte do poder público. Assim, há “testes de pedigree” para verificar quais são as regras válidas;

b) quando um caso não está coberto por uma das regras, o caso não pode ser resolvido pela aplicação do Direito, mas pelo discernimento pessoal do juiz;

c) possuir obrigação jurídica é dizer que o caso se enquadra na regra jurídica válida que exige que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Em um segundo momento, Dworkin⁷⁰⁰ criticará, então, essa forma de ver o Direito, pois, segundo ele, o positivismo, seja na visão do positivismo de Austin, em que o soberano dá aos juízes encarregados de fazer cumprir as leis poder discricionário para criar novas regras nos casos inéditos ou problemáticos, seja na de Herbert Hart, para quem as regras jurídicas possuem uma “textura aberta”, limites imprecisos, que fazem com que os juízes exercitem o poder discricionário que possuem para decidir, não serve aos Estados democráticos e constitucionais.

Para Dworkin⁷⁰¹, o sentido forte de poder discricionário não pode equivaler a uma permissividade e não pode excluir a crítica. O poder discricionário não pode querer significar que o juiz esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de equidade. As situações, portanto, fazem relevantes certos padrões de racionalidade, equidade e eficácia. Os princípios, por certo, não prescrevem resultados, pois não são regras. Os princípios, porém, “inclinam” a decisão em uma direção, ainda que de modo não conclusivo. E continuam intactos ainda quando não prevalecem.

O peso de um princípio, portanto, deve ser demonstrado a partir de uma argumentação a favor de um princípio e de seu peso. Princípios não se “aplicam”. Os juízes, assim, devem recorrer a um complexo de práticas e outros princípios⁷⁰². A amarra da decisão estará em sua

⁶⁹⁹ Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 28.

⁷⁰⁰ Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 29-35.

⁷⁰¹ Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 53-57.

⁷⁰² Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 58.

fundamentação baseada na lei constitucional, com atenção aos padrões de coerência e integridade do Direito, e não em uma simples adjudicação de algum princípio sem qualquer conteúdo. Bem por isso Lenio Streck advoga com Ronald Dworkin a ideia inerente ao conceito de Direito no sentido de que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam⁷⁰³. É isso que impede que o Direito seja “qualquer coisa”. Daí a afirmação de Streck: “o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja”⁷⁰⁴.

O que se quer dizer é que, no âmbito da decisão judicial, não há como assumir uma teoria cognoscitiva da interpretação, pois o juiz não é a boca da lei e nem é alguém dotado de superpoderes que, portanto, consegue descobrir a vontade do legislador. De fato, apelar para a vontade do legislador é pressupor uma racionalidade do legislador que não existe e que, como diz Carlos Santiago Nino⁷⁰⁵, serve somente como uma das “técnicas que permiten a la dogmática reformular el derecho positivo adecuándolo a determinados ideales”. Nesse sentido, uma das soluções que a dogmática jurídica utiliza é a atribuição ao legislador de certas propriedades de racionalidade que estão longe de caracterizar os legisladores reais.

A função que cumprem as propriedades de racionalidade do legislador, como modelo fictício de legislador racional, encontra-se, segundo Santiago Nino, no fato de que os juristas dogmáticos podem atribuir, ao legislador, as soluções propostas por eles para adequar o Direito a: padrões axiológicos vigentes, fechar suas lacunas, eliminar suas contradições,

⁷⁰³ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 144. A tradição controla a interpretação, controla o intérprete. No âmbito do Direito, a integridade, portanto, como ideal a ser cultivado na comunidade jurídica e que a integra enquanto elemento de uma tradição, amarrará o intérprete de tal forma que sua decisão não poderá ser “qualquer decisão”, pois inserido numa tradição que o vincula faticamente. Como diz Lenio “o intérprete não se pergunta porque compreende, porque ao compreender, já compreendeu. Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem, com ser-no-mundo e ser-com-os-outros. Impossível negar a faticidade. Ao tentar negá-la, esta já atuou no modo de compreender-interpretar o mundo. De que modo é possível controlar o intérprete, para que este não 'diga qualquer coisa sobre qualquer coisa'? Ele é controlado pela tradição, pelos 'constrangimentos linguístico-epistemológicos' que conformam a sua condição-de-ser-no-mundo. No plano da interpretação do direito, esse fenômeno ocorre por intermédio da obediência à integridade e a coerência”. Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 278.

⁷⁰⁴ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 142.

⁷⁰⁵ Santiago Nino, C. (1995). *Introducción al análisis del derecho*. 6. ed. Barcelona: Ariel, p. 328.

precisar seus termos vagos e prescindir das normas supérfluas. Isso tudo sem que apareçam como uma modificação do ordenamento jurídico positivo, mas sim como se fosse uma descrição do Direito vigente tal como genuinamente pensado pelo legislador. E isso é assim porque é um hábito teórico herdado por uma tradição, cujos resultados aparecem como satisfatórios, pois permitem compatibilizar o desejo da seguridade jurídica com o de adequação do ordenamento jurídico à racionalidade e à justiça⁷⁰⁶.

Se não há como assumir a teoria cognoscitiva, como dito, também não há como assumir uma teoria cética da interpretação, porque interpretar não é uma simples questão de decisão ou de defesa de um dado interesse com atribuição de qualquer sentido a um texto. Assim, o ponto de vista do advogado não é o ponto de vista do juiz, que deve ser o da resposta correta, e não o da defesa de um cliente.

De fato, pensa-se, por tudo o que foi visto aqui, somente se pode falar de princípio em um “sentido autêntico” e, por sua vez, em uma resposta correta, quando se esteja no âmbito da decisão judicial, uma vez que, no âmbito da advocacia, os princípios podem adquirir uma dimensão deturpada do que deva significar um princípio. A “ideia regulativa” para o advogado não é a resposta correta, senão a “mais adequada para os interesses do seu cliente” e poderá ou não corresponder à resposta correta que se espera do juiz. Ou seja, aqui não se está

⁷⁰⁶ Nesse aspecto é que se apresentam as seguintes características enunciadas por Santiago Nino, na mesma obra (p. 328-329): “Los juristas hablan del legislador como si fuera un único individuo que hubiera dictado todas las normas que integran el orden jurídico, mientras que en la realidad las normas jurídicas de un sistema moderno son dictadas por un gran número de hombres diferentes. También aluden a un legislador imperecedero, que mantiene con su voluntad la validez de las normas, incluso las dictadas mucho tiempo atrás por hombres que tal vez hayan muerto. Asimismo, presuponen que el legislador es siempre consciente de las normas que sanciona, pese a que muchas veces los legisladores reales se limitan a levantar la mano en una sesión del parlamento sin tener idea cierta de la ley que están votado. Por otra parte, acogen los juristas la ficción de que el legislador es omnisciente, atribuyéndole el conocimiento de todas las circunstancias fácticas, a veces infinitas, comprendidas dentro de las normas que dicta. También imaginan que el legislador es siempre operativo, no dictando normas que carezcan de aplicabilidad alguna, lo cual es falso (...). Atribuyen los juristas al legislador también la propiedad de ser generalmente justo, imputando a sus propósitos las soluciones interpretativas axiológicamente más adecuadas, cosa que muchas veces dista no poco de responder a la realidad. También la dogmática supone que el legislador es coherente, puesto que su voluntad no puede contradecirse consigo misma. (...) lo contrario puede ocurrir, dando lugar a inconsistencias. Además, el legislador imaginado por los juristas es omnicompreensivo, pues no deja ninguna situación jurídica sin regular, mientras que en la realidad (...) cualquier derecho tiene abundantes lagunas. Por último, el legislador, para los juristas dogmáticos, es siempre preciso, en el sentido de que su voluntad posee siempre una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje que accidentalmente utilice. Sabemos, en cambio, que el legislador real frecuentemente es víctima de los defectos de los lenguajes naturales”.

nem frente a um ideal regulativo, nem a uma possibilidade ou mesmo a uma necessidade de resposta correta, pois não é isso que busca o advogado. Seu interesse é a defesa de seu cliente.

As teorias intermediárias, por sua vez, ao reconhecerem a discricionariedade do intérprete, resultam também como teorias céticas porque não pensam na resposta correta nem como uma ideia regulativa e nem como uma possibilidade e uma necessidade. Daí que não há outra solução. A mistura das concepções de Guastini e Dworkin não é viável. Se há uma resposta correta ou uma possibilidade de uma resposta correta, não pode haver discricionariedade. Isso é incompatível com a postura dos juízes nos Estados constitucionais de Direito. E aí a postura de Guastini é inviável. O Professor Atienza, cada vez mais, tem feito a defesa de que não existe pureza metódica nem metodologia no Direito e tem apontado para uma direção pragmática, fruto de seus contatos com a cultura jurídica norte-americana. Ele crê, por exemplo, entre outras coisas com as quais até se pode concordar, que a obsessão de Kelsen pela pureza metodológica tem sido um grande obstáculo para sua obra teórica, uma vez que o próprio Kelsen se distanciou de seus postulados e de seu irracionalismo em matéria de justiça⁷⁰⁷. Em parte, é possível concordar com Atienza quanto a se procurar resolver os problemas pragmaticamente, mas somente quando o *mix* de teorias formar um todo coerente, ou seja, quando as teorias forem coerentes entre si. Assim, por exemplo, não há como misturar Alexy com Habermas, mas se pode aproximar Habermas de Ackerman ou, ainda, Nino de Rawls, Rawls de Dworkin, Dworkin de Kant⁷⁰⁸ e assim por diante⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Oliveira, G.C. Política jurídica e identidade metodológica. Diálogo entre o Prof. Gilberto Callado de Oliveira e o Prof. Manuel Atienza. In: Cruz, P.M.; Roesler, C.R. (2007). *Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 194-195.

⁷⁰⁸ Dworkin possui uma influencia kantiana, como ele reconhece. Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, p. 284.

⁷⁰⁹ Entende-se aqui que Hermenêutica, tópica e retórica são coisas bem distintas, que não poderiam restar “mixadas”. Há autores, no entanto, que entendem ser possível essa “mistura”. É o caso de Camargo, M.M.L.(2003). *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 8-22. A autora defende uma mixagem entre teoria da argumentação e o método “tópico-hermenêutico”. “A compreensão requerida pelo direito poderá ser realizada e apresentada concretamente, mediante o recurso técnico da argumentação, enquanto a argumentação, como instância dialógica, permite o exercício da liberdade, do confronto e do amadurecimento de ideias, em direção a uma solução jurídica nem certa nem errada, mas razoável”. O método do Direito é o “método tópico-hermenêutico”. “Cada situação deve ser compreendida em função do problema que apresenta e da tradição histórica na qual se insere. Mas o seu instrumental é argumentativo. Dessa forma, podemos dizer que o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico da compreensão e a técnica argumentativa”. Ao analisar a obra de Chäim Perelman, Lacombe Camargo acaba traduzindo “valores” por “princípios gerais do direito”. Sua proposta afasta-se da hermenêutica gadameriana encampada na Crítica Hermenêutica do Direito de Streck,

A resolução de problemas de maneira eficiente, pragmática, como defende Atienza, não significa ou não pode significar, portanto, que seja possível, ao contrário do que ele defende, misturar teorias ou métodos incompatíveis. Aí, a questão é de coerência e não de a combinação ou o *mix* poder resolver o problema. A questão, portanto, se situa mais adiante: envolve o que se possa entender sobre o que significa, por exemplo, um Estado Constitucional de Direito e quais são os limites ao poder judicial e suas interpretações do Direito. Assim, por exemplo, há que se perguntar como aproximar Alexy ou a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional Alemão de Habermas, se esse não consegue ver a possibilidade de um ativismo judicial e uma rejustificação do Direito por parte da corte Constitucional, enquanto aquele, Alexy, é um dos principais defensores dessa possibilidade? Como aproximar Atienza de Alexy, se a ponderação alexyana é amplamente subjetiva e os conceitos que ambos têm de princípio não são os mesmos?

E há mais: Atienza fala do elemento de autoridade na interpretação jurídica. Segundo ele, o aspecto de autoridade faz com que o intérprete somente possa utilizar os materiais jurídicos que se derivam da regra de reconhecimento. Bem, se assim é, Atienza não poderia jamais invocar a possibilidade de um juiz utilizar a teoria de Dworkin. É que Dworkin não compartilha a ideia de Hart de que há uma regra de reconhecimento e que as regras se submetem a um teste de pedigree que remete à regra de reconhecimento. Ou, dito de outro modo, em Dworkin, ao menos os princípios não ficam regrados e remetidos ao teste de pedigree da regra de reconhecimento. Então, das duas uma: ou se fica com Guastini e todas as consequências de seu modelo de interpretação (discrecionabilidade, direito como enunciados etc.) – e aí não se poderá invocar Dworkin – ou se fica com Dworkin, sem que se possa vir a invocar Guastini. Não há solução intermediária.

É evidente que se tem de distinguir os níveis em que se movem os autores. E também fica muito claro que, como diz Kelsen⁷¹⁰ em outra oportunidade, “El derecho puede ser objeto del conocimiento de muy diversas maneras”. Assim, quem sabe pode-se dizer que Guastini é mais “teórico” e Dworkin, mais pragmático (sem que se esqueça da coerência)? Como cindir

pois entende possível aproximar valores, princípios de direito e interpretação. Tanto que conclui ter o Direito sua base na tópica e na retórica. Para ela, a hermenêutica é um método ou orientação de raciocínio; a tópica é a “mola propulsora” e “centro de gravidade” que garante esse movimento; a argumentação, a organização do pensamento; o discurso, a exteriorização do raciocínio; a interpretação, a fixação da compreensão.

⁷¹⁰ Kelsen, H (1992). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Versión castellana de: Ernesto Garzón Valdés. 2. ed. México: Fontamara, p. 7.

os âmbitos teórico e prático, em especial no momento da decisão judicial que faz a síntese entre universalidade e singularidade, ou seja, entre teoria e práxis? Como adotar um conceito de Direito ou de princípio, por exemplo, como enunciado, se a atualização do Direito e do princípio com a interpretação faz com que, no caso concreto uma vez decidido, possa não ser nada do que é enquanto enunciado? Ainda, quando Kelsen disse que o Direito pode ser objeto de conhecimento de várias maneiras, será que quis referir-se também à compreensão e, portanto, não somente ao conhecimento?

Recorde-se que Kelsen não tinha preocupações com o processo interpretativo e admitia discricionariedades; não lhe importavam decisões morais. A Hermenêutica, como se sabe, defende que as normas são o resultado da interpretação dos textos, da atribuição de sentido aos textos. Assim, é a interpretação que nos dá as normas e não o contrário. As normas, no entanto, não devem ser o resultado de atribuições subjetivas, discricionárias aos textos. Isso, por si só, serve para responder às três perguntas acima.

3.5 Considerações Conclusivas sobre Hermenêutica versus Filosofia Analítica

De tudo, parece restar um pouco mais claro em que consiste a Hermenêutica e se é ou não possível compartilhá-la com a interpretação, no sentido analítico de que trata Guastini. Essa afirmação – sem prejuízo de opiniões contrárias respeitáveis como as do Professor Atienza e, em certa medida, a de Giuseppe Zaccaria⁷¹¹ –, ao se referir à filosofia analítica, à Hermenêutica e ao fato de que “muchas de las mayores barreras que se interponían entre las dos orientaciones han caído ya”, é negativa, diante de tudo o que foi visto. E os próprios teóricos da argumentação jurídica já começam a manifestar ampla adesão a Dworkin nesse sentido, ou seja, no sentido de que a filosofia analítica não consegue propor uma reconstrução prático-moral do Direito, de um Direito que seja mais próximo da vida, por assim dizer.

⁷¹¹ Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, p. 162.

É o caso de Josep Aguiló Regla⁷¹², jurista de Mallorca radicado em Alicante que, a partir do câmbio do Estado Legal de Direito ao modelo de Estado Constitucional de Direito, reconhece: primeiro, que há uma tendência forte a estudar as normas jurídicas (regras e princípios) não somente desde a perspectiva de sua estrutura lógica, senão a partir do papel que cada tipo joga ou pretende jogar no raciocínio prático dos diferentes usuários do Direito; segundo, que isso comporta uma debilitação da oposição entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva, de forma que a ciência jurídica é chamada a jogar um papel mais reconstrutivo, prático e justificativo, que não pode reduzir-se a puro linguajar descritivo e não comprometido, como se pode ver em autores como Dworkin e Santiago Nino, por exemplo. Ou seja, há que se perguntar: ainda existe possibilidade de uma combinação entre Guastini e Dworkin, quando nem mesmo os representantes do “Direito como Argumentação” já apontam para um Direito vinculado à moral e à política e integra com as demais esferas da razão prática? De fato, pensa-se que não.

Porém, há que se colocar bem claro que isso não é um obstáculo ao reconhecimento de virtudes da moral e prática política. Mais além, não significa – e isso também é muito importante dizer – que teorias, analíticas ou não, não possam ser válidas para a prática. Ao contrário, se a teoria é boa, a prática também será boa. Ademais, uma teoria que consiga descrever o que realmente se passa no raciocínio jurídico, por exemplo, com certeza é melhor que uma teoria descritiva que não o faça ou que o faça pela metade. O problema é que a teoria analítica da interpretação, nos moldes do que propõe Guastini, ou mesmo a Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy, por exemplo, como se verá a seguir) não conseguem dar conta da antecipação de sentido; assim, a descrição não consegue ser completa. E isso é algo do qual não há como escapar. Mais ainda, como o próprio Professor Atienza há muito vem referindo, a Teoria da Argumentação Jurídica não consegue dar conta do problema moral e político do Direito⁷¹³.

Há que se ter em consideração que a teoria não necessita ser meramente descritiva, em que pese a possibilidade de alguns teóricos divergirem desta afirmação que ora se faz. Aqui, leva-se em consideração a contribuição da filosofia hermenêutica que propicia o giro na compreensão das coisas, fazendo uma ponte entre razão teórica e razão prática; propicia,

⁷¹² Aguiló Regla, J. (2008). *Sobre derecho y argumentación*. Palma (Mallorca): Lleonard Muntaner, p. 81.

⁷¹³ Atienza, M. (2000). *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy, p. 334-335.

portanto, a conexão teoria/práxis com todas as suas consequências (influxo da temporalidade na compreensão, reabilitação da tradição, da autoridade e dos preconceitos, unificação da compreensão/interpretação/aplicação etc.). Pensa-se, ainda – e aqui se apresenta um desafio –, que há outra coisa fundamental quando se trata das diferenças entre teorias da argumentação, teorias da interpretação e Hermenêutica. Apesar de a Hermenêutica defender “uma boa resposta” e a teoria da argumentação ou a analítica da interpretação, alguma ou outra, suporem a possibilidade de “boas respostas”, ambas – em especial a teoria “não *standard*” da argumentação do Professor Atienza e também a teoria *standard* de Robert Alexy, por exemplo – reconhecem que há necessidade de correção moral nas decisões judiciais.

Nesse aspecto, não há como discordar. De fato, não é possível falar de boa resposta ou repostas corretas no Direito sem falar de uma resposta com conteúdo moral, estruturada em uma teoria moral e política que possa ser identificada como a melhor. E a grande contribuição do constitucionalismo – ou “neoconstitucionalismo”⁷¹⁴ – ou ainda “constitucionalismo contemporâneo”⁷¹⁵ – está no fato de que as boas respostas devem ser justificadas e bem fundamentadas do ponto de vista moral.

É nessa conjuntura teórico-moral que se encontra a proposta desta tese, de buscar respostas para o problema do provisionamento das contingências originadas de lides processuais calcadas na epistemologia. Para tanto, considera-se epistemologia “uma reflexão contemporânea (pois) Um pensamento destinado à crítica das proposições científicas não pode se adequar a outro momento histórico, senão o atual”⁷¹⁶. Esse conceito implica uma crítica ao pensamento empírico, entre cujas desvantagens, segundo John Dewey, encontram-

⁷¹⁴ Por todos, explicando os dados centrais do neoconstitucionalismo: Carbonell, M. (Ed.). (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.

⁷¹⁵ A expressão é utilizada por Streck, L.L. (2011). *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 35-37. Nas palavras de Lenio, “reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão 'neo-constitucionalismo' para mencionar aquilo que venho apontando em toda a minha produção acadêmica: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Por isso, passo a denominar esse constitucionalismo de Constitucionalismo Contemporâneo (com letras maiúsculas)”. Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 125.

⁷¹⁶ Souza, R.A. (2010). A filosofia de John Dewey e a epistemologia pragmatista. *Revista Redescritões – Revista on line do GT de Pragmatismo e Filosofia Norte-americana*, ano 2, n.1, p. 5.

se: “a incapacidade de lidar com o que é novo e a tendência para gerar inércia mental e dogmatismo⁷¹⁷”. Dewey complementa:

A aplicabilidade de alguma coisa ao mundo não significa a aplicabilidade àquilo que já é passado e findo, o que fica fora de questão pela natureza do caso; significa aplicabilidade ao que está ainda sucedendo, ao que ainda não está estabelecido no cenário mutável de que fazemos parte⁷¹⁸.

Essa perspectiva se enquadra no ponto de vista sob o qual este trabalho foi desenvolvido: o de abertura do Direito às exigências dos novos tempos e o da quebra de limitações preestabelecidas entre as áreas, quando se buscam soluções essenciais para a continuidade de processos. É o caso da transparência no processo de provisão para demandas passivas e da lisura de seus resultados, fundamentais para a manutenção do mercado de investimentos. Nesse sentido, define-se provisão como “passivos de tempestividade ou quantia incertas”⁷¹⁹ e demanda como o ato jurídico pelo qual se inicia um processo.

Em outras épocas, antes das Constituições pós-guerra ou pós-ditaduras (ver a Constituição de 1988 no Brasil), por exemplo, não havia qualquer obstáculo ao juiz para dar boas respostas. Ele podia simplesmente adotar o ponto de vista da lei e, sem mais, proferir sua decisão que, por si só, já estaria fundamentada e justificada conforme aos parâmetros do sistema jurídico. Agora, porém, o constitucionalismo justifica a coação do Direito e, nesse sentido, justificar a coação ao juiz para que chegue, necessariamente, a uma boa resposta que venha unificar o Direito e a moral. Dito de outro modo, a boa resposta do constitucionalismo é distinta da resposta do positivismo, uma vez que esta poderia ser “qualquer” (boa) resposta.

Nesta pesquisa, o advogado na provisão faz, em tese, o mesmo papel do juiz, “apontando”, antecipadamente à resposta da lide, os prováveis resultados.

⁷¹⁷ Dewey, J. (1959). *Como pensamos*. Trad. H.C. Campos. São Paulo: Companhia Editora, p. 190.

⁷¹⁸ Dewey, J. (1959). *Democracia e educação*. Trad. G. Rangel e A. Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, p. 373.

⁷¹⁹ IAS 37 (2011). www.ifrs.org/IFRSs/IFRS-technical-summaries/Documents/.../IAS37.pdf. Acesso 9, abril, 2012, 22h:30m:

Ainda que o positivismo tenha se divorciado da moral, era possível ao juiz, mesmo assim, dar boas repostas com conteúdo moral; havia tão somente uma “possibilidade”. No constitucionalismo, a moral não se acha mais divorciada do Direito, em que pesem suas autonomias. E isso tem implicações sérias: a boa resposta deixa de ser uma mera possibilidade e passa a ser uma “obrigação” do Estado ou uma “necessidade”, sem deixar de ser, como também sustenta Lenio Streck, uma efetiva possibilidade. Infere-se, então, que é essa efetiva possibilidade que pode ser proporcionada pelas teorias da argumentação jurídica, analíticas da interpretação e pela Hermenêutica.

3.6 Hermenêutica *versus* Teoria da Argumentação de Alexy

No Brasil, a questão sobre “como se interpretam/compreendem/aplicam princípios, em especial os constitucionais?” é tratada pelo jurista Francisco José Borges Motta.⁷²⁰ Ele conduz uma investigação filosófica sobre uma das teorias que se propõem a dar respostas a tal questão: a chamada “ponderação de princípios”, tal como proposta por Robert Alexy, importante jusfilósofo alemão.

Após dar conta do atual papel da jurisdição (constitucional) e da importância de se pensar a filosofia “no” Direito, como propõe Streck, Francisco Motta⁷²¹ reconstrói de modo sintético, mas não menos profundo, o caminho de Alexy, ao distinguir, estruturalmente, regras e princípios, chegando até a “fórmula peso”, que operacionaliza a ponderação.

Robert Alexy, como se sabe, procurou aperfeiçoar a distinção entre regras e princípios (distinção antecipada por Ronald Dworkin⁷²²), desenvolvendo critérios interpretativos para a

⁷²⁰ De necessária consulta: Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado.

⁷²¹ Em especial, Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 144-154.

⁷²² Segundo Luiz Fernando Calil de Freitas, a concepção de Robert Alexy é construída a partir do pensamento de Ronald Dworkin, fundada na compreensão estrutural das normas jusfundamentais como princípios. Freitas, L.F.C. (2007). *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 17. As semelhanças, no entanto, param por aí, pois, enquanto Alexy se move nos domínios do pensamento lógico-apofântico, Dworkin move-se nos domínios da compreensão.

solução de casos (complexos). Na obra de Alexy, a distinção estrutural entre regras e princípios aparece, em primeiro lugar, na “Teoria dos Direitos Fundamentais”, destinada à construção de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã (definidos como aqueles dispostos nos enunciados nos artigos 1 a 19 da Lei Fundamental – integrantes do capítulo intitulado Direitos Fundamentais –, além dos contidos nos enunciados dos artigos 20, parágrafo 4º, 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental – disposições estas que admitem o recurso de inconstitucionalidade)⁷²³. A principal preocupação de Alexy, nesse texto, é fornecer respostas, racionalmente fundamentadas, às questões vinculadas aos direitos fundamentais, o que representaria uma abertura do sistema jurídico ao sistema da moral; abertura razoável que deveria ser levada a cabo com meios racionais. Mais especificamente, o desiderato assumido é o de edificar uma dogmática dos direitos fundamentais, mediante uma fundamentação racional dos juízos concretos de dever-ser sobre estes direitos.

Para Alexy, o conceito de norma (de direito fundamental) é o de “significado de um enunciado normativo”, passível de ser expresso em modalidades deônticas básicas (ordem, proibição e permissão)⁷²⁴. A justificativa para o emprego de um conceito semântico como esse é buscar problematizar as normas no âmbito da sua validade, reunindo critérios para saber se uma norma é ou não válida. De acordo com a teoria jurídica por Alexy projetada, isso seria obtido por meio da remessa de uma norma a outra de hierarquia superior.

As normas de direito fundamental são divididas em dois grupos: as diretamente estatuídas pela Constituição e as “adsritas” à Constituição. As adscrições deveriam ser feitas conforme o Direito, seja pela mera referência a sua positivação, no primeiro caso, seja pela possibilidade de desenvolver uma argumentação jusfundamental correta, no segundo caso⁷²⁵.

Há, portanto, uma vinculação entre norma e argumentação, mas a norma como objeto semântico é distinta das razões que a apóiam. Alexy desloca os dados da realidade social do âmbito normativo para o da argumentação, afirmando ser mais útil para o Estado de Direito

⁷²³ Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 21-65.

⁷²⁴ Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 49-55.

⁷²⁵ Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 70-72.

que se separe aquilo que o legislador impôs como norma e as razões empregadas pelo intérprete em uma determinada aplicação⁷²⁶.

A partir dessas premissas é que Alexy chega à distinção estrutural das normas de direito fundamental, divididas agora em regras e princípios⁷²⁷. Aliás, regras e princípios são considerados normas, porque ambos dizem aquilo que deve ser. A ideia de Robert Alexy é constituir a base da fundamentação jusfundamental para solucionar os problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, tentando responder, assim, à pergunta pelos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Na concepção de Alexy⁷²⁸, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. São, assim, mandamentos de otimização, o que permite seu cumprimento em diferentes graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas, estas últimas determinadas pelos princípios e regras em sentido oposto.

As regras, por sua vez, são normas que somente admitem cumprimento ou descumprimento. Se a regra é válida, há que se atender exatamente ao que ela exige, nem mais nem menos.

Regras e princípios, portanto, são normas⁷²⁹. Assim, se aplicados independentemente um do outro, é possível – e isso é muito comum – haver resultados incompatíveis, ou seja, dois juízos de “dever ser” contraditórios. A diferenciação estrutural justifica-se na resolução do conflito entre regras e na colisão entre princípios.

Para Alexy, o conflito entre regras somente pode ser solucionado por meio da introdução, em uma das regras de uma “cláusula de exceção” à sua aplicação, ou seja, excetuando o caso do conflito. Isso pode ser exemplificado da seguinte forma: uma regra determina que permaneçam as pessoas na sala até que soe o toque de saída, com aplicação

⁷²⁶ Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 146. Consultar: Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 79-80.

⁷²⁷ Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 81-87.

⁷²⁸ Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 86.

⁷²⁹ Alexy, R. (2002.) *Derecho y razón práctica*. México: Fontanamara, p. 9.

excepcionada por outra regra que determina o abandono da sala, antes deste toque, caso dispare o alarme de incêndio. Se isso não acontecer, uma das normas contrastantes deve ser declarada “inválida” (a exemplo dos brocardos *lex posteriori derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, etc.), implicando sua exclusão do ordenamento jurídico⁷³⁰.

As colisões entre princípios, por sua vez, segundo Alexy, não se dão no âmbito da validade, mas do “peso”⁷³¹. Assim, quando algo é permitido por um princípio, mas proibido por outro, uma das normas há de ceder em favor da outra. O “choque” de princípios é resolvido mediante a ponderação da dimensão do peso dos princípios sob as circunstâncias do caso. Como somente conflitam princípios “válidos”, a dimensão do peso fica situada para além da validade, proporcionando que ambos os princípios (mesmo o de menor peso) sigam integrados ao ordenamento jurídico.

Posteriormente, noutros escritos, Robert Alexy dá contornos mais precisos à teoria, explicando que as regras são “normas que ordenam algo definitivamente”. Assim, quando vale e é aplicável, é ordenado definitivamente fazer rigorosamente aquilo que ela pede. Sua aplicação ocorre mediante “subsunção”. Os princípios, por sua vez, podem ser cumpridos em graus diferentes.⁷³² A medida ordenada de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também, das jurídicas. A aplicação de princípios se dá por “ponderação”, cuja legitimidade dependerá da sua racionalidade.

Alexy⁷³³ desdobra o princípio constitucional da proporcionalidade em três princípios parciais: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os princípios da idoneidade e da necessidade expressam o mandamento da otimização relativamente às possibilidades fáticas. O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, permite a otimização relativa das possibilidades jurídicas, sendo este o campo da ponderação.

A ponderação, assim, não se “preocupa” nem em saber se a medida concreta para o caso realmente atenderá ao fim a que se destina, nem em saber se há outra solução “menos

⁷³⁰ Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 88.

⁷³¹ Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 89.

⁷³² Alexy, R. (2002). *Derecho y razón práctica*. México: Fontanamara, p. 13-14.

⁷³³ Alexy, R. (2005). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Fontanamara, p. 61-62.

gravosa” que produza um resultado igualmente eficaz. A ponderação ocupa-se do exame das possibilidades “jurídicas” da proposta de interpretação.

Pela “lei da ponderação”, entende-se que, quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro⁷³⁴. E isso é aferido em três etapas: primeiro, deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; segundo, deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; terceiro, deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro⁷³⁵.

A “lei” ou “fórmula” da ponderação, para Alexy, é uma “regra” que determina, categoricamente, que deve ser aplicado o princípio preponderante. A aplicação dessa “lei” depende de, pelo menos, dois elementos aptos a criar a chamada “comensurabilidade racional”. Esses dois elementos consistem: a) num ponto de vista uniforme sobre a Constituição; b) na construção de uma escala (leve, médio e grave) para avaliar os graus de perdas e ganhos jurídico-fundamentais⁷³⁶.

Por que dita “fórmula” é ineficaz? É o que será visto em seguida.

3.6.1 Breve Crítica à Teoria de Alexy

Segundo a ideia de Francisco Motta⁷³⁷, a ponderação de princípios constitucionais está no que se pode chamar de “rota de colisão” (embora Francisco não utilize esse termo) com o neoconstitucionalismo e com a Hermenêutica. Alexy, ao conferir racionalidade ao discurso

⁷³⁴ Alexy, R. (2002). *Derecho y razón práctica*. México: Fontanamara, p. 18-19.

⁷³⁵ Alexy, R.(2007). *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.133.

⁷³⁶ Alexy, R.(2007). *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 142; Alexy, R. (2005). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Fontanamara, p. 64-70.

⁷³⁷ Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 149.

tentando evitar decisionismos e proteger os direitos fundamentais, acaba criando, com a lei da ponderação, um instrumento para o operador do Direito providenciar um “escalonamento axiológico” de princípios. E agindo dessa forma, em que pese Alexy tentar com isso ser pós-positivista, acaba por se tornar um positivista, o que ele mesmo quer combater.

Isso pode ser explicado a partir do cotejo com o sistema de regras proposto por Herbert Hart⁷³⁸, segundo o qual as regras nem sempre são exatas; elas deixam em aberto “zonas de penumbra”, “espaços vagos”. Daí que, quando um caso (difícil) não é inequivocamente coberto por uma regra jurídica, o juiz decide com discricionariedade. Ou seja, a solução dos casos não abarcados pelas regras fica por conta da discricionariedade judicial, competindo, pois, aos juízes preencherem a “textura aberta” a partir de uma “escolha”.⁷³⁹ Assim, independente de seu conteúdo (bom ou mau), a decisão judicial proferida com discricionariedade estaria sempre certa.

Por isso, para Motta⁷⁴⁰, não é mera coincidência que Hart e Alexy trabalhem com a distinção “casos fáceis” (resolvidos pela aplicação de uma regra, de modo subsuntivo) e “casos difíceis” (em que a operação lógico-formal seria insuficiente). Ambos pensam de modo similar, no sentido de que apenas quando a regra não puder ser aplicada mediante dedução (subsunção) é que se abrirá o espaço para o aparente contraste entre o positivismo hartiano e a argumentação alexyana. Enquanto o primeiro, Hart, admite abertamente o uso da discricionariedade, o segundo, Alexy, propõe a ponderação de princípios.

A diferença entre ambos é mínima. Por isso, Lenio Luiz Streck afirma que “o calcanhar de Aquiles da ponderação (...) reside no deslocamento da hierarquização

⁷³⁸ Hart, H. (1994). *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, p.

⁷³⁹ Rocha, L.S. (2001). *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, p. 28-29. Consultar: Hart, H.L.A. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 140-148. Também: Carrió, G.R. (1998). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Cuarta edición corrigida y aumentada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 193.

⁷⁴⁰ Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 150.

‘ponderativa’ em favor da ‘subjatividade’ assujeitadora do intérprete, com o que a teoria da argumentação (...) não escapa do paradigma representacional⁷⁴¹.”

A conclusão de Lenio é correta: na teoria da argumentação, seja ela a de Alexy ou a de outros autores, continua presente o esquema sujeito-objeto, próprio da metafísica. Por isso, fracassa a tentativa de “construção de uma racionalidade discursiva que assegurasse condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido⁷⁴²”, pois os sentidos não estão nas coisas nem na consciência, mas se dão intersubjetivamente.

Associando essa busca de sentido à participação do advogado no processo de provisão para demandas passivas, fica claro que as determinações das NIC, se cumpridas apenas por contabilistas, podem representar uma construção racional. Mas essa, estrita ao discurso literal da norma, não vai assegurar o objetivo das referidas normas, ou seja, a transparência das informações fornecidas ao mercado e sua aproximação da realidade.

Há, assim, uma confusão, tanto em Hart como em Alexy, entre o ôntico e o ontológico, o que termina por suprimir a diferença que há entre ente e ser, sendo possível afirmar que a escolha do princípio aplicável “represtina a antiga ‘delegação positivista’⁷⁴³”.

Alexy avança em relação ao positivismo, tendo como meta a “pretensão de correção” quando da aplicação do Direito (decorrente da união entre Direito e moral). Mas o problema dessa teoria está nas “valorações adicionais que não se deixam desprender somente do material fundado em autoridade dado”; isso nas hipóteses em que “lei, precedente e dogmática não determinam resposta a uma questão jurídica”. Alexy não recorre à discricionariedade quando falha a subsunção (apostando na suficiência dos textos), mas sim às “valorações adicionais”, o que é operacionalizado por meio de um método, uma fórmula. Isso não parece implicar maior “conquista” sobre o positivismo.

⁷⁴¹ Streck, L.L. (2013). *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico*. Acesso jul, 23, 2013 em: www.leniostreck.com.br, p. 14.

⁷⁴² Streck, L.L.(2006). *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 197.

⁷⁴³ Streck, L.L. (2013). *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico*. Acesso jul, 23, 2013 em: www.leniostreck.com.br, p. 14.

Para Lenio Streck, a aposta de Alexy na discricionariedade do juiz fica patente na problemática da ponderação, “tão cara à Teoria da Argumentação Jurídica”. Ele questiona:

quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão? Quem decide sobre a tensão existente na otimização principiológica que prescreve a máxima: 'todo princípio deve ser cumprido em suas máximas possibilidades, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas emergentes da aplicação'? A resposta a estas duas questões é clara para Alexy: o juiz, o sub-jectum da interpretação jurídica. E, também na questão do método, igualmente está presente o sujeito, responsável pela correção do 'uso seguro do argumento' (veja-se, nesse sentido, a sucessão de fórmulas apresentadas/sugeridas pelo jusfilósofo alemão). Como consequência das duas questões anteriores, a teoria da argumentação jurídica tenta 'racionalizar' o processo de aplicação do direito a partir da ponderação dos princípios, o que acaba por alargar ainda mais o coeficiente de incerteza e incontabilidade do resultado da decisão judicial⁷⁴⁴.

A eleição de um “método” para a solução dos problemas do Direito, portanto, é inviável do ponto de vista hermenêutico, no sentido da ontologia fundamental. E isso é assim porque a tal “escolha” não implica uma elaboração prévia, que propiciaria a posteriori o acesso à compreensão. O *Dasein* (ser-aí) já interpretou sempre, e, como tal, não se põe em causa um “método prévio”. Daí a advertência de Streck: “quando o intérprete do direito diz ‘eu interpreto desse modo porque estou baseado no método tal’, o *Dasein* se pronuncia (e já se pronunciou desde há muito) como ser-no-mundo”.

Por tudo, é possível afirmar que a fórmula-peso objetiva uma reorganização estruturalizada de algo que é existencial, no caso a compreensão. “Ora”, diz Motta⁷⁴⁵ reproduzindo as lições de Lenio,

fosse isso verdadeiro e seria difícil responder à pergunta acerca de como se interpretava antes do surgimento das teorias da argumentação. É como se a elaboração do procedimento apto à universalização dos discursos fundamentadores partisse de um marco zero, ignorando a compreensão antecipadora, isto é, como se um *easy case* fosse um *easy case* em si (como se contivesse uma essência), como se,

⁷⁴⁴ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 381.

⁷⁴⁵ Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 153.

ele mesmo não pudesse ser um hard case, como se essa aferição do que seja um *easy case* pudesse ser feita previamente, proceduralmente⁷⁴⁶.

Não se pode esquecer que a ponderação, segundo Alexy, acontece nos “limites” da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, nos lindes da “possibilidade jurídica”, ficando o exame dos aspectos práticos relegados aos princípios da idoneidade e adequação, ambos princípios parciais da proporcionalidade. É este um dos pontos que se vem desenvolvendo neste trabalho, para alcançar seu objetivo.

É de Francisco Motta⁷⁴⁷ a crítica ao emprego do termo “norma” como “conceito semântico”, o que permitiria, segundo Alexy, tematizar o âmbito de sua validade em abstrato, deixando a realidade social para o campo argumentativo. Para Motta, pensar assim equivale a fazer uma cisão estrutural de algo incindível, como o fato e o direito.

Esse entendimento aplica-se em especial ao objetivo desta tese: o fato ou a provisão contábil para demandas passivas e o Direito como elemento e fator de interpretação desse fato. Aí se associam as funções do advogado e do contabilista no respectivo processo.

Diante disso, pode-se negar que a norma é produto da interpretação do texto, e que a interpretação sempre é um ato aplicativo, uma tarefa prática. Norma, portanto, hermeneuticamente falando, sempre será o resultado do processo de atribuição de sentido a um texto e não um mero “objeto linguístico”. Na lição de Lenio Streck, é claro que o texto

não subsiste como um ‘ente disperso’ no mundo. O texto só é na sua norma. Quando olhamos um texto, nosso olhar já atribuirá uma determinada norma a esse texto. É nesse sentido que – e isso pode parecer complexo aos olhos do jurista

⁷⁴⁶ Streck, L.L.(2006). *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 197. Para Lenio Streck, “a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito”; Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 389.

⁷⁴⁷ Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 153.

inserido no sentido comum teórico -, no plano da filosofia hermenêutica (...), o ser será sempre o ser de um ente⁷⁴⁸.

Por isso, não há “colisão de normas”. Há tão somente a “norma de cada texto⁷⁴⁹”. Em vista disso, pensar o contrário significa seguir fazendo “profissão de fé” no positivismo, marcado pela separação e não pela diferença entre fato e Direito, texto e norma. Aliás, nas palavras de Lenio Streck,

o que sempre caracterizou o positivismo é o fato de que a postura metodológica por intermédio da qual se analisa o fenômeno jurídico é marcada pela restrição à análise das fontes sociais, a cisão/separação – epistemológica – entre direito e moral (fazendo com que autores – p. ex., Robert Alexy – lancem mão da razão prática, evitada de solipsismo, para 'corrigir' o direito) e a ausência de uma teoria da interpretação, que acarreta uma aposta na discricionariedade (ou seja, sem superar a herança - ou maldição – kelseniana da cisão entre ciência do direito e direito ou entre observador e participante, no caso hartiano)⁷⁵⁰.

Diversas teorias críticas – entre elas a da argumentação – não conseguem fazer mais do que superar o positivismo exegético, ultrapassando-o, apenas, no problema “lei-direito”. Seu sucesso, diz Lenio, é dizer que o texto é diferente da norma, o que se faz com uma cisão semântico-estrutural, rompendo qualquer amarra entre texto e sentido do texto e não com base em “diferenças”.⁷⁵¹ Por isso, segundo Lenio, a discussão sintático-semântica ficou para trás e

⁷⁴⁸ Streck, L.L. (2000). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 316. Ver Heidegger, M. (2000) *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, p. 35.

⁷⁴⁹ Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 154.

⁷⁵⁰ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 51, 382-383. Segundo Lenio, para Alexy não há co-originariedade entre Direito e moral, mas um “vínculo necessário” constituído depois. Quando o discurso jurídico não dá conta de determinados casos (hard cases) em razão da textura aberta a que se refere Herbert Hart, a moral é empregada para resolvê-los. “Frente à insuficiência do direito para responder ao litígio sob julgamento, aquele que aplica o direito fica liberado a buscar respostas em argumentos de conveniência, costumes e justiça, que são, no fundo, questões morais pertencentes ao discurso prático geral”.

⁷⁵¹ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 76, 146. Para Streck, “Alexy confunde texto e norma, deixando de lado a necessária problematização da aplicação, esquecendo-se, assim, do caso concreto. A teoria

para a Hermenêutica de cariz filosófico, é “irrelevante discutir simplesmente 'textos', pela simples razão de que, como bem afirma Gadamer, 'textos são eventos' ou, como diz Stein, 'textos são fatos'. Não há 'conceitos' sem 'coisas'!”⁷⁵²,

Que não há conceitos sem coisas é fato, como também não há uma relação intrínseca ou originária entre conceito e coisa, no que tange aos símbolos linguísticos. Em relação à língua, essa relação é convencional e arbitrária, ou seja, ela é regida pelo princípio da convenção social e pela arbitrariedade.

3.7 Afinal, o que são Princípios?

Se aqui se está descartando a ideia de uma interpretação analítica e o uso de teorias da argumentação para decidir sobre o Direito, o que resta, então, é a Hermenêutica como condição de possibilidade da compreensão/interpretação/aplicação. É com a Hermenêutica, como modo-de-ser-no-mundo, que se irá trabalhar. E se assim é, o conceito de princípio com que se irá operar não pode ser o utilizado por Alexy no sentido de mandados de otimização que determinam que algo se realize da melhor maneira possível, atendendo às circunstâncias fático-jurídicas, por tudo o que já foi referido. Surge daí a ideia de princípio que parece melhor servir aos propósitos desta tese e que é acatada: a de Ronald Dworkin⁷⁵³, que vê os princípios como imperativos de moralidade, justiça ou equidade⁷⁵⁴.

da argumentação proposta por Alexy busca uma espécie de ultra ou transracionalidade, alcançável a partir de fórmulas aptas a realizar o que ele denomina de ponderação de princípios”.

⁷⁵² Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 126.

⁷⁵³ Para Rodolfo Vigo, a maior contribuição para a revalorização dos princípios vem de Ronald Dworkin em sua controvérsia com Herbert Hart. Rodolfo Vigo lembra também a importância do debate Hans Kelsen *versus* Josef Esser; a origem estoica dos princípios de Direito e a escola racionalista dos séculos XVII e XVIII, bem como a íntima ligação dos princípios com o jusnaturalismo e com a formação do Estado moderno, com a consagração da divisão dos poderes, a exigência de segurança jurídica e a existência de um pluralismo social. Vigo, R.L.; Delgado Barrio, J. (s/d). *Sobre los principios jurídicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p. 91-93.

⁷⁵⁴ O princípio é observado por ser uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade. Dworkin, R. (2008). *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 36.

Neste momento e em relação à provisão para demandas passivas, isso ainda não diz muita coisa. Conhecer o que é um princípio, sua origem e sua função é primordial para compreender a proposta desta tese, no sentido de “abrir” as determinações das NIC sobre a provisão para demanda passiva à participação do advogado.

A primeira observação a ser feita, ao se falar em princípios, é a de que se tem de separar o que sejam princípios gerais do Direito e princípios jurídicos. Sim, pois princípios gerais do direito são uma coisa, ao passo que princípios jurídicos, outra. Nesse aspecto, pensa-se que, no Brasil, uma boa – talvez a melhor – distinção a respeito da temática e acerca do que significam princípios gerais e princípios jurídicos, é a que é realizada por Rafael Tomaz de Oliveira⁷⁵⁵. Ele aponta para o fato de que, apesar de tudo o que se tem escrito sobre “princípio”, ainda não há unanimidade quanto à definição do que seja um princípio⁷⁵⁶. O conceito de princípio, assim, está longe de uma unanimidade, de uma determinação rigorosa. Pelas palavras de Rafael, “continuamos sem saber ao certo o que são os princípios e em que medida eles se distinguem das regras⁷⁵⁷”. “Parece”, diz ele, “que sabemos o que são os princípios jurídicos, mas na conseguimos dizer⁷⁵⁸”.

Tem razão o autor. Apesar de haver uma ideia aproximada do que pode ser considerado um princípio, há uma série de fatores que impedem que se possa esclarecer seu significado. Alguns dos problemas com respeito a isso poderiam reduzir-se aos seguintes, segundo escreveu Rafael Tomaz de Oliveira: a) ausência de clareza conceitual do que seja um princípio; b) uso doutrinário e jurisprudencial que ignora a multiplicidade de significados com que os princípios são tratados no Direito; c) poucas manifestações doutrinárias que procuram

⁷⁵⁵ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷⁵⁶ Arrolam-se aqui, a título de exemplificação, além da obra de Rafael Tomaz de Oliveira, quatro obras de autores brasileiros que tratam de princípios. Todas elas apresentam sérias divergências quanto à conceituação de princípio: Streck, L.L.(2011). *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva; Nery Júnior, N.(1995). *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portanova, R. (1997). *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Almeida, G.A. (2003). *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva. As duas primeiras, de Streck e de Nery Júnior, são fundamentais, pois fazem as melhores abordagens sobre a temática.

⁷⁵⁷ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 28.

⁷⁵⁸ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 45.

esclarecer os significados e os diversos usos do conceito de princípio; d) autores não esclarecem se estão operando com “princípios gerais do Direito” – próprios das doutrinas metodológicas positivas do século XIX – ou se estão pensando no significado “pragmático-problemático” que os princípios recebem no contexto contemporâneo, sobre tudo desde a contribuição de Josef Esser⁷⁵⁹; e) não há uma explicação por parte dos juristas se estão falando de princípio como uma espécie de princípio geral do Direito ou se estão tratando de princípio no sentido “epistemológico”; f) no Direito processual, em especial, não se aclara suficientemente o caráter pragmático dos ditos princípios processuais, razão pela qual os legisladores pesam que deva haver uma necessidade de definir expressamente os princípios nos textos legais, como se fora uma espécie de “reforço hermenêutico” de que aquilo que ali está expresso é um princípio e, como tal, deve ser levado em conta pelos juízes e cidadãos; g) há um uso indiscriminado do termo princípio, caracterizado por uma criação “*ad hoc*” de novos princípios que passam a ser elementos inovadores não só de teses de doutorados, mas, inclusive, de decisões judiciais.

A palavra “princípio”, em geral, tem sido utilizada no sentido de “diretriz”, “norma”, “norte do sistema”, “regente da interpretação do sistema” etc.⁷⁶⁰. Tais definições, no entanto, não satisfazem porque nelas se pode inserir “qualquer coisa” como princípio. Isso tem ocorrido, em especial, no âmbito do Direito processual civil brasileiro, onde, por exemplo, princípios como os da “instrumentalidade”, “economia processual” e outros tantos vêm ocupando lugar⁷⁶¹. Contudo, os princípios, nos termos do que se defende aqui, no âmbito de um Direito como integridade, fundamentado hermeneuticamente, são construções que possibilitam restaurar o vínculo entre Direito e moral, e não meros enunciados ou criações subjetivas do intérprete. É que há uma vinculação forte entre Direito e moral, na medida em que o próprio Direito é justificado por princípios morais. Poder-se-ia falar aqui em Direito

⁷⁵⁹ Talvez uma das melhores obras do século XX sobre princípios. Consulte-se: Esser, J. (1961) *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch.

⁷⁶⁰ É o que pensa Portanova, R. (1997). *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

⁷⁶¹ Vinculado à ideia de pan-principiologismo desenvolvida por Lenio Luiz Streck, veja-se Hommerding, A.N. O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual. In: Saldanha, J.M.L.; Espíndola, A.A.S. (Orgs.). (2010). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia*. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos; Hommerding, A .N. (2009). *Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da magistratura*. Santa Rosa: Coli.

como “moralidade institucionalizada”, nos termos de Dworkin. Essa vinculação ocorre, notadamente, no Direito constitucional positivado, para se ficar apenas com este ramo do Direito. Nesse aspecto, é a lição de Francisco Laporta Sanmiguel para quem

La justificación de la vinculatoriedad de las normas constitucionales descansa siempre en pautas que son externas al sistema jurídico”. Assim, questiona Laporta Sanmiguel, “¿qué otra cosa puede ser eso que sirve de base a la justificación de normas jurídicas sino principios y valores morales?”⁷⁶²

Na visão de Aleksander Peczenik e Jaap Hage⁷⁶³, há entidades não-jurídicas, como as crenças, preferências, ações, disposições e artefatos, a partir das quais o Direito resulta superveniente. Assim também, entidades jurídicas, tais como o próprio Direito válido, as regras, princípios jurídicos. Essa teoria, que Aleksander Peczenik e Jaap Hage chamam de “Teoria do Direito Convencionalista-Institucionalista”, explica como coisas imateriais, como as regras e os princípios, podem existir. Para Peczenik e Hage⁷⁶⁴, o Direito e a moral estão essencialmente interconectados, e essa conexão implica que o Direito e a moral sejam relativos a nossa disposição pessoal para atuar.

A determinação do conceito de princípio, como diz Rafael Tomaz de Oliveira, não pode ser feita a partir de uma simples análise do efetivo “uso real” que os juristas fazem do termo princípio. É que cada significado do conceito de princípio traz consigo uma carga histórico-filosófica que possibilita sua formação e confere a ele contornos teóricos específicos. Por essa razão, há que se interrogar “filosoficamente” o conceito de princípio, uma vez que o dito “enigma” do Direito se situa mais além do debate técnico-jurídico a respeito das leis, procedimentos, fórmulas e epistemologia⁷⁶⁵.

⁷⁶² Laporta Sanmiguel, F. (2007). *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, p. 18.

⁷⁶³ Peczenik, A.; Hage, J. (1999). *Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?*. *Doxa*, n. 22. Alicante: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 25-48.

⁷⁶⁴ Peczenik, A.; Hage, J. (1999). *Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?* *Doxa*, n. 22. Alicante: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 37.

⁷⁶⁵ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 32.

Isso significa que a racionalidade do Direito deve alargar-se de forma a comportar um modelo histórico-concreto de pensamento, em vez de um modelo matemático e abstrato comum em teorias do Direito que supervalorizam a dimensão lógico-analítica da interpretação. Princípios, para Rafael Tomaz, não podem ser considerados somente estruturas ou meros enunciados previamente dados e interpretados pelos juristas; devem ser pensados como “significados conceituais que acontecem em um horizonte de sentido dado pela história”. Por isso o princípio é sempre uma possibilidade que não se efetiva por completo⁷⁶⁶.

São de Rafael três significados de princípio: a) princípios gerais do Direito; b) princípios jurídico-epistemológicos; c) princípios pragmático-problemáticos. Nessa perspectiva, os princípios gerais do Direito derivam do projeto jusnaturalista desenvolvido no ambiente positivista. São os princípios que suprem as lacunas do sistema positivo de Direito codificado, preservando a integridade lógico-sistemática. Servem para reduzir eventuais contradições que podem surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado⁷⁶⁷. Daí a ideia de um método para aplicar princípios; ideia da qual não conseguem escapar, por exemplo, autores vistos como pós-positivistas como Robert Alexy⁷⁶⁸, na Alemanha, e Humberto Ávila⁷⁶⁹, no Brasil. Na base dos princípios gerais do Direito, Rafael, cita pressupostos dignos de nota: a) separação entre Direito e fato e, consequentemente, a cisão entre teoria e metodologia; b) ciência jurídica moldada na matemática, modo axiomático-dedutivo; c) “imantação” do Direito à lei, de onde se obtém o conteúdo que será articulado no argumento dos princípios⁷⁷⁰.

Os princípios jurídico-epistemológicos, por sua vez, seriam os gerados a partir do século XIX, com a consolidação do Estado Liberal e do estatismo. Estão presentes em dois níveis: no da epistemologia de um determinado ramo do Direito (no Direito constitucional ou

⁷⁶⁶ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 35.

⁷⁶⁷ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 49-51.

⁷⁶⁸ Consultar Alexy, R. (2001). *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy.

⁷⁶⁹ Veja-se Ávila, H. (2005). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação*. São Paulo: Malheiros.

⁷⁷⁰ Oliveira, R.T. (2008) *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*, p. 51-52. Com respeito aos princípios gerais vejam-se as críticas de Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 138-150.

no Direito processual, por exemplo) e no de projetos epistemológicos de índole positivista, como no caso da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. No nível da epistemologia de um ramo específico do Direito, os princípios jurídico-epistemológicos não são princípios porque não possuem a função de colmatar lacunas no sistema. Eles simplesmente possibilitam o conhecimento de uma determinada disciplina. Enquanto esses princípios são os já conhecidos de um ramo do Direito, já dados de antemão, os princípios gerais do Direito são os já conhecidos de uma ordem jurídica sistemática, apresentando-se somente de modo latente no contexto sistemático do Direito positivo⁷⁷¹. No nível do projeto epistemológico, os princípios não estão relacionados com a organização do mundo jurídico, que é regido pelo princípio da imputação de Hans Kelsen. Por exemplo: em contrapartida ao princípio da causalidade que rege o mundo natural, há os princípios da hierarquia normativa e da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, todos também kelsenianos. Rafael defende que não há necessidade de se ir mais longe para poder afirmar que são os princípios gerais do Direito e os princípios jurídico-epistemológicos os ensinados nas aulas da academia.

Já os princípios pragmático-problemáticos são diferentes. Eles têm suas origens na remodelação do Direito, em especial a partir da Segunda Guerra. Aí, o Direito passou a não mais ser pensado como um sistema fechado, construído abstratamente a partir de modelos fundados na subjetividade e em conformidade com os padrões matemáticos; foi pensado como um Direito que se forma a partir de elementos normativos constituídos diferentes da lei, pela afirmação de conceitos como “direitos fundamentais”, “cláusulas gerais”, “enunciados abertos”, “princípios” e outros.

Esses elementos passam a ser reconhecidos independentemente da lei ou mesmo apesar dela. Nesse aspecto, surge uma oposição ao normativismo abstrato e uma defesa do jurisprudencialismo (Castanheira Neves), que passa a reivindicar a “discussão” de problemas jurídicos ao invés de simplesmente descrevê-los⁷⁷². Assim, o que significa isso para a definição de princípio? Rafael Tomaz Oliveira dirá que os princípios devem ser pensados segundo os postulados da equidade e integridade, em conformidade com o que defende

⁷⁷¹ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*, p. 53-55.

⁷⁷² Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-59.

Dworkin. Isto porque o princípio nunca “é” isolado. Os princípios não são padrões de condutas por terem sido fruto de decisões de autoridades instituídas tomadas no passado.

Eles fazem parte do contexto moral e político que atravessa uma determinada comunidade. A teoria do Direito como integridade, de Dworkin, não desconsidera a importância das decisões institucionais tomadas pelas autoridades estatais. A justificativa da fundamentação das decisões somente terá lugar se respeitar a integridade. Essa é entendida como um compromisso das autoridades públicas (legisladores e juízes) de tratar os particulares de maneira consistente com princípios da moralidade política consolidados em instituições da comunidade, como são a Constituição e a lei, e mesmo os precedentes (no caso do Direito norte-americano).

A noção de Direito como prática interpretativa produz um conceito mais amplo de normatividade que reconhece como normativos, também, alguns padrões de condutas desenvolvidos a partir da convivência sempre mediada por uma consciência histórica que se desenvolve em uma determinada comunidade⁷⁷³. Assim, como adverte Rafael, tornar problemático o conceito de princípio no Direito não é somente realizar uma manipulação teórico-objetiva. Mais do que isso, é aproximar-se dele procurando já ter em conta essa rede de significados que o faz possível: o contexto do mundo em que ele se apresenta. Isso implica não produzir objetivações ou fórmulas *a priori* como “valores”, como “concepções de mundo” e outros.

O resgate da prática que o argumento do princípio propicia não pode ser entendido como resgate de valores ou de um dever ser puro, o que significaria um regresso ao primado teórico positivista. O resgate que o argumento de princípio propicia é um resgate da problematização do mundo prático, introduzido no Direito por via do argumento moral. Argumentar com princípios é tratar de encontrar um espaço adequado para desenvolver a reflexão jurídica. Não se trata, portanto, de construir um discurso adjudicador capaz de corrigir por meio de um discurso geral orientado por valores o Direito produzido pela decisão judicial. Mais que isso, trata-se de pensar o Direito a partir de um contexto prático que emerge sem preocupações calculadoras típicas das ciências naturais⁷⁷⁴. O Direito, portanto, segundo

⁷⁷³ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 177-179.

⁷⁷⁴ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*, p. 189-190.

Oliveira, deve ser pensado em contextos práticos, no sentido de que a ideia de princípio a que Dworkin faz menção não é a de se materializar *a priori* em um texto ou precedente, mas um argumento que remete à totalidade referencial dos significados de instrumentos jurídicos⁷⁷⁵.

Por isso, tem razão Rafael Tomaz de Oliveira quando afirma que “não interessa analisar os princípios descolados de sua manifestação histórica⁷⁷⁶”. Isso porque “princípios não são apenas objetos puramente subsistentes à disposição do conhecimento jurídico e à espera de serem descobertos⁷⁷⁷”. Quando argumentamos com princípios, “aí já sempre se instaurou o sentido”, defende Rafael⁷⁷⁸. “Quando tratamos do conceito de princípios, não experimentamos algo que se esgota com uma simples experiência empírica, mas há algo que desde sempre aconteceu neste encontro⁷⁷⁹”.

É nesse sentido, pois, que os princípios, trabalhados no conceito do segundo pós-guerra, são articulados num contexto pragmático-semântico e não semântico-sintático⁷⁸⁰. Princípios estão no mundo em geral e na vida em particular; regem o ser e o estar no mundo. Por isso, lembra Tomaz de Oliveira, deve-se perguntar “de que modo acontecem os

⁷⁷⁵ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 216.

⁷⁷⁶ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 48.

⁷⁷⁷ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 48.

⁷⁷⁸ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 48.

⁷⁷⁹ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 48.

⁷⁸⁰ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 218. A sintática leva em consideração os elementos que compõem uma frase e o papel que eles exercem no interior dessa frase; tem em consideração as relações existentes entre esses elementos. Assim, um substantivo ora pode funcionar como um sujeito, ora como um objeto. Já a semântica é uma disciplina da linguística que se ocupa da significação, em geral, e, mais estritamente, da “significação objetiva”. Ocupa-se, em síntese, da análise do conteúdo significativo da palavra e das relações entre significantes e significados.

princípios” e não “o que é princípio?”⁷⁸¹. É que atingimos o mundo dos objetos pelo discurso, não diretamente. Assim, a compreensão ocorre sem se ignorar a faticidade e a historicidade⁷⁸².

Isso justifica a perspectiva da proposta deste trabalho, cujo discurso da transparência – representado por normas contábeis – não pode passar ao largo dos aspectos fáticos, de que compete ao advogado discenir quanto à probabilidade de solução das contingências, para, a partir daí, se fazer uma provisão o mais possível próxima à realidade.

Por isso, no entendimento de Rafael, a juridicidade do princípio somente pode ser determinada efetivamente no momento de sua interpretação, ou seja, “é na decisão judicial que os princípios devem ser analisados”. Portanto,

o conceito de princípio, visto desta perspectiva não pode ser pensado em sua realidade, entendida como quiddidade. O conceito de princípio se manifesta sempre numa possibilidade que, não é exagero afirmar, nunca chega a se esgotar. Há uma certa intangibilidade no que atina a seus significados ônticos. Isso porque no momento em que o caso concreto é resolvido através de um argumento de princípio – que no interior do direito como integridade nunca se dá por meio da articulação de apenas um princípio, mas sempre do contexto e da repercussão no todo de princípio da comunidade – tal argumento ficará assentado como precedente e atrelará, de forma compromissória, uma possível decisão posterior tomada em um caso similar⁷⁸³.

Rafael ainda diz não ser possível conceituar princípio pelo grau de abstração, como faz Joaquim José Gomes Canotilho. Também não é possível concebê-lo como “cláusula geral” ou “abertura axiológica” do sistema, conforme Canaris⁷⁸⁴. Assim, se a igualdade é um princípio, é porque em todo caso ela está em jogo como um problema que serve de “referencial” na determinação das regras que regulamentam o caso na decisão judicial.⁷⁸⁵ Por isso, a decisão

⁷⁸¹ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 219.

⁷⁸² Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 220.

⁷⁸³ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 217.

⁷⁸⁴ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 222.

⁷⁸⁵ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 223.

não é aleatória, mas conforme a história institucional (leis, precedentes, Constituição) e os princípios morais que ordenam, de modo coerente⁷⁸⁶, a comunidade.⁷⁸⁷ Por isso também, no caso específico, verificam-se (ou verificaram-se desde sempre) “princípios” e não “o” princípio, pois qualquer decisão tem de ser justificada na “comunidade” dos princípios⁷⁸⁸.

Princípios, portanto, são construídos e identificados em cada caso. Assim é que alguém, um advogado ou um juiz, em determinada situação, por via da argumentação, explicitando a prévia compreensão – argumentos explicitam o compreendido –, pode demonstrar que há algo de moralidade (inerente à tradição jurídica de uma determinada comunidade e não à moralidade do intérprete) a ser reconhecido no caso, na situação concreta e historicamente situada. E isso pode levar ao reconhecimento de um princípio que, mais tarde, poderá vir a ser nomeado “como” um princípio, se já não o foi. Ou seja, os princípios não vêm prefixados, ainda que as leis ou a Constituição possam dispor sobre eles.

Há, sim, nas leis e na Constituição, uma espécie de “indício formal” do que pode ser um princípio. Assim ocorre com o princípio da dignidade humana, com o da igualdade, com o princípio do devido processo legal, e assim por diante. Mas, somente isso, ou seja, a indicação na lei, no texto, não nos dá o princípio; é necessário algo mais. Não é o simples enunciado, pois, que poderá ser considerado princípio; o simples enunciado é um texto, e nos textos – caso se queira – há regras e princípios, mas dependentes sempre de uma situação concreta. E não se poderá falar de algo como regra ou como princípio sem haver uma aplicação, uma situação “interrogante”. Afinal de contas, por que não chamar de regra, em vez de princípio, aquilo que se encontra na Constituição e nas leis “como” princípio? É a denominação princípio que determinará o princípio? Ou é a denominação regra que identificará a regra?

Diante disso, não há problema algum em chamar de regra um princípio ou o inverso. Assim, é bem possível falar de regra de igualdade e de regra do devido processo, como defende Lenio Streck. Essa, portanto, não é uma questão com que o jurista deva se preocupar.

⁷⁸⁶ A coerência tem a ver com a ideia de universalidade dos juízos morais. Assim, para que alguém possa ser considerado coerente, não poderá utilizar um mesmo argumento moral para justificar a aplicação da regra a outro e para justificar o não cumprimento da regra por ele.

⁷⁸⁷ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 223.

⁷⁸⁸ Oliveira, R.T. (2008). *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 223.

Assim, também não há problema algum na concepção do Direito como um sistema de regras, como defende Hart, por exemplo. É que a definição não afastará os princípios do Direito, pois, por trás da regra, já está o princípio, nos termos da diferença ontológica entre regra e princípio de que trata Streck.

A dualidade estrutural regras/princípios, é claro, ajuda a fazer com que as coisas sejam bem entendidas no sentido de que o Direito não deve ser interpretado como o Direito do positivismo. De fato, o próprio Hart já sabia que havia algo mais para além das regras. Sua preocupação, porém, fora a de descrever o sistema positivista de Direito e seu funcionamento. Tanto é assim que não há uma teoria da interpretação em Hart, em que pese ele falar de textura aberta e discricionariedade. O mesmo se passa com Kelsen, que não atribui importância alguma ao problema da interpretação.

Os princípios, por evidente, não prescrevem resultados, pois não são regras. Mas, como diz Dworkin, eles “inclinam” a decisão em uma direção, embora de maneira não-conclusiva. E continuam intactos, mesmo quando não prevalecem.⁷⁸⁹ Por isso, os juízes e intérpretes do Direito não podem “demonstrar” a “autoridade” ou o “peso” de um princípio, “aplicando” princípios, pois sabem que têm de argumentar em favor de um princípio e do seu “peso”, apelando, portanto, para um “amálgama” de práticas e outros princípios⁷⁹⁰. A amarra da decisão estará na fundamentação de acordo com a lei (constitucional), atendidos os padrões de coerência e integridade do Direito, e não na simplista “adjudicação” de princípios, os mais variados, sem a respectiva “conteudização”. A adjudicação de princípios termina por sonegar a historicidade do Direito, velando a possibilidade de respostas corretas⁷⁹¹.

Por fim, há que se dizer, ainda, que o princípio não pode ser considerado algo (ou “alguém”) que surge para “salvar” o intérprete quando as regras não o “salvam”⁷⁹². O princípio já está por “trás” da regra (Streck), distinguindo-se desta apenas ontologicamente

⁷⁸⁹ Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 57.

⁷⁹⁰ Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 58.

⁷⁹¹ Hommerding, A.N. O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual In: Saldanha, J.M.L.; Espíndola, A.A.S. (Orgs.). (2010). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização*. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos.

⁷⁹² Quase que uma espécie de “Chapolim Colorado”, para lembrar do antigo seriado da TV mexicana.

(no sentido da diferença ontológica de que fala Heidegger, antes mencionada). Também por isso não se pode chamar todos os “princípios” de princípios. Ou seja, alguns princípios, na verdade, não passam de meros *standards*, com nítida função retórico-argumentativa, ressalta Lenio Streck⁷⁹³. Por isso, há princípios que não são, de fato, princípios. Dito de outro modo e ratificando o já dito, não é necessário que se nominem *standards* “como” princípios para que se possa interpretar com princípios. Mais que isso: “os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantam problemas metodológicos oriundos da 'insuficiência' das regras. Não são, pois, 'mandados de otimização' ou postulados interpretativos⁷⁹⁴”.

Também não é necessário que os legisladores ou os juristas (juízes e demais operadores do Direito) “criem” princípios para poder decidir. A criação/invenção de princípios é a expressão da subjetividade. O Direito não compactua com isso. E o Direito não compactua com a ideia de ser apenas uma questão de sintática ou de semântica, ou que a questão de princípio seja uma mera questão sintática ou semântica. O Direito envolve, sim, questões morais (Dworkin⁷⁹⁵). Por isso, como defende Adalberto Narciso Hommerding⁷⁹⁶, haver-se-á de concordar com Streck quando, em “Verdade e Consenso”, lança um verdadeiro “libelo” contra a “mixagem” hermenêutica de teorias voluntaristas⁷⁹⁷, intencionalistas⁷⁹⁸, axiológicas⁷⁹⁹ e semânticas⁸⁰⁰ do Direito. É que todas elas, ao invés de propiciarem o “resgate do mundo prático” – com a concomitante limitação do poder dos juízes pela limitação da sua subjetividade, prejudicial, pois, às soluções e respostas adequadas –, só aumentam a separação

⁷⁹³ Streck, L.L. (2008). *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 477.

⁷⁹⁴ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 144.

⁷⁹⁵ O problema da teoria do Direito é no fundo um problema relativo a princípios morais, e não a “estratégias” ou “fatos jurídicos”. Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 12.

⁷⁹⁶ Hommerding, A.N. (2012). *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, p. 143.

⁷⁹⁷ Vejam-se as teorias que defendem uma espécie de “vontade da lei” como, por exemplo, a teoria chiovendiana sobre a jurisdição.

⁷⁹⁸ A “intenção dos legisladores” representada, por exemplo, pelas teorias “originalistas” acerca da interpretação da Constituição; pela intenção do legislador constituinte no Brasil ou pela intenção dos “framers”, que são os fundadores da Constituição norte-americana, e assim por diante.

⁷⁹⁹ A dita jurisprudência dos valores; a Filosofia dos Valores de Johannes Hessen ou de Max Scheler.

⁸⁰⁰ O positivismo, em suas mais variadas versões (Bentham, Austin, Hart, Kelsen, Bobbio etc.).

entre Direito e moral, fortalecendo, ao invés de enfraquecer, a discricionariedade judicial e, consequentemente, o arbítrio. Daí a crítica de Lenio no sentido de que no campo jurídico,

o 'maior avanço' parece – mas apenas parece – ter sido dado por Alexy, que de algum modo pretende conciliar o método analítico da jurisprudência dos conceitos com o axiologismo da jurisprudência dos valores. Com efeito, procurando racionalizar o uso da moral corretiva (p. ex., através da jurisprudência dos valores, que ele buscou 'controlar' racionalmente), Alexy contenta-se em dizer, em um primeiro momento, que os casos simples se resolvem por subsunção, o que quer dizer que ele acredita na suficiência ôntica da lei naqueles casos em que haja 'clareza' no enunciado legal e na rede conceitual que o compõem.⁸⁰¹

Em outras palavras, segundo Lenio Streck, em parte Alexy continua apostando no exegetismo,

ao menos para a resolução dos casos no âmbito das regras. Para além dessa 'suficiência ôntico-exegética', quando estiver em face de um caso difícil, apela para outro nível da semiótica: a pragmática. Mas a palavra final será do sujeito e sua subjetividade. A ponderação alexiana, feita para resolver o problema de colisão de princípios, dependerá, ao fim e ao cabo, da discricionariedade. Portanto, dependerá do sub-jectum, de um *solus ipse*.⁸⁰²

O cerne da discussão hermenêutica, no entanto, é justamente o de “evitar decisionismos”, e isso não vem ocorrendo. Por isso é que, nesse panorama de hiperdimensionamento da semântica, das (diversas) teorias da argumentação, dos conceitos e da “ciência” do Direito, como dito, a melhor abordagem do Direito, pensa-se e se repete, pode ser encontrada em Ronald Dworkin (Direito como integridade, como interpretação), com o apoio filosófico de Martin Heidegger (filosofia hermenêutica) e Hans-Georg Gadamer

⁸⁰¹ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 78.

⁸⁰² Streck, L.L. (2009). *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 12. Como ensina Streck, “parcela significativa das palavras da lei são plurívocas. Mas isso não pode significar que cada intérprete possa atribuir os sentidos que mais lhe convierem. Daí a importância da hermenêutica”. Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 324.

(hermenêutica filosófica): pela via da “compreensão”, ou seja, hermeneuticamente. Isso porque o modo de ser do Direito não se desgarra da hermenêutica da faticidade, do “método fenomenológico”⁸⁰³, enfim, da argumentação filosófico-moral (Dworkin). Por isso é que Yezid Carrillo de La Rosa dirá que a atividade do jurista deve ser entendida como “projeção da argumentação filosófica moral e política”, e não da ciência⁸⁰⁴.

Compreender (o Direito, inclusive) não é um modo de conhecer, mas um “modo de ser”⁸⁰⁵. A ontologia da compreensão substitui a epistemologia.⁸⁰⁶ E é a partir daí que se pode dizer, com Dworkin, que o Direito é um “fenômeno social”, cuja complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura: “a prática do direito é argumentativa”⁸⁰⁷. E argumentativa num sentido moral. Ou seja, o Direito, antes de tudo, é um problema de “moralidade”.⁸⁰⁸ Também por isso é que, segundo Dworkin, há uma espécie de “revelação” feita pelo Direito no sentido de mostrar o que nós mesmos somos:

temos interesse pelo direito não só porque o usamos para nossos próprios propósitos, sejam eles egoístas ou nobres, mas porque o direito é a nossa instituição

⁸⁰³ O método fenomenológico, com Heidegger, é visto como uma “hermenêutica universal”. É, para Streck, uma “revisão crítica” dos temas centrais da tradição filosófica, transmitida pela linguagem, como destruição e revolvimento do chão lingüístico da metafísica ocidental. Por esse, é possível descobrir um indisfarçável projeto da linguagem, numa imediata proximidade com a praxis humana, como existência e faticidade, onde a linguagem não é analisada num sistema fechado de referências, mas no plano da historicidade. A hermenêutica procura não se desligar da existência concreta e da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada. O “método” é determinado a partir da “coisa mesma”, pois não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica do objeto. Como o *Dasein* impõe que a consideração metódica se realize dentro da sistemática análise do seu ser e sentido, o método fenomenológico somente é possível na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros resultados. Streck, L.L. (2002). *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 20.

⁸⁰⁴ Carrillo De La Rosa, Y. (2008). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Cartagena: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., p. XIV.

⁸⁰⁵ Streck, L.L.(2009). *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 232.

⁸⁰⁶ Streck, L.L. (2009). *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 232.

⁸⁰⁷ Dworkin, R. (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, p. 17.

⁸⁰⁸ Dworkin, R. (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, p. 12. Nesse sentido, consultar também: Hommerding, A.N. (2012). *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, p. 147.

social mais estruturada e reveladora. Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos⁸⁰⁹.

Bem por isso a “questão de princípio” não pode ser esquecida. É aí que entra a importância da linguagem: quando o princípio é esquecido, não há ser (sentido). Ora, se “no princípio era o verbo” (lembre-se o Evangelho de São João, 1: 1), ou seja, se no princípio era o *logos*, a palavra, a linguagem, então o verbo (a palavra, a linguagem) só “pode ser” no princípio. E linguagem (o verbo) aqui está no sentido de ação, de um caminho a ser percorrido (vejam-se as ideias do 2º Wittgenstein a respeito da linguagem inserida nos contextos de uso). Por isso não é estática, tem um aspecto prático, interno à ação humana (Wittgenstein).

Uma das grandes contribuições à ideia de que o raciocínio jurídico deve ser abordado por uma perspectiva que acaba por situá-lo no centro do direito que se constrói “hermeneuticamente” vem, pode-se dizer, de Ludwig Wittgenstein. Sua influência, segundo Gianluigi Palombella⁸¹⁰, foi decisiva para a filosofia da linguagem. Em Wittgenstein, a linguagem tem sentido se inserida num “contexto de uso” (jogo *linguístico*). Tem, assim, um aspecto prático; é interna à ação humana, não tendo apenas uma função de informar sobre algo, mas sendo, sobretudo, inseparável do agir humano, em cujo contexto, que é determinado e tem peculiaridades próprias, culturais, sociais, pode ser entendida⁸¹¹.

Para Friedrich Müller, a palavra, nas Investigações Filosóficas de Wittgenstein,

é vista como momento de um modo concreto de uso. A função da linguagem já não é mais a de retratar o mundo. Um ‘jogo de linguagem’ é, muito pelo contrário, uma situação *linguística*, dentro da qual se pode afirmar que aqui (...) ‘o

⁸⁰⁹ Dworkin, R. (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, p. 15.

⁸¹⁰ Palombella, G. (2005). *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, p. 299-300. O Wittgenstein de que se fala aqui é o “2º Wittgenstein”, o das “Investigações filosóficas”, e não o “1º Wittgenstein”, que subsidiou o “positivismo lógico” e a “linguagem rigorosa”.

⁸¹¹ Palombella, G. (2005). *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, p. 299-300. A hermenêutica, portanto, não é mais o compreender de textos, um “interpretar que trata de objetos”. O compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender de um mundo que é a própria transcendência. Esse mundo ao mesmo tempo somos nós e projetamos sobre tudo o que deve se dar. Vai-se formar a estrutura da circularidade, na medida em que já sempre somos mundo e, ao mesmo tempo, projetamos mundo. Estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos. Stein, E. (1996). *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, p. 61. Por isso, “a coisa que se busca dizer e o dizer mesmo se entrelaçam numa interação circular”. Stein, E. (2000). *Diferença e metafísica*: ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, p. 70.

significado das palavras é a coisa, à qual elas se referem'. Não se pode falar aqui de um significado 'em si' da palavra individual; só se pode dizer como a referida palavra é utilizada no âmbito de um determinado jogo de linguagem. Via de regra, o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem⁸¹².

A linguagem, pois, terá seu apoio no mundo, sem o qual as proposições serão destituídas de sentido. Ou seja, como lembra Arley R. Moreno, para Wittgenstein, o mundo fornece uma base fixa à linguagem, e essa apoia-se sobre essa base⁸¹³. Assim, também não haverá espaço para uma metalinguagem, pois admitir a metalinguagem “implicaria admitir algo fora da linguagem, e, portanto, do mundo, isto é, fora das possibilidades de expressão linguística. Só há, nesse sentido, linguagem⁸¹⁴”.

O Direito, como bem define Palombella, “constitui um jogo linguístico, que se desenvolve sobre um fundo cultural e num contexto de uso específico e variável, de acordo com os ‘sistemas’, os lugares ‘institucionais’ ou os ‘ordenamentos’ e as sociedades considerados”. Daí a importância em não se reduzi-lo a uma abordagem conceitualista, semântica, formalista, que não leve em conta a “pragmaticidade essencial” das coisas⁸¹⁵. Daí também a importância em não se reduzir os princípios a *standards*, meros enunciados ou a princípios gerais do Direito, por exemplo.

Nunca se pode aplicar princípios sem um questionamento, sem a compreensão. No interior do discurso (universalizante) do sentido comum teórico, porém, quando os juristas “aplicam” os princípios, fazem-no sem “indagar”, sem compreender a coisa “como” coisa: “não deixam a coisa ser”. Isso ocorre porque, como ensina Heidegger, o “mostrar-se” das coisas pode ser um aspecto tão assentado pela tradição que sequer é possível reconhecer o que de impróprio tem, ou mesmo tê-lo por verdadeiro⁸¹⁶. Portanto, quando alguém se conforma com algo acabado, está, em verdade, “encobrendo” a coisa.

⁸¹² Müller, F. (1995). *Direito, linguagem, violência*. Porto Alegre: Fabris, p. 36-37.

⁸¹³ Moreno, A.R. (2000). *Wittgenstein: os labirintos da linguagem*. São Paulo: Moderna, p. 22.

⁸¹⁴ Moreno, A.R. (2000). *Wittgenstein: os labirintos da linguagem*. São Paulo: Moderna, p. 28.

⁸¹⁵ Palombella, G. (2005). *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, p. 300.

⁸¹⁶ Heidegger, M. (1998). *Ontología: hermenéutica de la facticidad*. Versión J.Aspiunza. Madrid: Alianza, p. 99.

Assim, na interpretação do Direito, por exemplo, quando o jurista se conformar com os conceitos e, especificamente, com a noção entificada de princípio (“princípios gerais do Direito”, “princípios epistemológicos” etc.), estará “encobrendo” a coisa mesma, conformando-se com o “acabado”. Ou seja: o conceito esconde(rá) a coisa⁸¹⁷ (e o princípio). E o princípio, então, não aparecerá, pois restará reduzido ao conceito, ao enunciado. Nessa perspectiva, pois, a linguagem não interessa(rá), uma vez que, mesmo sem ela e apenas com os conceitos, é (será) possível conhecer as coisas⁸¹⁸ e os princípios.

3.7.1 Que são Princípios quanto à Provisão para Passivos Contingentes?

A fundamental importância dos princípios frente a provisão para passivos contingentes está na correspondência daquilo que eles podem representar quando do estabelecimento da classificação da provisão. As condições de base de julgados são determinantes para essa classificação. Assim, por exemplo, se determinado tribunal adotou tais e tais princípios em seus julgamentos, esses é que conduzirão as condições de análise da provisão. Estaria, assim, dissociada da realidade a análise que passasse por texto de lei que o tribunal despojou em sua base de julgados em detrimento do julgamento que ocorreu com base em princípios.

Para exemplificar esse procedimento, cita-se o caso regionalmente rumoroso ocorrido no estado de São Paulo (Brasil). A Prefeitura Municipal de Tatuí, por meio da Lei Municipal nº 4.795, de 26 de setembro de 2013, estabeleceu o aumento médio de 33% (trinta e três por cento) para o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) para o ano de 2014. Por meio de

⁸¹⁷ Blanc, M.F. (s.d.) *O fundamento em Heidegger*. Lisboa: Piaget, p. 38-39.

⁸¹⁸ Streck, L.L.(2001). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 113-116. Por isso é que Heidegger dirá que o conceito oposto ao de encobrimento é o conceito de fenômeno. A fenomenologia “é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. Pois, o mostrar-se não é um mostrar-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa ‘atrás’ da qual esteja outra coisa ‘que não se manifesta’. ‘Atrás’ dos fenômenos da fenomenologia não há absolutamente nada, o que acontece é que aquilo que deve tornar-se fenômeno pode-se velar. A fenomenologia é necessária justamente porque, de início e na maioria das vezes, os fenômenos não se dão. O conceito oposto de ‘fenômeno’ é o conceito de encobrimento”. Heidegger, M. (2000). *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, p. 66.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)⁸¹⁹, um partido político requereu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a inconstitucionalidade da referida Lei Municipal. A ADIN foi acompanhada de pedido liminar de suspensão das cobranças do IPTU. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar o pedido liminar, concedeu a suspensão das cobranças com base em princípios alegando “a caracterização de sua inconstitucionalidade, por afronta aos princípios da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade, capacidade contributiva e da vedação ao confisco⁸²⁰”. Com esse julgamento favorável aos contribuintes, a Prefeitura Municipal de Tatuí recorreu ao Supremo Tribunal Federal (STF)⁸²¹. O STF negou seguimento ao pedido de Suspensão de Liminar (SL 761), fundamentando que caso fosse cassada a Liminar, com a consequente cobrança do IPTU nas bases da Lei Municipal, haveria grave dano aos contribuintes se, posteriormente, as questões de fundo fossem julgadas contrárias aos interesses do Ente Público.

O caso acima demonstra que os princípios são preponderantes nos julgamentos das provisões para contingências oriundas de processos administrativos e judiciais. A Lei que majorou o imposto não pode ser considerada, pois há suporte para que a provisão seja baseada em princípios.

Da mesma forma, também poderá haver casos em que a análise da classificação da provisão indique que ela seja feita com base em princípios, em vez de ser calcada em decisões processuais. Uma demanda contra empresa de capital aberto, análoga a casos já julgados por tribunal com base em princípios, por exemplo, esses devem fazer o seu devido peso para se classificar a demanda nos termos da provisão frente a decisões que afrontam esses princípios. Nesse caso, o princípio se sobressai, e a provisão deverá ser classificada com base no princípio. A dificuldade aumenta nas situações em que não se pode fazer a devida analogia com outros casos, ou seja, não há parâmetros por se tratar de caso inédito. Assim, como o decisor togado, o profissional à frente da demanda contingente deverá estudar o assunto: caso concreto *versus* bases pricipiológicas.

Nessa esteira, verifica-se que a análise das condições e das classificações da provisão para passivos contingentes não obedece a um roteiro (e conteúdo) diverso do utilizado pela

⁸¹⁹ ADIN. Processo nº 2064066-04.2013.8.26.0000. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

⁸²⁰ Resultado julgamento ADIN. Acesso fev, 22, 2014 em: <http://s.conjur.com.br/dl/tj-sp-concede-liminar-impede-reajuste.pdf>.

⁸²¹ Medida Cautelar na Suspensão de Liminar Nr. 761. Diário Justiça n. 28 do dia 11/02/2014. Secretaria Judiciária. Processos de Competência da Presidência.

jurisdição estatal. Também é nesse sentido que o entendimento das condições de classificação dessa provisão, com base em “princípios contábeis” – na realidade, verdadeiras regras técnicas –, se adapta aos mais diversos ritos jurídicos processuais dos mais diversos países.

Nesse ponto, cabe abrir a discussão nos seguintes parâmetros: se em determinado caso, em Portugal, por exemplo, uma companhia é condenada a indenizar, no Brasil, o mesmo caso pode não obter julgamento favorável, e a companhia não ter a obrigação de provisionar. Os julgados dos dois países podem ser baseados em princípios, mas não significa garantia de julgamento igual a mesmo caso. Assim, a companhia adotará decisões diferentes para classificar provisão com o mesmo objeto processual. É que os princípios são problematizados consoante sua situação histórica e temporal. Há especificidades próprias de cada caso que levam à produção de sentido e à “descoberta” do princípio conforme a situação espaço-tempo. Os princípios constituem uma “comum-unidade” – expressão de Rafael Tomaz de Oliveira, já referido – numa determinada comunidade jurídica e política, razão pela qual a (re)construção do princípio na decisão pode ser diferente de lugar para lugar, e de tempo para tempo.

Além disso, a dificuldade para a interpretação do Direito também está na complexidade do ordenamento jurídico, que exige a função de interpretar para sua práxis efetiva. O ordenamento jurídico, no mais das vezes (como ocorre, por exemplo, no Brasil), é constituído por princípios como duplo grau de jurisdição, exigência do juiz natural, garantia do contraditório e todo o conjunto representado pelas correntes doutrinárias, teorias e teses jurídicas, súmulas, incidentes de uniformização de jurisprudência, entre outros.

Nesse contexto, há que se perguntar: os critérios de reconhecimento e bases de mensuração das provisões, passivos e ativos contingentes estabelecidos na norma *International Financial Reports Stands Board* (IAS) 37, representariam princípios que devem “subsidiar” normas (regras) a serem elaboradas a partir deles?

De fato, quando se fala de princípio, adotando-se a perspectiva de Ronald Dworkin, está-se a falar de exigências de moralidade, justiça, equidade, entre outras dimensões morais, como já pontuado alhures. Os princípios têm, assim, um caráter pragmático-problemático (Esser) e servem para “fechar” a interpretação do Direito, cujas regras são “porosas” (Streck).

As regras, em razão da diferença ontológica, estão, por sua vez, “coladas” aos princípios que, também por sua vez, são instituidores das regras; por isso, a defesa de Lenio Luiz Streck no sentido de que

A regra não subsiste sem o princípio. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o 'atravessamento' de uma regra. A regra não explica; a regra esconde. O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo autossuficiente). O princípio é a enunciação do que está enunciado⁸²².

Critérios de reconhecimento e bases de mensuração de provisões estabelecidos nas Normas Internacionais de Contabilidade (NIC) são, pois, regras produzidas fora do Estado. Por detrás delas, no entanto, haverá um princípio – ou “os princípios” – instituidor, ou seja, um imperativo moral determinando, por exemplo, que a provisão seja mensurada de tal ou tal forma a fim de cumprir com uma exigência (que é moral) de transparência. Dito de outro modo, regras não são princípios, mas não há possibilidade de uma regra separar-se de um princípio. Há tão-somente uma diferença, que é ontológica, no sentido da ontologia fundamental de Heidegger. A regra, pois, só tem sentido porque há um princípio que a institui e que a ela está “ligado” ontologicamente. No caso das NIC, portanto, regras (normas) formuladas fora do Estado, uma vez “lidas” no sistema de Direito, passam a ser regras de Direito, pois o que importa é o código jurídico, como bem lembrado por Teubner. Elas têm por trás de si princípios instituidores. As NIC, assim, são o típico exemplo de normatividade produzida fora do sistema de Direito, mas por este incorporada, que encontra fundamento em princípios, exigências de moralidade. São regras, portanto, como dito, “lidas” sob a ótica do código jurídico (lícito/ilícito), cuja normatividade é densificada por exigências de moralidade, na forma como sustentado por Ronald Dworkin. Mais uma vez, pois, aparece a diferença ontológica entre regra e princípio, o que apenas confirma que das três acepções distintas de princípio a melhor é a de princípio no sentido pragmático-problemático trabalhada por Rafael Tomaz de Oliveira, com base em Josef Esser e Dworkin⁸²³.

Em relação aos objetivos da IAS 37 – “garantir que os critérios apropriados de reconhecimento e bases de mensuração sejam aplicados às provisões, passivos contingentes e ativos contingentes e que informações suficientes sejam divulgadas nas notas explicativas

⁸²² Streck, L.L.(2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 145.

⁸²³ No mesmo sentido de Oliveira, separando as três acepções de princípio e ressaltando os efeitos da história que percorrem a distinção entre texto e norma que densificam – por meio dos princípios – a normatividade das regras, consultar: Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 292.

para permitir que os usuários compreendam a sua natureza, época e valor⁸²⁴ –, observa-se que, pelo estabelecido nas normas nacionais para o provisionamento de passivos contingenciais, ficou pendente de elaboração a parte dos critérios de reconhecimento e bases das provisões. Tanto assim que, como foi dito anteriormente, as atenções sobre as provisões praticamente se concentram na figura do contabilista.

Mas diante do enunciado da IAS 37, questiona-se: o contabilista dará conta da suficiência das ações previstas nessa norma? O que seria suficiência? Quantidade ou qualidade?

Para melhor verificar se as condições desse profissional para a realização da tarefa de reconhecer as contingências e mensurar a respectiva provisão, no próximo capítulo serão descritas as normas e os procedimentos contábeis associados a elas.

Como as contingências são consideradas um aspecto processual, também serão abordadas do ponto de vista jurídico. Trata-se, pois, de verificar o objetivo da IAS 37 com base em uma relação jurídico-contábil, tornada possível devido à existência de princípios comuns, como a acuidade, a transparência e a ética, por exemplo.

Não é por outra razão que Newton Freitas⁸²⁵ afirma: a relação jurídica e a relação contábil têm, entre seus elementos, um vínculo em comum de atributividade, originário da lei, e o objeto. O fato contábil nasce simultaneamente ao fato jurídico, por isso o representa, em princípio, apesar de o Direito e a Ciência Contábil o considerarem sob ótica distinta. Mas se o tratamento dos fatos comuns é distinto, uma vez que cada ciência tem sua ordem de conhecimentos e sistematização, os fins são convergentes e complementares. Isso é o que acontece com o objetivo da IAS 37, que “prescreve a contabilização das provisões, passivos contingentes e ativos contingentes⁸²⁶”, cuja divulgação é essencial para as empresas de capital aberto, a fim de informar os investidores sobre prováveis riscos do investimento.

De outra perspectiva, o ato Sarbannes-Oxley, uma das reformas mais importantes na lei e mercados de capital dos últimos anos, busca proteger os investidores por meio da

⁸²⁴ Fundação IFRS. IAS 37 *Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes* - IFRS. Acesso jun, 20, 2009 em: www.ifrs.org/IFRSs/IFRS-technical-summaries/Documents/.../IAS37.pdf

⁸²⁵ Freitas, N.(2009). *Relação Jurídica e Relação Contábil*. Acesso jun 7, 1999, em: <http://www.apa.org/journals/amp/kurdek.html>, p. 5

⁸²⁶ Fundação IFRS. IAS 37 *Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes* - IFRS. Acesso em junho, 9, 1999, em: www.ifrs.org/IFRSs/IFRS-technical-summaries/Documents/.../IAS37.pdf, p. 3

precisão e da confiabilidade nas informações societárias, inclusive exigindo das empresas o alcance de um novo patamar de Governança Corporativa.

Esses fatores integram a conjuntura na qual se insere o tema desta pesquisa.

PARTE II

Seção I

4 A EMPRESA DE CAPITAL ABERTO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A MENSURAÇÃO DE VALORES

Em 2002, com o escândalo de grandes corporações norte-americanas de renome, como a Enron, Worldcom, Tyco e Arthur Andersen, o mercado financeiro mundial se deparou com o desafio de estancar as fraudes e manipulações contábeis e financeiras. Nesse sentido, foi promulgada, em 30 de julho de 2002, a Lei Act of 2002 SOX, assinada pelo senador Paul Sarbanes (Democrata de Maryland) e pelo deputado Michael Oxley (Republicano de Ohio), a chamada Lei Sabanes-Oxley ou Lei SOX. Essa Lei “codifica a concepção de que a administração da companhia deve conhecer as informações materiais arquivadas na *Security and Exchange Comission* (SEC) e distribuídas aos investidores e deve, também, responsabilizar-se pela probidade, profundidade e precisão dessas informações⁸²⁷”.

Essa Lei tem como finalidade precípua recuperar a credibilidade pública no mercado financeiro, fundamentando-se, para tanto, em quatro valores: conformidade legal, prestação responsável de contas, transparência e senso de justiça, os quais podem ser resumidos da seguinte forma, respectivamente: adoção de um código de ética pelos executivos, incluindo questões referentes a conflitos de interesse, divulgação de informações das leis e regulamentos; na divulgação dos relatórios previstos na Lei, os principais executivos devem se certificar das informações, quanto a sua veracidade e omissão de fatores ou fatos relevantes; seguir o que a lei determina, nos casos de mudanças nas participações acionárias; aprovação dos planos de ação e das remunerações do executivo principal pelos acionistas⁸²⁸.

4.1 A Empresa de Capital Aberto Submetida às Normas Internacionais

Entre seus objetivos, a SOX busca impor à administração um regime ético, tornando-se um parâmetro obrigatório de conduta. Suas determinações, quanto às companhias estrangeiras, não estendem a coerção à pessoa de seus administradores, pois isso depende de regulamentação pelo Direito interno dos países interessados em participar do mercado norte-americano. Em compensação, não se aceita a companhia na jurisdição econômica norte-

⁸²⁷ Damázio, L.Z.H. (2007). *Avaliação dos Controles Sarbox da Gerência de Operações de TI de uma Empresa Provedora de Serviços de Telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasil, p. 5.

⁸²⁸ Instituto Português de Auditores Internos. Instituto Português de Auditores Internos (IPAI). *A Lei de Sarbanes Oxley de 2002*. Acesso dez, 12, 2006 em: <http://www.ipai.pt/files/>.

americana de mercado de capitais. Quanto ao certificado a ser emitido pelos administradores, Borgerth, citando Blancheht, diz o seguinte:

[...] como não há condições de se alterar o conteúdo desse certificado, a única solução que as empresas vêm encontrando para garantir a veracidade daquilo que são compelidas a declarar é alterar os seus controles. Por essa razão, aliado à Seção 404, que veremos a seguir, esse item vem constituindo um dos maiores pontos de investimento por parte das empresas⁸²⁹.

A opinião de Blanchet é compatível com o avanço do mercado, em especial em relação às empresas de capital aberto participantes do mercado norte-americano de bolsa de valores.

A SOX estabelece, entre outras, responsabilidades para administradores e para o diretor financeiro. As Seções 302, 404 e 906 regulamentam os certificados que devem ser emitidos pelos principais administradores, inclusive disponibilizando o modelo de certificado a ser emitido pelos administradores. A regulação da SOX, nesse ponto, é rígida e atribui responsabilidades quanto à veracidade das informações. A Lei prevê até 20 anos de prisão para os responsáveis por falsas informações.

A Sarbanes-Oxley cria mecanismos de controles internos de empresas de capital aberto com ações negociadas na bolsa de valores de Nova York e, buscando a regulação de melhor governança corporativa, trouxe inevitáveis quebras de paradigmas de estilos administrativos, conforme explicou Vania Maria Borgerth⁸³⁰. (g.n.)

A relação entre esses três pontos abrangidos pela SOX pode ser compreendida a partir de seus conceitos e características: empresa é uma organização definida como

um organismo econômico [...] que se assenta sobre uma organização fundada e princípios técnicos e leis econômicas. Objetivamente considerada, apresenta-se como uma combinação de elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico e realizada em vista de um intento especulativo de uma pessoa (ou mais pessoas) que se chama “empresário”⁸³¹.

Quanto à constituição de seu capital, as organizações ou empresas têm denominações diferentes, são regidas por contratos sociais também diferentes, e seus titulares têm obrigações

⁸²⁹ Borgerth, V.M.C. (2007). *SOX - Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. São Paulo: Thomson Learning, p. 34.

⁸³⁰ Borgerth, V.M.C. (2007). *SOX - Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. São Paulo: Thomson Learning, p. 1, 2.

⁸³¹ Requião, R. (1997). *Curso de Direito Comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, p. 50.

e direitos estabelecidos em leis específicas. Entre os tipos de empresas segundo a composição do capital, citam-se as empresas de capital aberto ou sociedades anônimas. No Brasil, segundo o art. 1º da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, “A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.” Pelo art. 2º, “Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. § 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.”⁸³²

O art. 4º da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, na redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001, estabelece que “a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.” Pelo parágrafo 1º desse artigo, “Somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociados no mercado de valores mobiliários” (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001).

A gestão dessas empresas de capital aberto, historicamente, desde o século XIX, passou por estágios diferentes, como: empreendedorismo, expansionismo e fragmentação. Nas últimas décadas, sua posição foi fortalecida pelo desenvolvimento industrial e pelo capitalismo, e elas passaram a outra fase, chamada de governança corporativa e representada por um “conjunto de princípios e práticas que têm sido incorporadas aos modelos de gestão das empresas”, relativas ao cumprimento de estatuto, à otimização do retorno dos ativos intangíveis, à preservação desses e ao desempenho estratégico das empresas⁸³³. De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), governança corporativa é o

sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade⁸³⁴.

⁸³² Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Presidência da República. Casa Civil. Acesso jan, 26, 2012 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm

⁸³³ Andrade, A. & Rosseti, J.P. (2006). *Governança corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 2 ed. São Paulo: Atlas, p. 21.

⁸³⁴ IBGC. Instituto Brasileiro de Gestão Corporativa. *Governança corporativa*. Acesso dez, 20, 2013 em: <http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=17>.

Os objetivos da SOX, portanto, vieram reforçar aquilo que o estágio atual de gestão das empresas de capital aberto, a governança corporativa, exigia delas, ou seja, práticas que valorizassem seu desempenho e, conseqüentemente, proporcionassem, a elas, mais valor. Segundo Rodrigo Eustáquio Ferreira⁸³⁵, a governança corporativa, em sua versão moderna, surgiu após o escândalo de *Watergate* nos Estados Unidos, na década de 70 (século XX). O escândalo dizia respeito às falhas apuradas no controle das empresas de capital aberto, que possibilitavam a colaboração ilegal com campanhas políticas. Houve, assim, uma mudança nos modelos de gestão das empresas de capital aberto, o que pode ser visto na perspectiva da “quebra de paradigmas” do modelo administrativo de até então.

Afinal de contas, o que significaria, então, esta dita “quebra de paradigma”? As respostas podem ser encontradas a partir da ideia de paradigma na original obra de Thomas S. Kuhn que, resumidamente, considera paradigmas “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, oferecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência⁸³⁶”. Assim, no contexto administrativo, quebra de paradigmas pode significar que os modelos de solução de problemas, até então vigentes, não produziam mais efeitos, porque conquistas científicas, como a evolução da tecnologia, traziam à tona outros problemas ou exigiam novas soluções para problemas mesmos. Para Kuhn, enquanto os caminhos trazidos pelos paradigmas se mostrarem frutíferos e não houver sérios embaraços, pode-se mantê-los. Não sendo assim, a tendência é uma revolução.

As revoluções científicas, assim, são os complementos desintegradores da tradição à qual a atividade da ciência está ligada [...] Na ausência de um paradigma ou de algum candidato a paradigma, todos os fatos que possivelmente são pertinentes ao desenvolvimento de determinada ciência têm probabilidade de parecerem igualmente relevantes⁸³⁷.

Os critérios estabelecidos na SOX foram amplamente reconhecidos no âmbito internacional e, segundo o IPAI, promoveram uma regulação ampla na vida das empresas de capital aberto, com base nas boas práticas de governança. Esses critérios se estendem à provisão para demandas contingenciais passivas, mas ainda não há uma metodologia específica para o respectivo cálculo.

⁸³⁵ Ferreira, R.E. (2009). *Considerações jurídicas sobre a governança corporativa*. Acessado em dezembro 21 2013. <http://jus.com.br/artigos/12644/consideracoes-juridicas-sobre-a-governanca-corporativa/4>, p. 5

⁸³⁶ Kuhn, T.S. (1975). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, p.13.

⁸³⁷ Kuhn, T. S.(1975). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, p. 37, 38.

4.1.1 Empresas de Capital Aberto e Governança Corporativa: Algumas Considerações Econômico-Jurídicas

Segundo o IBGC⁸³⁸, ocorreram grandes mudanças no mercado de negócios brasileiro nos últimos nove anos: ressurgimento do mercado de capitais, a criação de empresas de capital disperso e difuso, ampliação da fusão de grandes companhias e a aquisição de outras, crises de grandes antigas e de novas, além da crise econômica internacional que, de certa forma, “coroou” esse cenário de mudanças, afetando-o. Tais ocorrências fizeram com que fragilidades das organizações e de sua governança se destacassem.

Consoante o que relatam Patrícia Aparecida Ferreira, *et al.*⁸³⁹, as empresas brasileiras tinham, de modo geral, seu controle centralizado nas mãos de poucos acionistas, fato associado à grande parte dos problemas de governança corporativa. Tais problemas iam desde o funcionamento precário dos conselhos de administração até a deconsideração, pelo Direito, dos acionistas minoritários e pela baixa liquidez de seus papéis.

As empresas brasileiras de capital aberto também têm, em comum, características como: alto nível de emissão de ações preferenciais sem direito a voto; forte presença familiar em seu controle; grande concentração de ações ordinárias com direito a voto em mãos do acionista controlador e baixa participação dos acionistas minoritários nas deliberações⁸⁴⁰.

O controle corporativo concentrado na mão de poucos ou de um acionista cria um espaço limitado para as tomadas de decisão e amplo para consequências hostis, como por exemplo, o efeito da má divulgação de informações contábeis. Essas fragilidades reforçaram a necessidade da adoção das boas práticas de governança corporativa, as quais se aplicam a qualquer tipo de organização de qualquer porte, natureza jurídica ou tipo de controle.

⁸³⁸ IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. (2009). *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. São Paulo: IBGC, p. 13, 15.

⁸³⁹ Ferreira, P.A.; Silva, S.S.; Silva, A.T.B. (2010). *Governança corporativa e o novo mercado: uma estratégia de capitalização para o setor sucroalcooleiro*. Acesso jun, 10, 2011 em: www.ead.fea.usp.br/pdf, p. 7.

⁸⁴⁰ Ferreira, R.E. (2009). *Considerações jurídicas sobre a governança corporativa*. Acessado em dezembro 21 2013. <http://jus.com.br/artigos/12644/consideracoes-juridicas-sobre-a-governanca-corporativa/4>, p. 7

A governança corporativa, então, surge, nesse contexto, como “uma reação aos oportunismos proporcionados pelo afastamento dos proprietários passivos⁸⁴¹”, representando um “conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital⁸⁴²”.

Na teoria econômica tradicional, a governança corporativa surgiu para tentar superar o conflito que surge quando os interesses do agente (gestor) não condizem com os interesses do proprietário (acionista). O objetivo desse movimento é estabelecer meios eficientes para harmonizar os interesses dos executivos com os dos acionistas⁸⁴³.

A governança corporativa envolve, entre outros, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas. Envolve também a fiscalização das ações corporativas, inclusive a auditoria interna, e os sistemas de gestão, de controle e de aferição de resultados, principalmente as relacionadas com a gestão de riscos. Por isso, Andrade e Rosseti a definem como “um conjunto de valores, princípios, propósitos, regras e processos que rege o sistema de poder e os mecanismos de gestão das empresas⁸⁴⁴”.

Podem ser enumeradas algumas modificações trazidas pelo Código Civil de 2002 na disciplina das sociedades limitadas, e que podem ser associadas aos princípios da Governança Corporativa, tais como a fixação de quoruns maiores para as deliberações sociais que cuidem de questões relevantes (como a fusão, a incorporação e a dissolução das sociedades), a exigência de se registrar as reuniões dos sócios em atas e a necessidade de realização de assembleia para o fim de se excluir algum sócio por justa causa⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ Andrade, A. & Rosseti, J.P. (2006). *Governança corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 2 ed. São Paulo: Atlas, p.103

⁸⁴² CVM. Comissão de Valores Mobiliários. (2002). *Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa*. Acessado em junho 30 2011. www.cvm.gov.br, p.1.

⁸⁴³ Costa, A.R., Camargos, M. A. (2006). Análise Empírica do Impacto da Adesão aos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da BOVESPA sobre o Retorno dos Acionistas. *Revista de Gestão USP*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 32.

⁸⁴⁴ Andrade, A. & Rosseti, J.P. (2006). *Governança corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 2 ed. São Paulo: Atlas, p. 135

⁸⁴⁵ Portugal, BL. (2005). *Governança corporativa e o direito societário brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil, p. 74, 75.

A governança corporativa trouxe importantes mudanças para o mercado de capitais, sendo uma das principais a percepção da informação⁸⁴⁶. Atualmente, o mercado exige que as informações tenham uma participação cada vez maior na movimentação dos negócios, devendo ser transparentes e imparciais. Os controladores das empresas são obrigados legalmente a fornecer informações aos que necessitam delas para realizar seus investimentos. Foram feitos esforços para melhorar a qualidade da governança corporativa, como: criação do Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC); reforma da Lei das S.A. em 2001 e criação de classificações de transparência e do Novo Mercado pela Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA).

Para os investidores, a análise das práticas de governança auxilia na decisão de investimento, pois a governança determina o nível e as formas de atuação que estes podem ter na companhia, possibilitando-lhes exercer influência no desempenho da mesma. O objetivo é o aumento do valor da companhia, pois boas práticas de governança corporativa repercutem na redução de seu custo de capital, o que aumenta a viabilidade do mercado de capitais como alternativa de capitalização⁸⁴⁷.

A reforma da Lei das S.A., além das mudanças na escrituração e divulgação das demonstrações financeiras, possibilitou a inserção das NIC no mercado brasileiro. Com isso, ocorreram quatro fatos: criou-se o conceito de sociedade de grande porte; a contabilidade dessa foi definida em lei; ela deve elaborar suas demonstrações financeiras conforme o estabelecido e submeter suas demonstrações ao exame de auditores independentes⁸⁴⁸.

Essa reforma teve como objetivo principal fortalecer o mercado de capitais no Brasil, conferindo-lhe mais transparência e credibilidade. Partiu-se da premissa de que o alinhamento de interesses gera valor. Quanto maior o equilíbrio entre os acionistas de uma companhia, mais ela vale. Apesar de incorporar ao Direito codificado algumas das práticas recomendadas de governança corporativa, o processo de negociação política para aprovação da nova lei fez com que, em alguns pontos, suas inovações ficassem aquém do esperado⁸⁴⁹.

⁸⁴⁶ Ferreira, P.A., Silva, S.S., Silva, A.T.B. (2010). *governança corporativa e o novo mercado: uma estratégia de capitalização para o setor sucroalcooleiro*. Acessado jun, 10, 2011 em: www.ead.fea.usp.br/Semead/9semead/resultado_semead/pdf, p. 5

⁸⁴⁷ Comissão de Valores Mobiliários.(2002). *Recomendações sobre governança corporativa*. Acesso jun, 30, 2011 em: <http://www.cvm.gov.br>, p. 1

⁸⁴⁸ Pereira, M.S. (2008). *A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas e seus Impactos na Escrituração Contábil e nas Demonstrações Financeiras*. Acesso jun, 30, 2011 em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/48g/a-reforma-da-lei-das-sociedades-anonimas-e-seus-impactos-na-escrituracao-contabil>., p.2-5.

⁸⁴⁹ Silva, A.L.C. (2005). *Governança corporativa e decisões financeiras no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad, p. 38.

A criação de classificações de transparência, chamadas níveis de governança corporativa, foi baseada em regras do novo mercado alemão, cuja finalidade era “medir o desempenho de empresas que promoviam esforços para a melhoria da relação com investidores.” No Brasil, em 2000, a BOVESPA estabeleceu três níveis especiais de boas práticas de governança corporativa: N1, N2 e Novo:

- nível 1 (N1): as empresas se comprometem com a dispersão acionária e com a melhora na prestação informações ao mercado. As principais práticas nesse nível são:

manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações, representando 25% do capital; realização de ofertas públicas de ações por meio de mecanismos que favoreçam a dispersão do capital; melhoria nas informações prestadas trimestralmente, entre as quais a exigência de consolidação e de demonstração do fluxo de caixa; divulgação de operações envolvendo ativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou administradores da empresa; divulgação de informações sobre contratos com partes relacionadas; divulgação de acordos de acionistas e programas de *stock options*; disponibilização de um calendário anual de eventos corporativos.

- nível 2 (N2): as empresas se comprometem aos requisitos das de N1 e devem adotar um conjunto maior de práticas de governança e de direitos adicionais para os acionistas minoritários. As principais práticas desse nível são as seguintes:

mandato unificado de um ano para o Conselho de Administração; disponibilização de balanço anual segundo as normas do US GAAP1 ou do IAS GAAP2; extensão para todos os acionistas detentores de ações ordinárias das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia e de, no mínimo, 70% desse valor para os detentores de ações preferenciais; direito de voto às ações preferenciais em algumas matérias, como transformação, incorporação, cisão e fusão da companhia, além da aprovação de contratos entre a companhia; obrigatoriedade de realização de oferta de compra de todas as ações em circulação, pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento do capital ou cancelamento do registro de negociação neste nível; adesão à Câmara de Arbitragem para resolução de conflitos societários.

- novo mercado (NM): segundo a BOVESPA⁸⁵⁰, é um “segmento especial de negociação de valores mobiliários”. Para Patrícia Aparecida Ferreira *et al.*⁸⁵¹, o NM é um

⁸⁵⁰ BOVESPA. *Novo Mercado BOVESPA Brasil*. Acesso em junho: 30 2011, em: <http://www.bmfbovespa.com.br>, p. 7.

⁸⁵¹ Ferreira, P. A; Silva, S.S.; Silva, A.Thiago B. (2010). *Governança Corporativa e o Novo Mercado: uma estratégia de capitalização para o setor sucroalcooleiro*. 2010. Acesso jun, 10, 2011 em: www.ead.fea.usp.br/Semead.pdf, p.6.

segmento de listagem “destinado à negociação de ações emitidas por empresas que se comprometem, voluntariamente, com a adoção de práticas de governança corporativa e *disclosure*⁸⁵² adicionais ao que é exigido pela legislação.” As empresas devem assinar um contrato de participação no NM, sendo partes: ela, seus controladores, seus administradores e a BOVESPA. Com a criação do NM, houve divisão global entre o que era e a nova estrutura. O NM “foi criado com a clara intenção de promover uma transição gradual para um mercado de capitais, onde a transparência das informações contábeis se poste num patamar mais adequado, em termos de atendimento às expectativas dos investidores”.

É nesse cenário que a realização da provisão das demandas contingentes se insere, e o impacto de sua realização, dentro ou não de critérios mais próximos da realidade, pode ser dimensionado através da estrutura do sistema que envolve as sociedades anônimas.

Avaliando dez anos dos marcos da governança corporativa no Brasil, o IBCG⁸⁵³ destaca que o caminho de sua implementação pode ter sido sinuoso; porém, foi ininterrupto. Marcos legais e iniciativas espontâneas estiveram lado a lado, pautados na crença de que a adoção das práticas da boa governança é essencial para gerar valor para as empresas de capital aberto no mercado de capitais.

É nesse sentido que João Bosco Lodi refere que a governança corporativa é “uma idéia capital de extrema atualidade. Sem a seriedade necessária, o país dificilmente aumentará sua credibilidade no cenário internacional⁸⁵⁴”.

4.1.1.1 Aspectos Jurídicos Críticos

De fato, o conflito de interesses nas empresas de capital aberto representa uma das principais preocupações jurídicas da governança corporativa. Trata-se do conflito entre

⁸⁵² Transparência das informações, principalmente as que envolvem os riscos.

⁸⁵³ IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. (2006) *Uma década de governança corporativa. História*. São Paulo: Saraiva, p.59.

⁸⁵⁴ Lodi, J.B. (2000). *Governança corporativa. O governo da empresa e o conselho de administração*. 4 ed. Rio de Janeiro: Campus, p. 17.

gestores e acionistas, manifestação do conflito de agência que ocorre frequentemente entre acionistas majoritários/minoritários, causado por questões como “a permissão legal de emissão de ações sem direito a voto”. Isso pode promover a concentração da propriedade entre os acionistas majoritários, automaticamente deixando os minoritários fora do processo decisório⁸⁵⁵.

Associando essa concentração de poder ao objeto deste trabalho, estreita-se a visão do contexto interno do qual a contabilização da provisão das contingências depende e as implicações disciplinares que ela envolve. Conforme a Deliberação CVM nº 594,

Item 38: As estimativas de desfecho e os efeitos financeiros são determinadas pelo julgamento da administração da entidade, complementados pela experiência de transações semelhantes e, em alguns casos, por relatórios de peritos independentes. As evidências consideradas devem incluir qualquer evidência adicional fornecida por eventos subsequentsubsequentes à data do balanço.

No mesmo sentido, estabelece a IAS 37:

Item 38. As estimativas do desfecho e do efeito financeiro são determinadas pelo juízo da gerência da empresa, suplementada pela experiência de transações semelhantes e, em alguns casos, por relatos de peritos independentes.

Ferreira destaca os dois institutos jurídicos que se encontram implícitos no *caput* e no § 1º da Lei 6.404 de 1976: o abuso de direito, representando um conflito de interesses no sentido lato, e o voto conflituoso, que constitui um conflito de interesse no sentido restrito. O primeiro é considerado um ato ilícito e pressupõe a coexistência elementos: violação do direito alheio, dano e nexos causal; o segundo não configura um evento danoso, porque a impossibilidade de seu exercício “se dá de forma cautelar, ou seja, *a priori* em relação ao exercício do voto.”

Especificamente e de maneira crítica, é possível, com Andrade e Rosseti, traçar um panorama dessa implementação, associando gestão, controles, processos e a própria abrangência do modelo, utilizado pelas empresas de capital aberto, às características da governança corporativa praticada no Brasil. Os autores concluíram sobre os seguintes pontos: propriedade e gestão – alta concentração da propriedade e, conseqüentemente, alto envolvimento dos controladores na gestão; conselhos de administração – de baixa eficácia, pelo pequeno nível de heterogeneidade dos membros, acumulação de funções e poucos conselheiros independentes; controle mais atuante – as forças internas, apesar da pressão

⁸⁵⁵ Ferreira, R.E. (2009). *Considerações jurídicas sobre a governança corporativa*. Acessado em dezembro 21 2013. <http://jus.com.br/artigos/12644/consideracoes-juridicas-sobre-a-governanca-corporativa/4>, p. 11

externa, permanecem associadas às concentrações da propriedade, estendendo-se aos controles e às estruturas do poder; governança corporativa – em evolução, mas o mundo corporativo ainda mantém os padrões de governança um tanto afastados das melhores práticas. A evolução que se observa deve-se, em parte, à presença de investidores estrangeiros; abrangência do modelo de governança utilizado – em transição, já que predomina a concentração de capital e a refratariedade a modelos orientados para outras partes interessadas na empresa.

Em uma perspectiva ampla – e aqui a lição é de - é importante entender que o mercado opera como lugar de formação de valores e de significados. Esses surgem dos processos, quando se busca igualar distintos itens das relações de troca. Assim, há uma relação entre cultura, lei e humanidades e entre a lei e a sociedade. Ao mesmo tempo, compreende-se como se experimenta a intersecção da lei com o mercado e com a cultura. O uso da economia na lei é subjetivo e estratégico, mas é importante compreender as leis no contexto de mercado.

4.1.2 Organismos Emanadores de Normas Contábeis Internacionais

O princípio da transparência, sem dúvida, é o princípio norteador das atividades econômicas globalizadas que exigem que os entes participantes do mercado internacional operem com base na ética possibilitando a segurança necessária ao bom funcionamento do sistema. Essas relações, além de estabelecerem os caminhos econômicos seguros, constroem, por questão de essência, o fortalecimento da ética.

Nesse contexto, as práticas jurídicas e contábeis seguem esses pressupostos acompanhando a evolução das relações comerciais. Característica forte dessas relações são os chamados fenômenos de efeito. A normatização como causa, pois, abre os caminhos às práticas abrangendo diversos sistemas como o econômico, o jurídico e outros que, na linguagem luhmanniana, atingem os subistemas. O efeito, muitas vezes pelo tipo de didática empregada pelos participantes, pois a normatização internacional não desce a níveis das situações particulares, tende a validar práticas que, com o tempo, firmam-se como regras. Essas são observadas e ficam clarificadas quando se trata de provisão para contingências. Os entes, seguindo as orientações internacionais, terminam por adotá-las, embora com dificuldades. Por outro lado, quanto mais as regras são abrangentes mais genéricas se tornam,

em oposição às várias práticas analíticas, favorecendo a transformação da experiência particular dos operadores em um produto de ensino, como uma especificação das regras operacionais e normativas.

As diretivas internacionais para provisão de demandas contingenciais passivas se originam das chamadas NIC e de “princípios contábeis” norte-americanos e europeus, utilizados no mercado internacional, criados por organismos específicos.

4.1.2.1 Financial Accounting Standards Board – FASB

O *Financial Accounting Standards Board* (FASB), ou Conselho de Padrões de Contabilidade Financeira, criado em 1973, é uma organização norte-americana que estabelece e organiza princípios gerais de Contabilidade, com o objetivo de orientar os entes à efetivação e divulgação de demonstrações financeiras, bem como a emissão de relatórios de administração.

Trata-se de uma entidade independente, constituída de pessoas totalmente desvinculadas do mercado de capitais. Seu quadro de conselheiros, porém, é formado por ex-auditores e ex-funcionários de empresas ligadas ao mercado de capitais. O órgão regulador norte-americano – SEC, equivalente à CVM no Brasil e à CMVM em Portugal - reconhece os princípios estabelecidos pelo FASB, bem como a respectiva obrigatoriedade.

A qualidade dos serviços do FASB reside na forma como ele constrói suas orientações. Seus pronunciamentos – *Statement of Financial Accounting Standards* (SFAS) – são antecidos por discussões em grupos de trabalho, os quais são formados por doutrinadores, por contabilistas da área pública, por acadêmicos e usuários. Esses grupos elaboram os chamados padrões de Contabilidade. Após isso, os resultados ainda são expostos a análises públicas.

Em resumo, o *modus operandi* do FASB é estruturado em três etapas: formação de grupo de trabalho para discussão; exposição pública das determinações para comentários; aprovação definitiva ou não das propostas. O FASB se utiliza dos SFAS para emitir suas determinações e padrões contábeis.

Como o FASB é emissor dos padrões das demonstrações financeiras do *United States Generally Accepted Accounting Principles*, denominados US GAAP, suas determinações

passam a ser oficiais. O uso dos princípios do US GAAP é obrigatório nos Estados Unidos e para as empresas do restante do mundo, que negociarem ações e títulos em bolsas de valores nos Estados Unidos da América⁸⁵⁶.

4.1.2.2 *International Accounting Standards Committee Foundation* – IASCF

A *International Accounting Standards Committee Foundation* (IASCF), ou Fundação Comitê para Normas Internacionais de Contabilidade, é o órgão que regula os sistemas contábeis, visando à harmonização de normas internacionais de Contabilidade. Foi criado em 1973, por iniciativa de dez países (França, Canadá, Reino Unido, Estados Unidos, Austrália, Alemanha, Japão, Holanda, Irlanda e México) que buscavam construir um sistema supranacional de regulamentos contábeis, e se localiza em Londres, Inglaterra⁸⁵⁷.

Sua criação – sob a denominação de *International Accounting Standards Committee* (IASC), sigla adotada até hoje por muitos – foi decisiva para a convergência das normas contábeis, principalmente a partir das décadas de 80 e 90, quando se iniciava a aceleração dos processos tecnológicos e da globalização; era lógica a necessidade de harmonização das técnicas e controles contábeis. Como consequência dessa evolução, em 2001, o IASC passou por reformas em sua estrutura, passando a chamar-se IASCF (como descrito acima)⁸⁵⁸.

Essa Fundação é integrada pelas seguintes entidades:

- *International Accounting Standards Board* (IASB), cuja missão é aprovar e emitir novas normas de contabilidade e atualizar as vigentes. As normas de contabilidade aprovadas pelo IASB passam a chamar-se *International Financial Reporting Standards* (IFRS), em vez da anterior designação IAS, mantida para as normas anteriormente aprovadas. O IASB também responde pela aprovação e pela emissão do *International Financial Reporting*

⁸⁵⁶ US GAAP. US GAAP. Acesso set, 27, 2009 em: <http://www.bovespa.com.br/pdf/RegNMercado>, p. 2.

⁸⁵⁷ Borges, A; Rodrigues, A.; Rodrigues, R. (2005). *Elementos de Contabilidade Geral*. 22 ed. Lisboa: Áreas, p. 146.

⁸⁵⁸ Borges, A; Rodrigues, A.; Rodrigues, R. (2005). *Elementos de Contabilidade Geral*. 22 ed. Lisboa: Áreas, p. 147.

Interpretations Committee (IFRIC), em vez da anterior designação SIC, também mantida para as normas aprovadas anteriormente;

- *International Financial Reporting Interpretation Committee* (IFRIC), mandatário para interpretar a aplicação das normas e para propor, ao *Board/IASB*, aprovação e divulgação pública de interpretações. Tem como finalidade desenvolver, conforme o *Board/IASB*, normas e outras tarefas que promovam a harmonização contabilística em nível global;

- *Standards Advisory Council* (SAC), que tem como missão definir prioridades e identificar novas necessidades de normativos contabilísticos mundiais.

4.1.2.3 Comparação entre os Normativos US GAAP e IFRS

O US GAAP e a IFRS são instâncias emanadoras de normas de procedimentos contábeis adotadas nos Estados Unidos e pelos países da União Europeia, respectivamente. Dessa forma, considerando a necessidade de harmonização de procedimentos, devido a negócios realizados entre países, por empresas que têm seus títulos negociados publicamente, é importante realizar um comparativo entre suas semelhanças e diferenças.

Alguns itens vão ser especificamente verificados (quadro 1) por sua relação com o tema deste trabalho, a provisão para demandas contingentes:

Itens	US GAAP	IFRS
Demonstrações financeiras	Na primeira vez, exige a aplicação de todas as normas editadas anteriormente. Depois, exige a demonstração do lucro em moeda funcional, podendo também apresentar em outra moeda.	Na primeira vez, exige a aplicação de todas as normas editadas anteriormente. Depois, exige a demonstração do lucro em moeda funcional, podendo também apresentar em outra moeda.
Componentes das demonstrações financeiras	Balanço patrimonial, demonstração dos resultados, dos fluxos de caixa e das mutações do patrimônio de dois anos; políticas contábeis e notas explicativas detalhando-as. Empresas registradas na SEC apresentam demonstrações de três anos, mas não balanço.	Balanço patrimonial, demonstração dos resultados, dos fluxos de caixa e das mutações do patrimônio de dois anos; políticas contábeis e notas explicativas detalhando-as.
Balanço patrimonial	O balanço pode ser classificado ou não. Os itens separados do balanço devem ser apresentados em ordem decrescente de liquidez.	Não tem modelo específico, mas exige segregação de ativos e passivos correntes e não correntes.
Forma de demonstração do resultado	Apresentação em formato corrido, com despesas classificadas por função e deduzidas das receitas totais ou subtotais.	Sem padrão, mas os gastos devem ser apresentados por função ou por natureza.
Demonstração	Divulgação do valor total e acumulado, na	Demonstração em separado com notas

de outros ganhos e perdas reconhecidos	forma de demonstração financeira em separado ou de forma combinada com a demonstração de resultado ou das mutações.	explicativas ou de forma destacada na demonstração das mutações patrimoniais.
Contingências	Divulgação de perdas possíveis não reconhecidas e ganhos prováveis.	Divulgação de perdas possíveis não reconhecidas e ganhos prováveis.

Quadro 1: Comparativo entre US GAAP e IFRS

Fonte: Resumido pelo pesquisador, de PriceWaterhouseCooper⁸⁵⁹

O entendimento de que é necessária a aproximação de informações contábeis em suas formas e efeitos entre as nações é crescente. O mercado globalizado é o norte. Brasil e Portugal seguem essa tendência e adotaram, em suas normas contábeis, os critérios indicados internacionalmente. Porém, conforme a Price Waterhouse Cooper, apesar das tentativas de harmonização das regras, ainda há diferenças significativas entre os dois referidos conjuntos de normas, especialmente no que não está descrito, pois foram abordados só aspectos mais relacionados ao tema enfocado.

A propósito das contingências (cujo foco são indenizações e outras perdas), observou-se uma diferença interna, não abrangida na descrição geral do quadro. Como o US GAAP e a IFRS se acobertam nos respectivos ordenamentos jurídicos, esses determinam os seguintes tipos de indenização no Direito empresarial (quadro 2).

Direito norte-americano	Direito inglês
É mais conciso, abarcando só três tipos de perdas e danos: a) <i>expectancy damages</i>, que são indenizações com vistas a reparar o dano sofrido por uma parte; b) <i>reliance damages</i>, que equivalem aos prejuízos especiais do direito inglês; c) <i>restitution damages</i>, referentes a indenizações de ganhos perdidos por alguma razão.	Abrange vários tipos de indenizações: a) <i>general damages</i> ou compensações financeiros; b) <i>exemplary damages</i>, por conduta repreensível; c) <i>liquidated damages</i>, indenização referente a montantes previstos em contratos; d) <i>unliquidated damages</i> ou indenização ao demandante, quando cabível; e) <i>contemptuous damages</i> ou indenização abusiva.

Quadro 2: Indenizações no Direito norte-americano e no Direito inglês

Fonte: Séroussi⁸⁶⁰

Deduz-se que, embora conceitualmente ou no sentido geral haja semelhança entre os dois conjuntos de regras contábeis, internamente pode haver diferenças. Isso pode representar

⁸⁵⁹ Cooper, P.W. (2010) *Semelhanças e Diferenças. Normas contábeis internacionais, norte-americanas e as práticas contábeis adotadas no Brasil*. Acessado em set, 20, 2010 em: [http:// www.pwc.com/br/pt](http://www.pwc.com/br/pt), p.12-64.

⁸⁶⁰ Séroussi, R., (2001). *Introdução ao Direito Inglês e Norte-americano*. São Paulo: Landy, p. 125.

mudança de procedimento, no caso de empresas estrangeiras localizadas em países orientados por um ou por outro conjunto normativo.

No Brasil, as NIC foram recepcionadas na Deliberação CVM nº 489, de 2005⁸⁶¹, editada pela Comissão de Valores Mobiliários. Essa Deliberação tornou obrigatório, para as companhias de capital aberto, o Pronunciamento de Normas e Procedimentos de Contabilidade (NPC) nº 22, do IBRACON. Em Portugal, as NIC funcionam como elo entre as emitidas pelo IASCF, as chamadas IAS, e a legislação nacional.

4.1.2.4 Normas Internacionais de Relato Financeiro (IFRSs) e suas Implicações no Direito

As ditas Normas Internacionais de Contabilidade são interpretações de natureza contabilística, criadas pelo IASB, integrante do IASCF, “um organismo independente criado para fixar normas contabilísticas para aplicação mundial”(g.n.). Seu empenho é desenvolver, segundo o interesse público, normas de alta qualidade, que requeiram informações transparentes e comparáveis nas demonstrações financeiras gerais. Também coopera com normalizadores contábeis, visando à convergência mundial das normas⁸⁶².

Das condições de convergência das normas internacionais de Contabilidade surge um fenômeno que caracteriza como são elaboradas as regras aplicadas. As normas não são emanadas do próprio sistema contábil em si; os órgãos reguladores traçam e até ditam a necessidade de uma Contabilidade que, se não única em suas formas e aspectos, seja entendida e aceita pela maior parte de usuários nacionais e internacionais. Verifica-se que as formas e fórmulas devem seguir ditames impostos por um mercado financeiro internacional cada vez mais aceito e atuante na visão dos órgãos que regulam as normas contábeis.

O sistema de Direito como se vê, não participa da elaboração da norma, permanecendo inerte, movimentando-se apenas quando é solicitado para “operacionalizar” o sistema. Isso ocorre, também, no âmbito especializado da ciência contábil, que não é um sistema, mas um ramo especializado, técnico, com caráter e finalidade administrativos e econômicos.

⁸⁶¹ A Deliberação 489 foi revogada pela Deliberação CVM nº 594, de 15 de setembro de 2009.

⁸⁶² IFRSs. *Normas Internacionais de Relato Financeiro*. Londres: IASCF, 2005. Versão traduzida para a língua portuguesa. Lisboa, p. V.

Por mais que possa parecer o contrário, esse sistema não opera com grandes desvios e tem demonstrado que há convergência de registros e de informações em seu funcionamento. Nesse sentido, observa-se que o aspecto pedagógico tem presença marcante e fundamental na harmonia que se estabelece entre os dois pilares do sistema, a regulação e a práxis.

Nesse contexto, destaca-se que a maior participação de órgãos reguladores surge de grandes acontecimentos financeiros que abalaram o mercado, vindo daí o efeito pedagógico.

Quando se analisam os resultados produzidos pelos dois pilares, verifica-se que outros entes podem contribuir para a efetiva harmonia das normas. Além dos efeitos das experiências do mercado operacional, há os que operam normas por força de suas funções e produzem resultados que convergem para a efetiva evolução das relações entre investidores e órgãos reguladores. Essa estrutura permite identificar a existência de funções distintas na operacionalização do sistema, seja quanto à normatização de mérito, que visa também alcançar casos em épocas subsequentes, seja quanto à diminuição da distância entre procedimentos, para alcançar cada vez mais a uniformidade mundial.

Por sua vez, a prossecução dessa convergência implica debates sobre procedimentos e filosofias. Se há diversidade de entendimento sobre conceitos, tendências, normas, tipo de operações e registros e outros entre agentes de um mesmo país, imagine-se o que representa ampliar essa diversidade para além das fronteiras, na busca de mecanismos e de soluções homogêneas referentes à aplicação de normas. O alcance e a abrangência de uma norma que se torna cogente às companhias de capital aberto com vigor em vários países após o desdobramento pela normatização nacional são de difícil operacionalização. Também é difícil o entendimento da informação e a busca de convergência dos respectivos procedimentos, além do controle daquilo que os procedimentos não uniformes podem acarretar aos Estados.

No que se refere à Contabilidade, com base em princípios consagrados, seus registros devem observar a essência e a forma, sendo esta nomeadamente legal. Mas se essa forma, mesmo legal, divergir da essência daquilo que o registro representa, este deve ser feito com base na essência. O dilema de operacionalização desse princípio, em termos mundiais, é o que ele representa ou pode representar em cada país ou grupo de países.

A essência é definida como “aquilo que constitui a natureza das coisas; substância; ideia principal; significação especial; espírito.” Para a Filosofia, “essência é a unidade interna e indissolúvel entre uma matéria e uma forma, unidade que lhe dá um conjunto de propriedades ou atributos que a fazem ser necessariamente aquilo que ela é⁸⁶³”.

⁸⁶³ Chauí, M. (1995). *Convite à filosofia*. São Paulo: Atlas, p. 279, 280.

Porém, nesse conceito, devem ser consideradas as variáveis de um país para outro, ou seja, em termos contábeis, um país pode considerar que determinado fato é passível de registro, enquanto outro pode não considerá-lo. Um exemplo dessa situação são os registros da Contabilidade social, que medem a responsabilidade social do ente. O conceito desse registro é aperfeiçoado cada vez mais com o avanço da consciência dos indivíduos, não ocorrendo de modo uniforme em todos os países. Então, os registros são considerados em situações apresentadas de forma variada nos balanços: balanço em separado para esses tipos de registros, o chamado balanço social; registros de fatos sociais que constam no balanço patrimonial; entes que não procedem a qualquer tipo de registro social.

Embora as normas internacionais de Contabilidade tenham possibilitado a convergência e a harmonização - pela necessidade de os entes terem condições de agir nos mercados internacionais de capital como causa -, elas demonstraram efeitos diversos, o que exigiu um caráter normatizador. O mercado dos Estados, abrindo-se à globalização de mercado de valores, atrai uma normatização “global” incontinenti.

A partir desse momento ocorre, porque assim requer o objeto de movimento do tipo, a autopoiesi (Luhmann), e o mercado interno passa a se regular com as técnicas de emanar normas e a modificar procedimentos em verdadeira autorreferência.

Assim, ao mesmo tempo em que a norma interna fica, de alguma forma, encoberta pelo manto da norma externa, a dinâmica de procedimentos nacionais leva à criação de um movimento próprio que, primeiro, passa pelo estudo normativo; segundo, pela autorreferência e autopoiesi. Desse modo, poder-se-ia afirmar que se estabelecem três movimentos distintos: i) norma externa faz movimento em prol de normatização interna; ii) o movimento de normatização interna leva ao estudo da norma externa, da norma interna e das variantes que esta propõe; iii) movimento de adaptação das práticas e procedimentos, abrangendo, inclusive a relação com o externo mercado de valores.

Embora as normas internacionais de contabilidade não sejam supranacionais, pelo menos naqueles países que não tem vínculos federativos com órgãos supranacionais, as causas de suas aplicações têm os mesmos princípios. O império de normas supranacionais sobre as nacionais, baseado no princípio da supranacionalidade aplicado às relações entre os Estados soberanos, tal como o exercício do próprio princípio, representa uma evolução rumo à igualdade entre todos, de modo a que se alcance o interesse comum. É uma evolução lenta por sua complexidade, mas deve ter a base e o suporte do Direito, principalmente em suas

ramificações - Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Contábil, Direito Político, Direito Público, Direito Comunitário e Direito Comparado -, pois implica aspectos jurídicos essenciais, como a cessão parcial da soberania em nome de algo que ultrapassa o Estado como unidade.

Em outras palavras, o fenômeno da integração de mercados e a evolução da tecnologia da informação estabeleceram de forma irreversível uma relação entre os Estados para além da Diplomacia. Ao mesmo tempo, principalmente nos últimos 15 anos, “a globalização e a mundialização do capital impuseram ao Estado a adoção e integração de normas jurídicas oriundas do ordenamento jurídico internacional⁸⁶⁴”.

Constatada a evolução das relações entre os Estados soberanos, os fenômenos políticos, sociais e econômicos decorrentes dela deixam clara a necessidade de se traçar com precisão a forma como cada Estado vai atender, juridicamente, às referidas normas; no caso deste trabalho, são as normas contábeis referentes à PDC. Em Portugal, Estado-Membro da União Europeia, a obediência às normas IFRSs vincula-se ao Regulamento nº 1.606/2002, de 19 de Julho, do Parlamento Europeu e do Conselho. No Brasil, a obrigatoriedade da adoção dessas normas veio com a Resolução nº 489, de 3 de outubro de 2005, da CVM (revogada pela Resolução CVM 594/2009). No caminhar para a harmonização das normas contábeis confirma-se a tendência dos blocos econômicos de uniformidade dos procedimentos contábeis. No universo formado pelas normas internacionais de Contabilidade, destaca-se a citada Norma Internacional de Contabilidade IAS nº 37, que trata das provisões para passivos e ativos contingentes. A IAS 37 teve sua aprovação pelo IASC e passou a vigorar em julho de 1999. A partir daí, para os registros contábeis das provisões para passivos contingentes, são exigidas posturas contabilísticas e jurídicas de cunho apurado. As opiniões convergem, inclusive com a participação da área contábil, no sentido de que o registro da contingência, para ser realizado, depende de manifestação de profissional alheio à Contabilidade.

Por sua vez, a área jurídica vislumbra um novo produto para si, que, além do acompanhamento e da visão jurídica sobre a ação, necessita avaliar o risco dessa ação e mensurá-lo. A letra “fria” da norma não abrange todas as nuances operacionais. Por isso, as

⁸⁶⁴ Silva, R.C.; Silva, O. (2002). *Supranacionalidade e Integração: o caso Mercosul*. Acesso agos, 20, 2009 em: www.jus2.uol.com.br, p. 4.

instituições, por meio de seus profissionais, são impelidas à criação de mecanismos que visem atender as exigências impostas pelas regras internacionais de Contabilidade.

As condições de provisão para demandas contingenciais passivas afetaram a vida jurídica dos entes, exigindo do profissional advogado manifestações que outrora não eram feitas ou, se eram feitas, não se dava a elas a importância de registro que afeta o patrimônio da empresa. Eis o novo desafio dos operadores do Direito.

4.1.2.5 O Lado Crítico das Normas Internacionais de Contabilidade

Consoante o magistério de Fábio Henrique Ferreira de Albuquerque⁸⁶⁵, pelo menos no âmbito da auditoria, a *International Federation of Accountants* (IFAC), por meio da *International Auditing and Assurance Standards Board* (IAASB), considera que é não só útil, como necessário, elaborar um *International Framework for Assurance Engagement* (Estrutura Conceptual Internacional dos Trabalhos de Asseguração) que unifique as normas com base em princípios. Assim, cria-se um quadro de referência internacional ao qual profissionais e partes envolvidas nos trabalhos de asseguração da confiança social possam se reportar.

A Recomendação da Comissão Europeia nº 2002/590/CE, ao se referir ao trabalho independente dos auditores, explica que **“Uma abordagem baseada em princípios permite responder às variações quase infinitas de circunstâncias que surgem na prática e nos diferentes sistemas jurídicos [...]”**⁸⁶⁶. (g.n.).

Já Mautz e Sharaf entendem a problemática de forma mais profunda: uma estrutura conceitual deve se basear numa filosofia, porque

Uma filosofia leva-nos de volta aos princípios base da racionalidade subjacente às acções e pensamentos que assumimos como válidos. **A filosofia preocupa-se com a organização sistémica do conhecimento de tal forma que esta se torna mais útil e com menor probabilidade de entrar em contradições.** A filosofia fornece-nos

⁸⁶⁵ Albuquerque, F.H.F. de. (2008) *Contabilidade e Auditoria na Actualidade: uma orquestra dissonante*. Acesso agos, 25, 2009 em: www.2.masterdirect.com.br, p. 4.

⁸⁶⁶ *Apud* Albuquerque, F.H.F. (2008) *Contabilidade e Auditoria na Actualidade: uma orquestra dissonante*. Acesso agos, 25, 2009 em: www.2.masterdirect.com.br, p. 5.

uma base sobre a qual as **relações sociais podem ser moldadas** e compreendidas. Acredita-se que uma abordagem filosófica (conceptual) à auditoria pode aumentar a confiança do público nas funções da auditoria e no seu grau de eficácia e eficiência, ao providenciar como fundação de suporte, uma organização estruturada de conhecimentos de auditoria, minimizando as inconsistências internas existentes⁸⁶⁷. (g.n.).

Eis a controvérsia sobre as normas internacionais para regulação contábil: princípios que possibilitem interpretações ou uma filosofia que moldure de forma sistêmica as ações.

Utilizável em uma metodologia para aplicação das NIC ou, mais especificamente, para a realização da provisão para demandas contingenciais passivas, essa não é uma ideia destituída de relevância, porque afinal, a Contabilidade trabalha com teorias que têm implícitos aspectos básicos do raciocínio lógico; logo, filosófico. Para Crepaldi e Crepaldi⁸⁶⁸, as teorias podem ser compreendidas e abordadas a partir de relações entre empirismo *versus* não-empirismo, normatividade *versus* positividade e indução *versus* dedução.

É de Fábio Henrique Albuquerque⁸⁶⁹ a União Europeia parece não ter considerado o que está subjacente aos conceitos, quando acolheu as normas dos diversos organismos emanadores. O IASB (e o FASB, nos Estados Unidos), por exemplo, elaborou normas com base em regras, não com base em princípios. Assim, foram validadas discrepâncias conceituais que se estabeleceram entre as NIC e as normas internacionais de auditoria.

As NIC são reguladoras dos trabalhos que têm como principal foco o conteúdo estabelecido para as demonstrações contábeis. Estáclã claro que a União Europeia buscou harmonizar apenas a área contábil, considerando-a prioridade e fazendo com que legisladores desassociassem auditoria e Contabilidade, sendo que essa é a essência do trabalho daquela. Paralelamente a isso, nada foi dito em termos de que as contingências técnicas fossem acompanhadas de respectivos pareceres. Especificamente quanto às contingências jurídicas, a área não foi consultada, não se buscando sua participação.

⁸⁶⁷ Apud Albuquerque, F.H.F. (2008). *Contabilidade e Auditoria na Actualidade: uma orquestra dissonante*. Acesso agos, 25, 2009 em: www.2.masterdirect.com.br, p. 6.

⁸⁶⁸ Crepaldi, G.S.; Crepaldi, S.A. *Análise Crítica dos Objetivos e Metodologia da Contabilidade*. Acesso agos, 10, 2009 em: <http://www.peritocontabilista.com.br>, p.10.

⁸⁶⁹ Albuquerque, F.H.(2008). *Contabilidade e Auditoria na Actualidade: uma orquestra dissonante*. Acesso agos, 25,2009 em: www.2.masterdirect.com.br/448892/index.asp?opcao=1,p.5.

4.2 Demanda e Contingência

Historicamente, até a década de 60 do século XX, a teoria contábil foi desenvolvida segundo o paradigma normativo, que determinava como a realidade deveria ser e não que se deveria buscar explicações para os fenômenos contábeis, como defende o paradigma positivo. Enquanto o paradigma normativo da contabilidade é a base da existência de organismos como o *International Accounting Standards Board* (IASB), o *Financial Accounting Standards Board* (FASB) e o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) no Brasil, o paradigma positivo estabelece a criação de modelos econométricos – ferramenta utilizada para reproduzir e simular mecanismos de um sistema econômico regional, nacional ou internacional - e estatísticos – conjunto de modelos matemáticos que modelam características de sistemas de interesse, com base em dois elementos: a observação da variável resposta e distribuição de probabilidades associada - para a contabilidade financeira e para os mercados de capitais.

A teoria da contingência (junto com a teoria da estruturação e outras) adapta-se a esse contexto, servindo para analisar como a ocorrência de situações específicas pode moldar a contabilidade gerencial⁸⁷⁰. Ela é colocada sob o pano de fundo da teoria do comportamento organizacional, que tem como base o modo como as contingências, a tecnologia e as pressões ambientais interferem no funcionamento das organizações⁸⁷¹. É a influência do Direito e do que se desenvolve em termos de processos/decisões judiciais na Contabilidade.

Aqui se tem parte da visão interdisciplinar deste trabalho, com o Direito se unindo à Contabilidade para colaborar na execução de procedimentos normativos internacionais exigidos das organizações de capital aberto pelo ambiente externo atualmente, em relação à provisão para demandas contingentes. Entre a década de 90 e o ano de 2003, a teoria da contingência foi associada a temas da gestão empresarial, como: ética, controle interno, tomada de decisões, tecnologia da informação, contabilidade internacional e avaliação da *performance* e outros. Para ver a associação entre os temas, diz-se que problemas éticos podem surgir na utilização e na divulgação de dados contábeis. Para Molinari e Guerreiro, a

⁸⁷⁰ Molinari, S.K.R. & Guerreiro, R.(2009). *Teoria da Contingência E Contabilidade Gerencial: um estudo de caso sobre o processo de mudança na controladoria do Banco do Brasil* Acesso jun, 20, 2009 em: www.congressousp.fipecafi.org, p. 5

⁸⁷¹ Covaleski *et al.*, *apud* Molinari, S.K.R.; Guerreiro, R. *Teoria da Contingência e Contabilidade Gerencial: um estudo de caso sobre o processo de mudança na controladoria do Banco do Brasil*. Universidade de São Paulo. Acesso jun, 20, 2009 em: www.congressousp.fipecafi.org/artigos, p. 1.

teoria da contingência pode prever e explicar o comportamento ético dos contabilistas. “Uma vez que os fatores capazes de influenciar o comportamento ético são identificados, podem ser modificados numa tentativa de gerar informações contábeis mais confiáveis”.

Este trabalho abrange os enfoques jurídico, ético, de controle interno, processo de tomada de decisões, de contabilidade internacional e de avaliação da *performance* das contingências. Logo, pode ser visto na perspectiva das exigências da SOX e da governança corporativa, além das normas internacionais de contabilidade.

4.2.1 Conceito e Teorização

Pela linguagem corrente, denomina-se contingência, do latim *contingentia*, a incerteza sobre se uma coisa acontecerá ou não; contingente é, pois, que pode ou não suceder, que é eventual ou incerto. Complementarmente, a palavra “contingência” relaciona-se a algo de determinada instituição ou pessoa que está fora de seu controle. No âmbito empresarial, pode-se compreender a palavra “contingência” como “uma variável que não pode ser influenciada pela organização. Entretanto, uma contingência influencia a organização”⁸⁷².

Juridicamente, contingente, que vem do latim *contingere*, é usado quando se quer expressar uma situação fortuita, referente a (melhorar isso, pois ficou confuso. Verificar se Luhmann e outros definem melhor para o Direito o que é contingente) algo que uma parte deve cumprir⁸⁷³.

Fatos externos favoráveis ou desfavoráveis podem causar modificações no capital próprio da empresa, tendo como consequência lucros ou perdas⁸⁷⁴. Por isso, a realidade sobre aspectos futuros racionalmente admitida (como as contingências) deve ser registrada pela

⁸⁷² Molinari, S.K.; Guerreiro, R. (2009). *Teoria da contingência e contabilidade gerencial: estudo de caso sobre o processo de mudança na Controladoria do Banco do Brasil*. Universidade de São Paulo. Acesso jun, 20, 2009 em: www.congressousp.fipecafi.org, p. 2.

⁸⁷³ Silva, D.P.e. (1993). *Vocabulário Jurídico*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.544.

⁸⁷⁴ Lopes de Sá, A. Contingências e Evidência Contábil. *Revista Contábil e Empresarial Fiscolégis*. Acesso jun, 20, 2009 em: www.netlegis.com.br, p. 1.

contabilidade, como forma de, por meio dessa informação, obter-se uma imagem do capital da empresa a mais fiel possível.

O registro das contingências, portanto, não pode ser mascarado, omitido, nem deve ser usado para compensar aspectos negativos do balanço. Esse registro deve ser feito conforme os princípios fundamentais de contabilidade, principalmente nas companhias de capital aberto, que são alvo obrigatório de auditoria contábil⁸⁷⁵.

Segundo Molinari e Guerreiro⁸⁷⁶, a teoria da contingência tem como base a premissa de que não existe um modelo de contabilidade gerencial que possa ser adaptado a todas as empresas em todas as circunstâncias, pois “as mudanças ocorrem nos sistemas de contabilidade em função do impacto de determinados tipos de ocorrências.” Os sistemas contábeis⁸⁷⁷ são implementados com base numa combinação de fatores externos com as características internas das empresas.

De acordo com Shahrokh M. Saudagaran e Joselito G. Diga⁸⁷⁸, para estudos embasados na teoria da contingência, só as variáveis ambientais influenciam o sistema de contabilidade financeira; já para os baseados em paradigmas emergentes, a contabilidade pode influenciar o ambiente. Mas os autores afirmam que as variáveis consideradas pela teoria da contingência “não são bem definidas ou submetidas a rigorosos testes empíricos.” Nesse sentido, por exemplo, conforme Lopes de Sá, se o fato contingencial for patrimonial, a contingência será sempre contábil, devendo ser racionalmente registrado. Continuando, ele esclarece o porquê:

Desde o nascimento da informação patrimonial que esta se opera através de "contas". Isso porque tal recurso inteligente é "unidade de registro contábil", permitindo não só evidenciar o que se passa no presente, mas, permitindo o conhecimento do passado. Consagrada há milênios a referida enseja, inclusive, a

⁸⁷⁵ Lopes, E.C.; Madeira, G.J. (2009). *O Passivo Contingente e Sua Abordagem*. UFMG. Acesso jun, 20,09 em: www.sinescontabil.com.br/, p. 1.

⁸⁷⁶ Molinari, S.K.; Guerreiro, R. (2009). *Teoria da contingência e contabilidade gerencial: estudo de caso sobre o processo de mudança na Controladoria do Banco do Brasil*. Universidade de São Paulo. Acesso jun, 20, 2009 em: www.congressosp.fipecafi.org/, p. 2.

⁸⁷⁷ Veja-se que aqui não se está falando de sistema no sentido de que tratam Luhmann e Teubner. Sistema aqui, como sistema contábil, não tem o mesmo significado que sistema econômico, político ou de Direito. Trata-se, sim, de uma organização, um conjunto de elementos, e não de um subsistema parcial da sociedade.

⁸⁷⁸ *Apud* Molinari, S.K.; Guerreiro, R. (2009). *Teoria da contingência e contabilidade gerencial: estudo de caso sobre o processo de mudança na Controladoria do Banco do Brasil*. Universidade de São Paulo. Acesso jun, 20, 2009 em: www.congressosp.fipecafi.org/ p. 4.

projeção de situações futuras. Logo, perante o tempo o fenômeno patrimonial encontra na conta a sua legítima expressão de realidade, reunindo um conjunto de elementos. Tão relevante é a questão que por muito tempo se admitiu ser a contabilidade uma ciência de tal objeto tal recurso instrumental (Contismo).⁸⁷⁹

Por sua vez, quanto à contingência, contemporaneamente, já não é tão imediato o entendimento dos efeitos quando se trata de demandas judiciais e administrativas.

Analisando a questão da demanda judicial e administrativa como contingência e com base em seu princípio, verifica-se que ela tem início em uma demanda administrativa ou jurídica. Assim, por se tratar de uma demanda, a contingência é de ordem essencialmente jurídica. Mas nem todas as demandas representam uma contingência passível de registro contábil, como nos processos que não trazem em seu bojo representações de pecúnia, como o protesto, a notificação e a interpelação⁸⁸⁰.

Nesse sentido, por exemplo, basta que sejam observados os ordenamentos jurídicos português e brasileiro. O artigo 805 do Código Civil português (CC) e o artigo 262 do Código de Processo Civil português (CPC) esclarecem, respectivamente:

Artigo 805 (Momento da constituição em mora):

1. O devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir.
2. Há, porém, mora do devedor, independentemente de interpelação:
 - a) Se a obrigação tiver prazo certo;
 - b) Se a obrigação provier de facto ilícito;
 - c) Se o próprio devedor impedir a interpelação, considerando-se interpelado, neste caso, na data em que normalmente o teria sido.
3. Se o crédito for ilíquido, não há mora enquanto se não tornar líquido, salvo se a falta de liquidez for imputável ao devedor; tratando-se, porém, de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco, o devedor constitui-se em mora desde a citação, a menos que já haja então mora, nos termos da primeira parte deste número⁸⁸¹.

Artigo 262 (Inadmissibilidade de oposição às notificações avulsas)

1. As notificações avulsas não admitem oposição alguma.
Os direitos respectivos só podem fazer-se valer nas acções competentes.
2. Do despacho de indeferimento da notificação cabe agravo, mas só até à Relação.

⁸⁷⁹ Lopes de Sá, A. Contingências e Evidência Contábil. *Revista Contábil e Empresarial Fiscolegis*. Acesso jun, 20, 2009 em: www.netlegis.com.br, p. 3.

⁸⁸⁰ SBDA. Disponível em: <<http://sbda.org.br/revista/Anterior/1653.htm#nine>> Acesso em: 3 jun 2009.

⁸⁸¹ Redacção do Dec.-Lei 262/83, de 16 de junho. Disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1sdip/1983/06/13600/21312133.pdf>. Acesso em 24.11.2011, as 17h32m.

No mesmo sentido, os artigos 867 e 873 do Código de Processo Civil brasileiro estabelecem:

Artigo 867: Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.

Artigo 871: O protesto ou interpelação não admite defesa nem contraprotesto nos autos; mas o requerido pode contraprotestar em processo distinto.

Artigo 873: Nos casos previstos em lei processar-se-á a notificação ou interpelação na conformidade dos artigos antecedentes.

Em qualquer dos diplomas legais mencionados, interpelação, notificação e protesto são atos constitutivos de mora *solvendi*. No Direito português, “o ato da intimação que o credor faz ou manda fazer àquele que está sujeito à obrigação, para que a cumpra.” Clóvis Bevilacqua⁸⁸² leciona que “o protesto não tem como escopo criar ou excluir direito. Na constituição da mora, não há direito novo para o credor, mas positividade do fato, que é a exigência do pagamento no tempo e no lugar devidos.”

Os casos ora destacados não representam diretamente um direito da empresa que reclama sua classificação como contingência. O Direito português é restrito e não admite que a notificação avulsa sofra oposição; ele estabelece que os direitos sejam por valer-se em ações competentes (artigo 262 do CPC, nº 1), como no Direito brasileiro. O artigo 871 do CPC brasileiro não admite defesa no protesto ou na interpelação, admitindo, somente, contraprotestar em processo distinto. Nesse ponto, salienta-se que não existe o contraprotesto em si, existe “outro protesto”, a ser feito pelo adverso do “primeiro”.

Pelo artigo 805 do CC português, vê-se que a interpelação pode caracterizar uma obrigação, mas não uma provisão. Se há uma obrigação a ser cumprida, mas assim não o fez o devedor, o correspondente registro contábil não é de provisão e sim de despesa. Se da obrigação não cumprida ou cumprida restar uma demanda contra a companhia, tem-se uma contingência que pode ou não representar risco de perda. As ações com pedidos condenatórios, com ou sem valor de pecúnia determinado na petição inicial, as incluídas que formam o universo provisionável devem representar contingências passíveis de registro.

⁸⁸² SBDA. Disponível em: <<http://sbda.org.br/revista/Anterior/1653.htm#nine>> Acesso em: 3 jun 2009, as 21h:32m.

4.2.1.1 Contingência Jurídica

A atividade jurídica desenvolvida numa empresa de capital aberto não corresponde aos chamados produtos fins ou objetivos fins da empresa, pois tem caráter contencioso e de assessoria. Por vezes, assistem-se a casos noticiados pela imprensa no geral e também pela imprensa especializada no particular, que demandas jurídicas não avaliadas ou mal avaliadas comprometem seriamente o patrimônio dos entes envolvidos nas demandas. Esses fatos podem ocorrer de várias formas, como: demandas movidas a favor ou contra as empresas que são somente de conhecimento no âmbito jurídico, não interessando aos demais departamentos, trazem, em primeiro plano, desconhecimento das implicações que elas podem acarretar como insumo ao gerenciamento de contingências jurídicas; num segundo momento, a consideração da premissa de que demandas – sendo no polo autor ou no polo réu – não são saudáveis à empresa tem implicações nos respectivos resultados. Essa informação poderá ajudar a redução delas próprias, as demandas. Questão de análise sobre o assunto é o porquê de questões jurídicas não serem de uso corrente entre esses entes. Afinal, num Estado democrático de direito as questões jurídicas são inevitáveis e permeiam a vida social como um todo.

Alguns apontamentos realizados para este trabalho, oriundos dos canais de pesquisas e entrevistas, mostraram que a tendência, quando o assunto é complexo, é o afastamento natural por parte das áreas não afins com o Direito. Apontam elas, como dificuldade, que o linguajar jurídico é próprio e usado sem qualquer filtro para traduzir, ao leigo, o que realmente significa as implicâncias duma demanda. Outro argumento é que se há uma área técnica com especialidade para cuidar das demandas, seria inócua a participação de área leiga.

Nesse contexto, há de se convir que realmente o nível de complexidade é alto em relação ao entendimento do que a demanda representa e suas implicações.

Com o advento das normas internacionais de contabilidade e a obrigatoriedade das empresas de capital aberto que participam ou pretendem participar do mercado internacional de ações de cumpri-las, instaurou-se a possibilidade de aproximação, embora tênue, das áreas que participam desse processo. Ocorre dessa maneira a interdisciplinaridade, tendo como objetivo a participação no mercado internacional de ações.

Como partícipes desse processo, as áreas afins com a matéria enfrentam o desafio de trabalharem com a subjetividade que é o mundo das contingências. Essas se apresentam de várias formas e no âmbito das mais variadas áreas de atividade da empresa. A primeira noção que a interdisciplinaridade proporciona, inevitavelmente, é o que cada área pode identificar como contingência e o que deve se entender sobre o que é uma contingência. Conceituar e, após, identificar uma contingência. A partir disso, o trabalho passa pela triagem e reforço da formação de conceitos e a operacionalização com triagem de casos concretos.

No âmbito do Direito e com base nos seus ramos, as contingências podem ser classificadas como trabalhistas, cíveis, penais, tributárias, comerciais, ambientais, financeiras, entre outras. Partindo da premissa de que toda demanda administrativa e judicial é uma contingência, o caminho do Direito na identificação de uma contingência está simplificado. O passo do Direito, nesse ponto, é clarificado, pois haverá sempre de ter a formalização e a instauração legal de uma demanda para que essa se torne uma contingência jurídica. Se não houver esses passos para “criar” a demanda, ela poderia ser tudo, menos uma demanda contingente jurídica.

Em outras áreas, pode não ocorrer essa fácil identificação e o diagnóstico do que seja uma contingência é mais difícil. Citem-se, por exemplo, as ocorrências conhecidas da área automobilística, os chamados *recall*. Nesses casos, o uso de determinado material de insumo causou o mau funcionamento de algum dos setores do veículo. A ocorrência só é detectada tempo após o uso do material de insumo e, até esse momento, não se apresentava como uma contingência. Nesse caso, vindo a se confirmar que o material usado causou algum tipo de dano, são todos os veículos afetados pelo dito produto. Tem-se, então, que todos os veículos em uso são uma potencial contingência. Na demanda jurídica, a contingência é de essência, pois basta a sua instauração para se ter uma contingência.

Luhmann, nesse ponto, analisa que a autonomia do processo judicial é relativa como valor em si.⁸⁸³ Quanto a ser ou não uma contingência com repercussão financeira, o assunto será tratado na Parte 2, Seção 2, Capítulo 5, Mensurando os Valores Das Contingências Processuais: Pensando como um Julgador.

⁸⁸³ Luhmann, N. (1980). *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, p. 20.

Na doutrina, na localização do que seja uma contingência jurídica, a análise parte da ótica da Teoria dos Sistemas. Niklas Luhmann, ao desenvolver a Teoria Sistêmica, definiu que sistemas são construções reais, portanto, não abstratas. Mas a abordagem sistemática é abstrata, pois tem por base que a estrutura é feita no pensamento, construída pelo sentido. Nesse ponto, difere da teoria sistêmica que atrela os sistemas a construções reais pelo fato social. Luhmann define que os sistemas são formados por elementos e que estes estão em permanente relação entre si. O nível de complexidade é expresso pela quantidade de elementos em relação: quanto menos elementos, menor a complexidade; quanto mais elementos, maior a complexidade. Num fluxo crescente de relação, poderá haver mais possibilidades do que as relações possam atualizar, chegando ao ponto de o crescimento de elementos não mais possibilitar a relação direta entre eles. Com esse aumento e com o consequente aumento da complexidade, o relacionamento passa a ser seletivo e reclama a precisão, fazendo com que se analisem as possibilidades das relações. Nesse momento ocorre uma espécie de seletividade o que se determina escolher qual a relação que é praticada.

A complexidade não é determinada tão somente pela quantidade e sim, também, pela qualidade. Uma das condições que se verifica essa complexidade dos elementos é quando os níveis de especialização de determinados elementos destoam dos demais do sistema. Os elementos se qualificam pela necessidade ou pela determinação de diretrizes, como é o caso do presente trabalho, que analisa a participação das empresas de capital aberto no mercado de ações mundiais. É uma diretriz de a empresa participar do mercado de ações internacionais. A complexidade é determinada quando não há mais condições de todos os elementos se relacionarem entre si ao mesmo tempo. Em contrapartida, o sistema seria mais simples, não tão complexo, quando todos os elementos do sistema estão em ligação direta.

Luhmann analisa as variantes quanto à autonomia dos processos judiciais, a qual traz subsídios para análise da contingência, pelo aprofundamento das questões do procedimento jurídico. Luhmann, na obra *Legitimação pelo Procedimento*⁸⁸⁴, ao analisar a autonomia do procedimento jurídico, explica que nos processos judiciais ela tem limites:

A autonomia dos processos judiciais tem, naturalmente, limites nítidos: contudo é muito maior do que geralmente se pensa (1). Ela se verifica quando, e na medida

⁸⁸⁴ Luhmann, N. (1980). *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, p. 61.

em que **os pontos de vista se vão aprofundando no procedimento**, pontos de vista esses que determinam a atuação seguinte do processo e que determinam sobretudo o resultado. Pode **estender-se às informações também ao comportamento próprio do sistema**, que se pode escolher perante estas informações. **Cada seleção é um exercício de autonomia**, como o **é também a seleção da lei**, que se pode utilizar numa conjuntura de fatos que adquiriram força no procedimento. **E todos os participantes** podem, de acordo com as possibilidades que o seu papel lhes dá, **participar nesta autonomia** – também, por exemplo, o réu que resolve não indicar determinadas testemunhas, ou o acusador que decide fazer uma demanda de preferência sobre uma relação de dívida basicamente existente, do que uma troca. Uma pessoa deve, portanto, **abster-se de confundir autonomia do procedimento como sistema social**, com a autonomia (necessariamente limitada) do juiz no seu papel. Se e em que medida se pode alcançar a autonomia, isso depende para os sistemas em geral e para os processos jurídicos em particular, duma perspectiva temporal, objetiva social, de diversas circunstâncias, que têm de estar de acordo⁸⁸⁵.

Por analogia a essa autonomia limitada dos processos judiciais, verifica-se que a demanda, como contingência jurídica, também tem os seus limites jurídicos. O que ocorre no caso pesquisado no presente trabalho é que os reflexos econômicos da demanda extrapolam o mundo do procedimento judicial e fazem eco nas contas financeiras das empresas de capital aberto. Luhmann diz que a autonomia do processo judicial “(...) alivia o processo da pressão social e daí resultam possibilidades internas duma mudança de princípios de orientação⁸⁸⁶”.

Sozinha (...) não seria suficiente, **se o sistema de procedimento** tivesse apenas que ver com um meio que lhe apresentasse, em primeiro lugar, as informações gerais, depois as especiais e, no fim, lhe diminuísse a capacidade. **Na dimensão social, a autonomia depende da diferenciação do meio**. Para os procedimentos judiciais das sociedades civilizadas (contrariamente aos das arcaicas) **é característico que os âmbitos de introdução para premissas jurídicas ou efetivas de decisão, sejam socialmente distendidos**. As mesmas instâncias que estabelecem o direito não denunciam simultaneamente quais os fatos verdadeiros e quais os não-verdadeiros. Ambos os meios **estão separados e nem sequer se podem dominar reciprocamente**. O seu **confronto só pode realizar-se dentro e através do processo jurídico** (3). Assim **se alivia o processo da pressão social** e daí resultam possibilidades internas duma mudança de princípios de orientação: uma pessoa tem de (e deve) escolher e expor as normas, de acordo com os fatos do caso e também, ao invés, os fatos de acordo com as normas (4). **Nenhum ambiente possui o monopólio sobre a determinação de todas as premissas de opção**. Assim **se evita o perigo de que o processo se possa tornar um braço prolongado dum determinado setor do meio ambiente**. Na linguagem de decisão dos próprios processos jurídicos, esta **condição de autonomia** exprime-se manifestamente sob a

⁸⁸⁵ Para isto, vale sempre a pena ler: Cardozo, B. (1921). *A Natureza do Processo Judicial*. New Haven.

⁸⁸⁶ Luhmann, N. (1980). *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, p. 62, 63.

forma duma **separação rígida** entre problemas de direito e problemas de fato, cuja **correlação fica a cargo de cada caso particular**(5)⁸⁸⁷.

Luhmann define contingência como “algo que não é necessário nem impossível, algo então que é (era ou será) assim como é, mas também poderia ser diferente”. Mas, ao mesmo tempo, traz complexidade ao tema ao deixar transparecer que é alto o grau de liberdade do operador para defini-la. Algumas situações, por acontecerem com frequência, são previsíveis e possibilitam o mapeamento de sua ocorrência e consequências. Verifica-se, por exemplo, no Brasil, que são os dissídios das categorias das classes de trabalhadores, que ocorrem todos os anos. O administrador, nesse ponto, pode prever que todos os anos poderá haver uma greve dos trabalhadores e, antecipadamente, toma decisões que correspondam a mínima segurança para não prejudicar o andamento das atividades de sua empresa⁸⁸⁸.

Na análise anterior sobre a contingência jurídica, abrangeu-se o tema no geral, no entendimento de que a contingência jurídica estaria atrelada à demanda. Para o tema deste trabalho, essa conclusão é válida. Porém, ao mesmo tempo em que esclarece que a demanda

⁸⁸⁷ Em idêntico sentido a autonomia duma exploração econômica depende de que o **confronto dos diversos mercados** – mercado de produtos, mercado de trabalho e **mercado financeiro** seja **conciliado através da empresa** e **nenhum mercado pode, só por si, determinar os sucessos da empresa**. Também neste **debate jurídico de método** se cai nesta **orientação alternada** de premissas normativas ou efetivas de decisão aceitando-a, porém, como a característica do método jurídico, sem dar atenção à diferença social que está por trás dela. Ver, por exemplo: Scheuerle, W.A. (1952). *Rechtsanwendung* (Aplicação Jurídica), Nuremberge Düsseldorf, p.23 e seg.; Gorphe, F. (1952). *Les décisions de justice. Étude psychologique et judiciaire* (As decisões da justiça. Estudo psicológico e judicial). Paris p, 82 e segs.; Jesch, D. (1957). *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht* (Conceito jurídico indefinido e parecer no aspecto da teoria do direito. Conferir aqui com a crítica e contraproposta de Friedrich Müller: Normstruktur und público 82), p. 163-249 (188 e segs); Engisch, K. (1963). *Logische Studien zur Gesetzanwendung* (Estudos lógicos sobre a aplicação das leis). 3 ed. Heidelberg, p. 82. Só conheço pesquisas empíricas sobre este problema na administração. Conferir: Francis, R.G.; Stone, R.C. (1956). *Service and Procedure in Bureaucracy* (Serviço e procedimento na burocracia). Minneapolis, p. 39 e segs; Hartfield, E.G.; Sedatis, L.; Claessens, D. (1964). *Beamte und angestellte in der Verwaltungspyramide. Organisations-soziologische und verwaltungsrechtliche Untersuchungen über das Entscheidungshandeln in der Kommunalverwaltung* (Funcionários e empregados na pirâmide administrativa. Pesquisas de organização sociológica e direito constitucional sobre a atuação da decisão na administração municipal). Berlim, p. 88 e segs. Como esta separação entre questões de direito e questões de fato desempenha uma função significativa, impôs-se também a teoria do direito. **Intensifica-se numa diferença radical entre norma e realidade, entre dever e ser**. Se isto é uma consequência necessária, terá que ser provado na própria teoria do direito. Conferir aqui com a crítica e contraproposta de Friedrich Müller: Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis Von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt in Fragen der Verfassungsinterpretation (Estrutura das normas e normatividade. Para a relação entre direito e realidade na hermenêutica jurídica desenvolvida em questões de interpretação da constituição). Berlim 1966.

⁸⁸⁸ Mathis, A. (2013). *A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhman*. Acesso dez, 24, 2013 em: http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf; p. 5.

jurídica é uma contingência, abre espaço para verificar se há outras contingências no âmbito jurídico. Com base na teoria de Luhmann, o sistema autopoietico – que tem estruturas próprias e é autorregulativo – não é formado por mecanismos do meio, pois a relação se dá internamente. O resultado disso perante o meio não tem previsão e ocorre pela análise de contingências. Assim, surgem dois tipos de conclusão *interna corporis* do Direito: na análise da provisão para demanda contingente, a demanda sempre será uma contingência; no campo do Direito em geral, “(...) a onipresença da contingência no sistema jurídico deve incluir o caráter contingente do exercício, visível e invisível, do poder ilegítimo do direito (...)”⁸⁸⁹.

Luhmann enfatiza que a contingência é “ponto central na construção de sua visão da sociedade moderna”⁸⁹⁰. Por essa visão sociológica, ele descreve uma série de relações entre homem e sociedade/mundo e complexidade e contingência. O mundo oferece ao homem uma gama de experiências e ações, mas esse não consegue alcançar todas devido a “seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente”⁸⁹¹.

Nessa análise, Luhmann também explica a sua visão de complexidade: “(...) existem mais possibilidades do que se pode realizar.” E diz sobre o que é contingência: “(...) significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” Luhmann ainda diz que é necessária a assimilação das experiências é o desenvolvimento de estruturas correspondentes. A partir disso, estabelecem-se certas “premissas da experimentação e do comportamento”,

⁸⁸⁹ Schuartz, L.F. (2005). *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 4.

⁸⁹⁰ Schuartz, L.F. (2005). *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3. Entretanto, o estudo não cumpre só esta função. Muito mais importante que ela é a introdução ao conceito de *complexidade* e, sobretudo, à ideia de *contingência*, cuja relevância para a compreensão adequada dos textos sobre Alexy e Habermans não poderia ser superestimada – sobretudo dos argumentos críticos. Nestes, faz eco o entusiasmo com a decisão de Luhmann de conferir àquilo que é radicalmente incerto, indeterminado e imprevisível, um lugar central na construção de sua visão da sociedade moderna.

⁸⁹¹ Luhmann, N.(1983). *Sociologia do direito* I. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, p. 45. 1 – Complexidade, contingência e a expectativa de expectativas. O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Dessa forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.

sendo estas seletivas com base em bons resultados, e que são “enfeixadas” para daí sim formarem-se sistemas. Com essa construção, ocorre o fenômeno da estabilização que de alguma forma vai “constituindo sistemas”. Também na estabilização diminuem os desapontamentos e, gradativamente, as incertezas.

Outro aspecto da teoria luhmanniana é a análise sobre a dupla contingência; é a que considera a visão do *eu* com a do *alter ego*. As possibilidades dos *outros* também são possibilidades do *eu*. As possibilidades serão apresentadas ao *eu* a partir da experiência dos *outros*. Com essa possibilidade o *eu* passa a usar a perspectiva do *outro* como se você sua ou usar as perspectiva do *outro* no lugar das do *eu*. Luhmann, nesse ponto, avalia que há uma economia “de ver através dos olhos dos outros”, pois há ampliação do horizonte do *eu* “sem um maior gasto de tempo”. E conclui: “com isso alcanço um imenso aumento da seletividade imediata da percepção.”

A essa altura da análise da complexidade e da contingência, Luhmann apercebe-se de que a possibilidade de uso das perspectivas do *outro* potencializa o risco, pois passa de contingência simples, a partir da percepção, e atinge o nível de dupla contingência, sendo está já no mundo social. O Mestre Alemão conclui de forma humanitária que para reconhecer e absorver as perspectivas do *outro* como as do *eu* só é possível quando o *eu* reconhece o *outro* como um “*outro eu*”. No contexto da complexidade e da contingência é de se considerar que o *outro* pode variar suas atitudes da mesma forma que o *eu*, ou seja, o *outro* tem a mesma liberdade de ação que o *eu*. Para o *outro* igualmente o mundo é complexo e contingente quanto para o *eu*. E no ponto crucial dessa análise, Luhmann afirma: “sua intenção pode significar minha decepção.”

No contexto deste trabalho, *mutatis mutandis* as teorias acima relatadas, a análise do jurista para classificar a demanda se contingente ou não, se a classifica como remota, possível ou provável conforme o risco apresentado pelo processo judicial, utiliza, embora possa não se aperceber, as constatações de Luhmann sobre a complexidade e a contingência que é o sistema jurídico; com presença forte quanto a dupla contingência. O jurista, advogado de empresa de capital aberto sob a égide das normas internacionais de contabilidade, ao incorporar a figura de decisor frente a classificação de contingência jurídica, utiliza a teoria luhmanniana da dupla contingência, transformando em técnica procedimental. Esse destaque vem ao encontro da visão de Luhmann de que o *eu* ao se colocar na posição do *outro* – usa das possibilidades do *outro* como se fossem suas. O decisor advogado então faz o papel de

juiz para “julgar” a contingência. Nesse processo interno, busca no *outro* ou nos *outros* amparo para a sua decisão. Muitas vezes, esse serviço é facilitado, pois há decisão ou decisões togadas da jurisdição estatal sobre a matéria, dando a tranquilidade para que o decisor advogado se baseie nelas e as replique nos processos contingentes sob sua responsabilidade. Em algumas situações, poderá não ser tão tranquila o uso dessa técnica, pois não há decisões togadas que possam passar do *outro* para o *eu* a base para o julgamento. Nesses casos, o processo de julgamento pelo decisor advogado está à mercê de seu único juízo a menos que ele possa recorrer a uma base jurisprudencial de decisões não togadas de emanção de pares.

Nessa esteira de decisões não togadas, pode-se criar base jurisprudencial para futuras decisões: a jurisprudência contingencial (de autoria de decisores advogados). A condicionante para que se use a base da jurisprudência contingencial seria/são de que a matéria não tenha definição do Poder Judiciário. Aí, não haveria variantes para as decisões definidas pela jurisdição estatal e, inevitavelmente, o decisor advogado seguirá a orientação jurídica estatal. A base jurisprudencial não togada servirá até o momento em que o Poder Judiciário não defina a matéria.

Levantando os possíveis casos que possam ocorrer frente à classificação da provisão para demandas contingentes é de se questionar com a situação de casos idênticos – ainda não manifestos no poder oficial e nem de correspondência com a base da jurisprudência contingencial, poderá decisor advogado decidir diferentemente do que par já decidiu? Seria a analogia com o princípio do juiz natural, assunto tratado nesse trabalho no item 5.15 Efeitos na PDC frente ao princípio do juiz natural. É uma polêmica que poderá variar as opiniões ao infinito. Nesse contexto, poderá haver em empresa de capital aberto uma organização nos moldes da pluralidade de jurisdições do poder estatal, evitando que decisões monocráticas de advogado decida uma questão de provisão para demanda contingente.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) consagra a regra de que o advogado é indispensável a administração da justiça.⁸⁹² Com base nesse princípio o advogado brasileiro tem poderes para decidir diferentemente, em matéria idêntica, de seu par. Presente

⁸⁹² Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994: Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público. § 3º No exercício da profissão, **o advogado é inviolável por seus atos e manifestações**, nos limites desta lei.

por analogia, portanto, o princípio do juízo natural. O Estatuto da OAB também em outro artigo fortalece o entendimento da independência técnica do advogado: “Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, **não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.**” Conclusão: mesmo na relação de trabalho o advogado brasileiro tem amparo na sua livre convicção quando o assunto se trata de técnica jurídica sob a sua responsabilidade.

Buscando a correlação entre situação e Estatuto da Ordem dos Advogados de Portugal, verifica-se que a situação portuguesa pode não ser de independência total do advogado quando este está em “actividade em regime de subordinação” (Artigo 68⁸⁹³ do Estatuto da OA). No nº 1 do referido Artigo, fica clarificada a intenção do legislador em submeter e ou possibilitar ao advogado a subordinação jurídica. Essa constatação encontra eco na petição do advogado português José Preto, de 22 de Setembro de 2006, endereçada a Assembleia-Geral Extraordinária da Ordem dos Advogados – Moção nº 3/AGE/06 – Autor José Preto (CP 6975L). O Douto Causídico critica de forma singular a possibilidade da subordinação profissional do advogado⁸⁹⁴ e requer seja alterado o Artigo 68/1 do Estatuto, prevendo, ao

⁸⁹³ Lei n.º15/2005, de 26 de Janeiro de 2005. Aprova o Estatuto da Ordem dos Advogados de Portugal. Artigo 68.º Exercício da actividade em regime de subordinação. 1 - Cabe exclusivamente à Ordem dos Advogados a apreciação da conformidade com os princípios deontológicos das cláusulas de contrato celebrado com advogado, por via do qual **o seu exercício profissional se encontre sujeito a subordinação jurídica.** 2 - São nulas as cláusulas de contrato celebrado com advogado que violem aqueles princípios. 3 - São igualmente nulas quaisquer orientações ou instruções da entidade empregadora que restrinjam a isenção e independência do advogado ou que, de algum modo, violem os princípios deontológicos da profissão. 4 - O Conselho Geral da Ordem dos Advogados pode solicitar às entidades públicas empregadoras, que hajam intervindo em tais contratos, entrega de cópia dos mesmos, a fim de aferir da legalidade do respectivo clausulado, atentos os critérios enunciados nos números anteriores. 5 - Quando a entidade empregadora seja pessoa de direito privado, qualquer dos contraentes pode solicitar ao Conselho Geral parecer sobre a validade das cláusulas ou de actos praticados na execução do contrato, o qual tem carácter vinculativo. 6 - Em caso de litígio, o parecer referido no número anterior é obrigatório.

⁸⁹⁴ Aproveito para esclarecer que no plano da intervenção aceitável da Ordem relativamente aos contratos de trabalho e de prestação de serviços dos advogados – porque em alguma medida a posição expressa pode surpreender alguns – que a meu modesto olhar a “subordinação” trazida pela jurisprudência francesa, na sua acção protectora, à reflexão sobre o contrato de trabalho, **essa subordinação tem entre nós o seu sentido radicalmente alterado** e não só não caracteriza como não pode caracterizar o contrato de trabalho... **Não há e não pode haver hierarquia entre outorgantes necessariamente iguais diante da Lei e iguais como partes em processo**, o que define o contrato de trabalho é a alienação dos frutos do trabalho e, assim, se eles nascerem já na esfera do empregador... isso significa **que a obrigação é de actividade e o contrato define uma relação laboral** (não é precisa a subordinação para nada, como bem se vê) e portanto entendo que, sim, os advogados, como os médicos, como os professores, podem manter contratos de trabalho por não haver nenhuma subordinação (qualquer que seja o seu sentido) a opor à sua (necessária) independência, e, Isto dito, Requerendo a disponibilização relativa ao direito à informação dos membros da assembleia, em prazo idóneo para tanto, enuncio vinte e um delitos contra os Direitos Fundamentais constantes no Estatuto Júdice:

invés da subordinação jurídica, “...contemplando a independência deontológica e técnica e a ilegalidade de qualquer hierarquia entre advogados...”. O advogado Dr. José Preto vai mais a fundo na questão e questiona a possibilidade do “...advogado ser forçado pela Ordem a pôr termo ao contrato...”.

Em que pesem as argumentações nobres do Dr. José Preto, o Estatuto da Ordem dos Advogados de Portugal está revestido de legalidade e possibilita estar o advogado sob subordinação jurídica. Nesses casos, a análise da contingência oriunda de processo judicial ou administrativo também poderá sofrer os efeitos da hierarquia que está submetido o advogado e passar para decisão de superior hierárquico. Dessa forma, não haveria a independência técnica do advogado e sim poderá prevalecer comando maior da cúpula administrativa. Essa situação frente a provisão para demandas contingentes, possibilita que a opinião do advogado responsável pelo processo de ser alterada com base subordinação disciplinar.

Para Hely Lopes Meireles, no campo da técnica, não há subordinação⁸⁹⁵ (assunto também referido no item 5.7.3 deste trabalho). A partir desse conjunto de análise, juntam-se as variantes da contingência jurídica em relação a este trabalho: a primeira delas é a de que o sistema do Direito é, em si, uma contingência só; segunda, que toda demanda é uma contingência; terceira, que o advogado de empresa de capital aberto está sujeito aos princípios os juiz natural.

4.2.2 Provisão para Passivos Contingentes e Considerações

É difícil conceituar certos termos, quando a eles acrescentam-se outros sentidos, visando ampliar seus conceitos para incluir determinado fato ou situação. A dificuldade é maior quando esse termo vem como empréstimo de um contexto específico para outro, sem

⁸⁹⁵ Quanto à técnica, transcreve-se o dito de Hely Lopes Meirelles: “Parecer técnico é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento **não prevalece a hierarquia administrativa**, pois não há subordinação no campo da técnica.” (g.n.). Meirelles, H.L. (1993). *Direito administrativo brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, p. 177.

que se faça o respectivo esclarecimento do que ele efetivamente tende a representar. Esse é o caso da palavra “provisão” que, na terminologia contábil, embora com algumas interpretações generalizadas, é relacionada a reservas e a fundos, ora se referindo a perdas.

4.2.2.1 Características da Provisão e do Respectivo Processo

Luiz Eduardo Santos⁸⁹⁶ aproxima-se do conceito quando define provisão como “perdas já ocorridas com relação às quais pairam dúvidas acerca de: (1) seu efetivo valor e (2) o momento em que elas serão finalmente conhecidas.”

Do conceito de provisão em relação às contingências, sobressaem-se algumas condicionantes, como: a) sempre se exigirá que um profissional classifique o fato como contingência ou não; b) um profissional deve determinar se a contingência deve ser provisionada ou não; c) um profissional deve determinar o valor da contingência. Além dela, baseada nos princípios contábeis internacionais – universais pela busca de harmonização contemporânea –, a responsabilidade para autorizar a provisão recai sobre o gerente ou administrador da entidade.

As *International Financial Rewports Syads Board (IAS)* ou Normas Internacionais de Contabilidade representam um conjunto constituído de 41 normas internacionais de contabilidade. Cada uma se refere a procedimentos específicos relacionados às demonstrações financeiras.

A IAS 37, que trata da necessidade de provisão das contingências, descreve seu objetivo e o âmbito de seu alcance, prevendo, definindo as situações:

Objectivo

O objectivo desta Norma é o de assegurar que sejam aplicados critérios de reconhecimento e bases de mensuração apropriadas a provisões, passivos contingentes e activos contingentes e que seja divulgada informação suficiente nas notas às demonstrações financeiras de modo a permitir aos utentes compreender a sua natureza, tempestividade e quantia.

Âmbito

⁸⁹⁶ Santos, L.E. (2006). *Conceito de Provisão*. Acesso abril, 15, 2009 em: www.pontodosconcursos.com.br/admin/imagem/imagens/upload, p. 1.

1. Esta norma deve ser aplicada por todas as entidades na contabilização de provisões, passivos contingentes e activos contingentes, excepto:

a) os que resultam de contratos executórios, excepto quando o contrato seja oneroso; e

[...]

c) os cobertos por uma outra Norma.

2. Esta Norma não se aplica a instrumentos financeiros (incluindo garantias) que se encontrem dentro do âmbito da IAS 39 Instrumentos Financeiros: Reconhecimento e Mensuração.

3. Contratos executórios são contratos pelos quais nenhuma parte cumpriu qualquer das suas obrigações ou ambas as partes só tenham parcialmente cumprido as suas obrigações em igual extensão. Esta Norma não se aplica a contratos executórios a menos que eles sejam onerosos.

[...]

5. Quando outra Norma trata de um tipo específico de provisão, passivo contingente ou activo contingente, uma entidade aplica essa Norma em vez da presente Norma. Por exemplo, a IFRS 3 Concentrações de Actividades Empresariais trata do tratamento por parte de uma adquirente de passivos contingentes assumidos numa concentração de actividades empresariais. De forma semelhante, certos tipos de provisões também são tratados nas Normas relativas a:

(a) contratos de construção (IAS 11 Contratos de Construção);

(b) impostos sobre o rendimento (IAS 12 Impostos sobre o Rendimento);

(c) locações (ver a IAS 17 Locações). Porém, como a IAS 17 não contém requisitos específicos para tratar locações operacionais que se tenham tornado onerosas, esta Norma aplica-se a tais casos;

(d) benefícios de empregados (ver a IAS 19, Benefícios de Empregados).

(e) contratos de seguros (ver IFRS 4 Contratos de Seguro). Contudo, esta Norma aplica-se a provisões, passivos contingentes e activos contingentes de uma seguradora, que não sejam os resultantes das suas obrigações e direitos contratuais segundo os contratos de seguros dentro do âmbito da IFRS 4.:

6. Algumas quantias tratadas como provisões podem relacionar-se com o reconhecimento do rédito, por exemplo, quando uma empresa dê garantias em troca de uma remuneração. Esta Norma não trata do reconhecimento do rédito. A IAS 18, rédito, identifica as circunstâncias em que o rédito é reconhecido e proporciona orientação prática sobre a aplicação dos critérios de reconhecimento. Esta Norma não altera os requisitos da IAS 18.

7. Esta Norma define provisões como passivos de tempestividade ou quantia incertas. Em alguns países o termo «provisão» é também usado no contexto de itens tais como depreciação, imparidade de activos e dívidas de cobrança duvidosa: estes são ajustamentos às quantias escrituradas de activos e não são tratados nesta Norma.

8. Outras Normas especificam se os dispêndios são tratados como activos ou como gastos. Estes assuntos não são tratados nesta Norma. Concorde, esta Norma nem proíbe nem exige a capitalização dos custos reconhecidos quando é feita uma provisão.

9. Esta Norma aplica-se a provisões para reestruturação (incluindo unidades operacionais em descontinuação). Quando uma reestruturação satisfaz a definição de uma unidade operacional em descontinuação, podem ser exigidas divulgações adicionais pela IAS 35, Unidades Operacionais em Descontinuação⁸⁹⁷. (g.n.).

Essa norma é precisa quanto a seu objetivo, definindo os termos que pretende alcançar com os registros/provisões de passivos e ativos contingentes. O objetivo desdobra-se em três

⁸⁹⁷ IFRS. Normas Internacionais de Relato Financeiro. Incluindo as Normas Internacionais de Contabilidade (NIC) e Interpretações. Trad. Portuguesa publicada pela Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (OROC) com a autorização do *International Accounting Standards Committee Foundation* (IASCF).

momentos distintos. No primeiro, que “sejam aplicados critérios de reconhecimento e bases de mensuração apropriados a provisões, passivos contingentes e activos contingentes...”; no segundo, que “seja divulgada informação suficiente nas notas às demonstrações financeiras”; no terceiro, que o usuário possa “compreender a sua natureza, tempestividade e quantia”.

As duas últimas exigências, embora importantes no contexto dos resultados das provisões para passivos e ativos contingentes, dependem exclusivamente da primeira para existir, pois, respectivamente, divulgam as informações produzidas e possibilitam sua compreensão.

O artigo 38 da IAS 37, que trata da mensuração e da melhor estimativa de contingências, referiu-se à decisão de provisionamentos:

38. As estimativas do desfecho e do efeito financeiro são determinadas pelo juízo da gerência da empresa, suplementada pela experiência de transacções semelhantes e, em alguns casos, por relatos de peritos independentes. A evidência considerada inclui qualquer evidência adicional proporcionada por acontecimentos após a data do balanço⁸⁹⁸.

Por outro lado, as regras para a provisão de contingências ditadas pela nova ordem mundial atribuem níveis de risco aos respectivos fatos, considerando a possibilidade de ele ocorrer ou não. Segundo esse risco, as contingências são classificadas em: remota, possível ou provável.

Em Portugal, a classificação das contingências é assim definida: a) remota, quando há uma obrigação em que a probabilidade de exfluxo de recursos é mínima; b) possível, quando uma obrigação pode exigir exfluxo de recursos, mas provavelmente tal não aconteça; c) provável, quando há uma obrigação que provavelmente exige um exfluxo de recursos⁸⁹⁹.

No Brasil, os ativos e passivos contingentes são classificados como praticamente certo, provável, possível e remota, com os conceitos:

Para que um passivo se qualifique para reconhecimento, é necessário haver não somente uma obrigação presente, mas também a probabilidade de saída de recursos que incorporam benefícios econômicos para liquidar essa obrigação. Para a finalidade desse Pronunciamento Técnico, uma saída de recursos ou outro evento é considerado como provável se o evento for mais provável que sim do que não de ocorrer, isto é, se a probabilidade de que o evento ocorrerá for maior do que a

⁸⁹⁸ OROC. Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. (2004). *Normas Internacionais de Relato Financeiro (IFRS)*. Lisboa: IASCF, p. 1165.

⁸⁹⁹ OROC. Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. (2004). *Normas Internacionais de Relato Financeiro (IFRS)*. Lisboa: IASCF, p. 1175.

probabilidade de isso não acontecer. Quando não for provável que exista uma obrigação presente, a entidade divulga um passivo contingente, a menos que a possibilidade de saída de recursos que incorporam benefícios econômicos seja remota (ver item 86)⁹⁰⁰.

Embora o registro e a particularidade do expediente racional (representada pela conta) justifiquem o tratamento teórico dado ao tema, as informações, no entanto, são insuficientes para serem consideradas um “conjunto de recursos de entendimento.” É pouco, porque a evidência contábil das contingências deve reunir: o acontecimento por sua natureza qualitativa, a data do fato, seu histórico, a origem (crédito) ou aplicação (débito) e quantificação, isto é, medição pelo valor⁹⁰¹.

Toda essa opulência de elementos é que faz de tal recurso contábil a sua ‘imprescindibilidade’, para que exista clareza na evidência patrimonial. A disciplina dos registros enseja a fidedignidade da evidência das situações da riqueza e uma vez rompida desqualifica todo um sistema. [...] São os conceitos os que constroem as proposições lógicas e estas as que ensinam as Teorias. [...] O progresso do conhecimento está atrelado ao racional e este à forma específica de tratar cada assunto⁹⁰².

O renomado Lopes de Sá afirma que, como nos demais ramos, também é necessário, na Contabilidade, ampliar a compreensão dos assuntos para além da simples escrituração, para atender a memória e a identificação de situações. Consideram-se, assim, a explicação e a interpretação dos fatos registrados.

A provisão para demandas surge no mercado globalizado como exigência de seu efetivo registro no passivo e da inevitável transparência das demonstrações financeiras. Em essência, busca-se fortalecer o mecanismo de interpretação e de controle de informações para os usuários das demonstrações financeiras.

Entre o risco representado por uma demanda contingente e sua mensuração, é necessário que se observem vários ângulos de análise. Embora a provisão possa ser feita para a referida demanda, sua realização não inclui a segurança que as normas buscam alcançar. É bem verdade que muito se falou e se fala sobre provisão para demandas contingentes; pouco,

⁹⁰⁰ Comissão de Valores Mobiliários (CVM). *DELIBERAÇÃO CVM Nº 594*, de 2009. Acesso nov., 11, 2011 em: <http://www.cvm.gov.br>.

⁹⁰¹ Lopes de Sá, A. (2009). Contingências e Evidência Contábil. *Revista Contábil e Empresarial Fiscolégis*. Acesso jun, 20, 2009 em: www.netlegis.com.br, p. 4.

⁹⁰² Lopes de Sá, A. (2009). Contingências e Evidência Contábil. *Revista Contábil e Empresarial Fiscolégis*. Acesso jun, 20, 2009 em: www.netlegis.com.br, p 4.

porém, se desenvolveu para entender o fenômeno que envolve áreas jurídicas, contábeis e as administrações das corporações. Além das contradições de opiniões e de conceitos, há pontos polêmicos envolvendo, por exemplo, a distinção entre fundo, reserva e provisão.

Nesse aspecto, uma boa distinção é feita por Lopes de Sá, para quem

Os fundos visam à proteção de investimentos produtivos do capital fixo ou circulante (atividades), sendo ligados aos sistemas patrimoniais integrais de aplicação ou investimentos (basicamente visam à reintegração e riscos); as reservas são garantias do capital próprio (origem de recursos) e sustentam investimentos variados enquanto as provisões são atadas a questões relativas ao sistema do réditto diretamente (reditividade) representando gastos presentes e pagamentos futuros ou gastos futuros com provisões presentes⁹⁰³. (g.n.)

Como bem explicam Antonio Borges *et al.*⁹⁰⁴, os fundos são bens; portanto, fazem parte do ativo da empresa. São constituídos com finalidades específicas e afetam diretamente o patrimônio do constituinte, seja ele pessoa física ou jurídica. Geralmente têm contabilidade independente, e as transações regem-se por ordenamentos legais e administrativos. São criados para reduções do ativo e aumento do passivo e capital próprio. Já as reservas são reforços de capital próprio das empresas; fazem parte das contas do patrimônio líquido, juntamente com capital social e lucros ou prejuízos acumulados. Referem-se a: reservas de lucros, de capital e de reavaliação. “(...) correspondem a rectificações ou actualizações dos valores imobilizados da empresa (...)” Podem ser obrigatórias, decorrentes de normas legais, estatutárias ou contratuais ou facultativas, dependendo de deliberação da assembleia geral.

As provisões, como gênero, regem-se pelo princípio do período de competência⁹⁰⁵; portanto, seu registro deve ocorrer no mesmo período de sua origem. A provisão para demandas contingentes também deve ser registrada pelo regime de competência. Observe-se que há provisão técnica, que pode ser entendida como lastro. O exemplo característico é a provisão para fazer frente a seguros. Essa provisão deve servir de garantia aos segurados, e esses têm privilégio especial sobre elas.

⁹⁰³ Lopes de Sá, A. (2006). *Considerações sobre os Fundos para Riscos e Reservas*. 2006. Acesso abril, 1, 2009 em <http://www.classecontabil.com.br>, p. 5

⁹⁰⁴ Borges, A.; Rodrigues, A.; Rodrigues, R. (2005). *Elementos de contabilidade geral*. 22 ed. Lisboa: Áreas, p. 747.

⁹⁰⁵ O Art. 9º, da Resolução 750, de 29/12/93, do Conselho Federal de Contabilidade – Brasil: “As receitas e despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.”

A provisão para demandas contingentes, assim como as demais provisões, visa ao registro de uma provável ocorrência de gasto ou desembolso. Uma característica forte da provisão para demanda contingente é o fato que deu causa a provisão ocorrer antecipadamente a seu registro, isto é, com o início da demanda (processo judicial ou administrativo) e seu consequente reconhecimento como uma contingência de classificação provável. Em resumo, a provisão para passivos contingentes é uma ocorrência passada, com efeitos no presente, que implicam ou ocasionam consequências futuras e podem resultar em desembolso.

Quando se fala em provisão para demandas passivas, utilizam-se as citadas classificações em remota, possível e provável. Por isso, não se pode dizer que a contingência ocorre somente quando a demanda é considerada provável; são contingências também as demandas classificadas em remota e possível. Porém, a provisão só deve ocorrer para as demandas classificadas como provável.

As NIC, recepcionadas pelo direito interno dos países norte-americanos e dos países do grupo do Mercosul e da União Europeia, são unânimes ao estabelecer que a Provisão para Demandas Contingentes (PDC) é uma conta passiva. Portanto, seu registro deve ser em conta que figure no balanço da companhia como passivo. Essa é uma característica que distingue a provisão para demandas contingentes passivas, de fundos e reservas e de outras provisões contra-resultado e do passivo, de origem diversa duma demanda judicial ou administrativa.

4.2.3 Condutas para a Provisão de Passivos Contingentes

Em 2000, a União Europeia (UE) adotou condutas no sentido de harmonizar as normas contábeis, visando abranger todos os entes que atuam com valores mobiliários e que operam de forma regulamentada. Essas entidades devem apresentar suas demonstrações contábeis nos moldes previstos nas NIC, emanadas do *International Accounting Standards Committee* (IASC) ou de acordo com as Normas Internacionais de Relato Financeiro (IFRS), de emissão do *International Accounting Standards Boards* (IASB). A UE estabeleceu que os trabalhos deveriam estar concluídos em 2005, ou seja, as normas deveriam ser praticadas por todos os Estados-Membros.

Essas normas são denominadas “diretivas” e foram definidas por Werter R. Faria⁹⁰⁶ como formas de produção de leis e de regulamentos que vinculam os Estados-Membros destinatários entre si, quanto à adoção de medidas legislativas ou administrativas, de acordo com as respectivas constituições, para obter o resultado previsto em cada ato comunitário.

Em princípio, as diretivas não têm um caráter geral como os regulamentos; elas vinculam um ou mais Estados-Membros, sendo claramente identificadas por eles. Sua característica de generalidade é indireta, porque após sua transposição para o direito nacional, torna-se aplicável a um número indeterminado de pessoas. Como instrumento de harmonização, com as diretivas, pretende-se que haja compatibilidade entre os ordenamentos jurídicos dos Estados, o que os tornaria semelhantes. Sua transposição, por parte dos Estados, é obrigatória e impõe um fim, cujo alcance ocorre conforme a respectiva discricionariedade.

Emanada pelo Conselho, a diretiva é “um método de legislação por etapas” que vincula o Estado-Membro quanto ao resultado - com os destinatários escolhendo a forma e os meios para alcançar o respectivo fim - e quanto ao fim - estabelecendo um resultado de interesse comunitário que deve ser alcançado^{907, 908}.

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA:

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, o n° 1 do seu artigo 95°, Tendo em conta a proposta da Comissão (1),

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social (2),

Deliberando nos termos do artigo 251° do Tratado (3),

Considerando o seguinte:

O Conselho Europeu de Lisboa, em 23 e 24 de março de 2000, enfatizou a necessidade de agilizar o mercado interno dos serviços financeiros, estabelecendo **o prazo limite de 2005** para a implementação do Plano de Acção para os Serviços Financeiros. **Apelou para a adoção de medidas que reforçassem a comparação das demonstrações financeiras das sociedades cujos títulos são negociados publicamente.** (g.n.)

⁹⁰⁶ *Apud* Krames, A. Z. (1999). Harmonização legislativa no Mercosul. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. Acesso abril, 20, 2011 em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1625>, p. 5.

⁹⁰⁷ Fontes de Direito Comunitário. Acesso abril, 28, 2011 em: http://octalberto.no.sapo.pt/fontes_de_direito_comunitario.htm, p. 4, 5.

⁹⁰⁸ Jornal Oficial das Comunidades Europeias, de 11.9.2002–PT– L243/1. Acesso abril, 20, 2009 em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do>, p. 2

(2) Com o objectivo de contribuir para um melhor funcionamento do mercado interno, as sociedades cujos títulos são negociados **publicamente devem aplicar um único conjunto de normas internacionais de contabilidade de elevada qualidade**, para efeitos da elaboração das respectivas demonstrações financeiras consolidadas. Além disso, importa que **as normas em matéria de apresentação de informações financeiras** aplicadas pelas sociedades da Comunidade que participam nos mercados financeiros sejam aceites internacionalmente **e constituam normas aplicáveis verdadeiramente a nível mundial**. Tal implica um aumento da convergência das normas e regras de contabilidade utilizadas actualmente a nível internacional, com o objectivo último de criar um conjunto único de normas de contabilidade aplicáveis a nível mundial. (g.n.).

(1) JO C 154 E de 29.5.2001, p. 285.

(2) JO C 260 de 17.9.2001, p. 86.

(3) Parecer do Parlamento Europeu de 12 de Março de 2002 (ainda não publicado no Jornal Oficial) e decisão do Conselho de 7 de Junho de 2002.

Igualmente o regulamento abrange as instituições financeiras no geral e as sociedades cujos títulos são negociados publicamente, objetivando que tenham suas demonstrações emitidas sob a égide das Normas Internacionais de Contabilidade.

(3) A Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, relativa às contas anuais de certas formas de sociedades (4), a Directiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1983, relativa às contas consolidadas (5), a Directiva 86/635/CEE do Conselho, de 8 de Dezembro de 1986, relativa às contas anuais e às contas consolidadas dos bancos e outras instituições financeiras (6), e a Directiva 91/674/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1991, relativa às contas anuais e às contas consolidadas das empresas de seguros (7), dirigem-se igualmente às sociedades da Comunidade cujos títulos são negociados publicamente. Os requisitos em matéria de apresentação de informações estabelecidos nessas directivas não podem assegurar o elevado nível de transparência e de comparabilidade em matéria de apresentação de informações financeiras por parte de todas as sociedades da Comunidade cujos títulos são negociados publicamente, que é uma condição necessária para a criação de um mercado de capitais integrado que funcione de modo eficaz, harmonioso e eficiente.

Por conseguinte, **é necessário complementar o quadro jurídico aplicável às sociedades cujos títulos são negociados publicamente.** (g.n.).

Esse regulamento tornou obrigatório o uso das Normas Internacionais de Contabilidade para as sociedades com valores mobiliários admitidos em mercados regulamentados. Nesse contexto, se inserem as normas de provisão para demandas contingentes passivas.

4.2.3.1 Diretivas Portuguesas para Provisão de Passivos Contingentes

O primeiro Plano Oficial de Contabilidade (POC) foi elaborado em 1977 e aprovado pelo Decreto-Lei nº 47/77. Nesse mesmo ano, foi criada a Comissão de Normalização Contabilística (CNC), órgão que emite normas e procedimentos contábeis em consonância com as normas internacionais e propor alterações para o POC. A CNC é o órgão oficial que representa Portugal perante a Comunidade Europeia, em relação às normas de contabilidade.

Em Portugal, as Normas Internacionais de Contabilidade se tornaram obrigatórias com a edição do Decreto-Lei nº 35/2005, de 17 de fevereiro. Esse diploma.

[...] transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2003/51/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, que altera as Directivas nºs 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE e 91/674/CEE, do Conselho, relativas às contas anuais e às contas consolidadas de certas formas de sociedades, bancos e outras instituições financeiras e empresas de seguros, e visa assegurar a coerência entre a legislação contabilística comunitária e as Normas Internacionais de Contabilidade (NIC), em vigor desde 1 de Maio de 2002⁹⁰⁹.

O Decreto-Lei nº 35/2005 atrai, também, as diretivas previstas no citado Regulamento nº 1606/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, o qual norteou a Diretiva nº 2003/51/CE, também conhecida como “Directiva da Modernização Contabilística”.

O Aviso do Banco de Portugal nº 1/2005⁹¹⁰, baseado no referido Regulamento, estabelece: as sociedades que negociam valores mobiliários em mercado regular de qualquer

⁹⁰⁹ IFRS-IASB em Portugal. Acesso out, 10, 2010 em: [www. portugal-artigos de lá\decreto-lei 35-2005-obriga N.I.C. \(IFRS-IASB\) EM PT.pdf](http://www.portugal-artigos.de.lá\decreto-lei 35-2005-obriga N.I.C. (IFRS-IASB) EM PT.pdf)

⁹¹⁰ Portugal. Diário da República I - Série B-nº 41, 28 de fevereiro de 2005.

Estado da União Europeia devem fazer sua contabilidade com base nas normas internacionais, esclarecendo que o Direito interno regulou as NIC às companhias abertas em Portugal.

4.2.3.2 Diretivas Brasileiras para Provisão de Passivos Contingentes

No Brasil, a CVM tornou obrigatório o uso das Normas Internacionais de Contabilidade para as companhias de capital aberto, por meio da Deliberação CVM nº 489, de 3 de outubro de 2005, que foi revogada pela Deliberação CVM 594, de 15 de setembro de 2009. Essa Deliberação tem como base pronunciamentos do Instituto Brasileiro de Auditores Independentes (IBRACON), especificamente a Norma e Procedimento de Contabilidade (NPC) nº 22, que trata de sobre provisões, passivos, contingências passivas e contingências ativas. Nesse mesmo ano, o CFC, órgão máximo da normatização de procedimentos contábeis no Brasil, emitiu a Resolução CFC nº 1.066/2005, aprovando a Norma Brasileira de Contabilidade (NBC) nº T.19.7, sobre provisões, passivos, contingências passivas e contingências ativas.

A exemplo do que acontece nos Estados Unidos com o FASB, no Brasil, encontra-se em fase de criação a Fundação de Estudos e Normas Contábeis (FENC), com o objetivo de desenvolver normas contábeis, função atualmente desempenhada pelo CFC, como dito antes.

Além dessas normas, a Lei nº 11.638⁹¹¹, de 28 de dezembro de 2007, altera e revoga dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei das S.A.) e da Lei nº 6.385⁹¹², de 7 de dezembro de 1976, estendendo às sociedades de grande porte disposições sobre a elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Ela trouxe substanciais alterações para a escrituração contábil e confirmou que, independente de a empresa adotar outra norma para registros contábeis (inclusive as NIC), ela deve seguir a legislação brasileira na escrituração contábil. A redação dada pela Lei nº 11.638, em seu artigo 177, é taxativa:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, **com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos**, devendo observar métodos ou critérios contábeis

⁹¹¹ Altera e revoga dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

⁹¹² Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a CVM.

uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

§ 1º As demonstrações financeiras **do exercício em que houver modificação de métodos ou critérios contábeis**, de efeitos relevantes, deverão indicá-la em nota e ressaltar esses efeitos.

§ 2º As disposições da lei tributária ou de **legislação especial sobre atividade que constitui o objeto da companhia que conduzam à utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou à elaboração de outras demonstrações não elidem a obrigação de elaborar, para todos os fins desta Lei, demonstrações financeiras em consonância com o disposto no caput deste artigo e deverão ser alternativamente observadas mediante registro**: (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)

I – em livros auxiliares, sem modificação da escrituração mercantil; ou (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

I – no caso da elaboração das demonstrações para fins tributários, na escrituração mercantil, desde que sejam efetuados em seguida lançamentos contábeis adicionais que assegurem a preparação e a divulgação de demonstrações financeiras com observância do disposto no caput deste artigo, **devendo ser essas demonstrações auditadas por auditor independente registrado na Comissão de Valores Mobiliários**. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

§ 3º As demonstrações financeiras **das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários**, e serão obrigatoriamente auditadas por auditores independentes registrados na mesma comissão.

§ 4º As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados.

§ 5º As normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários a que se refere o § 3º deste artigo deverão ser elaboradas em consonância com os padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

§ 6º As companhias fechadas poderão optar por observar as normas sobre demonstrações financeiras expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários para as companhias abertas. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

§ 7º Os lançamentos de ajuste **efetuados exclusivamente para harmonização de normas contábeis**, nos termos do § 2º deste artigo, **e as demonstrações e apurações com eles elaboradas não poderão ser base de incidência de impostos e contribuições nem ter quaisquer outros efeitos tributários**. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007) (g.n.).

A redação disposta na norma acima não deixa dúvidas de que o Brasil recepcionou os padrões e, *conseqüentemente*, os chamados princípios internacionais de contabilidade (§ 5º). Porém, também deixou claro que o País deve continuar com os registros contábeis que possibilitem a tributação e a incidência de impostos e contribuições nos moldes praticados segundo a legislação exclusiva interna.

Essa base legislativa possibilitou a participação das companhias brasileiras de capital aberto no mercado internacional de valores mobiliários, hoje cada vez mais globalizado, especificando condições para seus registros contábeis. Também tornou evidente que os princípios internacionais contábeis relativos a essas companhias foram incorporados à

legislação brasileira. Nesse ponto, a questão está em saber se houve ou não harmonização entre os princípios internacionais e as normas internas.

No caso específico da provisão para demandas contingentes, a tributação e a incidência de impostos e contribuições não pesaram, mas sim o fato de que toda companhia aberta deve registrar a provisão para demandas contingentes na forma dos princípios internacionais. Entre os exemplos que demonstram a falta de harmonia está a recepção das referidas normas internacionais, determinando registros no passivo das companhias, mas não as benesses tributárias. O *caput* do art. 177 da Lei das S.A., fazendo aplicar as duas legislações, também aplica dupla penalidade, pois as companhias deverão seguir as duas legislações que ampliam deveres, sem os respectivos direitos.

4.2.4 A Contingência Processual

Na nova ordem mundial, um importante segmento incorporou-se ao enfrentamento das questões contábeis: o dos auditores independentes.

A função da auditoria encontra-se norteadada pela confiança que a sociedade coloca na auditoria e na opinião do auditor. Essa confiança é, portanto, uma condição para a existência dessa função. Se a confiança é traída, a sua função também é destruída, visto que se torna inútil. (...) o auditor deve efectuar o trabalho necessário que justifique a confiança na sua auditoria e na sua opinião⁹¹³.

Embora em polo diferente das partes diretamente envolvidas na análise de provisões oriundas de contingências de demandas judiciais e administrativas, os auditores elaboram importantes definições e critérios, dirigidos a um mercado carente de saber. Mas são inúmeras as situações sem solução que mantêm a dicotomia entre as áreas contábil e jurídica.

No Brasil e em Portugal, há manifestações dos órgãos controladores (CVM e CMVM, respectivamente), referindo-se a estudos realizados por auditores independentes, que auxiliam com algumas definições sobre a provisão de demandas contingenciais passivas. Observe-se que dois fatos inter-relacionados, risco e mensuração do risco, envolvem o assunto, apresentando

⁹¹³ Albuquerque, F.H. (2008). *Contabilidade e Auditoria na Actualidade: uma orquestra dissonante*. Acesso aos, 25, 2009 em: www.2.masterdirect.com.br/448892/index.asp?opcao=1, p. 1.

no resultado uma intersecção de difícil definição, por se tratar de linhas divisórias entre eles, ou seja, sua essência e sua quantificação.

No Brasil, a Deliberação nº 489 da CVM do Brasil – item 9: Reconhecimento – classificava os riscos: [...]

- (b) Provável - a chance de um ou mais eventos futuros ocorrer é maior do que a de não ocorrer.
- (c) Possível - a chance de um ou mais eventos futuros ocorrer é menor que provável, mas maior que remota.
- d) Remota - a chance de um ou mais eventos futuros ocorrer é pequena.

(*Idem*) A Deliberação CVN nº 594, que revogou a Deliberação nº 489, não traz a classificação explícita nos três níveis, classificando os riscos por abrangência e exclusão nos seguintes:

- (a) quando for mais provável que sim do que não que existe uma obrigação presente na data do balanço, a entidade deve reconhecer a provisão (se os critérios de reconhecimento forem satisfeitos); e (b) quando for mais provável que não existe uma obrigação presente na data do balanço, a entidade divulga um passivo contingente, a menos que seja remota a possibilidade de uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos (ver item 86).

A Resolução CVM 594 não classifica explicitamente o risco possível como o era pela Resolução CVM 489. Essa classificação fica subentendida. Em resumo, por mais que se avance em estudos sobre risco e provisões para demandas contingentes, o conceito de risco de contingência em remoto, possível e provável é consagrado, impondo aos operadores do Direito seu uso.

Outra questão de análise que urge pela complexidade do tema é que os usuários das demonstrações contábeis, tão somente pelas informações nelas contidas, não identificam nem a metodologia nem os insumos que levaram à produção de um determinado resultado. Trata-se da falta de evidência citada por Crepaldi e Crepaldi e Iudícibus *et al.*

O que essa falta de evidência traz implícito é abrangente em matéria de ordem mundial, como se pode ver: as determinações indicam que contingências originárias de demanda judicial ou administrativa, se classificadas como possível ou provável de perda, devem constar das demonstrações financeiras para conhecimento dos usuários da informação. Porém, nem sempre seu resultado pode ser verdadeiro, pois o processo se apresenta com os mais diversos aspectos, além de que as regras carecem de construção consistente para se evitarem equívocos.

A consolidação das normas internacionais de Contabilidade, entre as quais se destacam a IASB, que publica as citadas IFRSs⁹¹⁴, e a FASB, que estabelece os padrões das demonstrações financeiras do US GAAP, representa, no contexto mundial, a tendência, o norte, em matéria de contabilidade e, especificamente, uma orientação para a construção e o registro contábil do provisionamento de demandas contingentes. A observância dessas normas é mais forte quando se trata de entes envolvidos em processos macro de grupamento econômico, como é o caso do Mercado Comum do Sul (Mercosul) e da União Europeia.

No caso da União Europeia, acredita-se que um dos motivos que explicam a adoção dessas normas é a necessidade de “reconquistar a confiança do público nos mercados financeiros fortemente abalados com a profusão de escândalos que ao longo dos últimos anos têm vindo a afectar grandes grupos empresariais, alguns deles de âmbito multinacional⁹¹⁵”.

A partir daí, os Estados-Membros firmaram compromissos afins com a política de implantação das regras internacionais nos demonstrativos financeiros. Portugal, por meio do CMVM, na Consulta Pública nº 8/2005, lançou questões sobre a “actualização das regras de governo das sociedades e de deveres de prestação de informação financeira.” O Instituto Ibérico de Corporate Governance (IberGovernance) respondeu as questões quanto às NIC:

O Regulamento nº 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Julho, teve como objectivo tornar obrigatória a elaboração e apresentação das normas internacionais de contabilidade (também conhecidas como IAS/IFRS), para as contas consolidadas das sociedades com valores mobiliários admitidos em mercados regulamentados. Para esse efeito habilitou a Comissão Europeia a decidir pela adopção e utilização dessas normas em respeito das condições estabelecidas no mesmo Regulamento. **O artigo 5º deste Regulamento prevê a possibilidade dos Estados-Membros permitirem ou obrigarem o uso das normas internacionais de contabilidade nas contas individuais dessas sociedades**⁹¹⁶. (g.n.)

No Brasil, o Ministério da Fazenda, por meio da CVM, especificamente da Deliberação CVM nº 489, de 3 de outubro de 2005, determinou:

I – aprovar **e tornar obrigatório**, para as companhias abertas, o Pronunciamento anexo à presente Deliberação sobre Provisões, Passivos, Contingências Passivas e Contingências Ativas emitido pelo Instituto Brasileiro dos Auditores Independentes

⁹¹⁴ IFRSs. (2005). *Normas Internacionais de Relato Financeiro*. Londres: IASCF. Versão traduzida para a língua portuguesa. Lisboa, p. V.

⁹¹⁵ Albuquerque, F.H.F (2008). *Contabilidade e auditoria na actualidade: uma orquestra dissonante*. Acesso agos, 25, 2009 em: www.2.masterdirect.com.br/448892/index.asp?opcao p. 2.

⁹¹⁶ CMVM Estudos. Acesso agos, 19, 2009 em: <http://www.cmvm.pthtm>, p.3.

– IBRACON, elaborado em conjunto com a Comissão de Valores Mobiliários⁹¹⁷.
(g.n.)

Nesse contexto inevitável de mudança, verifica-se que contabilistas e advogados se deparam com situações que outrora não faziam parte de sua lida ou, se faziam, não era no nível de precisão e de exigência do atual.

Na provisão de demandas contingenciais passivas, a nova tarefa da Contabilidade depende, se não exclusivamente da área jurídica, mas do mínimo de conhecimento de técnica jurídica, para proceder ao respectivo registro contábil, às notas explicativas de balanço e a todas as nuances que essa provisão provoca no patrimônio da companhia.

Por sua vez, a área jurídica se viu envolvida em um processo de avaliação de risco e de mensuração de contingências oriundas de processo judicial ou administrativo, tarefa que também não existia antes. Entre os dilemas enfrentados pelos advogados, encontra-se o que se pode chamar de “antecipação de julgados”, representada pela avaliação da demanda que pode ou não constituir-se em provável perda. A provisão das demandas contingenciais passivas implica a previsão de um resultado. Embora não seja de competência do advogado apurar o *quantum* de uma demanda, as companhias estão aparelhando seu serviço jurídico para tal.

Mesmo assim, algumas questões ficam sem resposta, como por exemplo: a precisão estaria na técnica jurídica, aliada à operacionalização da demanda contingencial passiva visando à apuração do *quantum*? Caberia ao advogado informar à administração e à área contábil sobre todas as questões envolvendo a provisão para demandas contingentes?

Entre as situações que se apresentam aos profissionais do Direito no Brasil, uma é especial: não há, no país, uma esfera judicial administrativa oficial, ou seja, a legislação vigente não confere às decisões administrativas os efeitos próprios de decisão judicial. As decisões proferidas no âmbito dos processos administrativos não transitam em julgado e podem ser desconstituídas pelo Poder Judiciário. Nesse cenário, surge o seguinte questionamento: a contingência deve ser analisada levando-se em conta as decisões só no âmbito administrativo, só no âmbito judicial ou em ambas as esferas processuais?

As NIC são genéricas em seus comandos e atribuem responsabilidades institucionais, não pessoais. Portanto, tomando-se como referência, por exemplo, a teoria kelseniana – adiante definida –, as NIC não são positivas nem negativas quanto à pessoa e à área de conhecimento, pois não determinam a quem cabem os comandos da provisão: de classificação

⁹¹⁷ Deliberação CVM nº 489. Acesso abr, 20, 2010 em: <http://www.cvm.gov.br/-legislação e regulamentação>.

das ações em contingências; de classificação de risco das demandas em remota, possível e provável; de atribuição dos valores para cálculo; da decisão da contingência como contingência; das reversões das provisões e outras.

Outra situação que se sobressai na adoção das NIC é a dificuldade de se atribuir efetivamente a cada área a sua responsabilidade. Não há linha de corte preponderante que possa delimitar a responsabilidade das áreas envolvidas no processo de provisão para demandas contingentes. Fica definida a responsabilidade da administração da companhia, como expressa a IAS 37, mas não é explícita a responsabilidade da área do Direito, nem da área da Contabilidade. A prática atual demonstra que há uma interseção entre essas áreas, sem que haja condições seguras de transferência dos serviços interseccionados de uma para outra.

Assim, sem nenhuma definição sobre o profissional a quem compete a definição da tarefa de identificar e quantificar as contingências passivas, resta refletir sobre duas assertivas de Lopes de Sá⁹¹⁸, quais sejam: não se pode pensar em trabalho contábil sério sem que haja evidenciação dos fatos nas contas; as contas têm por objeto o fenômeno patrimonial, e esse tem naturezas distintas. A evidenciação envolve também decisões administrativas.

Considerando o processo de circulação do contingenciamento de demandas judiciais e administrativas, de caráter eminentemente decisório, vê-se que a administração da empresa deve interagir com as áreas envolvidas, a Jurídica e a Contábil. Embora essas áreas dominem aspectos técnicos, elas dependem da administração para efetivar uma contingência. A importância da administração nesse processo é preponderante, podendo ela intervir em seu desenvolvimento, desde a formação das técnicas de apuração da contingência até a decisão final, quando exerce o poder de determinar.

Devido a essa interação, que exige decisões administrativas aliadas a decisões técnicas, estabelece-se uma forma circular de análise e de decisão da contingência. A decisão sobre o contingenciamento de demandas administrativas e judiciais se apresenta, portanto, como decorrência de um processo de circulação de técnicas, que pode ser representado pelo seguinte esquema figurativo (figura 1):

⁹¹⁸ Lopes de Sá, A. (2007). *Contingências e evidência contábil*. Acesso agos, 5, 2009 em: www.contabeis.com.br/artigos.aspx?id=282, p. 3

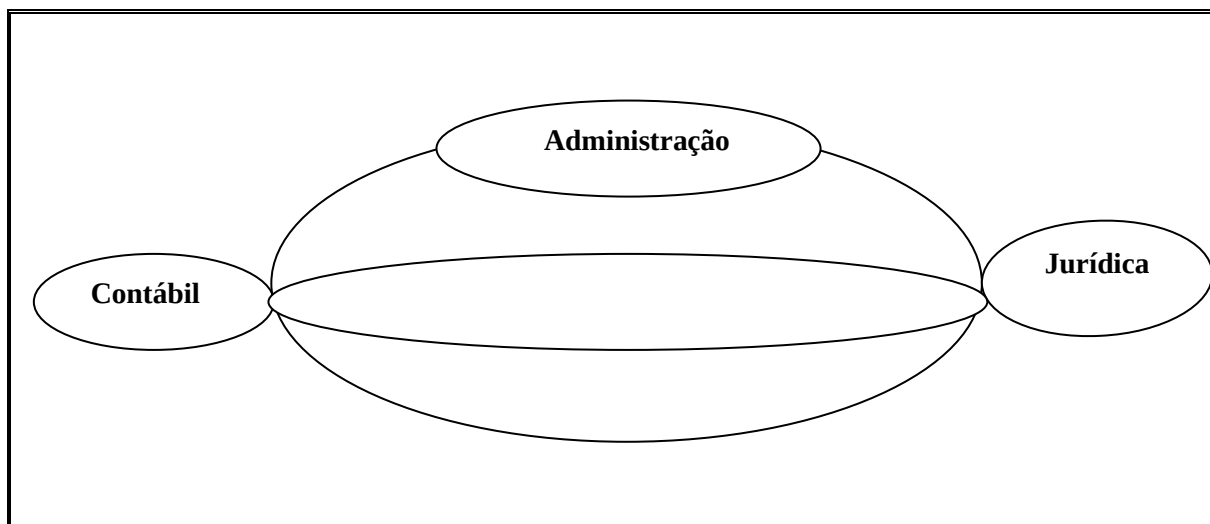


Figura 1: Representação do processo de decisão sobre contingências passivas

Fonte: Elaborada pelo pesquisador

Geralmente, o fenômeno da circulação de técnicas⁹¹⁹ é mais evidente entre as áreas jurídicas e contábeis, diminuindo em relação à administração. Isso ocorre por estarem às áreas técnicas na posição de produção dos meios, dados e informações sobre as contingências, o que difere da administração, que enfoca o caráter decisório devido à própria função. Desse modo, enquanto se observa nas áreas técnico-produtivas a busca de definições, a elaboração e a criação de meios para o entendimento das contingências num movimento pró-ativo, a administração age reativamente, exercendo a função de decisão.

Na dinâmica bipolar oferecida pela PDC, entre as áreas jurídica e contábil, também há processos decisórios. A área jurídica analisa os procedimentos referentes às matérias jurídicas: definição da demanda, se é ou não contingência; ações que podem ser consideradas uma contingência; análise do valor requerido quanto a corresponder ao pedido abstrato⁹²⁰, além de outras condicionantes que devem passar por seu crivo. Veja-se: ao Direito o que é do Direito. Ou seja, o operador do Direito trabalha no sistema de Direito, com o código do Direito (lícito/ilícito), o que implica, pois, respeitar os lindes do sistema de Direito. Na área contábil – afeita à administração e ao sistema da economia -, por sua vez, os procedimentos se

⁹¹⁹ Outras áreas podem integrar a ordem circular de contingencionamento, se estiverem envolvidas no processo de análise técnica e de formação de decisão da contingência. Áreas como a de risco e de controle internos poderão participar do processo como captadoras de informações e de regulação de pontos de controle, mas não de análise, formação e registro das contingências por lhes serem alheias às técnicas profissionais.

⁹²⁰ Freitas, J. L. de; Machado, A. M.; Pinto, R. (2001). *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra, v. 2. Artigo 460, p. 204. A utilização da forma de processo resulta do confronto entre aquilo que o autor pede na petição inicial e o tipo de pedido abstractamente previsto na lei que cria o processo especial.

apresentam a *posteriori* dos da área jurídica e buscam a efetividade contábil da provisão com: lançamentos contábeis, registros nas devidas rubricas contábeis, efetivação das notas explicativas de balanço etc. As divergências podem ocorrer quanto aos procedimentos operacionais, mas nunca quanto aos limites técnicos de cada área.

Nesse contexto, a Contabilidade também exerce um papel reativo, pois em matéria de provisão de demandas contingentes passivas ela recebe da área jurídica as informações técnicas traduzidas. O meio como ocorrem as informações depende do grau de complexidade que envolve a forma pela qual os dados devem ser traduzidos. Muitas vezes, a informação pode transitar em forma de expedientes, notas jurídicas, pareceres jurídicos ou até de maneira informatizada. Essa forma de divulgação pode estar relacionada com os tipos de usuário ao qual se destina a informação, internos e externos:

[...] o tipo de informação ao administrador na tomada de decisões é necessariamente o mesmo que o tipo de informação necessária aos acionistas e prováveis investidores da firma. Administradores buscam informação que lhes auxiliarão predizer o efeito de decisões correntes sobre os fluxos de caixa futuros. Acionistas que tenham um eficaz controle da Administração necessitam de informação que os capacite para julgar a eficiência relativa da Administração. Acionistas, possíveis investidores, e credores necessitam de informação que lhes auxiliará a predizer o rumo futuro da firma e a probabilidade de sucesso financeiro futuro permitirá pagamentos (recompensas) e distribuições de caixa⁹²¹.

Uma questão que remonta a essa complexidade, o *busílis*, é saber se cabe aos profissionais do Direito indicar a classificação da provisão exigidas pelas NIC em remota, possível e provável, haja vista ser essa classificação não de essência do Direito.

Eis aí aspectos do Direito que se apresentam a seus operadores frente às NIC, normas externas que atribuíram deveres aos profissionais do Direito, embora não se trate genuinamente de Direito e, sim, de regulação contábil. Pelo estudo desses aspectos, constata-se que a complexidade está na compreensão da norma e na elaboração de informações que facilitem essa compreensão.

Nesse sentido, a evolução do processo de provisionamento com base no empirismo vem levando a uma prática aceita pelo mercado, assim como limites estabelecidos que podem ser denominados limites móveis.

⁹²¹ Crepaldi, G.S.; Crepaldi, S.A. (2009). *Análise crítica dos objetivos e metodologia da contabilidade*. Acesso agos, 10, 2009 em: <http://www.peritocontabilista.com.br>, p. 16.

Entretanto, não há segurança quanto aos resultados, seja pela falta de atribuição específica da responsabilidade, seja pela ausência de uma metodologia referente aos procedimentos.

Cabe aqui convocar a figura de Hans Kelsen, que aborda a regulamentação positiva e negativa dos procedimentos nesse sentido, norteando entendimentos para o presente caso ou, pelo menos, possibilitando questionar se cabem à ciência jurídica as questões expostas nas NIC:

A conduta humana disciplinada por um ordenamento normativo ou é uma ação por **esse ordenamento determinada**, ou a omissão de tal ação. **A regulamentação da conduta humana por um ordenamento normativo processa-se por uma forma positiva e por uma forma negativa.** A conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, desde logo, **quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato** (Quando é prescrita a omissão de um ato, esse ato é proibido.) **Ser a conduta de um indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida é equivalente a ser esse indivíduo obrigado a essa conduta.** Se o indivíduo se conduz tal como a norma prescreve, cumpre a sua obrigação, observa a norma; com a conduta oposta, "viola" a norma, ou, o que vale o mesmo, a sua obrigação. A conduta humana é ainda regulada num sentido positivo quando a um indivíduo é conferido, pelo ordenamento normativo, **o poder ou competência para produzir, através de uma determinada atuação, determinadas consequências pelo mesmo ordenamento normadas**, especialmente - se o ordenamento regula a sua própria criação - para produzir normas ou para intervir na produção de normas⁹²². (g.n.).

Para Kelsen, no sentido geral, quando a conduta humana é fixada normativamente como pressuposto ou como consequência, considera-se que ela é autorizada por esse ordenamento, sendo positivamente regulada. Já a conduta negativamente regulada por um ordenamento é a que, sem ser proibida, não é permitida pela norma.

No caso da provisão para demandas contingenciais passivas, isso deixa claro o seguinte: a falta de determinação da área à qual compete a tarefa, se por um lado possibilita uma prática mais particular, realizada conforme o entendimento de cada empresa, por outro, não permite que essa prática, mesmo aceita, possa ser positivamente regulada. Ela é negativamente regulada, pois não é admitida pela norma específica de forma expressa.

Entre os procedimentos referentes à provisão das demandas contingenciais passivas, não resta dúvida de que, negativamente regulados, podem ser encontradas metodologias particulares que levem a resultados muito próximos da realidade das empresas. Mas, também, se encontram resultados discrepantes, e o que preocupa, nesse sentido, é o fato de, como já

⁹²² Kelsen, H. (2006). *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, p.16.

dito, a didática empregada tornar-se costume e validar normas desenvolvidas a partir de uma visão particular.

Em resumo, o Direito do Brasil e o de Portugal adotaram as NIC, limitando-se a transcrevê-las sem qualquer filtro na elaboração da lei interna⁹²³. Há de se reconhecer que positivar um ordenamento oriundo de outra ciência é deveras dificultoso. Porém, manter a norma em seu estado original, sem processá-la no “laboratório necessário” para avaliar seus efeitos, deixou as companhias à mercê de diversas interpretações e sem o devido amparo legal; elas foram “desafiadas”, então, a efetivar normas alienígenas.

A interdependência das relações entre os operadores materiais e os produtores dos regramentos (área contábil e área jurídica) acaba fazendo esse papel de laboratório, ao produzir um material rico em conceitos e definições muitas vezes não escritas. Tal material faz parte do conhecimento adquirido e, inevitavelmente, passa a integrar os conceitos de provisionamento para demandas contingentes. Essas condições de trabalho levam ao fortalecimento das relações que regem a matéria “provisão para demandas contingenciais passivas” e o respectivo produto.

4.2.5 Provisão para Demandas Contingentes e a Natureza do Produto

Relatos de estudos das civilizações antigas dizem que o homem já “contabilizava” o resultado de suas produções e visava obter lucros com base no resultado da operação: venda menos custo. A lógica dessa operação não mudou e, sim, foi aperfeiçoada ao longo dos tempos, sendo criados métodos mais eficazes de apuração e de controle do referido resultado.

Na Renascença, no ano de 1494, o Frei Luca Paccioli publica o livro *Summa de Arithmetica, Geometria Proportioni et Propornalita* que, embora voltado para a matemática,

⁹²³ Esse filtro talvez pudesse ter ocorrido se fosse acatada uma boa teoria da legislação nos moldes como propõe Manuel Atienza na Espanha, por exemplo. Nesse sentido, remete-se às seguintes obras: Atienza, M. *Argumentación y legislación*. In: Díez Ripollés, J.L.; Prieto Del Pino, A.M.; Soto Navarro, S. (2010). *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch; Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología; Atienza, M. (1997) *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas. No Brasil, destacando a contribuição de Atienza e a trabalhando sob a perspectiva do Direito como integridade, consultar: Hommerding, A.N. (2012). *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá.

contém um capítulo sobre Contabilidade, o *Particulario de computies et Scripturis*. Nesse capítulo, pelos conceitos formulados, a Contabilidade pode ser de dupla entrada, o que corresponde ao chamado método veneziano, conhecido atualmente como método das partidas dobradas. Esses avanços, no passado, culminaram com o surgimento da necessidade de registro do capital não financeiro, registro contábil do intangível. No início dos estudos, as ocorrências eram analisadas para registros no ativo, mas as alterações do patrimônio nas contas do passivo tornaram-se evidentes e atraíram o compromisso para esses registros.

Trata-se, pois, de compreender que os avanços da Contabilidade, seja dos registros ou de sua metodologia, devem acompanhar as necessidades ditadas pela evolução econômica e social dos tempos.

Consoante o que é lembrado por Maria de Fátima Oliveira Martins⁹²⁴, na década de 60 do século XX, a postura do governo dos Estados Unidos gerou insatisfação popular, e a sociedade se manifestou contra os altos gastos das empresas com a fabricação de armamentos sofisticados, utilizados na guerra do Vietnã. “Numerosas organizações passaram a exigir das empresas uma mudança de comportamento empresarial, moral e ético, no sentido de [...] informar à sociedade” a clara movimentação nos balanços patrimoniais.

Em outro foco, segundo Sofia Nascimento Rodrigues⁹²⁵, “a alteração da conjuntura econômica e financeira vivida nos últimos anos nos mercados nacionais de valores mobiliários” expandiu a classe dos investidores. Esses, com um perfil diferente, quiseram “compreender melhor os mecanismos cada vez mais complexos em que se assenta o funcionamento dos mercados de valores mobiliários.” Diante disso, concluiu-se que só a informação não era suficiente; outros procedimentos eram necessários para que os investimentos fossem feitos com segurança.

O balanço empresarial deve demonstrar os efeitos desses procedimentos, enquanto reflete dados que possam servir claramente aos interesses de investidores. Nessa perspectiva se insere, entre outros, o dever de proteção aos acionistas e investidores, o qual, por sua vez, implica o dever de gestão.

⁹²⁴ Martins, M.F.O. (2009). *Um passeio na contabilidade, da pré- história ao novo milênio*. Acesso set, 20, 2009 em: www.nead.unama.br/248.pdf, p. 5.

⁹²⁵ Rodrigues, S.N. (2001). *A proteção dos investidores em valores mobiliários*. Lisboa: Almedina, p. 13

Se, por um lado, à Contabilidade compete registrar os efeitos de uma gestão responsável e transparente, por outro, o dever de proteção aos acionistas diz com a competência do Direito. Em meio às competências da Contabilidade e do Direito, este como subsistema parcial da sociedade, funcionalmente diferenciado, encontra-se a figura do administrador e o dever de administrar, considerado por Ilídio Duarte Rodrigues⁹²⁶ como “uma obrigação de conteúdo indefinido, não especificado, o qual deve ser sucessivamente determinado, atentas as circunstâncias do caso”.

Essa situação é plenamente expressa na provisão para demandas contingentes, tema deste trabalho, do qual se sobressai a seguinte questão: tomando-se por base a citada norma IAS n.º 37 e suas implicações operacionais, poderia só a Contabilidade ou só o Direito responder pela provisão das demandas contingentes? Como fica a diligência do administrador frente a seu dever de gestão?

Os critérios de gestão do administrador devem ser baseados em duas noções: diligência e interesse da sociedade. Sobre a responsabilidade por erros de gestão, Rodrigues⁹²⁷ “faz referência a critérios discricionários e riscos normais da empresa, considerando que só existe responsabilidade em caso de incumprimento do dever de diligência; defende a existência de um dever de vigilância.”

No que tange ao risco, de acordo com Alexandre Assaf Neto⁹²⁸, ele pode ser entendido como a “capacidade de se mensurar o estado de incerteza de uma decisão mediante o conhecimento das probabilidades associadas à ocorrência de determinados resultados ou valores.” Sávio Delano Vasconcelos Pereira, baseando-se em Assaf Neto, disse que a ideia de risco, de forma mais específica, está diretamente associada às probabilidades de ocorrência de determinados resultados **em relação a um valor médio esperado**. É um conceito voltado para o futuro, revelando uma possibilidade de perda⁹²⁹. (g.n.).

Como bem coloca Sávio Delano Vasconcelos Pereira⁹³⁰, o risco é classificado em financeiro e operacional. O risco financeiro decorre de resultados de ações de alavancagem

⁹²⁶ Apud Nunes, P.C. (2006). *Corporate Governnance*. Coimbra: Almedina, p. 18, 19.

⁹²⁷ Apud Nunes, P.C. (2006). *Corporate Governnance*. Coimbra: Almedina p. 19.

⁹²⁸ Assaf Neto, A. (2005). *Finanças corporativas e valor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 48.

⁹²⁹ Pereira, S.D. V.(2008). A importância da gestão do risco do passivo trabalhista nas finanças das organizações. *Revista Novas Ideias*, Recife, v.1, n.1, p. 93-112, jan/ jun, p. 94, 95.

⁹³⁰ Pereira, S.D.V. (2008). A importância da gestão do risco do passivo trabalhista nas finanças das organizações. *Revista Novas Ideias*, Recife, v.1, n.1, P. 093-112, jan/ jun, p.95. 96.

financeira; está relacionado com a capacidade das empresas de honrarem compromissos financeiros; o risco operacional está associado a perdas referentes a controles inadequados, a falhas no gerenciamento e outros. O risco operacional é subdividido em: organizacional, quando se refere a uma administração sem objetivos bem definidos, à ineficiência da organização, ao fluxo de informações internas e a responsabilidades mal definidas; de operações, associado a problemas de sistemas, como o processamento e armazenamento de dados passíveis de fraudes; de pessoal, relacionado a problemas com o funcionalismo pouco qualificado ou motivado. Segundo o Banco Central do Brasil (BACEN), “risco operacional é a possibilidade de ocorrência de perdas resultantes de falhas, inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, ou de eventos externos”.

Os eventos processuais que determinam a provisão para demandas contingentes podem ser decorrentes do risco operacional, que inclui a existência de planos para limitar perdas graves. Nesse contexto, algumas distinções conceituais são feitas a seguir. O risco legal, em si, será tratado no Item 5.4 – Risco como Fator Preponderante na Identificação de Contingências e sua Mensuração.

4.2.5.1 Obrigação Legal e Provisão para Demandas Contingentes

A IAS 37 distingue passivo contingente de obrigação legal. Esse é um tema bastante discutido nos meios acadêmicos e laborais. Isso porque exige dos operadores decisões muitas vezes sem bases teóricas e não aderentes à realidade dos serviços, referentes à classificação do risco de uma demanda judicial e administrativa, em obrigação legal ou provisão para demanda contingente. A própria norma IAS 37 conceitua uma obrigação legal:

Provisões

2. A Norma define provisões como passivos de tempestividade ou quantia incertas. Uma provisão deve ser reconhecida quando e somente quando:

- (a) uma empresa tenha uma obrigação presente (legal ou construtiva) como resultado de um acontecimento passado;
- (b) seja provável (isto é, mais propenso do que não) que um exfluxo de recursos que incorporem benefícios económicos será exigido para liquidar a obrigação; e
- (c) possa ser feita uma estimativa fiável da quantia da obrigação.

A norma faz notar que só em casos extremamente raros é que não será possível uma estimativa fiável.

O item 2-a acima descrito, da norma IAS 37, define que provisão também é resultante de uma obrigação legal.

A obrigação construtiva está assim definida pela referida norma:

3. A Norma define uma obrigação construtiva como uma obrigação que deriva das acções de uma empresa quando:

- (a) por via de um modelo estabelecido de práticas passadas, de políticas publicadas ou de uma declaração corrente suficientemente específica, a empresa tenha indicado a outras partes que aceitará certas responsabilidades; e
- (b) como consequência, a empresa tenha criado uma expectativa válida por parte dessas outras partes de que cumprirá com aquelas responsabilidades.

Por sua vez, a Deliberação CVM nº 594, de 15.09.2009 (que revogou a Deliberação 489) define como obrigação legal: “Evento que cria obrigação é um evento que cria uma obrigação legal ou não formalizada que faça com que a entidade não tenha nenhuma alternativa realista senão liquidar essa obrigação”.

Obrigação legal é uma obrigação que deriva de:

- (a) contrato (por meio de termos explícitos ou implícitos);
- (b) legislação; ou
- (c) outra ação da lei.

É difícil, portanto, estabelecer quando se trata de uma obrigação construtiva ou de uma obrigação legal, já que ambas são obrigações derivadas de normas de conceitos gerais. No Brasil, por meio de regulação do BACEN, especificamente pelo Plano de Contas das Instituições Financeiras (COSIF), definiu-se, por exemplo, que toda contingência passiva originada de demanda fiscal é uma obrigação legal. O COSIF também define casos concretos como o seguinte, no qual é analisada a participação e a conduta do contador na apuração de valores de provisão para demanda contingente:

2. Formas de Planejamento Tributário que Infringem à Lei. 2.2. Sonegação Fiscal. 2.2.1. Falta de Reconhecimento do Débito Tributário. **Provisão pra contingências.** Alguns **empresários e seus consultores jurídicos** alegam a contabilização de contingências fiscais, como por exemplo, os autos-de-infração, **constituem o reconhecimento do débito tributário.** Segundo os princípios e as regras contábeis,

inclusive previstas no art. 183 da Lei nº 6404/76, a contabilização da contingência em conta apropriada NÃO SIGNIFICA CONCORDÂNCIA COM O DÉBITO. Contabilistas alegam que a contabilização não foi efetuada por desconhecimento do exato valor das causas judiciais, trabalhistas ou tributárias. **Pelos princípios fundamentais de contabilidade e pela Lei das S.A.**, no artigo citado, devem ser escriturados todos os débitos conhecidos ou calculáveis, **significando a contabilização por valor aproximado**⁹³¹. (g.n.).

Outra situação que se vislumbra, quanto à diferença de classificar a contingência em obrigação legal e provisão, além dos efeitos fiscais que cada conta contábil dessas naturezas proporciona, são as ações visando ao controle direto da constitucionalidade das leis por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)⁹³². Devido ao caráter explícito e legal do objeto da ADIN, i.e., de ela sempre visar à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante o Supremo Tribunal Federal (STF), tem-se que a contingência baseada nesse tipo de ação deverá ter sua classificação como Obrigação Legal e não provisão. O Item 10 da norma IAS 37 define:

DEFINIÇÕES

10. Os termos seguintes são usados nesta Norma com os sentidos especificados:

Uma provisão é um passivo de tempestividade ou quantia incerta.

Um passivo é uma obrigação presente da empresa proveniente de acontecimentos passados, cuja liquidação se espera que resulte num exfluxo de recursos da empresa que incorporam benefícios económicos.

Um acontecimento que cria obrigações é um acontecimento que cria uma obrigação legal ou construtiva que faça com que uma empresa não tenha nenhuma alternativa realista senão liquidar essa obrigação.

Uma obrigação legal é uma obrigação que deriva de:

- (a) um contrato (por meio de termos explícitos ou implícitos);
- (b) **legislação**; ou (g.n.)
- (c) outra operação da lei.

⁹³¹ Portal COSIF de Contabilidade. Acesso fev, 7, 2010 em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo =curso 17b>

⁹³² Brasil. Constituição Federal do Brasil de 1988. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

A existência da ADIN reforça que a contingência a ela atrelada está baseada em texto legal e, portanto, derivada de legislação da qual se visa obter a declaração de inconstitucional. Com essas definições resta que a contingência baseada em Ação Direta de Inconstitucionalidade deve ter seu registro contábil como Obrigação Legal.

4.2.5.2 Obrigações a Pagar versus Provisão para Contingências

Contabilmente, as duas contas, obrigações a pagar e provisão para contingências, são distintas e não geram dúvidas de interpretação. Entretanto, não são poucas as dúvidas quando da contabilização das provisões para demandas contingentes, frente às duas contas. Se utilizada a conta obrigação a pagar para contabilizar provisões de contingências, está-se contabilizando em obrigações a pagar o que se refere à provisão. Esclarecedor nesse ponto o que disse o Banco Central do Brasil em seu Plano de Conta, o COSIF⁹³³:

Obrigações a Pagar X Provisão para Contingências. A contabilização da contingência não significa concordância com o débito, desde que realizada em provisão para contingências (Decreto-lei nº 486/69, Normas Brasileiras de Contabilidade, inciso I do art. 184 da Lei nº 6.404/76). Evidentemente que realizado o lançamento contábil em conta de “OBRIGAÇÕES A PAGAR”, ou equivalente, o débito pode ser tido como reconhecido⁹³⁴.

Por isso, se realizado o lançamento contábil em conta de “obrigações a pagar” ou equivalente, a despesa com o processo judicial ou administrativo é reconhecida de imediato enquanto que, em conta de provisão, o reconhecimento só ocorrerá após o pagamento do processo, caso haja a respectiva perda.

Excetuando os casos previstos em lei, quanto à exigência de as despesas com processos judiciais e administrativos serem reconhecidas contabilmente em obrigações a pagar ou em conta equivalente, a prática do mercado indica que elas devem ser lançadas em conta de provisão para contingências. Se a análise para lançamento de valores do tipo for a da

⁹³³ Portal Cosif de Contabilidade. Acesso fev, 7, 2010 em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=curso> 17b.

⁹³⁴ Portal Cosif de Contabilidade. Acesso fev, 7, 2010 em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=curso>.

natureza do fato contábil, esse indicará tratar-se de uma demanda, portanto, com características de provisão para demandas contingentes. A provisão está umbilicalmente ligada ao fato de que, no caso, é processo judicial ou administrativo, portanto, *sub judice*. Assim, carece de seu desenrolar final para se conhecer definitivamente se os valores devem ser desembolsados ou não. Também há provisão para o caso de serem avaliados os efeitos fiscais, tributários, perante os acionistas ou outros, que uma e outra contabilização podem acarretar. A contabilização em conta de provisão para contingência se mostra adequada às melhores práticas, portanto.

4.2.5.3 O Produto da Provisão Contingencial e sua Natureza

O produto resultante de contingências e focado nas NIC se apresenta complexo e com facetas intrigantes. As NIC não têm origem no Direito; consequentemente, não passaram por “laboratórios judiciais”, ou seja, não foram passíveis de análise no âmbito jurídico. Porém, em se tratando de normas internacionais, seria de se supor que pelo menos as discussões a elas referentes ocorressem em bases ou com o apoio normativo do Direito Internacional. Isso porque a integração de mercados, que gera comércio e investimentos, tem como base as relações internacionais. Dessa forma, normas que envolvam movimentações econômicas entre países devem ter como escopo o Direito Internacional, parâmetro legal no qual se pautam as referidas relações. A conclusão é de que o legislador das NIC não é do meio jurídico; não é do meio legislativo estatal; é, sim, relacionado com a área econômica, contábil. Como resultado, as NIC, por seu texto, criaram para o Direito e para seus operadores a necessidade de prestar serviços que não faziam parte da sua área de atuação. De fato, as NIC, como imposição de um direito neo-espontâneo globalizado e organizado, passaram a ser lidas pelo código jurídico do lícito/ilícito, confirmando a tese de Gunther Teubner de que o Direito, tal qual Janus, vê-se – como de fato viu-se – obrigado a “virar-se para todos os lados” a fim de cumprir com seu papel regulador.

O principal resultado dessa situação toda criada, portanto, é o de que o Direito, assim como seus profissionais, está sendo chamado a participar de processo que exige informações, determinações e decisões que, embora devam ser avaliadas no mundo do Direito, não são mensuradas no momento e com a precisão que as NIC exigem. O Direito fica, assim, a mercê

de ordem alienígena, e várias são as implicações nesse sentido, como por exemplo: o operador do Direito, exclusivamente o advogado, depara-se com a obrigação de indicar, antes de qualquer decisão judicial, uma classificação de contingência de conceito de outra área de ciência em remota, possível ou provável, além dos parâmetros para os respectivos cálculos; isso quando não lhe é exigido o valor da provável condenação.

Pode ocorrer, também, que o Poder Judiciário seja instado a decidir sobre as mesmas situações. Analise-se o caso seguinte: o autor de uma ação movida contra determinada companhia requer, além da penhora para garantia do juízo, que seja efetuada provisão de valores, ou seja, que conste do passivo da empresa o registro do valor da demanda. Como a penhora pode ocorrer sem que seja afetado o patrimônio da companhia⁹³⁵, o Poder Judiciário analisa o pedido do autor da ação com base nas regras vigentes, ou seja, a importação das NIC pelo Direito interno. É o fenômeno das NIC impondo ao Direito seu rito e exigências.

No que se refere à provisão, como gênero, ela não comporta discussão quanto a sua essência contábil ou jurídica, por concentrar os elementos contábeis que a atraem para o mundo dos registros contábeis. A natureza contábil, no geral, é evidente na provisão, inclusive quanto ao registro final, ou seja, seu resultado.

Porém, essa visão simples não pode ser aplicada à provisão para demandas contingentes, pelo fato de sua apuração necessitar de análise técnica, como foi dito, devido à perspectiva de concretização das demandas judiciais inerentes. Com base nessa compreensão, pode-se afirmar que a natureza da provisão para demandas contingentes é mista.

Outro entendimento é o de que esse produto ora é de formação jurídica – quando a contingência se origina de demanda – ora é contábil, já que a área jurídica não tem função de contabilizar atos e fatos, mesmo a contabilização se originando de um produto jurídico.

Nomeadamente, o produto final da provisão para demandas contingentes é a contabilização de valores com reflexos patrimoniais, com o devido resultado descrito no balanço patrimonial. Ocorre que, para se chegar ao dado definitivo do *quantum* contabilizável, necessita-se de participação ativa de advogado, numa analogia à atuação de um juiz que se utiliza de peritos contábeis para determinar valores em suas decisões. Na contingência, analisa-se: a questão quanto à demanda; se ela resulta em uma das classificações da provisão (remota, possível ou provável); os parâmetros de cálculo e fatores relacionados à técnica jurídica. Esses aspectos devem ser submetidos, antes, ao advogado, para depois ser seu

⁹³⁵ Penhora de bens móveis e/ou imóveis ou depósito em dinheiro, é registrado como ativo da empresa por se tratar de um direito e não de uma obrigação; não há efeito sobre o patrimônio da empresa.

resultado submetido à análise da administração da entidade e proceder-se aos devidos registros pelo contabilista. Essa dedução dispõe a situação de que o produto é jurídico em sua formação, mas de essência contábil, quanto ao registro patrimonial.

4.2.5.4 Reflexões Jurídicas sobre a Relação Natureza e Importância do Produto no Contexto Socioeconômico

Do ponto de vista jurídico, doutrinas que tratem de provisão para demandas contingentes são raríssimas ou não existem. Além do texto das normas internacionais que regulam a matéria, não se encontra, no mercado jurídico, material que possa ser explorado com profundidade. As práticas operacionais oriundas da adoção das NIC suscitam buscas conceituais e uma melhor adaptação à legalidade interna dos países. Com a obrigatoriedade da aplicação das NIC, naturalmente os conceitos nacionais tendem aos ajustes propostos pelos conceitos internacionais. Mas nesse contexto, são salientes as dificuldades internas de adaptação a tais normas, devido às poucas formas de operacionalizá-las e fazer a provisão para uma demanda contingente, com base no risco apresentado pelo grau de probabilidade de condenação. As complexidades vão desde os intrínsecos procedimentos processuais (início da ação), pela análise do valor da causa, até a adaptação das normas as mais diversas formas e ritos processuais que variam de país para país; tudo isso conjugado com uma série de fatores atrelados aos procedimentos.

A crescente quantidade de aceitação de normas extraterritoriais pelas instituições internas e o pouco tempo exigido para sua absorção deixam clara a necessidade de estudos aprofundados das respectivas consequências sociais e das relações jurídicas. Esse fenômeno é bem visível nas situações de adoção das NIC.

Uma característica marcante nesse sentido é que a obrigatoriedade oriunda da imposição internacional não afastou a necessidade de os operadores internos buscarem melhores definições, nem a necessidade de criação de novas conceituações e procedimentos. Pelo contrário, as normas externas promoveram práticas de laboratório, criando novos conceitos, novos parâmetros e outras tendências. Numa visão andragógica da situação, poder-se-ia dizer que a estrutura se baseia em duas colunas estruturalmente construídas: uma pela

práxis e outra pela legalidade. O motivo que leva a esse pensar é o fato de a imposição/necessidade de adaptação ao novo ser inevitável, com a crescente integração entre países. O fenômeno mundial da globalização fortaleceu a importância das instituições extraterritoriais no âmbito nacional, obrigando sistemas nacionais a reavaliarem procedimentos e abrirem frentes que possibilitem a criação de outros métodos de trabalho.

Ocorre, porém, que a premência da adaptação aos novos *modus faciendi* se dá, muitas vezes, sem o planejamento necessário e sem a devida coordenação, exigindo dos operadores e usuários imediatas soluções para as situações impostas. Nesse desenrolar, as ações subseqsubsequentes e consequentes vão constituir outras práxis de vivências procedimentais. Junto a essas, constituindo uma base, encontra-se a coluna do conjunto, representada pela necessidade da respectiva normatização. Trata-se de consolidar os procedimentos e legalizá-los.

A necessidade da legalização interna de procedimentos em relação às NIC, no caso da provisão para demandas contingentes, induz ao imediato raciocínio sobre sua natureza jurídica. O caminho na busca da essência dessa provisão é difícil, exigindo análise sob os vários ângulos que a questão suscita.

Definir a taxonomia e descobrir a essência e o objeto da provisão para demandas contingentes no contexto do Direito são etapas de um caminho para a solução de questões expostas cotidianamente nesse processo. Independente das dificuldades de internalização das normas e de se traçarem os respectivos procedimentos, não se pode perder de vista a obrigatoriedade de proteção ao investidor ou acionista, sendo essa a finalidade da provisão.

Para que se possa compreender a proteção ao investidor no âmbito jurídico, há que se fazer um retorno à tradição remota⁹³⁶ que divide, didaticamente, o Direito em dois grandes grupos: o público e o privado. Várias são as teorias que tentam explicar essa classificação, podendo ser citadas entre elas as seguintes:

- Teoria dos Interesses Protegidos, segundo a qual o Direito Público cuida dos entes públicos, encontrando-se em sua organização e normatização o suporte para esses interesses. Já o Direito Privado regula e trata dos interesses particulares por meio de normas. A crítica que se faz a essa teoria é que ela apresenta um paradoxo, pois a norma, no geral, é da essência do Direito Público, não é só da construção do Direito Privado;

⁹³⁶ Diniz, M.H. (1992). *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 228.

- Teoria do Destinatário que prevê, como o nome diz, que o Direito tem destinatários. Assim, no Direito Público, o destinatário seria o Estado, e no Direito Privado, o particular. Acontece que, em várias situações do cotidiano, o Estado também é sujeito, tem interesses privados, o que não comunga com a referida teoria;

- Teoria da Natureza das Relações Jurídicas, pela qual a relação entre o Direito Público e o privado está na subordinação e na relação de igualdade, ou seja, se a norma prevê subordinação, a relação é com o Direito Público; se prevê igualdade, é com o Direito Privado;

- Teoria da Natureza dos Sujeitos, pela qual o Direito Público abrange a estrutura estatal, regulando os entes públicos e suas relações; o Direito Privado cuida de tudo o que não é do Direito Público.

Essas teorias vêm de encontro à Teoria Unitarista. Para Kelsen, a classificação do Direito em público e privado não deve prevalecer sobre sua unicidade, pois o Direito é uma ciência imanente e não transcendente. A Teoria Unitarista de Kelsen não considera a divisão do Direito em público e privado. Assim, dividir o Direito em diversos ramos – civil, penal, empresarial, trabalhista e outros – não se enquadra nessa visão una. Por ser imanente, ele tem, em seu bojo, o estado original de “ser” uno, de autocriação. Por isso, para Kelsen, a divisão em ramos é política e social, não jurídica. E se são essas as condições de classificação, não há como o Direito ser transcendental e apresentar ramos. Outra convicção dos adeptos dessa teoria é a de que todas as normas, em seu fim, são de caráter e de interesse públicos, não se constituindo em normas que regulam tão somente o público, nem tão somente o privado⁹³⁷. Gunther Teubner⁹³⁸, por sua vez, propõe o abandono da dicotomia público/privado, que deve ser substituída pela sofisticada ideia de “policontextualidade”. Para Teubner,

as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito⁹³⁹.

⁹³⁷ Kelsen, H. (2006). *Teoria Pura do Direito*. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, p. 310-313.

⁹³⁸ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 237.

⁹³⁹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 237.

A análise de Teubner é certa: a dicotomia Direito Público/Direito privado reflete o dualismo entre Estado e sociedade que não pode compreender as particularidades da atual diferenciação social. Daí as seguintes perguntas feitas por Teubner: “um projeto de pesquisa possui natureza pública ou privada? É suficiente reconstruir como transação econômica uma relação médico-paciente com base em algumas regulamentações de direito público?”⁹⁴⁰.

Ou seja, segundo Teubner, nem o Direito Público, como o direito dos processos políticos, nem o Direito privado, como o direito dos processos econômicos, têm condições de desenvolver estruturas jurídicas adequadas às diversas contexturas da sociedade civil. O Direito privado deve ser entendido com base em sua estreita afinidade com a atual pluralidade de discursos, não apenas por sua proximidade com a economia, mas por seu parentesco com diversos setores autônomos da sociedade civil. Isso desde as relações privadas, passando pelo sistema de saúde pública, a educação, a ciência e os meios de comunicação, até a arte e a religião⁹⁴¹. Por isso, há que se defender um conceito não-reducionista que possa estabelecer instituições de direito privado não apenas no setor econômico, mas em muitos âmbitos sociais: sempre naqueles pontos da sociedade em que há criações normativas espontâneas atuando como fonte de imposições normativas jurídicas, diz Teubner⁹⁴². A proteção ao investidor ou acionista, portanto, além das normas de Direito Privado, envolve, obviamente, também o Direito Público, diante da impossibilidade de um reducionismo dos discursos público e privado. Compete ao Estado, assim, proteger os investidores, para manter a eficiência e a eficácia do mercado. É o bom funcionamento desse mercado que possibilita a transferência de recursos, o desenvolvimento dos agentes econômicos e a viabilização do crescimento econômico e social do país. Para isso, a credibilidade é essencial.

A existência e o crescimento do mercado estão diretamente relacionados com **a confiança que seus diversos participantes têm no sistema**, o que, por sua vez, **depende da eficácia do órgão regulador**. [...] um mercado eficiente de capitais é aquele no qual os preços dos títulos refletem completamente as informações disponíveis. ... **Sem saber coisa especial alguma sobre uma ação**, um investidor num mercado eficiente deve esperar apenas o retorno exigido de equilíbrio num investimento qualquer, e uma empresa deve esperar pagar um custo de capital de equilíbrio. As informações referentes ao mercado de valores mobiliários devem ter algumas características, a fim de que possam conferir eficiência ao sistema e garantir práticas equequitasativas de mercado: (i) fidedignidade; (ii) acesso fácil a todos

⁹⁴⁰ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 237.

⁹⁴¹ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 238.

⁹⁴² Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 239.

os investidores (atuais e potenciais); (iii) possibilidade de conhecimento tempestivo por parte dos investidores interessados⁹⁴³. (g.n.).

Nesse sentido, segundo Roberto Quiroga Mosquera, os princípios abaixo seriam aplicados ao Mercado Financeiro e de Capitais⁹⁴⁴:

- de proteção à mobilização da poupança nacional, representado pelo conjunto de normas que regulamentam o mercado de capitais e viabilizam adequadamente a mobilização da poupança para os carentes de recursos;

- de proteção à economia popular, visando ao sucesso das atividades econômicas, para que não haja interrupção dos fluxos de capitais e não se atinja a economia popular;

- de proteção à estabilidade das entidades financeiras, uma vez que essas têm um papel fundamental na circulação de capitais; visa-se a evitar a “quebra” dessas entidades e o prejuízo dos investidores;

- da proteção à transparência de informações, porque todos os interessados em investimentos no mercado de capitais têm o direito de obter as mesmas informações, evitando-se que haja privilégio entre os investidores. Dessa forma, do ponto de vista da eficiência de mercado e da garantia de práticas equitativas, as informações devem ter como principais características: a fidedignidade; o fácil acesso dos investidores, atuais e potenciais, e o conhecimento tempestivo das informações por todos os interessados. O princípio da proteção à transparência das informações é fundamental para desenvolvimento e manutenção de um mercado de valores mobiliários eficiente e confiável.

No que tange ao fácil acesso dos interessados e a seu conhecimento tempestivo das informações (a justiça), pergunta-se: qual das teorias referentes à proteção aos investidores e aos acionistas se aproxima da melhor justiça?

Pelo chamado “princípio da especialidade” – desenvolvido no seio de uma hermenêutica como técnica, como método, e não como modo-de-ser-no-mundo, como se busca trabalhar, em parte, nesta obra –, a norma especial tem privilégios frente às normas

⁹⁴³ Andrezo, A.F. (1999). A necessidade de maior transparência das informações e orientação dos investidores para o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários. *I Concurso de Monografia CVM*. Acesso dez, 20, 2009 em: <http://www.cvm.gov.br>, p. 3, 4.

⁹⁴⁴ *Apud* Andrezo, A. F. (1999). A necessidade de maior transparência das informações e orientação dos investidores para o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários. *I Concurso de Monografia CVM*. Acesso dez, 20, 2009 em: <http://www.cvm.gov.br>, p. 2.

gerais⁹⁴⁵, pois a razão da especialidade tende a ser mais justa, apuradamente mais justa. O entendimento desse princípio, estendido à análise das classificações do Direito, leva ao entendimento de que a especialidade pode oferecer condições mais justas. As teorias dualistas tendem a ser mais específicas em relação à monista, pois são explorativas, vão além do intrínseco com a análise de questões políticas, econômicas, sociais e outras. Kelsen, mesmo considerando a classificação referida incabível, admite que ela sirva para fins didáticos. Com isso, em consequência, admite que a especificidade político-social tenda a trazer mais informações e melhores condições de análise das questões posta ao Direito. São as informações que incrementam as bases para as decisões do julgador; são mais detalhadas para as partes do processo e mais ordenadas para a organização em si do processo e demais procederes, quanto à ritualística processual.

Ao encontro da ideia de que as relações de sistemas contribuem com informações para melhor se postar o Direito frente a suas construções e decisões é que vem o sistema autorreferencial de Niklas Luhmann, já trabalhado no primeiro capítulo desta tese⁹⁴⁶. Resumidamente, seu sistema pode ser configurado no seguinte esquema (figura 2):

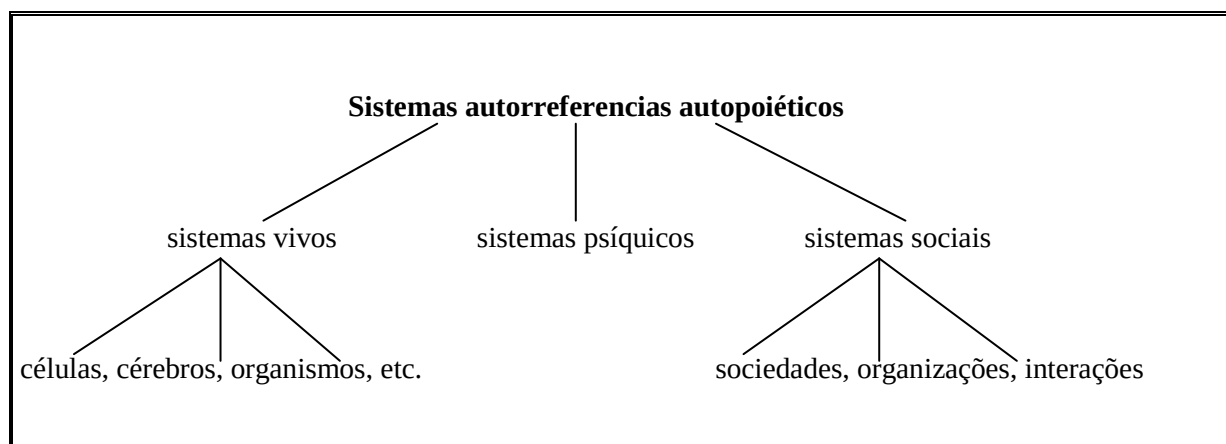


Figura 2: Sistema autorreferencial de Luhmann

Fonte: Villas Boas Filho, 2006.

⁹⁴⁵ Código Civil Português, art. 7º: “3. A lei geral não revoga a lei especial, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador.” Código Civil Brasileiro, art. 903: “Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”; art. 1081: Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a modificação do contrato.

⁹⁴⁶ Apud Villas Boas Filho, O. (2006). *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, p.130.

Esse esquema deixa claro o que Luhmann traçou como linha divisória entre os sistemas vivo e não-vivo, esse baseado no sentido. – Para Luhmann,

Esse tipo de abordagem somente é aceitável se estamos preparados para assumir sua premissa anti-aristotélica: **que os sistemas sociais e inclusive os sistemas psíquicos não são sistemas vivos**. O próprio conceito de fechamento autopoietico requer essa decisão teórica. Isso **conduz a uma clara distinção entre sentido e vida como diferentes tipos de organização autopoietica**, e os sistemas que usam sentido devem ser **novamente distinguidos conforme utilizem a consciência ou a comunicação** como modo básico de reprodução de sentido⁹⁴⁷. (g.n.).

Embora para Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, e para Luhmann, em sua Teoria Sistêmica, haja convergência quanto ao Direito ser “cria” dele próprio ou autocriação, *autopoiesis* (na expressão de Luhmann), há dicotomia quanto ao entendimento de que o sistema social é formado por sistemas. O Direito, assim, seria a política, e o poder público, classificado como subsistema (Luhmann). Para Kelsen, o Direito Positivo o é de *per si*.

Da Teoria dos Sistemas interessa o ponto utilizado na comunicação, pois é dele que se extraem elementos à análise das implicações das NIC no mundo do Direito. Como dito, elaborar uma taxonomia da questão não é fácil, apesar de ser uma tarefa necessária e urgente, pois suscita reflexões o fato de estar sendo o Direito chamado a responder sobre normas impostas por outro sistema e/ou subsistemas, que é a Contabilidade e seus setores. A questão fica ainda mais complexa quando se trata de norma alienígena do conjunto constituído de regras do Direito Internacional e do Direito interno de países como Brasil e Portugal.

Para comprovar sua legitimidade, as normas de Direito devem ter contato com o exterior. Nenhuma norma de Direito tem comprovada sua inteligência por si só, isto é, que seja comprovadamente válida, se não entrou em contato com campos como o das relações e o do conhecimento. O Direito, como regulação social por meio de normas, só se torna eficaz se essas forem legitimadas por outra área ou sistema, no geral, pelo sistema social.

Não há norma criada que só circule no Direito e para o Direito, ou seja, que se faça valer só intrinsecamente. A inter-relação que considera a norma justa ou injusta, conforme Kelsen, vem das inevitáveis incursões que ela fará ao exterior. Nessa incursão, verifica-se se seu conteúdo é eficaz e se ela realmente cumpre seu papel de agente regulador e modificador.

⁹⁴⁷ *Apud* Villas Boas Filho, O. (2006). *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, p.130.

A relação entre incursão e eficácia pode ser compreendida por meio de exemplos didáticos: em um frasco que guarda cola, a questão a considerar é: por que seu conteúdo não gruda enquanto está armazenado no frasco? A comprovação de que a cola gruda só ocorre em seu contato com o exterior; os elementos que a constituem são agentes externos e, após o contato desses no processo de produção, o produto é acondicionado para ser usado depois. Em resumo, o objetivo da cola só se concretiza quando ela entra em contato com elementos externos como ar, selo, carta, pedaços de um vaso quebrado, a gravura rasgada e outros.

Comparativamente, o frasco representa o mundo do Direito, enquanto os componentes de seu conteúdo são os agentes que o enxertam, proporcionam a possibilidade de relações e influenciam em seu objetivo, como por exemplo, as normas. Por sua vez, o frasco deve se amoldar àquilo a que os componentes se propõem, isto é, não é fixo e invariável de formação.

Da mesma forma deve ser a relação do que há no frasco com sua finalidade, que sempre é exterior a seu recipiente. Tal alegoria que possibilita a visualização das várias relações do Direito com os fatos do mundo. A figura 3, abaixo, demonstra a referida alegoria:

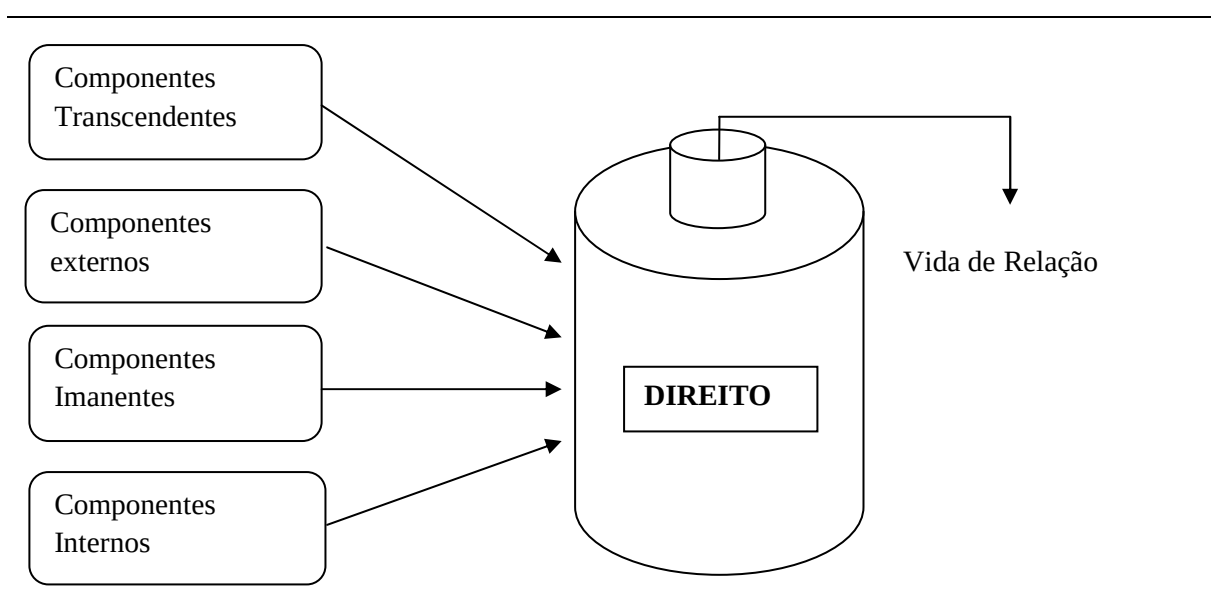


Figura 3: Relação entre incursão e eficácia
Fonte: Elaborada pelo pesquisador

Essa analogia se aplica ao Direito Natural, haja vista os elementos de transcendência se encontrarem na composição do frasco, da cola e dos outros elementos implicados no objetivo dela. Para Kelsen, a relação dos componentes se associa ao Direito Positivo.

No que diz respeito à “comunicação”, esta como um ponto fundamental nas relações sociais, e ao “externo” como legitimador e comprovador da *autopoiesis* do Direito, é que Canotilho faz a seguinte associação:

Há um ponto central em que as concepções auto-organizativas põem em crise a teoria da constituição: a da excessiva sobrecarga de estruturas constitucionais, instrumentalizando o direito constitucional para fins de regulação política. A *autopoiesis* chama-nos precisamente a atenção para a fraqueza de um voluntarismo excessivo. Os sistemas resistem a modificações artificialmente impostas. No entanto, a Constituição é ainda o local próprio para ouvir o outro - *altera pares audiat*. Queremos com isso significar que a auto-organização não dispensa um **diálogo**, uma **conversação**, uma interactiva entre os vários sistemas sociais [...] ⁹⁴⁸. (g.n.).

Nas lições de Canotilho, tem-se, primeiramente, a noção de que “os sistemas resistem a modificações artificialmente impostas”. A maior preocupação do sentido artificial seria identificar se as NIC estariam nesse contexto. Se assim for, o Direito, como sistema, estaria a rejeitá-las, pois elas procedem de outro sistema social, com qualidades artificiais. Nessa perspectiva, considere-se artificial aquilo que é produzido por arte ou indústria; pode ser também fingido, dissimulado, postiço, não natural, não espontâneo, forçado.

No contexto das produções do homem enquadram-se as NIC que, embora não sejam de carácter artificial, conforme o conceito ora abordado, não são essencialmente naturais, não têm formas forçadas e/ou fingidas. As NIC se baseiam em princípios de uma ou de mais ciências – que, na realidade, refletem exigências de moralidade, para utilizar a expressão de Dworkin - e buscam aproximar-se mais da proteção dos capitais, na perspectiva de que esses devem cumprir uma missão social para o desenvolvimento humano.

No sentido mais amplo e frente ao conceito de sistema, as NIC são parte integrante de um organismo e não só um mecanismo de produção; são agentes, uma parte desse organismo. Para melhor compreender, conceituam-se mecanismo e organismo; historicamente, o primeiro abrangia o conceito de organismo. Com o avanço dos estudos da biologia, o organismo se caracteriza como oposto ao mecanismo, pois enquanto esse se refere ao produzido de modo artificial, aquele se caracteriza como as funções de um complexo orgânico. Assim, vê-se que as NIC agem a favor do progresso do organismo do qual faz parte o social.

Como se pode observar, por trás daquilo que as NIC pretendem orientar, controlar e resguardar, como a provisão para demandas contingentes, há um contexto económico e social

⁹⁴⁸ Canotilho, J.J.G. (2002). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, p. 1452.

que vai compor, junto com outros elementos, o organismo que representa a própria constituição sócio-político-econômica do país. Como organismo, sua preservação é o objetivo maior que as NIC buscam proteger; como Constituição, ele é regido por mecanismos advindos do Direito, em suas várias acepções, como o Direito Econômico, o Financeiro, o Contábil, o Administrativo e outros. Portanto, unindo o objeto imediato das NIC a seu objetivo maior, não se pode falar em provisão para demandas contingentes como um produto unicamente econômico/contábil; é, sim, um produto originariamente contábil, mas cuja formação, em parte, está no Direito e é de ordem processual.

É aqui que se pode perguntar: as normas internacionais de Contabilidade atingem o Direito e/ou os operadores do Direito? Para responder afirmativamente, basta que uma das condições de contingência, oriunda de demanda administrativa ou judicial, esteja presente.

4.2.5.5 Provisão Contingencial e Implicações Processuais

Tanto a norma brasileira, como a portuguesa, exigem que a contingência passível de provisionamento deva ser devidamente mensurada, isto é, analisada na perspectiva de sua efetiva concretização e em seu *quantum*. A norma brasileira Deliberação CVM nº 594 define que “o valor reconhecido como provisão deve ser a melhor estimativa do desembolso exigido para liquidar a obrigação presente na data do balanço⁹⁴⁹.” A norma vigente em Portugal, IFRS nº IAS 37, não é diferente da brasileira e estabelece que “a quantia reconhecida como uma provisão deve ser a melhor estimativa do dispêndio exigido para liquidar a obrigação presente à data do balanço⁹⁵⁰.”

A exigência da melhor estimativa deve ser analisada em dois aspectos: primeiro, se há o dever de se estimar o melhor, há o dever correspondente de se mensurar, pois não se conclui a estimativa sem que haja várias alternativas e tentativas de mensuração; segundo, as normas não facultam e sim obrigam à apuração da melhor estimativa.

⁹⁴⁹ Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Deliberação CVM nº 594 de 2009-item 36.

⁹⁵⁰ O objetivo do Regulamento nº 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho torna obrigatória, para as contas consolidadas de sociedades com valores mobiliários admitidos em mercados regulamentados, as NIC, conhecidas como IAS/IFRS.

Nesse contexto, os processos administrativos e judiciais qualificados como contingências devem ser mensurados independentemente da forma de como isso possa ocorrer; caberá a alguém o dever de mensurá-los.

Na prática incontinenti, os operadores do Direito, em matéria de mensuração, pelo costume, indicam os parâmetros resultantes dos julgados para que um terceiro alheio ao processo apure o *quantum debeatur*. A premissa estabelecida para isso é que ocorra o trânsito em julgado do processo. Com o advento de que o processo é uma contingência, conforme o contexto das NIC, passou-se a se exigir do advogado a indicação da melhor estimativa em termos de valor, antes de qualquer decisão no processo. A condição estabelecida é a de que o valor da melhor estimativa deve ser apurado a cada balanço patrimonial, independentemente da fase processual em que se encontra a demanda.

Essa regra não deve ser exigida somente na data do balanço, mas nos balancetes e nas diversas demonstrações financeiras. Após classificado o processo como contingência, deve-se analisar a demanda quanto ao risco e mensurar esse, mesmo que não seja data do balanço. Essa ordem está atrelada ao que dizem as NIC, quanto à “estimativa do dispêndio exigido para liquidar a obrigação **presente** à data do balanço” (g.n.). Portanto, presente o risco de condenação, exige-se do advogado a referência aos parâmetros e o valor a ser provisionado. Com isso, na prática, o advogado tem de antecipar o julgamento do feito, indicando a melhor estimativa de valor que pode resultar do julgamento da lide pelo órgão oficial.

O trabalho do advogado nessas condições eleva-o à condição de “julgador” do feito, com possíveis consequências patrimoniais para a empresa. Essa deve acatar a previsão do julgamento (risco) e do valor que, até aquele momento, só é estimado pelo advogado. As normas preveem que “as estimativas do desfecho e do efeito financeiro são determinadas pelo julgamento da administração da entidade [...]”⁹⁵¹, admitindo-se que o juízo de valor possa ser feito pela gerência; a análise técnico-jurídico fica tão-somente a cargo do advogado.

O arbitramento por parte da administração sem a participação de advogado e de suas indicações para os parâmetros de cálculo não pode ser vislumbrado, pois se estaria negando a essência da análise técnica do caso, ou seja, que a contingência é de origem processual. Há, ainda, situações em que o advogado indicará o valor do possível desembolso, pois esse poderá estar legalmente estabelecido, exposto em casos análogos ou até determinado pela

⁹⁵¹ Item 38 da Deliberação CVM nº 594 e Item 38 da IAS 37, referidos anteriormente.

jurisprudência. Em outras situações, no entanto, o mesmo profissional não terá base processual para estabelecer os parâmetros de cálculo, nem muito menos para indicar a melhor estimativa. Para ilustrar, citam-se casos das ações civis públicas, cujo objeto é a defesa de interesses difusos; portanto, não são identificados os titulares do direito assim como os respectivos valores atrelados a esses. Nesse sentido, pode-se admitir que a gerência da entidade decida o *quantum* a ser provisionado.

A questão envolvida na mensuração de um processo administrativo ou judicial reside nos parâmetros a serem seguidos para apuração do *quantum*, visando a sua melhor estimativa. No Brasil, há uma particularidade: o processo administrativo não é oficial, ou seja, não transita em órgãos do Poder Judiciário; cada órgão atuador possui seu julgador. Portanto, o ente administrativo que autua é o mesmo que procede ao julgamento. Essa experiência tem se mostrado desastrosa, pois na maioria das vezes as decisões dos processos administrativos são revertidas, total ou parcialmente, na esfera judicial. Há casos fiscais-tributários, por exemplo, em que os valores são significativamente reduzidos, havendo ainda anulação de sanções, em casos fiscais-administrativos.

Esses são alguns dos obstáculos para se proceder à provisão com base em contingência de processos administrativos no Brasil, observando-se unicamente as decisões do ente administrativo atuador/julgador. A extraoficialidade desses processos já suscitou inúmeros debates entre doutrinadores, poderes públicos, usuários e, principalmente, entre os que se sentem injustiçados com as respectivas decisões administrativas. Esses geralmente recorrem ao Poder Judiciário para restaurar as autuações descaracterizadas ou recompô-las a valores mais baixos. Na esfera administrativa, os recursos podem estar esgotados e, tradicionalmente, quando isso ocorre, usa-se a expressão “coisa julgada administrativa.”

Portugal ultrapassou essas incongruências com as Leis nº 13/2002, de 19 de fevereiro, e 15/2002, de 22 de fevereiro. Elas criaram o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Com isso, consolidou-se a ordem jurisdicional administrativa e fiscal, estabelecendo, em definitivo, o cargo do magistrado judicial na esfera administrativa, com o título de juiz de Direito. As decisões dos tribunais administrativos passaram a ter os efeitos da coisa julgada. Esse avanço democrático-jurídico se consolidou a exemplo de outros países da Europa, como a França, a Itália e a Alemanha. O entendimento dessa nova ordem em Portugal e a extraoficialidade do processo administrativo no Brasil são fundamentais para se ter uma visão do que representa um processo para mensuração de valores, visando à provisão de demandas contingentes.

Mensurar valores em um processo administrativo, na perspectiva da provisão para demandas contingentes no Brasil e em Portugal, implica observar a natureza dos tribunais que efetuam os julgamentos e o alcance que as decisões encerram. Em Portugal, a análise é análoga à das decisões dos tribunais da esfera judicial. As decisões no processo são oficiais e acobertadas pelo princípio da coisa julgada. O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (a citada Lei 15/2002), em seu Capítulo V, Secção I, traz o regimento específico para valoração das causas no âmbito daquela Justiça. O artigo 31, que trata da atribuição do valor da causa e suas consequências, estabelece que “a toda a causa deve ser atribuído um valor certo, expresso em moeda legal, o qual representa a utilidade económica imediata do pedido⁹⁵²”.

A norma brasileira do processo civil, extensiva ao processo administrativo, não fica longe da melhor interpretação da norma portuguesa e prevê, como citado, que “A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato⁹⁵³”. Se o entendimento do comando desse regimento fosse estanque, isto é, sem interpretação extensiva alguma, vários entraves na interpretação do que venha a ser mensuração do processo estariam resolvidos. Isso porque o autor do processo seria obrigado a atribuir o valor da causa nos exatos termos de sua pretensão. Mas sabe-se que, na prática jurídica, isso não é possível para muitas causas, ficando a questão atrelada ao julgamento dos pedidos constantes da inicial. A apuração do *quantum debeatur* nesses casos só é possível, portanto, após a decisão pelo órgão julgador, que muitas vezes ocorre somente após o trânsito em julgado do processo.

Segundo o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁵⁴, “toda vez que a Administração decidir um dado assunto em última instância, de modo contencioso, ocorrerá a chamada ‘coisa julgada administrativa.’” A análise da provisão – quando é possível a matéria ser apreciada na esfera judicial, na qual ocorrerá o trânsito em julgado da matéria objeto da autuação fiscal – exige análise da mensuração com base em julgados e na jurisprudência das duas esferas processuais, administrativa e judicial. O advogado, para delimitar os parâmetros de cálculos ou atribuir o valor provável da contingência, deve proceder a estudos técnicos sobre como as matérias devem ser julgadas nas esferas processuais. Uma lógica, nesse caso, é

⁹⁵² Freitas, J.L. de; Redinha, J.; Pinto, R. (1999). *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra, v. 1, 1999. Ipsis litteris artigo 305 do Código de Processo Português, p. 542.

⁹⁵³ Código de Processo Civil Brasileiro, artigo 258.

⁹⁵⁴ Mello, C.A.B. (2005). *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, p. 428.

a tendência de julgamento que, na esfera judicial, tem peso definitivo para a mensuração da contingência, a qual prescreverá o valor da provisão. Outro aspecto é que, se a matéria do processo administrativo (em andamento) for de tendência a provável de condenação também na esfera judicial, deve-se efetivar a provisão desde então, já que o binômio risco/mensuração fecha o círculo de compreensão sobre a necessidade de provisão para o processo.

Essa norma, embora lógica, não é pacífica e enfrenta entendimentos contrários. Os opositores geralmente se amparam em princípios conservadores, como o da “prudência”⁹⁵⁵, baseados na ideia de que o risco deve ser por esfera. Portanto, a provisão deve ocorrer se o risco apontar condenação no processo administrativo, independentemente de julgamento na esfera judicial. Na prática, os inúmeros casos revertidos na esfera judicial contra o fisco contradizem a alegação com base no princípio da prudência, que não é irresponsável. Dessa forma, esses casos de reversão não justificam provisão na fase administrativa.

O fisco brasileiro, que nos últimos anos tem se tornado voraz na aplicação de autuações fiscais e administrativas, leva a efeito os processos autuando e julgando. Nesse contexto, na grande maioria das vezes, o ente particular é condenado pelo ente público. Mas às vezes, a matéria da autuação já se encontra decidida na esfera judicial a favor do ente particular. Assim, não possibilita, ao ente público, o acionamento da justiça oficial para receber os supostos créditos, pois seriam inevitáveis as derrotas com os devidos pagamentos de valores resultantes da sucumbência. Essas razões são suficientes para se proceder à análise

⁹⁵⁵ Princípio de Contabilidade que prega a adoção de menor valor para os componentes do ativo e de maior valor para os componentes para o passivo. Aqui, embora se faça referência à prudência como um princípio – e como um princípio da contabilidade –, há que se alertar para o fato de que, no sentido posto, estaria a prudência mais para um *standard* do que para um princípio. No caso do Direito, a interpretação das leis, “exige uma particular *prudência*, um tipo especial dessa virtude, que se chama prudência do direito”, (...) o hábito intelectual de *saber como se age corretamente* recebe o nome de virtude da prudência. A ciência (prática) do direito é um tipo de prudência”. Assim, o “verdadeiro nome da ciência do direito – ciência prática – é o de jurisprudência, tal como a denominavam os juristas romanos” (Hervada, J. (2006). *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. Trad. Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Martins Fontes, p. 80-81). A “*phrónesis*” é a parte mais elevada da razão prática. Ela surge como uma espécie de saber prático que aponta para a prudência do homem no seu agir, cujo objetivo é a realização do bem. Engelmann, W. (2007). *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 17-25. A “*phrónesis*” pode se considerada uma “ideia inata” dos gregos, que apresentou o período de plenitude que vai de Sócrates a Aristóteles. Consultar, nesse sentido: Jaeger, W. (2001). *Aristóteles: bases para la historia de su desarrollo intelectual*. Trad. José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, p. 100. É interessante notar que Aristóteles parece marcar concretamente que o exercício da *phrónesis* está relacionado ao “contingente”, ou seja, “àquilo que pode ser diferente e deverá sofrer mudanças em atenção às características peculiares de cada situação”. A *phrónesis* é a “virtude hermenêutica fundamental”. Engelmann, W. (2007). *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 29, 118-127.

da mensuração do processo e atribuir o valor provável de condenação, com base nas esferas de julgamento administrativa e judicial, não só na esfera administrativa.

O exercício entre a definição do valor da causa e a melhor estimativa de desembolso percorre vários caminhos de análise e de ajustamento. O Código de Processo português nos Tribunais Administrativos, em seu artigo 32, elenca nove critérios de fixação do valor da causa: valor explícito na pretensão; valor igual ao do benefício requerido; valor do contrato, quando este é objeto da ação; valor da coisa, quando esta é o objeto da ação; valor conforme o dano; valor do prejuízo a ser evitado, dos bens a serem conservados ou da prestação pretendida, em processos cautelares; a soma de todos os pedidos cumulados na mesma ação; o pedido acessório de pagamentos de juros, rendas e rendimentos dos interesses já vencidos; valor mais elevado em pedidos alternativos e valor formulado em primeiro lugar, em pedidos subsidiários. Mesmo com o estabelecido em lei para se atribuir um valor à causa, não é suficientemente segura a determinação desse valor como definitivo para a provisão de demandas contingentes.

No processo de valoração do *quantum* contingencial a ser provisionado, as práticas processuais são outro fator que pode interferir na mensuração do valor provável de condenação e, conseqüentemente, no valor da provisão.

4.2.5.6 Aspectos Contábeis Inerentes ao Produto

O objeto direto da Contabilidade é o patrimônio; atualmente, num sentido mais amplo, é a riqueza. Doutrinadores contemporâneos defendem que esse termo abrange as relações da cadeia de produção, a conservação e o progresso da propriedade, além, na mais nova perspectiva e tão importante quanto as demais, do cumprimento da função social. Conjuntamente com o objeto, a Contabilidade tem objetivos, entre os quais se destacam os citados registros das movimentações e a geração de informações financeiras e econômicas. Agregadas a esses, pelo avanço das relações sociais, estão as informações sociais.

Atualmente, muitas empresas adotaram a apresentação de balanço social juntamente com o balanço patrimonial. Esses registros devem ser demonstrados com as respectivas valorizações – valor econômico e social – cumprindo o que preveem as normas em vigor em

matéria de Contabilidade. A funcionalidade desse complexo sistema deve estar baseada na legalidade, expressada na normatização legal emanada da soberania do Estado.

Nesse contexto contábil, a provisão para demandas contingentes é uma conta do passivo, cuja consequência é abater o valor de seu registro do patrimônio da empresa. Essa conta cumpre: uma função informativa aos usuários (contábil), as normas vigentes quanto a ser ela de natureza passiva (contábil) e uma função social de proteção aos acionistas (jurídica).

No Brasil, a Lei das S.A.⁹⁵⁶ estabelece, em seu art. 177:

Escrituração

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, **com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de Contabilidade geralmente aceitos**, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

§ 1º As demonstrações financeiras **do exercício em que houver modificação de métodos ou critérios contábeis**, de efeitos relevantes, deverão indicá-la em nota e ressaltar esses efeitos.

§ 2º A companhia observará em registros auxiliares, sem modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem a elaboração de outras demonstrações financeiras.

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, e serão obrigatoriamente auditadas por auditores independentes registrados na mesma comissão.

§ 4º As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados. (g.n.).

Especificamente, os chamados “princípios fundamentais”⁹⁵⁷ estão contidos na Resolução nº 750, de 29 de dezembro de 1993, com interpretação da Resolução nº 774, de 16 de dezembro de 1994, do CFC, entidade brasileira que estabelece as normas contábeis. Esses princípios – em verdade, regras que incorporam princípios fundados na experiência histórica concreta decorrente da vivência dos operadores da contabilidade – são: a) da entidade, que reconhece o patrimônio como objeto da contabilidade; b) da continuidade, que define a continuidade ou não da entidade; c) da oportunidade, que estabelece simultaneamente à tempestividade e à integridade do registro do patrimônio e da suas mutações; d) do registro,

⁹⁵⁶ Lei 6.404, de 15.12.1976. Dispõe sobre as sociedades por ações.

⁹⁵⁷ Iudícibus, S. de. (2003). *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 6 ed. São Paulo: Atlas, p. 72.

pelo valor original que estabelece que os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações; e) da atualização monetária, que força os efeitos da alteração do poder aquisitivo da moeda (atualização de valores); f) da competência, estabelecendo que a apuração do resultado (receitas e despesas) deve ocorrer dentro do período que ocorreram; g) da prudência, que determina a adoção do menor valor para os componentes do ativo e de maior valor para os componentes do passivo.

Em Portugal, os princípios contábeis também são regras – aqui, pois, mais uma prova de que tantos e tantos princípios são, na verdade, regras – e se encontram no Plano Oficial de Contabilidade (POC). São eles: a) princípio da continuidade, baseado na noção de que a empresa opera continuamente, isto é, com duração ilimitada; b) princípio da consistência, pelo qual a empresa não deve alterar sua política de Contabilidade de um exercício para outro; c) princípio da especialização (ou do acréscimo), segundo o qual os custos e os proveitos devem ser reconhecidos quando incorridos ou obtidos; d) princípio do custo histórico, definindo que os registros de Contabilidade devem basear-se nos custos de aquisição ou de produção; e) princípio da prudência, que estabelece um grau de precaução ao se fazer estimativas, não criar reservas ocultas e provisões excessivas, avaliando para mais os ativos e para menos os passivos e vice-versa. f) princípio da substância sobre a forma, pelo qual os registros devem ser contabilizados com base em sua substância e na realidade financeira, e não só quanto à forma legal; g) princípio da materialidade, pelo qual deve-se deixar claro o elemento relevante nas demonstrações financeiras, principalmente os que podem afetar avaliações e decisões dos usuários. Alguns princípios são comuns aos dois países⁹⁵⁸.

Pela regulação que o Direito efetua sobre a PDC, fica clara a exigência de observação aos princípios (ou regras) contábeis. O princípio da competência indica que a análise destinada ao direito deve ocorrer conjuntamente com o período de registro por parte da Contabilidade. A sequência dos fatos se dá segundo o princípio da competência: fato gerador > análise da contingência > registro contábil. Os registros dos valores da PDC também devem seguir o princípio da prudência e resultar na estimativa mais próxima do valor real do risco que a contingência representa.

Princípio forte – verdadeiro *standard* (tomando-se a expressão usada por Canotilho) – presente na análise da contingência é o da “essência sobre a forma”, a ser visto no tópico seguinte, mas que já é introduzido desde já. Para verificar como opera o dito princípio basta

⁹⁵⁸ Ferreira, R.F. (2007). *Contabilidade para Não Contabilistas*. 2 ed. Coimbra: Almedina, p. 56.

tomar o seguinte exemplo: caso, em determinada demanda, o julgamento de primeira instância tenha sido favorável à companhia, mas o indicativo jurisprudencial sobre a matéria de Direito envolvendo a contingência seja firmado contra a tese dessa companhia, deve ocorrer a provisão. Aí está a prevalência da essência (jurisprudência firmada) sobre a forma (sentença). Aqui, porém, cabe fazer um breve comentário. É bem verdade que a decisão judicial, embora passível de previsão, é impossível de ser prevista de modo absoluto. Ou seja, é sempre possível, embora, por vezes, possa ser não-provável, que a decisão venha a frustrar as expectativas das partes, no sentido de que trata James Goldschmidt, no Direito Processual Civil, e na perspectiva desenvolvida por Niklas Luhmann, na teoria dos sistemas, apontando para a probabilidade do improvável. É aí que surge a responsabilidade técnica do responsável pelo provisionamento, no caso o advogado, que terá de conhecer muito bem a jurisprudência dominante nos tribunais. Nesse aspecto, para provisionar a contingência, fazendo valer a essência (jurisprudência firmada) sobre a forma, a função relevante do profissional do Direito não será a de interpretar “como” um juiz interpretaria, mas a de “conhecer” o que os juízes e tribunais vêm interpretando. Dito de outro modo, aqui, o olhar “hermenêutico” do responsável pelo provisionamento, de certa forma, é substituído pelo olhar “epistemológico”, descritivo, conhecedor e, portanto, “observador”, não constituindo, pois, para ele, advogado, no momento da análise da contingência, sua decisão “como uma decisão” – já que não estará trabalhando com argumentos jurídico-morais -, mas como um processo de “escolha” que, no entanto, paradoxalmente, só terá uma resposta: acatar o “redundante”, o que vem sendo decidido pelos tribunais – por mais que as decisões dos tribunais não seja justas do ponto de vista jurídico-moral (fundadas em argumentos de princípio) –, em razão da probabilidade de que a decisão judicial seja como por ele prevista. De fato, então, a escolha não é uma escolha, pois não haverá como escolher uma ou outra opção, devendo decidir pelo provisionamento diante da redundância existente no sistema de Direito.

Em Niklas Luhmann, a produção da decisão é um processo de escolha. Essa escolha se dá entre alternativas possíveis, mas que são excludentes, conforme a categoria lícito/ilícito⁹⁵⁹. Na teoria sistêmica proposta por Luhmann, está sempre presente uma relação do tipo *input/output* com a sociedade. E isso ocorre no Direito quando este se “abre” às novidades e

⁹⁵⁹ Uma boa demonstração da aplicação da teoria de Luhmann às decisões judiciais é feita por Wilson Carlos Rodycz, cuja síntese é trabalhada aqui. Consultar: Rodycz, W.C. (2003). Redundância e variedade na teoria da argumentação de Niklas Luhmann. Observando o sistema jurídico brasileiro. A questão da limitação dos juros. *Revista Ajuris*. Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Ano XXX, n. 91. p. 315-329.

se amolda ao entorno. Daí a importância de dois conceitos-chave para a teoria luhmanniana: o conceito de “redundância” e o conceito de “variedade”.

O conceito de redundância, como dito, conceito clássico da teoria dos sistemas, contrapõe-se ao conceito de variedade. Redundância se dá na medida em que conhecendo um elemento se adquire automaticamente um certo conhecimento dos outros elementos do sistema. Noutras palavras, o conhecimento de um elemento vai reduzindo o valor de surpresa (a informação) de outros elementos⁹⁶⁰. Assim,

Com a semelhança dos elementos entre si cresce a redundância de um sistema: uma mensagem que comunique uma notícia já conhecida é redundante e a comunicação pode ser considerada como difusão de redundância: quanto ‘A’ comunica a ‘B’ uma determinada informação, ‘C’ pode dirigir-se tanto a ‘A’ quanto à ‘B’ para obtê-la. À redundância geralmente vai unido um aspecto de segurança: a mesma função pode desenvolver-se de maneiras distintas e, portanto, são disponíveis algumas alternativas em caso de que surjam dificuldades⁹⁶¹.

A variedade, por sua vez, é a multiplicidade e a heterogeneidade dos elementos de um sistema. Daí a improbabilidade de se prever cada um deles a partir do conhecimento dos outros. Com o aumento da variedade, um sistema aumenta a sua abertura em relação ao ambiente (entorno).

A variedade e a redundância são inversamente proporcionais. O crescimento de uma conduz à diminuição da outra. Apesar disso, para Luhmann, é possível combinar uma elevada variedade com um aumento de redundância. Assim, uma teoria científica, por exemplo, pode ser mais eficaz que as teorias que lhe antecederam porque, ao reorganizar a redundância dessas teorias, descobrindo conexões novas entre os conceitos, irá situar-se num nível mais

⁹⁶⁰ Corsi, G. *et al.* (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. M. R. Pérez; Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 136.

⁹⁶¹ Rodycz, W.C. (2003). Redundância e variedade na teoria da argumentação de Niklas Luhmann. Observando o sistema jurídico brasileiro. A questão da limitação dos juro. *Revista Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano XXX, n. 91, p. 320.

elevado de generalidade, permitindo levar em consideração um maior número de objetos diferentes, o que implica maior variedade⁹⁶².

A justiça, em Luhmann, é a consistência das decisões. Se assim é, então, justiça é redundância. Ao menos do ponto de vista da teoria sistêmica. O observador de segunda ordem procura entender a forma de operar o sistema do Direito e nele encontrar consistência, apesar da variedade de decisões. O sistema não pode, pois, se desintegrar numa grande quantidade de decisões isoladas, que nada tenham a ver entre si. Há necessidade, pois, do estabelecimento de uma suficiente redundância.

A redundância evita a perda de informações, o que ocorreria pelo mau funcionamento da transmissão das informações no sistema. Quanto mais informações tenha de processar, mais necessitará o sistema de redundância. Ao mesmo tempo em que um sistema que trabalha com a redundância rechaça o excesso de informações, ele igualmente produz informações. Isso funciona como proteção contra os ruídos externos – desenvolve-se uma indiferença com o entorno –, produzindo o fechamento do sistema: as informações do sistema são isoladas para, depois, serem exteriorizadas seletivamente, produzindo proteção contra ruídos internos. A redundância, então, seleciona as informações que têm capacidade de “novidade”⁹⁶³.

A variedade, em síntese, evita a “rotina” dos procedimentos do sistema; evita que o sistema se feche em procedimentos rotineiros. Mas esse fechamento, evidentemente, tem de ser bem entendido. O sistema de direito fechado e aberto. Embora fechado, por ser aberto, é permeável somente às novidades produzidas pelo próprio sistema, composto por “casos jurídicos”. Ou seja, como os casos se apresentam de forma diversa, há uma “provocação” do sistema no sentido de que este deve levar em conta a diversidade, desencadeando, portanto, os processos da variedade, com o que o sistema se amolda ao seu entorno⁹⁶⁴.

⁹⁶² Rodycz, W.C. (2003). Redundância e variedade na teoria da argumentação de Niklas Luhmann. Observando o sistema jurídico brasileiro. A questão da limitação dos juro. *Revista Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano XXX, n. 91, p320-321.

⁹⁶³ Rodycz, W.C. (2003). Redundância e variedade na teoria da argumentação de Niklas Luhmann. Observando o sistema jurídico brasileiro. A questão da limitação dos juro. *Revista Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano XXX, n. 91, p. 231.

⁹⁶⁴ Rodycz, W.C. (2003). Redundância e variedade na teoria da argumentação de Niklas Luhmann. Observando o sistema jurídico brasileiro. A questão da limitação dos juro. *Revista Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano XXX, n. 91, p. 323.

Por isso, quando a jurisprudência – no sentido de decisões consolidadas pelos tribunais – está “estabilizada”, é possível afirmar que se está diante de redundância, consistência do sistema. A partir do momento, no entanto, em que um argumento novo é introduzido na discussão e consegue “sensibilizar” o sistema, passando a ser adotado nas decisões, estamos diante da “irritação” e, por conseguinte, da “variedade”. Noutras palavras, há três momentos distintos: um de redundância; um segundo de irritação do sistema; e um terceiro, quando a variedade é assimilada e passa a constituir uma nova redundância. O sistema, assim, elaborou uma síntese do entorno, completando sua autopoiese. Em prosseguimento, a variedade, que sobrepujou a redundância, passará a constituir uma nova redundância, abrindo e novamente fechando o sistema, pois o sistema opera como um “sistema em um entorno” (Luhmann): o sistema de direito se retroalimenta de si mesmo, pois é constituído de casos “jurídicos”⁹⁶⁵.

No caso da PDC, portanto, em se tratando de aprovisionar contingência decorrente de processos que envolvam discussão sobre temática já consolidada na jurisprudência, o ideal é que a mira do advogado não se volte para eventual variedade, para a probabilidade do improvável, mas para a probabilidade do provável, do possível, para a redundância, que é, pode-se dizer, a justiça “redundante”, por repetitiva, do sistema de Direito/judicial, não havendo lugar, pois, para realização de aprovisionamento de contingência fundada em variedade.

A essência sobre a forma, no âmbito da PDC, passa, então, em razão da redundância, a se constituir em imperativo para o profissional do Direito que, assim, só poderá mudar sua decisão quanto ao aprovisionamento da contingência – aprovisionar ou não - quando ocorrer, no sistema de Direito/judicial, uma nova irritação, uma consequente assimilação da variedade pelo mesmo sistema de Direito e uma consequente constituição de nova redundância.

Os chamados “princípios contábeis”, portanto, expandem forte influência sobre o juízo da contingência jurídica, ao mesmo tempo assegurando as bases para o resultado do registro contábil. No entanto, entre os princípios citados no POC, o da essência sobre a forma não é relacionado como princípio fundamental no Brasil. Em *terrae brasilis*, portanto, é muito discutível o fato de a essência sobre a forma ser ou não um princípio fundamental para o juízo sobre a contingência jurídica.

⁹⁶⁵ Rodycz, W.C. (2003) Redundância e variedade na teoria da argumentação de Niklas Luhmann. Observando o sistema jurídico brasileiro. A questão da limitação dos juro. *Revista Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano XXX, n. 91. Porto Alegre, p. 327-328.

4.2.5.7 O “Princípio” da Substância/Essência Sobre a Forma

Quando se fala do chamado princípio da essência sobre a forma, deve-se esclarecer que não se está aqui diante de um princípio no sentido pragmático-problemático e nem no sentido de princípio geral do Direito. Primeiro, porque dito princípio, da substância – ou essência – sobre a forma é apenas uma diretriz, uma regra instituída por outros princípios – de lisura, transparência, moral, portanto – que orienta o profissional que irá laborar com o registro contábil; segundo, porque ele não é um princípio de Direito, mas formulado no seio da contabilidade, esta não entendida como sistema no sentido atribuído por Luhmann, por exemplo, mas como uma “organização”, uma “técnica”.

O princípio da essência sobre a forma, então, pode ser considerado, no máximo, um princípio epistemológico inerente a outra ciência, à contabilidade, e ligado ao sistema econômico, mas não ao sistema de Direito. Noutras palavras, é possível afirmar que a essência sobre a forma é um “princípio de base” e, nessa perspectiva, é possível afirmar que são muitos os princípios que servem de base a uma ciência. Não é diferente com a Ciência do Direito e com a Ciência Contábil. Assim, resguardando a importância dos demais princípios – e sempre resguardando a diferença entre essas três possibilidades de leitura dos princípios tão bem trabalhadas por Rafael Tomaz de Oliveira, como já apontado –, ressalta-se o princípio da essência sobre a forma ou, como se define em Portugal, da substância sobre a forma, é um princípio de base.

Com essa explanação, buscou-se contribuir para o entendimento de que, ocorrendo o registro contábil com base na essência/substância, relega-se a forma. Por conseguinte, se a forma for jurídica não fará base para o registro. O POC, Capítulo 4º, “f”, define esse princípio como:

f) Da substância sobre a forma

As operações devem ser contabilizadas atendendo à sua substância e à realidade financeira e não apenas à sua forma legal.(g.n.)

No Brasil, conforme Lopes de Sá, a evidência da essência sobre a forma não está no rol dos princípios fundamentais, mas consta do texto da Resolução nº 750/93 do Conselho Federal de Contabilidade:

Art. 1º Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (PFC) os enunciados por esta Resolução.

§ 1º A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).

§ 2º Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e **a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais.**(g.n.).

Assim como em Portugal, no Brasil, o princípio/evidência da substância/essência sobre a forma, pela definição da Resolução nº 750 do CFC, deve ser aplicado. Essa obrigação se dá em ambos os países, levando ao entendimento de que, em todos os registros, haverá de ser levado em conta, em escala hierarquicamente superior, a essência sobre a forma. O alerta da resolução brasileira é de que a aplicação ocorra em situações concretas, levando a crer que sua aplicação é excepcional; deve ser utilizado caso a caso, portanto, não em situações normais, quando a forma bem define a transação. De qualquer modo, a aplicação do princípio está definida legalmente em Portugal e no Brasil.

Lopes de Sá⁹⁶⁶, em suas lições de Contabilidade, diz que “A forte influência do direito sobre os registros contábeis é muito antiga. O próprio conceito de débito e crédito foi originado do ‘meu’ e do ‘seu’ como base de entendimentos.”

Em matéria de PDC, são várias as situações em que a essência prevalece sobre a forma. Em condições normais de demanda, a empresa de capital aberto ré não tem elementos substanciais para contabilizar provisão com base em decisão, embora a forma esteja presente e seja representada pela decisão judicial. Isso ocorre quando, por exemplo, um autor pretende uma indenização contra empresa, cuja matéria, conhecidamente, não é de julgamento favorável por decisões de cortes superiores, mas julgada em primeira instância favorável ao autor. Contabilizar uma provisão nessas bases, com matéria pacificada pela jurisprudência, acarretaria diminuição de patrimônio e, em consequência, menos distribuição de lucros aos acionistas.

O reverso da situação também é verdadeiro. A forma (o Direito) aponta risco de condenação, mas não há como mensurar esse risco. Se o valor for arbitrado de forma aleatória, pesará negativamente no resultado da empresa. Tem-se a forma, mas a essência do fato, até aquele momento, é impossível de mensuração. Excluem-se dessa afirmativa as situações que, mesmo sem mensuração, possibilitam a aplicação de média para provisionar valores em PDC.

A Resolução CVM nº 594⁹⁶⁷ prevê que se deve registrar um ativo somente quando esse for efetivado, isto é, de alguma forma obtido, realizado, recebido. Já o passivo deve ser

⁹⁶⁶ Lopes de Sá, A. (2007). *Princípios Fundamentais de Contabilidade*. 4 ed. São Paulo: Atlas, p. 233.

registrado quando há risco evidente, o que pode ocorrer muitas vezes sem que se tenha a forma definida. Essa regra é muito clara e se encontra nas NIC. Verifica-se, aqui, a fonte de aplicação do princípio da prudência.

O princípio da essência sobre a forma cada vez mais se solidifica, a ponto de sua aplicação estar presente nos demais princípios, estejam eles em regras formais ou não. A repercussão da aplicação do princípio da essência no Direito, até o momento, pode ter sofrido poucas avaliações. Porém, tende a ser mais bem entendido, pois, em tese, a forma jurídica não poderia levar a um resultado diverso daquele a que a essência levaria.

Talvez o entendimento desse tema esteja permeando caminhos que a Ciência Contábil e a Ciência Jurídica tenham de percorrer, em busca de conclusões para as problemáticas impostas pelas NIC, nas mais diversas situações. Com a rigidez de regras de ambas as ciências, que nem sempre levam a resultado satisfatório, percorre-se mais o caminho ético. Assim, a análise das bases para a provisão de demandas contingentes leva ao entendimento de que a aplicação do princípio faz com que a contingência se situe mais próximo da exatidão.

O princípio da essência sobre a forma tem como pressuposto a aplicação da verdade frente ao fato ou ao ato que está sendo regulado. Um ponto comum da aplicação do princípio às duas ciências é o de que a solução dos problemas, em matéria de provisão para demandas contingentes, deixa claros muitos caminhos a serem trilhados, até se chegar a um consenso.

Um desses caminhos aponta para o fato de que, na determinação do *quantum* para a provisão de demandas contingentes, a participação de um técnico jurídico é indispensável, haja vista a análise do risco jurídico ser matéria de sua competência. Um aspecto decorrente desses caminhos, conclusivo e inequívoco, é a compreensão de que o Direito não pode fugir ao encargo de classificar as demandas em contingência, seus riscos e nem de, em alguns casos, indicar o valor da provisão, como, por exemplo, na sentença líquida.

O que se pode constatar é que os conceitos da Ciência do Direito e os da Ciência Contábil, embora percorrendo caminhos diversos, tendem a se ajustar no mesmo fundamento de base: a finalidade é melhor demonstrar, à realidade fática, que um registro contábil originado de demanda administrativa ou judicial deve resultar em provisão. As aplicações de fatores para expressar a realidade fática levam, racionalmente, às bases da essência que o fato representa. Inelutável, o caminho pelas duas ciências.

⁹⁶⁷ Resolução CVM 594, 15.09.2010, itens 31 a 35.

No contexto da PDC, ao sistema de Direito, “aplica-se” o princípio da essência sobre a forma, para buscar a justiça que se constrói com fatores de análise das melhores estimativas de risco e de perda (mensuração). Com isso, verifica-se inegável comunhão dessas ciências na busca da melhor aplicação do princípio da essência sobre a forma, para estabelecer o justo valor de um registro contábil. Há uma via de mão-dupla entre elas, com informações e dados transitando entre uma e outra, fortalecendo o resultado que inevitavelmente leva ao mais justo. E isso acontece sem que autonomia do Direito se rompa; ao contrário, ela é fortalecida diante da autorreferência e circularidade que se estabelece a partir da troca de comunicação.

É evidente que o ideal para um registro contábil seria que, ao mesmo tempo, ocorressem a essência e a forma em toda a sua abrangência. Isso, porém, nem sempre é possível, pois há situações determinadas em que a forma tem de ceder lugar à essência.

4.2.5.8 Provisão e Regulação Contábil

Como já foi dito, as NIC foram construídas com base em princípios e em estudos, conceitos e ordens emanados de órgãos encarregados de organizar as boas práticas contábeis, adotadas atualmente mundo a fora. O órgão regulador brasileiro do mercado de capitais, a CVM, tem legitimidade para legislar sobre esse mercado, com base na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976⁹⁶⁸. Em recente lei, o Brasil atribuiu à CVM a condição de autarquia em regime especial (Lei 10.411/2002⁹⁶⁹). Mas o modelo seguido pelo órgão brasileiro tem raízes em tendências norte-americana e europeia, conforme Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik⁹⁷⁰:

⁹⁶⁸ Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários: I - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações; II - administrar os registros instituídos por esta Lei; III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; [...]

⁹⁶⁹ Capítulo II - Da Comissão de Valores Mobiliários. Art. 5º É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.

⁹⁷⁰ Carvalhosa, M.; Eizirik, N. (2002). *A Nova Lei das S.A* São Paulo: Saraiva, p. 441.

É sob a roupagem de “autarquias especiais” que vêm sendo instituídas entre nós, nos últimos anos, as chamadas “agências reguladoras independentes”, ou “órgãos reguladores”, seguindo a tendência norte-americana e também Europeia, esta última notadamente na esfera do direito comunitário da União Europeia. Às agências reguladoras são atribuídos os poderes **inerentes à regulação de atividades econômicas: de editar normas; de fiscalizar a sua aplicação;** e de aplicar sanções administrativas no caso de infrações à lei ou aos regulamentos. (g.n.).

No Brasil, a Lei nº 6.385, de 7.12.1976, estabelece:

Art . 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - **regulamentar**, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações;

II - administrar os registros instituídos por esta Lei;

III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados;

[...] (g.n.).

No caso de Portugal, a legitimidade da adoção se dá por meio do Decreto-Lei nº 35/2005, de 17 de fevereiro. Essa norma interna reforça o entendimento de que o Estado, para incorporar ao mundo das NIC, necessita que essa seja legitimada juridicamente. Para isso declara: “[...] transpõe para a ordem jurídica interna [...]”:

O presente diploma **transpõe para a ordem jurídica interna** a Directiva n.º 2003/51/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, que altera as Directivas n.ºs 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE e 91/674/CEE, do Conselho, relativas às contas anuais e às contas consolidadas de certas formas de sociedades, bancos e outras instituições financeiras e empresas de seguros, e **visa assegurar a coerência entre a legislação contabilística comunitária e as Normas Internacionais de Contabilidade (NIC)**, em vigor desde 1 de Maio de 2002. (g.n.).

A diferença entre o regulamento brasileiro e o português é notável. A legislação brasileira referente à provisão para demandas contingentes tem seu regimento fixado por órgão de novel conceito: autarquia em regime especial. Já o regime português, frente ao brasileiro, pode ser qualificado como mais direto, pois é oriundo de uma diretiva da Comissão Europeia, órgão com poderes de executivo na União Europeia. A diretiva é acolhida pela ordem jurídica interna portuguesa por decreto-lei. Ambos os regimes têm a mesma base, ou seja, as NIC. A norma brasileira, editada pela CVM, acolheu o Pronunciamento nº NPC 25 do

IBRACON⁹⁷¹, que por sua vez é baseado na IAS 37 da IFRS. Portanto, a norma brasileira não passou pelo crivo direto do Poder Legislativo, já que a CVM foi investida de poderes de normatização pela Lei nº 6.385/1976 e acatou diretamente o pronunciamento do IBRACON como norma. No quadro 3, abaixo, a diferença na recepção das NIC nos dois países.

PAÍS	FONTE	ÓRGÃO AUXILIAR	ÓRGÃO OFICIAL	NORMA EDITADA	NORMA INTERNA DIRETA
Brasil	NIC	IBRACON	CVM	Deliberação CVM	Nihil
Portugal	NIC	Nihil	Parlamento Europeu	Diretiva Comunidade Europeia	Decreto-Lei nº 35

Quadro 3: Diferença na recepção das NIC no Brasil e em Portugal

Fonte: Elaborado pelo pesquisador

Nos dois países, fica patente que as NIC foram adotadas pela necessidade deles de participarem do contexto mundial, quer como integrante de uma união de países, quer como participante do mercado internacional. A essência da norma, portanto, não está nas bases sociais dos regimentos formadores de normas do Direito dos dois países, mas em princípios localizados fora do âmbito das normas do Direito, tanto do interno como do externo. O Direito não pode rejeitar a imposição das NIC, mas sim, regulamentá-las, a fim de que elas possam desenvolver seu papel social.

Descartam-se, nessa análise, as questões processuais relacionadas a essas normas, muito embora as regras processuais e as condições do processo sejam fundamentais para a constituição de provisão. O que ora se busca é a natureza jurídica, a estrutura base da PDC. Assim, cabe, em primeira mão, analisar as condições do Direito Civil que tem o objetivo de regular direitos das pessoas entre si e em relação a seus bens⁹⁷².

⁹⁷¹ Deliberação CVM nº 594, de 15.09.2009: aprova o Pronunciamento do IBRACON NPC nº 25 sobre Provisões, Passivos, Contingências Passivas e Contingências Ativas.

⁹⁷² Pereira, C.M.S. (1961). *Instituições de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Rev. For. Enciclopédia Jurídica de Leib Soibelman. São Paulo, Edição Eletrônica, 2005, Versão 3.0. Direito civil. Até os tempos medievais a expressão conservou o aspecto que tinha no direito romano, significando todo o direito vigente numa cidade, incluindo ramos que hoje pertencem ao direito público, tais como o direito penal, o direito judiciário, o direito administrativo. Modernamente, é conceituado como o ramo mais importante do direito privado, que tem por objetivo regular os direitos das pessoas entre si e em relação aos bens. Divide-se em: Direito das Coisas, de Família, das Obrigações e das Sucessões.

A constituição da provisão para demandas contingentes, com base em ações que discutem os direitos abrangidos pelo Direito Civil, deve passar pela análise do pedido e da causa de pedir. Essa condição é inerente a todos os ramos do Direito.

4.2.5.9 Normas Internacionais, Constituição e Direito Interno

Em capítulos anteriores, verificou-se que Brasil e Portugal adotaram institucionalmente como norma de Direito os ditames das NIC, a IAS 37. Com isso, obrigaram as companhias de capital aberto a adotar as regras internacionais de Contabilidade. A imposição pode ser entendida por vários ângulos. Porém, o que se destaca é o fato de a adoção ter sido imposta internacionalmente aos Estados, por normas que não passaram pelo crivo de legisladores nacionais e eram desconhecidas pelo mundo político-social e do Direito desses Estados. Com isso, as empresas de capital aberto necessitaram adaptar-se para poder atuar no mercado externo.

O prefácio das NIC de Portugal dispõe:

As Normas Internacionais de Relato Financeiro (IFRSs) **são normas e interpretações contabilísticas** emitidas pelo International Accounting Standards Board (IASB). **A organização independente estabelecida para fixar normas contabilísticas para aplicação global.** Os parágrafos 1 a 5 do Prefácio às Normas Internacionais de Relato Financeiro e a secção intitulada “Normas Contabilísticas” da Introdução contêm mais informação acerca do IASB e das IFRSs. Quando o IASB começou a trabalhar, resolveu que **todas as 34 Normas Internacionais de Contabilidade (IASs) existentes as 30 Interpretações SIC existentes emitidas pela sua organização precedente continuariam a ser aplicáveis salvo se e até que fossem retiradas.** As normas que o IASB emite **são designadas Normas Internacionais de Relato Financeiro (IFRSs)**, um termo que também IASs e Interpretações. A primeira norma IASB, IFRS 1, foi emitida em Junho de 2003. **Actualmente cerca de 35 países exigem o uso das normas IASB para todas as sociedades domésticas cotadas, e muitos países baseiam as suas práticas nacionais nessas normas. Em 2002 várias jurisdições. Incluindo a Austrália e a União Europeia, anunciaram que exigiriam normas internacionais em ou antes de 1 de Janeiro de 2005.** Em Setembro de 2002 o IASB e o normalizador nacional dos EUA, o *Financial Accounting Standards Board*, concordaram em trabalhar no sentido da convergência das práticas dos EUA e internacionais existentes e no desenvolvimento conjunto de futuras normas. O IASB iniciou agora conversações com o Accounting Standards Board do Japão acerca de um projecto conjunto para minimizar as diferenças entre as IFRSs e as normas contabilísticas japonesas. O IASB elaborou um programa ambicioso de trabalho. Tendo em vista o calendário da UE, em particular, o IASB fixou como objectivo emitir até 31 de Março de 2004

todas as normas que se exigem que as entidades apliquem a partir de 1 de Janeiro de 2005. [...] ⁹⁷³. (g.n.).

Os debates em torno das relações das normas internas e normas internacionais, ou ainda, do Direito interno e do Direito Internacional, tendem ao infinito, sem que se apresente pacífica conclusão. Essa situação dualista suscita discussões em torno de institutos fundamentais do Direito, como: hierarquia das normas; ordenamento jurídico que deve prevalecer em situações de conflito e afrontamento pelas relações sociais; que ordenamento deve ser aplicado aos casos concretos é efetivamente mais justo, entre outras indagações.

O âmbito entre Direito interno e Direito Internacional pode se ampliar se a realidade se defrontar com implicações de normas internacionais não originadas de processo normal de constituição de lei ao qual o Direito interno regula-se, como as NIC. A situação é mais complexa se as normas exigirem posturas de profissionais do Direito dos Estados adotantes.

O esquema de inter-relacionamento do Direito interno e seus profissionais com o Direito Internacional e desses com as normas internacionais alienígenas é demonstrado na figura 4:

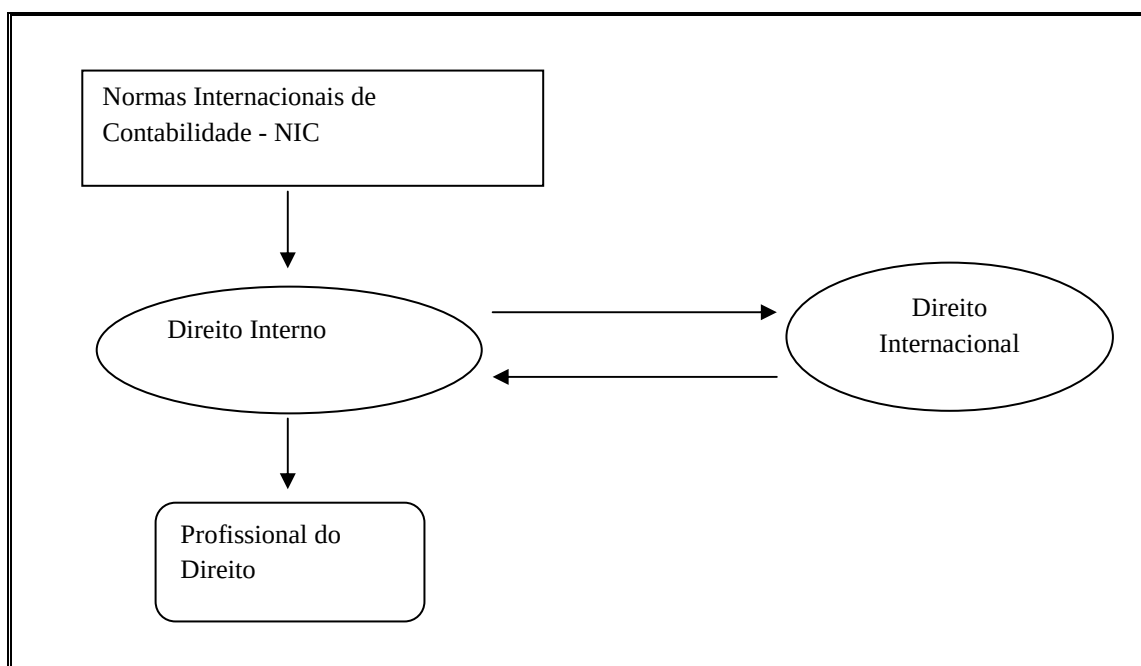


Figura 4: Inter-relacionamento do Direito interno e Direito Internacional

Fonte: Elaborada pelo pesquisador.

⁹⁷³ OROC. Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. (2004). Trad. *Normas Internacionais de Relato Financeiro*. Lisboa: IASCF. Prefácio à tradução portuguesa, p. v.

Vê-se, na figura acima, que as relações entre o Direito interno e o Direito Internacional são travadas no mesmo nível da ciência do conhecimento, que é o Direito, o que não ocorre com interferência das NIC no Direito interno.

Nessa discussão, há duas situações: a primeira, quando as NIC impõem ao Direito interno regular seu ordenamento conforme os ditames dela, sem seguir os canais de criação e de adaptação naturais de leis pelo Estado, na produção de seus ordenamentos próprios; a segunda, quando, indiretamente, as NIC impõem aos profissionais procedimentos e práticas que o Direito, interno ou externo, não exigia deles.

Mario G. Losano, referindo-se a Tobias Barreto e a Clóvis Bevilacqua, em seu prefácio intitulado “O Direito Sul-Americano e os Grandes Sistemas Jurídicos: a Contribuição de Bevilacqua⁹⁷⁴”, classifica os povos quanto às leis:

Na classificação, **os povos criadores seriam os solares**, que representam o lado “diurno da humanidade”; **os povos imitadores seriam os “planetários”, que não resplandecem com luz própria** e constituem assim o aspecto “noturno” da humanidade; entre os dois se situam os povos “crepusculares”, que se encaminham para se tornar solares, ou decair na direção da noite. **No direito, os povos solares** são conservadores, **tendem a inovar**, imitando o próprio passado: seguem, então, a própria tradição, têm uma “idionomia”. **Os povos imitadores** – que Clóvis Bevilacqua denomina “povos femininos”! – **assimilam as leis estrangeiras** e apresentam, assim, uma “alotrionomia”. (g.n.).

A indagação que se sobressai das questões acima levantadas pelo Professor Losano, em sua reconhecida obra “Os Grandes Sistemas Jurídicos”, trazendo para atualidade é: até que ponto os países, por meio do Direito interno adotantes das NIC, em matéria de provisão para demandas contingentes, estariam sendo os “imitadores” os “planetários”?

Outra questão é a seguinte: já que as NIC são de âmbito internacional, criadas por princípios gerais que não são originários de um determinado país, quem ou o que seria considerado os povos “solares”?

Questões que suscitam enfrentamento: trata-se de uma nova ordem social mundial a que o Direito Interno e outros sistemas estariam subordinados? Há razão na filosofia de que há povos “solares” e povos “planetários”?

O passar do tempo responde, em termos de PDC, para garantir que seu produto é válido socialmente; assegura ao Direito e às demais áreas que a ordem social mundial dos

⁹⁷⁴Losano, M.G. (2007). *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, p. XXXIII.

princípios é benéfica à sociedade, especificamente aos investidores e usuários das informações do mercado garantido por empresas de capital aberto.

O profissional do Direito, embora vinculado ao regulado internamente, na prática, submete-se à origem da norma, ou seja, às NIC. Isso ocorre, principalmente, em casos de controvérsias na solução de problemas, abrangendo a contingência quanto à assessoria técnico-jurídica. A explicação para isso já foi vista: no âmbito do pluralismo jurídico, não se discute mais a validade da origem da norma, pois há uma relação de circularidade. As regras (incluam-se aqui os princípios) são geradas em diferentes ramos e setores da economia, deixando o Direito de lado no que diz com a produção normativa (Teubner). O código binário é que irá definir tais normas como propriamente jurídicas, e não a estrutura ou função, como adverte Teubner⁹⁷⁵.

Nesse universo de relações, encontra-se a diversidade de Estados e suas soberanias, incluindo os diversos ritos processuais e de ramos de Direito. Uma das discussões neste ponto é se há ou não uma hierarquia entre o sistema econômico e o jurídico. Segundo Luhmann, no entanto, o que há, é uma irritação entre os sistemas; jamais um sistema se sobrepõe a outro, como já dito no capítulo “Clausura operacional e acoplamento estrutural” e adiante demonstrado na figura 7.

Constata-se isso pelo que as NIC regulam quanto às provisões para demandas contingentes: o mercado de bolsa de valores globalizado, isto é, o sistema financeiro/econômico mundial.

Nesse sentido, destaca-se a noção de constituição econômica, conforme o que lecionam António Carlos dos Santos *et al.*:

TÍTULO I ENQUADRAMENTO GERAL - CAPÍTULO I - A CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA

1. Noção de constituição económica

A constituição económica é o conjunto de normas e princípios constitucionais relativos à economia, ou seja, a. ordem constitucional da economia. **Formalmente, é a parte económica da Constituição do Estado**, onde está contido o «ordenamento essencial da actividade económica» desenvolvida pelos indivíduos, pelas pessoas colectivas ou pelo Estado. Esse ordenamento é **basicamente constituído pelas liberdades, direitos, deveres e responsabilidades destas entidades no exercício daquela actividade**. Neste sentido a **Constituição económica é conformadora das restantes normas da ordem jurídica da economia**. Essa conformação é feita através de normas estatutárias ou de garantia das características básicas de um sistema que se pretende proteger (como a que garante a existência de um sector privado ou cooperativo), e de normas directivas ou programáticas onde se apontam as suas principais linhas de evolução (como a

⁹⁷⁵ Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 90.

que incumbe o Estado de promover o aumento do bem-estar social e económico). Trata-se, designadamente, **de normas que conferem o direito ao exercício de actividades económicas e enunciam as restrições gerais a esse mesmo direito, além de colocarem à disposição do Estado um conjunto de instrumentos que lhe permitem regular o processo económico e definir os objectivos** a que essa regulação deve obedecer⁹⁷⁶. (g.n.)

A economia (nem a sociedade nem o Direito) estaria no ápice do sistema regendo as relações sociais, como representado na configuração abaixo (figura 5):

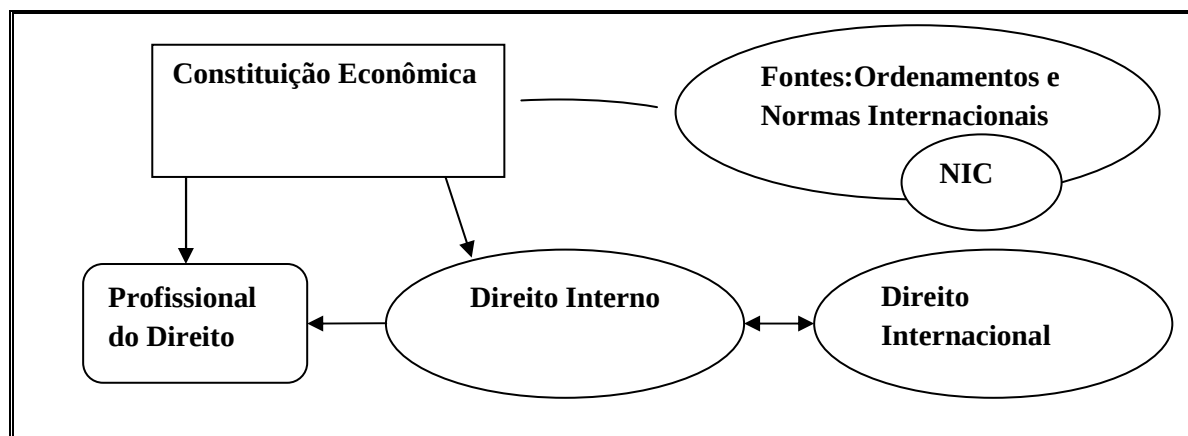


Figura 5: Esquema que rege as relações sociais

Fonte: Elaborado pelo pesquisador

Com isso, a ordem da escala de valores inverte-se, isto é, em vez de o regimento ser social por meio do Direito, ele passa a ter o comando por ordenações econômicas. Essa estrutura visa à ordem social e ao bem-estar social por meio da economia.

A Constituição brasileira, assim como a portuguesa, estabelece preceitos econômicos, tal como ocorre há muito tempo, em ordenamentos constitucionais. Santos *et al.* esclarecem:

Foi a **Constituição de Weimar (1919)** a primeira a introduzir uma secção especialmente dedicada ao enquadramento da vida económica, embora outras constituições anteriores - como a Lei Fundamental soviética de 1918 e a Constituição mexicana de 1917 - contivessem já uma ordem económica explícita. Ela inspirou constituições posteriores - como a espanhola de 1931, a portuguesa de 1933 e a brasileira de 1934 - e, no período que se seguiu à II Guerra Mundial, coincidindo não por acaso com a construção do Estado-Providência, várias constituições dedicaram alguns preceitos à conformação da respectiva ordem económica. Foi o caso da Constituição francesa de 1946, da helvética de 1947 e da italiana do mesmo ano⁹⁷⁷. (g.n.).

⁹⁷⁶ Santos, A.C.; Gonçalves, M.E.; Marques, M. M.L. (2004). *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Almedina, p. 31, 32.

⁹⁷⁷ Santos, A. C. dos; Gonçalves, M.E.; Marques, M. M. L. (2004). *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Almedina, p. 33, 34.

A Constituição brasileira de 1988 tem como Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”. Nesse Título, o Capítulo I trata “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, e o artigo 170 estabelece o seguinte:

Artigo 170. **A ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - **soberania nacional**;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - **defesa do consumidor**;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 174. **Como agente normativo e regulador** da atividade econômica, **o Estado** exercerá, na forma da lei, **as funções de fiscalização, incentivo e planejamento**, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e **bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado**, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. (g.n.).

A Constituição portuguesa igualmente dispõe, de forma explícita e direcionada, que a economia deve ser elemento do bem-estar social:

Artigo 2.º

(Estado de direito democrático)

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, **visando a realização da democracia económica**, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

[...]

TÍTULO III

Direitos e deveres económicos, sociais e culturais

CAPÍTULO I

Direitos e deveres económicos

[...]

Artigo 61.º

(Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária)

1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

2. A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos.

3. As cooperativas desenvolvem livremente as suas actividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas.

4. A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública.

5. É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei.

[...]

PARTE II

Organização económica

TÍTULO I

Princípios gerais

Artigo 80.º

A organização económico-social assenta nos seguintes princípios:

- a) **Subordinação do poder económico ao poder político democrático;**
- b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista;
- d) Propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo;
- e) Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social;
- f) Protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- g) Participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais.

Artigo 81.

(Incumbências prioritárias do Estado)

Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

- a) Promover o **aumento do bem-estar social e económico** e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável;
- b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e **operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal;**
- c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público;
- d) **Promover a coesão económica e social de todo o território nacional**, orientando o desenvolvimento no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões e **eliminando progressivamente as diferenças económicas e sociais** entre a cidade e o campo e entre o litoral e o interior;
- e) Promover a correcção das desigualdades derivadas da insularidade das regiões autónomas e **incentivar a sua progressiva integração em espaços económicos mais vastos, no âmbito nacional ou internacional;**
- f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;
- g) **Desenvolver as relações económicas com todos os povos, salvaguardando sempre a independência nacional e os interesses dos portugueses e da economia do país;**
- h) **Eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio;**
- i) **Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores;**
- j) **Criar os instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento económico e social;**
- l) Assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país;

m) Adoptar uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional;

n) Adoptar uma política nacional da água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos.

Artigo 82.º

(Sectores de propriedade dos meios de produção)

1. É garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção.

2. **O sector público é constituído pelos meios de produção** cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas.

3. **O sector privado é constituído pelos meios de produção** cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

4. **O sector cooperativo e social compreende** especificamente:

a) **Os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos**, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na lei para as cooperativas com participação pública, justificadas pela sua especial natureza;

b) **Os meios de produção comunitários**, possuídos e geridos por comunidades locais;

c) Os meios de produção objecto de exploração colectiva por trabalhadores;

d) **Os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas**, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista. (g.n.).

Os poderes constituintes de ambos os países criaram parâmetros para a organização económica do progresso e do bem-estar social, assentes no princípio da dignidade humana. Logo, o termo “economia” deve ser entendido como boa economia. As regulações constitucionais, assim como as leis que organizam as atividades económicas, estabelecem os parâmetros em que devem atuar as iniciativas públicas e privadas.

Nesse contexto, o meio ambiente é foco de constante proteção e preocupação; por isso, é objeto de regulação constitucional. A economia deve avançar e proporcionar o bem-estar social, mas com regulações voltadas para o progresso material e espiritual do homem.

Esse ponto constitucional é base fundamental nas Cartas brasileira e portuguesa. Ambas demonstram preocupação com as atividades económicas individuais e dão ênfase às atividades coletivas, como por exemplo, às cooperativas. Também deixam claro que os princípios constitucionais básicos estão calcados no progresso legal e sustentável. Trata-se de uma economia democrática, aliada ao Estado Democrático de Direito.

A expressão “constituição económica” não pode limitar-se ao sentido de que essa constituição seja totalmente voltada para valores económicos. A referência a esse preceito é de que há pontos nas Cartas que tratam da economia, da boa economia. Mas o ordenamento, no todo, também se estende para os vários outros setores do sistema social (Luhmann), como

saúde, educação, poderes públicos, direitos humanos, proteção do meio ambiente, entre outros.

Pode-se até dizer que as constituições tratam do sistema economia, mas sem dissociá-lo do sistema social. Há críticas quanto aos regimentos constitucionais serem voltados para a economia, no sentido de que há proteção em demasia ao capital. Com isso, a Carta estaria reforçando que o Estado está voltado para o capitalismo, em detrimento de outros modelos sociais. A exegese dos textos não exclui a proteção ao capital, mas, ao mesmo tempo, não deixa de regular ou mesmo de proteger as desigualdades sociais e o fortalecimento do Estado. Regular os meios de produção, de forma que não ofendam princípios fundamentais, é da essência da tarefa estatal e deve, portanto, constar da Ordem Maior.

Nesse contexto, corre-se o perigo de o Estado chamado capitalista tomar a frente dos ordenamentos e das filosofias de vidas sociais, gerando toda a série de fenômenos inerentes à sociedade, como o individualismo extremado do capital, o aumento das desigualdades sociais, a diminuição da chamada classe média e a má distribuição de renda. É justamente nesse ponto que se pode ver o texto constitucional como o caminho norteador para ordenamentos como o social e o jurídico. Ele pode regular as situações, de modo a fortalecer os princípios fundamentais da boa vida de relação.

O momento é de grandes indagações nesse sentido, pois é recente a queda de modelos de regulação social, como o foram os modelos comunistas e socialistas. O mundo está a conhecer ainda esses efeitos de transformação que não estão sozinhos, pois se apresentam na mesma ordem de progresso que a abertura das fronteiras dos países ou, em outra perspectiva, a união de fronteiras. A vida em sociedade, que antes tinha o conceito de nacionalismo, hoje assiste a um Estado preocupado com as relações além de suas fronteiras, buscando fazer com que o bem-estar social externo faça parte da vida em sua relação interna. O caminho é de construção e se apresenta, às relações efetuadas, como uma ordem natural pela união de fronteiras. Primeiro, vem a busca pelo lucro; na esteira, vêm os relacionamentos sociais, as trocas de experiências e as amizades nas mais variadas formas de relacionamentos. Enfim, a união de fronteiras proporciona, embora de forma lenta, o progresso de nações por meio do progresso do indivíduo social.

O esquema que apresenta o comando da economia destaca um ponto importante em relação às normas e ordenamentos internacionais que influenciam a formação da constituição econômica. Essas influências convergem para seu interior como auxiliares de sua estruturação. Os ordenamentos internacionais diferenciam-se das normas internacionais: os

primeiros fazem parte da estrutura de Estado, enquanto as normas são construídas por segmentos que extrapolam as estruturas de Estado.

Dentro dessa conjuntura econômica, as NIC não podem ser consideradas somente normativos de essência econômica, mas também normas de conduta que devem ser seguidas pelas empresas de capital aberto na apresentação de seus resultados econômicos. Essas normas fazem parte do processo que apura resultados, ou seja, são registros que vão auxiliar a apuração do resultado financeiro, mas não funcionam como insumos diretos dos fatores de produção que movem a economia. Os fatores econômicos ocorrem de forma indireta: as empresas, seguindo os ditames das NIC, podem, por sua vez, ampliar sua área de atuação e fazer com que a economia seja fortalecida.

As relações sociais indicam que o homem está para a sociedade assim como a sociedade está para o homem. Nação e Estado se confundem em vários aspectos, e as definições variam. A nação que acolhe indivíduos formados em comunidades é a mesma que tem o Estado em formação, o qual se organiza em instituições. A nação pode estar organizada politicamente de forma a não caracterizar um Estado, já que a esse se credita a institucionalização.

Na mesma esteira, a nação pode se expressar por meio de normas que não necessariamente estejam institucionalizadas; a institucionalização é característica do Estado. Nesse, a norma é sua constituição política e se fortalece quando essa estrutura é reconhecida e legitimada por outros Estados. O Estado, portanto, tem na norma sua fundamentação político-jurídica. O reconhecimento do Estado acompanha o reconhecimento de seu território, sendo que o exercício de poder político pode ultrapassar esse limite e agir extraterritorialmente. Comunidades de indivíduos formam o Estado e o agrupamento de Estados e, visando ao mesmo fim, formam uma comunidade. Assim, pode-se afirmar que as NIC formaram nova comunidade, representada por um mercado e por seus membros, no caso, as empresas de capital aberto.

4.3 Princípios e Aspectos Críticos da Provisão

Os ditos “princípios contábeis”, instituidores das NIC, que na verdade são regras técnicas, impuseram ao Direito tarefas para o estabelecimento da PDC. O surgimento dessas

regras técnicas contábeis conduziram ao pensamento de que poderia haver “conflitos” entre princípios das duas ciências, Contabilidade e Direito. Mas que essência representam os princípios? Será que podem ser alguns de essência contábil e outros de essência do Direito? Afinal o que são princípios?

No primeiro momento, há que se reforçar o fato de que não existem conflitos entre os princípios contábeis e os princípios jurídicos, pois ambos integram sistemas distintos, para se utilizar da linguagem luhmanniana. No âmbito do sistema jurídico, não haveria conflito, porque, primeiramente, os princípios contábeis não integram o sistema jurídico. Os contábeis, que dão suporte às NIC (são as “razões morais” que sustentam as NIC), têm sua base no estabelecimento de como os registros devem ser realizados, a fim de cumprir seus objetivos; os jurídicos estão voltados para a análise intrínseca da contingência de origem de um processo judicial ou administrativo, que servirá de base à classificação da contingência para provisão ou não.

Em termos gerais, na perspectiva da provisão para demandas contingentes, os princípios contábeis servem de regramento de seus registros contábeis. Fala-se aqui ou de regras contábeis ou de princípios no sentido epistemológico, mas não no sentido pragmático-problemático. Os princípios jurídicos, por sua vez, são “aplicados” em cada caso concreto, e seu uso sujeita-se ao exame técnico-jurídico. No segundo momento, a análise da questão apresenta um ponto complexo e que talvez pudesse ser entendido de forma equívoca: no sentido de que poderia haver conflito entre princípios de duas ciências: Direito, verdadeiro subsistema social, e a Contabilidade, técnica desenvolvida dentro do sistema econômico. Isso, porém, numa perspectiva hermenêutica, não ocorre. O princípio da essência sobre a forma (Brasil) ou da substância sobre a forma (Portugal) está consolidado na Contabilidade. Por ele, se a essência do fato se apresentar mais justa que a forma para qual ele se volta, os contabilistas devem segui-la e registrá-la, abandonando a forma.

A razão simples desse comando é que a essência indica o registro com mais transparência (eis aí um imperativo de moralidade, portanto) que a forma estabelecida para esse mesmo registro. Exclusivamente no âmbito do Direito, cujo processo é ritualístico e formalístico, essa condição proporcionaria entendimentos embaraçosos e poderia gerar insegurança jurídica. Como exemplo, cita-se a perda de prazo peremptório (forma), fazendo o julgamento resultar tão somente na condição processual da intempestividade. Nesse caso, se a essência prevalecesse, a perda de prazo estaria em segunda questão de análise; buscar-se-ia a

essência do fato ou do ato que deu causa ao litígio, aplicando-se as regras de Direito (essência) e não as processuais (forma) para julgar o referido fato.

Surge daí a diferença fundamental entre as duas ciências em matéria de PDC: as regras da Contabilidade estão fundamentadas em registros contábeis e, quanto mais transparentes eles se apresentarem, melhor espelharão a realidade fática, dando ao usuário da informação melhores condições de avaliação do ente. Já o Direito tem como um dos seus instrumentos fundamentais, ao menos do ponto de vista da solução de litígios, o processo. “Quebrada” a regra processual, mesmo havendo direito sobre o objeto do processo, o julgamento resultará com base no não cumprimento da regra processual. Nesse caso, fica claro que o Direito segue, no mínimo, os chamados princípios (na verdade, *standards* retóricos, não mais que isso) da instrumentalidade e da efetividade processual (forma), em detrimento de qualquer essência de direito - e por que não dizer de justiça - que possa haver sobre o objeto do processo.

A análise se amplia quando se abre a discussão em dois pontos básicos: a) o Direito ditando o que é primordial para análise de mérito de uma contingência; b) os princípios contábeis internacionais que regem a PDC como base da própria essência para o registro contábil. No primeiro caso, estabelece-se que o Direito decide o que deve ou o que pode ser substância que a Contabilidade deve seguir para proceder ao registro. No segundo, à análise da importância do princípio da essência sobre a forma em relação à PDC, associa-se a afirmação de Lopes de Sá⁹⁷⁸ de que o Direito exerce forte influência sobre os registros contábeis.

Se a PDC for analisada na perspectiva de que o Direito dita regras, a afirmação do Professor Lopes de Sá é reconhecida. Se a PDC for encarada só do ponto de vista da forma, os critérios para seu registro contábil encontram-se em normativos regulados juridicamente. A Lei das S.A.⁹⁷⁹, no Brasil, é exemplo da regulação do Direito sobre os registros contábeis.

Ordinariamente, esse entendimento não abrange a ideia dos teóricos de que lei não é igual ao Direito; por isso, é necessária a regulação dos registros contábeis pelo Direito, por meio de regras preestabelecidas.

⁹⁷⁸ Lopes de Sá, A. (2007). *Princípios fundamentais de contabilidade*. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 233.

⁹⁷⁹ Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

As NIC, que deram origem à PDC, estão, originalmente, dissociadas do Direito, mas indiretamente impuseram a ele a função de operar serviços que visam às classificações de contingências com bases processuais e, em alguns casos específicos, até a valorização do processo. Neste trabalho, não se discute o quanto implicou ou implica o importe dessas regras para a regulação das contingências passivas pelo Direito interno dos países que as adotaram em seus ordenamentos. Mas discutem-se, sim, algumas consequências pela falta de regulação pelos trâmites normais, inclusive no âmbito do Direito, e, principalmente, o inevitável envolvimento dos operadores do Direito nos serviços técnicos da PDC.

Assim, tendo as NIC estabelecido que entidades de capital aberto têm a obrigatoriedade de aplicar suas regras, identifica-se, em países como Brasil e Portugal, uma situação problemática envolvendo princípios contábeis e princípios jurídicos. Isso não significa, no entanto, que, como dito alhures, no âmbito do Direito, ocorra uma espécie de “conflito entre princípios contábeis e princípios jurídicos”, pois os primeiros são “lidos” na ótica do sistema de Direito. De outro modo, o dito “princípio” da essência sobre a forma, da ciência contábil forjada no sistema econômico, nada mais é do que um “mandamento” da contabilidade, que tem por detrás dele um imperativo moral (lisura, transparência, correção, verdade). Então, quando se está lidando com um princípio, na verdade se está lidando com um “imperativo moral” (Dworkin). Logo, é óbvio que a forma ou formalidade não poderão prevalecer. O registro, no caso do provisionamento contábil, tem de espelhar a verdade. O Direito, por evidente, regra geral, não teria como dar outro tratamento.

Não se pode, portanto, falar em princípios contábeis *versus* princípios jurídicos. Quando se está trabalhando com o código do Direito (direito/não-direito), repete-se, trabalha-se com princípios “jurídicos”. Os princípios contábeis – é possível afimar – são, diga-se assim, “seqsequestrados” pelo sistema de Direito e passam a ser tratados como princípios jurídicos porque são ou representam verdadeiros imperativos de moralidade, justiça, correção ou outra dimensão moral. E princípio, ao menos para Dworkin, adepto da corrente do Direito como interpretação, vertente utilizada nesta tese para desenvolver *modus interpretandi* dos operadores do Direito responsáveis pelo provisionamento das demandas contingentes, é uma exigência de moralidade. Para chegar a tais conclusões, basta que se pergunte: é moral negar a verdade dos fatos só porque a forma diz uma coisa quando aconteceu outra? A resposta parece óbvia: não. O que tem de ficar claro, portanto, é que na

provisão há um dever de transparência, atendendo a um imperativo moral de lisura, verdade, correção, ética, na informação da provisão.

E isso é de "direito" e, portanto, "sindicável" pelo operador do direito. Explicando mais amiúde, utilizando o exemplo da discussão pelo Judiciário do mérito administrativo: é ou não é possível discutir judicialmente o mérito administrativo? A doutrina mais antiga posicionava-se contra a que o judiciário adentrasse na questão da discricionariedade, conveniência e oportunidade do mérito administrativo. A questão que se coloca, então, é: se um princípio é violado (v.g., moralidade, impessoalidade, proporcionalidade etc.), será que o Judiciário também não pode adentrar no dito mérito administrativo? A resposta aqui também é evidente, agora em sentido contrário: sim.

Bem por isso o princípio está "colado" na regra. Não há regra sem princípio. O princípio é instituidor da regra. Regra sem princípio, ao menos no âmbito do Direito, é inconstitucional. E princípios não são adjudicados de fora, como quer Alexy. A norma, por sua vez, é o resultado da interpretação dos textos, das regras. Então, norma, ao mesmo tempo em que é, não é a regra; regra e princípio são uma coisa; norma é outra coisa. Mas princípios e regras são normas enquanto applicatio.

A presente tese, aproveitando-se do manancial fornecido pela teoria sistêmica e pela Hermenêutica Filosófica como condição de possibilidade do processo compreensivo/interpretativo/aplicativo, quer avançar no entendimento de que o Direito sofre a "irritação" de fora, do ambiente e dos demais sistemas, mas se mantém autônomo, operando internamente e de modo autorreferencial.

A autonomia, porém, em que pese Luhmann não dar a devida atenção ao intérprete – até porque não é esse o seu interesse –, é preservada pela correta interpretação do Direito (e aí entra o problema hermenêutico). Noutras palavras, se o operador do Direito passa a interpretar fora dos lindes do sistema de Direito, contribuirá para a corrupção da autopoiese, no caso a alopoiese, termo que utiliza Marcelo Neves. A alopoiesis é a corrupção da autopoiese. Nessa condição, na de corrupção sistêmica, a alopoiese ocorre quando os sistemas passam a ser contaminados por outros sistemas.

Exemplificando, poder-se-ia dizer que, em razão da alopoiese, o sistema de Direito passa a ser contaminado pela política ou pela economia ou, ainda, pela moral, da mesma forma que a política ou a economia passam a ser contaminadas pelo Direito. Quando isso

ocorre, nenhum dos sistemas funciona adequadamente, pois dita contaminação, no interior do sistema, provoca a corrupção do código lícito/ilícito no caso do Direito, ou do código governo/não-governo no caso da política, ou, ainda, do código pagamento/não-pagamento no caso da economia, enfim. No sistema de Direito, portanto, a alopoiesis acontece quando o Direito não consegue se “desenvolver”, em especial pela falta de autonomia. Essa falta de autonomia, ou esse enfraquecimento da autonomia do Direito, como dito, decorre da “sobreposição” de outros códigos (economia, política, moral etc.) sobre o código do Direito. Ou seja, o Direito perde sua autonomia operacional, pois passa a ser invadido e corrompido por outros códigos, ficando, assim, sem a condição de reflexão/reflexividade⁹⁸⁰. De outro modo, quando um sistema fica refém de outro sistema, advém a tal perda de autonomia, pois o sistema refém passa a ser “predado” pelos chamados “predadores externos”⁹⁸¹.

A conclusão de tudo é que, por mais que se possa admitir que o Direito possa vir a ser “regulado” por fatores externos – o que já é complicado –, a leitura do Direito é e deve ser interna, sob o código jurídico/não-jurídico, pena de quebra da autonomia do sistema de Direito. Toda operação do sistema jurídico, como se sabe, parte de uma operação anterior (lei, jurisprudência) e cria condições para a operação seguinte. Assim, é conservada a exclusividade do sistema mediante uma “recursividade” que lhe é interna e exclusiva. É claro que ocorrem interferências econômicas, políticas, morais etc. no sistema de Direito, mas essas interferências somente afetam o Direito na medida em que sua estrutura pode tolerar. O sistema de Direito, portanto, processa informações mediante o código *Recht/Unrecht*, modificando seu interior, dando continuidade à sua autopoiese. Nas palavras de Germano Schwartz,

O sistema jurídico (...) tem sua autonomia dada não por sua autorregulação ou autocriação. Ele consegue autonomia a partir do estabelecimento de seu próprio código, universalmente aplicado a partir de sua própria e peculiar especificidade. É mediante o código que o sistema jurídico se estabelece como um subsistema funcionalmente diferenciado do sistema social, dele se isolando, mas, ao mesmo tempo, permanecendo em contato com ele e todos os seus subsistemas. Logo, o sistema jurídico somente terá sua autonomia afetada quando o seu código estiver em

⁹⁸⁰ Neves, M. (2007). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, p. 140 e ss.

⁹⁸¹ Streck, L.L. , (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 370. Ver também Tassinari, C. (2013). *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 29.

perigo. Ou seja, quando começar a tomar decisões com base em códigos de outros subsistemas⁹⁸².

Os princípios contábeis não são, pois, princípios de Direito, e nem entram em colisão com os princípios jurídicos. Agora, por detrás dos chamados princípios contábeis, e também por detrás dos princípios jurídicos, há princípios que, no final das contas, são exigências de moralidade. Princípio, portanto, é princípio, para ser tautológico, circular, auto-referente. Não há princípios somente na economia ou no Direito, ou, ainda, na ciência da Contabilidade. Basta que se analise o princípio – ou o imperativo moral – de as pessoas se ordenarem na fila. Simplesmente nasceu. Não se questiona sua validade. Integra desde-já-sempre a tradição. Não possui regulação por nenhum sistema ou ciência. Já existia quem sabe antes da Filosofia, da Sociologia ou do Direito, enfim.

Como imperativo moral, no entanto, é um princípio básico da vida de qualquer pessoa. Uma criança aos três anos de idade entende isso. E se localiza no mundo obedecendo a esse princípio, pois, quando, na fila, passam na sua frente, ela reclama. O problema da fila, pois, é um problema moral, um problema de isonomia, igualdade; logo, é um problema de princípio.

De forma mais clara, o termo princípio, quando utilizado pela contabilidade, termina, sim, por afetar a vida do Direito quando se fala em provisão para demandas contingentes.

Os operadores do Direito, porém, não estão se submetendo a outras ciências porque tais princípios são “lidos” pela ótica do sistema de Direito que jamais irá derrubá-los, mas tão-somente regulá-los. Os princípios da contabilidade se “comunicaram” com o Direito. O Direito, então, internamente, operará a comunicação do ponto de vista do sistema de Direito.

É de se ressaltar que, ao mesmo tempo em que a imposição sobre o Direito veio por meio das NIC, a origem dessa “imposição”, dessa “obrigatoriedade”, não está nas NIC. Elas são o meio utilizado para “dizer” ao Direito e à sociedade que algo deveria ser feito em termos de “reflexo econômico” de processos judiciais no âmbito da contabilidade das empresas de capital aberto. Dai que o termo “PDC” - Provisão para Demandas Contingentes - se encaixa perfeitamente como atividade desenvolvida no âmbito do sistema de Direito. O que

⁹⁸² Schwartz, G. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: Rocha, L. S.; King, M.; Schwartz, G. (2009). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 106-107.

se provisiona é a contingência representada por um processo judicial. E contingência não é do “mundo” da contabilidade.

Contingência pertence ao mundo social, ao sistema social. Para lembrar Kelsen, é como se houvesse um “mundo diferente” do Direito agindo no Direito. Já em Luhmann, o Direito recebe tudo isso de fora e se (re)cria autorreferencialmente.

O princípio contábil da essência em detrimento da forma se apresenta relevante à questão proposta (como já dito). Mas há casos que a chamada essência pode ser de aplicação pelo Direito em detrimento da forma ditada pela contabilidade. As NIC estabelecem que as contingências classificadas como possível não sejam provisionadas, mas devem ser divulgadas em balanço com a contabilidade ditando a forma. Mas há casos em que o Direito pela análise da essência da contingência, se divulgada pela forma ditada pela contabilidade, pode prejudicar a empresa e o mercado. Aí se inverte a aplicação do princípio da essência.

Se a essência de uma das contingências classificadas como possível pelo Direito indicar que tal contingência não deve ser noticiada ao mercado, tem-se uma situação problemática ou um problema envolvendo regras/princípios de Direito e da contabilidade. Isso porque, enquanto a primeira estabelece o registro e a divulgação da contingência pela forma, a segunda alerta que a divulgação pode prejudicar a empresa com a produção de prova contra si mesma. Exemplo: se uma companhia de capital aberto tem contra si uma ação, cujo objeto pode desencadear outras, mesmo sem risco imediato provável de condenação, a notícia em nota explicativa de balanço na classificação possível dessa ação pode provocar dispêndios desnecessários, como o aumento de ações análogas contra a companhia.

A situação se agrava se a informação for passada com valores da provisão classificada como possível. Nesse caso, poder-se-ia citar, como exemplo, um processo em que as partes estão em vias de acordo. Se a companhia “abrir” o valor em balanço que possui de provisão para a respectiva demanda, estaria possibilitando a parte contrária o conhecimento de valor, que se não conhecido, poderia encerrar a demanda por valor aquém da provisão. A forma, no caso, indica que a notícia deturpa a condição de estabilidade e levará a companhia a expor uma situação que atentará contra sua saúde administrativa e financeira; já a essência indica cautela, podendo recomendar que a notícia seja de modo que não prejudique a empresa: dados e valores de forma agregadas, por exemplo. O ponto em si é polêmico; por isso, o princípio contábil da essência sobre a forma, ou sua inversão, deve ser compatibilizado com o princípio

jurídico contido no Pacto de São José da Costa Rica⁹⁸³ – do qual Brasil é signatário –, a pessoa tem o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” Com base nesse princípio, a publicação das contingências de classificação possível que possa prejudicar a empresa não deve ser estampada em balanço, pelo menos de modo que possa fazer provas contra a empresa de capital aberto.

Ainda quanto à complexidade gerada pelo amálgama das regras e princípios da contabilidade e do Direito, em termos de PDC, o desafio do responsável pelo provisionamento é o de buscar saber qual é o peso de cada um dos princípios em pauta – lembre-se que os ditos princípios da contabilidade já não mais o são, pois comunicaram-se ao Direito – e qual deles irá prevalecer. Isso não só para não afetar a companhia, como também para cumprir os objetivos das NIC e os requisitos de transparência para o mercado. Se o caminho a ser trilhado é o de que há prevalência de um princípio sobre o outro (Alexy), deduz-se que o princípio contábil estaria no ápice da pirâmide hierárquica.

A base para essa dedução é a da essência do produto provisão, que é contábil. Esse caso ensejaria a declaração de que o princípio contábil, que na verdade representa um imperativo moral e com o qual o Direito anui, se sobressai sobre o princípio jurídico da legalidade, que legitima a forma.

Outra razão fundamental para a solução da situação problemática e contingencial é que a essência reclamada pelo princípio contábil tem sua aplicação condicionada à situação mais justa. Portanto, decide-se em face do princípio jurídico, por ser o contábil mais justo à situação em termos de PDC. Esse está longe de ser o caminho tranquilo e unânime de solução nesse caso; por mais que a essência deixe transparecer a noção do mais justo, a forma pode conter, inclusive, elementos da essência, aliados aos princípios da legalidade.

Captar a essência para julgá-la mais justa que a forma não é tarefa das mais tranquilas. O embate também pode haver quanto a quem cabe decidir sobre a aplicação de um dos princípios em situação problema. Se o da essência sobre a forma deve prevalecer, por ser esse

⁹⁸³ OROC. Ordem dos Revisores Oficiais de Conta. (2004). Trad. das Normas Internacionais de Relato Financeiro. Lisboa: IASCF, p. 1172, p. 36-52. Item 86: A menos que a possibilidade de qualquer exfluxo na liquidação seja remota, uma empresa deve divulgar para cada classe de passivo contingente à data do balanço uma breve descrição da natureza do passivo contingente e, quando praticável: uma estimativa do seu efeito financeiro, mensurado segundo os parágrafos.

contábil, deve ser reconhecido pelo técnico da área, o contabilista. Portanto, o advogado estaria isento de qualquer responsabilidade. Prevalecendo a forma, a situação se modifica, e o princípio da legalidade passa a ser o topo da hierarquia. Nesse caso, pode haver responsabilidade de advogado e/ou de contabilista. Se a demanda contingente exigir definição e parâmetros de Direito, como os parâmetros de mensuração, a responsabilidade está entre os dois profissionais: ao advogado cabe estabelecer os parâmetros com base nos julgados; ao contabilista, mensurar com base nos parâmetros. Mas caso não caiba mais discussão sobre a mensuração, como nas demandas em que se esgotou a discussão quanto aos valores em jogo, a responsabilidade passa a ser tão somente do advogado, que classificou o processo como contingência passiva, portanto, sujeita à provisão.

Nessa situação, fica saliente a participação *sine qua non* do advogado na classificação da provisão para demandas contingentes, pois estão presentes condições inerentes à técnica jurídica, como: a classificação da ação como contingência, a análise jurídica dos pontos em discussão no processo (que podem ou não acarretar dispêndios para a companhia) e a definição dos devidos parâmetros para cálculo.

Em relação ao tema deste trabalho, provisão para demandas contingentes, é fundamental a análise e a atribuição de valores prováveis de condenação. Por isso, o estudo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade é conveniente. Isso será visto adiante.

4.3.1 Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e a Provisão para Demandas Contingentes

Tratar do tema “princípio da razoabilidade/proporcionalidade” é tarefa “espinhosa”, por uma série de fatores, a começar pelo problema terminológico e pela dificuldade em se estabelecer as bases do dito princípio (ou princípios). É que, segundo parte da doutrina, o princípio da razoabilidade basear-se-ia no devido processo legal, e o da proporcionalidade, na limitação à atuação do Poder Público, congregando outros princípios. O princípio da

proporcionalidade vincular-se-ia ao devido processo legal em sentido procedural,⁹⁸⁴ enquanto o princípio da razoabilidade, ao devido processo legal em sentido substantivo⁹⁸⁵.

Nascido da transformação do Estado Absolutista para o Estado Liberal, o princípio da proporcionalidade trouxe à tona a necessidade de impor limitação ao poder ilimitado do monarca, quando a fonte de todo o Direito era a pessoa do rei, que poderia ser subjetiva ou objetiva. O rei fazia-se representar como enviado divino, com todos os poderes possíveis e imagináveis. Sua figura era imposta como a própria personificação divina: tendo poder sobre todos, criava, executava e julgava segundo suas normas. Podia, inclusive, contrariar sua própria regra, ou seja, ao seu arbítrio, estabelecer julgamentos da forma que melhor lhe conviesse. Enquanto nos Estados europeus, **o princípio da proporcionalidade se consolidou, portanto, como uma reação dos cidadãos ao arbítrio do rei, a máxima da razoabilidade estadunidense evoluiu das tensões sociais, e não da tentativa de limitar um poder soberano**, sendo esta **uma considerável diferença entre os dois princípios constitucionais.**⁹⁸⁶ (g.n.).

Mas, afinal de contas, qual seria, então, uma ideia aproximada de proporcionalidade ou razoabilidade? Há diferença entre ambas? Bem. É possível chegar a algumas respostas aproximadas. Uma delas pode ser buscada em Ricardo Maurício Freire Soares⁹⁸⁷ para quem, etimologicamente, “o vocábulo ‘proporcionalidade’ contém uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. Proporção, no entanto, é um conceito relacional, isto é, diz-se que algo é proporcional quando guarda uma adequada relação com alguma coisa a qual está ligado. A ideia de

⁹⁸⁴ Termo usado na informática para definir a linguagem de programação *procedure*. Importado por outras ciências para definir um processo com uma sequencia de instruções com rotinas, sub-rotinas e funções.

⁹⁸⁵ Steinmetz, W.A. (2001). *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 183-186.

⁹⁸⁶ Cristóvam, J.S.Silva. (2003). A Resolução das Colisões entre Princípios Constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Acesso jan, 20, 2009 em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>, p. 5. “A origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, em sua conformação moderna, encontram-se intrinsecamente ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificados a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa. Desta forma, sua origem remonta os séculos XII e XVIII, quando, na Inglaterra, surgiram as teorias jusnaturalistas e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Posteriormente, a ideia de proporcionalidade é utilizada na França como técnica voltada para o controle do poder de política da Administração Pública. A proporcionalidade só adquire, contudo, foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha, sendo, então, aplicado ao campo dos direitos fundamentais, vinculando, assim, a totalidade dos poderes públicos”. Soares, R.M. (2010). *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, p 147.

⁹⁸⁷ Soares, R.M.F. (2010). *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, p. 146.

proporcionalidade reclama o apelo à prudência na determinação da adequada relação entre as coisas”. A ideia de proporcionalidade, assim, segundo Soares,

revela-se não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também consubstancia um verdadeiro referencial argumentativo, ao exprimir um raciocínio aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinada finalidade⁹⁸⁸.

O princípio da proporcionalidade, portanto, atualmente, tem assento nos mais diversos ramos do Direito. No Direito Administrativo, por exemplo, o princípio da proporcionalidade decorre da evolução do princípio da legalidade, embora voltado este, originariamente, para a questão das penas. Mais tarde, porém, começou a ser utilizado com a finalidade de proteger os direitos fundamentais. No novo Direito Constitucional, por sua vez, o princípio da proporcionalidade ganha cada vez mais importância; o Estado amplia seu controle por meio dele. A proporcionalidade é tida como um instrumento de aplicação e de regulação dos citados direitos fundamentais, sendo aplicado também na solução dos respectivos conflitos, permitindo, segundo as teorias da argumentação, “ponderar” os interesses envolvidos e direcionar o resultado conforme se apresente o caso para solução. O princípio da proporcionalidade funcionaria, assim, como regulador, inclusive, do sistema de princípios.

Na doutrina, como dito, não há uniformidade quanto à terminologia do princípio, que varia entre o da proporcionalidade, o da proibição de excesso e o da razoabilidade, havendo um certo consenso, no entanto, quanto às diferentes origens de cada um.⁹⁸⁹ Embora se vislumbrem algumas diferenças entre os conceitos de cada corrente – e, em especial, quando se digladiam teorias da argumentação e vertentes hermenêuticas (aqui no sentido da Hermenêutica jurídica de cunho filosófico) –, todas elas parecem se basear num pressuposto comum: o de que o fim comum é regular os atos estatais. É nesse sentido, pois, que J. J. Gomes Canotilho destaca que

Por meio de *standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, **é possível hoje recolocar a administração** (e, de um modo

⁹⁸⁸ Soares, R.M.F. (2010). *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, p. 146.

⁹⁸⁹ Rplim, L.S.G. (2002). Uma visão do princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n.56, abr.2002. Acesso jul, 20, 2004. em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>.

geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão⁹⁹⁰. (g.n.).

O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito, assim, tem sido cada vez mais fortalecido, em especial nas decisões dos tribunais, e vem subsidiando tanto a tutela dos direitos fundamentais como a regulação e a realização das normas subordinadas. Agora, por que o tema seria tão “espinhoso”, como referido *ab initio*? Aqui cabe, pois, trazer à colação alguns autores que se debruçaram sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. O primeiro deles – e sobre o qual recairá boa parte das seguintes observações – é Inocêncio Mártires Coelho. Para Coelho, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, aplicado ao Direito em geral – e bem por isso não restrito à exegese constitucional -, é um princípio de “ponderação⁹⁹¹”. Em essência, diz Coelho,

consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico⁹⁹².

Nesse aspecto, então, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade tornar-se-ia consubstancial à ideia de Estado de Direito, uma vez que ligado intimamente com os direitos fundamentais que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Dita interdependência, segundo Coelho, manifestar-se-ia, assim, nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolveriam de modo justo ou equilibrado ao se apelar para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, indissociável da ponderação de bens, e ao lado da adequação e da necessidade, compondo, então, a proporcionalidade em sentido amplo⁹⁹³.

Pois bem. Algumas críticas podem ser feitas com relação à noção de princípio da razoabilidade ou proporcionalidade defendida por Inocêncio Mártires Coelho. Essas observações não seguirão uma ordem de importância, como se verá adiante. Devem ser feitas,

⁹⁹⁰ Canotilho, J.J. G. (2002). *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Lisboa: Almedina, p.268.

⁹⁹¹ Coelho, I.M. (2007). *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 97.

⁹⁹² Coelho, I.M. (2007). *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 109.

⁹⁹³ Coelho, I.M. (2007). *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p 109-110.

no entanto, a fim de evitar uma confusão epistemológica, uma vez que o paradigma sobre o qual está sentada a presente tese é o paradigma hermenêutico, e não o da teoria da argumentação, paradigma trabalhado por Coelho.

A primeira observação, portanto, é a de que Mártires Coelho trata a proporcionalidade como “princípio geral do Direito”, e, portanto, acaba indo de encontro a tudo o que já foi dito neste trabalho acerca das três acepções de princípio apontadas por Rafael Tomaz de Oliveira e de como a acepção dos princípios gerais do Direito se encontra descartada nos lindes de uma hermenêutica jurídica desenvolvida no paradigma do Estado Democrático de Direito. É que, como ensina Lenio Streck, “no Constitucionalismo Contemporâneo, marcadamente pós-positivista, não há mais espaço para os princípios gerais do direito, que não passam de axiomas com finalidades próprias no positivismo do século XIX⁹⁹⁴”.

Assim, diz Lenio, enquanto os princípios gerais do direito se constituíam em uma “autorização” para a discricionariedade, um fator que justificava a “saída” do juiz do sistema codificado para solucionar o caso que lhe era apresentado e que não encontrava resposta no Código, os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, como um contraponto a essa discricionariedade⁹⁹⁵.

Se a razoabilidade ou a proporcionalidade, portanto, são havidas como princípios gerais do Direito, então, há que se convir, não se estaria aqui tratando com princípios no sentido pragmático-problemático. Mais que isso, como dito: admiti-lo seria negar a força normativa da Constituição, que condiciona a interpretação do Direito e não mais admite a ideia de princípios gerais do Direito como elementos de colmatação das lacunas do Direito. Dito de outro modo, ainda com Streck:

com o advento do constitucionalismo principiológico, não há mais que falar em 'princípios gerais do Direito', pela simples razão de que foram introduzidos no Direito como um 'critério positivista de fechamento do sistema', visando a preservar, assim, a 'pureza e a integridade' do mundo de regras⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 133.

⁹⁹⁵ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 141-142.

⁹⁹⁶ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 139.

A segunda observação corresponde ao tratamento dado por Coelho a ambos os princípios, razoabilidade e proporcionalidade, como um só. Aqui, no entanto, pensa-se que não haveria o que criticar, pois considerando a postura hermenêutica ora adotada e não a da teoria da argumentação, a discussão carece de mais sentido. De qualquer forma, segundo parte da doutrina e contrário ao que preconiza Mártires Coelho, há distinção entre razoabilidade e proporcionalidade como princípios, como também defende Wilson Steinmetz⁹⁹⁷.

Para Humberto Ávila, a razoabilidade e a proporcionalidade nem mesmo seriam princípios, mas “postulados normativos específicos”. Postulados normativos são “deveres estruturais que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles”; dependem da conjugação de razões substanciais para sua aplicação. Os postulados podem ser “específicos” e “inespecíficos”. Esses são eminentemente “formais”, pois exigem a relação entre os elementos, sem especificar quais critérios devem orientar a relação entre eles. Assim, para Ávila, eles são “ideias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação.” Já os específicos – como razoabilidade e proporcionalidade – são aqueles cuja aplicação depende da existência de determinados elementos e é pautada por critérios. Explica Ávila:

A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim)⁹⁹⁸.

Como aponta Calil de Freitas, a diferença de Ávila para os demais autores que consideram a proporcionalidade como um princípio está, portanto, em que, enquanto os princípios dizem respeito a um dever de promoção de um estado ideal de coisas, um fim a ser atingido, os postulados referem-se ao modo como tais deveres devam ser aplicados. Postulados, assim, são “normas de segundo grau” que estruturam o modo de aplicação de outras normas, de primeiro grau: princípios e regras⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ Steinmetz, W.A. (2001). *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 148-192. Ver também: Freitas, L.F.C. (2007). *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 213-216.

⁹⁹⁸ Ávila, H. (2006). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 129-130.

⁹⁹⁹ Freitas, L.F.C. (2007). *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 205.

A noção de razoabilidade ou proporcionalidade como postulados normativos pode e deve ser criticada do ponto de vista hermenêutico. Aqui, evidentemente, não se procederá a uma crítica com maior profundidade porque não é esse o objeto desta tese¹⁰⁰⁰. Algo, no entanto, precisa ser dito. A (breve) crítica, então, pode iniciar-se a partir do fato de que, segundo Ávila, os postulados normativos debelariam “colisões” entre outras normas, “confrontos normativos”, detendo a qualidade de “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios¹⁰⁰¹”.

Ocorre que, conforme Streck, regras e princípios só “acontecem” em situações concretas¹⁰⁰². As “normas de método” ou os postulados normativos não estão aí para resolver “conflitos normativos entre princípio¹⁰⁰³”, pois não há nenhum conflito normativo ou conflito entre princípios a ser solvido em abstrato. Na decisão judicial, que é *applicatio*, quando a norma, o sentido do texto/da regra, emergir com a atribuição de sentido do intérprete, a compreensão já se terá dado, pois ela é concomitante à aplicação, na fusão de horizontes texto/fato. Afinal, como questiona Adalberto Narciso Hommerding,

se compreensão, interpretação e aplicação constituem processo único (Gadamer) que só ocorre na aplicação, como afirmar que as normas de método, abstratamente, sustentando-se numa espécie de ‘suficiência ôntica’ (Streck), de modo ‘apofântico’, possibilitam uma ‘ponderação’ em abstrato ou uma resolução de conflitos entre princípios ou entre regras, ou entre princípios e regras, em abstrato? ¹⁰⁰⁴.

Postulados normativos, pois, na visão da Hermenêutica de cunho filosófico, não resolvem conflito algum entre princípios. A decisão proporcional ou razoável não resulta de uma resolução em abstrato, antecedente, por meio de normas de método, de conflitos entre

¹⁰⁰⁰ No Direito Processual há uma proposta inicial de crítica em Hommerding, A.N. (2009). *Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da magistratura*. Santa Rosa: Coli, p. 78-86. Também: Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 169-174.

¹⁰⁰¹ Ávila, H. (2005). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, p. 168.

¹⁰⁰² Streck, L.L. (2008). *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 176, 435.

¹⁰⁰³ Hommerding, A.N. (2009). *Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da magistratura*. Santa Rosa: Coli, p. 78-86.

¹⁰⁰⁴ Hommerding, A.N. (2009). *Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da magistratura*. Santa Rosa: Coli, p. 82-83.

regras ou princípios, pois na *applicatio* já há um “é”, pois algo já se antecipou (Heidegger). Ou, como diz Streck, “um algo que se antecipa e que é condição de possibilidade a qualquer interpretação”. Lenio ensina:

antes da explicação causal (raciocínio subsuntivo-dedutivo), há algo mais originário e que é condição de possibilidade de qualquer explicação causal. Trata-se da pré-compreensão, da antecipação de sentido, onde o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido. Essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico de explicitação. É problemático estabelecer *standards* conceituais ‘aptos’ à prática de raciocínios subsuntivo-dedutivos, porque isso elimina as situações concretas, que passam, desse modo, a ser ‘abarcadas’ pelos referidos conceitos¹⁰⁰⁵.

Falar, pois, ou em “ponderação” à moda de Alexy ou em “postulados normativos” (Ávila) – como técnica, instrumento, para aplicar princípios ou resolver “conflitos” entre princípios – implica apostar em “escolhas subjetivas” (Streck), repristinando a jurisprudência dos conceitos ou a jurisprudência dos valores¹⁰⁰⁶, fruto de um direito fundado no esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência. Isso porque implicaria na possibilidade de caber ao intérprete “dizer qual o princípio aplicável¹⁰⁰⁷”, ficando delegado àquele, conforme sua subjetividade, a decisão do caso¹⁰⁰⁸. Por isso, a ponderação – e aqui se incluem os postulados normativos de Ávila –, como ensina Lenio,

¹⁰⁰⁵ Streck, L.L. (2008). *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 178-179.

¹⁰⁰⁶ Outro problema é confundir princípios com valores. Como aponta Lenio Luiz Streck, “é equivocado pensar que os princípios constitucionais representam a positivação dos valores. O Direito é um sistema formado por regras (preceitos) e princípios. Ambos são normas. A diferença entre a regra e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro”. Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 145.

¹⁰⁰⁷ Streck, L.L. (2008). *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 180.

¹⁰⁰⁸ Hommerding, A.N. (2009). *Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da magistratura*. Santa Rosa: Coli, p. 83. A Hermenêutica combate a subjetividade que assujeita objetos. Assim, com o giro linguístico não é o sujeito que morre, mas aquela subjetividade. Em

vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão). Por ela, encobre-se a seguinte questão: a de que não existe semântica perfeita e de que, enfim, não é possível a superposição de significados. E por que não existe a semântica perfeita? Porque não há a possibilidade de extrair analiticamente de enunciados qualquer sentido; nos enunciados é preciso um *a priori* para extrair sentidos. Assim, o ‘remédio’ contra a ponderação é um remédio contra um mecanismo de encobrimento de um raciocínio que se faz incompleto, porque é sobre o equívoco de duas situações que se decidem sobre a ponderação, que, assim, retorna ao método¹⁰⁰⁹.

Nesse aspecto, haverá, segundo Lenio, uma diferença entre a Hermenêutica e a teoria da argumentação:

enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica (...) parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, isto é, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete. Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *easy case*¹⁰¹⁰.

É bem verdade que Humberto Ávila afirma que postulados normativos não são sobreprincípios¹⁰¹¹. Até aí tudo bem. Agora, se não são sobreprincípios, então, como responder à seguinte pergunta posta por Adalberto Hommerding em sua crítica à ideia de postulados normativos: reconhecida a possibilidade de existência e validade dos postulados normativos, e de que estes são mesmo “metanormas”, quais seriam, então, as “metanormas” a

Heidegger e Gadamer, portanto, como ensina Lenio Luiz Streck, a substituição do sujeito solipsista não se dá pela morte do sujeito, mas, sim, pela morte da “subjetividade assujeitadora do sujeito”. O sujeito da relação de objetos permanece porque passa a ser “controlado” pela tradição. Noutras palavras, ainda com Streck, “o sujeito (solipsista) (...) ‘simplesmente’ não mais ‘assujeita’ as coisas, os sentidos e o conhecimento; ele agora responde a uma relação intersubjetiva, em que existe um *a priori* compartilhado, lócus dos sentidos que se antecipam a esse ‘sujeito’”. Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 221-224.

¹⁰⁰⁹ Streck, L.L. (2008). *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 181.

¹⁰¹⁰ Streck, L.L. (2008). *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.182.

¹⁰¹¹ Ávila, H. (2005). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação*. São Paulo: Malheiros, p. 122.

fundarem as “metanormas”? Afinal, como pontua Hommerding, se admitirmos a existência de “metanormas”, não poderemos negar a possibilidade da existência de “metanormas” a amparar “metanormas”. Ou seja, se for seguido o raciocínio de Humberto Ávila, poder-se-á, subjetivamente, encontrar alguma outra “metanorma”, num nível superior, qual uma “*grundnorm*”, disciplinando quando se deveria ou não utilizar a “metanorma”, e assim por diante! Numa breve sentença, diz Adalberto: “(re)cairíamos no positivismo kelseniano¹⁰¹²”.

O raciocínio, portanto, é circular. Não é escalonado. Se assim não fosse, se a compreensão não fosse vista pela ótica do círculo hermenêutico (Heidegger), regressaríamos fatalmente ao infinito, buscando, como fez o positivismo, normas para, verticalmente, sustentar normas¹⁰¹³.

A terceira observação – e talvez a mais importante porque vinculada, em especial, à segunda – é a de que a noção de princípio da razoabilidade ou proporcionalidade preconizada por Coelho não se coaduna com a noção de princípio da razoabilidade ou proporcionalidade defendida pela Hermenêutica na vertente do Direito como interpretação, portanto, dworkiniana. É que a noção de princípio da proporcionalidade ou razoabilidade de Mártires Coelho, distinta da de Ávila, é similar a de Robert Alexy. Veja-se: ao mencionar que a razoabilidade ou proporcionalidade seria um princípio de ponderação, Coelho termina por sufragar a tese alexyana, neste trabalho criticada por Francisco Motta e Lenio Streck. Isso fica bem visível quando Mártires Coelho admite um “conflito de bens e valores” – resgatando um axiologismo típico da jurisprudência dos valores, incompatível com o contemporâneo constitucionalismo – que, na sua perspectiva, deve ser resolvido apelando-se para o princípio de proporcionalidade em sentido estrito, ao lado da adequação e da necessidade. Todos eles são componentes da regra de ponderação criada por Robert Alexy que, ao final, termina por deixar o intérprete refém da subjetividade. Curiosamente, a intenção de Alexy com sua ideia não-positivista de Direito era bem outra!

¹⁰¹² Hommerding, A.N. (2009). *Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da magistratura*. Santa Rosa: Coli, p. 85.

¹⁰¹³ Hommerding, A.N. (2009). *Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da magistratura*. Santa Rosa: Coli, p. 85.

Ora, como muito bem pontua José Francisco Borges Motta¹⁰¹⁴, o Direito não pode ficar refém da “subjetividade assujeitadora do aplicador dos princípios”, ou seja, da discricionariedade do intérprete; aplicar Direito é argumentar com princípios. E isso é o que ocorre quando os princípios são tratados como mandamentos de otimização (Alexy) ou “aberturas interpretativas” (como os princípios gerais do Direito). Daí a importância da Hermenêutica, na medida em que ela “parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, isto é, diminuindo o espaço de discricionariedade do intérprete¹⁰¹⁵”.

Nesse sentido, Francisco Motta identifica pontos de contato entre a hermenêutica filosoficamente pensada (no sentido gadameriano) e a doutrina de Ronald Dworkin, pois este traz os princípios para a prática do Direito, no intuito de resguardar direitos (em contraste com o utilitarismo, por exemplo). Isso sempre com referência à integridade do Direito, compreendida no sentido de que o juiz, segundo Dworkin, deve continuar “interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso”. Essa interpretação serve “como a continuidade – e origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda¹⁰¹⁶”.

Deve ficar claro que são os princípios que existencializam as regras (Streck). Assim, toda a aplicação do Direito é uma aplicação de princípios. Nessa linha, segundo Motta com base em Streck, não há espaço para (meras) inferências lógico-dedutivas na prática do Direito, justamente porque o elemento essencial da interpretação não pode ser reduzido a uma relação sujeito-objeto. Daí a afirmação de que a distinção entre regras e princípios é também metafísica (pressupõe uma espécie de “naturalismo”, ou seja, admite a possibilidade de explicações emergentes de raciocínios dedutivos)¹⁰¹⁷. Em síntese, mais do que um campo de

¹⁰¹⁴ Motta, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 28-33.

¹⁰¹⁵ Streck, L.L. (2013). *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico*. Acesso jul, 23, 2013 em: www.leniostreck.com.br, p. 15.

¹⁰¹⁶ Dworkin, R. (2003). *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 273.

¹⁰¹⁷ Streck, L.L. (2008). *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 200.

ponderação, a proporcionalidade será uma concretizadora de direitos se for compreendida como o “nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão¹⁰¹⁸”.

Por tudo isso – aqui a última crítica a Alexy e Ávila –, não há por que continuar entendendo a proporcionalidade como uma meta-norma, uma meta-regra ou um postulado normativo, como se queira. Tampouco é imprescindível que se sigam fazendo distinções estruturais e conceituais entre proporcionalidade e razoabilidade. Assim, tem razão Lenio Streck ao afirmar que “a proporcionalidade (é desnecessário falar da razoabilidade) não pode ser alçada à plenipotenciaridade principiológica, como se fosse uma metarregra para resolver problemas não resolvidos pelos 'demais princípios' conformadores do sistema jurídico. A proporcionalidade deve estar presente, em princípio, em toda *applicatio*. Ou seja, qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade; deve haver uma justa proporção entre as penas do Direito Penal; o prazo fixado para prisão preventiva não pode ser desproporcional; uma lei não pode ser 'de ocasião' ou de 'conveniência', etc. Em outras palavras, isso quer dizer que, isolado, o enunciado 'proporcionalidade' ou 'princípio da proporcionalidade' carece de significatividade. O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou a lei poderá ser inconstitucional porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que se poderá invocar a *Untermassverbot*. Não há um *locus* privilegiado para a aplicação da 'devida/necessária proporcionalidade', uma vez que, necessariamente, ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade. Veja-se, desse modo, como se torna irrelevante epitetar a exigência de proporcionalidade como princípio ou não. Mas, atenção: o sentido da desproporção – seja negativo (*Übermassverbot*) ou positivo (*Untermassverbot*) – somente poderá ser dado mediante a obediência da integridade e da coerência do direito. Não é da subjetividade pura e simples do aplicador que, ad hoc, exsurgerà a (des)proporcionalidade. Além disso, como em qualquer aplicação de princípio, sempre haverá uma regra/preceito em jogo. Isso implica

¹⁰¹⁸ Streck, L.L. (2013). *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico*. Acesso jul, 23, 2013 em: www.leniostreck.com.br, p. 15.

afirmar que o 'princípio da proporcionalidade' não é instrumento para decisionismos. Alguma regra do sistema restará adequada à concreta normatividade ou a regra estará nulificada¹⁰¹⁹”.

Em matéria de PDC, a classificação da contingência e o valor provável de condenação acolhem a “aplicação” dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Como a análise da PDC deve ocorrer no início da demanda, portanto sem qualquer julgamento do Poder Judiciário, a aplicação – aqui deve ficar bem entendido que aplicação de princípios é argumentação com princípios, e não aplicação no sentido silogístico da palavra – dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade deve ser da parte, ou seja, da companhia de capital aberto que é parte na demanda. As ações de natureza indenizatórias, por exemplo, apresentam condições para a aplicação desses princípios. Às vezes, essas ações são carregadas de pedidos, cuja valoração monetária não condiz com a realidade. Portanto, é prudente que a análise dessas ações perpassa pela razão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que ajudarão na mensuração adequada da PDC. O autor da ação esmera-se para valorizar seus pedidos, mas a contrapartida pode não ser verdadeira, isto é, a companhia pode atribuir valores aquém dos pedidos da parte contrária. A análise deve almejar o valor justo de atribuição à PDC. Eis a importância de tais princípios na confecção do *quantum* provisionável.

Em qualquer Estado Democrático de Direito, qualquer ato praticado tem de ser praticado dentro da lei; tem de ser legal, portanto. Sua edificação também deve percorrer o caminho da legalidade. Nesse universo, vai incluída a constituição das normas que devem regular os atos sociais com base na razoabilidade. No Estado Democrático de Direito, o controle social pode ser exercido de formas múltiplas; os julgadores também exercem o controle da razoabilidade, além da legalidade dos atos do Estado. Aliás, cindir legalidade de razoabilidade é incorrer num resvalo metafísico, pois não há como separar a lei da Constituição, a regra do princípio, a compreensão da interpretação e da aplicação. A cada decisão o julgador é “auxiliado” pelo princípio da razoabilidade que, intuitivamente, está a sua disposição. E isso se dá no entremeio do círculo hermenêutico, quando se argumenta com princípios.

A diversidade das situações jurídicas, à evidência, está longe de ser abrangida pelo positivismo, e inúmeros são os casos a serem submetidos ao crivo da proporcionalidade a fim

¹⁰¹⁹ Streck, L.L. (2011). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 149-150.

de que se efetive o justo a partir de uma resposta adequada. O princípio da proporcionalidade, entendido como argumento principiológico, permite controlar os atos do poder público, pois, em princípio, não haveria razão para controlar os atos de particulares, salvo os casos de excesso em se tratando de eficácia horizontal de direitos.

Mas, em termos de PDC, a análise da contingência sofre limitação nos casos de: i) classificação de uma ação em contingência ou não; ii) atribuição de valor provável de condenação; iii) na limitação do Poder Judiciário. Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade não cabe tão somente quando se trata de atos praticados pelo Poder Judiciário, mas, também, quando diz respeito aos atos dos particulares, como é o caso das companhias de capital aberto na análise da PDC.

Deriva desse entendimento a ideia de que a companhia estaria “fazendo juízo do juízo” do Poder Judiciário. Na prática, é isso o que ocorre. No início do processo, o princípio é aplicado frente aos pedidos do ex-adverso, pois ainda não há decisão do Poder Judiciário. Após os julgados do Poder Judiciário, o princípio será aplicado frente às decisões que o comportarem. O limite de aplicação em termos de PDC é o trânsito em julgado da demanda, após o que, invariavelmente, devem prevalecer as condições do julgamento.

A aplicação dessa teoria vai ao encontro da noção de que as relações sociais estão em constante aplicação de interesses e forças, estabelecendo limites decorrentes desse movimento. É para o espaço social que os interesses concorrem, e a força com que cada um desses é aplicado molda o espaço social. A figura 6 configura a situação:

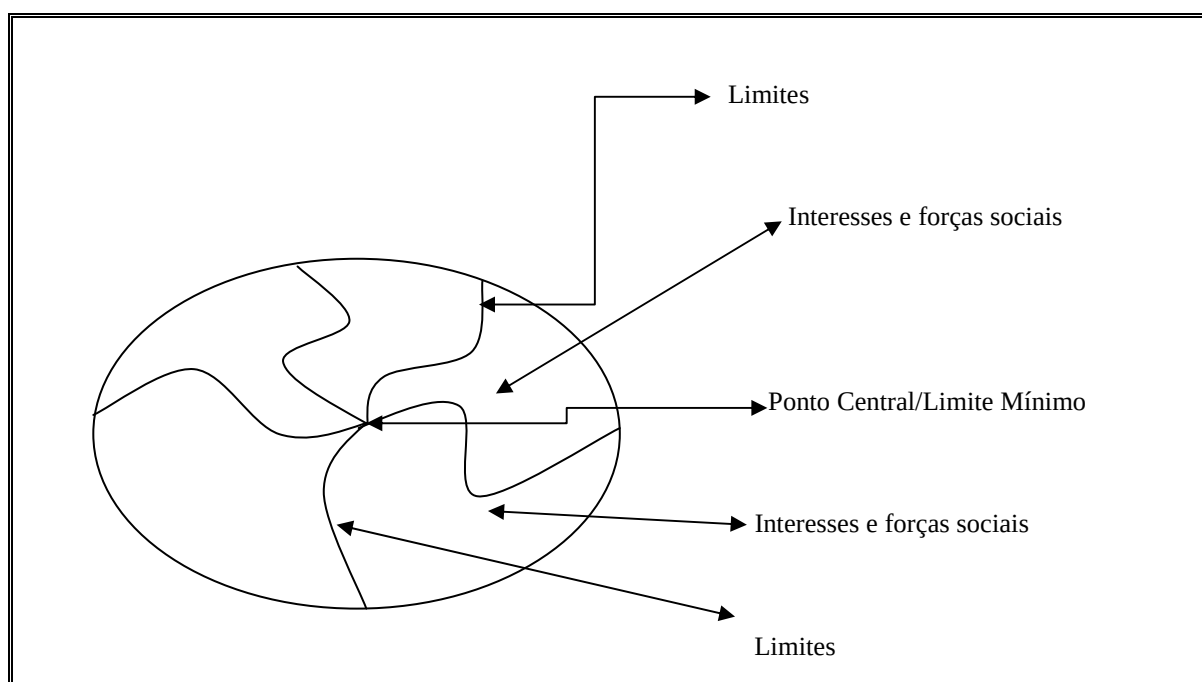


Figura 6: Força de interesses e espaço social
 Fonte: Elaborada pelo pesquisador

Nessa figura, o bem comum é representado pelo ponto central que, ao mesmo tempo, é o limite mínimo das relações sociais. Nesse ponto se originam todos os interesses e surgem, concomitantemente, os limites. A distância que a força das relações sociais alcançaria seria o limite máximo, que é de difícil definição e estabelecimento. Para se visualizar o alcance do limite máximo, deve-se fazer o percurso ao contrário, o inverso do esquema acima; o limite máximo estaria no ponto central representado pelo bem comum. As incursões das forças de interesse significam as relações sociais no seu mais amplo e legítimo direito, num Estado Democrático de Direito.

A analogia do esquema acima com a PDC estaria na exata proporção da aplicação do princípio da proporcionalidade quando da análise da contingência; leva-se em conta, como limite, a força dos interesses na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nessas condições, a PDC exige conhecimento de detalhes para que se possa obter um entendimento afinado entre o fato e o Direito. Isso passa pela aplicação de princípios.

4.3.2 Perspectiva Sistêmica do Produto Contingencial

A complexidade apresentada no cumprimento das normas para a provisão de demandas contingentes, principalmente diante de seu objetivo maior – a transparência na situação contábil das companhias que operam no mercado aberto –, possivelmente esteja mais relacionada com a necessidade de utilização de sistemas diferentes na busca de um mesmo resultado.

Essa utilização demandaria, logo de início, um direcionamento à melhor conceituação e tradução dos respectivos elementos de insumo, de modo a que cada sistema (ou subsistema) contribua para o objetivo comum de forma interdisciplinar ou, como no caso da PDC, de forma pluridisciplinar.

Pluridisciplinar é o estudo que justapõe disciplinas diversas em um ensino¹⁰²⁰. Pluridisciplinaridade, por sua vez, “é a utilização combinada e restrita de disciplinas ou elementos delas, sem que isso modifique as disciplinas ou seus elementos¹⁰²¹”.

Considera-se que a análise da provisão para demandas contingentes é uma tarefa pluridisciplinar porque envolve duas áreas do conhecimento, Direito e Contabilidade, sem que elas se modifiquem em seu objeto de estudo. Aqui há a preservação da autonomia do Direito porque no âmbito da análise da provisão para demandas contingentes a produção de sentido se dá nos limites do sistema jurídico, autorreferencialmente, embora a interação havida entre Direito e economia, esta a partir da Contabilidade, que se concentra no Direito Contábil.

Quanto ao processo da PDC especificamente, pode-se dizer que há, além da participação das áreas, uma intersecção dos respectivos procedimentos atrelados aos profissionais das áreas. Esses procedimentos não se encontram oficialmente coordenados pelas NIC, que também não reconheceram a fundamental necessidade do advogado na tarefa de análise da contingência na formação da provisão da ela PDC.

Com isso, a referida complexidade no cumprimento das normas aumenta, porque a busca passa pela integração dos sistemas envolvidos no processo; tende a ser ainda mais complexa, quando na integração há a necessidade de se acionarem subsistemas. O sistema de Direito, no entanto, manter-se-á firme, pois, apesar de sua cognição ser aberta, sua operação é fechada do ponto de vista interno.

A fragmentação representada por subsistemas não pode ser desconsiderada quando se busca entender as ramificações do todo. Não se trata de examinar se uma ciência pode ser ou não um sistema ou se ela integra vários sistemas ou é constituída de vários subsistemas; busca-se entender a relação entre sistemas e as complexidades que a atuação de um possa imprimir ao outro. Daí a contribuição significativa de Niklas Luhmann a partir de sua teoria dos sistemas sociais no que diz respeito ao entendimento da complexidade dos sistemas e sua conceituação.

¹⁰²⁰ Durand, G. Multidisciplinaridade e heurística. In: Barbosa, J.G. (Coord.) (1998). *Multirreferencialidade na ciência e na educação*. São Paulo: UFSCAR, p. 59-74.

¹⁰²¹ Pedroso, E.A.; Silva, T.N. (2000). O desenvolvimento sustentável, a abordagem sistêmica e as organizações. *Revista Eletrônica de Administração*, v.6, n.6, dez. Acesso dez, 4, 2001 em: <http://read.adm.ufrgs.br/read18/artigo/artigo3.htm>, p. 3, 4.

O elemento central da teoria de Luhmann é a comunicação. Sistemas sociais são sistemas de comunicação e a sociedade é o sistema social mais abrangente. Um sistema é definido pela fronteira entre ele mesmo e o ambiente, separando-o de um exterior infinitamente complexo. O interior do sistema é uma zona de redução de complexidade: a comunicação no interior do sistema opera selecionando apenas uma quantidade limitada de informação disponível no exterior. O critério pelo qual a informação é selecionada e processada é o sentido¹⁰²². (g.n.).

O inter-relacionamento de sistemas tem como ponto comum outro sistema, o da comunicação. Em matéria de PDC, a base é teórica e emanada de normas positivistas contábeis (IASB, IASC e outros). Portanto, não passou pela elaboração de outra área, e a comunicação entre os sistemas foi acionada em etapa posterior, ou seja, após a entrada em vigor da norma que obriga sistemas a se relacionarem com o fim de apresentarem resultado comum. O reflexo de uma norma positiva em outra área pode, num primeiro momento, parecer uma simples aceitação. Entretanto, há situações que se apresentam de maior complexidade. Considerando que o Direito, em termos de operacionalização de normas, para as demais áreas, os sintomas parecem ser de mais fácil aceitação, pois seguem o curso “normal”, ao qual se está socialmente acostumado.

No caso da PDC, percorreu-se caminho inverso e com efeitos contrários, pois o Direito está obrigado a se manifestar cumprindo normas internacionais de Contabilidade. A obrigatoriedade de adoção das NIC pelas empresas de capital aberto desencadeou uma corrida na busca de melhor definição e conceitos de suas aplicações. O choque entre sistemas, no entanto, não existe porque as NIC, uma vez sequestradas pelo Direito, são lidas pela lente do sistema de Direito.

Segundo a teoria de Niklas Luhmann, quando as situações ocorrem no interior de determinado sistema, o conhecimento e o grau de entendimento dos vários fatores que o compõem tendem a reduzir a complexidade. Isso se enquadra na ideia de que o conhecimento entre os elementos de um mesmo sistema tende a resultados mais ágeis e confiáveis. O grau de confiabilidade, se reconhecido extrassistema, ultrapassa, portanto, as fronteiras e transmite segurança aos demais.

É óbvio que o grau de confiabilidade em um sistema está relacionado com o sucesso de seus resultados. E isso não é de difícil explicação. Quando surgiram os primeiros testes de DNA para reconhecimento de paternidade, por exemplo, a reação intrassistema não foi de

¹⁰²² Apud Nascimento, A.R.; Ribeiro, D.C.; Junqueira, E.R. (2009). *Estado da arte da abordagem comportamental da contabilidade gerencial: análise das pesquisas internacionais*. Acesso agos, 15, 2009 em: www.congressoeac.locaweb.com.br, p.6-8.

expectativa, mas de certezas de sucesso (dentro do próprio sistema). O fortalecimento da técnica deu-se com o tempo e com os resultados favoráveis, consolidando, nesse ponto, uma verdade. Fora do sistema, avalia-se quase que somente o resultado, não se questionando nem se entrando em pormenores do conhecimento do sistema em si.

Na comunicação, também se observa esse fenômeno, pois ela é rápida em anunciar o resultado, mas extremamente complexa quando foca os meandros do sistema originário. O grande diferencial está em que a complexidade origina-se de sólida experiência construída pelo saber e pelo conhecimento; portanto, deu-se em bases científicas. Partiu-se de experiências naturais que levou a inequívoco resultado, aceito socialmente como verdade. Foi assim também com o invento da lâmpada elétrica pelo norte-americano Thomas Alva Edison, que aplicava o método do ensaio e erro¹⁰²³ para consolidar suas criações. Esse fenômeno não ocorre com um processo que tem seu início baseado em normas positivas não baseadas em estudos e experiências do sistema receptor. Pode-se dizer até que essa situação leva ao caminho inverso, pois, em primeiro lugar, é lançado o “resultado” para depois consolidá-lo pela experiência. Situações com essas bases se tornam extremamente complexas, descaracterizando ensaio e análise de erro. Tendem a ser mais complexas ainda, quando a relação ocorre entre sistemas ou entre grupos de sistemas.

O entendimento de que o Direito e a Contabilidade são áreas que se relacionam¹⁰²⁴ e que, conforme Lopes de Sá,¹⁰²⁵ estão cada vez mais estreitando relações entre si, quer pela necessidade normal de suas atividades, quer por obediência a normas, firma-se cada vez mais. A inter-relação imposta a esses dois sistemas pelas normas internacionais de Contabilidade, mais localizada pela estreitada relação da provisão para demandas contingentes, tem pontos em comum.

Internamente, as relações ocorrem de forma menos complexa, e o desenvolvimento do pensar e da comunicação flui com agilidade. Entretanto, a comunicação entre os sistemas em

¹⁰²³ Thomas Alva Edison. (1988). Acesso agos, 15, 2009 em: http://super.abril.com.br/superarquivo/1988/conteudo_111446.shtml, p. 2.

¹⁰²⁴ Villas Boas Filho, O. (2006). *O Direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, p. 9.

¹⁰²⁵ Lopes de Sá, A. (2006). *Princípios fundamentais de Contabilidade*. 4 ed. São Paulo: Atlas, p. 233. Essência e Forma Como Princípio. A forte influência do Direito sobre os registros contábeis é muito antiga. O próprio conceito de débito e crédito foi originado do “meu” e do “seu” como base de entendimentos. A classificação de várias contas seguiu, ao longo dos milênios, muito atada aos conceitos de posse e isso influenciou até correntes científicas da Contabilidade, como a do Personalismo.

matéria de PDC torna-se obrigatória, pois a Contabilidade não tem por conhecimento avaliar técnica jurídica, assim como a área jurídica não tem as condições técnicas de conhecimento da Contabilidade. A complexidade é evidente, exigindo que a relação seja ajustada para que se tenha o mínimo de compreensão. Essa relação fica ainda mais complexa quando se torna necessária a intervenção de outra área, a administração. Nesse caso, verifica-se que a comunicação não flui democraticamente e, muitas das vezes, não exerce seu papel efetivo; com as demais áreas subordinadas, ela ocorre numa linha de hierarquia, sendo apenas recebida; a participação de outros agentes, que não os administradores maiores, ocorre raramente. Quanto mais hierarquizada a relação, mais a comunicação tende a se apresentar complexa.

Com o andar das relações, a comunicação tende a ser mais estreita entre as áreas que se igualam no cumprimento das normas, porém, nem tanto com a alta administração. As áreas subordinadas tendem a alçar os problemas mais complexos à decisão da administração. O que se depreende dessa situação é que a comunicação se dá de forma a cumprir deveres, e as informações são trocadas apenas para cumprir um mero papel informativo. No que se refere à disseminação do saber, a comunicação nem sempre se dá de forma a fortalecer o caráter instrucional; cumprem-se as normas muitas vezes sem que se saiba conscientemente o porquê de determinado procedimento, menos ainda que se cogite uma melhor maneira de realizá-lo. E quando os procedimentos ocorrem em sistemas diferentes, o papel da informação fica ainda mais comprometido. Prova disso é o fato de as NIC terem sido elaboradas somente no ambiente da Contabilidade, mesmo tendo seu “produto” efeitos jurídicos e, mais que isso, mesmo requerendo sua operacionalização a participação de advogado, pelo menos para que o objetivo maior dessas normas, a transparência, seja cumprido.

Em capítulos anteriores neste trabalho, demonstrou-se que a análise da mensuração do *quantum* para a PDC criou a necessidade de circularização de decisões, pois além da imposição normativa entre as áreas contábil e jurídica, exige-se a participação da administração.

O ponto conduz à clarificação de duas situações que ocorrem entre a área contábil e a jurídica na análise da PDC: a troca de informações e de dados e a imposição de conceitos, normas e princípios por parte de uma área à outra. Embora muitas vezes seja difícil distinguir informação de imposição, verifica-se que a informação é uma tarefa até certo ponto livre de tensões, enquanto a imposição tem um efeito contrário.

A Contabilidade e o Direito têm muitas coisas em comum; são áreas irmãs em várias situações. Na grande maioria das vezes, o Direito, com seu papel normatizador, influi diretamente nos procedimentos contábeis, como por exemplo, quando regula o funcionamento das empresas, como a Lei das Sociedades Anônimas no Brasil. No caso da PDC, com os procedimentos exigidos para a sua realização, o Direito passou a desempenhar um papel inverso, não de normatizador, mas de cumpridor de normas, sendo chamado a responder questões fora da sua área de conhecimento. Normas e princípios contábeis passam a exigir dos profissionais do Direito manifestações e posicionamento técnicos desconhecidos. Esses profissionais, mais propriamente o advogado, além da tarefa de defesa e de postulações em juízo, de parecerista e de produtor de teses jurídicas, com a exigência da nova atividade, passam a exercer também a função de “alimentador de dados” os mais precisos possíveis; de elaborador de documento da companhia, o qual irá determinar as condições de atuação dessa companhia no mercado de capitais. Nesse novo papel, ele, advogado, deve gerir e avaliar o risco na perseguição de uma melhor estimativa para esse risco. Em última instância, pode-se resumir que a transparência buscada com o registro da PDC está totalmente nas mãos do advogado.

O profissional do Direito, à mercê de mais e melhores conhecimentos para atender as demandas desse “novo mercado”, vê-se à frente de situações até então desconhecidas. Casos concretos exigem análise técnico-jurídica, com consequente decisão de indicação de risco e às vezes até de valor provável de condenação. É o caso, por exemplo, de quando o risco é apresentado na petição inicial, antes de qualquer manifestação ou decisão judicial. Além disso, há o caráter imediato de aplicabilidade real. Outra situação que exige resultado imediato do advogado é quando se deve analisar se o tipo de ação é contingencial ou não. A respectiva classificação levará a inevitável resultado econômico para a empresa, pois é a partir dela que a provisão vai ou não ser realizada. Portanto, trata-se de uma situação na qual o tipo de ação e o rito processual escolhidos pela parte adversa devem, inevitavelmente, ser analisados pelo advogado da empresa que classificará a demanda como contingência ou não, passível de provisão.

Esses são casos sobre os quais não cabem aporias, dúvidas e vêm de encontro a situação externada pela teoria dos sistemas de que há casos sem solução ou que a complexidade não permite conhecer/escolher resultados. Eles reproduzem situações inquietantes que exigem uma decisão sobre matéria, sobre o que até então ainda é incógnita. São dilemas vivenciados nas lides do Direito contemporâneo.

O meio jurídico desperta para novas situações – a participação do advogado no processo de mensuração da PDC é uma delas – e busca respostas para duas questões básicas sobre o tema: ao profissional do Direito cabe a responsabilidade de classificar a contingência e de mensurar seu *quantum*? O profissional do Direito está preparado para atender aos serviços que a PDC exige?

Embora seja uma imposição, a obrigatoriedade leva operadores do Direito a buscarem maiores conhecimentos dos sistemas e subsistemas que os cercam, agregando conhecimentos ao Direito e ajudando no fortalecimento da vida relacional.

Em seu estudo sobre a Teoria dos Sistemas de Luhmann, Villas Boas Filho comenta:

Luhmann [...] faz uma análise da extensão da designação “teoria dos sistemas, mostrando que o período de cerca de trinta anos “já foi suficiente para retirar dessa designação qualquer significado preciso. [Pois] tanto a teoria geral dos sistemas da biologia, como a teoria parsoniana dos sistemas gerais de ação necessitam desse rótulo. Ainda seriam de citar a cibernética, com várias e bem diferentes gerações de desenvolvimento da teoria, assim como a teoria de planejamento da engenharia de sistemas, bem como a análise de *input/output*. Dificilmente se pode reduzir tudo isso a um denominador comum¹⁰²⁶”.

Talvez por isso se possa vir a invocar Luhmann quando chama a atenção para o fato de que sua teoria não encerra um “significado preciso”. Embora a PDC expresse significados para as demais áreas, para o Direito, ela se encontra carente de conceituação e de melhor significado. Os profissionais do Direito estão à frente de um tema que outrora não lhes dizia respeito. Questões no meio jurídico têm surgido, como: os profissionais fora do Direito seriam os mais adequados para analisar e resolver as exigências das NIC frente às demandas contingentes? O caso deixaria de ser um problema para os operadores do Direito resolverem e passaria para profissionais de outras áreas? A análise desse ponto passa pelo busílico: as exigências das NIC quanto à PDC são ou não da essência do Direito? E quanto à definição concreta, se se trata ou não de uma contingência, diz respeito ao Direito?

Tais questões levam a uma reflexão sobre as bases do Direito, mais especificamente o moderno. Vejamos: a estruturação do Direito moderno em Habermas, centrada na trilogia positividade, legalidade e formalismo (antes descritas), induz que ao entendimento de que sua aplicabilidade inevitavelmente leva a algumas consequências. A base está no modo como esse direito é posto, positivamente posto. Disse Habermas que o Direito moderno

¹⁰²⁶ Villas Boas Filho, O. (2006). *O Direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, p. 11.

é marcado pela positividade da vontade do legislador político. No caso das NIC, a construção se dá com base em princípios, nos quais se apoiam e legislam fortemente aqueles que querem aderir ou continuar participando do mercado financeiro de bolsas de valores. As NIC são a forma de expressão positivada pela regulamentação interna de cada país aderente.

A adoção imposta das NIC trouxe, em seu bojo, a necessidade de análise de risco de processos judiciais e sua mensuração, que deve constar no abatimento do patrimônio da empresa, caso o risco de perda do processo se apresente provável. Dessa obrigatoriedade, observa-se que o uso da organização do Direito permitiu que houvesse a coerção do “legislador” para que se cumprissem as NIC. As consequências positivas estão relacionadas ao cumprimento do que o legislador político definiu.

As NIC se encaixam na trilogia Habermas, e seu efeito imediato foi a coerção de empresas de capital aberto a aderirem as normas contábeis internacionais, subjugando-se aos seus ditames.

Considerando-se a abrangência das NIC nos continentes americano e europeu, a coerção fez com que as empresas que atuam ou que pretendem atuar no mercado de bolsas de valores daqueles territórios a elas se submetessem.

4.4 Perspectivas Jurídicas e Contábeis Associadas às Contingências

Partindo das exigências expressas na primeira parte do objetivo, constante do *caput* da IAS 37, vê-se que elas dão ideia da complexidade do tema. A finalidade é de que **sejam aplicados critérios de reconhecimento e bases legais de mensuração apropriadas a provisões, passivos e ativos contingentes** (como já citado). (g.n.).

4.4.1 A IAS nº 37 e Implicações Operacionais

A norma IAS 37, em seu escopo, não evidencia conceitos, modos de operacionalização e definições. Já pela legislação nacional descrita, podem-se verificar dois

aspectos que indicam a forma como os termos da IAS 37 foram compreendidos: a) os procedimentos que normatizam a provisão se prendem unicamente à parte operacional, que funcionaria desassociada de princípios teóricos. Por isso, praticamente, a norma é vista só na perspectiva da contabilidade; b) os critérios de reconhecimento de que fala o objetivo da IAS 37 se limitam à classificação dos níveis de risco dos fatos contingenciais em remoto, possível ou provável e suas variações.

A extensão do que representam as lacunas conceituais e operacionais da norma sobre provisionamento das contingências pode ser medida pelos questionamentos que surgem daí: que produtos devem ser identificados como contingência? Que insumos são usados para se chegar a um produto mais condizente com a realidade? Que área define o que é contingência para demandas judiciais e administrativas? Que área define quais demandas administrativas e judiciais são contingências? Quem avalia o risco? Que fatores formam a base de análise do risco?

Diante dessas questões, para se realizar a análise de uma contingência, entes e setores envolvidos criaram práticas que nem sempre estão associadas ao princípio que dá suporte ao registro da contingência, que é a fidelidade da informação sobre a situação patrimonial de uma empresa de capital aberto. Nessas práticas, sem conceitos específicos que as subsidiem, as contingências têm sido analisadas com base no próprio arbítrio de quem realiza a tarefa; a inexistência de especificações, assim, dá lugar a um alto grau de subjetividade em todo o processo de provisão. Embora, à evidência, não se possam desenvolver fórmulas para avaliar um risco e para mensurá-lo, fica evidente a complexidade no efetivo provisionamento das contingências, bem como que sua mensuração perpassa por vários fatores de análise.

Porém, se é fato que a IAS 37 não definiu, prioritariamente, contingência em relação a demandas judiciais e administrativas (ponto básico que dá origem à provisão), também é fato que dela podem ser extraídos os princípios que lhe servem de subsídio. Esses princípios poderiam dar suporte à elaboração dos procedimentos nacionais, a fim de suprir as lacunas normativas que terminam por reduzir os efeitos da IAS 37 a um fim em si mesmo, isto é, provisionar as contingências só porque assim se determinou. Retirar Celso Bandeira de Melo, pois trata de princípios constitucionais¹⁰²⁷.

Também por esse ponto de vista, verifica-se que os normativos referentes à provisão dos passivos contingentes estão deixando a desejar. A não ser que, tal como a IAS 37

¹⁰²⁷ Mello, C.B. de. (2005). *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, p.888.

evidenciou princípios que levassem ao reconhecimento de critérios para o provisionamento das contingências, os normativos nacionais também assim tenham feito, deixando às empresas de capital aberto a função de traçar seus próprios procedimentos em relação ao cumprimento da norma. Mas isso também pode gerar outro problema: ao deixar para as empresas essa função, restará saber a que profissional ela delegará a respectiva tarefa e em que bases ele vai desempenhá-la.

4.4.2 Perspectivas Jurídicas e Contábeis

Uma abordagem das perspectivas jurídicas e contábeis sobre o tema é relevante, na medida em que pode, de certa forma, traduzir os efeitos das normas relativas às contingências sobre a realidade. Exemplo disso é a publicação abaixo transcrita, do periódico Valor Econômico, em sua edição online de 16 de agosto de 2007, referida por Antônio Cláudio Rodrigues Barbosa Vianna:

[...]. a falta de critério jurídico para a análise de contingências tem levado à realização de classificações equivocadas acerca dos riscos judiciais nos quais estão incorridas as companhias, resultando, em boa parte das vezes, em uma contingência maior do que a prevista anteriormente¹⁰²⁸.

Vianna explica que essa situação traz como consequência a obrigação de as empresas realizarem provisões contábeis não necessárias, nem sempre reconhecidas, o que pode comprometer a demonstração de seus resultados. Ele cita a necessidade de normas claras, justas e, principalmente, “convergentes nos campos do Direito e da Contabilidade, a exemplo do que já é feito na Inglaterra e no País de Gales.”

No que tange à Contabilidade, para traduzir com fidelidade informações contábeis sobre a situação empresarial, a Contabilidade, como ciência social, tem como objetivo “prover seus usuários com demonstrações e análises de natureza econômica, financeira, física e de

¹⁰²⁸ Vianna, A.C.R.B. (2009) *Prática de avaliação das contingências passivas para advogados*. Acessado jan, 15, 2014 em: <http://jus.com.br/artigos/12842/pratica-de-avaliacao-das-contingencias-passivas-para-advoga-dos#ixzz2rh0v1Kic>, p. 1,2

produtividade, com relação à entidade objeto da contabilização.” As informações de natureza econômica se referem aos fluxos de receitas e de despesas, ao capital e ao patrimônio, ficando os fluxos de caixa e o capital de giro caracterizados como informações financeiras. As informações de natureza física se referem à quantidade de geração de produtos e de serviços, entre outras, e as de produtividade compreendem a “utilização mista de conceitos valorativos (financeiros no sentido restrito) e quantitativos (físicos no sentido restrito), como por exemplo: receita bruta [...]” e outras. Diante disso, pode-se dizer que o objetivo principal da Contabilidade é “permitir, a cada grupo principal de usuários, a avaliação da situação econômica e financeira da entidade, num sentido estático e fazer inferências sobre suas tendências futuras¹⁰²⁹”.

O pensamento contábil evoluiu bastante desde os primeiros registros históricos da escrituração de contas. Originário do francês *comptabilité*, o termo contabilidade determinava a referida escrituração, tendo só um caráter instrumental. Mas com a evolução das formas de comércio, os registros foram se tornando sofisticados, baseados na lógica matemática, como a do sistema das matrizes. A Contabilidade passou a cumprir requisitos lógicos, baseada em convenções filosóficas.

No período Moderno (a partir de 1453), a Contabilidade passou a ser estudada por várias correntes de pensamento, segundo o contexto econômico e social do próprio tempo, dando origem a diversas escolas. Entre elas, citam-se:

- Contista (século XVIII, com Lucca Paccioli - Itália), voltada para o funcionamento das contas, subordinado à escrituração.

Distinguiu os cinco principais efeitos de uma transação comercial: mercadorias, dinheiro, efeitos a receber, efeitos a pagar e lucros e perdas;

- Personalista (século XIX, Francesco Marchi – Itália), que visa à personalização das contas, a fim de explicar a relação entre direitos e obrigações. Essa escola acrescentou o conceito jurídico de direitos e obrigações;

- Controlista (com Fabio Besta, segunda metade do século XIX - Itália), que se fundamenta na ideia de controle econômico da riqueza administrada. Nessa escola, distinguiram-se as fases da gestão econômica e da direção e controle;

- Neocontista (com Jean Dumarchey, final século XIX início século XX - França), para a qual o objeto da Contabilidade é medir os valores econômicos e aplicá-los avaliação de

¹⁰²⁹ Iudícibus, S.; Martins, E.; G. E.R.(2006). *Manual de contabilidade das sociedades por ações*. 6 ed. São Paulo: Atlas, p.48, 49.

patrimônios. Essa escola contribuiu para a análise patrimonial e o estudo dos fenômenos ligados à gestão empresarial;

- Aziendalista¹⁰³⁰ (com Alberto Ceccherelli, século XX/1914 - Itália), pela qual os fatos de gestão, devidamente representados por métodos, sistemas e processos de escrituração, são o real conteúdo da Contabilidade. Esse foi o período considerado científico propriamente dito, porque a teoria contábil passou a avançar em direção às necessidades e complexidades da sociedade;

- Patrimonialista (com Vincenzo Masi, século XX/1926 – Itália) de acordo com a qual patrimônio é a grandeza que dá origem ao desenvolvimento das atividades econômicas. Alguns princípios dessa escola permanecem, como: os fenômenos patrimoniais são fenômenos contábeis; a contabilidade é uma Ciência Social que se relaciona com outras, com a Matemática, o Direito, a Economia, a Sociologia e a Administração;

- Neopatrimonialista (com Antônio Lopes de Sá, século XX/1987 Brasil), que enfoca o patrimônio das células sociais, a partir de três relações lógicas para sua análise: essenciais (origem do fato), dimensionais (julgamento de sua essência) e ambientais (fatores que agem sobre a essência)¹⁰³¹.

O pensamento das escolas italianas contribuiu muito para o desenvolvimento da Contabilidade. Porém, elas entraram em declínio quando a América do Norte, principalmente os Estados Unidos, concentrou seu foco na evolução industrial e do comércio, já ocorrida na Europa.

Outros fatores técnicos que podem ser associados a esse declínio são:

- Grande preocupação em mostrar a Contabilidade como Ciência, quando é mais importante saber a necessidade do usuário;
- Ênfase excessiva à teoria das contas, sem adequá-las à prática, com uso exagerado de partidas contábeis, inviabilizando a flexibilidade necessária à Contabilidade Gerencial;
- Falta de aplicação das teorias, por não se utilizar a pesquisa;

¹⁰³⁰ Aziendas “são sistemas organizados que visam a atingir um fim qualquer, podendo ser um comércio, uma indústria, prefeituras etc.” (Sá, *apud* Martins, M.F. (2009). *Um passeio na contabilidade, da pré-história ao novo milênio*. Acesso agos, 20, 2009 em: www.nead.unama.br/ensino, p. 112.

¹⁰³¹ Lopes de Sá, A. (2005). *Tendência e controle da Contabilidade*. Acesso jul, 5, 2009 em: www.fiscosoft.com.br, p.5; Siqueira, A.C.P. (2008). *A Contabilidade: objeto, objetivos e funções*. Acesso agos, 20, 2009 em: www.milenio.com.br, p.3-7.

- Falta de ênfase na área de Auditoria¹⁰³².

Independentemente disso, essas escolas reforçaram o *status* da Contabilidade como ciência, porque ela estuda o objeto em uma abordagem peculiar; estabelece leis com base nas relações entre fatos de validade geral e perene; ensina a previsão de fatos; tem metodologia específica, tradição como conhecimento e ensina aplicação dele.

Segundo Newton Freitas¹⁰³³, a Contabilidade é a linguagem fundamental de comunicação entre agentes econômicos, para avaliar seus investimentos e os respectivos riscos. Mas a utilização de práticas contábeis diversificadas, até em um mesmo país, dificulta a compreensão e comparação de dados econômico-financeiros, principalmente no ambiente internacional. Tais dificuldades exigem urgência na busca da harmonização dessas normas.

Em sua função econômica, técnica e administrativa, o objetivo da Contabilidade é dividido em prover informações: para a tomada de decisões, para os respectivos usuários e informações que sejam úteis.

Guilherme Crepaldi e Sílvio Crepaldi¹⁰³⁴ destacam a importância da evidenciação, explicando que “A Contabilidade deve evidenciar em seus demonstrativos dados que facilitem a interpretação dos fenômenos registrados e conseqconsequentemente melhores decisões.” Sérgio Iudícibus *et al.*¹⁰³⁵ também afirmam que as empresas devem enfatizar as evidências das informações (metodologia), para possibilitar uma avaliação mais efetiva de sua situação patrimonial e das respectivas mutações, com vistas a inferências em um cenário futuro.

Verifica-se que, para esses autores, a ênfase nas evidências é um fator que pode permitir inferências futuras mais precisas e seguras na situação econômica e financeira retratada contabilmente. Também possibilita antever com menos diferença situações ainda indefinidas contabilmente, como as demandas passivas, de que trata este trabalho.

¹⁰³² Martins, M.F.O. (2009). *Um passeio na Contabilidade, da pré- história ao novo milênio*. Acesso agos, 20, 2009 em: www.nead.unama.br/ensino, p. 113.

¹⁰³³ Freitas, N.(2009). *Relação jurídica e relação contábil*. Acesso maio, 31 em 2009 em: [www.nom.br/ artigos](http://www.nom.br/artigos), p. 6.

¹⁰³⁴ Crepaldi, G.S.; Crepaldi, S.A. (2009). *Análise crítica dos objetivos e metodologia da Contabilidade*. Acesso agos, 10, 2009 em: <http://www.peritocontabilista.com.br>, p. 5, 6.

¹⁰³⁵ Iudícibus, S.; Martins, E.; Gelbcke, E. R. (2006). *Manual de Contabilidade das sociedades por ações*. 6 ed. São Paulo: Atlas, p. 49.

No que se refere a esses aspectos, a fase de conceituação ou de formação dos conceitos passa por questões que envolvem a informação subjetiva e a objetiva, ambas visando ao destinatário da informação ou usuário. No que diz respeito à informação subjetiva, os dados apurados são qualificados a partir de práticas aceitas pelos entes a que se destinam e, geralmente, fazem parte do dia-a-dia dos operadores contábeis.

Essas informações seriam as mínimas necessárias à formação de ideias sobre as mais diversas situações a que o ente objeto da análise está exposto. Fazem parte do destino dessas informações os cadastros financeiros, as garantias bancárias e a abertura de créditos, por exemplo, o que as qualifica como informações básicas operacionais. A informação objetiva tem como finalidade o gerenciamento, exige mais especificidade e visa ao usuário da informação. Esse usuário foi definido como “toda pessoa física ou jurídica que tenha interesse na avaliação da situação e do progresso de determinada entidade, seja tal entidade empresa, ente de finalidades não lucrativas, ou mesmo patrimônio familiar¹⁰³⁶”.

Observa-se que a informação contábil se destina não só a cumprir os requisitos das normas, como também tem um papel auxiliar no gerenciamento do ente como um todo. Mas a doutrina aponta uma terceira hipótese: a informação contábil visa à construção de um arquivo básico específico¹⁰³⁷, que funciona como fonte de dados. Essa última modalidade tem como principal característica a flexibilidade, permitindo que usuários interessados em informações contábeis busquem-nas com base nos mais diversos pontos de vistas, conforme seu interesse.

Os objetivos e a metodologia da Contabilidade sempre foram temas de discussão visando a seu aprimoramento. Para Iudícibus, um ponto fundamental para esse esclarecimento é o seguinte:

A função fundamental da Contabilidade (...) tem permanecido inalterada desde seus primórdios. Sua finalidade é prover os usuários dos demonstrativos financeiros com informações que os ajudarão a tomar decisões. Sem dúvida, tem havido mudanças substanciais nos tipos de usuários e nas formas de informação que têm procurado. Todavia, esta função dos demonstrativos financeiros é fundamental e profunda. O objetivo básico dos demonstrativos financeiros é prover informação útil para a tomada de decisões econômicas¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶ Iudícibus, S.; Martins, E.; Gelbcke, E. R. (2006). *Manual de Contabilidade das sociedades por ações*. 6 ed. São Paulo: Atlas, p. 48.

¹⁰³⁷ Iudícibus, S. (2004). *Teoria da Contabilidade*. 7 ed. São Paulo: Atlas, p.21.

¹⁰³⁸ Iudícibus, S. (2004). *Teoria da Contabilidade*. 7 ed. São Paulo: Atlas, p. 22.

Diante disso, pode-se definir a Teoria Contábil como um “raciocínio lógico na forma de um conjunto de amplos princípios que proporcione um sistema genérico (geral) de referência”. Esse guia o desenvolvimento de práticas contábil e procedimentos novos¹⁰³⁹.

Já no que se refere à metodologia a Teoria da Contabilidade deve ser compreendida como um conjunto de princípios lógicos que: oferece um referencial das respectivas práticas existentes a contabilistas, investidores, administradores e estudantes para a avaliação de práticas contábeis existentes; orienta o desenvolvimento de novas práticas e procedimentos.

O conjunto de princípios lógicos da Teoria da Contabilidade pode ser focado a partir de diversas abordagens, como por exemplo: a ética, a comportamental e a econômica. A ética estabelece padrões para a Contabilidade, como o de que ela deve ser justa para todos os usuários e interessados. Suas informações devem ter bases seguras e visam à verdade dos fatos que registra (*fairness*). Quanto à abordagem econômica, essa auxilia a preparação do ambiente no qual ocorre a contabilização e a seleção dos dados que devem ser divulgados¹⁰⁴⁰.

Com base nisso, percebe-se a busca dos operadores da Contabilidade e do Direito quanto ao empreendimento do que pode/deve ser provisionado e de seu valor.

Nessa perspectiva, Hendriksen¹⁰⁴¹ cita, além da ética e dos aspectos comportamentais, as abordagens macroeconômica, sociológica e a sistêmica.¹⁰⁴² Ao encontro do estudo de análise e busca da valoração da provisão para demandas contingentes, as abordagens ética e comportamental apresentam características significativas, por implicarem dois aspectos fundamentais aos objetivos da referida provisão, que são: a verdade sobre a essência do fato contábil e a respectiva evidência metodológica, respectivamente.

Para Crepaldi e Crepaldi¹⁰⁴³, as teorias podem ser classificadas em três tipos, conforme os níveis de predição, ou seja, a “capacidade para explicar ou prever” eventos passados ou presentes, bem como para explaná-los. A observância à predição serve para medir os efeitos

¹⁰³⁹ Crepaldi, G.S.; Crepaldi, S.A. (2009). *Análise crítica dos objetivos e metodologia da Contabilidade*. Acesso agos, 10, 2009 em: <http://www.peritocontabilista.com.br>, p 6.

¹⁰⁴⁰ Crepaldi, G.S.; Crepaldi, S.A. (2009). *Análise crítica dos objetivos e metodologia da Contabilidade*. Acesso agos, 10, 2009 em: <http://www.peritocontabilista.com.br>, p7,8.

¹⁰⁴¹ *Apud* Iudícibus, S. (2004). *Teoria da Contabilidade*. 7 ed. São Paulo: Atlas, p. 25.

¹⁰⁴² Segundo Crepaldi e Crepaldi, autores Mccullers e Schroeder consideram que essas abordagens são incluídas entre as teorias comportamentais alternativas.

¹⁰⁴³ Crepaldi, G.S.; Crepaldi, S.A. (2009). *Análise crítica dos objetivos e metodologia da Contabilidade*. Acesso agos, 10,2009 em: <http://www.peritocontabilista.com.br>, p.9, 10.

comportamentais. Por exemplo: a predição de uma depressão econômica pode fazer com que as atitudes das pessoas acentuem esse estado, como a venda de títulos. A predicabilidade, embora sirva de base às teorias, é um parâmetro “relativo”, e seu aperfeiçoamento ocorre à medida que os métodos de aplicação das teorias são melhorados operacionalmente.

Conforme o nível de predição, os três principais tipos de teoria são: teorias sintáticas, que explicam as práticas contábeis correntes, predizendo como os contabilistas podem agir em determinadas situações ou evidenciar eventos específicos (por ex.: valorar a contingência passiva). Elas se referem à estrutura e ao processo de coleta dos dados e do relatório financeiro; teorias semânticas (interpretativas), que tratam da relação entre o fenômeno e o termo que o representa. “O papel das teorias que enfatizam a interpretação é descobrir modos para aperfeiçoar a capacidade de a informação contábil ser interpretada, em termos de experiência e observações humanas” (por ex: interpretar a contingência como fato gerado por uma demanda jurídica); teorias comportamentalistas ou pragmáticas, que se fixam no comportamento ou forma como a técnica contábil é praticada e em seus efeitos voltados para a decisão, como nos relatórios contábeis e demonstrativos (por ex.: a própria provisão para demandas passivas)¹⁰⁴⁴ Neste trabalho, enfoca-se a abordagem comportamentalista.

4.4.2.1 Abordagem Comportamentalista da Teoria Contábil

Etimologicamente, a palavra “comportamento” significa conduta, procedimento; determina “um conjunto de atitudes do indivíduo em face do meio social.” Portanto, a teoria comportamentalista, aplicada à Contabilidade, diz respeito ao “comportamento de indivíduos ou grupos diferentes, como um resultado da apresentação da informação contábil¹⁰⁴⁵”.

¹⁰⁴⁴ Crepaldi, G.S.; Crepaldi, S.A. (2009). *Análise crítica dos objetivos e metodologia da Contabilidade*. Acesso agos, 10,2009 em: <http://www.peritocontabilista.com.br>, p 10-12.

¹⁰⁴⁵ Crepaldi, G.S.; Crepaldi, S.A. (2009). *Análise crítica dos objetivos e metodologia da Contabilidade*. Acesso agos, 10,2009 em: <http://www.peritocontabilista.com.br>, p 11.

O objetivo é a relevância da informação repassada aos “tomadores-de-decisão”. Por essa teoria, a Contabilidade deve disponibilizar informações “sob medida” ao usuário, e esse, com base nisso, reage com a tomada de decisão. A questão é como isso pode ocorrer¹⁰⁴⁶.

O usuário, de posse dos relatórios contábeis, pode usar as informações de forma empírica, para chegar a decisões adequadas; em outras ocasiões, pode usar as informações dentro de parâmetros contábeis conceitualmente corretos, mas a decisão pode causar um resultado inadequado.

Essa abordagem prevê que um melhor entendimento das reações do usuário perpassa os campos da Psicologia, da Sociologia e da Economia. Cada usuário utiliza bases dessas disciplinas na interpretação dos dados dos relatórios contábeis, o que pode levar a entendimentos diferentes por parte de cada um, independentemente de as informações se destinarem ao mesmo fim. Assim, se é difícil a interpretação, mas difícil é a criação e a construção da informação¹⁰⁴⁷.

Na opinião de Crepaldi e Crepaldi, apesar de a abordagem comportamentalista para a Teoria Contábil estar “na infância”,

ela aparece para providenciar uma das melhores promessas do desenvolvimento de Teorias que guiará a Contabilidade além das suas finalidades mais úteis. Esta abordagem tem, anteriormente, estimulado uma busca, tanto entre contabilistas acadêmicos como práticos, de objetivos básicos de Contabilidade e de respostas para as seguintes questões: Quem são os usuários dos Demonstrativos Financeiros publicados? Qual é a natureza da informação específica almejada pelos diversos grupos de usuários? As necessidades comuns podem ser descobertas para a apresentação de Demonstrativos de propósitos genéricos, ou necessidades específicas seriam encontradas? Como os investidores, credores e administradores reagem a diferentes procedimentos e apresentações contábeis?¹⁰⁴⁸.

Os profissionais, à frente do desafio de mensurar e avaliar os riscos envolvidos na provisão de demandas contingenciais passivas, deparam-se com esses questionamentos em face dos objetivos da Contabilidade.

¹⁰⁴⁶ Iudícibus, S. (2004). *Teoria da Contabilidade*. 7 ed. São Paulo: Atlas.

¹⁰⁴⁷ Iudícibus, S. (2004). *Teoria da Contabilidade*. 7 ed. São Paulo: Atlas.

¹⁰⁴⁸ Crepaldi, G.S.; Crepaldi, S.A. (2009). *Análise crítica dos objetivos e metodologia da Contabilidade*. Acesso agos, 10, 2009 em: <http://www.peritocontabilista.com.br>, p. 9, 10.

É de Caplan¹⁰⁴⁹ a discussão acerca da influência das ciências comportamentais na Contabilidade gerencial. Caplan destaca aí a necessidade de se levar em conta os aspectos humanos na prática contábil. Outros estudos, por sua vez, contribuíram para a criação do *Accounting, Organizations e Society* (AOS), essencial na consolidação de pesquisas relacionadas com a Contabilidade.

Entre as vertentes teóricas associadas ao foco comportamental da Contabilidade, encontram-se: a Psicologia Cognitiva, associada à fixação de dados, à aprendizagem e ao processo decisório; a Psicologia Social, com as teorias da obediência, da atribuição e da dissonância cognitiva; teorias da motivação, voltadas para o alcance de metas.

Essas pesquisas demonstram a relação da Contabilidade com outras disciplinas (como já dito) e seu enquadramento como Ciência Social. Porém, também deixam claro que a utilização simples de normas contábeis não é suficiente para se alcançarem bons resultados ou resultados reais.

Disfunções comportamentais e falta de ética, decisões baseadas em artefatos contábeis, processos cognitivos de julgamento, influências da cultura nacional na implementação dos critérios contábeis, entre outros, são fatores que interferem no desempenho das práticas contábeis¹⁰⁵⁰.

Um lado da situação que se apresentou com a adoção das práticas internacionais foi a necessidade de as companhias declararem a veracidade de suas demonstrações financeiras. Essa imposição levou a alta administração a se preocupar com situações que antes eram tratadas em segundo plano. A especialização de funcionários se tornou ponto de primeira ordem, reforçando o estabelecimento de códigos de ética e de conduta. O investimento em melhoria de sistemas de informatização também foi resultado da nova postura administrativa.

Nesse universo de avanços, os controles e as declarações sobre a provisão para demandas contingenciais passivas também sofreram alterações que são vistas de forma positiva. As imposições da SOX serviram para a melhoria do controle das contingências oriundas de demandas administrativas e judiciais e se encontram entre as ações a que a alta administração deve dar conformidade e acerca dos quais prestar declaração.

¹⁰⁴⁹ Apud Nascimento, A.R.; Ribeiro, D.C.; Junqueira, E. R. *Estado da arte da abordagem comportamental da Contabilidade Gerencial: Análise Das Pesquisas Internacionais*. Acesso agos, 15, 2009 em: www.congresso-eac.locaweb.com.br, p.6-8.

¹⁰⁵⁰ Nascimento, A.R.; Ribeiro, D.C.; Junqueira, E.R. (2009). *Estado da arte da abordagem comportamental da Contabilidade Gerencial: análise das pesquisas internacionais*. Acesso agos, 15, 2009 em: www.congresso-eac.locaweb.com.br, p.9.

4.4.2.2 Crítica à Lei nº 11.638/2007

No Brasil, especificamente, órgãos reguladores, como a CVM, vêm se esforçando para encorajar e facilitar a implantação das NIC nas empresas brasileiras de capital aberto. Mas um dos problemas que vêm dificultando a plena convergência entre normas brasileiras de contabilidade e as NIC é o estabelecimento das práticas contábeis brasileiras referentes a essas empresas pela Lei nº 6.404, de 1976¹⁰⁵¹. O art. 177 dessa lei, em seu § 2º, estabelece:

A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, **sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas** nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009) (g.n.).

A Lei Ordinária nº 11.638 de 28 de dezembro de 2007 altera as referências contábeis da citada Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976). Entre as alterações, está a adoção das práticas contábeis utilizadas no mercado internacional. Passo importante e um avanço em prol à convergência contábil das normais brasileiras à realidade internacional é o fato de a referida Lei autorizar a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e os demais órgãos e agências reguladoras a celebrarem convênios com entidades técnicas contábeis e de auditoria¹⁰⁵²:

Art. 10-A. A Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e demais órgãos e agências reguladoras poderão celebrar convênio com entidade que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade

¹⁰⁵¹ Antunes, J.; Antunes, G.M.B.; Penteado, I.M. (2009). *A convergência contábil brasileira e a adoção das normas internacionais de Contabilidade: o IFRS-1*. Acesso agos, 5, 2009 em: www.ead.fea.usp.br, p.4.

¹⁰⁵² Antunes, J.; Antunes, G.M.B.; Penteado, I.M. (2009). *A convergência contábil brasileira e a adoção das normas internacionais de Contabilidade: o IFRS-1*. Acesso agos, 5, 2009 em: www.ead.fea.usp.br, p.4.

e de auditoria, podendo, no exercício de suas atribuições regulamentares, adotar, no todo ou em parte, os pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas.

Parágrafo único. A entidade referida no caput deste artigo deverá ser majoritariamente composta por contadores, dela fazendo parte, paritariamente, representantes de entidades representativas de sociedades submetidas ao regime de elaboração de demonstrações financeiras previstas nesta Lei, de sociedades que auditam e analisam as demonstrações financeiras, do órgão federal de fiscalização do exercício da profissão contábil e de universidade ou instituto de pesquisa com reconhecida atuação na área contábil e de mercado de capitais.

A normatização pela Lei nº 11.638/2007 não estabelece nenhuma forma de regulação e muito menos de análise e prática das contingências passivas oriundas de demandas contingentes. Também em momento algum fala sobre a atuação de profissional de Direito, mas estabelece que a entidade emanadora de pronunciamentos sobre a matéria “deverá ser majoritariamente composta por contadores”. A referida Lei, que foi precedida de inúmeros debates desde a instalação do Projeto de Lei nº 3.741/2000, poderia ter estabelecido que a constituição de provisão pelo risco de contingência de matéria técnica fosse precedida de parecer de profissional de mesma essência da contingência. Por fim, verifica-se que, em países nos quais a prática das NIC já vinha sendo exercida, as dificuldades se ajustaram há mais tempo, tempo esse que as companhias brasileiras e portuguesas não tiveram.

Apesar de todos os benefícios que a adoção das NIC possa trazer para o mercado global, para os países e para as empresas em particular, se não as normas, mas, principalmente, a forma como elas foram tratadas por seus órgãos emanadores vem recebendo críticas.

Seção II

5 MENSURANDO OS VALORES DAS CONTINGÊNCIAS PROCESSUAIS: PENSANDO COMO UM JULGADOR

O processo de formação do valor efetivo de uma PDC perpassa vários níveis técnicos e envolve uma série de entendimentos quanto aos vários valores que podem compor um processo administrativo e judicial. A essa composição também estão atrelados fatores que não propriamente valores monetários, mas que, de um modo ou de outro, estão ligados ao conjunto da análise, servindo de insumos à mensuração do valor monetário.

No conjunto dos valores contingenciais que embasa a decisão, encontram-se o valor da causa e o valor da pretensão, quando essa for monetária. Num segundo momento, verifica-se que esses por si só não indicam a melhor estimativa e a certeza do valor a ser efetivado como provisão. Essa dificuldade não é privilégio de poucos na busca da melhor estimativa requerida pelas NIC: “a quantia reconhecida como uma provisão deve ser a melhor estimativa do dispêndio exigido para liquidar a obrigação presente à data do balanço¹⁰⁵³”.

Cercando-se dos elementos de formação da melhor estima, verifica-se que somente o valor da causa e o valor pretendido não garantem nem representam a melhor estimativa. São necessários estudos das demais situações conjunturais, como as processuais, as jurisprudenciais, as legais e outras que podem variar segundo as considerações de cada juiz e de cada tribunal, podendo ainda variar de país para país.

É corrente o entendimento técnico de que os processos massificados devem corresponder individualmente até certo valor de análise, ou seja, deve-se estabelecer um limite do valor provável de condenação. Os valores individuais não podem ser significativos perante o todo provisionado e o tipo de processo deve permitir a extração de média segura para aplicação na PDC. O total desses processos em forma de PDC pode representar valor significativo. Assim, para esses processos, o valor de desembolso pela média deve resultar de um conjunto de fatores de análise como: o objeto das ações deve formar um todo homogêneo; deve haver correspondência entre o pedido e a causa de pedir; a capacidade de formação da base histórica de desembolso, caso seja usada, deve ser em período que permita a aferição de média de valor a ser aplicado para o conjunto. Podem ocorrer outros fatores.

Nos processos de análise individual, haverá casos em que a melhor estimativa terá base no valor do acordo a ser homologado. Imagine-se que um acordo esteja sendo realizado entre as partes por valor definido e, portanto, a empresa conheça exatamente o valor a ser desembolsado por ela; mas a efetivação do acordo depende de outras condicionantes, como a manifestação do juízo do feito. Nesse caso, o risco de não se efetivar o acordo é de

¹⁰⁵³ OROC. Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. (2004). Trad. *Normas Internacionais de Relato Financeiro*. Lisboa: IASCF, IAS 37, Item 36, p. 1164.

classificação remota; portanto, o valor do acordo será exatamente aquele a ser provisionado para a situação. Nos demais casos de análise individual, haver-se-á de perseguir a melhor estimativa, que deve ser expressa pelo valor provável de condenação, ou seja, pelo risco efetivo do processo, pois estão ausentes condições de aplicação da média e de um acordo.

O valor da causa atribuído a uma ação muitas vezes não condiz com a realidade daquele valor a que os pedidos visam, nem com o que vai resultar do trânsito em julgado do processo. Por essa razão, na PDC, não se pode considerar somente o valor da causa para fixação do *quantum* provisionável. Em contrapartida, esse é um dado que não pode ser desprezado, pois é base informativa e pode servir de insumo à mensuração e dar indicativos para composição do valor definitivo de provisão. Também pode servir para compor as bases estatísticas que possibilitam entender as nuances dos fatores que interferem na PDC.

Em Portugal, o Código de Processo Civil define, no artigo 305, o que vem a ser o valor da causa: “1. A toda causa deve ser atribuído um valor certo, expresso em moeda legal, **o qual representa a utilidade económica imediata do pedido.**”¹⁰⁵⁴ O Código de Processo Civil brasileiro, no artigo 258, estabelece: “A toda causa será atribuído um valor certo, **ainda que não tenha conteúdo económico imediato.**” (g.n)

Ambos os diplomas são idênticos na primeira parte, mas divergem em efeitos na segunda. Enquanto o Código português regulamenta que o valor da causa deve ser o que “representa a utilidade económica imediata do pedido”, o Código brasileiro reza que o valor da causa seja atribuído “ainda que não tenha conteúdo económico imediato”. A dicotomia entre as duas normas está em o Código português admitir que, em tese, pode ser dado valor zero como valor da utilidade económica imediata, nos casos em que a utilidade imediata não possa ser apurada (valoração do pedido frente à utilidade económica). A norma brasileira, nessas mesmas condições, exige que o valor seja diferente de zero, pois há um valor da causa mesmo quando não se puder apurar seu conteúdo económico imediato. A complexidade entre um e outro Código está na relação conceitual entre o valor da causa com o pedido e a causa de pedir. Nesse ponto, José Lebre de Freitas *et al.* esclarecem:

A utilidade económica imediata do pedido, expressa em dinheiro, constitui o **critério geral** para a determinação do valor da causa. Quando o **pedido** tenha por **objecto uma quantia pecuniária líquida** (“quantia certa em dinheiro”), a determinação está *in re ipsa*, **constituindo essa quantia a utilidade** tida em vista pelo autor ou reconvinte, independentemente de ser pedida a condenação no seu

¹⁰⁵⁴ Freitas, J.L.de; Redinha, J. Pinto, R. (1999). *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra, v. 1, artigo 305, p. 542.

pagamento, a simples apreciação da existência do direito a essa quantia ou a sua realização em acção executiva; **nos outros casos, há que encontrar o equivalente pecuniário correspondente à utilidade** ("benefício") **visada** (art. 306-1). As disposições sobre o valor da causa que consagram critérios especiais (arts. 307, 308-3, 309 a 313) representam a concretização e a adaptação deste critério geral, em função da modalidade do pedido formulado.

Há, porém, que ter em conta que **o pedido se funda sempre na causa de pedir [...], que o explica e delimita. Dela não abstrai o critério da utilidade económica imediata do pedido, pelo que este não é considerado abstractamente, mas sim em confronto com a causa de pedir, para o apuramento do valor da causa;** assim, por exemplo, a acção em que se formula o pedido de entrega de um prédio a título de arrendamento (ou da sua devolução por via da extinção deste) não tem o mesmo valor que aquela em que o mesmo prédio seja pedido com base em título de propriedade [...].

Tal como o pedido desligado da causa de pedir não basta à determinação do valor da acção, também a causa de pedir, por si, não o determina: com base num contrato pelo qual é devida a quantia de 1.000, pode pedir-se a condenação do réu em 100 apenas; este é o valor do pedido¹⁰⁵⁵. (g.n.).

Desses conceitos, depreende-se que alguns pontos de base são expressos para se chegar à definição do valor da causa. A utilidade/ conteúdo económico imediato é de critério geral para determinar o valor da causa, ou seja, pode não ter alcance específico em relação ao pedido e a causa de pedir. Nos casos em que o pedido corresponde à quantia expressa como valor da causa, esse será exactamente seu conteúdo económico. Entretanto, há casos em que o valor da utilidade não está expressamente presente na postulação, necessitando que se examine o direito invocado para, depois, ser precisado o valor da causa, pois, à evidência, como pontua Lebre de Freitas, “o pedido se funda sempre na causa de pedir”.

Ocorre, por vezes, que à demanda é atribuído valor da causa menor do que realmente pretendem os pedidos. Isso ocorre pelas seguintes razões: não conhecimento do valor dos pedidos, pois está em discussão o direito para posterior apuração do *quantum*; atribuição do valor da causa a quem dos pedidos, o que resultará em valor das custas a quem do devido; atribuição do valor da causa a quem dos pedidos, que resultará em valor da pretensão e, em caso de perda do processo, da sucumbência a quem dos valores “devidos”. As duas últimas maneiras podem se apresentar de forma fictícia, para se atenuar o risco em caso de derrota no processo; mas todas estão relacionadas à vontade do autor da demanda, servindo de exercício para a melhor estimativa de mensuração. Em outras palavras, detectado o valor em bases que não condizem com a realidade fática, pouco ele influenciará na formação da melhor estimativa, mas de importante análise para o caso em concreto. Portanto, para efeitos de

¹⁰⁵⁵ Freitas, J.L.de; Redinha, J. Pinto, R. (1999). *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra, v. 1, artigo 305, p. 543.

melhor estimativa de valor para a provisão, casos enquadrados nas situações acima devem ser avaliados com profundidade, visando à valoração dos pedidos com base na causa de pedir.

Com essa conjuntura composta, começa-se a se delinear o formato do que se pretende, a fim de se alcançar a melhor estimativa do valor a ser provisionado, com base nos diversos valores que compõem um processo judicial e administrativo.

Nessa esteira, apresentam-se questões relevantes, as quais são compostas pelos valores ou pelo conjunto de valores que envolvem as provisões contingenciais. Na análise da melhor estimativa do valor de uma provisão para demandas contingentes, observa-se o conjunto de valores que compõem objetiva e subjetivamente o modo como um processo deve ser considerado: valores objetivos – valor da causa, valor pretendido expresso, valor da condenação e valor que efetivamente a parte perdedora deve desembolsar (em acordo, por exemplo); valores subjetivos – valor pretendido quando não expresso, valor da provável condenação. Esse conjunto é a base de análise para se estimar o valor de uma provisão.

Mas há outros fatores que devem ser considerados, porque convergem para o conjunto do que seja o valor da PDC. Entre esses fatores, estão aspectos processuais relacionados com a matéria da PDC, como: a diversidade de decisões de uma mesma matéria pelos diversos tribunais julgadores; as tendências de julgamento de determinado juiz e as tendências de julgamento externadas pela filosofia de atuação de determinados ramos do Poder Judiciário, como a Justiça do Trabalho no Brasil; também aspectos ligados à proteção dos consumidores pelo Código de Defesa do Consumidor no Brasil. Tais filosofias expõem, de antemão, que o empregado e o consumidor são a parte hipossuficiente da relação processual.

5.1 Provisão para Demandas Contingentes e Depósito Judicial em Garantia

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. No seu artigo 1º Cria o Banco Central do Brasil; no artigo Art. 9º Compete ao Banco Central do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Um fator importante em matéria de valores contingenciais foi a edição pelo Conselho Monetário Nacional da Resolução nº 3.535, de 31.01.2008, publicada pelo BACEN, que embora tenha sido revogada pela Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.823¹⁰⁵⁶, de 16.12.2009, traz importante distinção entre o que seja valor da contingência e o valor do depósito judicial em garantia do processo que originou a contingência. A Resolução 3.535 “dispõe sobre procedimentos aplicáveis no reconhecimento, mensuração e divulgação de provisões, contingências passivas e contingências ativas”, sendo específica quanto à não dedução do valor da provisão do respectivo depósito judicial em garantia da ação:

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL - RESOLUCAO 3.535

Dispõe sobre procedimentos aplicáveis no reconhecimento, mensuração e divulgação de provisões, contingências passivas e contingências ativas.

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 31 de janeiro de 2008, com base nos arts. 4º, incisos VIII e XII, e 30 da referida lei, e na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e tendo em vista o disposto no art. 22, § 2º, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 3.995, de 31 de outubro de 2001,

R E S O L V E U:

Art. 1º As instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem **observar a Norma e Procedimento de Contabilidade nº 22 (NPC nº 22), do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil - Ibracon, de 3 de outubro de 2005**, no reconhecimento, mensuração e divulgação de provisões, contingências passivas e contingências ativas.

Parágrafo Único. **Fica vedada a aplicação do disposto nos parágrafos 53 e 76 da NPC nº 22.**

Compensação

53. Não raramente, a administração de uma entidade questiona a legitimidade de determinados passivos, e, por conta desse questionamento, **por ordem judicial ou por estratégia da própria administração, os valores em questão são depositados em juízo**, sem que haja a caracterização da liquidação do passivo. Nessas situações, não havendo a possibilidade de resgate do depósito, a menos que ocorra desfecho favorável da questão para a entidade, **o depósito deverá ser apresentado deduzindo o valor do passivo**, sendo os valores atualizados e divulgados de acordo com o item 76.

DIVULGAÇÃO

76. Nos casos em que, para fins de divulgação, **ocorrer a compensação de passivos com valores depositados em juízo**, permitida nos termos desta NPC, **deverão ser destacadas, em nota explicativa**, as quantias que estão sendo compensadas e a explicação das eventuais diferenças existentes.

Art. 2º As instituições de que trata o art. 1º devem manter à disposição do Banco Central do Brasil, pelo prazo de cinco anos, toda a documentação e detalhamento utilizados no reconhecimento, mensuração e divulgação de provisões, contingências passivas e contingências ativas.

Art. 3º Verificada **impropriedade ou inconsistência nos processos de classificação, divulgação e registro contábil das provisões, contingências passivas e contingências ativas**, o Banco Central do Brasil **poderá determinar os**

¹⁰⁵⁶ Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.823. Acesso jul, 14, 2010 em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=r3823>, p. 3

ajustes necessários, com o consequente reconhecimento contábil dos efeitos nas demonstrações contábeis.

Art. 4º As instituições referidas no art. 1º devem observar o disposto nesta resolução até 30 de junho de 2008.

Art. 5º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 31 de janeiro de 2008.

Henrique de Campos Meirelles

Presidente (g.n.).

A Resolução nº 3.535 do CMN vedava a aplicação dos parágrafos 53 e 76 da NPC nº 22, proibindo, portanto, os bancos brasileiros de deduzir o valor do passivo do valor dos depósitos judiciais em garantia processual. Diante disso, deduz-se que, no Brasil, havia uma norma especial para as instituições financeiras, quanto à aplicação desses parágrafos. Portanto, a CVM autorizava, para fins de divulgação, “a compensação de passivos com valores depositados em juízo”, mas o Conselho Monetário Nacional, por meio do BACEN, vedava essa possibilidade às instituições financeiras autorizadas a funcionar no País.

Seguindo os ditames do princípio da essência sobre a forma, verifica-se que a norma do CMN/BACEN é mais coerente com a realidade fática processual e dos registros contábeis.

A norma da CVM que autorizava a compensação (Deliberação CVM 489, de 03.10.2005, que aprovara o Pronunciamento do IBRACON NPC Nº 22 sobre Provisões, Passivos, Contingências Passivas e Contingências Ativas) foi revogada pela Deliberação CVM nº 594, de 15.09.2009. A nova Deliberação aprova o Pronunciamento Técnico CPC 25, emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata de provisões, passivos contingentes e ativos contingentes.

O Pronunciamento CPC 25, no item 62, determina que “somente os desembolsos que se relacionem com a provisão original são compensados com a mesma provisão.” No mesmo item esclarece: “reconhecer os desembolsos contra uma provisão que foi originalmente reconhecida para outra finalidade esconderia o impacto de dois eventos diferentes.”

O que se depreende das edições das normas novas é que realmente não há fundamentação legal para se igualarem produtos de naturezas diferentes como sendo a mesma coisa. Há, portanto, fundamental diferença entre o que seja depósito em garantia (quer seja recursal ou judicial) e provisão para demandas contingentes.

A inteligência da norma do CMN/BACEN – Resolução 3.535, alcança o nobre princípio da essência sobre a forma e estabelece a necessária distinção entre o que seja depósito em garantia processual e a necessidade de provisão por contingência passiva representada por demanda. As naturezas são distintas, pois o depósito representa garantia

processual, enquanto a provisão representa o risco efetivo de desembolso por parte da entidade com base numa contingência. Proceder aos registros, assim como à divulgação, sem compensação é estar atrelado aos ditames do princípio da essência sobre a forma, pois assim como se difere a natureza de ambos os registros, também são distintos suas essências que não podem seguir a forma que prevê compensação entre “coisas” de natureza e essência distintas.

A análise da provisão para demandas contingentes no caso a caso leva as mais variadas situações de avaliação quanto à classificação da ação e a classificação do risco que prospectam o valor da contingência a ser provisionado. Há, também, outros fatores intrínsecos à análise, como o pedido e a causa de pedir.

O depósito judicial em garantia pode ocorrer sem que haja o mínimo risco de condenação na ação, ou seja, dentro da classificação de risco, a ação pode estar classificada como remota ou possível; portanto, não exige provisão. O depósito judicial é constituído como garantia processual, enquanto que a provisão é constituída como garantia financeira da empresa. O depósito judicial é ato intrínseco do processo para fazer frente a garantias processuais; a provisão é ato extrínseco do processo e corresponde a boa prática contábil, ou seja, manter registro contábil que possa fazer frente à provável condenação da ação por parte da companhia. As hipóteses em que pode ocorrer somente depósito judicial e não provisão para o mesmo processo são inúmeras. Se a entidade for executada com base em título executivo que não deu causa, caracteriza-se, logo, que o risco da entidade vir a ser condenada é mínimo, remoto. Mas para sua defesa exige-se a garantia que é o depósito judicial.

Dessa maneira o processo oferece o mínimo de risco, mas a garantia por meio do depósito judicial é constituída. Outra hipótese possível de ocorrer é a de que o depósito em garantia seja feito com valor acima do risco. Assim ocorrerá a provisão – PDC – para o processo em valor inferior à garantia representada pelo depósito judicial. Há outras hipóteses possíveis, mas o que fica caracterizado é que não há correspondência causal entre o depósito em garantia processual e o risco que a demanda representa, os quais possam ser compensados.

No mercado de estudos do produto provisão para demandas contingentes, não podem pairar dúvidas que há diferença entre o depósito em garantia de determinado processo e o valor da provisão para esse mesmo processo. A natureza do depósito judicial em garantia é de ato processual, enquanto que a provisão é de ato contábil; portanto, são naturezas distintas. O ato do juiz ao determinar o depósito, por força de lei ou por convicção, não implica constituir provisão contabilmente. Além dessa diferenciação, contabilmente, as rubricas que abarcam um e outro são distintas.

O depósito judicial em garantia, mesmo à ordem do juiz, é de propriedade do depositante, e essa é a questão fundamental, pois sendo do depositante, seu registro é de um ativo e não pode ser lançado como registro de provisão. O valor do depósito em garantia não é abatido do resultado da empresa, enquanto o registro da provisão para demandas contingentes impacta negativamente o resultado da empresa no ato da sua constituição/de imediato.

A provisão para demanda contingente é registrada em conta do passivo. Essa é uma das razões da importância e do efeito que o registro dessa provisão causa no resultado da empresa. Outro aspecto do registro do depósito em garantia como um ativo da empresa é o fato de haver uma pendência judicial, a qual só se resolverá com o trânsito em julgado do processo. O depósito judicial, por ser um ato processual e, portanto, revestido de legalidade (ato objetivo), não está vinculado à classificação dos riscos da contingência determinada pelas NIC (ato subjetivo, depende da interpretação técnica jurídica), isto é, pode ocorrer depósito judicial em garantia, sem que haja risco de desembolso para o depositante.

As NIC determinam que a contingência oriunda de demandas seja uma conta do passivo. A própria norma da IASB/IAS 37 define: “Provisões 2. A Norma define provisões como passivos de tempestividade ou quantia incertas”. Os dois mundos correm independentes, embora tenham origem na mesma demanda. A ocorrência do depósito em garantia cumpre rito legal e não está vinculado a nenhum princípio contábil como, por exemplo, o da essência sobre a forma. Assim, em uma demanda, pode haver depósito em garantia sem provisão (como dito), e em outra pode haver provisão sem depósito em garantia.

Os efeitos contábeis reflexos para se liquidar demanda judicial com ou sem provisão são notáveis. Quando há provisão, a liquidação será em contrapartida à conta de provisão¹⁰⁵⁷; quando não há, a contrapartida é em despesa, diretamente. Nessa última hipótese, não houve a devida previsão do desembolso, ou seja, a classificação do risco da demanda como provável. Com esse exercício é que se percebem os efeitos que o regimento das NIC alcança. A proteção é a lisura do capital, provisão no momento em que o risco da demanda é detectado como provável na linha do processo e não ao final, com a sua liquidação em despesa.

Havendo uma demanda contingente, ela deve passar pelo crivo dos técnicos da área para sua classificação. Dessa maneira a transparência deve subsistir, e se a demanda for classificada como provável, haverá inevitavelmente de ocorrer a provisão.

¹⁰⁵⁷ IAS 37 – Item 62. Somente os dispêndios que se relacionem com a provisão original são contrabalançados com a mesma. Contrabalançar os dispêndios com uma provisão que foi originalmente reconhecida para uma outra finalidade esconderia o impacto de dois acontecimentos diferentes.

A previsão correta resulta em provisão adequada e garante o conhecimento do provável futuro desembolso. Eis os efeitos benéficos frente ao devido cumprimento do princípio da transparência para os acionistas e usuários das informações contábeis; ao deixar de efetuar a provisão, a empresa está descaracterizando a situação real de suas finanças, pois sabe, com antecedência, que seu patrimônio está comprometido com o provável desembolso para liquidação de ações demandadas.

Quanto aos aspectos da PDC, os valores possíveis que podem ser envolvidos em um processo judicial ou administrativo, assim como suas nuances subjetivas, são definidos adiante, para se poder dimensionar o processo de mensuração do valor definido para a PDC. Para tanto, dá-se uma visão breve do processo como um todo, já que, como dito, outros fatores interferem na análise da mensuração da PDC.

5.2 As Partes do Processo

As partes são os sujeitos interessados do processo; aqueles que deduzem uma pretensão em juízo e em face de quem a pretensão é deduzida. As partes, portanto, são os sujeitos “parciais” da ação. Para se proceder, portanto, à individualização da ação, devem-se identificar esses sujeitos parciais da ação. As partes é que são atingidas pelos limites subjetivos da coisa julgada¹⁰⁵⁸.

A importância da correta identificação das partes do processo em relação à PDC, por sua vez, é capital, assim como o é, processualmente, com a concretização das relações jurídicas, pois se saberá a identidade da parte à qual cabem os direitos reservados pela PDC, assim como a possibilidade de controle analítico. Porém, *in contrario sensu*, quanto à análise do risco, a parte não tem peso e ela pode ou não estar individualmente identificada pela contingência que se apresenta a partir de uma demanda judicial ou administrativa.

A questão leva à seguinte análise: a importância ou não de a parte que postula o direito ser identificada; a parte postulante não tem ou não deve ter peso na classificação do risco da demanda. Para que se caracterize uma contingência (gênero), não necessariamente as partes

¹⁰⁵⁸ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

devem estar identificadas; num processo judicial ou administrativo que dá origem à contingência, as partes devem estar legitimadas, pois é uma das condições da ação.

No início da relação processual, embora não se necessite individualizar o titular do direito para a efetivação da provisão – a IAS 37, Item 20, prevê: “É necessário (...) saber a identidade da parte a quem a obrigação é devida, na verdade, a obrigação pode ser ao público em geral¹⁰⁵⁹”, ela será necessária na fase de execução ou de cumprimento de sentença, com base na liquidação dessa. Exemplo disso são as ações civis públicas, que veiculam bens difusos, não havendo individualização do destinatário do direito. Mas esse tipo de ação pode ser objeto de contingência e, portanto, deve passar pela análise de risco, com a respectiva mensuração.

A contrapartida, isto é, identificar se a demanda foi proposta contra a empresa da qual se exige a provisão para demandas contingentes é muito importante também. Na hipótese, mesmo que no momento da análise o risco possa ser considerado baixo, em face de a ação ser vista como indevida contra a empresa, a certeza da não condenação somente se dará pelos julgados favoráveis que confirmarão a *legitimatío ad causam* passiva. Se a ação for proposta contra mais de um titular, a análise de risco passa a ser individualizada e deve se concluir pela proporcionalidade em relação à responsabilidade do risco, que vai caber a cada um dos responsáveis pela contingência.

Dessas situações, transparecem as seguintes certezas: não se provisiona o processo e sim a contingência que esse representa; a classificação do risco em remoto ou possível ou provável também é uma consequência da contingência e não do processo; inerente ao processo é a sua probabilidade de êxito, ou seja, o risco, deduzido pelo técnico jurídico.

As ações coletivas apresentam uma característica marcante em relação às demais, porque constituem uma contingência geral, contingência mãe, que aos poucos é absorvida pelas ações individuais decorrentes dela, contingências filhas.

Essa absorção, na verdade, é a migração do valor em provisão da contingência mãe para o valor em provisão para as contingências filhas. O valor da provisão se individualiza.

¹⁰⁵⁹ Jornal Oficial da União Europeia, de 13.10.2003 – L 261/320 – PT. Acesso jul, 17, 2010 em: http://www.cncmin-financas.pt/sitecnc_IAS2.htm.

5.3 Diferença entre Mensurar e Qualificar uma Ação Provisionável

Os procedimentos para a qualificação da provisão para demandas contingentes seguem um rito que, devido à natureza da organização judiciária, encontram-se hierarquicamente dispostos.

As empresas de capital aberto, a partir de sua citação como réus em processo, em primeiro plano, devem qualificar se a demanda é uma contingência pecuniária ou não. A contingência não pecuniária é representada por demandas que não apresentam valor em jogo. Um mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade não necessariamente tem valor em jogo e, portanto, embora sendo uma contingência, seu risco não representa diretamente desembolso. Outro exemplo de contingência não pecuniária é o da ação de exibição de documentos. É uma contingência oriunda de uma demanda, mas não pecuniária, pois o objeto da ação é exhibir documentos, portanto, não está em jogo valor em pecúnia. Já a contingência pecuniária passiva é decorrente de demanda em que há valor pecuniário em jogo, representando para companhia a probabilidade de desembolso. Como exemplo, cita-se: execução fiscal movida pelo fisco contra a companhia representa contingência pecuniária. As ações de execução também têm valor em pecúnia em jogo. Assim, toda contingência pecuniária qualifica-se como ação provisionável, ou seja, enquadra-se dentro da classificação de risco remoto, possível ou provável. Hierarquicamente, o primeiro passo na análise da provisão é a qualificação da contingência em pecuniária ou não.

A partir dessa qualificação, os pontos de análise dos técnicos jurídicos são: i) se a contingência não for pecuniária, pode-se atribuir a classificação do risco em remoto, possível ou provável, mas sem efeitos financeiros frente à provisão; ii) se a contingência for pecuniária, classifica-se o risco e criam-se parâmetros para seu cálculo.

O valor da contingência pode sofrer alterações no andamento do processo. Toda contingência pecuniária baseada em uma demanda tem em comum sua materialização num processo. Sendo a PDC, em essência, resultado de uma demanda, não há como falar em PDC sem haver demanda judicial ou administrativa. Assim como o processo tem vida no tempo e no espaço, a PDC tem tempo e espaço no processo.

Com base nessas premissas, uma PDC pode começar antes do início do processo, mas pode encerrar antes do término desse, porque seu tempo está dentro do tempo do processo,

nem antes nem além. Dessa forma, a existência da PDC está embrionariamente ligada à vida do processo. Não se pode considerar como PDC um fato que pode vir a ser uma demanda. A lide, para ocorrer PDC, deve estar processada judicial ou administrativamente; somente o fato não comporta PDC. Não há PDC no campo da hipótese. Em resumo, pode-se concluir que, se não há demanda materializada num processo, não há PDC.

Outras situações processuais são cabíveis e significativas para classificação da provisão para demandas contingentes. As demandas que são classificadas como contingências pecuniárias podem se desdobrar em diretas e indiretas. São: Demanda Contingente Pecuniária Direta e Demanda Contingente Pecuniária Indireta. A primeira (DCPD) é aquela descrita nesse tópico, pois geralmente está presente em demanda que a companhia é ré e deve proceder ao provisionamento de valor para fazer frente à provável desembolso. Prevê desembolso direto da companhia para satisfazer o objeto da demanda contingente. Já no segundo caso, na DCPI, não há o risco de desembolso propriamente dito, e sim o risco da companhia deixar de ganhar. São situações que se apresentam com contratos ou com qualquer outro tipo de relacionamento, em que a companhia, caso houver a ruptura negocial, não poderá mais exercer a titularidade do direito até então usufruído. Caso exemplificativo é aquele em que a companhia está em pleno gozo de direito por contrato de oferecer produto. A partir da ruptura, que pode ocorrer por meio de ação judicial, como por exemplo, ação civil pública, a companhia não poderá mais exercer o direito de oferecer seu produto. Não se dá desembolso direto causado pela contingência e, sim, poderá ocorrer não ganho por parte da companhia. Essa possível perda não pode ser tratada como provisão para demanda contingente (PDC) e, sim, como perda medida pela não continuação de negócio. É o típico caso de perda indireta com origem numa demanda contingente.

5.3.1 Ações Provisionáveis e Ações Provisionadas

As expressões ações provisionáveis e ações provisionadas causam dúvidas acerca do que cada um desses conjuntos representa no contexto da PDC. As ações provisionáveis formam o conjunto de ações que fazem parte do universo de ações formado pelas classificações de risco remoto, possível ou provável. Já as ações provisionadas formam o conjunto daquelas ações classificadas somente com o risco provável de perda, ou seja, as que têm seu valor contabilizado em conta do passivo da empresa de capital aberto.

É importante essa definição, pois há análises e informações que devem partir ora das ações provisionadas e ora das ações do conjunto de risco, as provisionáveis. No que se refere ao que se qualifica como ação provisionável, muitas hipóteses devem ser analisadas quando da respectiva qualificação, iniciando pelo que vem a ser provisionável.

Nesse contexto, a IAS 37 não deixa dúvida de que o risco de avaliação de uma contingência está representado em três níveis: remoto, possível ou provável (já citados). Assim, fazem parte do universo provisionável as demandas classificadas num dos três níveis de riscos, que exijam da empresa de capital aberto sua classificação como uma demanda contingente pecuniária. Essas definições mostram que o universo das ações provisionáveis é formado por dois fatores preponderantes: risco e seu efeito pecuniário. Se o efeito da demanda contingente não for pecuniário, a demanda não se caracteriza provisionável. Como exemplo, cita-se: no Brasil, ações penais com efeito pecuniário exigem a subsequente ação própria na esfera civil. O Direito Penal não dá guarida a efeitos pecuniários de uma demanda. Assim, ações penais não compõem o universo das ações provisionáveis.

A figura 7, abaixo, demonstra os aspectos da PDC, sendo que, na mensuração, as questões nela implícitas são interligadas, porque são originadas de um mesmo fato.

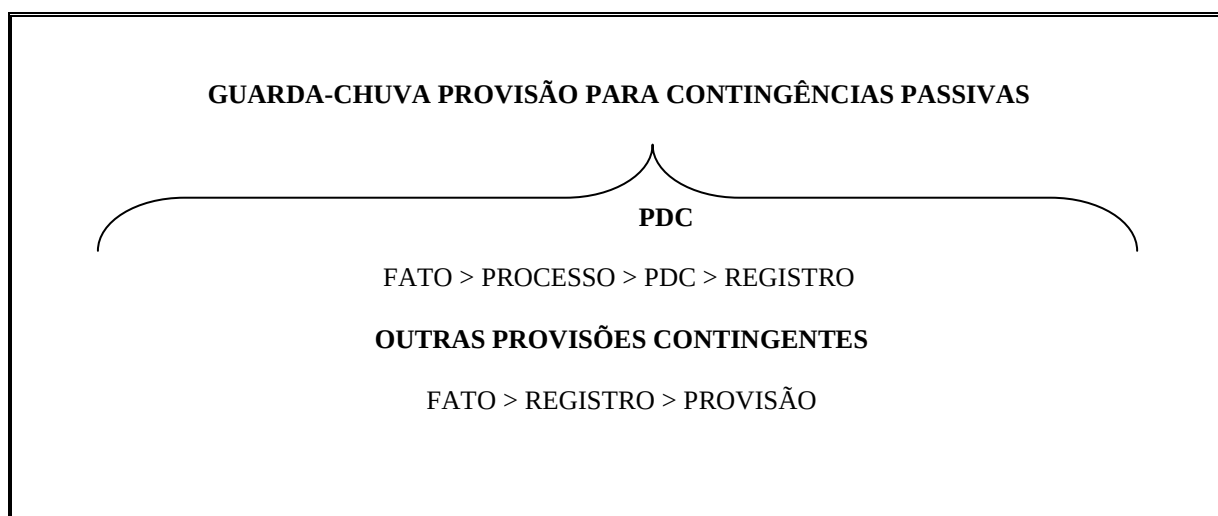


Figura 7: “Guarda-chuva” da provisão para contingências passivas

Fonte: Elaborada pelo pesquisador

5.4 Risco como Fator Preponderante na Identificação de Contingências e sua Mensuração

O risco é inerente à atividade humana e também faz parte da vida das empresas. Mudanças ocorridas no mundo nos últimos anos levaram as organizações que desejam participar do mercado internacional a olhar mais analiticamente suas atividades. Essa necessidade coincidiu com uma orientação mundial, originada de grandes escândalos, como os do banco inglês Barings Bank, da norte-americana Eron e da italiana Parmalat.

Esses casos são demonstrativos da crise que se instalou na governança corporativa. Para enfrentá-la, buscaram-se as causas e elas demonstram a necessidade de reformar os mecanismos de controles, fortalecendo a teoria do risco.

Surgiu então a primeira norma do mundo sobre gestão de riscos, a conhecida AS/NZS 4360, o Padrão de Gestão de Risco Australiano-neozelandês (Standards Austrália, 1999), que estabelece o risco como a “possibilidade de algo acontecer e ter um impacto nos objetivos e é medido em termos de consequências e probabilidades”.

Há quatro categorias de risco: o de mercado, o de crédito, o operacional e o legal. O risco primeiro está atrelado a quatro grandes grupos de mercado: o acionário, o de câmbio, o de juros e o de *commodities*. Esse risco tem origem nas variáveis econômicas e financeiras, como a variação das taxas de juros, de câmbio, e a alteração nos preços das ações, alterações no preço das *commodities*.

O risco de crédito está inteiramente voltado ao crédito, e isso pressupõe que há um tomador para esse crédito. Pode-se afirmar que esse tipo de risco é exclusivo de quem realiza operações de crédito. Ele visa mensurar a probabilidade de o tomador do crédito “devolver” o recurso dentro do prazo e na forma contratada. A análise do risco de crédito se amplia no horizonte, podendo estar relacionado ao chamado “risco país”, ou seja, quando determinado país não honra seus compromissos perante os agentes financeiros internacionais. Em outras palavras, esse risco se confunde com o risco político, que pode vir representado, por exemplo, por golpes que derrubam governos, pela instalação de novos governos, quer por imposição ou por eleições, por bruscas mudanças nas políticas econômicas e outros. Mas a relação mais estreita com esse risco é a tentativa de medição pelo agente fornecedor do crédito, frente à falta de pagamento pelo agente tomador do crédito.

Quanto ao risco legal e a seus reflexos, o conceito estabelecido por Basileia II ¹⁰⁶⁰, definindo as falhas, as fraudes e as situações de assaltos e arrombamentos como perdas operacionais, enquadrando as perdas com demandas judiciais como operacionais; o risco legal então está contido no conceito de risco operacional. Com relação às falhas, o risco operacional abrange perdas decorrentes de falhas em sistemas, seja devido a controles internos deficientes, seja por deficiente gerenciamento de materiais e de gestão ou outros.

O Banco Central do Brasil, por meio da Resolução nº 3.380, de 29 de junho de 2006, do Conselho Monetário Nacional, definiu risco operacional e especificou os respectivos eventos:

Artigo 2º. Para os efeitos desta resolução, **define-se como risco operacional** a possibilidade de ocorrência de perdas resultantes de falha, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, **ou de eventos externos**.

§ 1º **A definição de que trata o caput inclui o risco legal** associado à inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição, bem como a **sanções em razão de descumprimento de dispositivos legais e a indenizações por danos a terceiros decorrentes das atividades desenvolvidas pela instituição**.

§ 2º **Entre os eventos de risco operacional, incluem-se:**

- I - fraudes internas;
- II - fraudes externas;
- III - **demandas trabalhistas** e segurança deficiente do local de trabalho;
- IV - **práticas inadequadas relativas a clientes, produtos e serviços**;
- V - danos a ativos físicos próprios ou em uso pela instituição;
- VI - aqueles que acarretem a interrupção das atividades da instituição;
- VII - falhas em sistemas de tecnologia da informação;
- VIII - falhas na execução, cumprimento de prazos e gerenciamento das atividades na instituição. (g.n.).

A Resolução nº 3.380, quanto às demandas, é explícita tão somente quanto às demandas trabalhistas, deixando lacuna quanto às de outras naturezas como as cíveis e fiscais. Por outro lado, no Parágrafo 2º – item IV, explica que o risco operacional também pode advir de “práticas inadequadas relativas a clientes, produtos e serviços”. Se o entendimento de “práticas inadequadas” com clientes, produtos e serviços pode levar à geração de demandas,

¹⁰⁶⁰ Basileia I: O Acordo de Capital de Basileia, oficialmente denominado *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, também designado por Acordo de Basileia ou Basileia I, foi um acordo firmado em 1988, na cidade de Basileia (Suíça), por iniciativa do Comitê da Basileia e ratificado por mais de 100 países. Este acordo teve como objetivo criar exigências mínimas de capital, que devem ser respeitadas por bancos comerciais, como precaução contra o risco de crédito. Basileia II: O Acordo de Capital de Basileia II, também conhecido como Basileia II, foi um acordo assinado no âmbito do Comitê da Basileia em 2004 para substituir o acordo de Basileia I. O Basileia II fixa-se em três pilares e 25 princípios básicos sobre contabilidade e supervisão bancária. Acesso set, 6, 2009 em: <http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Mercado-Financeiro/138638.htm>.

estariam as demais naturezas jurídicas de demandas englobadas por essa Resolução 3.380. Na prática, é assim que ocorre, ou seja, o risco operacional comporta o risco legal gerado por demandas das diversas naturezas jurídicas. Isso ocorre devido à hierarquia que o conceito de risco operacional encerra nos ditames da Resolução 3.380, perante as demandas contingentes e a provisão para essas demandas: “Artigo 2º. Para os efeitos desta resolução, define-se como risco operacional a possibilidade de ocorrência de perdas resultantes de falha, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, ou de eventos externos”.

A Lei estadunidense Sabanes-Oxley ou Lei SOX, por sua vez, embora não se refira diretamente ao risco legal, estabelece responsabilidade para os operadores do Direito. O Título III, *Corporate Responsibility*, tem oito seções e abrange a criação de comitê de auditoria, conduta de auditores, e previsão para devolução de valores recebidos a título de bônus, compensações e valores ganhos nas operações do mercado de valores mobiliários. A seção 307 trata dos padrões de conduta para advogados. Nesse contexto, prevê responsabilidades para os advogados, quer sejam do quadro funcional, quer sejam terceirizados. Seu dever de ofício é comunicar ao diretor jurídico ou ao conselho de administração, irregularidades praticadas pela empresa. As irregularidades podem ser ou não contra texto de lei.

A previsão da Lei Sox, quanto à participação do advogado no controle do bem estar da empresa, é destacada e o caracteriza como agente de controle de risco operacional. Essa função atribuída pela Lei SOX ao advogado não era conhecida do mundo do Direito, pelo menos oficialmente como destaca a Lei. O profissional advogado de empresa sempre prestou assessoria à administração; porém, não como agente de controle que permitisse a interferência de julgamento do que seja irregularidade, para informar o diretor jurídico ou o comitê de auditoria. Passa, dessa forma, a ser agente ativo e não mais reativo. Há ainda de se destacar dos ditames dessa seção o comunicado a ser feito pelo advogado diretamente ao comitê de auditoria. Seria ele portador de contato direto com o comitê, sem o conhecimento do diretor jurídico e até mesmo da administração da empresa? Estaria o advogado sendo agente de Direito e, ao mesmo tempo, “julgador” do que represente uma irregularidade? O advogado como técnico responsável pela classificação da PDC é o agente fiscalizador de risco? Esses são pontos polêmicos que carecem de definições mais apuradas do papel do advogado no processo de operacionalização do risco operacional.

O risco legal não significa risco jurídico. Para haver um risco legal, basta que se incorra em certos atos da vida. Uma determinada empresa lançando um produto novo no

mercado pode estar em risco legal, mas não jurídico, pois esse somente ocorre se houver uma demanda da qual seu objeto é o referido produto. Saliente, portanto, que o risco jurídico está sempre atrelado a uma demanda, enquanto que o risco legal não necessariamente.

5.5 Risco e Provisão para Demandas Contingentes – PDC

Entre as situações que marcam as dificuldades na apuração do valor contingencial a ser provisionado com base numa demanda, portanto pelo advogado, está a identificação do risco que essa representa, além de identificar se o risco que representa é contingência pecuniária ou não. O quadro 4 agrupa as situações do risco contingencial originário de uma demanda:

RISCO	MENSURAÇÃO	CONTINGÊNCIA	PROVISÃO
SIM	NÃO	SIM	NÃO
NÃO	SIM	SIM	NÃO
SIM	SIM	SIM	SIM

Quadro 4: Demonstrativo da avaliação de risco

Fonte: Elaborada pelo pesquisador

Observa-se, no quadro acima, que a contingência se faz presente em todas as situações de análise, mas nem sempre resultará em provisão. Isso ocorre porque uma demanda sempre será uma contingência, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem sempre a contingência tem reflexos pecuniários, portanto, não resulta em provisão.

Na primeira hipótese descrita no quadro acima, o risco está presente, mas não se pode mensurá-lo. Caracteriza-se, portanto, uma demanda não provisionada, muito embora seja provisionável. Nesse ponto, cabe a seguinte digressão sobre o assunto: as demandas provisionadas são aquelas classificadas com o risco provável de condenação, a espécie; já o conjunto das ações provisionáveis é o gênero. Portanto, são as demandas que se enquadram nos riscos de classificação remoto, possível e provável, sendo que as duas primeiras não são provisionadas. As contingências oriundas de demandas formam dois conjuntos: o das

contingências provisionáveis, formado pelas demandas com classificações de risco remoto, possível e provável; o das contingências provisionadas, constituído somente pelas contingências classificadas como prováveis (como já dito). As ações coletivas muitas vezes são o legítimo exemplo da hipótese de não se poder apurar o valor da provisão, pois na fase de conhecimento/instrução processual, não se pode apurar o titular do direito. Portanto, não são identificáveis elementos mínimos que possam assegurar cálculo e mensurar a provisão.

A segunda hipótese exposta no quadro 4 apresenta demanda sem risco, mas com condições de ser mensurada. É uma contingência, mas não provisionada, pois lhe falta uma das condições de provisão, o risco. Exemplos de ocorrências dessa hipótese são também ações coletivas; podem ser mensuradas, mas não apresentam titulares do direito invocado, portanto, não apresentam risco para a empresa.

A terceira hipótese apresenta as condições positivas de risco, mensuração, contingência e provisão. A cadeia fecha-se positivamente ante as questões de provisão, levando ao registro contábil do valor provisionado.

5.5.1 Redução dos Riscos

O exercício efetuado pelos trabalhos da PDC auxilia na redução dos riscos. O trabalho não ocorre somente no mundo jurídico, e o conhecimento se dá ora para fora do mundo do Direito e ora o Direito recepciona conhecimento de outras áreas. Os conceitos mundiais são perceptíveis quanto a isso, como é o caso do projeto Basileia II, que classifica os riscos em operacional e legal. Passam para o mundo do Direito o entendimento e o conhecimento das consequências financeiras do risco legal. Comenta-se que o Direito não estaria preparado para operar matéria do tipo, voltada para fora de seu mundo. E nesse contexto, questiona-se: o Direito não estaria preparado para operar matéria do tipo, voltada para fora de seu mundo? O que se assiste, contrariando essa perspectiva, é a um Direito preocupado com soluções e na busca e emissão de conhecimentos com as áreas afins na matéria.

A pesquisa desenvolvida no presente trabalho demonstrou que o Direito abraçou a causa, e as tarefas que lhe são exigidas são plenamente desempenhadas por seus operadores. O Direito não se furtou a adquirir novos conhecimentos e atua preponderantemente na formação da PDC.

Nessa perspectiva, a mensuração do valor a ser provisionado, definido o risco, implica a adoção de critérios jurídicos dos mais diversos, sendo um deles baseado nos valores implícitos no pedido.

5.6 Causas de Pedir e Pedido

No Direito, muito já se debateu quanto aos conceitos e definições de causa de pedir e pedido. É difícil o manejo desses dois elementos da ação frente à centralização de estudo específico, como este, envolvendo o Direito e a provisão para demandas contingentes.

Entretanto, é de suma importância sua localização em relação ao referido tema. Nas relações impostas ao Direito pelas NIC – talvez se sobrepondo às demais –, quando se trata de transformar a subjetividade processual na efetividade de um valor a ser provisionado, encontram-se as definições, conceitos, valoração da causa de pedir e do pedido.

Questão também sob análise é se a premissa maior para se estabelecer o valor da provisão provém da causa de pedir ou do pedido.

A doutrina, assim como as regras até o momento expostas, não define exatamente a base da “coisa” jurídica que pode determinar uma provisão. Envereda-se, nessa linha de estudo, pelos seguintes termos e condições, conforme comenta Araken de Assis, quanto à causa de pedir:

Dentre os elementos individualizadores da ação material, **a causa de pedir constitui o mais delicado e problemático**. Paradoxalmente, à primeira vista, se afigura ideia de razoável clareza, porque a própria designação expressa o título, a razão da demanda. Na demanda, além de invocar a prestação jurisdicional do Estado, **o autor afirma o motivo pelo qual almeja o bem da vida perante o adversário**, que somente se viabiliza através da tutela estatal. **Neste “motivo” pulsa a causa de pedir**¹⁰⁶¹. (g.n.).

Em resumo, se se pudesse atribuir equação processual para expressar a ordem acima, a mesma seria simplificada:

¹⁰⁶¹ Assis, A. (2002). *Cumulações de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 49. Consoante lição de Sérgio Gilberto Porto, foi Matteo Pescatore o responsável pela elaboração da teoria da tríplice identidade que tem por finalidade permitir a identificação de demandas iguais. Os elementos individualizadores da ação, assim, seriam as partes, a causa de pedir e o pedido. PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil: análise e atualização*. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 13.

Autor	+	Motivo	+	Causa de Pedir	=	Pedido
--------------	---	---------------	---	-----------------------	---	---------------

O universo que constitui o direito de ação está representado pelo processo como instrumento de alegação de direitos, pela técnica jurídica de demonstrar/alegar a causa de pedir e a de “transformá-la” no pedido. Além de esse conjunto estar recepcionado pela norma, seus elementos resultam na função jurisdicional do Estado. Em caminho inverso, exercita-se, para o bom provisionamento de demandas, a análise com as seguintes questões: o pedido tem consonância com a causa de pedir? A causa de pedir está explicitada conforme a técnica jurídica e recepcionada pela norma? O processo está formalizado segundo as condições de exposição dos fatos e do direito? O direito de ação foi corretamente exercido e realmente foi recepcionado pela jurisdição Estatal?

Esse é um dos conjuntos de elementos necessariamente válidos para o exercício de uma boa realização da provisão para demandas contingentes, há, porém muitos outros, entre os quais se destacam os pressupostos processuais.

O direito de ação é hoje garantia das relações sociais e é nobre princípio constitucional na maioria dos países em que o Estado Democrático de Direito impera. Com essas condições, forma-se o conjunto de procedimentos hierarquizados para se garantir o direito de ação. As consequências advindas dessa técnica exigem que o *jus postulandi* tenha amparo na norma e seja requerido por quem detenha capacidade de exercer o direito de ação com a consequente provocação da jurisdição.

Essas condições dão a garantia jurídica de que, para cada ação acolhida pela jurisdição estatal, será proferido somente um decisum. Dito de outro modo, produzir-se-á apenas um resultado. Como a exigência legal para se efetuar a provisão ocorre antes de qualquer decisão dentro do processo, exige-se do profissional advogado a análise com o indicativo de risco, os parâmetros para cálculos e, em alguns casos, o valor provável de condenação da demanda (como já citados).

No contexto da PDC, a causa de pedir representa o caso concreto, o fato. A generalidade, as hipóteses e as ilações abstratas não têm importância na análise dos fatores do binômio risco/mensuração que formam a base para a PDC. Todavia, tendo a causa de pedir o caráter do fato, a análise (com base na norma, na jurisprudência, na doutrina) limita-se às condições da forma como esse fato será ou está sendo recepcionado pela jurisdição estatal.

Esses fatores são as condições de análise do risco, mas não, necessariamente, indicam a valoração da demanda. Esse é um dos dificultadores com os quais o profissional do Direito se defronta para realizar os trabalhos de PDC; embora apurando o risco, não se formam as bases de como mensurá-lo. São conclusões inevitáveis de que a causa de pedir por si só não indica todas as condições de análise da provisão para demandas contingentes. Entretanto, há de se analisar como ocorrem as condições de mensuração ou como se atribui o valor de uma PDC.

Na correlação direta entre causa e efeito, a causa de pedir leva ao pedido e às condições de limites da lide, estabelecendo a base para que o julgador atribua ou não direitos. Porém, pode existir ação sem causa de pedir, como por exemplo, ações que buscam declaração de inconstitucionalidade. À declaração perseguida, não se expõem necessariamente fatos (fatos podem ser expostos, mas são ilustrativos), pois não têm relação direta com o mérito da ação e seu correspondente pedido. Nesse tipo de demanda jurisdicional, a causa de pedir não existe, porque não há fato a ser alegado, portanto; dessa forma não há como “extrair” o pedido¹⁰⁶². No contexto constitucional, poder-se-ia alegar que a ação direta de inconstitucionalidade estaria evocando a infração a dispositivo constitucional. De qualquer forma não há, como objeto da referida ação, um fato propriamente dito e, sim, uma lei que se quer ver declarada inconstitucional. Seguindo o raciocínio a análise recai sobre o texto da lei a qual se discute o objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Também nesse caso não há fato propriamente dito. Embora a discussão seja válida à precisão terminológica e de fundamento se há fato e se esse dá forma a causa de pedir com o devido pedido, frente a PDC a ação direta de inconstitucionalidade apresenta peso considerável. Assim, o julgamento de uma ação de declaração de inconstitucionalidade podem formar todas as condições para a PDC.

Os casos concretos são inúmeros e de fácil constatação no “mercado jurídico”. Uma ação direta de inconstitucionalidade - proposta no tribunal guardião da constituição, que pode ser precedida de liminar com julgamento a favor de contribuintes para não recolhimento de tributo - é um exemplo clássico. Julgada a ação e declarada a constitucionalidade da lei atacada, formam-se todas as condições de provisão. Mesmo o contribuinte não tendo

¹⁰⁶² Tesheiner, J.M.R. (2014). Oos elementos da ação. Acesso jan, 19, 2014 em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17287-17288-1-PB.htm>

ligação direta com a ação¹⁰⁶³, ¹⁰⁶⁴, mas estando amparado por liminar com os efeitos *erga omnes*, deve-se efetuar a análise das demandas contingentes que a decisão da ADIN abrangeu, ou seja, a declaração de legalidade da cobrança do tributo.

O fenômeno que pode ocorrer é que o fato particular pode estar acima da declaração de não inconstitucionalidade da lei. Pelo exemplo destacado, o tributo, embora declarado constitucional pelo julgamento da ADIN, pode se achar prescrito ou o fisco ter decaído de seu direito. Também pode ter sido pago ou ainda podem ocorrer outras nuances que não impliquem sua cobrança. Essas são trazidas a lume em ação movida pelo contribuinte, com a exposição dos fatos/causa de pedir e com o conseqconsequenteente pedido à manifestação da jurisdição estatal. Verifica-se que, acima de qualquer análise de regra jurídica, está presente uma hierarquia de regras de risco, a qual obrigatoriamente perpassa a análise intrínseca de cada caso para ser aplicada.

Na sequência de análises do processo de mensuração da PDC está o pedido. A atividade jurisdicional não inclui questionamentos pelo simples fato de consulta; não há direito de ação para consultar a jurisdição estatal simplesmente. Também, a demanda certamente será fulminada por falta de um dos requisitos: ter interesse e legitimidade para propor ou contestar uma ação. A legislação brasileira - artigo 286 do Código de Processo Civil - prevê que o pedido deve ser certo e determinado. A legislação portuguesa, artigo 3º do Código de Processo Civil, que trata da ação, também prevê:

Necessidade do pedido e da contradição - 1 – O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

¹⁰⁶³ Constituição Federal do Brasil, artigo 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; V - o Governador de Estado; [...] VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁰⁶⁴ Constituição Portuguesa, artigo 281: 2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral: a) O Presidente da República; b) O Presidente da Assembleia da República; c) O Primeiro-Ministro; d) O Provedor de Justiça; e) O Procurador-Geral da República; f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República; g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto.

José Lebre de Freitas, comentando o referido artigo, refere que “a hetero-resolução do conflito de interesses só pode ter lugar perante a iniciativa duma pretensa parte material¹⁰⁶⁵”. O referido autor também leciona que o dispositivo consagra “o ônus de impulso processual inicial.” Em complemento, encontra-se o enquadramento da causa de pedir no fundamento jurídico. As relações entre a causa de pedir, o fundamento jurídico e o pedido devem ser fechados, para que se formem as condições da PDC. Se uma dessas peças fundamentais da ação não se constituir como tal, o risco da demanda é atenuado, independentemente de, no mérito, a causa ser representativa de um risco provável de condenação.

A perfeição das relações que os três elementos de Direito formam – causa de pedir, pedido e jurisdição estatal – estabelece trilha segura para a análise de risco.

Em matéria de risco e de atribuição de provisão, não basta, para demandas contingentes, que os três elementos de Direito estejam perfeitamente alinhados com a lei; há de se verificar se o conjunto se apresenta com risco provável de condenação, a ação como um todo. É por corolário lógico que a jurisdição estatal em si não representa risco; as tendências de julgamento da matéria pelo Poder Judiciário, frente ao objeto do processo, é que formam o risco, por meio da análise do pedido e da causa de pedir¹⁰⁶⁶.

Na análise do pedido, verifica-se que o pedido pode ser imediato e mediato. O primeiro reclama a espécie de tutela à disposição pela jurisdição estatal, a qual pode ser condenatória, declaratória, constitutiva, executiva ou mandamental. Já o mediato ou pedido direto é o bem da vida¹⁰⁶⁷. Nesse contexto, a ligação do pedido com a causa de pedir é estreita, haja vista esta expressar as razões, as causas que levaram às postulações à prestação jurisdicional.

Subjetivamente, as duas espécies de pedidos se originam da mesma causa de pedir. A espécie de tutela jurisdicional contida no pedido imediato baseia-se na mesma causa de pedir que fundamenta o pedido mediato, o bem da vida reclamado. A subjetividade encontra eco em várias situações, como a escolha do pedido entre vários que podem servir para o requerente reivindicar seus direitos, inclusive quanto à classificação do pedido imediato. Por exemplo,

¹⁰⁶⁵ Freitas, L.; Redinha, J. Pinto, R. (1999). *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra, v. 1, p. 5 e 6.

¹⁰⁶⁶ Assis, A. (2002). *Cumulações de ações*. 3 ed. São Paulo: Rev.dos Tribunais, p.121. “[...] o objeto do processo se forma através do pedido e da causa de pedir.”

¹⁰⁶⁷ Porto, S.G. (1996). *Coisa julgada civil: análise e atualização*. Rio de Janeiro: Aide, p. 33.

propõe-se uma ação de cobrança baseada em título executivo, ou seja, opta-se pela ação de cobrança ao invés da ação de execução, mas com o mesmo fim: alcançar o bem da vida.

As multiplicidades de causas de pedir e de pedidos constituem outro fator de análise para a efetivação da PDC e exigem acurado exame. Determinada ação pode apresentar várias causas de pedir, contidas em um só pedido. Mas pode ocorrer o contrário: a ação pode conter vários pedidos com base em uma única causa de pedir. Isso, sem contar com as variadas ações, cumuladas ou não, em que o postulante pode recorrer à jurisdição estatal.

Nesse ponto, sobressaem-se questões fundamentais sobre a formação da PDC, como por exemplo: é simplesmente na relação jurídica que se funda a ação; ela é formada com base na causa de pedir tão somente ou com base no pedido (um ou outro, sem cumulação); ela se funda no conjunto formado pela ação proposta, pela causa de pedir e pelo pedido.

Como o risco deve ser analisado com observância aos elementos possíveis de valoração, todos os elementos são importantes e devem ser considerados na análise da PDC. Porém, há uma questão intrigante que leva a indagações: quais realmente seriam os elementos que servem de base à efetivação – composição – do valor da PDC?

Somado ao conjunto de fatores que compõem a análise do risco em matéria de PDC e sua mensuração, há um exemplo do Juizado Especial Cível e Criminal do Brasil¹⁰⁶⁸. Trata-se de justiça especializada, com teto de valor previamente estabelecido e outras variantes.

O artigo 3º da Lei nº 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estabelece que os quarenta salários mínimos (valor de R\$ 622,00 – seiscentos e vinte e dois reais – pelo Decreto nº 7.655, de 23 de Dezembro de 2011) que representam R\$ 24.880,00 (vinte e quatro mil e oitocentos e oitenta reais)¹⁰⁶⁹, em torno de € 9.749,00 (nove mil

¹⁰⁶⁸ Lei nº 9.099, de 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

¹⁰⁶⁹ [...] Capítulo II, Dos Juizados Especiais Cíveis, Seção I, Da Competência. Art. 3º. O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. § 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução: I - dos seus julgados; II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei. § 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. § 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

setecentos e quarenta e nove euros)¹⁰⁷⁰, sejam o teto de condenação. Nesse caso, também fica estabelecido o teto do risco em todas as ações oriundas dessa justiça, quarenta salários mínimos. Embora o tipo de justiça não seja regra para o estabelecimento do valor da PDC, nesse caso, ele define o teto do risco.

Quanto ao tipo de ação (a problemática relativa ao conceito de contingência foi enfocada no Capítulo 1, Das Contingências – Verificar se vai ficar no Capítulo 1 o nome do Capítulo), verifica-se que ele também é fator de importância para a análise da efetivação ou não de uma PDC. A premissa maior é que a ação deve apresentar risco de perda. Portanto, por exclusão, as ações que não oferecem risco de perda, monetária e/ou financeira, não devem ser caracterizadas como contingência passível de provisão.

Apartadas desse universo ficam as demais ações que, de imediato e por si sós, são uma contingência com risco de perda e mensuráveis. Em primeiro lugar, destacam-se aquelas que vêm representadas por forte indicativo de condenação, como uma execução de título executivo, por exemplo. Veja-se que a análise indicadora de risco está baseada no título executivo; tipo de ação associado ao objeto da ação. Nesse caso, há também o que se pode chamar de facilidade de como a ação de execução se apresenta em termos de valor; na maioria das vezes, pois nem sempre, o valor da causa corresponde ao valor em risco e, portanto, determinante para estabelecer o valor da provisão.

Outras ações também podem apresentar o binômio risco/ mensuração desde o início. A ação pelo rito ordinário visando a uma revisão contratual com matéria decidida em maciça ou pacífica jurisprudência tem todos os indicativos de alto risco, e sua classificação será, inevitavelmente, provável e, portanto, provisionada. Nesse tipo de ação, assim como em outros sem condições de se apurar o valor, pode ocorrer a caracterização do risco provável, mas não necessariamente ocorrer a provisão, por falta de condições de se apurar o valor.

A característica marcante desse tipo de ação é que o pedido e a causa de pedir estão formulados com as condições determinantes do risco, mas não se apresentam com indicativos que possibilitem sua mensuração. É o caso das comentadas ações coletivas que, por vezes, se apresentam sem condições de mensuração. Com a evolução do Estado Democrático de Direito, esse tipo de ação se tornou comum com sua curva de oscilação ascendente no mercado jurídico. As relações de consumo, por exemplo, tornaram-se um efetivo objeto de ações administrativas e judiciais. Os institutos de defesa do consumidor contam com

¹⁰⁷⁰ Cotação Banco Central do Brasil, <<http://www4.bcb.gov.br>>, dia 14.5.2012 Euro 1,00 (=) Real 2,552.

assessorias especializadas e promovem ações representativas em teses e valores sociais e financeiros. Essas ações, diferentes de outras em que o sujeito é abstrato, como os casos das ações que visam à proteção de interesses difusos, têm o sujeito determinado e, após o trânsito em julgado da sentença, possibilitam inúmeras ações individuais, com base na decisão da ação coletiva. Exemplo clássico disso ocorre no Brasil, com as ações intentadas pelos órgãos de proteção do consumidor quanto à matéria dos planos econômicos, referenciados no Capítulo que trata dos Valores das Ações.

Inúmeras são as decisões de ações coletivas desse gênero, que estendem o direito ao consumidor. Por sua vez, os consumidores executam a sentença da ação intentada pelo órgão de proteção ao consumidor, transitada em julgado, visando ao ressarcimento de valores não pagos em aplicações financeiras. A análise da PDC dessas ações individuais não foge à regra das demais, e o crivo há de passar pelo binômio risco/ mensuração. No exemplo das ações individuais com base nos planos econômicos, a ação deve conter características que possibilitem formar o risco e ser possível sua mensuração. Se a ação for intentada com a prova ou até com indício forte de prova da aplicação financeira à época do plano econômico e contiver razoáveis condições de ser mensurada, deve a ação ser classificada em contingência provável e ser provisionada com base em reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O reverso é verdadeiro, ou seja, caso o autor da ação não apresente prova de sua aplicação financeira, mas tão somente o título executivo judicial (que nesse caso é a decisão da ação coletiva), a ação não representa, por si só, condições para ser efetuada a PDC, e terá sua contingência representativa classificada com o risco remoto ou possível, significando não provisão.

O direito do consumidor é subjetivo, pois a sentença transitada em julgado numa ação coletiva não garante o direito individual. A sentença transitada em julgado, em ação coletiva, estabelece os limites da lide e, posteriormente, o agente do direito individual pode acionar a jurisdição estatal, para haver seus direitos. Se esse suposto agente do direito não provar que se enquadra dentro dos limites da decisão da ação coletiva, a contingência não se formará na classificação provável, portanto, não carece ser provisionada.

O agente do Direito pode, no decorrer da ação, efetuar provas que sejam pertinentes ao convencimento do juízo. Essa alteração processual exige reexame do risco face ao réu, acarretando inevitável mudança de classificação, como: de remota para provável ou de

possível para provável. A classificação provável é decorrente do risco valorado da causa de pedir frente às decisões do Poder Judiciário.

Em resumo, não basta decisão de primeira instância e, sim, que a matéria tenha sido ou esteja sendo apreciada de forma a apresentar risco provável de condenação, por consolidada decisão do Judiciário. De outra banda, nem toda causa de pedir, por si só, apreciada pelo Poder Judiciário, apresenta condições para formação de juízo seguro à classificação de risco, transferindo-se a análise para as condições intrínsecas processuais e jurídicas do processo. Determinada causa de pedir pode ter sido apreciada pelo Poder Judiciário, estabelecendo, em tese, condições para as demais ações com a mesma causa de pedir frente à PDC. Mas a análise acurada das condições relativas às particularidades do processo é essencial para estabelecer a classificação do risco da ação.

As NIC, que têm base em princípios contábeis (como dito), em específico, não fazem referência às condições de como se dá uma contingência oriunda de demanda processual administrativa ou judicial. Da mesma forma, não aludem a que determinada causa de pedir ou pedido deva ser enquadrada como contingência. A demanda, pelo risco de desembolso que apresenta como contingência, é atraída pelas condições de PDC estabelecidas pelas NIC. A atração que essas normas exercem sobre as demandas administrativas e judiciais é que estabelecem se a demanda é ou não uma contingência passível de provisão.

Aqui, urge a necessidade de se estabelecer a distinção entre demandas classificadas como provisionáveis e uma das suas subclassificações como prováveis. Os princípios contábeis atraem as demandas provisionáveis como contingências, estabelecendo para aquelas de classificação de risco provável provisão, mas não esclarecem de que forma possa ser a classificação do risco. Nem poderia ser diferente, pois as NIC são princípios contábeis enquanto que a classificação do risco da contingência oriunda de demanda é da lida do Direito. Assim, pelas NIC, a contingência oriunda de demanda se enquadra numa das subclassificações das ações provisionáveis, quais sejam, remota, possível ou provável. O conjunto formado por essas três subclassificações é que caracteriza as ações provisionáveis (Seção 2, Capítulo 5, item 5.3.1) Portanto, é verdadeiro afirmar que toda demanda há de ter valor em jogo, para se enquadrar nas regras da PDC; mas nem toda demanda provisionável ocasiona oscilações no resultado da empresa, pois as de classificação remota e possível não são provisionadas e, portanto, não alteram o resultado da empresa.

A relação entre causa e efeito forma-se em dois níveis: pela Contabilidade os princípios contábeis funcionam como causa, ou seja, atraem a contingência oriunda de uma

demanda (judicial ou administrativa); o efeito, conseqüentemente, resulta numa das classificações da provisão e o abatimento no patrimônio da empresa. Na relação direta processual, relação intrínseca, com base na causa de pedir e do pedido, tem-se uma demanda e, como efeito, uma contingência que, se classificada como de provável perda, resultará na diminuição do patrimônio da empresa.

Assim, a simples provocação da jurisdição estatal pela ação proposta não indica provisão. A exposição da causa de pedir e do pedido não estabelece relação direta com a PDC. É necessário que a ação contenha o nexos causal que vise, primeiro, ser atraída para o universo das ações provisionáveis e, segundo, ser uma ação que apresente a probabilidade de perda provável. Só fechadas essas condições é que a ação se enquadra como contingência passiva, resultando em provisão. Fora disso, as NIC dispensam a provisão da contingência classificada como possível e remota.

A complexidade no mundo jurídico das grandes empresas é a interpretação da causa de pedir e do pedido, de forma que se possibilite extrair do processo informações para se efetuar, com a melhor estimativa de valor, a provisão. Esse desafio não tem somente esse prisma e se diversifica para outros aspectos, como conceitos, métodos e parâmetros a serem usados para se extrair o valor a ser efetivado como provisão.

Dentro desse universo encontram-se as informações gerenciais, que visam à boa informação à administração da empresa, sobre o que está ocorrendo no mundo jurídico no qual a empresa está inserida ou mundo financeiro no qual o Direito está inserido. A complexidade é muito grande e reclama procedimentos que vão desde uma eficaz alimentação das informações jurídicas até a criação de mecanismos de transformação dessa informação em dados que possam auxiliar a administração na tomada de decisões.

A tarefa de transformar o conteúdo do mundo jurídico em informações para a área leiga não é das mais fáceis. Porém, apesar da complexidade, os serviços reclamam a interação da área jurídica com as demais. É o Direito explicitando seus produtos, para que o mundo leigo possa entendê-lo melhor. São informações que possuem uma gama de dados, os quais podem ser usados gerencialmente. Em suma, é o mundo jurídico funcionando como *feedback* para o mundo corporativo competitivo.

5.7 Dos Valores

5.7.1 Valor da Causa

Como já foi dito, a atribuição do valor da causa deve ser nos exatos termos da pretensão do autor. Mas na prática jurídica, a questão merece outros exames e muitas vezes fica dependendo da apuração do valor exato de desembolso pelo ex-adverso.

O Código de Processo Civil brasileiro estabelece o seguinte, quanto ao valor da causa:

Artigo 259 - O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:
I - na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação;
II - havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;
III - sendo alternativos os pedidos, o de maior valor;
IV - se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal;
V - quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato;
VI - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais, pedidas pelo autor;
VII - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, a estimativa oficial para lançamento do imposto.

A muitas ações não é atribuído um valor da causa condizente com os pedidos, ou seja, um valor relacionado com a pretensão do autor da demanda. Em decorrência disso, o valor da causa é atribuído somente para efeitos de alçada. Há quem afirme ser essa exigência meramente para efeitos fiscais, ou seja, para recolhimento das custas e de outros emolumentos. Excetuando as ações que fixam o valor pretendido como o valor da causa – por exemplo, as execuções por quantia certa, as ações de cobrança com valor determinado –, exige-se uma análise técnico-jurídica, para se chegar à pretensão do autor da demanda e o valor real da ação frente à PDC.

5.7.2 Valor Pretendido

O valor pretendido de uma causa é o que representa a pretensão econômica do autor da demanda e pode estar explícito na petição inicial. O Código de Processo Civil brasileiro, no Artigo 258 estabelece: “A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.” (g.n.).

A realidade processual de muitas ações, como prevê a segunda parte do artigo acima, de certo modo, o valor não se apresenta de início, carecendo de evolução pelo andar do processo para ser conhecido. Fatores conjugados, como as decisões, jurisprudências, perícias, cálculos e outros contribuem para a formação do valor pretendido. Casos concretos em que o valor da pretensão do autor é explícito são as ações de execução por quantia certa, cujo valor deve ser o valor da causa, sob pena de não vingar a ação. Esse valor é de suma importância, pois constitui a pretensão do autor da execução perante o adverso.

Quanto à provisão, a busca do respectivo valor representa a identificação da pretensão do autor e estabelece os limites da lide, ou seja, economicamente, é o valor máximo que o autor da demanda pode alcançar. O terreno é escorregadio para o técnico jurídico, pois em se tratando de provisão para demandas contingentes, deve-se estabelecer, primeiro, o valor pretendido para só após se vislumbrar qual será o valor provável de condenação. O valor provável de condenação é o objeto da provisão para o processo.

5.7.3 Valor Provável de Condenação

Como visto, o valor da causa e o valor pretendido por si sós não são suficientes para determinar o valor da provisão para uma contingência representada por processo administrativo ou judicial, exigindo-se que o técnico jurídico indique as condições processuais para melhor estimativa de valor de desembolso. Essa análise técnica, pelo advogado, em muitos casos, apresenta valor diferente do valor da causa e do valor pretendido. Como o valor a ser indicado é o da provável condenação, vale dizer que esse é o Valor Provável de Condenação.

Na doutrina, na jurisprudência, assim como nas normas, não são encontradas referências do que seja o valor provável de condenação. Mas, em matéria de constituição de PDC, verifica-se que é inevitável seu estudo com apurada conceituação, o melhor entendimento do que representa, assim como seus efeitos.

Seguindo as classificações da provisão, pode-se dizer que quando o processo for classificado como de remota chance de sucesso às pretensões do autor da demanda, esse valor pode ser denominado Valor Remoto de Condenação; quando a classificação for como de possível chance, o valor pode ser o Valor Possível de Condenação; quando a classificação do processo for como de provável ganho do adverso, esse valor seja denominado de Valor Provável de Condenação.

Na construção do valor remoto ou possível ou provável de condenação, há dependência de interpretações técnicas. Duas participações técnicas são necessárias: a primeira é a do técnico jurídico, que deve extrair dos julgados os parâmetros para o cálculo e apresentá-los ao calculista; a segunda é a do técnico especializado que, de posse desses parâmetros, elabora os cálculos. Os parâmetros do cálculo são de competência do advogado, porque essa tarefa requer técnica jurídica de interpretação do objeto da ação, das decisões ocorridas no processo, das jurisprudências afins, na construção dos limites da lide. Também integram a construção a análise de prescrições, de decadências e, se for o caso, de opinião de técnico jurídico com especialidade na matéria envolvida na demanda, como, por exemplo, demanda cível tendo como uma das matérias em jogo matéria fiscal.

Assim, verifica-se que o Valor Provável de Condenação não é um atributo processual e, sim, uma criação, em razão da necessidade de se estabelecer o valor justo que vise à melhor estimativa de desembolso¹⁰⁷¹, ¹⁰⁷², frente à provisão para demanda contingente. Caso a matéria seja recorrente, o técnico jurídico tem condições de estabelecer os limites da lide e declarar os parâmetros para o cálculo do valor em jogo, com base em histórico constituído de análises realizadas pelos técnicos jurídicos de casos análogos. Mas caso a matéria objeto da lide não seja recorrente ou até recorrente, mas impossível de seus limites econômicos serem avaliados,

¹⁰⁷¹ IAS 37; Provisões, Item 5. A quantia reconhecida como uma provisão deve ser a melhor estimativa do dispêndio necessário para liquidar a obrigação presente na data do balanço. Em outras palavras, deve ser a quantia que uma empresa racionalmente pagaria para liquidar a obrigação à data do balanço ou para transferi-la para um terceiro nesse momento. (g.n.)

¹⁰⁷² Deliberação CVM 594, de 15.09.2009. Mensuração, Melhor estimativa, Item 36. O valor reconhecido como provisão deve ser a melhor estimativa do desembolso exigido para liquidar a obrigação presente na data do balanço.

o valor provável de condenação é construído durante o andamento processual. O processo “fala” ao operador do Direito acerca das suas condições e particularidades, que, juntamente com os julgados sobre a matéria, formam base para a PDC.

Além dos atributos acima há de ser considerada a parte subjetiva da questão frente ao estabelecimento do valor provável de condenação. Nesse contexto, alguns critérios são fixos e outros variáveis. Os critérios fixos geralmente têm origem nas normas e nas decisões do juízo, enquanto que os critérios variáveis são de expressão do técnico jurídico. É aí que se destaca e se reforça o diferencial entre o técnico jurídico e os demais, frente à análise da PDC.

Surge aqui a necessidade de a base técnica amparar-se na *expertise* de profissional advogado, mesmo se for para dizer que a demanda em análise não se enquadra numa daquelas provisionáveis.

A propósito da importância do advogado para esse mister, faz-se uma analogia com o que Rudolf Von Ihering referia com relação à importância do crédito para os comerciantes:

“[...] se alguém o acusar de negligência no cumprimento das obrigações, atinge-o mais sensivelmente do que aquele que o ofende pessoalmente ou lhe furta alguma coisa.” Por essa analogia, pode-se dimensionar o que representaria eventual negligência do advogado em seu parecer técnico, quando de sua avaliação das prováveis soluções, do risco e do valor das demandas¹⁰⁷³.

No que se refere à técnica, assim explica Hely Lopes Meirelles:

Parecer técnico é o que **provem de órgão ou agente especializa**¹⁰⁷⁴**do na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico.** Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois **não há subordinação no campo da técnica**¹⁰⁷⁵. (g.n.).

A questão é polêmica e abre às mais variadas discussões. Buscando nas normas uma resposta para a questão, verifica-se que: i) as NIC¹⁰⁷⁶ estabelecem que “as estimativas do

¹⁰⁷³ Ihering, R.V. (2008). *A luta pelo direito*. 5. ed. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61.

¹⁰⁷⁴ Meirelles, H.L. (1993). *Direito Administrativo Brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, p. 177.

¹⁰⁷⁵ Ihering, R.V. (2008). *A luta pelo direito*. 5. ed. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61.

¹⁰⁷⁶ IAS 37. Item 38. As estimativas do desfecho e do efeito financeiro são determinadas pelo juízo da gerência da empresa, suplementada pela experiência de transações semelhantes e, em alguns casos, por relatos de

desfecho e do efeito financeiro são determinadas pelo juízo da gerência da empresa; ii) pela Deliberação da CVM, “as estimativas do desfecho e do efeito financeiro são determinadas pelo julgamento da administração da entidade¹⁰⁷⁷”. (g.n.).

As normas não definem os fatores de análise das contingências, mas dizem que a estimativa do desfecho e do efeito financeiro é da gerência ou da administração da entidade. Verifica-se, aqui, um antagonismo formado pelas normas, em contrapartida à definição de parecer técnico do eminente jurista Hely Lopes Meirelles que, não deixa dúvidas de que no campo da técnica não há subordinação. Argumenta-se que decisão da administração é uma coisa e que parecer técnico é outra. Mas a questão não se resolve simplesmente com essa separação, pois além da contingência não permitir duas interpretações (decisão administrativa *versus* parecer técnico) para o seu objeto, a contingência é jurídica, portanto, oriunda de um processo judicial que exige conhecimento técnico para análise e definição. No Capítulo 5, item 5.5.1, comentou-se sobre a responsabilidade do advogado descrita na Seção 307 da Lei SOX. Por esse normativo o advogado tem o dever, portanto também o direito, de comunicar ao diretor jurídico ou ao conselho de administração, irregularidades praticadas pela empresa¹⁰⁷⁸.

7 - RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS INTERNOS E EXTERNOS – TÍTULO III – SEÇÃO 307

O advogado que representar o cliente perante SEC (Security Exchange Commission) **deverá relatar qualquer indício ou indicação de uma violação material da lei de valores mobiliários ou quebra de dever de fiduciário ou similar pela companhia** ou qualquer de seus agentes (diretores ou funcionários) ao diretor do departamento jurídico ou ao presidente executivo da companhia e **se estes não adotarem as medidas ou sanções apropriadas deverá relatar** o fato ao comitê de auditoria ou outro comitê formado somente de diretores composto por não empregados direta ou indiretamente pela companhia ou ao conselho de diretores.

International Tax Review – Direcionamento das consultas para os escritórios de advocacia internacionais. (g.n.).

Os ditames da Lei SOX vêm ao encontro da doutrina de Meirelles, pois o dever do advogado está atrelado a sua área de atuação técnico-jurídica, não outra. Se assim fosse, ele estaria atuando como auditor e não como técnico jurídico. Na Seção 201¹⁰⁷⁹ da referida Lei, ao comentar sobre os serviços dos auditores independentes, a condição do advogado fica definitivamente ratificada:

peritos independentes. A evidência [...] inclui evidência adicional proporcionada por acontecimentos após o balanço.

¹⁰⁷⁷ Deliberação CVM 594: “38. As estimativas do desfecho e do efeito financeiro são determinadas pelo julgamento da administração da entidade, complementados pela experiência de transações semelhantes e, em alguns casos, por relatórios de peritos independentes. As evidências consideradas devem incluir qualquer evidência adicional fornecida por eventos subsequentes à data do balanço.”

¹⁰⁷⁸ Sarbanes Oxley. Acesso fev, 7, 2012 em; www.tavolarioadvogados.com/doutrina/cs610-PP.ppt.

¹⁰⁷⁹ Borgerth, V.M.C. (2007). *SOX - Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. São Paulo: Thomson Learning, p. 25.

Serviços Legais – é vedada às empresas de auditoria a prestação de **serviços de natureza legal** a seus clientes, uma vez que eles **devem ser realizados por escritórios de advocacia** legalmente registrados para esta finalidade. (g.n.).

Outra questão controvertida: a IAS 37 traz uma diferença em relação à Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários brasileira. A IAS 37 diz que é a juízo da “gerência da empresa”, enquanto a Deliberação da CVM nº 594 atribui a decisão ao julgamento da “administração da entidade”. O ponto crítico da questão está em saber se há diferença entre gerência e administração, já que esses dois conceitos elevam o entendimento de que cabe decisão além do técnico. A IAS 37 estabelece que a gerência não é de um departamento nem de alguma divisão, e sim, da empresa como um todo. A norma brasileira, mais aderente aos conceitos nacionais, reza que a decisão se submete ao julgamento da administração da entidade. Portanto, não há dúvidas de que ambas as normas estabelecem a responsabilidade da alta administração pelo julgamento das estimativas e de seus resultados financeiros. A organização da entidade também pode definir alçadas de decisão.

Quanto à questão da técnica ao encontro da definição de Helly Lopes Meirelles, frente às definições das normas citadas, um divisor de responsabilidades daria um entendimento da extensão da polêmica. A responsabilidade técnica estaria a cargo do advogado, enquanto a responsabilidade administrativa ficaria com a administração da entidade. O advogado, por ofício, teria a responsabilidade de analisar a demanda e de indicar se ela é contingente pecuniária e sua classificação de risco.

Dessa forma, estaria limitando sua jurisdição, pois pelas normas, cabe à administração decidir sobre o provisionamento da demanda ou não; inclusive, a administração tem a prerrogativa de poder ouvir um parecerista terceiro sobre a questão, caso assim deseje ou seja recomendado. Nesse ponto, salienta-se o já dito no item 5.4: Risco como Fator Preponderante na Identificação de Contingências e sua Mensuração, sobre a responsabilidade do advogado estabelecida pela Lei SOX na Seção 307 como agente de controle de risco operacional.

5.7.4 Valor da Condenação

Após o trânsito em julgado do processo, é possível obter-se o valor da condenação, pois os limites da lide estão estabelecidos com os devidos direitos declarados. Nesse momento, em matéria de provisão para demanda contingente, exige-se do técnico jurídico a extração dos insumos que servirão de base para o produto PDC.

Muitas vezes, o produto jurídico da PDC não é tão somente o valor da condenação, pois a extração dos insumos é feita de forma conjugada entre as decisões processuais e outros fatores, como, por exemplo, históricos de como a empresa de capital aberto liquida suas contingências. Acordos realizados pela empresa proporcionam insumos de natureza não jurídica, por exemplo. Quando isso ocorre, para se estabelecer o valor da provisão para o processo, o técnico jurídico necessita do auxílio de técnico contábil ou equivalente. O técnico jurídico extrai os parâmetros de cálculo do processo e os disponibiliza para o técnico calculista aplicar os insumos contábeis para a formação do valor da provisão. Há casos, dependendo do tipo de contingência processual, em que os insumos são disponibilizados unicamente pelo advogado, que os extrai do processo. A contingência não permite aplicação de insumos extraprocessuais. Exemplo disso são as ações fiscais, que seguem um rito rígido estabelecido por lei, não permitindo flexibilização no valor da autuação pelo poder público. O valor de condenação, que é o valor da provisão, é exatamente o que determina a lei fiscal, observados os limites dos julgados.

Verifica-se, entretanto, que nesse tipo de contingência o valor da condenação só não será o valor indicativo de provisão, se ainda restar discussão quanto aos cálculos, pois a matéria de direito está declarada pelo trânsito em julgado do processo. Encerrando-se a discussão do cálculo, inevitavelmente o valor da provisão para a demanda deverá ser o valor da condenação.

5.7.5 Valor de Acordos

Entre os valores para análise da provisão, há de ser considerado também aqueles resultantes de acordo em processos judiciais e administrativos. Ao encontro do que prevê a IAS 37, ou seja, quando se permite que seja extraído o valor resultante da melhor estimativa de desembolso para ser efetivado como o da provisão, consideram-se os valores dos processos encerrados por acordos.

Assim, os processos liquidados por acordo – juntamente com os processos encerrados por ganho total da empresa, processos encerrados por perda total da empresa e processos encerrados por perda parcial da empresa – integram o universo do qual serão extraídos os dados para a melhor estimativa de desembolso.

Os processos em que a empresa obteve ganho total excluem-se da apuração do valor de desembolso, pela simples razão de que nenhum valor foi desembolsado. Permitindo a norma que a melhor estimativa seja pelo desembolso, os valores que são acordados elevam a taxa de desempenho da empresa em matéria de provisão, pois acordo significa um desembolso menor que o valor transitado em julgado. Esse é o indicativo quando a empresa está no polo passivo de processo judicial ou administrativo: tentar desembolsar menos que o valor em jogo. Por isso, é importante que o valor de acordos faça parte do histórico de perda para extração da melhor estimativa de desembolso perante a análise da PDC.

Outra situação na qual o valor do acordo pode influenciar na constituição de provisão é quando a contingência e seu valor são previstos em lei editada após o estabelecimento da lide; novamente cabe o exemplo das ações fiscais. Costumeiramente, a administração pública edita leis que incentivam o pagamento de tributos e impostos com descontos. Tendo o objeto da lei atingido aquele da lide, o valor da contingência passa a ser o estabelecido pela nova lei e não mais o da lide, pois, no máximo, a empresa de capital aberto sucumbirá aos limites da nova lei. Nesses casos, a empresa pode se socorrer de acordo no processo nos limites da nova lei ou continuar a lide, com o objetivo de obter um valor aquém daquele que a nova lei prevê. O Direito assiste essa prerrogativa à empresa.

5.7.6 Valor de Sistemas

Há processos que oferecem condições de apuração de cálculo assim que são cadastrados em um sistema de acompanhamento processual. As ações trabalhistas no Brasil, por exemplo, possibilitam apurações de valores a partir do registro dos pedidos reclamados que representam as verbas salariais em litígio. Os parâmetros preestabelecidos das verbas salariais e seus valores permitem a apuração do valor da contingência processual de forma sistematizada. Os processos de natureza fiscal, quando baseados em autuações referentes a taxas e tributos previstos em lei, também possibilitam cálculos automatizados. Os processos de natureza cíveis apresentam dificuldades maiores para se extrair o valor da contingência de forma sistematizada. Essa dificuldade é devida às diversas matérias que integram o universo processual de natureza cível, as quais não permitem a parametrização. Dessa maneira, não se apresentam condições de extração de dados que possam contribuir, de maneira sistemática, para os cálculos da provisão. Em alguns casos, isso é possível, pois a matéria recorrente facilita a possibilidade de montagem de um banco de dados para processar as informações que resultem em cálculo.

Ao contrário, os processos de natureza trabalhista, movidos contra as empresas de capital aberto, se mostram mais apropriados aos procedimentos de cálculos pelo sistema para subsidiar a provisão, como dito. Eles possibilitam, em maior escala, que as informações para o cálculo sejam retiradas de sistema que armazena os dados, como por exemplo, o sistema de recursos humanos. Se um processo de natureza trabalhista é cadastrado no sistema processual, esse pode acessar os dados do autor da ação e processar o cálculo. Um exemplo prático é o processo com pedido de horas extraordinárias. O valor base para cálculo (remuneração do autor da ação) vai estar disponível e possibilitará, já no início da ação, conhecer-se o valor das horas reclamadas. Nesse sentido, a matéria trabalhista possibilita e auxilia as previsões de valores para a PDC.

5.7.7 Valor Final, Histórico de Perdas e Ganhos Processuais

Como já referido anteriormente, as NIC determinam que seja efetuada a provisão pela “[...] melhor estimativa do dispêndio exigido para liquidar a obrigação [...]”¹⁰⁸⁰. Os processos judiciais ou administrativos envolvendo empresa de capital aberto liquidam-se pelas hipóteses de ganho total pela empresa, perda total pela empresa, perda parcial pela empresa ou encerram-se por acordo. Localizando o tema em relação à matéria do presente trabalho, a hipótese de valor de encerramento do processo é convencionado de valor final.

Nas hipóteses que comporão o universo de valores finais dos processos de uma empresa de capital aberto, o banco de dados que armazena as informações dos processos deve estar programado para armazenar as respectivas informações. Por exemplo, no caso de aplicação de médias para a provisão de processos judiciais e administrativos, o banco de dados deve possibilitar a extração de informações com base no valor final, ou seja, o valor pelo qual o processo foi liquidado.

Como visto anteriormente, o valor da causa, o valor pretendido, o valor de condenação e o valor efetivamente pago, embora sirvam de base à efetivação do valor da PDC, por si sós não indicam esse valor com a segurança necessária. A prática desenvolvida pelas empresas na tentativa de chegar a uma definição do valor a ser provisionado se apresenta sob várias formas de procedimento. Empresas usam práticas das mais diversas, como a parametrização, médias, e até igualam o valor da garantia processual (depósitos judiciais) ao valor da provisão (valor igual ao do depósito judicial é lançado como provisão).

A parametrização pode funcionar como bom auxiliar na definição do valor provável de provisão, pois há casos em que não se apresentam condições de se avaliarem efetivamente os direitos requeridos. Em bases consistentes, esse critério pode suprir a exigência de análise efetiva do processo; ele é geralmente usado quando há um número considerável de processos com os mesmos objetos processuais.

Como já dito, a Justiça do Trabalho brasileira tem por norte a proteção do trabalhador e usa como base filosófica para sua atuação a teoria do hipossuficiente na relação processual. Ações oriundas dessa natureza se apresentam de risco provável para empresa, quando o

¹⁰⁸⁰ NIC. IAS 37 Mensuração: A Melhor Estimativa: 36. A quantia reconhecida como uma provisão deve ser a melhor estimativa do dispêndio exigido para liquidar a obrigação presente à data do balanço.

empregado prova faticamente seu direito. Essa prova não é revista nos tribunais superiores com base na Súmula nº 126 do TST, que estabelece: “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas¹⁰⁸¹”.

Nessas condições, destaca-se o exemplo de horas extras deferidas a empregado na Justiça trabalhista. De antemão, o empregador tem conhecimento da base de cálculo, já que é formada pela remuneração do empregado. Sendo esse um parâmetro fundamental para avaliação do risco e descartada outra base de cálculo e até outra maneira de formação da base de cálculo, a melhor estimativa poderia ser obtida pela parametrização. Essa pode ser atribuída por fórmulas predeterminadas ou regras de negócios programadas em sistema informatizado que, automaticamente, disponibiliza o valor a ser provisionado. Em resumo, alimenta-se o sistema com os dados dos pedidos com a classificação de alto risco de condenação, e o próprio sistema apresenta o valor a ser provisionado. Assim, qualifica-se a parametrização.

Quanto à média, um dos exemplos que a caracterizam encontra-se no Brasil, com as ações de Planos Econômicos. Na década de 80, planos econômicos foram implementados visando à estabilização da moeda e, conseqüentemente, à queda da inflação. Dois deles, Plano Bresser¹⁰⁸² (1987) e Plano Verão¹⁰⁸³ (1989), se destacaram pelas ações no Judiciário brasileiro; ambos estabeleceram redução dos índices para as aplicações financeiras praticadas pelos bancos. A lei que instituiu o Plano Verão, por exemplo, determinou que os saldos das cadernetas de poupança em fevereiro de 1989 fossem atualizados com base no rendimento acumulado das Letras Financeiras do Tesouro (LFT) e não mais pelo IPC (Índice de Preço ao Consumidor), como vinham sendo remunerados. Com isso, as instituições financeiras não remuneraram as cadernetas de poupança com aniversário entre 1º a 15 no percentual de 20,46% em fevereiro de 1989.

¹⁰⁸¹ Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho: Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas; RECURSO. CABIMENTO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Histórico: Redação original - RA 84/1981, DJ 06.10.1981; Nº 126 Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, letra b da CLT) para reexame de fatos e provas.

¹⁰⁸² O Plano Bresser foi um plano econômico brasileiro lançado em 16 de junho de 1987 através dos Decretos-Lei 2335/87, 2336/87 e 2337/87, pelo então Ministro da Fazenda Luiz Carlos Bresser Pereira. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/29338379/Plano-economicos>. Acesso: 02.02.2009.

¹⁰⁸³ Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/bancolegis1.asp?pagina=6&idarea=17&idmodelo=2436>; Acesso em 02.02.2009. Lei nº 7.730, de 31 de Janeiro de 1989. Institui o cruzado novo, determina congelamento de preços, estabelece regras de desindexação da economia e dá outras providências. (Alterada pela LEI Nº 7.737/89).

A matéria foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, restando decidido que as aplicações financeiras deveriam ser remuneradas pelas diferenças dos índices. Essa decisão e a proximidade do prazo prescricional desencadearam uma imensa demanda de ações contra os bancos. Apesar de a data do ajuizamento ser distante do fato gerador, muitos autores não apresentaram provas consistentes de seu direito, apenas dando indícios de que eram clientes de bancos com aplicações financeiras no período previsto nas leis. A Justiça brasileira, em vários entendimentos, atribuiu aos bancos o encargo de apresentar extratos dos aplicadores, ou seja, inverteu o ônus da prova.

O risco das ações oriundas desses planos se apresenta de provável condenação, mas a mensuração do valor envolvido não é pacífica. Nessa modalidade de processo, a saída encontrada pelas instituições financeiras foi a aplicação de uma média para provisionamento de valores. As formas de cálculo dessas médias foram as mais diversas: extraída dos pagamentos já efetuados; extraída dos valores das condenações; extraída dos valores pretendidos pelos autores; extraídas de valores em provisão de ações correlatas e outras. Em se tratando de pequenas causas, a média pode ser calculada com base no valor deferido pela Justiça Especial Cível, que tem como teto de condenação 40 salários mínimos¹⁰⁸⁴. Confirma-se, portanto, que é possível a provisão de valores a partir de uma média.

Há outras maneiras de apuração do valor provável de condenação, as quais não se encerram com as modalidades de parametrização e de média. A mais efetiva e ao encontro das práticas de melhor estimativa do valor de uma provisão para demandas contingentes, é aquela efetuada processo a processo, que analisa o caso a caso. Essa prática, se aliada à análise do risco com a evolução dos julgamentos do processo, possibilita estreito ajustamento da possibilidade de êxito ao valor provável de condenação.

Entretanto, algumas dificuldades se apresentam a tal prática e de diversas formas. Enquanto nas modalidades de “parametrização” e de “média” o especialista na matéria jurídica traça diretrizes de forma geral, visando atender a inúmeros processos análogos, na modalidade “caso a caso” deve haver especialistas nas mais diversas matérias processuais e disposição em tempo integral para que se possa formar a melhor estimativa do valor provável de condenação.

¹⁰⁸⁴ Art. 3º da Lei nº 9.099, que dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

A modalidade caso a caso exige desse especialista a avaliação de cada passo na evolução dos andamentos processuais que possam acarretar a modificação do risco; esse pode ser para menos, desonerando provisões, e para mais, com reforço dessas.

5.7.8 Serviço Técnico-Jurídico

Ao técnico-jurídico não é atribuída a tarefa do cálculo para se estabelecer o *quantum* de uma contingência passiva oriunda de processo judicial ou administrativo, mas é de sua especialidade repassar ao calculista os parâmetros processuais para que esse possa desenvolvê-lo o mais próximo possível da realidade da contingência. É nessa passagem – análise do risco – que se percebe a imprescindibilidade da ingerência técnico-jurídica na análise da PDC. Algumas correntes de governança se posicionam no sentido de que os serviços para fins de PDC poderiam ocorrer, exclusivamente, fora da área. Mas o que se assiste, até o momento, sobre o tema é a tendência de compartilhamento dos serviços.

O andamento discussivo do tema, indicou que os serviços sobre PDC não podem prescindir de duas áreas: a jurídica, com a especialidade de classificar se a demanda é contingente ou não, a análise do risco jurídico e a definição dos parâmetros de cálculo para quantificar o risco (como já dito); a contábil que, além da feitura dos cálculos, tem por dever de ofício a contabilização dos valores da provisão. Nesse ponto é que se pode observar o fenômeno da intersecção das áreas contábil e jurídica (figura 8):

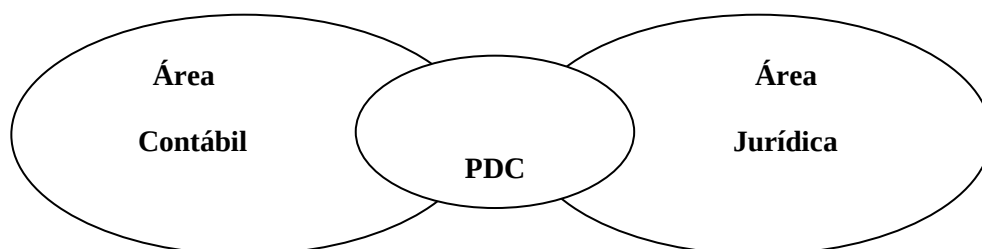


Figura 8: Intersecção de áreas *versus* PDC

Fonte: Elaborada pelo pesquisador

As manifestadas correntes de governança que pregam a construção da PDC, fora do âmbito jurídico, certamente não analisam a questão pelo prisma da materialidade processual, ou seja, pela ideia de que a contingência tem base em processo jurídico e é tecnicamente “construída”. Nesse contexto, também é alijado o entendimento do quanto são necessárias bases técnicas para “transformar” subjetividade processual em “efetividade” de valor a ser provisionado. Como dito, essa é uma situação recorrente e enseja discussões nos setores da governança empresarial. Considerando um processo que se apresenta de logo com indícios de alto risco de condenação, o fenômeno se dá entre a transferência da análise processual e o estabelecimento dos parâmetros para cálculo em relação à efetividade do valor da PDC. O papel do advogado, nesse contexto, é de primordial importância, pois são corriqueiras as circunstâncias que podem exigir sua atuação antes de se haver julgados no processo, isto é, antes de qualquer manifestação de juiz no processo.

O caso que se pode apresentar para análise com base nessa premissa é o exato momento da citação, quando se exigirá um exame para, primeiro, identificar a classificação da demanda como contingência, se é pecuniária ou não-pecuniária e, depois, se essa demanda apresenta risco de condenação à empresa. Nesse momento, obrigatoriamente, haverá de ser a demanda classificada com risco remoto ou possível ou provável. Nesse sentido, o assunto leva a outra questão de análise, qual seja, a de observar se ao se classificar a demanda como contingência, se estabelece automaticamente a existência do risco.

Para efeito de PDC, um fator é primordial para que essa classificação ocorra. Geralmente, essa indicação está implícita no tipo de ação proposta. Numa ação de execução, por exemplo, presume-se que haja fortes indícios de alto risco de condenação, pois ela seria baseada em título executivo extrajudicial ou judicial, significando que a fase de instrução processual está ultrapassada, indicando a classificação como contingência pecuniária e de alto risco.

Veja-se que há linha demarcatória separando a classificação da demanda em contingência pecuniária ou não. A evolução do ponto volta-se para a hierarquia dos acontecimentos e dos significados, forte parâmetro do princípio da natureza das coisas. Nesse ponto, também se confirma a fórmula descrita no Capítulo 5, item 5.6, mas com o resultado igual a contingência: Autor (+) Motivo (+) Causa de Pedir (+) Pedido (=) Processo (x) Adverso +) Processo (=) Contingência.

Para se formar uma contingência com base em demanda jurídica, haverá de existir uma ação. Completa-se a contingência provisionável ou não, no caso desse trabalho, se uma

das partes for empresa de capital aberto. Entretanto, pode haver risco jurídico e correspondente contingência sem que haja uma ação. Num contrato elaborado sem condições de validade, caracteriza-se a contingência e o risco jurídico, embora ainda não se tenha efetivado a lide nos tribunais. Caso a ação não ocorra, a demanda contingente estará ausente, portanto, não haverá PDC, muito embora possa ser constituído outro tipo de provisão para fazer frente ao risco do contrato.

5.8 Diferença entre Probabilidade de Êxito, Classificação de Risco e Fixação do *Quantum Contingencial*

Neste item, busca-se traçar a diferença entre mensuração de risco para a fixação do *quantum* contingencial e a probabilidade de êxito processual da demanda com a consequente indicação da classificação da contingência em remota, possível ou provável.

Como já foi explicado, as NIC atribuíram várias funções a áreas diferentes na análise e na formação da PDC. Ao Direito, em especial ao advogado de companhia de capital aberto, a função imposta foi a de indicar se a contingência é de risco remoto, possível ou provável. Essa imposição gerou inúmeras discussões no âmbito do mercado atrelado a IAS 37. Consolidou-se, quer explicitamente, quer implicitamente, que a tarefa cabe ao advogado. O indicativo para essa consolidação é que a contingência é de natureza jurídica, e de nenhuma outra.

Além da classificação, há necessidade de estabelecimento de parâmetros para cálculo que possibilite atribuição de valor que represente o risco em jogo expresso pelo processo.

Na sequência da análise, constata-se que também são coisas diferentes: atribuir risco à contingência em uma das três classificações e atribuir a probabilidade de êxito processual à ação movida pelo autor do processo administrativo ou judicial que representa a contingência. A probabilidade do êxito processual é atribuída em relação à causa como um todo - de 0% a 100% -, enquanto o risco pode ser correspondente a um só pedido ou partes de pedidos constantes da ação. Assim poderá ocorrer a seguinte hipótese para determinada demanda: probabilidade de êxito processual de 100% para o autor da demanda; classificação da contingência provável; valor da provisão para a contingência de somente 5% do valor em jogo. Assim com base no princípio da essência das coisas (Capítulo 3, Item 3.3.4) a

probabilidade de êxito é processual e da técnica do advogado, mas poderá ser transformada em classificação de risco conforme prevê a IAS 37.

Outras questões de análise são as seguintes: como enquadrar o êxito processual atribuído pelo advogado numa das três categorias de risco ou se a ele pode ser estendido outras variantes como a apuração de valores? Busca-se: de que forma a probabilidade de êxito processual atribuída pelo advogado pode ser absorvida pelas classificações de risco? Que influência tem a probabilidade de êxito processual no cálculo do valor da provisão (em termos monetários)? Observando a segunda questão, não há indicativos de que a probabilidade de êxito influencie no valor da provisão. É unicamente em relação ao êxito processual; a probabilidade é jurídica e não monetária. Quanto à primeira questão, a pesquisa detectou práticas que variam da indicação de percentagens para identificação das classificações de risco ou a simples indicação duma das classificações de risco. O estudo sobre o assunto está nos Capítulos XX e XX.

Variantes de análise da classificação da ação em remota, possível ou provável não garantem que há condições de se atribuir um valor à contingência. São situações que exigem um olhar clínico sobre o processo. Nesse ponto, mais uma vez, urge a necessidade do conhecimento técnico-jurídico. Independentemente da classificação de risco e da indicação da probabilidade de êxito, os resultados financeiros serão obrigatoriamente com base em parâmetros estabelecidos por advogado, antes de qualquer julgamento ou mesmo após decisões proferidas pelo juízo.

Já a probabilidade de êxito processual tem outras bases que não somente a classificação de risco. A contingência sofre influências que vão além dos ditos do Direito, possibilitando que variáveis sejam a ela agregadas independentemente das regulações jurídicas. Se determinado objeto jurídico faz parte de várias ações contra a empresa de capital aberto, sendo, portanto, questões recorrentes e apresentando histórico de perda ou de ganho, na análise da probabilidade de êxito, essa variante pode ser considerada para todos os demais processos em andamento. No caso, a variante coletiva se sobressai perante a individual. Geralmente, esse tipo de ocorrência se dá em grupos de ações nas quais, individualmente, o valor não é expressivo; são as chamadas ações massificadas. Quando o valor em jogo de determinada ação é considerável, a tendência é desaparecerem os aspectos extrajurídicos, e a análise recair sobre pontos especificamente jurídicos. São lógicas salientes na pesquisa, que vêm se consolidando no mercado das contingências sob a égide da IAS 37.

Quanto ao valor, as variantes seguem tendências atreladas às decisões jurídicas processuais. Por exemplo: o Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁸⁵ no Brasil tem se posicionado no sentido de que danos morais corriqueiros não devam ter valores indenizatórios em montante maior que cem salários mínimos (fixado em R\$ 724,00 – setecentos e vinte e quatro reais – Decreto Lei nº 8.166, de 23 de Dezembro de 2013; $100 (x) R\$ 724,00 = R\$ 72.400,00$ (setenta e dois mil e quatrocentos reais) equivalente a € 22.435,70¹⁰⁸⁶ (Vinte e dois mil quatrocentos e trinta e cinco euros e setenta centavos). Esse tipo de decisão influencia toda contingência oriunda de ações análogas.

Em relação à classificação do risco, há de se observar, ainda, a variante do juiz natural, sua independência e imparcialidade. Em decorrência do princípio do juiz natural pode haver decisões diferentes relativas ao mesmo objeto jurídico. Dessa forma, em um tribunal, uma contingência pode ser classificada como provável de perda, enquanto, em outro, pode ser classificada como de remota perda. Em um mesmo tribunal, também pode ocorrer isso, pois basta um detalhe processual para que se altere a classificação.

No cotidiano da profissão dos operadores do Direito, embora considerando variantes extraprocessuais, a convivência com a probabilidade de êxito processual é uma questão de ofício, que requer discernimento e análise. O profissional do Direito convive com a matéria processual e suas fases, acompanhando seus meandros e as variáveis que vão sendo incorporadas com o andar do processo. Portanto, ao mesmo tempo, constrói e adquire um saber sobre a matéria em julgamento.

Cada operador, na maioria das causas que conduz, numa escala maior ou menor, tem noção do encaminhamento que o Poder Judiciário dará ao processo. Mas daí à exigência de atribuir probabilidade de êxito como subsídio para a classificação do risco e a fixação do *quantum* provisionável há inúmeras diversidades. Por isso, como a tarefa é exigida de quem detém a técnica, busca-se, dos operadores do Direito de empresas de capital aberto, um envolvimento maior, para além da fixação da probabilidade de êxito que o autor teria no processo.

¹⁰⁸⁵ Ver: STJ. Recurso Especial REsp 1081793 SP 2008/0184597-9 (STJ); STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial AgRg no AREsp 381192 PE 2013/0268630-5 (STJ); STJ - Recurso Especial: REsp 1081793 SP 2008/0184597-9; STJ - Recurso Especial: REsp 1081793 SP 2008/0184597-9

¹⁰⁸⁶ Cotação extraída do site do Banco Central do Brasil: <http://www4.bcb.gov.br/pec/conversao/conversao.asp>. Acesso em 16.1.2014. Conversão de: Real Brasil/BRL (790) - Valor a converter: 72.400,00 Para: EURO/EUR (978) Resultado da conversão: 22.435,70. Data cotação utilizada: 16/01/2014 - Taxa: 1 Real Brasil/BRL (790) = 0,3098853 EURO/EUR (978) 1 EURO/EUR (978) = 3,2270 Real Brasil/BRL (790).

Nesse ponto, a posição dos julgadores frente ao objeto da ação é fundamental para o advogado atribuir, em bases sólidas, a probabilidade de êxito processual. A análise da questão, com base na probabilidade de êxito processual, serve de ponto de partida para se classificar o risco do processo.

A essência da técnica jurídica exige dos operadores do direito a extração natural da probabilidade de êxito da causa como diagnóstico do sucesso ou não da ação. Dessa forma, diz-se que a probabilidade de êxito é extraída naturalmente pelo *feeling* do operador do direito. No quadro 5, apresenta-se a perspectiva das atividades exigidas para os operadores da PDC e para os responsáveis pelos julgados do processo:

Advogado	Responsável pelos Julgados
Trabalha com os efeitos subjetivos do processo	Visão objetiva do processo. Exerce a jurisdição e, portanto, tem o poder de julgar.
Obrigações de indicar parâmetros para cálculo quando nem mesmo há decisão no processo.	Não tem necessidade de antecipar o julgado, mas pode decidir acerca de tutelas de urgência. Analisa e estabelece situações jurídicas conforme o andamento do feito. Emite decisões.
Visão unilateral, pois é uma das partes do processo.	Visão ampla do processo, pois é o decisor.
Obrigações de estabelecer se determinado processo é uma contingência.	Pode ser instado a se pronunciar se determinada demanda contra companhia de capital aberto é uma contingência.
Obrigações de classificar o risco do processo em remoto, possível ou provável.	Pode ser instado a se pronunciar se determinada demanda contra companhia de capital aberto, além de contingência, comporta uma das três classificações de risco.
Suas decisões são técnicas e estão sujeitas ao crivo da administração da companhia. Situação prevista na IAS 37.	Suas decisões devem ser acatadas.

Quadro 5: Comparativo da perspectiva da PDC

Fonte: Elaborado pelo pesquisador

Os aspectos delineados acima deixam entrever a subjetividade implícita em todos os itens, uma vez que a análise para a mensuração da PDC se coloca entre dois focos ambivalentes: o processo numa visão estática, porque o risco das contingências é avaliado num momento fixado no tempo e no espaço do processo; o processo como curso dinâmico de acontecimentos, no qual situações vislumbradas de antemão e de julgados podem ser revertidas por decisões, mudando entendimentos anteriores.

5.9 Da Subjetividade Implícita

Além disso, há de ser considerada a carga subjetiva exercida pelo julgador ao julgar determinado caso exposto e a complexidade que dito caso apresenta. Por isso que é de difícil aferição e permeada por diversos aspectos relativos às crenças e valores pessoais a valoração processual. E como se parte da hipótese de que isso pode levar ao vício da imparcialidade, a legislação processual, de maneira geral, busca evitar esse vício, atentando, de todas as formas, para elementos básicos que tenham o poder de frustrar a falta da referida isenção¹⁰⁸⁷.

Entre os vícios de capacidade subjetiva do julgador, são citados: de incompatibilidade, por razões de conveniência expressas em lei, aí não incluídos a suspeição; de impedimento, referentes à suspeição, à relação de interesse do magistrado em relação ao processo e ao vínculo do julgador com qualquer das partes.

A subjetividade implícita no processo de mensuração da PDC pode ser vencida, pelo menos parcialmente, pelo conhecimento que, não sendo acessível por meios divinos, deve ser buscado pelo homem, no caso específico, pelos operadores do Direito, sejam eles advogados ou juízes.

Aqui novamente se retoma a questão, foco deste trabalho, e já debatida (a intenção é demonstrar como ela surge a cada reflexão sobre o assunto): as NIC se fizeram imperiosas em seus ditames, mas não existindo regulamento para atribuir responsabilidades específicas, ficou espaço para que a subjetividade seja uma das variantes consideráveis.

Pode-se dizer que as leis servem de roteiro não só para o estabelecimento do equilíbrio nas relações sociais, empresariais e outras, mas também, para diminuir o nível de subjetividade daquele que vai julgar questões. Diante delas, há que se cumprir seu texto, o que, em tese, deixaria uma margem bem menor de possibilidades subjetivas ao julgador. Há que se lembrar aqui que a Hermenêutica não detém um caráter relativista. Logo, a subjetividade relativista tem de ser afastada.

Novamente se retorna a um ponto fulcral anteriormente analisado, que é o da interpretação das leis e o da importância dos princípios como imperativos de equidade, moral etc., que auxiliam no controle da subjetividade do intérprete. No primeiro caso, a própria

¹⁰⁸⁷ Friede, R. (2004). *Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 50-55

escolha do ponto de base e de interpretação da lei já implica subjetividade. A tendência é a de que o julgador veja a questão a partir de sua moral pessoal, de seus princípios de vida, e os transfira para ela. Isso, porém, não poderia acontecer, uma vez que há limites ao processo interpretativo.

No caso da PDC, em especial, ainda que se vença parcialmente a subjetividade do profissional do Direito na avaliação dos riscos e mensuração de resultados, restará a subjetividade do julgador da lide (o juiz) que, ao fim e ao cabo, confirmará ou não os valores provisionados. Isso porque, como já dito, um tribunal pode ter determinado entendimento sobre o assunto, enquanto em outro, o foco é diferente, ou em um mesmo tribunal, um juiz desenvolve uma linha de pensamento diferente de seus iguais.

Isso é reconhecido de certa forma, bem como seus efeitos. Tanto que, como exemplo, em relação a alguns temas, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem adotando a súmula vinculante. Pela Lei n.º 11.417/2006, o objetivo da súmula vinculante é a validade, a interpretação e a eficácia das normas na prestação jurisdicional, em casos nos quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, acarretando insegurança jurídica.¹⁰⁸⁸

Em relação a este trabalho, verifica-se que, à subjetividade inerente ao julgamento dos riscos e consequente mensuração da PDC corresponde a objetividade contábil, que registrará, numericamente, a interpretação dos fatos. Destaque-se que no espaço dessa subjetividade podem surgir problemas de ordem ética e moral, que se expressam na manipulação do entendimento, o qual fica “acobertado” pela subjetividade.

Independente dos critérios estabelecidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) por meio do Pronunciamento Técnico 25 aprovado pela CVM para a apuração do risco nas contingências e dos procedimentos adotados, persiste a subjetividade em relação ao processo. E se, por um lado, o resultado do julgamento final vai incidir só na reversão da PDC, por outro, o registro da provisão não vai retratar o grau de transparência que se pretende com a IAS 37, em seu citado objetivo:

[...] assegurar que sejam aplicados **critérios de reconhecimento e bases de mensuração apropriadas a provisões, passivos contingentes e activos contingentes** e que **seja divulgada informação suficiente** nas notas às demonstrações financeiras de modo a **permitir aos utentes compreender a sua natureza, tempestividade e quantia**. (g.n.).

¹⁰⁸⁸ Monte Alegre, J.S. (2008). *Súmulas vinculantes: serão elas frutos da árvore envenenada?* Acesso jan, 30, 2010 em www.jus2.com.br, p.1.

A terceira questão que se sobressai entre as duas acima citadas (reversão da PDC e grau de transparência) diz respeito ao fato de que, se, em um exercício contábil, determinada provisão for mensurada muito aquém do real, devido a aspectos subjetivos, em se tendo um julgamento final negativo, o registro da perda real vai transparecer no exercício seguinte. Daí podem surgir dúvidas quanto à transparência do processo de provisão utilizado no ano anterior. A conclusão que se saca daí é a de que provisão incorretamente atribuída – para mais ou para menos – é lesiva à sociedade.

5.10 Probabilidades de Êxito Processual

Antes de se conhecer o mérito do ponto, cabe a distinção entre probabilidade de êxito processual, possibilidade de êxito e percentual de êxito. O percentual de êxito é indicativo de quanto o processo poderia ter êxito, numa escala de 0 a 100. Portanto, percorre as várias escalas que essa régua de percentual permite.

A possibilidade de êxito é distinta das demais situações e indica unicamente se o processo pode ser exitoso ou não. Nesse caso, não há segunda ou terceira hipótese, e a resposta à pergunta da possibilidade de êxito do processo é sim ou não. As hipóteses podem ser analisadas com a possibilidade de êxito de uma ação judicial, ou se ganha ou se perde. Mas em uma ação judicial, em relação ao autor, há três hipóteses de resultado: totalmente procedente, parcialmente procedente e improcedente.

Já a probabilidade indica o êxito do processo numa escala de 0 a 100%, mas atrelada, no caso deste trabalho, à classificação da provisão. Ela reside na análise da possibilidade de êxito processual *versus* classificação da provisão em remota ou possível ou provável. Esse ponto é um dos mais controvertidos na mensuração da PDC, como já dito.

O mercado de trabalho do Direito, atingido pela obrigatoriedade da adoção das NIC, talvez carente de melhor orientação, lançou aos operadores do Direito a classificação da provisão nos três níveis citados sem qualquer aprofundamento operacional ou conceitual. Esses operadores foram surpreendidos com a “obrigatoriedade” de classificar, muitas das

vezes, a “subjetividade processual” em níveis de risco em remoto, possível ou provável, com *plus* operativo de, ainda, participar da efetividade do valor da provisão.

Por mais que seja difícil e intrincado o processo, assim como a imprevisibilidade de seu resultado, os profissionais do Direito “devem” indicar a classificação de risco do processo e as condições que possibilitem a atribuição de valores para efeitos de provisão. Ao mesmo tempo em que causou desconfortos, essa exigência serviu para estreitar a relação do Direito com a Contabilidade, quanto aos registros dos cálculos e, no que tange ao risco, com outras áreas, como a de controle orçamentário, a de controles internos, a de recursos humanos e com a administração da empresa. Com isso, eleva-se o nível de compreensão geral entre as causas que levam a um processo e seu consequente resultado.

A linha mestra para que o profissional desenvolva seu raciocínio na construção dos serviços de análise das contingências tem base no processo. Nesse ponto, não se quer entrar no mérito se o processo é ou não um método para realização de justiça, o meio, instrumento, à disposição do cidadão para buscar o bem da vida que pretende. O fato é que o processo, ou um conjunto de processos, é a base da qual se extraem os dados para juízo da PDC. O processo é o organismo que “fala” ao operador do Direito suas condições e particularidades. No processo, estão caracterizadas as pretensões do autor da demanda, a contestação por parte do réu, os julgamentos e decisões do juízo do feito, elementos primordiais à análise da PDC.

Esse “caminhar” das relações processuais forma as condições que possibilitam o juízo para se estabelecer ou não a PDC. Há outros elementos que vão além das relações processuais e impõem condições para juízo da PDC, como por exemplo, a jurisprudência.

O papel da jurisprudência é fundamental na regulação das condições de estabelecimento de PDC. Se o processo está sendo conduzido sem erros quanto ao rito processual, como a não perda de prazo, analisa-se como a matéria objeto da ação está sendo recepcionada pelo Poder Judiciário. No particular, a jurisprudência indica um dos pontos em que o técnico deverá fixar sua análise. Outro juízo que impõe condições de análise da PDC é verificar se o processo percorrerá todas as instâncias do judiciário ou só algumas, pois a análise deverá ocorrer até a instância de trânsito em julgado. Essas implicações fazem parte do juízo a ser deflagrado na análise da probabilidade de êxito da PDC.

Costuma-se dizer, nos meios acadêmicos, que cada processo é um mundo à parte. Em termos de probabilidade de êxito da PDC, essa assertiva não está fora de contexto, pois cada processo deve ser analisado particularmente quanto à probabilidade de êxito processual; ela identifica a situação da contingência para classificação em remota ou possível ou provável.

5.11 Análise da Provisão em Relação ao Polo Autor ou Réu

Anteriormente, foi dito que uma contingência pode ser originária de ação em que a empresa seja ré, assim como de ação em que a empresa seja autora. A modalidade de aplicação da probabilidade de êxito processual nas duas condições tende a ser a mesma, mas quando a empresa figura no polo ativo da relação processual, há variações.

Verifica-se, dos conceitos extraídos da IAS 37, que a única classificação possível de ser medida é a provável, pois estaria entre o índice maior que 50% de ocorrer até os 100% de efetiva chance de ocorrer. Para as classificações possível e remota, a única certeza é de que elas estariam entre 0% e 50% de probabilidade de ocorrer. A probabilidade de êxito processual para as ações em que a empresa figura no polo passivo da relação processual seria:

Classificação provável: entre maior que 50% até 100% de êxito do autor/adverso da ação, o que representa, em contrapartida, que as chances da empresa processualmente são menor do que 50% de ganhar o processo, menor, portanto, que do autor da ação;

Classificação possível: menor ou igual a 50% do êxito do autor da ação;

Classificação remota: maior que 0% até o início da classificação possível do êxito do autor da ação.

Nas ações em que a empresa figura no polo ativo da relação processual, a probabilidade de êxito ficaria assim representada:

Classificação provável: entre maior que 50% até 100% de êxito da empresa;

Classificação possível: somente quando for igual a 50% de êxito da empresa;

Classificação remota: entre 0% e menor que 50% de êxito da empresa.

Verifica-se que se a empresa figura no polo ativo, por força do limite conceitual para a classificação provável estabelecido pela IAS 37, Introdução, item 2-b do Capítulo Provisões¹⁰⁸⁹, também ficam estabelecidos os limites dos percentuais das classificações remota e possível; a classificação possível não deve ter probabilidade diferente de 50%.

¹⁰⁸⁹ IAS 37 – Provisões 2. A Norma define provisões como passivos de tempestividade ou quantia incertas. Uma provisão deve ser reconhecida quando e somente quando: (a) uma empresa tenha uma obrigação presente

Essa certeza é decorrente do explícito conceito da classificação provável, isto é, “mais propenso do que não”; portanto, o êxito situa-se entre maior que 50% até 100%. Sendo assim, se a probabilidade de êxito da empresa de capital aberto for menor que o limite mínimo da classificação provável, o êxito do réu da ação em que a empresa é autora é, em contrapartida, maior, caracterizando que o êxito da empresa é remoto de ocorrer.

Dessas duas possibilidades, restou a probabilidade possível de ocorrer que é correspondente a 50%, pois não é atingida pelo conceito de provável (maior que 50% de ocorrer), nem pelo conceito de remoto (menor do que 50% de ocorrer). O quadro 6 apresenta a classificação das contingências em relação ao polo em que se encontra a empresa:

Classificação	Polo Passivo	Polo Ativo
Provável	Maior que 50% até 100% (com definição legal)	Maior que 50% até 100% (com definição legal)
Possível	Menor ou igual a 50% (sem definição legal)	Igual a 50% (sem definição legal)
Remota	0% até o limite mínimo da classificação possível (sem definição legal)	0% até menor que 50% (sem definição legal)

Quadro 6: Classificação do risco
Fonte: Elaborado pelo pesquisador

O quadro acima demonstra que nos casos em que a empresa de capital aberto é autora da ação, os conceitos da classificação remota e provável são conclusivos, e a probabilidade de êxito provável é inversamente contrária à de êxito do réu da demanda, pois uma é maior e a outra, menor do que 50% de probabilidade de ocorrer. Agora, nos casos em que a classificação é possível, é sempre de proporção igualitária entre as partes, 50%, pois representa equilíbrio entre a probabilidade de êxito do autor e do réu da demanda.

(legal ou construtiva) como resultado de um acontecimento passado; (b) seja provável (isto é, mais propenso do que não) que um exfluxo de recursos que incorporem benefícios económicos será exigido para liquidar a obrigação; e (c) possa ser feita uma estimativa fiável da quantia da obrigação. A Norma faz notar que só em casos extremamente raros é que não será possível uma estimativa fiável. (g.n.)

5.12 Provisão quanto à Expectativa de Ajuizamento de Processo

O processo como instrumento do Direito tem sua vida no tempo e no espaço da jurisdição estatal. A jurisdição estatal tem o estado permanentemente oscilado pela propositura de ações e com o seu encerramento. Num mundo imaginário sem ações, a jurisdição estatal estaria inerte, sem movimento. O processo – ou, melhor, a demanda – é o agente propulsor da jurisdição estatal.

O direito declarado, sem que o detentor dele o tenha efetivamente exercido, concorre com a inércia da jurisdição estatal. Esse lapso de tempo poderá ocorrer, por exemplo, entre o processo de conhecimento no qual se declarou o direito e o efetivo exercício do direito por seu detentor, por meio de processo de execução. Encerrar o processo com o reconhecimento do direito não quer dizer que efetivamente ele seja concretizado; o autor do direito deve dar o passo seguinte, provocando, por meio do seu direito declarado, a jurisdição estatal. Cria-se, assim, por determinação do rito processual, um lapso de tempo que depende de ato de vontade do detentor do direito para a sua efetiva concretização. Dilema: nesse lapso de tempo, deve-se registrar ou não a PDC ?

A questão fulcral acima denota a seguinte situação: um processo foi encerrado com direitos declarados; para exercício desse direito, deve haver impulsão pelo detentor do direito. Havendo ou não a provisão, a situação que se apresenta é a de que o processo foi encerrado com direitos a serem exigidos por outrem, portanto, situação sem ingerência do adverso. O problema está em prever em que época e condições o direito será exercido. Surgem, com essas condições, outros dilemas: se não vinha ocorrendo provisão para o processo que declarou o direito, com que base o trânsito em julgado indica que os valores devem ser provisionados? Mas caso os valores estejam sendo provisionados para o processo, pode-se conservá-los em provisão até esperar o ato de vontade do detentor do direito? Nessa situação, caso o direito não seja exercido, a pergunta é: até quando o devedor deverá manter a provisão para um direito pendente de exercício?

A PDC é caracterizada pela contingência com base em processo judicial e administrativo. Assim, caso não haja mais processo, já que o titular não exerceu seu direito (como no exemplo acima), não acionou a execução com base na sentença declaratória, não há contingência; portanto, não há provisão para demandas contingentes a ser feita ou mantida.

Até se admite a existência de qualquer outra provisão, mas contábil, caso assim recomende o princípio da essência sobre a forma, mas não a PDC. Essa é exclusivamente baseada em demanda judicial ou administrativa.

5.13 Antecipação dos Julgados e Jurisdição Forçada

A contingência, como dito, tem base num processo que, por sua vez, só tem a relação processual autor/réu completada pela citação do réu. Como a contingência nasce no momento da citação da empresa de capital aberto, é nesse momento que se conhece a pretensão ao autor. Se houver, pois, alguma decisão judicial sobre a matéria objeto da ação, caberá ao técnico jurídico dar seu parecer sobre o decisum para fazer frente à PDC. No parecer, o técnico classifica a contingência em pecuniária ou não, indica a probabilidade de êxito da ação e estabelece os parâmetros para os cálculos, visando à quantificação da provisão. Os serviços da PDC exigem dele apreciação e decisão sobre a matéria antes que o juízo o faça. O técnico jurídico deve antecipar o resultado do julgamento oficial, para classificar o risco e estimar o valor do risco.

5.14 Provisão, Variedades de Processos e Contingência Passiva

No item 9, a IAS 37 define: “Só deve ser usada uma provisão para dispêndios relativamente aos quais a provisão foi originalmente reconhecida.” Embora essa norma não seja específica para os processos judiciais e administrativos, é de fundamental importância para análise e definição de uma PDC originária de demanda judicial ou administrativa.

O mundo jurídico está repleto de situações em que uma pendenga judiciária pode se desdobrar em vários processos. Essa quantidade de processos não justifica a exigência de provisão para cada um deles. O norte para a questão é o de que a provisão deve abarcar o objeto da lide e não sua variedade de instrumentos judiciais, utilizados para o mesmo fim.

Essa lide, muitas vezes, tem início na ação de conhecimento, da qual pode se originar a provisão, se for classificada como provável. Com o andar da ação de conhecimento, podem advir outras ações que orbitarão em torno da chamada ação principal, mas sem o cunho de substituir o risco do objeto atrelado a ela. As chamadas ações incidentais e também as originadas terão provisão somente se a ação principal não estiver classificada como de risco provável. Em resumo, havendo várias ações de origem de mesma lide, somente uma ação comportará a provisão; como já dito, a provisão é da contingência e não do processo.

Do curso normal do processo de conhecimento, pode resultar uma execução ou o cumprimento da sentença. Nessa fase, há o que se pode chamar de migração dos valores em provisão, pois o valor que lastreava a fase de conhecimento migra para a execução.

Geralmente, por circunstâncias óbvias de falta de elementos para apuração, o valor de provisão da fase de conhecimento é menor que o valor na fase de execução/cumprimento de sentença. Isso porque essa fase é antecedida pela chamada fase de liquidação de sentença, quando se aplica o resultado do trânsito em julgado do processo na apuração do valor da ação, o *quantum debeatur*. Ressalvado que o valor definitivo estará sob *judice*, sujeito a impugnações das partes e de decisões que podem advir da análise do cálculo pelo julgador, o valor, nesse momento, espelha a situação dos julgados, caso de difícil detecção na fase de conhecimento do processo. Por isso, o valor da provisão na fase de execução/cumprimento de sentença é mais ajustado. Pela lógica processual, o fenômeno que ocorre é o seguinte: quanto mais se aproxima o fim do processo, mais ajustado se torna o valor da provisão.

5.15 Efeitos na PDC Frente ao Princípio do Juiz Natural

Segundo J. J. Gomes Canotilho¹⁰⁹⁰, ao abordar os “princípios estruturantes” do Poder Judiciário, o “poder jurisdicional pode estruturar-se em dois princípios opostos, o da unidade de jurisdição e o da pluralidade”; o princípio da unidade está presente se a função de julgar for concentrada numa única organização judiciária; há princípio da pluralidade de jurisdições quando “as funções judiciais são atribuídas a vários órgãos enquadrados em jurisdições diferenciadas e independentes entre si.”

¹⁰⁹⁰ Canotilho, J.J.G. (2002). *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 662.

Assim tal como a Constituição Portuguesa, a Constituição Brasileira adotou o princípio da pluralidade de jurisdições, que se sustenta no fato de o Poder Judiciário ser composto por vários tribunais superiores. No modelo português, Canotilho observa que a magistratura se desdobra em ordinária, administrativa e fiscal e magistratura constitucional, e que tribunais supremos são: o Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Administrativo, Tribunal Constitucional, Tribunal de Contas. Destaca, ainda, que o Tribunal Constitucional situa-se fora do sistema formal dos tribunais, ocupando lugar autônomo e à parte dentro do poder judiciário.

Quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, “dada a ‘generalidade’ de sua competência”, é visto como o “Supremo”. Nesse sentido, devido à especificidade de acesso e à importância da jurisprudência, o Supremo “é considerado o órgão “mais representativo” dos juízes.”

Com exceção da magistratura administrativa e fiscal e do Supremo Tribunal Administrativo – inexistentes no Brasil devido à não-organização de justiça administrava nos moldes europeus –, as causas são julgadas pela justiça comum. Em outros pontos, o Brasil mantém uma semelhança exemplar com a organização judiciária de Portugal. Assim, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ) não passa a ser norte somente para a magistratura em matéria não constitucional, mas também, para todos os demais operadores do Direito. Torna-se, dessa maneira, a corte suprema das decisões que não envolvem matéria constitucional. Não é diferente quando se deve analisar o risco de uma demanda frente à provisão, devendo os advogados se orientar por suas decisões, quanto à classificação e à constituição de risco.

Há princípios basilares do Direito Constitucional que se prestam, por sua vez, à análise da constituição e da classificação das demandas contingentes. A independência, a imparcialidade, a reserva de jurisdição, a fundamentação das decisões judiciais, a pluralidade de graus de jurisdição, a exclusividade da função de julgar, a não responsabilidade pelas decisões a auto-administração e a reserva da jurisdição (Canotilho) são princípios que alicerçam a estrutura e a soberania dos tribunais. De acordo com Canotilho, a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, sendo ambos – regras e princípios - considerados norma em sentido amplo¹⁰⁹¹. Para fins do presente estudo, dentro dos quadros do Direito

¹⁰⁹¹ A orientação seguida por Canotilho é a mesma adotada por Robert Alexy. Canotilho abandona a distinção tradicional entre normas e princípios para, em substituição, sugerir: a) as regras e princípios como duas espécies de normas; b) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. Canotilho, J. J. G. (1998). *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Lisboa: Almedina, p. 1034.

constitucional, os princípios constitucionais podem ser delimitados em: a) princípios político-constitucionais (ou princípios constitucionalmente conformadores); b) princípios jurídico-constitucionais (ou princípios jurídicos fundamentais)¹⁰⁹².

Os princípios político-constitucionais são aqueles que atestam a existência política da nação. São aqueles que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte¹⁰⁹³. Como exemplo da previsão legislativa desses princípios, podem-se citar aqueles constantes dos artigos 1º a 4º da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰⁹⁴.

Já os princípios jurídico-constitucionais são aqueles que dizem respeito à ordem jurídica positiva¹⁰⁹⁵. Entre eles podem-se citar, por exemplo, toda a gama de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal. É a partir dos princípios jurídico-constitucionais que se passará à análise dos princípios do processo civil na Constituição Federal, já que aqueles dizem respeito também ao processo e, portanto, ao problema tratado aqui neste trabalho acerca do processo como contingência passível de provisionamento.

¹⁰⁹² Canotilho, J. J.G.(1998).*Direito constitucional e teoria da constituição*.2.ed.Lisboa: Almedina, p.1038-1039.

¹⁰⁹³ Nestes princípios, diz Canotilho, se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da Constituição. Eles são o cerne político de uma constituição política. Pode-se situar: a) princípios definidores da forma de Estado; b) princípios definidores da estrutura do Estado; c) princípios estruturantes do regime político; d) princípios caracterizadores da forma de governo e organização política Canotilho, J. J. G. (1998) *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Lisboa: Almedina, p.1040.

¹⁰⁹⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”; “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

¹⁰⁹⁵ Ensina Canotilho que se consideram princípios jurídicos fundamentais “(...) os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. *Idem*, p. 1038.

O juiz subordinado e, ao mesmo tempo, amparado pelo sistema de estrutura, estabelece que sua função tem importância capital nas decisões das causas. As constituições modernas são objetivas em ratificar os princípios de alicerces de estrutura, os quais certificam ao juiz os direitos de jurisdição, inclusive de soberania frente aos demais Poderes.

Nesse sentido, Rui Portanova comenta:

Como ensina Galeno Lacerda, poucos percebem o peculiar e fecundo dualismo na estrutura e no modo de realização do direito no Brasil. Aqui convivem “o direito público, inspirado nas instituições norte-americanas, e o Direito Privado, do sistema codificado da Europa continental”. O resultado disso é que o Poder Judiciário brasileiro (ao contrário do que em regra acontece na Europa continental e ocidental, presas ao dogma montesquiano) tem “importância superior a dos demais Poderes”. Em outras palavras, **nosso Poder Judiciário julga os demais Poderes. Isto insere o Brasil no moderno sistema constitucional**¹⁰⁹⁶. (g.n.).

A Constituição Brasileira de 1988 ampliou, consideravelmente, o catálogo de normas jusfundamentais, direitos e garantias, incluídos aqui os princípios como espécie de normas. Tais princípios constitucionais dão sustentação ao Estado Democrático de Direito. Assim, são diversos os princípios constitucionais que representam uma garantia democrática, tais como: o do contraditório, que visa à participação das partes como meio de justiça; o do devido processo legal, que estabelece procedimentos legais que garantem às partes o acesso ao processo com todas as garantias processuais; e, em especial, o do juiz natural, que não admite tribunais de exceção, previsto na Constituição Brasileira no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, que garante:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

[...]

Há, segundo Rui Portanova¹⁰⁹⁷, duas decorrências básicas do princípio do juiz natural: a) impede a criação de tribunais de exceção; b) só é juiz o órgão investido de jurisdição. Com

¹⁰⁹⁶ Portanova, R. (1997). *Princípios do processo civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 63

¹⁰⁹⁷ Portanova, R. (1997). *Princípios do processo civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 63.

relação à primeira, deve ser entendido que não é permitida a criação de tribunais *ex post facto*, isto é, não pode haver tribunais extraordinários; também, de igual modo, não se permite transferência de uma causa para outro tribunal (proibição de avocação)¹⁰⁹⁸.

É o princípio do juiz natural que dá sustentação política à independência do Poder Judiciário e que informa todos os outros princípios ligados à jurisdição¹⁰⁹⁹. Somente a Constituição, diz Portanova, deve ser a fonte para fixar o juiz natural¹¹⁰⁰.

Os dois incisos do art. 5º da Constituição relativos ao juiz natural constituem, pois, garantia de que haverá órgão julgador oficial com jurisdição para processar e julgar a causa (Inciso XXXVII) e que a matéria será apreciada por um juiz natural, que deve manter independência e imparcialidade (Inciso LIII). O que se deseja por meio desses preceitos constitucionais é assegurar a imparcialidade do juiz, a do órgão julgador e, conseqüentemente, a da Justiça.

Esses princípios também estão consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹⁰¹, no seguinte sentido: Art. 10 – “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” Historicamente, como se sabe, a origem do princípio do juízo natural está na *Magna Charta Libertatum*¹¹⁰², documento assinado pelo rei da Inglaterra João Sem Terra e pelos Barões ingleses da época. O art. 39 do referido documento assim estabelecia:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

¹⁰⁹⁸ Portanova, R. (1997). *Princípios do processo civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p 65.

¹⁰⁹⁹ Portanova, R. (1997). *Princípios do processo civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 69.

¹¹⁰⁰ Portanova, R. (1997). *Princípios do processo civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 65.

¹¹⁰¹ Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948; disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legisintern/ddh_bib_inter_universa.htm; acesso: 29.06.2010.

¹¹⁰² Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês, é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do Rei João, que o assinou, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Acesso agos, 22, 2010 em: <https://sites.google.com/site/salviopr/historia>.

O princípio do juiz natural, como parte integrante das sociedades baseadas no Estado Democrático de Direito, não tem por finalidade somente evitar a criação de tribunais de exceção. Sua abrangência vai além, mas circunscrita ao entendimento “de que só é juiz o órgão investido de jurisdição”, como referido por Portanova. É nesse sentido que Rui Portanova, citando Ada Pellegrini Grinover e outros, definem, pois, o juiz natural:

O conceito de juiz natural vem se ampliando. Não se pode mais pensar apenas na hipótese de proibição de tribunais de exceção. Ada Pellegrini Grinover (...) mostra que **há um segundo aspecto do juiz natural:** o juiz constitucional. Trata-se do efeito que “vincula a garantia a uma ordem taxativa, e constitucional, de competências”. O princípio do juiz natural exige não só uma disciplina legal da via judicial, da competência funcional, material e territorial do tribunal, **mas também uma regra sobre qual dos órgãos judicantes** (Câmara, Turma, Senado) e qual juiz, em cada um desses órgãos individualmente considerado, deve exercer a sua atividade (...).

[...]

No direito brasileiro, exceto no período do Estado Novo, sempre houve previsão legal a respeito do princípio do juiz natural. Tal acolhimento tem-se dado na dúplici faceta da proibição a tribunais extraordinários *ex post facto* (proibição de comissão) **e proibição de transferência de uma causa para outro tribunal (proibição de avocação).**

Assim, juiz natural é aquele juiz integrante do Poder Judiciário, regularmente cercado das garantias próprias conferidas àqueles que exercem esse Poder, e, por isso mesmo, independentes e imparciais¹¹⁰³. (g.n.).

A formatação do princípio do juiz natural tem forte influência na constituição da provisão. A independência e a imparcialidade são os sustentáculos do princípio que, por sua vez, influenciam diretamente na decisão do julgado.

Na esteira dessas bases do Direito, o princípio indica que a distribuição equânime de processos objetiva repartir com igualdade os serviços entre os juízes¹¹⁰⁴. Mas essa não é a única finalidade quando lido pela ótica do PDC. A distribuição equânime caracteriza a aleatoriedade na determinação do juiz para julgar o processo. Esse aspecto, para alguns casos de matéria ainda não firmada pelos julgamentos dos tribunais, tem efeito direto na PDC. Assim, determinado juiz pode decidir a mesma matéria completamente diferente de outro. O

¹¹⁰³ Portanova, R. (2005). *Princípios do processo civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 64.

¹¹⁰⁴ Código de Processo Civil Português – Art. 209. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2013/06/12100/0351803665.pdf>. Acesso 13.12.2011, às 15h31m.

advogado condutor desses processos poderá, por essa razão, emitir seu parecer quanto à probabilidade de êxito de cada um dos processos diferentemente: baseado nas decisões do juízo natural, um poderá exigir provisão e o outro não. Assim, o princípio do juízo natural combinado com a distribuição processual equânime influi diretamente na análise e na quantificação da PDC.

5.16 Reversão da Provisão

A reversão de uma provisão constituída para garantir despesa com processos judiciais e administrativos pode ocorrer, principalmente, nos seguintes casos: por pagamento, por exclusão, por perda do objeto da ação, por vitória do processo. Pode haver outras situações que ensejem a reversão da provisão, mas este estudo centra-se nas que espelham, na essência, a maioria das situações de reversão da provisão para demandas contingentes.

A reversão por pagamento ocorre com o pagamento da demanda ou liquidação do processo por pagamento. Isso ocorre quando se liquida o processo com valores resultantes de acordo, de perda parcial da demanda ou de perda total da demanda. Com esse registro, o valor da provisão que até então estava constituída para o processo deve ser revertido. Se o valor pago for menor que o valor em provisão, a parte que exceder o valor da liquidação deve ser revertida a favor da empresa de capital aberto, ou seja, a contrapartida do registro é em conta de receita.

Quando o valor pago for maior que o valor provisionado, o excedente inevitavelmente deve ser registrado diretamente em despesa, pois não há valor em provisão para sua contrapartida. Como não há fórmula pronta para esse caso, há quem registre o excedente primeiro em conta de provisão, para depois efetuar o registro do pagamento em conta de despesa. Com esse procedimento contábil, fica caracterizado que havia provisão para fazer frente à despesa com o pagamento da contingência. A problemática desse procedimento é que a provisão não acompanhou a trajetória do risco da contingência jurídica, caracterizando contingência jurídica a descoberto, o que atenta contra as normatizações da IAS 37. Esse tipo de ocorrência: poderá ter origem na área do Direito; poderá ter origem em decisão administrativa; causar efeitos contábeis que não correspondam com a realidade das

contingências processuais. Se de origem na área jurídica, geralmente tem causa em deficiente avaliação pelo advogado dos efeitos jurídicos da contingência, resultando efeito financeiro aquém do que é necessário para liquidar a obrigação. Por decisão administrativa resulta de negativa da administração da empresa de capital aberto de provisionar valor aquém do efeito financeiro indicado pelo advogado por meio dos parâmetros para cálculo. O terceiro efeito de liquidar contingência com valor de provisão menor do que é necessário é contábil. Caso esse efeito ultrapasse a linha do tempo do balanço da empresa torna-se devastador; resulta em distribuição de lucro maior com base em resultado de lucro fictício. Em todos os balanços em que a provisão a menor o compõe, apresentou lucro a maior do que deveria. Essa operação atenta contra a ordem da IAS 37¹¹⁰⁵ e das normas recepcionantes do Direito Interno, que preveem a melhor estimativa de desembolso para liquidar a obrigação. Outra condição processual que pode acarretar reversão de provisão é quando há exclusão do processo. Essa exclusão pode ocorrer no cadastro de processos da empresa ou até no fórum. Um índice considerável de exclusões se apresenta por erro de cadastramento no sistema da empresa, ocasionando a necessidade de exclusão da demanda cadastrada erroneamente.

Nesse caso, tendo ocorrido a provisão, deve-se proceder à respectiva reversão, uma vez que não existe processo contra a empresa, significando que nula também é a contingência jurídica a que esse processo deu origem. Ainda nesse caso, no fórum, o que pode ocorrer é o registro da empresa como parte de determinado processo, quando de fato, o processo não é direcionado a ela. Enfim, há erro de cadastramento.

Há também a reversão da provisão por perda de objeto e de outras situações processuais análogas. São casos em que o juízo, no exercício da jurisdição, procedeu ao julgamento do processo, declarando sua extinção.

As hipóteses de isso ocorrer são inúmeras; uma delas é quando há um julgamento que afeta outro, como por exemplo, o de um recurso; mas há ação cautelar incidental com pedido de efeito suspensivo ao processo. Com o julgamento do recurso, apreciando ou não o pedido de efeito suspensivo na cautelar, o objeto da ação cautelar é suplantado pelo julgamento do recurso. Assim, caso haja provisão para o processo que perdeu o objeto, ela deve ser revertida.

Outra hipótese de reversão de provisão é quando ocorre a vitória da ação por parte da empresa de capital aberto. Com o trânsito em julgado da ação ou até mesmo por julgamento que representa remota chance de ser revertido, a provisão deve ser revertida por vitória no

¹¹⁰⁵ OROC. Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. (2004). Trad. *Normas Internacionais de Relato Financeiro*. Lisboa: IASCF, 2004, IAS 37, Item 36, p. 1164.

processo. Nesses casos, o efeito é de total recuperação dos valores por parte da empresa, isto é, o valor da provisão deve ser totalmente revertido em conta de receita na sua totalidade, sem que haja valores a serem lançados em conta de despesa.

5.17 Outros Aspectos a Considerar

O tema tratado neste trabalho é vasto e, independentemente dos normativos tratados, dos critérios adotados e dos parâmetros considerados, situações diversas podem ocorrer no curso processual das demandas jurídicas. Alguns exemplos são abordados.

5.17.1 Provisão no Processo na Posição de Autor da Demanda

Há equívoco sobre o tema provisão para demanda contingente quando se descarta o provisionamento de valores pela posição de autor da demanda por parte de companhia de capital aberto. Há quem pondere que não cabe provisão sendo a companhia a autora da demanda; porém, o que se provisiona não é o polo da ação em que se encontra a companhia e sim a contingência. Em outras palavras, a companhia pode estar em determinado processo no polo ativo da ação, mas se há risco de desembolso a ser considerado como provável nessa ação, deve-se efetuar a provisão do respectivo valor em risco. Nesse corolário não se enquadram as contingências de empresa autora de demanda com direito à compensação de valores, ou seja, quando o que a empresa tem para receber no processo é maior do que a pagar. Nesse caso, o princípio da unicidade da contingência fala mais alto, e o valor menor a pagar é compensado pelo valor maior a receber; resumindo, não há razão de se fazer provisão de uma parte da contingência.

Em conclusão, mesmo sendo autora da demanda, a companhia pode constituir provisão, pois o que se provisiona é a contingência que, nos casos de restarem valores a serem

desembolsados, é passiva e não ativa. Essa condição corrobora com os percentuais de probabilidade de êxito processual descritos no quadro 5 do Capítulo 5.11 Análise da Provisão em Relação ao Polo Autor ou Réu.

5.17.2 Declínio de Competência de Esferas da Justiça

Observa-se que o tema “provisão para demandas contingentes” apresenta inúmeras variáveis, sendo o declínio de competência mais uma delas. O processo corre em uma das esferas da Justiça que se julga incompetente, e as causas que norteiam a declaração podem ser as mais diversas, como por exemplo: declínio de competência da justiça de esfera federal para regional; da justiça trabalhista para justiça cível; da justiça administrativa para cível, entre outras.

Se a matéria discutida na esfera da Justiça de origem estava com a classificação de risco por julgamento desfavorável, a provisão do processo deveria estar ocorrendo. Mas se o declínio ocorre na esfera na qual a matéria pacificada é contrária aos interesses do *ex-adverso* da empresa de capital aberto, não será necessária a provisão, devido ao princípio da autonomia das justiças.

Um caso concreto que ocorre no Brasil é o entendimento de que justiças distintas operam no julgamento da verba abono salarial acordada em dissídio coletivo. A justiça do trabalho se posiciona no sentido de que a verba é de caráter indenizatório, sem tributação, com base no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República¹¹⁰⁶; a posição de algumas turmas da justiça federal comum¹¹⁰⁷ é de que a verba é de caráter salarial remuneratório, portanto, tributável. O antagonismo é demonstrando nas seguintes ementas:

¹¹⁰⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...]

¹¹⁰⁷ Recurso em Habeas Corpus RHC 79331 RJ (STF). “A competência penal da Justiça Federal comum - que possui extração constitucional - reveste-se de caráter absoluto, está sujeita a regime de direito estrito e apenas deixa de incidir naquelas hipóteses taxativamente indicadas no texto da própria Carta Política: (a) nos crimes eleitorais, (b) nos crimes militares e (c) nas contravenções penais em geral; Compete à Justiça Federal comum processar e julgar, dentre outros ilícitos penais, os crimes praticados contra os serviços organizados e mantidos pela União (CF, art. 109, IV), nestes incluídos os serviços judiciários federais.” Acesso set, 9, 2010 em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/329164/justica-federal-comum>;

Justiça do Trabalho:

TST - RECURSO DE REVISTA: RR 2138009020025080003 213800-90.2002.5.08.0003

Resumo: Abono Salarial. **Natureza Indenizatória.** Norma Coletiva.

Relator(a): João Batista Brito Pereira

Julgamento: 19/08/2009

Órgão Julgador: 5ª Turma,

Publicação: 28/08/2009

Ementa

ABONO SALARIAL. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NORMA COLETIVA.

A jurisprudência desta Corte revela **decisões unânimes em torno da tese** de que, em virtude do disposto **no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República**, devem ser observadas as condições ajustadas em normas coletivas que não violem dispositivo de lei, como na hipótese presente. De fato, a norma em que **se pactuou a natureza indenizatória do abono salarial é oriunda de negociação coletiva**, que é uma forma de ajuste de interesses, do qual participou o sindicato representativo da categoria profissional. A flexibilização no Direito do Trabalho, **fundada na autonomia coletiva privada**, permite a obtenção de benefícios para os empregados, com concessões mútuas. Portanto, se as **partes decidiram, mediante acordo coletivo, estabelecer o pagamento do abono salarial de forma indenizatória, não é possível dar natureza diversa da fixada**, sob pena de se incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. Trata-se de um acordo coletivo que não teve a validade formal questionada nem retiradas as vantagens dos reclamantes. Recurso de Revista de que não se conhece. (g.n.)

Justiça Federal Comum¹¹⁰⁸:

TRF3 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA: AMS 178 SP 2000.61.05.000178-5

Resumo: Tributário. Imposto de Renda. Abono Salarial. Dissídio Coletivo. **Natureza Remuneratória.** Verba que Substituiu Reajuste Salarial e Valores Relativos à Produtividade Anteriormente Pleiteados.

Situações Amparadas Pelas Súmulas nº 125 e nº. 136 do E. STJ. Dessemelhança. Precedentes.

Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Julgamento: 05/11/2009

Órgão Julgador: SEXTA TURMA

Andamento do processo

Ementa

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO SALARIAL. DISSÍDIO COLETIVO. NATUREZA REMUNERATÓRIA. VERBA QUE SUBSTITUIU REAJUSTE SALARIAL E VALORES RELATIVOS À PRODUTIVIDADE ANTERIORMENTE PLEITEADOS. SITUAÇÕES AMPARADAS PELAS SÚMULAS 125 E 136 DO E. STJ. DESSEMELHANÇA. PRECEDENTES.

1. Na hipótese *sub judice*, trata-se de abono salarial concedido aos empregados do Banco do Brasil S/A, em substituição ao reajuste salarial e à produtividade reivindicados, conforme julgamento de dissídio coletivo pelo E. TST.

2. **O abono salarial não possui caráter indenizatório, ao contrário, tem natureza remuneratória**, pois substituiu o reajuste salarial e o valor relativo à produtividade anteriormente pleiteados, enquadrando-se no conceito de acréscimo patrimonial, de forma a se sujeitar à tributação do imposto de renda na fonte, nos termos do art. 43 do CTN. 3. Se não foi reconhecido aos bancários o direito ao reajuste salarial e à produtividade que pretendiam, ocorrendo em seu lugar o pagamento do abono questionado, **não se pode falar que tal verba tenha caráter indenizatório daqueles direitos**, que em nenhum momento chegaram a integrar o

¹¹⁰⁸ Acesso set, 22, 2010 em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7360980/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-178-sp-20006105000178-5-trf3>

patrimônio jurídico daqueles trabalhadores. É, pois, totalmente diversa a situação retratada nos presentes autos daquela contemplada nas Súmulas 125 e 136 do E. STJ. 4. Da mesma forma, por não se tratar de indenização, inaplicável o disposto no art. 6º, V, da Lei nº 7.713/88. 5. Precedentes do E. STJ e da E. Sexta Turma desta Corte.

6. Apelação improvida¹¹⁰⁹. (g.n.).

A matéria abono salarial é objeto de ações na justiça do trabalho, movidas por sindicatos das categorias de empregados, e na justiça federal comum, movidas pelo fisco. A primeira é competente para julgar os dissídios individuais e os dissídios coletivos das relações de trabalho; a segunda tem competência, entre outras, de jurisdição fiscal no âmbito federal.

O antagonismo dos entendimentos jurisprudenciais tem origem na essência da matéria levada a julgamento em cada uma das justiças.

Alicerçada em relações de trabalho, a justiça trabalhista tem o forte entendimento de que o abono salarial acordado em dissídio coletivo é verba indezinatoria, conforme princípio constitucional. Mas a justiça federal comum entende que esses motivos não são suficientes para descaracterizar uma verba que diz ser de cunho remuneratório com efeitos fiscais.

A declinação de competências de ações entre as duas justiças tendo como objeto abono salarial inevitavelmente levaria à provisão, se o processo transitasse da justiça do trabalho para a justiça federal. Não levaria à provisão, se o processo transitasse da justiça federal para a justiça do trabalho. Reforça-se, desse modo, que a constituição de PDC está sub jurisdição do princípio da autonomia das justiças.

5.17.3 Provisão Decorrente de Execução Fiscal

No Brasil, geralmente, quando há execução fiscal, é porque o processo administrativo transitou em julgado no respectivo órgão autuador. Julgamentos na esfera administrativa no Brasil, como já explicado, não fazem coisa julgada, pois o processo é conduzido extraoficialmente e julgado por “juiz” não togado. O fisco, para efetivar o que ele mesmo julgou a seu favor, não tem força executiva por si mesmo e necessita da justiça oficial para

¹¹⁰⁹ Acesso set, 22, 2010 em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5374656/recurso-de-revista-rr-2138009020025080003-213800-9020025080003-tst>

exercer seus direitos e constranger legalmente o devedor. Antecedendo a cobrança judicial, a administração pública deve proceder a atos legais para a formalização do crédito tributário.

Os principais atos são: a constituição do crédito tributário pelo lançamento, conforme prevê o artigo 142¹¹¹⁰ do Código Tributário Nacional; a lavratura de termo e inscrição de dívida como dívida ativa – artigo 201 do CTN¹¹¹¹. O procedimento judicial é a chamada “execução fiscal”. Embora o nome execução fiscal seja corrente nos meios judiciais, acadêmicos e legais, não há propriamente execução fiscal e sim, simplesmente, a execução judicial de dívida ativa, i.e., ação de execução de autoria da administração pública. No Brasil, a Lei nº 6.830, de 22 de setembro 1980, dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública: “Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”. A referida Lei, em diversos artigos, regula a cobrança da dívida como execução fiscal.

Em Portugal, o regimento da execução fiscal é pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de dezembro de 1998, a chamada Lei Geral Tributária. A execução fiscal é assim regulada:

Lei Geral Tributária

Artigo 103º

Processo de execução

1 – O processo de **execução fiscal tem natureza judicial**, sem prejuízo da participação dos órgãos da administração tributária nos **actos que não tenham natureza jurisdicional**.

2 – É garantido aos interessados o direito de reclamação para o juiz da execução fiscal dos actos materialmente administrativos praticados por órgãos da administração tributária, nos termos do número anterior.

Ao encontro da noção de que a execução fiscal é de natureza ação de execução, extrai-se do artigo de Leonardo Rizo Salomão, Professor de Direito Administrativo no curso de

¹¹¹⁰ CTN - CAPÍTULO II; Constituição de Crédito Tributário; SEÇÃO I; Lançamento. Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

¹¹¹¹ CAPÍTULO II; Dívida Ativa; Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Gestão Pública e Planejamento Urbano da Universidade do Oeste Paulista (Unoeste), o seguinte¹¹¹²:

Sempre que a Fazenda Pública dispõe de um crédito e o obrigado não o satisfaz espontaneamente, **surge o direito abstrato de provocar a tutela jurisdicional executiva** para promover a atuação da perinorma que realizará o direito material violado.

No que se refere à modalidade, a ação de execução é, na expressão de MARTINS DA SILVA (2001, p. 171) **ação de execução singular por quantia certa com procedimento especial**, porquanto exige-se a existência de um crédito líquido, certo (art. 2º, § 3º, da LEF3). E, conforme ensinamento de SILVA PACHECO (2002, p. 10), a **execução judicial**, a que se alude o **art. 1º, e que vai denominada de execução fiscal** nos arts. 4º, 12, 25 e 26 da lei que **comentamos, é a execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial**, constituído pela certidão de dívida ativa regularmente inscrita, de caráter expropriatório, que se realiza no interesse da Fazenda Pública, como tal compreendida a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias.

Ademais, é execução forçada singular, porquanto, somente a pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e Fundações), reconhecida como credora no título executivo integra o polo ativo da demanda, tudo a teor do disposto no art. 29 da Lei de Execução Fiscal e art. 187 do Código Tributário Nacional com a seguinte redação: a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento. Embora a repetição dos dispositivos legais acima citados pareça ser uma redundância, isto o é apenas aparentemente. Isto porque o Art. 187, do CTN se refere somente aos tributos, ao passo que a Lei de Execução Fiscal é mais ampla ao abranger toda a Dívida Ativa. Convém, desde já, esclarecer que **o objeto do processo de execução fiscal pode ser não só os créditos tributários**, mas também **todo crédito** das pessoas jurídicas de direito público, legitimadas a este procedimento, **seja qual for sua origem, desde que, inscritos regularmente como Dívida Ativa**.

3 Art. 2º (...); §3º A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito (...);

4 Somente as Fundações Públicas criadas por lei, como, por exemplo, o Instituto de Terras de São Paulo (ITESP). (g.n.).

Com efeito, a espécie execução fiscal, a exemplo do gênero execução, é demanda contingente de natureza pecuniária com todos os requisitos de contingência passiva e exige análise de classificação de risco e apuração de valores. Por força da IAS 37 a contingência é classificada como Obrigação Legal conforme tema esboçado no Capítulo 4.1 Obrigação Legal e Provisão para Demandas Contingentes.

¹¹¹² Disponível em: <http://www2.uel.br/cesa/direito/doc>. Acesso em 24.11.2010.

5.18 Efeitos da Provisão: Visões Necessárias

Os efeitos de uma provisão, em princípio, estão relacionados com aquilo que seu termo determina, conforme explicou De Plácido e Silva:

Do latim *provisio*, de *providere* (prover, acautelar-se), exprime, geralmente **o ato pelo qual se provê a alguma coisa.**

Mas, na terminologia jurídica, possui o vocábulo sentidos especializados, conforme a matéria a que se refere. [...] Provisão na terminologia comercial, é o vocábulo empregado vulgarmente na significação de sortimento ou suprimento. **É o abastecimento do necessário.** Neste sentido, pois, **fazer provisão é suprir-se ou sortir-se**, isto é, fazer aquisição de mercadoria, fazer estoque de mercadorias, ou **providenciar para que certas coisas não falem, em certos lugares ou em dados momentos.**

Extensivamente a este sentido, como vocábulo técnico do Direito Comercial, provisão traz a significação de fundos disponíveis, a existência de fundos, isto é, de dinheiro, de numerário [...] **no conceito jurídico-comercial, provisão exprime sempre a existência de um crédito representado em dinheiro à disposição de alguém [...]**¹¹¹³. (g.n.).

A IAS 37, em seus objetivos, declara a necessidade de se deixar transparentes os meios utilizados no reconhecimento das bases e na mensuração da contingência passiva (como já citado). Levada a efeito para o que representa a PDC nas demonstrações contábeis, essa norma é associada à necessidade de melhor governança corporativa, com a finalidade de “restaurar o equilíbrio dos mercados por meio de mecanismos que assegurem a responsabilidade da alta administração de uma empresa sobre a confiabilidade da informação por ela fornecida¹¹¹⁴”.

A adoção de normas internacionais de contabilidade pelas empresas mundiais está associada a benefícios econômicos concretos na forma de atração de maior volume de investimentos, uma vez que o processo de globalização trouxe para primeiro plano a demanda por **informações contábeis confiáveis e comparáveis para suportar a variedade de transações e operações deste mercado.** Entende-se que, quanto **maior a transparência**, clareza e compreensibilidade das informações financeiras das empresas — qualidades primordiais às boas práticas de governança corporativa —, **menor será o risco** percebido por um investidor à sua aplicação de

¹¹¹³ Silva, D.P. (1993). *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. III, IV, p. 498, 499.

¹¹¹⁴ Borgerth, V.M.C. (2007). *SOX Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. São Paulo: Thomson Learnig, p. XVI

recursos e menor será o retorno exigido para o seu investimento, em benefício da redução do custo de capital das empresas¹¹¹⁵.

Em relação à governança corporativa, se por um lado, os escândalos envolvendo instituições de renome – como o caso Eron, nos Estados Unidos – devido a práticas manipuladoras que causam enormes prejuízos, foram determinantes para a adoção de práticas de controle, por outro, a responsabilidade administrativa é questionada sob diversas feições.

No primeiro caso, surgiram vários regulamentos no cenário internacional, visando a efetivar um ativismo voluntarista, isto é, fortalecendo controles corporativos fora do âmbito do Estado. A SOX, por exemplo, promoveu ampla regulação da vida corporativa com base na prática de governança. Essa Lei tem como foco quatro valores: conformidade legal, prestação de contas responsável, transparência e senso de justiça¹¹¹⁶.

Nessa perspectiva, observa-se que os efeitos da PDC visam à ordem e se apresenta de forma dedutiva:

- ao senso de justiça, baseado em princípios universais de igualdade de direitos, ou seja, na fonte do próprio Direito, que deve servir de orientação na condução de procedimentos;
- à transparência, advinda do senso de justiça e condutora da responsabilidade na prestação de contas. A transparência permite, por exemplo, que investidores negociem no mercado de ações com a devida segurança, na certeza de que o risco implícito a seu negócio decorre unicamente da própria atividade ou de ocorrências supervenientes;
- à prestação de contas responsável, que deve ser retratada nos demonstrativos, buscando-se que seus resultados aproximem-se o máximo possível da realidade da companhia;
- à conformidade legal, que fornece os subsídios para a prestação de contas segundo os princípios contábeis universais, que por sua vez implicam direitos universais do homem, para o que se volta o Direito e a própria Contabilidade, quando ele se investe de outros direitos.

¹¹¹⁵ Antunes, J.; Antunes, G.M.B.; Penteado, I.M. (2010). *A convergência contábil brasileira e a adoção das normas internacionais de contabilidade: o IFRS-1*. Acesso jan, 15, 2010 em: www.cabr.com.br, p. 2.

¹¹¹⁶ Lei Sarbanes-Oxley, publicada em 30.07.2002 pelo então Presidente dos Estados Unidos, George W. Bush. Leva o nome dos dois congressistas responsáveis pela sua elaboração, o Senador Paul Sarbanes e o Deputado Republicano Michael Oxley.

No que se refere ao questionamento sobre a responsabilidade administrativa, que percorrendo o caminho indutivo leva ao senso de justiça, alguns nomes podem ser lembrados com Pedro Caetano Nunes¹¹¹⁷. Menezes Cordeiro, que “nega a existência de responsabilidade civil por erros de gestão, salvo o caso limite de erro grosseiro”. Para ele, deve-se ver se houve uma construção administrativa baseada na boa-fé; Lídio Duarte Rodrigues, para quem o dever de administrar deve-se reger por duas noções principais, a diligência e o interesse da sociedade; Maria Elisabet Gomes Ramos, que defende a existência de um dever de administrar de caráter indeterminado e genérico, em cujo processo há ampla margem de discricionariedade. Como se observa, a IAS 37 vem justamente organizar e delimitar essas visões da administração, quando a coloca sob os princípios do senso de justiça e da transparência, com a finalidade de preservar direitos.

São inúmeros os exemplos em que a falta de transparência produz efeitos negativos. No Brasil, em 2010, a incorporação da empresa de telefonia BrasilTelecom pela também empresa de telefonia OI (formada pela Telemar Norte Leste S.A., Tele Norte Leste Participações S.A. e TNL PCS S.A.) teve seu processo suspenso, devido ao surgimento de débitos inesperados de ações judiciais da primeira. A “descoberta” aumentou substancialmente o passivo da segunda e fez com que seus papéis despencassem de imediato no mercado de valores mobiliários (o menor valor em 15 meses, com queda de 17,3% nas ações ordinárias, que dão direito a voto)¹¹¹⁸. O escândalo tem objeto em ações judiciais que, num primeiro momento, não foram identificadas. O passivo provável de perda identificado foi de R\$ 1,29 bilhão de Reais, elevando o valor em 89,96% do inicial de R\$ 1,45 bilhões, totalizando R\$ 2,53 bilhões Reais. A contingência passiva tem origem em ações transitadas em julgado no estado do Rio Grande do Sul, que discute o plano de expansão do sistema Telebrás. São ações judiciais movidas por clientes, exigindo direitos sobre a compra de linha telefônica. Ao adquirir a linha telefônica, os clientes receberiam ações da Telebrás, *holding* a que estavam submetidas as estatais telefônicas. A OI é incorporadora da BrasilTelecom que, por sua vez, foi a compradora da Companhia Riograndense de Telecomunicação-CRT (estatal telefônica). Como sucessora, a OI deve amargar as despesas com os pagamentos das ações

¹¹¹⁷ Nunes, P.C. (2006). *Corporate governance*. Coimbra: Almedina, p. 18-20

¹¹¹⁸ Mendes, K (2010). Dívida afeta fusão da BRTel. *Correio Braziliense*. Caderno Economia. Edição de 16 de janeiro de 2010, p. 18. Versão digital disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2010/01/16/internas_economia,166868/index.shtml

judiciais. Conforme os auditores independentes da BDO Trevisan, a provisão para essas contingências atingiram o valor de R\$ 1,29 bilhão. O processo de incorporação foi retomado com a correta contabilização dos valores em provisão¹¹¹⁹.

O caso acima relatado é exemplo do desastre que pode ocorrer quando não se observa ou não se tem conhecimento das regras e metodologias que podem classificar os processos judiciais que envolvem provisão. A simples classificação de risco não é indicativo de que a demanda contingente foi bem avaliada. É necessário que o conjunto de análise abranja a legislação, a jurisprudência e, principalmente, as particularidades do processo. Ações transitadas em julgado, com matéria envolvendo a incorporação de empresas, como o exemplo relatado, é de forte indicativo de provável condenação. A empresa incorporadora assume os direitos e os encargos aos quais a incorporada estava sujeita. É consagrada no Direito brasileiro a responsabilidade objetiva. Assim, foi inevitável a OI proceder à provisão indicativa pela auditoria independente.

Considerando que, em relação à PDC, sua mensuração e análise envolvem duas áreas, a jurídica e a contábil, seus efeitos serão verificados respectivamente. Na perspectiva jurídica, entre outros, dois efeitos da provisão são identificados:

- proteção aos acionistas: “desde o sócio controlador ao minoritário, o primeiro, interessado em avaliar a *performance* dos administradores (rentabilidade), e ambos interessados em verificar o quanto irão receber de dividendos (retorno)¹¹²⁰”, têm o direito de receber informações confiáveis.

A Contabilidade é a provedora dessas informações, e no caso da PDC, o Direito (por meio de seu profissional advogado) responde pela eficiência dos registros em relação à realidade dos fatos. Especificamente no caso da PDC, esse conjunto oferece ao administrador a segurança necessária à tomada de decisões:

- proteção aos administradores: esses têm interesse em exibir resultados de sua administração para os acionistas, para consolidar sua posição na companhia e garantir sua participação nos lucros. As decisões empresariais são tomadas a partir e com base nas informações contábeis¹¹²¹.

¹¹¹⁹ Oi retoma processo de troca de ações da Brasil Telecom. Acesso out, 15, 2010 em: <http://www.monitormercantil.com.br/mostranoticiaMonitorMercantilDigital>

¹¹²⁰ Borgerth, V.M.C. (2007). *SOX - Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. São Paulo: Thomson Learning, p. 50.

¹¹²¹ Borgerth, V.M.C. (2007). *SOX - Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. São Paulo: Thomson Learning, p. 63.

O caso das duas operadoras de telefonia no Brasil é um exemplo negativo de falta de proteção aos acionistas e aos administradores. É para procedimentos assim que a Lei SOX estabelece seus controles, baseados nos quatro princípios citados acima.

Do ponto de vista contábil, o efeito da provisão pode provocar lesões no patrimônio da companhia, se calculada para mais ou para menos.

Um ponto a se questionar nesse contexto é se a PDC pode ocasionar a falência da empresa. E a resposta, em tese, é sim, pois se trata de uma conta passiva, e a constituição da provisão impacta negativamente o resultado da empresa; com isso, a empresa pode apresentar passivo a descoberto, ou seja, a insolvência da empresa seria caracterizada pelo resultado de passivo maior que o do ativo. No caso, a causa do passivo a descoberto pode ser o registro duma contingência ou dum conjunto de contingências.

A doutrina contábil ensina que a expressão patrimônio líquido, que é o resultado positivo do ativo menos o passivo, deva ser substituída por passivo a descoberto.

O ponto crucial é: a constituição de PDC, que contribuiu para o estado de insolvência da empresa, poderia ser postergada e não ocorrer no exato momento em que o risco foi avaliado como provável e evitar a falência ou prorrogá-la?

A base ética recomenda o imediato registro da PDC, quando assim o risco apontar. Porém, sabe-se, na história do Direito, e em particular no âmbito do Poder Judiciário, que questões dadas como irreversíveis tiveram desfecho inverso no último momento de julgamento, transitando em julgado o processo. Dessa forma, observa-se que a “antecipação” de impacto no resultado da empresa pelo registro de PDC pode não ocorrer com o deslinde da causa, ou seja, antecipa-se um desfecho com impactos negativos para a companhia, mas o trânsito em julgado do processo demonstra o contrário. A empresa teria falido com o registro “antecipado” que, com o trânsito em julgado, não se efetivou.

Outra questão nesse caso é saber se a empresa pode acionar o Poder Judiciário e requerer o não registro da PDC, diante do resultado de sua falência, podendo aguardar o deslinde da questão. Acionar a jurisdição estatal é de direito, mas outra coisa é requerer “antecipação” de decisão pelo poder judiciário e ou o não registro contábil de contingência ou contingências que estão classificadas de risco provável por profissional do Direito, o advogado.

Uma hipótese a ser considerada é que o Poder Judiciário pode antecipar o que ele mesmo haverá de decidir no futuro e autorizar o não registro de PDC, baseando-se no

fundamento de que o fato “anteciparia a quebra” da empresa. Nesse caso, estaria suplantada, ou suspensa, com base em decisão judicial a classificação de risco efetuada pelo advogado.

A legalidade quanto à empresa valer-se do Poder Judiciário é plena, pois o Estado deve, por força constitucional, dar guarida ao julgamento de reivindicações de qualquer pessoa¹¹²², exercendo seu poder de jurisdição.

O reverso é verdadeiro, pois se a provisão for revertida, a empresa pode voltar a um estado de solvência. Nesse caso, fica saliente a participação do Poder Judiciário na proteção ao mercado, aos acionistas, aos investidores e aos usuários da informação de forma geral, podendo-se visualizar a PDC eticamente constituída como um instrumento valiosíssimo de justiça. Ampliando o foco para os efeitos da PDC, nota-se que eles interferem no funcionamento do sistema e no mercado financeiro, uma vez que há interesse público, o qual é traduzido como a necessidade do Estado de dar garantia aos investidores e à sociedade em geral. Além disso, os efeitos interferem na política externa, pois é interesse do Estado a boa saúde das empresas, assim como a observância aos preceitos fundamentais da ordem da transparência e da ética. Nesse ponto, teoricamente, implícita na PDC, há inter-relação entre a proteção aos investidores e o interesse público por meio do Direito, seja Financeiro e Contábil.

5.18.1 Proteção aos Investidores, Direito Financeiro e Direito Contábil

A justificativa da proteção aos investidores se encontra na relação que existe entre os elementos implícitos em suas operações no mercado. O interesse público no bom funcionamento do mercado, o qual justifica a proteção ao investidor, não representa só defender o interesse particular desse investidor, mas de uma coletividade de investidores, aos

¹¹²² Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Constituição Portuguesa, Artigo 20.º, Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva. 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

quais a legislação beneficiará, mesmo que não lhes reconheça direitos subjetivos nesse sentido¹¹²³.

Rodrigues afirmou que esse reconhecimento faz com que haja uma prevalência do interesse público sobre o privado, significando que “a existência de uma disciplina jurídica adequada à proteção dos investidores torna-se, em si mesma, uma questão de interesse público”. E é nessa perspectiva que esse interesse se incrementa, levando à conclusão de que “não se trata de proteger um agente de mercado mas, o mercado em si mesmo¹¹²⁴”.

Nesse ponto, vislumbra-se relação com o Direito Financeiro, definido por De Plácido e Silva como a parte do Direito Administrativo, pertencente ao ramo do Direito Público Interno. O Direito Financeiro é constituído da soma de regras ditadas no interesse coletivo, para se governar as finanças do Estado, “impondo os princípios que devem normalizar as atividades financeiras do Estado, no sentido de assegurar os recursos de que necessita para a manutenção de seus serviços¹¹²⁵”. Na mesma linha, Ana Maria Messa conceitua que o Direito Financeiro “[...] é um ramo do Direito Público, formado por um conjunto de normas jurídicas que regula a atividade financeira do Estado¹¹²⁶”.

Para melhor clarificar essa relação, tomam-se as afirmativas de Rodrigues, segundo as quais as decisões dos investidores são condicionadas à segurança proporcionada pelo mercado, e essa segurança depende de uma adequada disciplina e regulamentação. É para cumprir com essa disciplina e regulamentação que órgãos como a CVM/Brasil e CMVM/Portugal são criados.

Em outra instância, encontra-se o Direito Contábil, resultante da obrigatoria interferência do Direito nas Ciências Contábeis. Com base nesse Direito, o contabilista, por exemplo, deve obedecer às leis para fazer os ajustes de apuração do lucro real e cumprir as exigências sobre a escrita contábil regular, as provisões, as depreciações e outras condicionantes aos registros contábeis. Na opinião de Sebastião Luiz Santos, o Direito Contábil apresenta uma visão holística acerca da relação Direito/contabilidade:

O Direito Contábil ingressa na visão holística futura onde, no ano 2000, teremos o aporte de inter-relação Direito e Contabilidade, independentemente das questões

¹¹²³ Rodrigues, S.N. (2001). *A proteção dos investidores em valores mobiliários*. Lisboa: Almedina, p.23-25.

¹¹²⁴ Rodrigues, S.N. (2001). *A proteção dos investidores em valores mobiliários*. Lisboa: Almedina, p.23-25.

¹¹²⁵ Silva, D.P. (1993). *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. I,II, p.87.

¹¹²⁶ Messa, A.F. (2010). *Direito Tributário e Financeiro*. São Paulo: Rideel, p.43.

empíricas de uma ou de outra ciência, afirmativa que nos baseamos numa razão simples: é que a escrituração será excluída e suprida pela informática, o que já está sendo feito, mas a “responsabilidade técnico-científica” continuará permanecendo desta feita, face a necessidade do conhecimento empírico da relação do Direito e da Contabilidade pelo profissional da Contabilidade, tornando-o eficiente se for detentor da visão sistêmica e ampla das duas ciências e, desta forma, eficiente e eficaz diante das responsabilidades e dos óbices empresariais que sempre irão existir¹¹²⁷.

Essa visão sistêmica e ampla a que faz referência Santos diz, portanto, com a necessidade de uma interdisciplinaridade que possibilite a linguagem da economia e da ciência contábil ser compreendida e ganhar sentido no âmbito da dogmática jurídica. Essa relação se dá também em sentido oposto – o que, segundo Marcelo Neves¹¹²⁸, fortalece adequações recíprocas e cooperações entre distintos ramos do saber, sem negar as suas respectivas pretensões de autonomia, operando – para se utilizar da metáfora de Neves – como um “transformador” entre os diversos discursos sobre o Direito. Será a partir daí que as distintas esferas do saber poderão “enriquecer-se conceitualmente” e ganhar uma maior capacidade para solucionar os problemas que lhes são apresentados¹¹²⁹.

A interdisciplinaridade, porém, como dito, reconhece a necessidade de preservação da autonomia do sistema, no caso do sistema de Direito, o que conflita com a ideia de que o Direito possa ser considerado um “sistema aberto”, como defende, por exemplo, Ernesto Grün, cuja teoria foi descrita anteriormente. Para ele, Grün, o Direito é um sistema aberto que intercambia, de forma ativa, informação e se relaciona, combinando-se, e interferindo, com outros sistemas. Segundo Grün, o conceito de sistema aberto funda uma “aproximação interdisciplinar do fenômeno jurídico”, que não mais pode ser considerado como um sistema fechado de normas, havendo uma indispensabilidade de aporte de outras ciências, sendo o Direito transformado, então, em um campo científico investido de interdisciplinaridade. O problema das teorias autopoieticas, segundo Grün, estaria no fato de que, sendo o sistema jurídico um sistema autopoietico, seria, então, praticamente fechado, produzindo somente realimentações internas. Este seria o caso de Luhmann, por exemplo.

¹¹²⁷ Santos, S.L. (2010). *Direito Contábil Resumido*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 89.

¹¹²⁸ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 212.

¹¹²⁹ Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 212

A afirmação de Ernesto Grün, no entanto, parece fracassar diante do fato de que a preservação do sistema de Direito, da sua autonomia, só é possível autopoieticamente. O sistema, nesse sentido, será aberto cognitivamente, mas fechado operacionalmente. Como sistema autopoietico, o Direito produz por si mesmo suas estruturas e os elementos de que é composto. Tais elementos não possuem uma existência independente, mas são produzidos pelo próprio sistema e utilizados como distinções que produzem diferença no sistema¹¹³⁰.

Não há, portanto, *input* ou *output* de elementos, pois o sistema é autônomo, não unicamente no plano estrutural, mas, também, no plano operacional¹¹³¹. O sistema, assim, como ensina Luhmann, somente pode operar mediante suas próprias operações e em decorrência das havidas anteriormente no sistema. Aqui se apresenta a diferenciação que irá romper com a aceitação das relações pertinentes aos sistemas abertos (máquinas triviais – *input/output*), uma vez que não existem trocas diretas entre o sistema e o seu meio, como parece defender Ernesto Grün quando prega a impossibilidade de uma autopoiese. O que há, pois, no dizer de Luhmann, é uma “simultânea dependência e independência” que se potencializam reciprocamente num fechamento operacional e numa abertura cognitiva. Neste sentido, o sistema, em dependência do ambiente, mas sem ser determinado por ele, pode organizar-se por si mesmo e pode construir sua própria ordem.

A perspectiva de Gunther Teubner, no entanto, parece avançar em relação a de Niklas Luhmann, pois, para ele, Teubner, a autonomia do Direito é relativa. Aí, quem sabe, pode estar a possibilidade de ganhos maiores para o Direito em termos de interdisciplinaridade, uma vez que, na visão de Teubner, há autopoieses parciais nos sistemas sociais, o que não compromete a autopoiese em si desses mesmos sistemas. Teubner também não nega o pluralismo jurídico e a ideia de fontes não-estatais do Direito, e, por mais cético que por vezes possa se apresentar, consegue vislumbrar chances de regulação pelo Direito reflexivo. A chave, portanto, para a visão interdisciplinar – ou uma das chaves – é a teoria sistêmica de cunho luhmanniano com a sofisticação teórica teubneriana.

Trabalhar, portanto, o Direito, no âmbito da policontextualidade, significa trabalhar com a sociologia na perspectiva do Direito, pois este se estrutura a partir dos fatos sociais,

¹¹³⁰ Sobre o ponto, voltado para os sistemas autopoieticos, e não apenas para o Direito, consulte-se: Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 39-40.

¹¹³¹ Luhmann, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, p. 40.

influenciando, então, os comportamentos dos indivíduos e dos grupos sociais. Niklas Luhmann e Günther Teubner conseguem demonstrar, como dito alhures, que o Direito é um sistema autopoietico que observa seu ambiente e com ele troca informações a todo instante. O Direito, assim, é, simultaneamente, “aberto”, porque recebe influências do meio externo, e “fechado”, porque não pode produzir nada a não ser o Direito, e no sentido de que suas operações são impermeáveis a comunicações diretas de outros sistemas sociais. Esse fechamento, porém, que auxilia na manutenção do sistema de Direito, não significa a impossibilidade de comunicação com os demais sistemas – e daí a possibilidade de uma interdisciplinaridade nos moldes preconizados por Marcelo Neves –, pois o sistema produz normas de conduta para as suas próprias operações e para a sociedade em geral. O processo de comunicação do sistema de Direito com os demais sistemas, assim, possibilita a entrada – *input* – de elementos de informação (legal/ilegal) para a operação interna e produção de normas de condutas.

Tanto Luhmann quanto Teubner, portanto, irão afirmar que o sistema é operacionalmente fechado e que tal fechamento operacional serve como garantia de sua estabilidade. Há, assim, uma autorreferência, característica de um Direito que, como afirma Teubner, constitui um sistema autopoietico de “segundo grau”, autonomizando-se em face da sociedade como sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num “hiperciclo”¹¹³². Aliás, segundo Teubner, o Direito só se torna “autopoietico” quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo¹¹³³. Por isso, não apenas os elementos do sistema, mas todos os seus componentes – elementos, estruturas, processos, limites, identidade e unidade de sistema – devem ser autoproduzidos. Não apenas o sistema em si deve ser autoproduzido, mas o próprio ciclo de autoprodução deve ser capaz de se alimentar a si mesmo¹¹³⁴.

Já em relação à Contabilidade, ela é emitente e receptora de informações, sendo esse conjunto considerado um bem jurídico:

¹¹³² Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 53.

¹¹³³ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 77.

¹¹³⁴ Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 48-49.

Uma das principais funções da contabilidade é gerar e difundir informação. Informação, em sentido amplo, é todo conteúdo significativo emitido com a finalidade de influenciar outrem e, neste sentido, pode ser considerada como um objeto da comunicação em geral. A informação é um bem jurídico. Bem jurídico é tudo quanto recebe proteção da ordem jurídica¹¹³⁵.

No bojo do alcance à proteção ao consumidor ou ao mercado propriamente dito, encontra-se a PDC. O registro mais adequado dessa, por sua vez, encontra-se sob a perspectiva de três profissionais, como descrito abaixo.

5.18.2 O Advogado em Perspectiva

Embora tenha sido demonstrado ao longo do trabalho o papel desempenhado pelo advogado na prática da mensuração da PDC, não é demais citar entendimentos concordantes, principalmente em sendo este o foco: a nova tarefa do advogado quando da análise e mensuração da PDC. Como bem pontuam Wagner Balera e Ana Paula Oriola de Raeffray¹¹³⁶,

[...] o império da técnica está impondo aos advogados grandes e graves reformulações em seu modo de pensar e repensar o objeto de seus estudos e labor, principalmente quando chamados a patrocinar causas para sociedades anônimas. É que, chamados a emitir informações e opiniões que serão o fundamento de provisões contábeis das sociedades anônimas, seus relatórios apresentam dados cujo teor permitirá que os auditores e contabilistas avaliem se determinada contingência ativa ou passiva deverá ou não ser objeto de provisão contábil ou de sua reversão.

Destarte, o que inicialmente consistia em um mero fornecimento de dados e informações sobre a possibilidade de perda ou de êxito de uma determinada ação judicial com certa classificação genérica não é mais considerado suficiente para sustentar a posição contábil a ser registrada nos atos pertinentes. De fato, **não basta que seja apontado o evento como remoto, possível ou provável. O advogado deverá estimar percentualmente, em seu relatório, a chance de perda ou de êxito**¹¹³⁷.

¹¹³⁵ Andrade Filho, E.O. (2010). *O Direito Contábil e a disciplina jurídica das demonstrações financeiras*. São Paulo, p. 69.

¹¹³⁶ Balera, W.; Raeffray, A.P. (2010). *Os advogados e as provisões contábeis*. Acesso jan, 20, 2010 em: www.cabr.com.br/adv.html, p. 2.

¹¹³⁷ Balera, W.; Raeffray, A.P. (2010). *Os advogados e as provisões contábeis*. Acesso jan, 20, 2010 em: www.cabr.com.br/adv.html, p. 2.

A percentualidade mencionada pelos autores de “Os Advogados e as Provisões Contábeis” está referida neste trabalho no Capítulo 5, itens 5.8, Diferença Entre Probabilidade de Êxito e Fixação do *Quantum* Contingencial, e 5.10, Probabilidade de Êxito Processual.

Os advogados, portanto, com o advento da provisão para os processos judiciais e administrativos, também receberam, em seu mundo, serviços referentes à provisão em seu mundo, que é o de assessoria às notas explicativas de balanço.

Tal serviço se mostra inevitável, pois representa orientações sobre metodologias e informações processuais, quantitativas e qualificativas, sobre as provisões de demandas contingentes. Tudo visando à transparência dos dados a serem divulgados no mercado.

Como os números são reflexos dos efeitos processuais, no caso da PDC, inevitavelmente os advogados são fundamentais para a realização da tarefa. Esse auxílio vem mostrando que a interpretação vai além dos números e engloba os conceitos que foram relacionados com o mundo das contingências oriundas dos processos judiciais e administrativos.

Por um lado, a participação do advogado em relação à PDC é fundamental, pois os processos que se apresentam à companhia carecem da sua imprescindível análise; por outro, ele tem participação ativa no resultado da empresa, quando com o auxílio de sua técnica, a empresa obtém informações sobre as contingências que causam perdas e também aquelas que permitem algum tipo de ganho. Esses vão desde os financeiros até aqueles baseados em informações que funcionam como *feedback* para o melhoramento de processos e procedimentos.

5.18.3 A Função do Contabilista

Sem dúvidas, a principal característica do profissional da Contabilidade no século XXI é a da aplicação do conhecimento, pois, em um mundo altamente competitivo, as exigências são muitas e diárias¹¹³⁸. Esse profissional, portanto, é considerado um “gestor de informações”, haja vista necessitar de um nível amplo de conhecimento sobre temas diversos,

¹¹³⁸ Zanluca, J.C. (2010) *O perfil do contabilista no século XXI*. Acesso fev, 15, 2010 em: http://www.portaldecontabilidade.com.br/noticias/perfil_contador.htm, p. 1.

de compreensão das normas internacionais de contabilidade, das legislações fiscal, comercial e correlatas. Aliás, no Código Civil brasileiro de 2002, o contabilista é reconhecido como preposto de seus clientes, sendo pessoalmente responsável por eventuais atos culposos decorrentes da prática de suas funções¹¹³⁹.

O Contador, portanto, poderá responder de forma solidária com o proponente de registros contábeis. Assim, por exemplo, no caso de PDC cujo montante a situe muito distante da real situação processual, para mais ou para menos, o contabilista pode responder pela falha juntamente com o advogado.

O que se vislumbra nesse ângulo é que a responsabilidade não recai na técnica jurídica em si, cuja responsabilidade é do advogado, mas nas metodologias e nas regras contábeis aplicadas na mensuração dos riscos contingenciais. É, pois, de responsabilidade do Contador o domínio técnico desses fatores.

A responsabilidade do advogado, por sua vez, é a de interpretar a matéria objeto da ação e dos julgados, quer aqueles lançados no processo em análise, quer nos julgados correlatos. Analisar o que vem dizendo a jurisprudência também é dever do advogado. Com base nesse conjunto, ele confecciona um parecer sobre a probabilidade de êxito do processo e extrai o chamado “parâmetro para cálculo”. A partir daí, a metodologia passa por duas situações distintas: i) parte atrelada a técnica jurídica (já descrita); ii) parte atrelada à técnica contábil. O Contador tem por responsabilidade ratificar a metodologia utilizada quanto aos aspectos contábeis. Saliente, nesse ponto, é que, embora não adentrando nos aspectos jurídicos, o Contador faz valer sua técnica e reforça a metodologia usada. Procede então aos registros devidos, observando os regramentos contábeis. Uma situação concreta está descrita no Capítulo 4, item 4.2.5.1 - Obrigação Legal e Provisão para Demandas Contingentes deste trabalho, quando se analisa o descrito pelo Banco Central do Brasil:

Provisão para Contingências

Alguns empresários e seus consultores jurídicos alegam a contabilização de contingências fiscais, como por exemplo os autos de infração, constituem o reconhecimento do débito tributário. Segundo os princípios e as regras contábeis, inclusive previstas no art. 183 da Lei nº 6404/76, a contabilização da contingência em conta apropriada NÃO SIGNIFICA CONCORDÂNCIA COM O DÉBITO.

Contabilistas alegam que a contabilização não foi efetuada por **desconhecimento do exato valor das causas judiciais, trabalhistas ou tributárias**. Pelos **princípios fundamentais de contabilidade e pela Lei das S.A., no artigo citado, devem ser**

¹¹³⁹ Dorneles, J.L.R.; Barichello, S.E, (2004). A reponsabilidade civil do contabilista após o novo Código Civil Brasileiro. *Revista Eletrônica de Contabilidade Universidade Federal de Santa Maria*, v. 1, set/nov/2004, p. Acesso fev, 125, 2010 em: <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vIn01/a03vIn 01.pdf> , p. 1.

escriturados todos os débitos conhecidos ou calculáveis, significando a contabilização por valor aproximado¹¹⁴⁰. (g.n.).

Fica evidente, pois, que, na matéria, há uma zona de intersecção entre as duas ciências, o Direito e a Contabilidade, e que os contadores passam a exercer um papel fundamental na apuração e registro da PDC.

O Direito Contábil passa, necessariamente, pela questão identificativa do advogado e contador que, em formação assemelhada nas ciências sociais, utilizando-se da sociologia e da filosofia, tem na PERÍCIA um aspecto identificativo. De monta, podemos dizer que na PERÍCIA CONTÁBIL se define muito claramente a necessidade do inter-relacionamento entre DIREITO e a CONTABILIDADE [...]¹¹⁴¹.

Bem por isso é que a dogmática jurídica – e aqui se segue o ponto de vista de Marcelo Neves – deve mostrar disposição para se abrir aos influxos advindos da análise econômica do Direito. É isso que lhe dará maior capacidade teórica e prática para fazer frente aos problemas que lhe são apresentados, podendo, assim, oferecer soluções mais apropriadas que as ofertadas por modelos insensíveis à interdisciplinaridade¹¹⁴².

5.18.4 Os Auditores Independentes

O Conselho de Reguladores de Valores Mobiliários das Américas (COSRA) disse que “a informação divulgada sobre as sociedades anônimas de capital aberto deve ser completa e justa, incluindo a apresentação de informações financeiras.” Por sua vez, uma informação completa e justa “é essencial para a proteção do investidor, aumenta a confiança do mesmo e promove a liquidez e eficiência do mercado¹¹⁴³”.

¹¹⁴⁰ Cosif. Acesso fev, 7, 2010 em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=curso17b> Coordenação Américo Garcia Parada Filho.

¹¹⁴¹ Santos, S.L. (2010). *Direito Contábil Resumido*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 89.

¹¹⁴² Neves, M. (2005) Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p.. 212.

¹¹⁴³ Comissão de Valores Mobiliários-CVM. *Princípios COSRA para a supervisão de auditores independentes*. Acesso fev, 15, 2010 em: www.cvm.gov.br, p. 1.

Isso porque o mercado de valores mobiliários constitui um conjunto de estruturas financeiras, para o qual as empresas se voltam em busca de investimento. Em outras palavras, essa estrutura transforma “a riqueza produzida em capital produtivo de nova riqueza”¹¹⁴⁴.

Dessa produção surgem riscos inerentes à atividade e outros agregados, aos quais os investidores estão sujeitos. Por isso, a decisão sobre o investimento deve ser a mais conveniente e a mais fidedigna possível, com vistas a minimizar riscos. Nesse contexto,

Os auditores independentes exercem um papel fundamental no aprimoramento da credibilidade da informação financeira ao opinarem se as demonstrações contábeis preparadas pela administração da empresa realmente representam a situação financeira atual e o desempenho passado da empresa auditada. A auditoria deveria ser conduzida de acordo com um conjunto de normas técnicas abrangentes e de alta qualidade¹¹⁴⁵. (g.n.).

Em sua tarefa, os auditores independentes devem ter: qualificação técnica, independência, supervisão e discernimento no cumprimento de leis e sanções. Essa qualificação faz com que os profissionais possam auxiliar as autoridades reguladoras de mercado de valores mobiliários a desenvolver, manter e melhorar estruturas reguladoras em bases legais.

Tecnicamente, quanto ao tema PDC, a auditoria independente também se adaptou às situações impostas pelo mercado mundial. Diz-se “tecnicamente” porque, doutrinariamente e de forma emanadora de regulamentos, as auditorias independentes tiveram atuações destacadas, em se tratando do gênero passivo contingente. A experiência dos auditores independentes ultrapassa fronteiras, com participação nos mais diversos países, angariando o conhecimento das culturas quanto a aspectos jurídicos, contábeis, corporativos e outros.

Entretanto, a exigência das normas internacionais de contabilidade – quanto aos processos judiciais e administrativos passíveis de risco serem enquadrados como continência passiva – trouxe a esse grupamento um desafio igual ao encarado pelos segmentos corporativos, em especial, o jurídico e o contábil. A técnica de abordagem no caso da PDC difere das demais contingências, por aquela se constituir em uma contingência de origem processual jurídica que, em determinados aspectos técnicos, não pode ser avaliada por um

¹¹⁴⁴ Evangelista, V. (s.d.) *Da proteção jurídico penal do mercado de valores mobiliários*. Coimbra: Almedina, p.7-9.

¹¹⁴⁵ CVM. Comissão de Valores Mobiliários. *Princípios COSRA para a supervisão de auditores independentes*. Acesso fev, 15, 2010 em: www.cvm.gov.br, p.2.

leigo. O chamamento à auditoria independente é de que, quanto mais variados os aspectos das sociedades, tanto mais são os pontos passíveis de auditoria.

Especificamente, a PDC é um desses pontos e, portanto, exige da auditoria independente específico conhecimento para auditá-la. Embora a discussão no meio acadêmico sobre o tema seja quase inexistente, a prática indica e exige do auditor independente conhecimento sobre o assunto. As dificuldades também estão em outros campos de análise, como demonstra o Guia de IFRS, de 01.02.2011, publicada pela Revista Capital Aberto. De seu Capítulo 5 – Um Olhar Diferente sobre as Demonstrações Contábeis, com título Limitações, consta o seguinte:

Nenhum dos dois conjuntos de normas mais relevantes atualmente (IFRS e US GAAP) consegue refletir plenamente a realidade econômica de uma companhia. É difícil representar determinados ativos, principalmente os intangíveis, tais como capital intelectual, know-how, marcas que não foram compradas de outras empresas e valor de segredos industriais. Outra característica não capturada pela contabilidade atual é o custo de capital próprio, que não é contabilizado. Basicamente, **os atuais modelos contábeis conseguem representar ativos e passivos que podem ser mensurados com razoável certeza**. Aqueles que não são passíveis de uma avaliação minimamente objetiva não são divulgados¹¹⁴⁶. (g.n.).

Os desafios são muitos para a categoria de auditores independentes, e sua atuação consciente fortalece a constituição das informações aos usuários.

¹¹⁴⁶ Revista Capital Aberto de 01.02.2011; Guia de IFRS; Coord. Eric Aversari Martins; Cap.5: Um Olhar Diferente sobre as Demonstrações Contábeis, título Limitações; p. 38.

CONCLUSÕES

A história do Direito confunde-se com a própria história da humanidade. Ao longo dessa trajetória sempre representou para o homem o arcabouço no qual são depositados os mais variados anseios de justiça. Sentido em todos os momentos dessa caminhada o objetivo comum que seria o de uma sociedade mais justa com o consequente alcance da felicidade pelas pessoas. Se a evolução do homem engendra o das sociedades, não fica o Direito a margem dessa evolução, avançando na regulação da vida de relação. Num sentido lato o Direito acompanha *pari passu* a evolução social nos variados sistemas de sua composição.

Destacando-se desse todo complexo que é o mundo de relação, assim como o Direito, está à economia nas suas mais variadas formas. Na trajetória da humanidade a economia funciona como fator de forte relevância nas relações sociais. Nos dias atuais mais acentuada está a importância das duas ciências devido a propalada, vivida e sentida globalização das relações humanas.

Nesse vai e vem das relações evolutivas da humanidade, surgem da parte do Direito às necessárias normas de regulação. O Direito funcionando como sub/sistema integrante e atuante do sistema social. Pelas relações sociais evolutivas depara-se com inovações que a vida de relação possibilita e assistimos hoje não só o Direito como criador e interprete dos direitos, mais sim como agente passivo permitindo em alguns casos que essa passividade se torne mola propulsora para a retroalimentação dos seus agentes criativos. É o que se assiste ao chegar ao término desse trabalho com o seu foco principal: a provisão contábil de valores para os processos oriundos de demandas administrativas e judiciais.

O grande mote a ser destacado na relação do Direito com outras ciências é a importância que representa a política e a economia no mundo jurídico. Assiste-se “a Luta de todos contra todos” (Habermas), sendo a ação comunicativa prejudicada por uma racionalidade estratégica. Surge nesse cenário de relação, acerca do que é tratado neste trabalho, a empresa de capital aberto. Esse ambiente acompanha o sistema social com as diretrizes do que seja “politicamente correto” e a questão ética é atrelada ao comprometimento fortalecendo os pilares democráticos.

O surgimento da Lei SOX (Sarbanes-Oxley Act) no mundo da governança corporativa foi essencial para se imprimirem os princípios de controle, de ética e de transparência

necessários à preservação não só das relações jurídicas, econômicas e financeiras, como também das próprias estruturas financeiras dos mercados.

Os escândalos que marcaram a economia em diversos países foram uma demonstração de que a mudança era urgente, sob pena de os mercados desmoronarem.

Normas Internacionais de Contabilidade, entre elas a IAS 37 – International Financial Reports Stands Board, Norma Internacional de Contabilidade do International Financial Reporting Standards (IFRS), baseadas em princípios universais de Contabilidade, estabeleceram critérios a serem adotados pelos países, visando à implementação dos citados controle e transparência.

Ao apresentarem tais critérios, essas normas juntaram Direito e Contabilidade, apesar de sua elaboração ter sido desenvolvida sem qualquer suporte jurídico, mas tão somente contábil. Internamente, no bojo de cada disciplina dessas e de sua área de intersecção, surgem questionamentos filosóficos sobre a primazia da essência sobre a forma ou vice-versa, no contexto da análise da Provisão para Demandas Contingentes – PDC.

Observam-se normas baseadas em princípios contábeis, mas de influência direta no Direito, caracterizando efetivamente a referida intersecção. Como estão, as normas correspondentes nacionais (Portugal: Regulamento da União Europeia nº 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho; Brasil: Deliberação 594, da CVM, Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.823, publicada pelo Banco Central do Brasil, normas do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil - IBRACON, entre outras) mantêm lacunas de ordem regimentais e metodológica.

Embora os critérios explícitos nas NIC se reportem a tarefas que exigem o conhecimento e a inteligência jurídica, a participação do advogado não é explicitada, como de resto também não é a do contabilista. Porém, por se referirem a registros contábeis, fica clara a participação desse.

Como resultado, a prática vem demonstrando a ampliação das funções de advogado no sentido da PDC.

Para o Direito, o termo provisão não expressa a extensão que ocorre com a Contabilidade. Isso não quer dizer que ele não carece de estudo extensivo e pormenorizado, mas sim, que o papel do Direito, frente à provisão de uma demanda, é de cunho qualitativo, enquanto que para Contabilidade é de cunho quantitativo.

É a partir da análise, com base nos aspectos subjetivos implícitos na avaliação de uma demanda até sua concretização em valores, que se verifica o quão complexo é o campo desse estudo.

Para o Direito, essa tarefa vem acompanhada da previsão das negativas consequências financeiras que podem advir das demandas.

Surge dessa situação a necessidade de se criar um termo que represente o produto condizente com a nova área de estudos, nascida na intervenção do Direito na Contabilidade e firmada a partir da intersecção dos respectivos conhecimentos.

A necessidade desse termo para especificar a provisão para demandas judiciais e administrativas vem da também necessidade de se diferenciá-la de outras provisões. Essas têm sua existência vinculada a fatos que não necessariamente são contingências por lides jurídicas.

Nesse ponto, fica claro que toda demanda, quer administrativa, quer judicial, em tese, é uma contingência, mas nem toda contingência nesse sentido, necessariamente, acarreta um valor a ser provisionado.

Conclui-se que, do levantamento teórico realizado, em cumprimento aos objetivos deste trabalho, neste momento, três implicações são observadas:

- primeiro, que não se está diante de um novo Direito, mas sim de uma área de intersecção entre o Direito e a Contabilidade, cujo resultado inevitavelmente perpassa o conhecimento técnico-jurídico;
- segundo, que essa intersecção requer o traçado sistemático de uma metodologia de trabalho, de modo a subsidiar as companhias com métodos que correspondam à realidade pretendida pelas NIC;
- terceiro, que há necessidade de se criar um termo que especifique o produto originado das atividades dessa nova tarefa, para diferenciá-la de assemelhados.

Essas implicações dão origem às seguintes teses, respectivamente:

- a atividade jurídica voltada para as companhias de capital aberto foi ampliada, por força das orientações contidas nas normas internacionais sobre a provisão para demandas contingentes. Direito e Contabilidade, em algum momento, deixam de interagir para intersecar-se, no atendimento às múltiplas e distintas necessidades do momento;
- a metodologia a ser criada é na perspectiva pluridisciplinar, haja vista a intersecção ser mais do que a simples cobertura de um interesse sobre outro, é um amálgama de interesses tendo em vista um fim comum;

- a expressão que especifique o produto originado das atividades dessa nova tarefa jurídico-contábil pode ser Provisão para Demanda Contingente (PDC), termo utilizado pelo pesquisador no decorrer de todo este trabalho e originado da referida intersecção de disciplinas: demanda é um termo que, no caso, está relacionado aos aspectos jurídicos da questão, e contingência (através do adjetivo contingente) é a referência explícita a incertezas do que pode ocorrer contabilmente em relação a determinadas demandas.

Neste ponto é que se destaca a crise de paradigma que afeta o Direito e a administração da empresa de capital aberto, implicando em desenvolver soluções para cada situação particular vivenciada pela empresa. As soluções perpassam por decisões que transcendem o formal (Gustavo Luis Gutierrez) e que são tomadas a partir de valores e informações externas à organização. Cumprir as normativas internacionais oriundas do mercado é observar os procedimentos e os conceitos úteis e éticos que, nesse contexto, não são somente importados da economia – e da variante Contabilidade, mas sobretudo, do Direito.

Nesse papel o Direito contribui com a sua especialidade engajado como subsistema diferenciado dos demais e apto a auxiliar a administração das empresas de capital aberto envolvidas no mercado internacionais de ações.

Advindo da doutrina do Direito e reforçando a ideia de que o Direito faz parte do mundo e da vida de relação, recorremos a Ronald Dworkin, parafraseando-o no que diz respeito ao vivermos “sob o império do Direito”. Nos ensinamentos de Niklas Luhmann “Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social que em tudo se insinua, e no qual é impossível se abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro; nem a família ou a comunidade religiosa, nem a pesquisa científica ou a organização partidária de orientações políticas. A convivência social sempre está pré-sujeitada a regras normativas que excluem outros possíveis ordenamentos, e que pretendem ser impositivos, de forma suficientemente efetiva. Sempre é imprescindível um mínimo de orientação através do direito¹¹⁴⁷”.

Na vida de relação é inegável o papel do Direito e de seus agentes. Cada vez mais é necessária a presença de experts do Direito na vida dos seres e nas organizações. Essa necessidade é cada vez mais imprescindível numa sociedade multicultural, complexa, em que

¹¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 7.

a celeridade nas relações sociais: culturais, econômicas e políticas exigem a regulação pelo Direito.

No contexto restrito das normas internacionais de contabilidade, essas possibilitaram uma relação efetiva do Direito com outras áreas do conhecimento e das relações sociais e, também, permitiram que as outras áreas se relacionem com o Direito. Ernesto Grün pela visão sistêmico-cibernética do Direito, Niklas Luhmann pela teoria da sociedade e do Direito como sistema autopoietico e Gunther Teubner também adepto da perspectiva autopoietica do Direito, abrem vários caminhos para o entendimento de que o Direito pode fazer parte da construção do conhecimento pela interdisciplinaridade.

Nessas variações defronta-se com os conceitos e institutos do Direito Processual Civil, destacando-se o que representa para os operadores do Direito o processo judicial e a decisão judicial no que diz com os efeitos “econômicos” gerados pelo processo e pela decisão judicial. A Hermenêutica Filosófica também vem somar na condição de possibilidade da compreensão do Direito. A conclusão inevitável é que a discussão passa por globalização, Direito e mercado; teoria dos sistemas e pluralismo normativo; contingência e risco; economicidade do processo judicial e teoria da decisão. É o advogado, em especial, pela imposição das normas internacionais de contabilidade pelo provisionamento de demandas contingentes, a racionar e por vezes agir como decisor, naquele momento exercendo verdadeiro papel de juiz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Lei em Tempos de Globalização. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-anteriores/26013-a-lei-em-tempos-de-globalizacao-entrevista-com-gunther-teubner> Acesso em: 19 out, 2013, às 15h35m

ABBOUD, G; CARNIO, H.G. e OLIVEIRA, R.T. (2013). *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ADIN. Processo nº 2064066-04.2013.8.26.0000. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

AGUILÓ Regla, J. (2008). *Sobre derecho y argumentación*. Palma de Mallorca: Lleonard Muntaner.

ALBUQUERQUE, F.H. *Contabilidade e Auditoria na Actualidade: uma orquestra dissonante*. Disponível em: www.2.masterdirect.com.br/448index.asp?opcao=1 Acesso em: 25 ago., 2009, às 10h:20m.

ALEXY, R. (1978). *Theorie der juristischen argumentation*. Frankfurt: Surkamp.

_____. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEPC.

_____. (2001a). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

_____. (2001b). *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda H. S.Silva. São Paulo: Landy.

_____. (2002). *Derecho y razón práctica*. México: Fontanamara.

_____. (2005). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Fontanamara.

_____. (2007). *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. (2008) *El concepto y la naturaleza del derecho*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

ALMEIDA, G.A. (2003). *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva.

ANDRADE, A. e ROSSETI, J.P. (2006). *Governança corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 2 ed. São Paulo: Atlas.

ANDRADE FILHO, E. O. (2010). *O Direito Contábil e a disciplina jurídica das demonstrações financeiras*. São Paulo.

ANDREZO, A.F. “A necessidade de maior transparência das informações e orientação dos investidores para o desenvolvimento do mercado de valores imobiliários. *I Concurso de Monografia CVM.*, 1999. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br> Acesso em: 12 abr., 2010, às 08h:15m.

ÁNGEL RUSSO, E. (1995). *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ANTUNES, J.; ANTUNES, G.M.B. e PENTEADO, I.M. (2009). *A convergência contábil brasileira e a adoção das normas internacionais de Contabilidade: o IFRS-1*, 2009. Disponível em: www.ead.fea.usp.br Acesso em 5 ago., 2009, às 11h:00m.

ARGÜELLO, K.S. C. (1994). “Niklas Luhmann e o direito: elementos para uma crítica à teoria sistêmica.” In: *Revista de Direito Alternativo*. v. 3. São Paulo: Acadêmica.

ARNAUD, A.J. (1999). *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar.

ARNAUD, A.J. e FARIÑAS Dulce, M.J. (2000). *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar.

ASSAF Neto, A. (2005). *Finanças corporativas e valor*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

ASSIS, A. (1998). *Cumulações de ações*. 3 ed. São Paulo: Rev.dos Tribunais.

ATIENZA, M. e RUIZ MANERO, J. (1996). *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*. Alicante: Club Universitario.

ATIENZA, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.

_____. (2000a) *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy.

_____. (2000b) *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy.

_____. (2005). “Argumentación y legislación.” In: DÍEZ RIPOLLÉS; PRIETO DEL PINO, A.M e SOTO NAVARRO, S. *La política legislativa penal em Occidente: uma perspectiva comparada*. Valencia. Tirant lo Blanch; Instituto Andaluz interuniversitário de Criminologia.

_____ e Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 4. ed. Barcelona: Ariel.

_____ e Lozada Prado, A. (2009) *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Cevallos.

_____. (2010a). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

_____. (2010b). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho.

ÁVILA, H. (2005). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação*. São Paulo: Malheiros.

BALERA, W e RAEFFRAY, A.P. *Os advogados e as provisões contábeis*. Disponível em: www.cabr.com.br/adv.html Acesso em: 20 jan., 2010, às 09h:00m.

BAUMAN, Z. (2001). *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar.

BENKO, G. (1996). *Economia, espaço e globalização: na aurora do século XXI*. São Paulo: Hucitec.

BLANC, M.F. (1998). *O fundamento em Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget.

BORGERTH, V.M.C. (2007). *SOX – Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

BORGES, A.; RODRIGUES, A. e RODRIGUES, R. (2005). *Elementos de contabilidade geral*. 22 ed. Lisboa: Áreas.

BOVESPA. *Novo Mercado BOVESPA Brasil*. Disponível em: <http://www.bmf.bovespa.com.br> Acesso em: 30 jun., 2011, às 16h:45m

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 26 mar., 2012, às 16h:10m.

CAMARGO, M.M.L. (2003). *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

CANOTILHO, J.J.G. (2002). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina.

CARBONELL, M. (Ed.). (2007) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.

CARDOZO, B. (1921). *A Natureza do Processo Judicial*. New Haven.

CARRILO DE LA ROSA, Y. (2008). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Cartagena: Ediciones Doctrina y Ley Ltda..

CARVALHOSA, M. e EIRIRIK, N. (2002). *A Nova Lei das S.A.* São Paulo: Saraiva.

CASSESE, S. (2009). *Il Diritto globale. Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato*. Torino: Einaudi.

CASTELLS, M. (2002). *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, v. 1.

CHAUÍ, M. (1995). *Convite à filosofia*. São Paulo: Atlas.

CHESNAIS, F. “Apresentação.” In: FARIAS, F.B. *A globalização e o estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez. Coleção questões da nossa época. v. 83, 2001.

CMVM Estudos. Disponível em: <http://www.cmvm.pthtm>. Acesso em 19, ago., 2009, às 16h:00m

Código de Processo Civil Brasileiro, artigo 258. Versão Eletrônica disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso 11 nov., 2011, às 13h:23m..

COELHO, I.M. (2007). *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva.

COHEN, S. Social-Control Talk. In: Garland, D. & Young P. (eds.). (1983) *The power to punish*. Londres: Heinemann.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Deliberação CVM nº 594*, de 2009. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br> Acesso em: 11 nov., 2011, às 12h:15m.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). (2002). *Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa*. Disponível em: www.cvm.gov.br. Acesso em 30 jun., 2011, às 17h:25m.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Princípios COSRA para a supervisão de auditores independentes*. Disponível em: www.cvm.gov.br. Acesso em: 15 fev., 2010, às 11h:00m.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. (CVM) (2002). *Recomendações sobre governança corporativa*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br>. Acesso em: 30 jun., 2011, às 11h05m.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. (CVM). *Deliberação CVM nº 489*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/-legislação-e-regulamentação>. Acesso em 20 abr., 2010, às 08h45m.

COOPER, P.W. (2010) *Semelhanças e Diferenças. Normas contábeis internacionais, norte-americanas e as práticas contábeis adotadas no Brasil*. Disponível em: <http://www.pwc.com.br/pt>. Acesso em: 20 set., 2010, às 16h:20m.

CORSI, G., et al. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.

COSIF. Coord. De Américo Garcia Parada Filho. Disponível em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=curso17b> Acesso em: 7 fev., 2010, às 10h:00m

COSTA, A.R., Camargos, M. A. (2006). Análise Empírica do Impacto da Adesão aos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da BOVESPA sobre o Retorno dos Acionistas. *Revista de Gestão USP*, São Paulo, v. 13, n. 1.

COUTURE, E. J. (1997) *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, p. 126-127.

COVALESKI *et al.*, *apud* MOLINARI, S.K.R.; Guerreiro, R. *Teoria da Contingência e Contabilidade Gerencial: um estudo de caso sobre o processo de mudança na controladoria do Banco do Brasil*. Universidade de São Paulo. Disponível em: www.congressousp.fipecafi.org/artigos Acesso em: 20 jun., 2009, às 14h:20m.

CREPALDI, G.S.; CREPALDI, S.A. (2009). *Análise crítica dos objetivos e metodologia da Contabilidade*. Disponível em: <http://www.peritocontabilista.com.br> Acesso em: 10 ago., 2009, às 18h:10m.

CRISTÓVAM, J.S.Silva. (2003). A Resolução das Colisões entre Princípios Constitucionais. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>. Acesso em: 20 jan., 2009, às 19h:30m

DAMÁZIO, L.Z.H. (2007). *Avaliação dos Controles Sarbox da Gerência de Operações de TI de uma Empresa Provedora de Serviços de Telecomunicações*. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica). Brasília: Universidade de Brasília.

DE GEORGI, R. (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

DELMAS-MARTY, M. (2004). *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 46. Denti, V. (1982). *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, p. 129.

DEWEY, J. (1959). *Como pensamos*. Trad. H.C. Campos. São Paulo: Companhia Editora, p. 190.

DEWEY, J. (1959). *Democracia e educação*. Trad. G. Rangel e A. Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, p. 373.

DINAMARCO, C.R. (2000). *A instrumentalidade do processo*. 8. São Paulo: Malheiros, p. 313-314.

DINIZ, M.H. (1992). *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

DOMINGUES, J.M. (2008). *A sociologia de Talcott Parsons*. 2. ed. São Paulo: Annablume, p.11. Reproduz-se, a partir daqui, com relação à teoria de Parsons, a síntese apresentada por

Lira, C.R.S. (2013). *Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para a sociedade de risco*. Curitiba: Juruá.

DORNELES, J.L.R.; BARICHELLO, S.E, (2004). A reponsabilidade civil do contabilista após o novo Código Civil Brasileiro. *Revista Eletrônica de Contabilidade Universidade Federal de Santa Maria*, v. 1, set/nov/2004, p. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vIn01/a03vIn01.pdf> .Acesso em: 12 fev., 2010, às 09h:00m

DURAND, G. Multidisciplinaridade e heurística. In: Barbosa, J.G. (Coord.) (1998). *Multirreferencialidade na ciência e na educação*. São Paulo: UFSCAR.

DWORKIN, R. (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes.

DWORKIN, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

DWORKIN, R. (2007). *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons.

ENDERLE, G. et al. (1997) *Dicionário de ética econômica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos.

ESSER, J. (1961) *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch.

EVANGELISTA, V. (s.d.) *Da proteção jurídico penal do mercado de valores mobiliários*. Coimbra: Almedina .

FABRÍCIO, A.F. (2001). *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. VIII, tomo III: arts. 890 a 945. Rio de Janeiro: Forense.

FARIAS, J.E.(2002) *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros.

FARIAS, F.B. (2001). *A globalização e o estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez, Coleção questões da nossa época, v. 83.

FERNANDEZ, A. (2002). *Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico: a “realização do direito” sob a perspectiva das dinâmicas evolucionárias*. Porto Alegre: Fabris.

FERREIRA, P. A; SILVA, S.S.; SILVA, A.Thiago B. (2010). *Governança Corporativa e o Novo Mercado: uma estratégia de capitalização para o setor sucroalcooleiro*. 2010. Disponível em: www.ead.fea.usp.br/Semead.pdf. Acesso em: 10 jun., 2011, às 16h:30m.

FERREIRA, R.E. (2009). *Considerações jurídicas sobre a governança corporativa*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12644/consideracoes-juridicas-sobre-a-governanca-corporativa/4>. Acesso em: 21 dez., 2013, às 08h:30m.

FERREIRA, R.F. (2007). *Contabilidade para Não Contabilistas*. 2 ed. Coimbra: Almedina.

FONTES DE DIREITO COMUNITÁRIO. Disponível em: http://octalberto.no.sapo.pt/fontes_de_direito_comunitario.htm Acesso em: 28 abr., 2011, às 08h:15m.

LEBRE DE FREITAS, J., REDINHA, J. e PINTO, R. (1999), *Código de Processos Processo Civil Português Anotado* – Coimbra: Coimbra Editora, Volume 1º.

FREITAS, L.F.C. (2007). *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

FREITAS, N.(2009). *Relação Jurídica e Relação Contábil*. Disponível em: <http://www.apa.org/journals/amp/kurdek.html> Acesso em: 7 jun., 1999, às 16h00m.

FRIEDE, R. (2004). *Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

FUNDAÇÃO IFRS. IAS 37 *Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes* – IFRS. Disponível em: www.ifrs.org/IFRS/IFRS-technical-summaries/Documents/.../IAS37.pdf Acesso em: 20 jun., 2009, às 11h:10m.

GADAMER, H.G. (1999). *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. (1999). Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes;

GADAMER, H.G. (2002). *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes.

GADAMER, H.G. Da palavra ao conceito. In: Almeida, C.L.S.; Flickinger, H.G.; Rohden, L. (2000) *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS.

GARCÍA AMADO, J.A. (1997). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. n. 5. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 188.

GOLDSCHMIDT, J. (1936) *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor S.A.

GOLDSCHMIDT, J. (1936). *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor S.A.

GONÇALVES, A. P. (1992). *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide.

GOYARD-FABRE, S. (2002). *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes.

GRUN, E.(1995). *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

GUERRA FILHO, W.S. (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

GUERRA FILHO, W.S. (2001). *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva.

GUTIERREZ, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark.

HART, H. (1994). *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian.

HEIDEGGER, M. (1998). *Ontología: hermenéutica de la facticidad*. Versión J.Aspiunza. Madrid: Alianza.

HEIDEGGER, M. (2000) *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes.

HEIDEGGER, M. (2003). *O conceito de tempo*. Prólogo. Trad. Irene B.Duarte. Lisboa: Fim de Século.

HÖFFE, O. Estados nacionais e direitos humanos na era da globalização. In: Merle, J.C.; Moreira, L.(Org.). (2003). *Direito e legitimidade*. Belo Horizonte: Landy.

HOMMERDING, A .N. (2009). *Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da magistratura*. Santa Rosa: Coli.

HOMMERDING, A. N. (2008). *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

HOMMERDING, A.N. (2009). *Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da magistratura*. Santa Rosa: Coli.

HOMMERDING, A.N. (2012). *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá.

HOMMERDING, A.N. O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual. In: Saldanha, J.M.L.; Espíndola, A.A.S. (Org.). (2010). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia*. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos .

IAS 37 (2011). Disponível em: www.ifrs.org/IFRSs/IFRS-technical-summaries/Documents/.../IAS37.pdf. Acesso em: 9 abr., 2012, às 21h:10m.

IBGC. Instituto Brasileiro de Gestão Corporativa. *Governança corporativa*. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=17>. Acesso em: 20 dez., 2013, às 14h:20m.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. (2006) *Uma década de governança corporativa. História*. São Paulo: Saraiva.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. (2009). *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. São Paulo: IBGC.

IFRS. Normas Internacionais de Relato Financeiro. IFRSs. *Normas Internacionais de Relato Financeiro*. Londres: IASCF, 2005. Versão traduzida para a língua portuguesa. Lisboa, p. V.

IFRS-IASB em Portugal. Disponível em: [www.portugal-artigos-de-la/decreto-lei35-2005-obrigaN.I.C.\(IFRA-IASB\)EMPT.pdf](http://www.portugal-artigos-de-la/decreto-lei35-2005-obrigaN.I.C.(IFRA-IASB)EMPT.pdf) Acesso em: 10 out., 2010, às 21h:40m.

IHERING, R.V. (2008). *A luta pelo direito*. 5. ed. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais.

INSTITUTO PORTUGUÊS DE AUDITORES INTERNOS (IPAI). *A Lei de Sarbanes Oxley de 2002*. Disponível em: <http://www.ipai.pt/files/>. Acesso em 12 dez., 2002, às 18h:35m.

IUDÍCIBUS, S. (2004). *Teoria da Contabilidade*. 7 ed. São Paulo: Atlas.

IUDÍCIBUS, S. de. (2003). *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 6 ed. São Paulo: Atlas.

IUDÍCIBUS, S.; Martins, E.; Gelbcke, E. R. (2006). *Manual de Contabilidade das sociedades por ações*. 6 ed. São Paulo: Atlas.

JORI, M. Introduzione. In: Jori, M. (ed.) (1994) *Ermeneutica e filosofia analítica. Due concezioni del diritto a confronto*. Turín: Giappichelli.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA, de 13.10.2003 – L 261/320 – PT. Disponível em: http://www.cnc.min-financas.pt/sitecnc_IAS2.htm. Acesso em: 17 jul., 2010, às 15h:15m

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, de 11.9.2002–PT– L243/1. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do> Acesso em: 20 abr., 2009, às 10h:00m.

KAUFMANN, A. (2004). *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

KELSEN, H (1992). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Versión castellana de: Ernesto Garzón Valdés. 2. ed. México: Fontamara.

KELSEN, H. (2006). *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes.

KELSEN, H. (2006). *Teoria Pura do Direito*. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes.

KERSTEN, I.M. (2011). O direito em uma perspectiva na condição pós-moderna. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=10705. Acesso em: 2 abr., 2014, às 15h:35m.

KRAMES, A. Z. (1999). Harmonização legislativa no Mercosul. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1625>. Acesso em 20 abr., 2011, às 16h:20m.

KROHN, W.; Küppers, G. (1990). *Selbstreferenz und Planung*. Selbstorganisation, Volume 1. Berlim. Do Anuário Duncker e Humblot.

KUHN, T. S. (1975). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva.

LAPORTA SANMIGUEL, F. (2007). *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta.

LEAL, A.C. (2008). *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC.

LEAL, A.C. (2008). *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos.

LEAL, R.P. (2002). *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy.

LEI 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03leis/1604consol.html. Acesso em: 26 jan., 2012, às 19h:45m

LEI nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 29.03.2011, às 18h11m.

LEI nº 9.099, de 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 23.03.2011, às 11h13m.

LEI SARBANES-OXLEY, publicada em 30.07.2002. BORGERTH, V.M.C. (2007). *SOX – Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

LIFANTE VIDAL, I. (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LODI, J.B. (2000). *Governança corporativa. O governo da empresa e o conselho de administração*. 4 ed. Rio de Janeiro: Campus.

LOPES de Sá, A. (2005). *Tendência e controle da Contabilidade*. Disponível em: www.fiscosoft.com.br. Acesso em: 5 jul., 2009, às 11h:10m.

LOPES de Sá, A. (2006). *Considerações sobre os Fundos para Riscos e Reservas*. 2006. Disponível em: <http://www.classecontabil.com.br>. Acesso em: 1 abr., 2009, às 18h40m.

LOPES DE SÁ, A. (2007). *Princípios Fundamentais de Contabilidade*. 4 ed. São Paulo: Atlas.

LOPES DE SÁ, A. (2009). Contingências e Evidência Contábil. *Revista Contábil e Empresarial Fiscolégis*. Disponível em: www.netlegis.com.br. Acesso em: 20 jun, 2009, às 22h30m. p. 4.

LOPES DE SÁ, A. (2009). Contingências e Evidência Contábil. *Revista Contábil e Empresarial Fiscolégis*. Disponível em: www.netlegis.com.br. Acesso em: 20 jun., 2009, às 22h30m.

LOPES DE SÁ, A.(2006). *Princípios fundamentais de Contabilidade*. 4 ed. São Paulo: Atlas.

LOPES, E.C.; MADEIRA, G.J. (2009). *O Passivo Contingente e Sua Abordagem*. UFMG. Acesso jun, 20,09 em: www.sinescontabil.com.br/.

LOSANO, M.G. (2007). *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes.

LUCAS, D.C.César. HERMENÊUTICA filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”. In: Lucas, D.C.; Sparenberger, R. (org.). (2006). *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí.

LUHMANN, N. (1980). *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB.

LUHMANN, N. (1983) *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

LUHMANN, N. (1997) *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Studio.

LUHMANN, N. (2010) *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes.

LUHMANN, N.; De Georgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.

MARTINS, M.F.O. (2009). *Um passeio na contabilidade, da pré-história ao novo milênio*. Disponível em: www.nead.unama.br/248.pdf. Acesso em: 20 set., 2009, às 20h45m.

MATHIS, A. (2013) *A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhman*. Disponível em: http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf. Acesso em: 21 dez., 2013, às 09h:00m.

MEIRELLES, H.L. (1993). *Direito Administrativo Brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, C.A.B. (2005). *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros.

MENDES, K (2010). Dívida afeta fusão da BRTel. *Correio Braziliense*. Caderno Economia. Edição de 16 de janeiro de 2010, p. 18. Versão digital disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2010/01/16/internas_economia,166868/index.shtml. Acesso em: 16 jan., 2010, às 13h:00m.

MENDES, R.O.B. Introdução. In: Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep.

MESSA, A.F. (2010). *Direito Tributário e Financeiro*. São Paulo: Ridee.

MOLINARI, S.K.R. & Guerreiro, R.(2009). *Teoria da Contingência E Contabilidade Gerencial: um estudo de caso sobre o processo de mudança na controladoria do Banco do Brasil*. Disponível em: www.congressosp.fipecafi.org. Acesso em: 20 jun., 2009, às 14h:25m.

MONTE ALEGRE, J.S. (2008). *Súmulas vinculantes: serão elas frutos da árvore envenenada?* Disponível em: www.jus2.com.br. Acesso em: 30 jan., 2010, às 10h30m.

MORAIS, J.L.B (2007). A filosofia “política” no direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica.

MORENO, A.R. (2000). *Wittgenstein: os labirintos da linguagem*. São Paulo: Moderna, p. 22.

MOTTA, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado

MOTTA, F.J.B. (2012). *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado.

MÜLLER, F. (1995). *Direito, linguagem, violência*. Porto Alegre: Fabris.

NASCIMENTO, A.R.; RIBEIRO, D.C.; Junqueira, E. R. *Estado da arte da abordagem comportamental da Contabilidade Gerencial: Análise Das Pesquisas Internacionais*. Disponível em: www.congressoeac.locaweb.com.br. Acesso em: 15 ago., 2009, às 21h35m.

NAVAS, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto A. Ediciones, n. 173-174, julio-octubre.

NAVAS, A. (1997). La lógica de la evolución. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*. Barcelona: Proyecto A. Ediciones

NERY JÚNIOR, N.(1995). *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NEVES, M (2006) *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes.

NICOLA, D.R.M. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: Rocha, L.S. (Org.). (1997). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM.

NUNES, P.C. (2006). *Corporate Governnance*. Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, G.C. Política jurídica e identidade metodológica. Diálogo entre o Prof. Gilberto Callado de Oliveira e o Prof. Manuel Atienza. In: Cruz, P.M.; Roesler, C.R. (2007). *Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

OLIVEIRA, R.T. (2008) *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*.

OROC. Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. (2004). Trad. *Normas Internacionais de Relato Financeiro*. Lisboa: IASCF, IAS 37, Item 36, p. 1164.

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A. (1992) *Hermenêutica jurídica: en torno a la hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, p. 55-56.

PALOMBELLA, G. (2005). *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

PARSONS, T. (1999). *El sistema social*. Espanha: Alianza.

PECZENIK, A.; Hage, J. (1999). Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?. *Doxa*, n. 22. Alicante: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PEDROSO, E.A.; SILVA, T.N. (2000). O desenvolvimento sustentável, a abordagem sistêmica e as organizações. *Revista Eletrônica de Administração*, v.6, n.6, dez. Disponível em: <http://read.adm.ufrgs.br/read18/artigo/artigo3.htm>. Acesso em: 4 dez., 2001, às 18h:00m

PEREIRA, C.M.S. (1961). *Instituições de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Rev. For. Enciclopédia Jurídica de Leib Soibelman. São Paulo, Edição Eletrônica, 2005, Versão 3.0.

PEREIRA, M.S. (2008). *A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas e seus Impactos na Escrituração Contábil e nas Demonstrações Financeiras*. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/48g/a-reforma-da-lei-das-sociedades-anonimas-e-seus-impactos-na-scrituracao-contabil>. Acesso em: 30 jun., 2011, às 22h15m.

PEREIRA, S.D. V.(2008). A importância da gestão do risco do passivo trabalhista nas finanças das organizações. *Revista Novas Ideias*, Recife, v.1, n.1, p. 93-112, jan/ jun.

PÉREZ LUÑO, A.E. (2011). *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011

Portal COSIF de Contabilidade. Disponível em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=curso17b>. Acesso em: 7 fev., 2010, às 19h15m.

PORTANOVA, R. (1997). *Princípios do processo civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

PORTO, S.G. (1996). *Coisa julgada civil: análise e atualização*. Rio de Janeiro: Aide.

PORTUGAL, BL. (2005). *Governança corporativa e o direito societário brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

Portugal. Diário da República I - Série B - nº 41, 28.02.2005. <http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/docs1/avisos/textos/3-95a-c.pdf>. Acesso em 31.12.2011, às 14h32m.

RAMIRES, M. (2009). *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Redação do Dec.-Lei 262/83, de 16 de junho. de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1sdip/1983/06/13600/21312133.pdf>. Acesso em 24.11.2011, as 17h32m.

REQUIÃO, R. (1997). *Curso de Direito Comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva.

Resolução CVM 594, 15.09.2010. Pronunciamento de Normas e Procedimentos de Contabilidade (NPC), emitidos pelo IBRACON. O de nº 25, que tem como base a IAS 37 do *International Financial Reporting Standards* (IFRS), foi aprovado pela Deliberação CVM 594, de 15 de setembro de 2009, que revogou a Deliberação CVM nº 489, de 03.10.2005, que obriga às companhias abertas a adoção de provisões para passivos contingentes.

Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.823. Disponível em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=r3823>. Acesso em: 14 jul., 2010, às 16h40m.

Revista Capital Aberto de 01.02.2011; Guia de IFRS; Coord. Eric Aversari Martins; Cap.5: Um Olhar Diferente sobre as Demonstrações Contábeis, título Limitações; p. 38.

RIBEIRO, P.T.R. (2002). *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad.

Ricoeur, P.(1990). *Interpretação e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves.

Robles, G. Prologo. In: Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas.

Rocha, L.S. (1998) *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos.

Rocha, L.S. (1999) Três matrizes da teoria jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos.

Rocha, L.S. (2001). *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, p. 28-29. Consultar: Hart, H.L.

Rocha, L.S.; Schwartz, G.; Clam, J. (2005). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Rocha, L.S.; Schwarz, G.; King, M. (2009). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Rodrigues, S.N. (2001). *A proteção dos investidores em valores mobiliários*. Lisboa: Almedina

Rodycz, W.C. (2003). Redundância e variedade na teoria da argumentação de Niklas Luhmann. Observando o sistema jurídico brasileiro. A questão da limitação dos juros. *Revista Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano XXX, n. 91.

Rosa, A.M. (2005). *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus,.

Rouland, N. (2008). *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes.

Rplim, L.S.G. (2002). Uma visão do princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n.56, abr.2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/textoasp?id=2858> Acesso em: 20 jul., 2004, às 20h:20m.

Rüdiger, D.S. Apresentação. In: Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep.

Saavedra, G.A. (2006). *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Santiago Nino, C. (1995). *Introducción al análisis del derecho*. 6. ed. Barcelona: Ariel.

Santos, A. C. dos; Gonçalves, M.E.; Marques, M. M. L. (2004). *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Almedina.

Santos, L.E. (2006). *Conceito de Provisão*. Disponível em: www.pontodosconcursos.com.br/admin/imagem/imagens/upload. Acesso em: 15 abr., 2009, às 11h40m.

Santos, S.L. (2010). *Direito Contábil Resumido*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Sarbanes-Oxley. Disponível em; www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs610-PP.ppt. Acesso em: 7 fev., 2012, às 08h00m.

SARAIVA. “Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988”. In: Vade Mecum Saraiva. 11.ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011 (p.9-83).

SBDA. Disponível em: <http://sbda.org.br/revista/Anterior/1653.htm#nine>. Acesso em: 3 jun., 2009, às 22h30m.

Schleiermacher, F.D.E. (2000) *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. e apresentação de Celso Reni Braidá. 2. ed. Petrópolis: Vozes.

Schönke, A.(1950). *Derecho procesal civil*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch.

Schuartz, L.F. (2005). *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar.

Schwartz, G. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: Rocha, L.S.; King, M.; Schwartz, G. (2009). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Séroussi, R., (2001). *Introdução ao Direito Inglês e Norte-americano*. São Paulo: Landy.

Silva, A.L.C. (2005). *Governança corporativa e decisões financeiras no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad.

Silva, D.P. (1993). *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. III, IV.

Silva, D.P. (1993). *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. I, II.

Silva, M.M.Diálogo entre Prof. Moacyr Motta da Silva e Prof. Manuel Atienza. In: Cruz, P. M; Roesler, C.R. (2007) *Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Silva, O.A.B. (1998). *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1.

Silva, O.A.B.; Gomes, F.L. (1997). *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Silva, R.C.; Silva, O. (2002). *Supranacionalidade e Integração: o caso Mercosul*. Disponível em: www.jus2.uol.com.br. Acesso em: 20 ago., 2009, às 18h00m.

Singer, P. Apresentação. In: Gutierrez, G.L. (1999). *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade: uma política de recursos humanos a partir da teoria de Habermas*. Rio de Janeiro: Qualitymark.

Siqueira, A.C.P. (2008). *A Contabilidade: objeto, objetivos e funções*. Disponível em: www.milenio.com.br. Acesso em 20 ago., às 18h:10m.

Soares, R.M. (2010). *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva.

Soriano, R. (2011). *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel.

Souza, R.A. (2010). A filosofia de John Dewey e a epistemologia pragmatista. *Revista Redescrições – Revista on line do GT de Pragmatismo e Filosofia Norte-americana*, ano 2, n.1.

Stein, E. (1983) *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento.

Stein, E. (1996). *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs.

Stein, E. (2000). *Diferença e metafísica: ensaio sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs.

Stein, E. (2002). *Pensar é pensar a diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí.

Stein, E. (2003). *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Unijuí.

Stein, E. Interpretacionismo: a tradição hermenêutica diante de duas novas propostas. In: Reis, R.R.; Rocha, R.P. (2000). *Filosofia hermenêutica*. Santa Maria: UFSM.

Steinmetz, W.A. (2001). *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Streck, L.L. (2000). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Streck, L.L. (2002). *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Streck, L.L. (2008). *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

Streck, L.L. (2013). *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico*. Disponível em: www.leniostreck.com.br. Acesso em: 23 jul., 2013, às 10h05m.

Streck, L.L.(2007). Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Seqüência*, n. 54, p. 29-46, jul. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13733>. Acesso em: 19 out., 2013, às 17h20m.

Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho: Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas; RECURSO.

Tassinari, C. (2013). *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado;

Terra, R.R. (1999). Notas sobre sistema e modernidade – Kant e Habermas. *Filosofia política: nova série*. 4. Porto Alegre: L&PM, p. 58.

Tesheiner, J.M.R. (1993). *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Tesheiner, J.M.R. (2014). *Os elementos da ação*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17287-17288-1-PB.htm> Acesso em: 19 jan., 2014, às 15h:45m.

Teubner, G. (1989) *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Teubner, G. (1989). *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Teubner, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep.

Thomas Alva Edison. (1988). Disponível em: http://super.abril.com.br/superarquivo/1988/conteudo_111446.shtml. Acesso em: 15 ago., 2009, às 13h40m.

Tofler, A. (1985). *A empresa flexível*. Rio de Janeiro: Record, [s.d.].

Transparência das informações, principalmente as que envolvem os riscos.

US GAAP. *US GAAP*. Disponível em: http://www.bovespa.com.br/pdf/RegN_Mercado2. Acesso em: 27 set., 2009, às 18h:20m.

Van Creveld, M.(2004). *Ascensão e declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes.

Vianna, A.C.R.B. (2009) *Prática de avaliação das contingências passivas para advogados*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12842/pratica-de-avaliacao-das-contingencias-passivas-para-advogados#ixzz2rh0v1Kic>. Acesso em: 15 jan., 2014, às 09h00m.

Vigo, R.L.; Delgado Barrio, J. (1998). *Sobre los principios jurídicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Villas Boas Filho, O. (2006). *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad.

Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas.

Zanluca, J.C. (2010) *O perfil do contabilista no século XXI*. Disponível em: <http://www.portalde>. Acesso em: 15 fev., 2010, às 20h35m.