

AMAGIS JURÍDICA

Juiz Gilson Soares Lemes
Juiz Ramom Tácio de Oliveira
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano VIII – Número 14 – Volume I – jan./jun. de 2016



Belo Horizonte
2016

AMAGIS JURÍDICA

Missão da revista Amagis Jurídica:
Contribuir para o aperfeiçoamento do Direito, por meio da divulgação de trabalhos jurídicos de reconhecida qualidade.

***Diretoria da Amagis
Triênio 2016-2018***

Presidente:

Desembargador Maurício Torres Soares

Vice-presidente Administrativa:

Juíza Cristiana Martins Gualberto
Ribeiro

Vice-presidente Financeiro:

Desembargador Alberto Diniz Junior

Vice-presidente de Saúde:

Juíza Luzia Divina de Paula Peixôto

Vice-presidente do Interior:

Juiz Antônio Carlos Parreira

**Vice-presidente Sociocultural-
Esportivo:**

Juiz Ricardo Torres Oliveira

**Vice-presidente dos Aposentados e
Pensionistas:**

Juiz José Martinho Nunes Coelho

Diretor-secretário:

Juiz Christyano Lucas Generoso

Subdiretora-secretária:

Juíza Rosimere das Graças do Couto

**Conselho Editorial da
Revista Amagis Jurídica**

Prof. Me. Gilson Soares Lemes (MG)
– Presidente do Conselho editorial e
Diretor da Revista

Prof. Dr. Ramom Tácio de Oliveira
(MG) – Diretor da Revista

Prof. Dr. Antonio Rulli Júnior (SP)

Prof. Dr. Dimas Macedo (CE)

Prof. Dr. Fernando José Armando
Ribeiro (MG)

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio
Junior (MG)

Prof. Me. Antônio José Pêcego (MG)

Prof. Thiago Colnago Cabral (MG)

Coordenador de Comunicação: Bruno
Gontijo (MTB – MG 11008)

Tiragem: 2.300 exemplares

Periodicidade: O volume anual compõe-se de dois números, com periodicidade semestral
Política de responsabilidade: O corpo editorial da Amagis Jurídica não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos. Os textos são de responsabilidade de seus autores.

A Revista Amagis Jurídica é uma publicação da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis)

Rua Albita, 194, Cruzeiro,
Belo Horizonte, MG

CEP: 30310-160 – Tel.: (31) 3079-3499

www.amagis.com.br

ISSN 2175-3849

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

ANGELO PETTERSEN FERREIRA

Advogado. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. E-mail: pettersenferreira@gmail.com.

BERNARDO PEREA PÉREZ

Director de la Escuela de Medicina Legal. Profesor Titular del Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria. Facultad de Medicina Universidad Complutense de Madrid.

BRUNA MARAN

Autora: Acadêmica do curso de pós-graduação em Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MG.

FÁBIO MURILO NAZAR

Coordenador e Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Procurador do Estado de Minas Gerais.

FERNANDA CAPURUCHO HORTA BOUCHARDET

Doctora en Ciencias de la Salud por la Facultad de Medicina – Univ. Coimbra – Portugal. Máster en Medicina Legal y Ciencias Forenses – Univ. Coimbra – Portugal. Coordinadora del Posgrado en Odontología Legal – PUC Minas – Brasil.

FERNANDO ARMANDO RIBEIRO

Juiz togado do TJMMG; Visiting Scholar da University of California – Berkeley; Doutor em Direito pela UFMG; Professor Adjunto da PUC-Minas.

JEANNE GAAKEER

Formada em Literatura Inglesa, Direito e Filosofia Holandesa (com honra). O foco de sua pesquisa é nos movimentos interdisciplinares na teoria legal (especificamente Law and Literature and Law and the Humanities) e sua relevância para a prática jurídica. Ela é professora agraciada de teoria jurídica na Erasmus School of law, em Roterdã. Com Greta Olson (Universidade de Giessen, Alemanha), ela co-fundou a Rede Européia para Lei e Literatura (www.eurnll.org), Ela é a recipient 2013 do prêmio J.B. White (dado pela Association for the Study of Law, Culture and Humanities). Ela atua como juíza sênior na sessão de direito criminal da Appellate Court of The Hague.

JOÃO GABRIEL FASSBENDER BARRETO PRATES

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Mestrando em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Advogado.

MARIA DO SOCORRO GONÇALVES NAZAR

Bacharel em Direito e Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC).

RAPHAEL SILVA RODRIGUES

Advogado. Professor Universitário em Cursos de Graduação (Faculdade Novos Horizontes) e de Pós-Graduação (IEC/PUC-Minas; Centro Universitário Newton Paiva; FACED em Divinópolis; CAD/FUMEC; FUPAC em Mariana; IED/FEAD). Possui trabalhos científicos publicados, por meio impresso, referentes a diversos temas de Direito Público. CV Lattes – <http://lattes.cnpq.br/1040456891474560>. E-mail: raphaelsilva.bh@gmail.com.

ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte-MG e da Escola Judicial “Desembargador Edésio Fernandes” – TJMG.

THIAGO COLNAGO CABRAL

Juiz da Vara de Execuções Penais em Governador Valadares. Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP. Docente dos cursos de formação de magistrados da ENFAM. Membro das comissões constituídas pela AMB e pela AMAGIS, respectivamente, para apresentação de propostas aos projetos de Código Penal e de Lei de Execução Penal, em trâmite no Senado. Ganhador do Prêmio Inovare em 2013.

VICTOR SOUSA SPOSITO

Advogado. Gestor Governamental da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... IX

1 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO Nº 584 DA SÚMULA DO STF

THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE STATEMENT NO. 584 OF THE PRECEDENT OF THE SUPREME FEDERAL COURT (STF)

Angelo Pettersen Ferreira

Raphael Silva Rodrigues..... 1

2 MONETARIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS “SOB O FOCO DA RESPONSABILIDADE CIVIL”

MONETIZATION OF AFFECTIVE ABANDONMENT IN PATERNAL-FILIAL RELATIONSHIP “UNDER THE FOCUS OF CIVIL LIABILITY”

Bruna Maran..... 41

3 EVOLUÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DO REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA NAS CONDENAÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EFEITOS DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.357 E 4.425 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ANTES DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. NATUREZA PROCESSUAL DA LEI 11.960/2009

LEGAL AND JURISPRUDENTIAL EVOLUTION OF THE INFLATION ADJUSTMENT REGIME IN CONVICTIONS AGAINST THE PUBLIC TREASURY. EFFECTS OF DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 4.357 AND 4.425 IN THE SUPREME FEDERAL COURT, BEFORE ISSUANCE THE OF THE REGISTERED WARRANTS. PROCEDURAL NATURE OF LAW NO. 11.960/2009

Fábio Murilo Nazar

Maria do Socorro Gonçalves Nazar

Victor Sousa Sposito..... 67

IX

4	SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ODONTOESTOMATOLOGÍA, DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL – LA APLICABILIDAD EN BRASIL	
	<i>Fernanda Capurucho Horta Bouchardet</i>	
	<i>Bernardo Perea Pérez</i>	103
5	A CRÍTICA DE CARL SCHMITT AO POSITIVISMO JURÍDICO	
	CRITICISM OF CARL SCHMITT TO THE LEGAL POSITIVISM	
	<i>Fernando Armando Ribeiro</i>	119
6	CONFIGURING JUSTICE	
	<i>Jeanne Gaakeer</i>	139
7	A CONFIGURAÇÃO DA JUSTIÇA	
	<i>Jeanne Gaakeer</i>	
	<i>Tradução: Marina Demas Álvares Cabral</i>	175
8	DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE COMO ALICERCES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O CASO DO GUERRILHEIRO AMAURY	
	RIGHT TO MEMORY AND TRUTH AS FOUNDATIONS OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: THE CASE OF GUERRILHEIRO AMAURY	
	<i>João Gabriel Fassbender Barreto Prates</i>	213
9	TEORIA DO <i>NUMERUS CLAUSUS</i> NA EXECUÇÃO PENAL. O SISTEMA PRISIONAL E A IMPRÓPRIA SOLUÇÃO DO PLS N.º 513	
	NUMERUS CLAUSUS THEORY CRIMINAL LAW AND IMPROPER SOLUTION OF PARLAMENT PROJECT'S N ^o 513	
	<i>Thiago Colnago Cabral</i>	233

ESPAÇO ABERTO

10 JUSTIÇA SOCIAL E DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Rogério Medeiros Garcia de Lima251

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos a 14ª edição – volume I – da revista Amagis Jurídica. A publicação vem se qualificando ao longo do tempo, trazendo artigos sobre temas atuais e relevantes e mantendo sempre o padrão de qualidade editorial que caracteriza todos os números já publicados até hoje.

Nesta edição, contamos com um artigo de Jeanne Gaakeer, juíza sênior criminal do Tribunal de Apelação de Haia e professora de teoria jurídica na Erasmus School of Law, em Roterdã, intitulado “A Configuração da Justiça”, que está disponível tanto na versão original, em inglês, quanto na versão traduzida para o português.

Apresentamos ainda com artigos sobre o trabalho de Carl Schmitt, sobre as condenações pecuniárias contra a Fazenda Pública, direito de família, execução penal e um trabalho sobre indenizações em processos envolvendo a odontologia, entre outros.

Esperamos que a revista colabore para o trabalho profissional de todos e desejamos uma excelente leitura.

*Desembargador Maurício Soares
Presidente da Amagis*

1

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO N 584 DA SÚMULA DO STF

THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE STATEMENT NO. 584 OF THE PRECEDENT OF THE SUPREME FEDERAL COURT (STF)

Angelo Pettersen Ferreira¹

Raphael Silva Rodrigues²

RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi investigar se a aplicação do Enunciado nº 584 da Súmula do Supremo Tribunal Federal viola ou não garantias constitucionais, especialmente os princípios da *irretroatividade e anterioridade tributária*, previstos, expressamente, no artigo 150, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica com foco nos principais debates doutrinários e com o propósito de entender o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal

¹ Advogado. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. E-mail: pettersenferreira@gmail.com.

² Advogado. Professor Universitário em Cursos de Graduação (Faculdade Novos Horizontes) e de Pós-Graduação (IEC/PUC-Minas; Centro Universitário Newton Paiva; FAGED em Divinópolis; CAD/FUMEC; FUPAC em Mariana; IED/FEAD). Possui trabalhos científicos publicados, por meio impresso, referentes a diversos temas de Direito Público. CV Lattes – <http://lattes.cnpq.br/1040456891474560>. E-mail: raphaelsilva.bh@gmail.com.

para, em seguida, confrontá-lo com o ordenamento jurídico vigente e, ao final, aferir se o enunciado em análise é ou não inconstitucional, questão essa de grande importância jurídica e relevante interesse social e econômico. Concluiu-se que a aplicação do Enunciado nº 584 viola, inequivocadamente, os princípios constitucionais da irretroatividade e anterioridade tributária, gerando insegurança jurídica e lesão ao Estado Democrático de Direito, visto que as premissas sobre as quais este assenta não estão sendo respeitadas. Afinal, anterioridade e irretroatividade, portanto, não surpresa, são “princípios-garantias” do cidadão-contribuinte, realizadores do valor segurança jurídica.

Palavras-chave: Enunciado 584 da Súmula do STF. Princípios Constitucionais. Imposto de Renda. Irretroatividade da Lei Tributária. (In)constitucionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this study was to investigate whether the application of Statement nº 584 of the Supreme Federal Court Precedent violates or not constitutional guarantees, especially the principle of *non-retroactivity and prior taxation*, expressly provided for in Article 150, item III, paragraphs *a*, *b* and *c* of the Federative Republic of Brazil 1988 Constitution. Therefore, one has conducted a literature research focused on key doctrinal debates and with the purpose of understanding the position adopted by the Supreme Federal Court in order to, then, confront it with the current legal system and, in the end, assess whether the statement at question is unconstitutional or not, an issue of great legal importance and relevant social and economic interest. One has come to the conclusion that the application of Statement nº 584 unequivocally violates the constitutional principles of non-retroactivity and prior taxation, generating legal uncertainty and injury to the Democratic State of Law, as the assumptions on which this is based are not being respected. After all, priority and non-retroactivity, therefore, with not surprisingly, are “principles-guarantees” of the taxpayer citizens of the legal certainty value.

Keywords: Statement 584 of STF Precedent. Constitutional Principles. Income Tax. Non-retroactivity of Tax Law. (Un)constitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Particularidades do Imposto sobre a Renda no Sistema Tributário Brasileiro; 2.1 Conceito e Classificação; 2.2 Regra-Matriz de Incidência; 2.3 Aspecto Temporal: Fato Geral Complexivo?; 3. Validade da Norma Tributária; 3.1 Vigência da Legislação Tributária; 3.2 Eficácia Jurídica; 4. Aplicabilidade das Normas Jurídicas Tributárias; 4.1 Fato Gerador Pendente? 5. Princípios Constitucionais no Sistema Tributário Brasileiro; 5.1 Princípio da Segurança Jurídica; 5.2 Princípio da Irretroatividade Tributária; 5.3 Princípio da Anterioridade Tributária; 6. O Enunciado nº 584 da Súmula do STF ante os Princípios Constitucionais da Irretroatividade e da Anterioridade Tributária; 7. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho foi a análise da constitucionalidade do Enunciado nº 584 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, sob a ótica dos princípios da *irretroatividade* e *anterioridade* tributária, previstos, expressamente, no artigo 150, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com base na pesquisa bibliográfica, buscou-se selecionar doutrinadores de escol (AMARAL, AMARO, ATALIBA, ÁVILA, CARRAZZA, CARVALHO, COELHO, DERZI, MACHADO, SILVA, entre outros) que promovem os principais debates doutrinários em contraponto ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Destarte, a questão de interesse foi apurar se o Enunciado nº 584 da Súmula do Excelso Tribunal estaria ou não eivada de inconstitucionalidade e, portanto, colocando em risco a segurança do Direito e do próprio Estado Democrático de Direito implantado no Brasil.

Recorrendo aos ensinamentos de Silva (2016, p. 123), tem-se que:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática [...] É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei [...] (SILVA, 2016, p. 123).

Em outras palavras, se não há cumprimento da lei, não há Estado de Direito e sim Estado de Coisas Inconstitucional. Daí a importância de se averiguar a constitucionalidade do Enunciado nº 584 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Partindo dessa afirmação teórica, sob a qual o objeto da presente pesquisa foi analisado e interpretado, pode-se afirmar que a obediência e o cumprimento efetivo dos direitos e garantias estabelecidos na Constituição são as premissas básicas sobre as quais se assenta o Estado Democrático de Direito (SILVA, 2016).

Dessa forma, é necessário que os valores supremos e os princípios que norteiam a Constituição sejam preservados acima de tudo, pois servem de direção para o teor das leis e hão de estar nos modos de interpretação e aplicação para fins de assegurar a prevalência do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, o banimento do Estado de Coisas Inconstitucional (SILVA, 2016).

Afinal, segundo Vasconcelos (1986, p. 11) “sem ordem não há como fazer justiça, e sem justiça não há como manter a ordem”.

Em matéria tributária, tema central de interesse, dispõe Carrazza (2005) que os princípios da irretroatividade e anterioridade tributária cumprem a função de reforços ao princípio da segurança jurídica ao limitarem o poder de tributar, seja no que tange a proibição de retroagir lei mais onerosa e/ou de aplicar lei nova no ano subsequente ao da sua publicação.

De acordo com o magistério de Misabel Abreu Machado Derzi, irretroatividade da lei tributária e anterioridade não são meros instrumentos de preservação da segurança jurídica, mas garantias constitucionais em favor do contribuinte (COELHO, 2013).

Nesse sentido, discorre Machado (2011), que as leis são feitas para o futuro. Isso porque a irretroatividade das normas jurídicas, como princípio, é o mínimo que se pode esperar em matéria de segurança jurídica, afinal, para que o contribuinte possa se organizar, é preciso conhecer com exatidão e antecedência razoável quais ônus tributários recairão sobre suas atividades econômicas.

Segundo as lições de Paulo Adyr Dias do Amaral, tem-se que:

No contexto do imposto sobre a renda, a previsibilidade ganha especial relevo, tendo em mira que tal tributo será (ou não) devido a depender de uma série de fatos ocorridos ao longo de um ano. Sem a estabilidade normativa, inovações nas ‘regras do jogo’ podem impactar no montante a ser transferido do contribuinte para a União [...] (AMARAL, 2012, p. 93).

Ocorre que, em dezembro de 1976, o Supremo Tribunal Federal aprovou o Enunciado nº 584, que preconiza a tese de que “ao imposto de renda, calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplicar-se-ia a lei vigente no exercício financeiro em que for apresentada a declaração”.

Naquela época, o entendimento era que o fato imponible do imposto de renda ocorria em 1º de janeiro do ano do exercício, de sorte que em conformidade com o artigo 105 do Código Tributário Nacional poderia uma lei nova, mais onerosa, instituída no final do ano-base, atingir, imediatamente, os cálculos dos rendimentos auferidos naquele mesmo período (COELHO, 2009).

Obviamente, “a insegurança jurídica daí decorrente sempre gerou críticas doutrinárias” (AMARAL, 2012, p. 93).

Por seu turno, Amaro (2008), um dos maiores críticos da referida súmula, afirma que, para fato gerador do imposto de renda, deve-se entender o resultado da disponibilidade econômica e jurídica havida ao longo de determinado período (ano-base), sendo, pois, que apenas a lei vigente, anterior ao início da formação do fato imponible, terá eficácia jurídica sobre o tributo.

De qualquer sorte, apesar de a maior parte da doutrina e até da jurisprudência proclamar, reiteradamente, a ocorrência de violação às garantias individuais do cidadão-contribuinte e ao próprio Estado Democrático de Direito (vez que a aplicação da Súmula nº 584, em tese, viola princípio integrante de seu conceito, qual seja, o da segurança jurídica), o Supremo Tribunal Federal, guardião de nossa Lei Maior, continua aplicando, sistematicamente, o aludido enunciado aos casos concretos, salvo em raríssimas exceções, o que, desafiando maior reflexão sobre a questão em apreço, justifica o desenvolvimento do presente trabalho.

2. PARTICULARIDADES DO IMPOSTO SOBRE A RENDA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

2.1 Conceito e Classificação

Afirma Ávila (2011, p. 14) que:

[...] o conceito constitucional de renda não será fornecido pelo exame isolado dos dispositivos que *expressa e imediatamente*

digam respeito à *matéria tributária*, em especial ao imposto de renda. Carvalho já o antevira ao afirmar que o direito tributário não pode ser focalizado segundo um critério *ratione materiae* [...] (ÁVILA, 2011, p. 14, grifo do autor).

Com efeito, além do exame do artigo 153, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o conceito constitucional de renda também deve ser formado por meio de uma exegese mais ampla e profunda, norteadas pelas normas e princípios constitucionais (ÁVILA, 2011).

Sobre o tema, discorre Paulo Adyr Dias do Amaral:

[...] Em verdade, consoante noticia Zuudi SAKAKIHARA, lastreando-se em pesquisa de Roberto Quiroga MOSQUERA, o constituinte mencionou o termo renda em mais de vinte oportunidades, sem, necessariamente, empregá-lo com o mesmo conteúdo, o que apontaria pela inexistência de um conceito constitucional, ausência, aliás, verificável em relação a outros tributos. Tal não significa, porém, que inexistam parâmetros quanto ao imposto em tela [...] (AMARAL, 2012, p. 93).

Na dicção do artigo 153, inciso III, da Constituição Federal de 1988, compete, privativamente, à União, instituir o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, informado pelos critérios da generalidade (atinge todas as pessoas, físicas e jurídicas, que auferirem renda, observados os limites da própria competência tributária), universalidade (submete a todas as espécies de renda, impedindo a seletividade) e progressividade (quanto mais significativa for a renda, maior a alíquota).

Trata-se, pois, de “tributo em relação ao qual o patrimônio é onerado, a partir de uma perspectiva dinâmica, exigindo-se, para tanto, mutação que se constitua num acréscimo de patrimônio”, em determinado intervalo de tempo (BARRETO, 2001, p. 67).

Diversos autores já discorreram sobre o conceito de renda. Contudo, a própria Constituição não apresenta uma definição expressa do que vem a ser “renda” ou “provento de qualquer natureza”, eis que tal tarefa foi delegada ao legislador complementar nos termos do artigo 146, inciso III, alínea a:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; [...].

Nesse cenário, o Código Tributário Nacional, sendo lei complementar em razão da matéria (não formalmente), se encarregou disso, em seu artigo 43, senão vejamos:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

O conceito de renda, válido para fins de incidência do imposto previsto no art. 153, III, da Constituição Federal e no art. 43, I, II, §§ 1º e 2º do Código Tributário Nacional, está delimitado pelo efetivo ganho ou acréscimo patrimonial, ou seja, o acréscimo obstaculizado ou inacessível não produz incidência da exação.

Nesse sentido, foi o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 89.791, de relatoria do Ministro Cunha Peixoto e, também, no julgamento da constitucionalidade da Lei nº 7.713/1988:

Na verdade, por mais variado que seja o conceito de renda, todos os economistas, financistas e juristas se unem em um ponto: renda é sempre um ganho ou acréscimo do patrimônio.

O Ministro Oswaldo Trigueiro, no RE 71.758, deu ao art. 43 do Código Tributário Nacional sua verdadeira exegese:

Quaisquer que sejam as nuances doutrinárias sobre o conceito renda, parece-me acima de toda dúvida razoável que, legalmente,

a renda pressupõe ganho, lucro, receita, crédito, acréscimo patrimonial, ou, como diz o preceito transcrito, aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica. Concordo em que a lei pode, casuisticamente, dizer o que é e o que não é renda tributável. Mas não deve ir além dos limites semânticos, que são intransponíveis. Entendo, por isso, que ela não pode considerar renda, para efeito de taxação, o que é, de maneira incontestável, ônus, dispêndio, encargo ou diminuição patrimonial, resultante do pagamento de um débito.

Para bem aplicar a Constituição, o Poder Judiciário tem que fazer uso de noções precisas e claras, não sendo de admitir-se como legítimo que imposto de Renda recaia sobre o que, evidentemente, não é renda, do mesmo modo que não se pode aceitar a incidência do imposto de importação sobre mercadoria que não entrou no país, nem o de exportação, sobre produtos que daqui não saíram.

Dir-se-á que a lei pode alterar a definição de qualquer imposto, como pode, para fazê-lo, recorrer ao expediente das ficções jurídicas. No caso, porém, esse argumento não tem préstimo porque estamos diante de um conceito da constituição explicitado pelo Código Tributário Nacional (RTJ 66/150)”. (trecho extraído do voto do Ministro Relator Cunha Peixoto proferido no julgamento do RE 89.791, j. 03/10/1978).

Como decorrência lógica do objeto de estudo, a seguir será analisada a regra-matriz de incidência tributária.

2.2 Regra-Matriz de Incidência

Nas lições do doutrinador Paulo de Barros Carvalho, “a regra-matriz de incidência tributária é, por excelência, uma norma de conduta, vertida imediatamente para disciplinar a relação do Estado com seus súditos, tendo em vista contribuições pecuniárias”. (CARVALHO, 2009, p. 378).

Nessa esteira, de acordo com a norma geral e abstrata contida no artigo 43 do Código Tributário Nacional, o antecedente da regra-matriz de incidência do imposto de renda é “a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, sobre a renda e proventos de qualquer natureza”.

Compreende renda o produto do capital, do trabalho ou da soma de ambos, assim como proventos os demais acréscimos, tudo, independentemente da denominação da receita ou do rendimento, da

localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

Ainda segundo Carvalho (2009), o conseqüente determina que aquele que adquiriu (de maneira disponível) renda ou proventos de qualquer natureza deverá recolher aos cofres da Fazenda Nacional, porcentagem equivalente à alíquota, preestabelecida, determinante do *quantum*, à razão *proporcional do acréscimo adquirido*.

O conceito de renda e proventos de qualquer natureza, segundo Machado (2008), deve ser entendido como aquele acréscimo ao patrimônio líquido pertencente a uma pessoa, física ou jurídica, derivado da reunião de bens e direitos de qualquer espécie, apurado em determinado interstício.

Quanto ao conceito de disponibilidade econômica e jurídica, eis o que pondera Zuudi Sakakihara (2007) citado por Amaral (2012, p. 14):

Para que haja disponibilidade econômica, basta que o patrimônio resulte economicamente acrescido por um direito, ou por um elemento material, identificável como renda ou como proventos de qualquer natureza. Não importa que o direito ainda não seja exigível [...] O que importa é que possam ser economicamente avaliados e, efetivamente, cresçam o patrimônio [...] A disponibilidade jurídica, por seu turno, pressupõe que o adquirente tenha titularidade jurídica da renda ou dos proventos que crescem o seu patrimônio. Isso quer dizer que a renda ou os proventos devem provir de fonte lícita, pois só assim poderão merecer a tutela jurídica, e conferir o justo título ao adquirente. A aquisição da disponibilidade jurídica tem como consequência a aquisição também da disponibilidade econômica, pois a renda ou os proventos, juridicamente adquiridos, crescem necessariamente o patrimônio (Zuudi Sakakihara, 2007 *apud* Amaral, 2012, p. 14).

Igualmente citado por Amaral (2012, p. 14-15), Machado (2010, p. 333-334), de sua vez, aduz:

Referindo-se o CTN à aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, quer dizer que a renda, ou os proventos podem ser os que foram pagos ou simplesmente creditados. A disponibilidade econômica decorre do recebimento do valor que se vem a acrescentar ao patrimônio do contribuinte. Já a disponibilidade jurídica decorre do simples crédito desse valor, do qual o contribuinte passa a juridicamente dispor, embora este não lhe esteja ainda em mãos.

Para uma adequada compreensão do sentido da expressão “disponibilidade jurídica”, todavia, deve ser esclarecido que o crédito capaz de configurar essa disponibilidade é somente aquele que esteja efetivamente à disposição do contribuinte, vale dizer, o crédito do qual este possa lançar mão sem qualquer obstáculo, de fato ou de direito” (MACHADO, 2010, p. 333-334 *apud* AMARAL, 2012, p. 14-15, grifo do autor).

De todo modo, para existir a obrigação de pagamento do imposto examinado, o decisivo é que tenha efetivamente ingressado renda ou provento (ex. prêmio lotérico, v. art. 676, Regulamento do Imposto de Renda), que é o fruto do trabalho, do capital ou da combinação de ambos, ao patrimônio do contribuinte sem qualquer óbice ou condicionante.

Em outras palavras, o contribuinte deve obter acesso a um acréscimo patrimonial, do contrário não haverá incidência do imposto sobre a renda.

2.3 Aspecto Temporal: Fato Gerador complexo?

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza incide em período determinado, habitualmente, durante o ano civil que, nesse caso, para fins contábeis-fiscais, é chamado de ano-base ou ano-calendário.

No entanto, existem, “ao lado dessa incidência genérica, incidências específicas, denominadas incidências na fonte. Podem ser mera antecipação da incidência genérica e podem ser, em certos casos, incidência autônoma”. (MACHADO, 2011, p. 322).

Não obstante, a bem da verdade, a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional não fixaram o lapso temporal para o imposto sobre a renda.

Com a provável finalidade de facilitar a interpretação da legislação tributária, a doutrina buscou enquadrar os tributos em categorias, a partir da classificação dos fatos geradores. De acordo com essas especificações, o fato gerador poderia ser: instantâneo, continuado e complexo (ROSA JÚNIOR, 2005).

Segundo Rosa Júnior (2005), seriam instantâneos os fatos geradores que, verificado o fato jurídico tributário e exaurido em determinado intervalo de tempo, promovem, em cada ocorrência, o nascimento de uma obrigação autônoma.

Já os continuados, segundo o mesmo autor, contemplam todos os fatos jurídicos que representassem um cenário duradouro, que ali fossem concebidos, por meio de períodos maiores ou menores (ROSA JÚNIOR, 2005).

Por derradeiro, os fatos geradores complexivos seriam aqueles que ocorressem durante unidades sucessivas de tempo, sendo que, pela soma dos atos ou fatos jurídicos, resultaria no fato conclusivo (ROSA JÚNIOR, 2005).

Para a maioria da doutrina, vale dizer que também para a jurisprudência, o fato gerador do imposto de renda é da espécie dos complexivos.

Assim, entende-se que em determinado período, normalmente durante um ano, ocorre a sequência de atos ou fatos jurídicos que resultam na aquisição efetiva do incremento patrimonial e formam o fato gerador do imposto. Contudo, muitos divergem quanto ao momento da ocorrência do fato gerador: se em 31 de dezembro do ano-base ou em 1º de janeiro do ano da declaração.

Para Fanucchi (1971, *apud* LEONETTI, 2003), Barreto (2009), Carvalho (2009) e Paulsen (2011), o fato gerador do imposto de renda considera-se ocorrido no último átimo do dia 31 dezembro do ano-base.

Noutro lado, diametralmente oposto, para Dória (1978, *apud* AMARO, 2008), Becker (1998) e Falcão (1997, *apud* CARVALHO, 2009), o evento jurídico somente nasce no primeiro momento do dia 1º de janeiro do exercício, posterior ao ano-base.

A definição do momento em que se reputa ocorrido o fato gerador do imposto de renda produz reflexo direto quanto ao regime jurídico a ser aplicado.

Se considerar o nascimento do fato gerador no último instante de dezembro do ano-base, a lei aplicável será aquela vigente desde o início do período em que se verifica a aquisição de acréscimo, ou seja, lei que precede ao ano-base.

Em outro extremo, se for considerado que o fato gerador somente ocorreu em 1º de janeiro do exercício, inevitavelmente, será aplicada a norma jurídica vigente nesse momento.

Insta salientar que, em consonância com essa última tese, poderia uma lei nova, recém-editada, ser aplicável ao conjunto de fatos formadores do imposto de renda, ainda que qualquer um dos eventos que irão compor a base de cálculo do imposto tenha ocorrido no ano anterior ao da declaração, pois o nascimento do fato gerador do tributo reputar-se-ia em janeiro.

Essa posição fundamenta o Enunciado nº 584 da Súmula do Supremo Tribunal Federal que estabelece, *in verbis*: “Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração”.

Defende-se neste trabalho que lei aplicável há de ser aquela vigente desde o início do período dos acontecimentos jurídicos estruturantes do imposto de renda, sob pena de violar a intangibilidade destes e desautorizar a ordem constitucional, criando um estado de desconfiança e surpresa para o contribuinte.

3. VALIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA

“A ponência de normas num dado sistema serve para introduzir novas regras de conduta para os cidadãos, como também modificar as que existem ou até para expulsar outras normas, cassando-lhes a juridicidade”. (CARVALHO, 2009, p. 82).

Para se revestir de validade, a norma deve se originar de órgão competente para elaborá-la ou guardar nexos com todos os dispositivos do sistema jurídico relativos ao processo legislativo. Portanto, a lei pode não ter validade técnico-formal ou ter sua validade retirada quando for declarada contrária ao texto constitucional.

Assim, havendo incompatibilidade do Enunciado nº 584 da Súmula do Supremo Tribunal Federal com o ordenamento constitucional vigente, deverá ser a mesma imediatamente revogada em virtude de sua inconstitucionalidade, sob pena de atentar-se contra o Estado Democrático de Direito, que não admite violação das garantias que são próprias da sua essência, por exemplo, cumprimento do princípio da legalidade (SILVA, 2016).

3.1 Vigência da Legislação Tributária

De acordo com os ensinamentos de Machado (2011), elaborada a norma jurídica, de acordo com enunciados jurídicos e legislativos e,

portanto, válida, é necessário que ela adquira vigência, a fim de introduzir, no plano abstrato, as consequências jurídicas previstas em seu mandamento, alcançando a função de disciplinar.

Nos termos das diretrizes do artigo 101 do Código Tributário Nacional, a vigência da legislação tributária, no espaço e no tempo, será orientada, genericamente, pelas disposições legais aplicáveis a normas jurídicas em geral.

A respeito da vigência da legislação tributária no espaço, importante levar em consideração o princípio da federação e da autonomia dos entes políticos.

Assim sendo, cabe ao Estado-Membro, Município e Distrito Federal dispor da legislação tributária nos limites de seu território, incidindo fora dele apenas quando houver a participação em convênio com outro ente da Federação (SILVA, 2016).

Igualmente, a legislação tributária produzida pela União repercutirá em todo território nacional, bem como poderá imprimir vigência fora do país, se assinados convênios, tratados ou convenções internacionais que assim estabeleçam (SILVA, 2016).

Sobre a vigência no tempo, mister mencionar a previsão trazida pela Lei Complementar nº 95/1998, onde a vigência das leis deverá ser indicada de forma expressa, observado “prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão” (art. 8º).

Ao se cumular as referidas disposições legais, tem-se que, no caso de não haver disposição legal específica (artigos 103 e 104, ambos do CTN) ou havendo omissão quanto ao prazo para início de vigência, a lei tributária deve utilizar o tempo de vacância previsto no artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, qual seja, 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação.

Na trilha do artigo 104 do Código Tributário Nacional, os dispositivos de lei referentes a instituição ou majoração de impostos sobre a renda, ou que definam novas hipóteses de incidência e, ainda, que extingam ou reduzam isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, entram em vigor no primeiro dia do exercício subsequente ao da sua publicação.

3.2 Eficácia Jurídica

Para Rosa Júnior (2005), enquanto a vigência é o momento em que a norma jurídica é inserida no ordenamento jurídico do Direito positivo, capaz de produzir efeito no plano abstrato, “a eficácia é a aptidão que a norma pode ter para produzir no mundo fático” (MACHADO, 2008, p. 85).

Conforme Lenza (2005), eficácia se dá quando a norma, válida e vigente, está apta a propagar, efetivamente, seus efeitos jurídicos à coletividade que se destina, no sentido de amoldar-se ao contexto social (eficácia social), além de possuir o caráter formal de aplicação (eficácia jurídica).

A respeito, Carvalho (2009) ensina que as normas podem possuir eficácia jurídica e social, ou apenas jurídica. A simples edição da lei nova pode irradiar efeitos jurídicos, quando revoga lei contrária à ela. Noutro diapasão, ocorre a eficácia social, quando a norma vigente tem potencialidade para ser aplicada aos casos concretos.

Em regra, no Direito comum, uma lei passa a ter eficácia após sua entrada em vigor. Contudo, em matéria tributária, além de ser necessário a lei estar vigente, também deve ser observado o princípio da anterioridade, do contrário a norma não será hábil para atingir seu fim, produzindo efeitos no mundo fático (Carvalho, 2009).

Em síntese, o princípio da anterioridade se divide em anual e nagesimal. Pela primeira, entende-se que uma lei só produzirá seus efeitos (será aplicada) no primeiro dia do exercício seguinte ao da sua publicação. A segunda prescreve que deve haver o transcurso do prazo de 90 (noventa) dias para a lei nova irradiar seus efeitos.

De toda sorte, tratando-se de incidência de imposto sobre renda, ambas as regras da anterioridade devem ser observadas, aplicando-se, ao caso concreto, sempre aquela que confere maior prazo, salvo as exceções contidas no artigo 150 da Constituição Federal.

Logo, na hipótese de uma lei nova ser publicada no último mês de um exercício, deverá ser aguardado o prazo de 90 (noventa) dias para que ela tenha eficácia; de outro modo, se a norma for publicada em meados de determinado ano, somente irá produzir efeitos no próximo exercício.

4. APLICABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS

Denomina-se aplicação o ato de se fazer exteriorizar, forçosamente, a norma jurídica vigente adequada ao caso concreto, submetendo-o aos seus efeitos (MACHADO, 2008).

Interessante fazer a correta distinção entre aplicação e eficácia apresentada pelo doutrinador Hugo de Brito Machado. Para ele, na eficácia existe a observância, espontânea da norma jurídica por aqueles que compõem o plano fático, ao passo que a aplicação “é a conduta de alguém que impõe a outro a consequência prevista na norma” (MACHADO, 2008, p. 86); a diferença consiste, basicamente, na pessoa que observa a norma.

O Código Tributário Nacional cuida da aplicação da legislação tributária, nos artigos 105 e 106, e estabelece que a norma aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e pendentes, segundo os termos do artigo 116, ressalvado, ainda, o efeito retroativo, desde que haja a expressa menção da *mens legis* (vontade da lei).

As situações pretéritas em que a lei poderá ser aplicada estão previstas no artigo 104 do Código Tributário Nacional, quais sejam, lei expressamente interpretativa e lei mais benéfica.

A lei interpretativa não inova, apenas tem o condão de elucidar parte obscura da norma pretérita. A incidência retrospectiva não atinge os consectários punitivos por eventual infração ao dispositivo interpretado.

Nos casos da retroatividade da lei mais benigna, há uma peculiaridade: ela somente irá abranger os fatos pretéritos não julgados definitivamente, seja no âmbito administrativo ou judicial.

Desse modo, em regra, a lei ao entrar em vigor, respeitados os princípios da irretroatividade e da anterioridade, deverá ser aplicada imediatamente sobre eventos jurídicos que irão concretizar a hipótese prevista na norma jurídica tributária, portanto, futuros (CARVALHO, 2009).

Segundo o artigo 105 do Código Tributário Nacional, a lei também deve ser aplicada, no mesmo instante, ao chamado fato gerador pendente, assim entendido como aquele cuja ocorrência iniciou, mas não esteja completa (essa figura jurídica será tratada com mais profundidade no próximo subitem).

A respeito do assunto, nos limitamos a sintetizar o entendimento dominante na doutrina, no sentido de que o artigo 105 do Código Tributário Nacional não tem mais validade, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 diante sua incompatibilidade com a regra do artigo 150, III, da Carta Maior (princípio da anterioridade).

Além disso, o artigo 144 do Código Tributário Nacional prestigia o princípio da irretroatividade, ao dispor que a lei vigente na época da ocorrência do fato gerador é que deverá ser aplicada, ainda que sobrevenha outro enunciado legal que modifique ou revogue aquela norma. Somente os aspectos procedimentais e formais da lei “atual” é que deverão retroagir para alcançar o fato gerador já ocorrido.

Na conjectura em que a lei preveja taxativamente a data da ocorrência do fato gerador, para os impostos lançados em períodos determinados, os chamados fatos geradores periódicos, aplicar-se-á a lei vigente nessa data fixada, em detrimento ao disposto no *caput* do artigo 144 do Código Tributário Nacional.

4.1 Fato Gerador Pendente?

A doutrina diverge quanto à existência ou não dessa ficção jurídica, sendo que para alguns, “*fato gerador pendente* é aquele que não aconteceu e, se por alguma razão deixou de completar-se, não pode ser chamado de *fato gerador*. *Pendente* é o adjetivo que qualifica a expressão fato gerador. Se essa inexistir, não terá o que qualificar” (CARVALHO, 2009, p. 93, grifo do autor).

De acordo com Carvalho (2009), tem-se que:

Os fatos geradores pendentes são eventos jurídicos tributários que não ocorreram no universo da conduta humana regrada pelo direito. Poderão realizar-se ou não, ninguém o sabe. Acontecendo, efetivamente, terão adquirido significação jurídica. Antes, porém, nenhuma importância podem espertar, assemelhando-se, em tudo e por tudo, com os fatos geradores futuros. Se a contingência de haver-se iniciado uma situação de fato ou uma situação jurídica pudesse emprestar-lhe alguma dimensão significativa, na ordem do direito, seria o caso de cogitarmos de outra designação, terminologia diversa, evitando-se, por via de consequência, a ilogicidade que a presente construção engendra (CARVALHO, 2009, p. 93).

Já Sacha Calmon Navarro Coelho (2011), por seu turno, defende a inexistência do chamado fato gerador pendente, esclarecendo que pendente é o negócio jurídico no qual resulta o fato gerador, e não ele próprio, sendo que este pode vir a ocorrer ou não. Assim, “ou se tem fato gerador consumado ou não se tem” (COELHO, 2001, p. 564-565).

Prossegue Coelho (2011), afirmando que o fato gerador pode estar adstrito a uma condição suspensiva ou resolutória, de sorte que, sobrevindo a condição, deverá ser aplicada a regra vigente no momento anterior ao da ocorrência da condição.

Para Machado (2008), o significado do fato gerador pendente resta evidente do contexto do artigo 105 do Código Tributário Nacional, inobstante a falta de expressão mais apropriada, advertindo que a lei aplicável ao cálculo do IR deve ser aquela que antecede o período ano-base.

Amaro (2008), por sua vez, afirma que, se surgir lei nova durante o mesmo período em que o fato, chamado pendente, tiver iniciado, ela irremediavelmente terá, segundo o art. 105 do Código Tributário Nacional, que retroagir para atingir tal fato. Segundo o referido autor, se durante o período em que ocorrem os fatos jurídicos que compõem o fato gerador do imposto de renda, advir lei nova (instituidora ou majoradora) essa só poderá incidir sobre os fatos que ocorrerem após sua eficácia, respeitados os princípios da anterioridade e da irretroatividade, consequentes do princípio da segurança jurídica.

No caso do fato gerador do imposto de renda, que é formado por reiterados atos jurídicos que se prolongam em determinado período, não restam dúvidas de devem ser considerados cada um desses atos, pois são imprescindíveis para sua perfeita consumação.

Torna-se tarefa árdua desprezar, no sentido de dar efeito jurídico, aquelas circunstâncias já praticadas que, embora não possam projetar o efeito material próprio do fato gerador, são relevantes para a composição final do mesmo.

Dessa forma, pode-se dizer que o fato gerador pendente (ou negócio jurídico sob condição) se refere a uma criação jurídica do legislador para representar os tributos que dependem do desenrolar de um conjunto de atos no tempo para se concretizarem, sendo que durante a série de fatos já iniciados, mas não completos, se fez viger nova lei.

Como o fato gerador só restou consumado porque houve a soma de todos os atos praticados em sequência durante período específico, sob o pálio do princípio da segurança jurídica, a norma jurídica tributária aplicável deve ser a vigente no momento anterior à ocorrência de qualquer um dos eventos, compreendendo, de modo eficaz, todos os componentes do fato gerador.

A situação jurídica elencada no inciso II do artigo 116 do Código Tributário Nacional, por sua vez, corresponde à hipótese de negócios jurídicos que dependem de condição suspensiva ou resolutiva para que o fato gerador se concretize. Logo, ocorrida essa condição, deverá se aplicada a norma vigente anteriormente ao seu implemento.

Em resumo, apesar da divergência doutrinária quanto à existência ou não do fato gerador pendente, a maioria dos juriconsultos entende que para os fatos geradores periódicos, complexivos ou continuados, há de ser aplicada a lei vigente que precede o período de formação do fato gerador, caso contrário, haverá inadmissível ofensa ao princípio da segurança jurídica e dos seus subprincípios da anterioridade e irretroatividade tributária.

A bem da verdade, a nomenclatura, se fato gerador pendente ou negócio jurídico condicionado, é desimportante para apreciar o efeito desastroso da regra inserta no artigo 105 do Código Tributário Nacional, pois o constituinte derivado, assim como o intérprete da lei, não pode dispor pela aplicação imediata da norma jurídica tributária nos termos estabelecidos, tampouco desautorizar o constituinte originário quando este estabeleceu um Estado Democrático de Direito com base na segurança jurídica, no qual o cidadão-contribuinte não é surpreendido com nova política tributária para fatos acabados.

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Desde a Constituição de 1946, já se apregoava que “não serão admitidos, como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a Federação e a República” (§6º do art. 217).

Assim, os princípios federativo e republicano podem ser considerados como pilares estruturais do Sistema Tributário Nacional.

Na Constituição Federal de 1988, o Sistema Tributário Nacional, previsto do artigo 145 ao artigo 162, se caracteriza pela relação de dependência com outras normas constitucionais, tais como os direitos e garantias fundamentais, notadamente os de propriedade e liberdade.

Com efeito, no sistema tributário, a definição dos tributos e as regras de competência tributária são fixadas, pormenorizadamente, no corpo do texto normativo, onde também são detalhados os preceitos de repartição das receitas tributárias entre os entes públicos de Direito, devendo tudo ser interpretado de acordo com a Carta Magna, imperando o princípio da rigidez constitucional.

Além disso, a *rigidez* se verifica no artigo 60, §4º, da Constituição Federal, que prescreve a imutabilidade, via emenda constitucional, dos direitos e garantias fundamentais.

A Emenda Constitucional nº 42/2003 acrescentou ao Sistema Tributário outras limitações, como a regra do interstício de 90 (noventa) dias para a cobrança de determinados tributos; definiu que somente a lei complementar pode estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária e instituir critérios especiais de tributação, dentre outros pontos mencionados no artigo 146 da Constituição Federal.

Os princípios constitucionais formam a base do sistema normativo ao desempenhar a função de premissa maior, indicando valores a serem perseguidos e fornecendo critérios sintáticos de inserção, interpretação e manutenção das regras, de sorte que eventual contrariedade deve ser removida.

Paulo de Barros Carvalho (1991, p. 143) nos ensina que “princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do Direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”.

Na Constituição Federal de 1988 os valores idealizados pela Federação estão previstos, especialmente, no preâmbulo e nos artigos 1º a 4º da Carta Magna, onde se faz presente a instituição do Estado Democrático de Direito.

Nos elucidativos dizeres do eminente Ministro Gilmar Mendes:

Considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não

somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais valeria a solene proclamação daqueles direitos (MENDES, 2009, p. 171).

O princípio do Estado Democrático de Direito, por abarcar conceitos e valores supremos, resulta em um macroprincípio, do qual subprincípios constitucionais irão derivar como, por exemplo, o da legalidade, da segurança jurídica e da isonomia, dentre outros.

Assim, os princípios constitucionais devem ser sempre observados como a vontade do constituinte originário, indispensável à preservação da essência do Estado Democrático.

Em razão do caráter normativo de grande amplitude, os princípios constitucionais demandam estrita observância. Sua insubordinação causa consequências mais danosas ao sistema jurídico que o descumprimento de uma regra.

Para que qualquer ato jurídico ingresse ou permaneça, validamente, no ordenamento, há de se mostrar em consonância com os preceitos constitucionais.

É correto afirmar que, quando se aplica uma norma, inevitavelmente, estar-se-á aplicando todo o ordenamento jurídico vigente.

Portanto, o poder de tributar é balizado por uma série de regras e princípios que regem a atividade legislativa – e de aplicação das normas tributárias – na medida em que a observância desses valores implica na condição de legalidade das normas, franqueando legitimidade, segurança e estabilidade ao sistema normativo (SILVA, 2016).

5.1 Princípio da Segurança Jurídica

Embora não esteja expressamente previsto no texto constitucional, o princípio da segurança jurídica encontra fundamento no artigo 1º da Constituição Federal, visto que integra o conceito de Estado Democrático de Direito.

A segurança jurídica é fator principal do Estado de Direito, que cumpre a função legitimadora da legalidade.

Genericamente, o princípio da segurança jurídica incide na limitação da atuação dos três Poderes.

No campo do Direito tributário, ele tem a atribuição precípua de limitar a atividade do legislador, delimitando competências para tributar, impedindo a retroação das leis tributárias mais gravosas ou onerosas, bem como determinando que a lei nova apenas terá eficácia no exercício seguinte ao da sua publicação, assegurando a confiança e a não surpresa do cidadão-contribuinte.

Segundo Misabel de Abreu Machado Derzi:

[...] devemos especificar o que é digno de proteção em seu conteúdo, a saber: (a) a continuidade da ordem jurídica, associada ao princípio da segurança jurídica, fruto do Estado de Direito, em que a confiabilidade do ordenamento jurídico e a previsibilidade das intervenções do Estado conduzem à proteção da confiança; (b) a proteção da continuidade do ponto de vista material, em que o raciocínio se vincula, em sequência, especificamente, à proteção da propriedade e do patrimônio pelo Direito Constitucional, e a outros direitos e garantias fundamentais; (c) a fidelidade ao sistema e à justiça, que conduzem ao princípio da proteção da confiança, desenvolvida por seu efeito garantidor da igualdade, em especial, no direito ao planejamento; (d) a proteção da disposição concreta ou do investimento, como circunstância decisiva do Direito privado, como o componente subjetivo do “valor da segurança jurídica” segundo CANARIS, converte-se no Direito público em mera prática da confiança como indicador, que deve evidenciar uma relação causal entre a confiança e a decisão tomada pelo cidadão, em face dos atos e omissões do Estado (DERZI, 2009, p. 565, grifo do autor).

Além do princípio da segurança jurídica ser considerado um direito em si mesmo, ele pode ser compreendido como uma garantia ou instrumento de manutenção de outro bem jurídico como a vida, a liberdade ou a propriedade.

Nesse diapasão, tem-se que, na esfera tributária, o princípio da segurança jurídica pode ser assim sintetizado: “a) respeito ao conteúdo e aos efeitos da norma aplicável; e b) respeito por parte dos órgãos estatais que atuaram em conformidade com a norma estipulada e zelarão pelo seu cumprimento”. (SÁINZ DE BUJANDA *apud* NERY JUNIOR *et al.*, 2012, p. 768).

5.2 Princípio da Irretroatividade Tributária

A irretroatividade é da essência do Direito. Descreve comportamento a ser acolhido, precipuamente, pelo Poder Legislativo, proibindo-o de instituir ou majorar tributos relativamente a fatos que já se consolidaram, por inteiro, no passado.

Em matéria tributária, de acordo com a expressiva doutrina de Aliomar Baleeiro (2010), a irretroatividade da lei tributária não se destina a garantir apenas a segurança do Direito, mas, acima de tudo, para também limitar o poder tributante e proteger o contribuinte.

Trata-se da realização plena do primado da segurança jurídica, pois estabelece limites objetivos com a finalidade de assegurar a estabilidade do Direito, a previsibilidade e a confiabilidade das relações entre Público e Privado, sobretudo quando do exercício das competências normativas (BALEIRO, 2010).

No Brasil, desde a proclamação da República, sempre prevaleceu a adoção constitucional do princípio da irretroatividade das leis, exceto na Constituição de 1937, elaborada em uma época que se buscava dar maior arbítrio ao poder estatal nas relações jurídicas e econômicas.

Segundo Machado (2011), a previsão indiscriminada da retroação de leis faz com que o Estado de Direito naufrague, pois os cidadãos estarão sujeitos aos efeitos futuros e, conseqüentemente, imprevisíveis, de novas normas.

Em virtude disso, o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição dispõe, expressamente, que a lei “não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, colocando, assim, o princípio da irretroatividade da lei entre os direitos e garantias fundamentais.

Não bastasse, no capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional, novamente, o constituinte originário estabelece, expressa e inequivocamente, a proibição de retroatividade para tributar fatos consumados no passado (art. 150, III, “a”). Essa previsão deve ser “complementada pelos dispositivos constitucionais que garantem o Estado de Direito (art. 1º), a segurança (art. 5º), a proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI)” (ÁVILA, 2004, p. 142).

A propósito, vale salientar que o constituinte originário se expressou mal ao falar que “veda cobrar tributos de fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que houver o instituído” (art. 150, III, “b”, CF/88).

Ora, não pode ser fato gerador aquele que ocorreu antes mesmo de ser criado por lei. Por óbvio, houve a intenção de proibir que a lei nova, que instituiu o tributo, alcance fato consumado, antes não previsto como hipótese de incidência pela norma jurídica tributária.

Em regra, a norma jurídica tem seus efeitos projetados para o futuro (art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil c/c art. 104 e ss., CTN). Conquanto, há hipóteses, explícitas no ordenamento, em que a lei poderá se reportar ao passado, dando efeitos jurídicos interpretativos ou modificando os efeitos da lei vigente à época da ocorrência do fato, observado o princípio da isonomia (art. 106 do CTN).

Problemática maior traz a aplicação da irretroatividade aos fatos iniciados antes da lei nova, mas que se completam depois da sua edição, bem como aqueles fatos que se consumam somente após a edição da lei, mas que ocorreram diante a prática de alguma circunstância pretérita.

Para verificar qual lei será aplicada, inferindo respeito à regra da irretroatividade ou não, importante analisar a origem dos atos e/ou aspectos fáticos primordiais, que deram causa ao fato gerador passível de ser tributado e em qual momento que ocorreu.

Nessa esteira, o intérprete não pode, simplesmente, privilegiar um aspecto do ato jurídico em detrimento do outro, sem a devida fundamentação. Essa exigência decorre do princípio do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, proibição de arbitrariedade.

E, identificados os aspectos jurídicos formadores da hipótese de incidência do tributo, o intérprete deverá considerar vedada a modificação retroativa das conseqüências jurídicas.

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza retrata o cenário supratratado, onde o aspecto material da norma jurídica tributária se prolonga durante determinado período, podendo ocorrer nesse ínterim a vigência de nova lei.

Nesse caso, a lei a ser aplicada deve ser aquela que antecede o primeiro fato que constitui ou contribui, decisivamente, para o nascimento do fato gerador.

Ocorre que, ao elaborar o Enunciado nº 584, o Supremo Tribunal Federal distorceu o aspecto temporal do fato gerador do imposto de renda em prejuízo dos fatos jurídicos que compõem o aspecto material da hipótese, sem os quais nem mesmo o fato gerador existiria.

O referido Enunciado sinaliza que a lei pode ser editada até o final do ano-base, sem prejuízo dos princípios da irretroatividade e da anterioridade, vez que o resultado da soma dos fatos somente ocorreria no primeiro dia do ano da declaração.

De acordo com maior parte da doutrina (AMARAL, CARVALHO, COELHO, DERZI, MACHADO, PAULSEN, dentre outros), o entendimento consolidado no referido Enunciado nº 584 é um enorme equívoco, pois viola, diretamente, o disposto no princípio constitucional da irretroatividade da lei tributária e, ao mesmo tempo, surpreende o cidadão-contribuinte, afetando o valor segurança jurídica e o princípio da confiança, pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Como bem lembra Misabel Derzi, citada por Valter de Souza Lobato, “somente a manutenção da confiança, da segurança e das estabilidades nas relações sociais pode fazer com o Direito sobreviva, caso contrário ele se misturará com outros ambientes sociais e será imprestável para planificar comportamentos” (COELHO, 2013, p. 422).

Por essas razões, o importante princípio da irretroatividade da lei tributária jamais deve ser violado, visto que ao cidadão-contribuinte deve ser assegurado um mínimo de segurança, certeza e confiança no sistema jurídico ao tomar suas decisões.

5.3 Princípio da Anterioridade Tributária

Antes de tudo, é imperioso e necessário fazer distinção entre os princípios anualidade e anterioridade.

O princípio da anualidade condicionava a eficácia da lei tributária à aprovação de lei orçamentária anual que previsse a exação. Esse princípio, que não mais se aplica ao campo do Direito tributário, foi substituído pelo da anterioridade tributária.

Por seu turno, a regra da anterioridade tributária, prevista no artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição, designa os efeitos

jurídicos da nova lei tributária, que institui ou aumenta tributo, para o exercício seguinte em que haja sido publicada.

Nesse diapasão, Humberto Ávila (2004) destaca o caráter bidimensional da anterioridade.

Enquanto dimensão de regra, a anterioridade tributária descreve comportamento a ser seguido pelo legislador, proibindo de criar ou majorar no mesmo exercício no qual a lei que descreveu a hipótese foi publicada, tratando-se de limitação negativa.

De outro ângulo, na dimensão de princípio, a anterioridade tributária se refere a uma limitação positiva, visto que impõe a adoção, pelo Estado, das condutas necessárias para garantir os ideais da previsibilidade, controlabilidade, inteligibilidade e mensurabilidade.

Com efeito, o princípio da anterioridade define marco para que a lei que cria ou aumenta tributo possa irradiar seus efeitos no mundo fático, qual seja, início do exercício subsequente. Antes disso, apesar de estar vigente, a eficácia da nova lei fica suspensa.

Nessa seara, muito se discute sobre o imposto de renda, posto que se refere a tributo que ocorre em determinado exercício (ano-base) e é cobrado em outro (ano da declaração).

Segundo Machado (2008) e Ávila (2004), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o fato gerador do imposto de renda apenas se completaria em 31 de dezembro no ano-base.

A lei que até o final dessa data tenha sido publicada seria aplicável no cálculo do imposto, compreendendo o chamado fato gerador pendente previsto no artigo 105 do Código Tributário Nacional. Isso é, inclusive, o que dispõe a Súmula nº 584 da Suprema Corte.

Em sentido oposto, Amaro (1983), dentre tantos outros doutrinadores, entende que o imposto de renda de determinado ano deverá ser regido pela lei anterior ao respectivo ano-base. Nesse caso, o conjunto fático integra, inexoravelmente, o aspecto material do fato gerador do imposto de renda, consoante aos princípios da irretroatividade e anterioridade, mormente o princípio da segurança jurídica.

Insta salientar que, apesar do texto constitucional fazer expressa menção a tributos que não se sujeitam à anterioridade, “essa exceção nunca se aplica ao princípio da segurança jurídica, no que diz respeito

à irretroatividade das leis, princípio esse que não admite flexibilização” (AMARO, 2008, p. 127).

Diante do exposto, é possível dizer que o princípio da anterioridade tributária constitui garantia individual do contribuinte, razão pela qual sua violação implicará inarredável vício de inconstitucionalidade.

6. O ENUNCIADO Nº 584 DA SÚMULA DO STF ANTE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA

A Súmula nº 584 do Supremo Tribunal Federal elaborada em 15.12.1976 e, publicada, em 03.01.1977, anuncia que: “Ao Imposto de Renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deva ser apresentada a declaração”.

Em outras palavras, se no decorrer do ano-base advir lei instituidora ou majoradora da exação, poderá ela incidir, imediatamente, sobre os fatos ocorridos nesse mesmo exercício.

Na época em que foi elaborada a Súmula nº 584, tanto o Supremo Tribunal Federal, como parte da doutrina, entendia que o fato gerador do IR ocorria no 1º dia do exercício da declaração, e não através da soma de uma série de atos que aconteciam no decorrer do ano fiscal; posição que somada ao disposto nos artigos 104 e 105 do Código Tributário Nacional, corroborava o referido Enunciado.

No início, a jurisprudência concordou com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sem se ater aos fundamentos técnico-jurídico-materiais que possibilitariam a perpetuidade da Súmula nº 584; depois, passou a invocar o próprio enunciado como fundamento jurídico-formal.

Da mesma forma, até o início da década de 80, dominava na doutrina o entendimento pela consagração da Súmula nº 584 do Supremo Tribunal Federal.

Sustentavam que a lei aplicável para tributar a renda de determinado ano seria aquela que estivesse “em vigor não no período formativo, mas, sim, no momento em que se apura a disponibilidade dos rendimentos, pois este seria o fato jurídico relevante da tributação” (DÓRIA, 1978, *apud* AMARO, 2008, p. 127).

Nessa toada, a lei que estivesse em vigor até o final do ano-base não seria retroativa, pois precedia a ocorrência do fato gerador do IR, respeitando os princípios da anterioridade e da irretroatividade.

Irresignado com a chancela havida no meio tributário em relação ao Enunciado nº 584 do Supremo Tribunal Federal, Amaro (1999) desenvolveu tese que avilta os fundamentos da referida Súmula, senão vejamos:

[...] Só a apressada leitura da Constituição, que vedava a ‘cobrança’ de tributo no mesmo exercício de sua criação ou aumento, poderia aceitar que bastaria, para respeitar o princípio, que o momento da arrecadação ou pagamento do tributo criado ao aumentado fosse deslocado para o exercício seguinte, podendo ser atingidos os fatos ocorridos no próprio exercício de edição da lei.

Não tivemos dúvida em sustentar, no referido estudo, que o princípio da anterioridade exige lei prévia em relação ao exercício de ocorrência dos fatos que darão origem à obrigação tributária (AMARO, 2008, p. 130-131, grifo do autor).

Para Leonetti (2003) a discussão remete a dois pontos relevantes: um, a verificação do real conteúdo do princípio da anterioridade: se era, simplesmente, vedar a cobrança de tributo no mesmo exercício em que foi a lei publicada ou se era impedir o nascimento do crédito tributário; dois, o aspecto temporal do imposto sobre a renda.

Para o autor, referente ao primeiro aspecto, a interpretação do art. 150, III, “b” a Constituição Federal, deve ser no sentido de que o constituinte não somente intentou postergar a exigência tributária, mas objetivou impedir que a nova lei, instituidora ou majoradora de tributo, abrangesse fatos ocorridos quando do mesmo exercício em que foi publicada.

Entender diferente seria enfraquecer o comando legal, razão pela qual o contribuinte ficaria à mercê dos efeitos de normas futuras e imprevisíveis.

Sobre o segundo aspecto, o fato gerador do imposto de renda é da espécie dos fatos periódicos, cuja incidência ocorre sobre o conjunto dos rendimentos auferidos durante o ano-base, não sendo possível especificar uma data para a ocorrência do fato gerador do IR, mas um período, que seria o ano-base.

Para Fanucchi (1971 apud LEONETTI, 2003), o fato gerador do imposto sobre a renda é do tipo complexivo, ocorrendo em 31 de dezembro de cada ano, sendo esse o marco do final do período-base escolhido pela lei e, portanto, apenas a lei do exercício anterior poderia ser aplicada ao cálculo do imposto.

Machado (2011) diz ser a natureza do fato gerador do imposto de renda do tipo continuado, “em virtude de ser a renda, ou o lucro, um resultado de um conjunto de fatos que acontecem durante determinado período”. Continua, “razoável dizer-se também que se trata de fato gerador complexo” (MACHADO, 2011, p. 322).

Quanto ao aspecto temporal do Imposto de Renda, Machado (2011) define que, após início do período, nenhuma lei pode modificar os critérios de apuração do cálculo do imposto. Para tal jurista, a regra inserta no artigo 105 do Código Tributário Nacional não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, visto que contraria o artigo 150, III, da Constituição Federal.

Em estudo comparado, Ribeiro (2008 apud VIEGAS, 2011) concluiu que a Súmula nº 584 do Supremo Tribunal Federal adotou as conclusões da retroatividade imprópria, apregoada pela Corte Alemã. Tal instituto baseia-se na “preponderância do interesse coletivo na modificação da lei sobre a proteção individual para justificar a aplicação da lei nova ao fato gerador do imposto de renda pendente por ocasião da alteração legislativa”. (VIEGAS, 2011, p. 61).

Dória (1968 apud AMARO, 2008) admitia haver certa retrospectividade da lei, mas insistia que “condicionar os efeitos tributários de um fato integrante de um processo de constituição de um débito futuro à lei vigente no instante de sua ocorrência seria subverter toda a estrutura jurídica acolhida entre nós” (AMARO, 2008, p. 129).

Antes mesmo da Carta Maior de 1988, havia julgados que apontavam como aplicável a lei anterior ao início do período em que ocorre a renda. Nesse sentido é a decisão proferida, em 24.09.1985, pela 1ª Turma no Recurso Extraordinário nº 103.553-6/SC:

[...] a partir da lei 5.172/66, o fato gerador do imposto de renda passou a identificar-se com a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica do rendimento, no seu fluxo continuado até o encerramento do seu ciclo (art. 116, I), o que veio a afastar a

legislação anterior, orientada no sentido de que a renda auferida no ano-base seria apenas “padrão de estimativa” da renda ganha do exercício financeiro, ou simples valor de referência apresentando-se hoje tal aquisição no período-base como próprio fato gerador [...]

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, na maioria da sua composição, insiste em aplicar o Enunciado nº 584, sob o frágil argumento de que está consolidado o entendimento, merecendo este retoque (AI 180.776 AgR-ED/MG, 2ª Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 03.08.2004).

Por outro lado, há muito existe no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o fato gerador do imposto sobre a renda se completa e se caracteriza no final do período, em 31 de dezembro, mas, ainda assim, deve ser aplicada a Súmula nº 584, sustentando que a Corte nunca adotou a teoria do fato gerador complexivo para o imposto de renda, firmando posição no sentido de que não ofende os princípios da anterioridade e irretroatividade, “a exigência de imposto de renda sobre o lucro apurado no balanço levantado no encerramento do exercício anterior, com base em lei editada no mesmo período” (RE 197-790-6/MG, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 19.02.1997; RE 194.612-1/SC, 1ª Turma, rel. Min. Sydney Sanches, j. 24.03.1998).

Em contrapartida, hodiernamente, grande parte da doutrina entende pela inaplicabilidade da lei editada no curso de determinado exercício em que o fato tenha se consumado, antes ou quando o fato esteja em curso por ocasião da edição da lei ou, ainda, quando o período do fato inicia depois da lei, mas no mesmo exercício em que tenha sido publicada.

Assim, a sistemática de tributação não pode ser alterada no mesmo exercício em que ocorrido o fato, especialmente quando se faz de modo mais oneroso. “Penalizar o contribuinte hoje por lei posterior ao fato é uma arbitrariedade, além de uma inconstitucionalidade” (CARVALHO; MURGEL, 2000, p. 15).

Como bem assentado por Sacha Calmon, o entendimento consolidado pela Súmula nº 584 do Supremo Tribunal Federal “é tão ilegítimo quanto a alteração das regras de uma partida de futebol no final do jogo, para valerem durante toda a partida”.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento contrário ao Enunciado nº 584 do Supremo Tribunal Federal, consignando estar superada pelo atual cenário.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a lei aplicável ao imposto sobre renda será aquela vigente no ano anterior ao do ano-base, em conformidade com o texto constitucional de 1988 e respeito princípios anterioridade e irretroatividade tributária nele previstos, o que pode ser verificado nos julgados cujas ementas seguem abaixo transcritas:

TRIBUTÁRIO. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A legislação tributária aplica-se aos fatos geradores futuros e pendentes, e não aos pretéritos. O Decreto-lei 20.65/83 não pode ser aplicado retroativamente, regulando períodos de janeiro a dezembro de 1982 e janeiro a dezembro de 1983, não sendo para beneficiar o contribuinte. Recurso improvido (REsp 184.213/RS, 1ª Turma. Relator. Ministro Garcia Vieira, j. 10/11/1998).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CLICLO DE FORMAÇÃO DO FATO GERADOR. MOMENTO DA DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA DO RENDIMENTO. CTN, ART. 104, 106, 116. DECRETO-LEI 1.967/82. SÚMULA 584/STF. Tributário. Imposto de Renda. Ciclo de Formação do Fato Gerador. Momento da Disponibilidade Econômica ou Jurídica do Rendimento. CTN, arts. 104, 106, 116 – Decreto-lei 1.967/82. Súmula 584/STF. 1.O fato gerador do Imposto de Renda identifica-se com a disponibilidade econômica ou jurídica do rendimento (CTN, art. 116). Inaplicabilidade da Súmula 584/STF, construída à luz de legislação anterior ao CTN. 2.A tributação do Imposto de Renda decorre de concreta disponibilidade ou da aquisição de renda. 3.A lei vigente após o fato gerador, para a imposição do tributo, não pode incidir sobre o mesmo, sob pena de malferir os princípios da anterioridade e irretroatividade. 4.Precedentes jurisprudenciais. 5. Recurso não provido (REsp 179.966/RS, 1ª Turma. Relator Ministro Milton Luiz Pereira, j. 21/06/2001).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – IMPOSTO DE RENDA. 1. A lei que altera o imposto de renda deve estar em vigor em um ano, para poder incidir no ano seguinte. A incidência se faz pela eficácia da norma. 2. Publicada a Lei 9.430/96, em 1º de janeiro do ano seguinte já estava com eficácia completa e passível de aplicação, para reflexo no pagamento do

exercício de 1998. 3. Embargos de declaração acolhidos, mas sem efeitos modificativos (EDcl no Resp. 377.099/RS, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 02/03/2004).

A súmula 584 do STF está superada nos moldes colocados no seu verbete, entendendo-se que na atual redação da CF/88 aplica-se ao Imposto de Renda a lei vigente no ano antecedente, de modo a já estar ela com plena eficácia no início do ano-base. Assim sendo, a Lei 9.430/96 teve vigência em 1996 e, em 1º-01-1997, ou seja, no ano seguinte, plena eficácia, de modo a já incidir sobre os fatos geradores iniciados em janeiro de 1997” (Trecho extraído do voto proferido pela Ministra Eliana Calmon nos Edcl no REsp 377.099/RS, j. 02/03/2004).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA, AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356, DO STF. DECRETOS-LEIS 1.967/82 E 2.065/83. APLICAÇÃO RETROATIVA. INVIABILIDADE. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 1. A alegação de que o acórdão recorrido teria ido além do pedido e da própria sentença, proferindo julgamento extra petita – suposta ofensa ao art. 460 do CPC –, não foi questão discutida pelo Tribunal de origem, o que caracteriza a ausência do prequestionamento e impede o acesso da matéria à Instância extraordinária, nos termos das Súmulas 282 e 356, do STF. 2. Os Decretos-Leis 1.967/82 e 2.065/83 não podem regular o Imposto de Renda apurado em demonstrações financeiras cujos exercícios sociais se encerraram antes de sua vigência. Precedentes. 3. A exigência de tributo cujo fato gerador ocorreu em data anterior ao início da vigência da lei tributária que a instituiu ofende os princípios da anterioridade e da irretroatividade. 4. Como o aresto recorrido está em sintonia com o decidido nesta Corte, deve-se aplicar à espécie o contido na Súmula 83/STJ, verbis: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”. Com efeito, o referido verbete sumular aplica-se aos recursos especiais interpostos tanto pela alínea “a” quanto pela alínea “c” do permissivo constitucional. 5. Inaplicável o verbete sumular 584 do STF, erigido à luz da legislação anterior à atual Carta Magna, vigendo, desde então, os princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária. Precedentes do STJ: REsp 222.338/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 01.09.2005, DJ 03.10.2005; AgRg no Ag 420.635/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03.10.2002, DJ 28.10.2002; AgRg

no REsp 111.745/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 07.05.2002, DJ 16.09.2002; e REsp 41.208/SP, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 04.12.1997, DJ 16.02.1998. 6. O STJ não declarou a inconstitucionalidade ou a negativa de vigência dos citados decretos, com ou sem observância de cláusula de reserva de plenário, apenas lhes deu interpretação conjunta com o regramento constitucional e infraconstitucional que rege a matéria. 7. Suposta ofensa ao art. 97 da CF, em razão de negativa de vigência a leis sem observância da cláusula de reserva de plenário, só pode ser analisada pela Suprema Corte, tendo em vista que o art. 102 da Constituição da República lhe conferiu competência exclusiva para o exame de questões deste jaez. Documento: 14503174 – EMENTA / ACORDÃO – Site certificado – DJe: 25/03/2011 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça 8. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1.363.478/MS, 2ª Turma, Min. Rel. Castro Meira, j. 25/03/2011).

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, em total contrassenso, insiste em aplicar o Enunciado nº 584, o que se confirma por amostragem através dos seguintes julgados:

IMPOSTO DE RENDA. Embora recebidos no ano-base, os rendimentos estão sujeitos à tributação segundo a lei vigente no exercício financeiro a que ela se referir – jurisprudência consubstanciada na Súmula 584. RE não conhecido (RE 104.259/RJ, 2ª Turma. Relator Ministro Cordeiro Guerra, j. 20/09/1985).

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. LEI Nº 7.856, DE 25 DE OUTUBRO DE 1989, QUE, NO ART. 2º, ELEVOU A RESPECTIVA ALÍQUOTA DE 8 PARA 10%. LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DA NOVA ALÍQUOTA SOBRE O LUCRO APURADO NO BALANÇO DO CONTRIBUINTE ENCERRADO EM 31 DE DEZEMBRO DO MESMO ANO. Tratando-se de lei de conversão da Medida Provisória nº 86, de 25 de setembro de 1989, da data da edição desta é que flui o prazo de noventa dias previsto no art. 195, § 6º, da CF, o qual, no caso, teve por termo final o dia 24 de dezembro do mesmo ano, possibilitando o cálculo do tributo, pela nova alíquota, sobre o lucro da recorrente, apurado no balanço do próprio exercício de 1989. Recurso não conhecido (RE 197.790/MG, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 19/02/1997).

DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA SOBRE EXPORTAÇÕES INCENTIVADAS, CORRESPONDENTE AO ANO

-BASE DE 1989. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA PARA 18%, ESTABELECIDADA PELO INC. I DO ART. 1º DA LEI Nº 7.968/89. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 150, I, “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 1. O Recurso Extraordinário, enquanto interposto com base na alínea “b” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, não pode ser conhecido, pois o acórdão recorrido não declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. 2. Pela letra “a”, porém, é de ser conhecido e provido. 3. Com efeito, a pretensão da ora recorrida, mediante Mandado de Segurança, é a de se abster de pagar o Imposto de Renda correspondente ao ano-base de 1989, pela alíquota de 18%, estabelecida no inc. I do art. 1º da Lei nº 7.968, de 28.12.1989, com a alegação de que a majoração, por ela representada, não poderia ser exigida com relação ao próprio exercício em que instituída, sob pena de violação ao art. 150, I, “a”, da Constituição Federal de 1988. 4. O acórdão recorrido manteve o deferimento do Mandado de Segurança. Mas está em desacordo com o entendimento desta Corte, firmado em vários julgados e consolidado na Súmula 584, que diz: “Ao Imposto de Renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração.” Reiterou-se essa orientação no julgamento do R.E. nº 104.259-RJ (RTJ 115/1336). 5. Tratava-se, nesse precedente, como nos da Súmula, de Lei editada no final do ano-base, que atingiu a renda apurada durante todo o ano, já que o fato gerador somente se completa e se caracteriza, ao final do respectivo período, ou seja, a 31 de dezembro. Estava, por conseguinte, em vigor, antes do exercício financeiro, que se inicia a 1º de janeiro do ano subsequente, o da declaração. 6. Em questão assemelhada, assim também decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do R.E. nº 197.790-6-MG, em data de 19 de fevereiro de 1997. 7. R.E. conhecido e provido, para o indeferimento do Mandado de Segurança. 8. Custas “ex lege” (RE 194.612/SC, 1ª Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, j. 24/03/1998).

Não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal, desde setembro de 2014, vem dando sinais de que pode alterar sua jurisprudência e rever o alcance da Súmula nº 584. Porém, vem ocorrendo de forma bastante conservadora, gradativa e apenas em casos pontuais e específicos.

A exemplo, citamos o julgamento do Recurso Extraordinário nº 183.130/PR, cuja ementa segue abaixo:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. OPERAÇÕES INCENTIVADAS. LEI 7.988/89, ART. 1º, I. 1. Não é legítima a aplicação retroativa do art. 1º, I, da Lei 7.988/89 que majorou a alíquota incidente sobre o lucro proveniente de operações incentivadas ocorridas no passado, ainda que no mesmo exercício. Relativamente a elas, a legislação havia conferido tratamento fiscal destacado e mais favorável, justamente para incrementar a sua exportação. A evidente função extrafiscal da tributação das referidas operações afasta a aplicação, em relação a elas, da Súmula 584/STF. 2. Recurso Extraordinário improvido (RE 183.130/PR, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 25/09/2014).

Apesar dessa decisão e dos fundamentos que a compõe, o Supremo Tribunal Federal hesitou e perdeu uma excelente oportunidade de revogar, expressa e definitivamente, a Súmula nº 584 e, por conseguinte, assentar um novo entendimento condizente com as normas e princípios constitucionais vigentes.

Em 03/12/2015, a matéria voltou aos holofotes por ocasião do julgamento do RE 592.396/SP. Apreciando o tema 168 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, deu provimento ao referido recurso para reafirmar a jurisprudência desta Corte, em sede de repercussão geral, a fim de reformar o acórdão recorrido e declarar (outra vez mais), a inconstitucionalidade incidental, e com os efeitos da repercussão geral, do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 7.988/89, fixando tese, por unanimidade, nos seguintes termos da Ementa a seguir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO INCENTIVADAS. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. FUNÇÃO EXTRAFISCAL. SÚMULA 584 DO STF. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR EM CADA OPERAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA. RE 183.130, DE RELATORIA PARA ACÓRDÃO DO MINISTRO TEORI ZAVASCKI. PRECEDENTE VINCULANTE. 1. No RE 183.130, de relatoria para o acórdão do Ministro Teori Zavascki, o Plenário desta Corte assentou que a utilização do Imposto de Renda com conotação extrafiscal afasta a incidência da Súmula 584 do STF. 2. O fato gerador se consolida no momento em que ocorre cada operação de exportação incentivada pela redução da alíquota do imposto de renda, à luz da extrafiscalidade da tributação na espécie. 3. É inconstitucional

a aplicação retroativa do art. 1º, I, da Lei 7.988/89, que majorou a alíquota incidente sobre o lucro proveniente de operações incentivadas ocorridas no passado, ainda que no mesmo ano-base. Precedente: RE 183.130, de relatoria para o acórdão do Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 14.11.2014. 4. Recurso extraordinário a que se dá provimento, reafirmando a jurisprudência desta Corte, em sede de repercussão geral, para reformar o acórdão recorrido e declarar a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do art. 1º, I, da Lei 7.988/89, uma vez que a majoração de alíquota de 6% para 18% a qual se reflete na base de cálculo do Imposto de Renda pessoa jurídica incidente sobre o lucro das operações incentivadas no ano-base de 1989 ofende os princípios da irretroatividade e da segurança jurídica (RE 592.396/SP, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, j. 13/12/2015).

O fato é que essas decisões proferidas recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, seja nos julgamentos do RE 183.130/PR ou do RE 592.396/SP, na verdade, alcançam apenas hipóteses excepcionais e específicas, ou seja, o uso do IR com função extrafiscal, visto que a União Federal reduziu a alíquota do imposto cobrado sobre a renda auferida sobre tais negócios com a função clara de estimular as exportações de produtos. Portanto, a intenção não era arrecadatória.

Fora essa exceção, nas demais hipóteses, em se tratando de imposto de renda, o Supremo Tribunal Federal continua aplicando o retrógrado Enunciado nº 584, que continua vigendo em sua plenitude.

A prova disso são os dizeres do Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso ao final do seu voto, proferido no RE 183.130/PR, ex vi: “O que quero significar é que não estou me comprometendo com a subsistência ou não da Súmula nº 584, que gostaria de reservar para um momento de maior reflexão”.

Ao pronunciar o seu voto no julgamento do RE 183.130/PR, o Ministro Gilmar Mendes, ao ser interpelado pela Ministra Cármen Lúcia, também manifestou-se:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)
– Vossa Excelência nega provimento, mas mantendo a Súmula, apenas não aplicando nesse caso?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É, por enquanto.

Portanto, apesar das procedentes críticas doutrinárias de vício de inconstitucionalidade que o vetusto Enunciado nº 584 carrega consigo, vislumbra-se que o Supremo Tribunal Federal, lastimavelmente, continuará o aplicando aos casos concretos, aos menos por enquanto.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 buscou prestigiar um Sistema Tributário em que o contribuinte tenha confiança no Estado, na medida em que prevê limitações positivas e negativas a este quando do momento de legislar ou aplicar a norma jurídica tributária, notadamente, os princípios da anterioridade e da irretroatividade.

Os princípios constitucionais tributários são vetores normativos e de valor que direcionam o teor das leis tributárias e o modo de interpretação e aplicação. Os princípios constitucionais, de modo geral, devem ser respeitados como a vontade do constituinte originário pelo próprio fato de estarem localizados na base da pirâmide normativa.

Assim, a incidência imediata de norma tributária nova sobre fato gerador de tributo já ocorrido macula a cláusula constitucional que assegura a intangibilidade das situações já consumadas permanentemente no tempo e no espaço, conforme dispõe o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

O fato gerador do imposto de renda corresponde ao conjunto de fatos que, em determinado período, resulte no acréscimo patrimonial líquido disponível, seja econômica ou jurídica.

A doutrina discute sobre a natureza do fato gerador do imposto de renda, se complexo, periódico, continuado ou instantâneo, sendo que prevalece a espécie de fato complexo, que são aqueles que ocorrem durante unidades sucessivas de tempo, e, que, após a soma dos atos ou fatos jurídicos, resulta no fato conclusivo (ROSA JÚNIOR, 2005).

Nesse ponto, surge outra temática bastante controversa, qual seja, a existência ou não do fato gerador pendente previsto no art. 105 do Código Tributário Nacional, que permitiria a aplicação retrospectiva de lei. Na esteira de Carvalho (2009), critica a ficção jurídica do fato gerador pendente que traduz uma situação que não se realizou,

por alguma circunstância, portanto, incapaz de produzir efeito jurídico, descartável.

Noutro extremo, Machado (2011) ensina ser o imposto de renda exemplo de fato gerador pendente, contudo, rechaça o verbete do art. 105 do CTN no caso deste imposto. O mencionado doutrinador assevera que a lei aplicável ao cálculo do IR deve ser aquela que antecede o período ano-base.

Para Amaro (2008), se surgir lei nova durante o mesmo período em que o fato, chamado pendente, tiver iniciado, irremediavelmente terá, segundo o art. 105 do CTN, que retroagir para atingir tal fato.

Portanto, se durante o período em que ocorrem os fatos jurídicos que compõem o fato gerador do imposto de renda, advir lei nova (instituidora ou majoradora) essa só poderá incidir sobre os fatos que ocorrerem após sua eficácia, respeitados os princípios da anterioridade e da irretroatividade, consequentes do princípio da segurança jurídica.

Em outras palavras, a lei reguladora do imposto sobre a renda deve ser aquela que antecede o período formador do tributo.

Todavia, o Enunciado da Súmula nº 584 do Supremo Tribunal Federal, ao assentar que deve ser aplicável ao cálculo do imposto de renda a lei vigente no exercício da declaração, afrontou, direta e expressamente, os princípios da anterioridade e da irretroatividade, na medida em que desconsiderou o exercício em que a hipótese do tributo é constituída (ano-base), a favor do exercício em que é apenas apresentada a declaração.

Ainda que se considere o aspecto temporal do imposto de renda como sendo o último instante do dia 31 de dezembro do ano-base, não pode o aplicador do Direito, se limitar àquela data, posto que é exatamente no transcorrer do ano de referência que se verificam as disponibilidades econômicas e jurídicas (REsp nº 281.088/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 29.06.2007).

Sendo assim, diante a sistemática proposta pelos princípios constitucionais, conclui-se que a Súmula nº 584 do Supremo Tribunal Federal expõe a risco o próprio Estado Democrático de Direito, vez que ao arbitrar regra contrária aos direitos e garantias fundamentais, o cidadão perde sua confiança no Estado em razão da insegurança jurídica perpetrada.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Adyr Dias do; BISPO, Leonel Martins. **Imposto sobre a renda: fundamentos e contradições**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de renda das empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com emenda constitucional n. 42 de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Edição rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARRETO, Paulo Ayres. **O imposto sobre a renda e os preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês. **IRPJ: teoria e prática jurídica**. São Paulo: Dialética, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Sobre os princípios constitucionais tributários**. São Paulo: Revista de Direito Tributário, 1991.
- _____. **Curso de direito tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**: comentários à Constituição Federal e ao Código Tributário Nacional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. **Segurança jurídica**: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.
- GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a renda**: pressupostos constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUSTIN, Myraci Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

LEONETTI, Carlos Araújo. **O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. volume II. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Curso de direito tributário**. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Elizabeth Franca. **Imposto sobre a renda-súmula 584**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação comentada**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 18.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Recebido em 9/6/2016

Aprovado em 14/6/2016

2

MONETARIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS “SOB O FOCO DA RESPONSABILIDADE CIVIL” MONETIZATION OF AFFECTIVE ABANDONMENT IN PATERNAL-FILIAL RELATIONSHIP “UNDER THE FOCUS OF CIVIL LIABILITY”

Bruna Maran¹

RESUMO

Com o advento da nova ordem constitucional, bem como com a constitucionalização do Direito privado, nunca foi tão difícil para o Poder Judiciário analisar as inovações que surgem em seu campo, principalmente no que tange às relações familiares. Em razão da dinâmica social, o Poder Legislativo se faz omissivo em alguns pontos, principalmente, em relação à responsabilidade por abandono afetivo da prole. No Judiciário surgem decisões conflitantes, em razão das interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que vêm ganhando espaço no campo do dano moral desafeto. No presente artigo, objetiva-se fazer apontamentos iniciais sobre os argumentos doutrinários e legislativos, a fim de sugerir a melhor interpretação do Direito quanto ao descumprimento dos deveres estabelecidos aos pais, positivados nos artigos 227 da Constituição Federal e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A discussão pauta-se na importância dada

¹ Autora: Acadêmica do curso de pós-graduação em Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MG.

à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual busca efetivar o desenvolvimento físico e psíquico do infante de forma saudável.

Palavra Chave: Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo. Poder Familiar.

ABSTRACT

With the advent of the new constitutional order, as well as the constitutionalization of the Private Law, it has never been so difficult for the Judicial Branch to analyze the innovations that arise in their field, especially with regard to family relationships. Due to the social dynamics, the Legislative Branch becomes silent at some points, particularly in relation to liability for affective abandonment of the young child. In the Judiciary arises conflicting decisions, because of doctrinal and jurisprudential interpretations that have been gaining ground in the field of disaffection pain and suffering. In this article, the objective is to make initial notes on the doctrinal and legal arguments in order to suggest the best interpretation of the Law as to breach of the duties established for parents, positivized in Articles 227 of the Constitution and 22 of the Brazilian Child and Adolescent Rights Act (ECA). The discussion is based on the importance given to children and adolescents in the Brazilian legal system, which seeks to effect the physical and mental development of the healthy infant.

Keywords: Civil Liability. Affective Abandonment. Family Power.

SUMÁRIO: Introdução. A Família Contemporânea. Liame Doutrinário. A Responsabilidade Civil. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A família é a base da sociedade. Nela é gerado e educado cada indivíduo, desde o integrante da mais baixa classe social à elite. Diante de sua grande importância, as atitudes tomadas dentro da esfera privada familiar estão se revelando no “palco” do Judiciário brasileiro.

Vivemos em um tempo no qual as pessoas trabalham horas a fio, possuem agendas lotadas, inúmeros compromissos que envolvem casa, escola, igreja, grupos de amigos, trabalho e, ainda, a família.

Mesmo com tantos compromissos, dentro da instituição familiar, o ser humano, dentre todos os mamíferos, revela ser o mais dependente de relações afetivas, principalmente as paterno-filiais. Somos os mamíferos que mais permanecem sob a guarda de nossos pais, em uma relação de total dependência (CURY, 2003, p.13). No entanto, com o avanço da sociedade, será que esse modelo de família não está ultrapassado?

Ainda em um país de dimensão continental, com o povo oriundo de diversas miscigenações, sob influência de diversas culturas, com classes sociais variadas, nas quais cada membro de uma família é criado e educado de forma diversa, não há um padrão/modelo a seguir.

Luta-se pela liberdade, dignidade e não interferência na vida privada, todavia, não abdicamos de pensão alimentícia, de diplomas protectionistas e paternalistas e, por fim, de uma indenização por abandono afetivo.

Assim, questiona-se: há um dever de afeto em relação aos filhos? Como concluir que determinada conduta configura abandono afetivo? Da mesma forma, como aferir o dano? É quantificável o amor a ser dedicado a um descendente? Nessas situações, como monetarizar o amor? Será que tal conduta é punível no âmbito da responsabilidade civil ou já possui punição própria?

A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Com a decisão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 24.04.2012, no recurso especial 1159242, foi colocada em evidência a questão do abandono afetivo nas relações paterno-filiais. Tal decisão, que teve ampla repercussão midiática, ganhou destaque ao dar procedência ao pedido indenizatório formulado por uma filha, cuja causa de pedir se fundamentou na alegação de abandono afetivo por parte de seu pai, durante o período de sua infância.

Cumprido esclarecer que o juiz de primeira instância julgou improcedente o pedido, fundamentando que o distanciamento paterno se deu em razão do comportamento agressivo da genitora em relação ao genitor, decisão esta reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Fato antagônico ocorreu no mesmo Tribunal, em 2005, no julgamento do recurso especial 757.411. Na ocasião, o filho alegou que desde o divórcio de seus pais, quando contava com 6 anos de idade, foi-lhe negado afeto por parte do genitor, em razão do nascimento de sua segunda filha do novo casamento. Ao contrário, o genitor aduziu estar quinquenalmente com o filho, havendo lapsos maiores em razão de suas viagens, tendo o relacionamento se tornado dificultoso em função dos telefonemas insultuosos do filho para agredir sua meia-irmã, por instrução da mãe.

Apesar do antagonismo, com o advento do Estado Democrático de Direito, houve significativas mudanças no Direito de família e tais decisões são reflexos das mudanças sociais e do avanço doutrinário brasileiro (POLI, 2011, p.2).

Antes a família era tida, pelo ordenamento, como sendo totalmente patriarcal, nela o homem detinha o poder de decisão e comando. Sua finalidade era somente de procriação e preservação da espécie, e a mulher e os filhos deveriam ser totalmente submissos ao pai/homem.

O casamento era indissolúvel e a família, consagrada pela lei, tinha um modelo conservador, considerada como uma entidade matrimonial, patriarcal, patrimonial, indissolúvel e heterossexual. O vínculo que nascia da livre vontade dos nubentes era mantido, independente e até contra a vontade dos cônjuges. A família nuclear composta por homem, mulher e filhos habitando em um ambiente comum era praticamente a única existente, muitas vezes os termos se confundiam: família era sinônimo de casamento e vice-versa. A família como uma instituição matrimonializada, única forma legítima existente, também era hierarquizada: seus membros continuaram submissos ao pater famílias (POLI, 2011, p. 4).

Em tal modelo familiar, os filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, não possuindo direitos de cunho patrimonial ou proteção jurídica em relação ao pai biológico.

O ramo privado sofreu influência da chamada constitucionalização do Direito, teoria criada na França, em 1948, onde as regras constitucionais passaram a ser o centro de todo o ordenamento jurídico e, ao regular as relações privadas, o Código Civil deveria primeiramente cumprir as regras constitucionais:

Primeiro, o Código Civil deixou de constituir o centro geométrico de toda a ordem jurídica constituída. O primado da legislação passou para a Constituição, ao lançar as bases de uma nova sociedade ideologicamente comprometida. A Constituição passou a regular não só a organização do Estado e a tutelar as liberdades públicas e os direitos políticos, mas também imiscuiu-se em institutos basilares da sociedade burguesa liberal, antes tratados exclusivamente nos Códigos, como o casamento, a propriedade, a liberdade econômica, etc., dando poderes a grupos intermediários, ou seja, que ficam entre a pessoa humana e o Estado e se constituem em organizações sociais onde o indivíduo exerce a sua personalidade (TIMM, 2010, p.18).

Assim, a família passou a ser concebida sob diferentes contornos, principalmente em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade e independência de cada indivíduo. Leonardo Marcelo Poli assevera que:

O divisor de águas se deu com o início da vigência do texto constitucional de 05 de outubro de 1988, que inseriu no ordenamento jurídico a igualdade entre os cônjuges, as liberdades e as garantias da mulher, até então inimagináveis, que vieram a ser elevadas à condição de cláusulas pétreas. A família oriunda do casamento e da união estável, que passou a ser reconhecida como formadora de núcleo familiar teve tratativa constitucional e o direito civil teve que se adequar a tal realidade (2011, p. 6).

Desde então, a família não mais é constituída sob o modelo tradicional patriarcal, mas vem delineada sob outros moldes. O artigo 226, §4º da Constituição Federal descreve que a família pode ser formada por um só elemento, ou seja, só o genitor ou genitora e seus descendentes.

O Direito positivo passou a reconhecer como entidade familiar aquela composta por, no mínimo, um ascendente e um descendente:

“em 1981, na França, definiu-se família monoparental como aquela composta por uma pessoa, sem companheiro(a), vivendo em companhia de pelo menos uma criança (...) O alargamento da concepção de família, incluindo no mesmo patamar casais legalmente casados, em união estável ou solteiros, quando se trata de reconhecimento de entidade familiar, contribui para a diminuição da estigmatização das familiares formadas por apenas um membro, muitas vezes por opção (...)” (HEILBORN, 2004, p.94)

A doutrina foi além ao reconhecer como família a união de homossexuais, concedendo-lhes inclusive o direito a terem filhos:

É cada vez mais comum casais homossexuais fazerem uso de bancos de material reprodutivo, o que permite um do par ser o pai ou a mãe biológica, enquanto o outro fica excluído da relação de filiação. Gays utilizam o sêmen de um ou de ambos para fecundar uma mulher. Lésbicas extraem o óvulo de uma que, fertilizando in vitro, é implantado no útero de outra, que vem dar à luz. Não há restrição alguma nem pode haver qualquer obstáculo legal para impedir o uso de tais práticas. Em ambos os casos, torna-se imperioso perguntar: afinal, quem são os pais dessas crianças? Qualquer resposta que não reconheça que os bebês têm dois pais ou duas mães está se deixando levar pelo preconceito (DIAS, 2009, p. 343).

A jurisprudência também acompanhou tal linha doutrinária, consoante precedente infra:

AÇÃO ORDINÁRIA – UNIÃO HOMOAFETIVA – ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO – REQUISITOS PREENCHIDOS – PEDIDO PROCEDENTE. – À união estável homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. – O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. – A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.” (MINAS GERAIS, TJ. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.06.930324-6/001, Rel^a. Des^a. Heloisa Combat, julg. 22.05.2007)

Desde então, o modelo de família atual tem se pautado nos princípios da livre convivência, afetividade, reciprocidade de sentimentos e independência individual.

LIAME DOUTRINÁRIO

Com a mudança de foco no Direito de família, o Judiciário passou a ser um espaço para as discussões quanto às divergências conjugais e paterno-filiais, envolvendo desde questões como separações a indenizações por danos morais decorrente do abandono afetivo. Dessa forma, ao tratar deste último tema encontraremos duas correntes diametralmente opostas: uma a favor e outra contra a viabilidade da referida indenização.

O grande divisor surgiu com a constitucionalização do Direito privado, no qual, por algumas vezes, o Estado passou a agir com mais intensidade no seio familiar, contrapondo o princípio da não intervenção estatal ao da autonomia privada. Por ser um ramo complexo e regido por normas internas de conduta, é temerário que o Estado intervenha no Direito de família, sob o risco de invasão dos limites familiares (art. 5º, inc. X, CRFB e 1.513 CC), afrontando o princípio da liberdade e da não interferência no núcleo familiar.

A ação direta causa grande insegurança jurídica, vez que as relações particulares são regidas por animosidade, afeto, dependência, sentimentos e emoções as quais não são positivadas. Ao contrário, pairam sobre o campo da psicologia, biologia e principalmente sobre o campo da moral, levando sempre em conta a vontade individual.

Nessa visão expansionista do indivíduo dentro do quadro social, como fonte de qualquer iniciativa, exige-se do Direito justamente a garantia dos valores dominantes e da plena atuação da liberdade de escolha individual, a qual será dirigida a um fim. Todavia a segurança promovida pelo Direito não é a da obtenção do fim desejado (relegado ao livre sabor do mercado auto-regulador), mas de garantia das regras do jogo, ou seja, as condições pelas quais cada um pode contar com um determinado comportamento alheio ou esperar um certo uso do poder coercitivo do Estado (previsibilidade do comportamento dos sujeitos privados e públicos). Ora, nesse contexto de necessidade de segurança, são importantes a solidez e a rigidez do ordenamento jurídico. Eis a

base perfeita para o desenvolvimento da ideia do Código como um sistema fechado. Assim, somente será Direito a lei emanada do poder soberano do Estado. Importa ao código tutelar a liberdade civil do indivíduo na sua vida privada contra as indevidas ingerências do poder político (TIMM, 2010, p. 16).

Ademais, por se tratar de sentimentos, qualquer imprevisto na vida do ser humano pode gerar aborrecimentos, estando todos os sujeitos vulneráveis aos desprazeres da vida.

Assim, analisando os casos anteriormente propostos, percebe-se que a jurisprudência, em casos específicos, tenta exprimir um modelo de conduta para a felicidade e expressão do amor no âmbito familiar, ditando regras de conduta e punindo aqueles que se afastam dos padrões estabelecidos.

João Ubaldo Ribeiro adverte sobre os perigos da interferência estatal na vida privada:

Afinal, a técnica provém da ciência e a ciência fornece certezas. E essas certezas são tão poderosas que devem sobrepor-se até mesmo aos valores de indivíduos ou coletividades. **O conceito de normalidade, tão enganoso não só científica como filosoficamente, parece para elas assente e inequívoco.** Claro que tais certezas, que amiúde se expressam em arrogância, autoritarismo e condescendência enfarada, não são certezas de coisa nenhuma, são apenas ignorância e estreiteza de horizontes em ação. **O resultado é que nos vemos ameaçados a todo instante de sermos obrigados a nos comportar “normalmente” ou, pior ainda, corretamente** (2010) (grifos nossos).

Dessa forma, questiona-se então: como ter certeza de que maneira proceder na dosimetria do amor aos filhos? Tentando pacificar os ânimos, ao proferir voto no Resp 1159242/2012, o Ministro Massami Uyeda aduziu que: “não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade”, é mister que haja cautela nas decisões emanadas do Judiciário como acima descrito, evitando infringência à liberdade individual e interferência nas relações familiares.

Outro ponto ressaltado pela doutrina é o disposto no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que alberga o direito à convivência familiar. Essa norma aponta para o reconhecimento da família como espaço ideal para o desenvolvimento humano.

Os não adeptos da corrente da responsabilização dos pais por abandono afetivo alegam que o direito à convivência familiar não está sendo violado, uma vez que a família pode ser constituída por um único genitor ou terceiro. Estando o indivíduo apto a cuidar, o infante estará recebendo seu direito à convivência familiar independente da figura do familiar, bem como da quantidade de amor oferecida, se é que amor é quantificável.

O Código Civil, no artigo 1.584, §5º, autoriza a guarda unilateral concedida a um dos pais ou ainda a terceiro, quando aqueles não possuem capacidade para resguardar os interesses dos infantes. Presupõe então que a figura materna ou paterna é dispensável para a criação do descendente.

Não obstante a autora Priscila Araújo de Almeida:

Para o saudável desenvolvimento de uma criança é necessário a convivência familiar como valor primordial na vida desta, mas infelizmente não é o que acontece. A convivência familiar é muito importante para o saudável desenvolvimento humano, no que diz respeito à formação de um cidadão, com o intuito de a criança receber orientação educacional, psicológica e afetiva dos pais. A orientação dos pais constitui uma diretriz fundamental na formação dos filhos, por isso a assistência moral e afetiva, representa importante valor para o adequado desenvolvimento dos filhos. A ausência gera danos irreparáveis, capazes de mexer na estrutura do ser humano (2012).

Embora a autora relate ser imprescindível a figura dos pais no desenvolvimento do ser humano, pois são o pilar da família, é necessário prevalecer o princípio da proteção e do melhor interesse do infante, concedendo ao magistrado a decisão de optar pela guarda unilateral, o que não prejudica o desenvolvimento saudável da criança. Caso assim fosse, a guarda compartilhada seria obrigatória.

Em consequência, ao reconhecer que a família pode ser constituída de várias formas, o legislador pátrio reconheceu implicitamente que a falta de uma figura pode não gerar danos ao infante, assegurando àquele todos os direitos e deveres inerentes à relação familiar.

No âmbito jurídico, é discutível a natureza jurídica do afeto como forma de encontrar uma pacificação. Paulo Luiz Netto Lôbo considera afeto como um princípio não expresso na Carta Magna, mas com fundamentos constitucionais:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. (LÔBO *apud* POLI, 2011, p.9)

Ao analisar as relações familiares, João Baptista Vilella, na essência, procurava dizer que o vínculo familiar seria mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico (*apud* TARTUCE, 2006). A jurisprudência, pautada na linha acima, passou a reconhecer que os laços socioafetivos prevalecem sobre os consanguíneos,² com base no princípio da afetividade.

Vitor Eduardo Frosi, por seu turno, aduz que “na seara jurídica moderna, o afeto está inserido no rol de direitos da personalidade e foi paulatinamente sendo reconhecido como valor jurídico, decorrente dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana (2010, p. 4)”. E continua:

Sendo o afeto reconhecido como princípio, sua força é ainda maior do que se fosse positivado, pois é por meio dos princípios que se chega à correta interpretação da norma jurídica. Os princípios são a bússola que conduz o legislador e o intérprete da norma (2010, p. 5).

Considerar o afeto como um princípio ou valor jurídico leva a reconhecer seu caráter imperativo, impositivo e, conseqüentemente, sua

² PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação. 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. 3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família. (BRASIL, REsp 1087163/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011 – suprimimos)

natureza jurídica seria de norma, podendo então ser exigido. Observa-se que esse caráter não coaduna com o sentimento denominado afeto, uma vez que este se reveste de espontaneidade (POLI, 2011, p. 9).

Não se concorda que a afetividade seja um princípio, por esta leitura, poder-se-ia obrigar alguém a amar outrem, o que é impossível, juridicamente ou moralmente falando. Ora, o afeto não pode ser imposto, trata-se de um valor de natureza moral (POLI, 2011, p.10).

Paulo Luiz Neto Lobo, um dos fundadores do Instituto Brasileiro do Direito de Família, traça considerações sobre o princípio da afetividade nas relações familiares destacando que a afetividade nasce da convivência e responsabilidade, não sendo fruto da biologia:

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações (2000).

No cotidiano familiar, o amor deve possuir forma de voluntariedade, a fim de satisfazer as necessidades e interesses do infante. Um ascendente que não ama seu filho voluntariamente, sob o prisma do senso comum, sequer pode ser considerado pai. Dessa forma, com fundamento no princípio da proteção e da ponderação jurídica, é mister que esse genitor mantenha pouco contato com a prole, evitando possíveis sequelas psicológicas.

Mesmo a corrente a favor da responsabilização civil concorda que “não existem meios de obrigar os pais a amarem seus filhos, pois o

amor não tem preço e não há como impor alguém o dever de amar outrem” segundo Priscila Araújo de Almeida³. “O amor e o afeto não se impõe por lei”, diz Caroline Mendes Franco⁴.

Denota-se a falta de previsão legal e definição sobre o dito dever de afeto e, nas palavras de Leonardo Macedo Poli, o afeto está compreendido no campo da moral e é objeto de estudo da Psicologia, Sociologia e demais ciências, exceto a do Direito (POLI, 2011, p.10).

Sob o prisma psicológico, a presença forçada é pior que a ausência. O fato de ter seu ascendente presente não poupa eventual dano ao menor, afinal, “Não é a mera presença de um pai na vida do filho que lhe assegura um desenvolvimento saudável, nem a ausência um fato impeditivo deste desenvolvimento” aduz José Conrado de Souza Júnior (RIO GRANDE DO SUL, Ap. 70032196883, 2010).

Caso o afeto tome roupagem normativa, futuramente, o Judiciário estará abarrotado de ações da mesma natureza sob o fundamento de que o afeto oferecido pelo genitor foi forçado, mascarado, falso e, conseqüentemente, gerou maiores danos ao infante. Uma solução sensata estabelecida pelo legislador para a ausência de uma das figuras familiar foi o direito a visitas:

O pai pode ser compelido a cumprir com todas as suas obrigações assistenciais e a omissão pode ser suprida com providências de cunho jurisdicional, como por exemplo, ação de alimentos, regulamentação de visitas ou as diversas execuções (RIO GRANDE DO SUL. TJ, Ap. 70 032 196 883, Rel. José Conrado de Souza Júnior, 2010).

O artigo 22 do ECA estabelece que “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Tal artigo é interpretado por vários vieses, e segundo o entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira:

“A conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente

³ Autora a favor da responsabilidade civil por abandono afetivo.

⁴ Autora a favor da responsabilidade civil por abandono afetivo.

entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar, esculpidos nos arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, 1.566, IV, 34 e 1.634, I e II, do CCB/02” (2005).

Ora, realmente, se um dos genitores infringir a disposição insculpida no artigo 22 do ECA, qual seja, o dever de sustento, guarda e educação, deve sim ser penalizado nas esferas civil e penal.

Analisando a referida norma, temos que o sustento é o dever de prover alimentos; a guarda é o dever de cuidado e a educação é formar ou propiciar meios para formar inteligência da criança, todos no campo material, não sendo necessária a afetividade para concretizar tais deveres.

Tese contrária é defendida por Gisele Leite que fundamenta a responsabilidade por abandono afetivo no dever de cuidar:

Portanto, o cuidado é fundamental para a criança e o adolescente, pois não existe mensuração possível para o amor, mas sim a verificação do cumprimento, descumprimento ou parcial cumprimento da obrigação jurídica de cuidar. Desta forma, diante do abandono afetivo e moral não se discute o amar ou de ter afeto, e sim, a imposição biológica e jurídica de cuidar que é inerente dever jurídico da liberdade das pessoas gerarem ou adotarem filhos (2012).

Não se pode confundir cuidar com amar. O dever de cuidado está literalmente expresso no artigo 22 do ECA e a falta deste é punida com perda do poder familiar. Pode haver cuidado sem amor, somente pelo dever.

Segundo José Conrado de Souza Júnior “afeto é conquista e reclama reciprocidade, não sendo possível compelir uma pessoa a amar outra. A convivência familiar somente é possível quando existe amor. E amor não pode ser imposto, nem entre os genitores, nem entre pais e filhos (RIO GRANDE DO SUL, Ap. 70 032 196 883, 2010).”

A favor da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, Ana Carolina Brochardo Teixeira discorda que a convivência familiar deve ser voluntária, sem imposição:

Afinal, como já frisamos, o menor tem direito não só ao nome dos pais como também ao estado de filho. Aliás, este é o atributo mais relevante da parentalidade: a sua vivência pelo filho, pois

só ela é capaz de **influenciar – positivamente** – na formação da personalidade da criança (2010). (grifos nossos)

Coadunando com Teixeira, Antônio Dantas de Oliveira Júnior aduz que a falta de convivência familiar leva o infante a adentrar no mundo da criminalidade e das drogas:

Na prática, infelizmente, o que acontece, com muita frequência, é o pai, após o divórcio ou com o fim do amor pela esposa/companheira, abandonar, covardemente, os próprios filhos no aspecto material e, sobretudo, no afeto, acarretando uma série de tormentas ao invisível emocional que, muitas vezes entra no mundo das drogas, abandona os estudos, comete atos infracionais (...), como forma de chamar a atenção e ser visto e ouvido no seio da própria família e da sociedade (p. 6).

A família pode influenciar tanto positiva como negativamente na personalidade do infante⁵.

Além do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal também prescreve direitos aos infantes, como no artigo 227⁶ que assegura à criança e ao adolescente o “direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

⁵ Não se pode atribuir o comportamento criminoso de um infante ao abandono moral supostamente sofrido. Isso porque não podemos qualificar o criminoso somente por sua condição familiar, como relatado por Teixeira e Oliveira Júnior. Sabe-se que a população carcerária é composta, em sua grande maioria, por pessoas com problemas familiares. Todavia, não podemos taxar que todas as pessoas com problemas familiares serão criminosos. Essa conclusão causa repúdio frente ao princípio da igualdade insculpido na Constituição Federal. Ademais, pessoas que compõem o mundo do crime adentram-no por inúmeros motivos. Até mesmo os que possuem famílias tradicionais e totalmente estruturadas fazem parte desse mundo e, ao vincular o abandono afetivo como causa de conduta criminosa, estar-se-ia atribuindo a esses infantes um pré-conceito. De outra forma, não há estudos acerca das crianças que sofreram abandono afetivo e se tornaram pessoas “comuns”, sem qualquer problema psicológico. Creio que, se assim fosse analisado, restaria afastada a incidência da responsabilidade civil.

⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, atribuindo a responsabilidade de garantia desses direitos à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público, conjuntamente. Dessa forma, a responsabilidade para desenvolvimento do infante é comum e concorrente entre as quatro entidades citadas e, em caso de ação ou omissão, todas devem ser responsabilizadas, nas suas respectivas proporções de atuação.

A princípio o legislador constitucional não teve a intenção de monetarizar o amor, pois não o incluiu no bojo constitucional, ou ainda, junto ao art. 4º do ECA⁷, no qual restam assegurados os direitos dos infantes.

Caso haja omissão, o Código Penal tutela de forma expressa, em seus artigos 244 e 246, a infração por abandono material e intelectual de incapaz sem, contudo, apontar sobre abandono afetivo.

Importante mencionar que o Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ) apresentou um projeto de lei (PLS 700/2007) para responsabilizar civil e penalmente os pais que deixarem de prestar, aos filhos menores de 18 anos, assistência moral – seja por convívio, seja por visitação periódica, penalizando assim o abandono afetivo.

Em uma análise superficial, vislumbra-se que o projeto possivelmente esteja desvirtuado de alguns preceitos constitucionais de natureza cogente, a citar o princípio da igualdade. Embora haja um interesse do ordenamento pátrio em proteger crianças e adolescentes, a condição de expressar amor ao filho não se limita à idade.

No tocante à esfera civil, o descumprimento dos deveres paterno-filiais é descrito no artigo 24 do ECA:

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 (BRASIL).

⁷ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Conseqüentemente, verifica-se que o abandono afetivo não é revestido de ilicitude, sendo prevista a perda do poder familiar, caso não observado. Assim ensina Samir Nicolau Nassalla:

(...) a interpretação teleológica da expressão “abandono”, prevista no artigo 1638, II, do Código Civil, faz crer que ausência total de afeto dos pais em relação aos filhos menores não pode dar ensejo à reprimenda pecuniária, mas a outra solução jurídica, de natureza diversa, qual seja: a destituição do poder familiar dentro da seara do direito de família. Tudo isso levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (artigo 227, caput, da Constituição Federal e artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente) (2011, p.41).

Ressalta-se que a destituição do poder familiar é medida extrema, a exigir do magistrado prudência, tendo a providência caráter dúplici: punir o genitor e proteger a criança na sua integridade e no seu processo de desenvolvimento físico, mental, emocional, social e psicológico, sempre levando em conta o princípio da proteção e do melhor interesse do infante.

A medida visa propiciar ao infante o crescimento sadio e adequado, necessário ao seu pleno desenvolvimento, minimizando o eventual abalo moral preservando sua integridade psíquica.

Infelizmente, a perda do poder familiar, em se tratando de infante, deve ser medida preventiva tomada pela autoridade judiciária, porque o que se busca no direito da criança e do adolescente é a proteção e não a mediação do dano. De tal modo, constatado suposto abalo moral decorrente da conduta do(s) genitor(es), a penalidade imposta é a perda do poder familiar.

A RESPONSABILIDADE CIVIL

Outro ponto a ser analisado é o instituto da responsabilidade civil em relação à conduta do agente que desfavorece afetivamente seu filho, mesmo que lhe propicie amparo material, contribuição para estudos, visitação frequente e o dever de cuidado em todas as esferas ao infante. A questão é se tal comportamento está apto a configurar dano moral a ser ressarcido via responsabilidade civil?

Rodolfo Pamplona Filho conceitua o instituto da responsabilidade civil da seguinte forma:

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)(2006, p.9). (grifos nossos)

O responsável pela reparação civil é:

[...] a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (CAVALIERI FILHO, 2009, p.02)

Sob a ótica da teoria quadripartida da responsabilidade civil, exige-se a presença conjugada de quatro elementos para a responsabilização civil por abandono afetivo do genitor: conduta do agente, ilicitude, nexo causal e dano.

Para que seja configurada a responsabilidade civil os quatro elementos devem ser detectados, a começar pela ação, que vem a ser:

O ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2008, p. 38-39).

Assim temos que a conduta comissiva ou omissiva, positivada como ato ilícito, enseja responsabilidade civil, havendo o nexo de causalidade entre a ação e o dano.

O segundo pressuposto para configuração do dever de reparação é o dolo ou a culpa na ação (com exceção da responsabilidade civil objetiva que independe de culpa). Para tanto, descreve o artigo 186 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, complementando, o artigo 927 do mesmo código dispõe que: “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Nota-se, então, que para restar configurada a responsabilidade civil, deve a ação ou omissão que causou o dano ser comprovada, indubitável e, ainda, ser ilícita, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico.

Analisando o tema proposto⁸, a legislação descreve a obrigação dos genitores para com seus filhos no artigo 22 do ECA, estabelecendo três condutas que devem ser cumpridas pelos pais: sustento, guarda e educação. Caso o genitor descumpra qualquer dessas obrigações, deve ser responsável pelo dano causado ao filho. Não obstante, quanto ao abandono afetivo não há qualquer menção legislativa. Não se pode confundir esfera legal e moral.

Caso fosse possível a responsabilização paterna pelo abandono afetivo de sua prole, surgiria a problemática quanto ao método a ser adotado para a aferição do afeto na conduta dele. Ao adotar padrão médio de conduta, deve haver um lapso entre o mínimo e o máximo exigido. Até porque, muitos pais adotam condutas refletidas naquela que seus pais adotaram consigo, o que não lhe proporciona adequado discernimento quanto ao dano que decorre de seu modo de agir.

Logo, a mesma conduta que para o julgador é considerada errada e é punida, aos olhos do genitor é correta, pois pode refletir a forma pela qual fora educado. Dessa forma, como puni-lo por abandono moral?

Sabe-se que para configuração do dano moral, conforme a mais moderna e pacífica doutrina, é dispensável a prova do sofrimento, já que o dano se presume de uma conduta ilícita ofensiva à dignidade ou aos direitos de personalidade do ofendido [...] Percebe-se

⁸ Abrem-se parênteses para analisar o acórdão em questão, sucintamente, no que tange a conduta do genitor que não reconhece o suposto filho imediatamente, tendo este que mover ação de investigação de paternidade. É direito do menor saber quem é seu genitor, todavia, o genitor não é obrigado a reconhecer filho o qual não tem certeza que é seu. O suposto genitor exerce seu direito de questionar a paternidade. Esta conduta não pode ser ensejadora de responsabilidade civil. Ao contrario do que relatou a Ministra Nancy Andrighi “[...] desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade[...]. (BRASIL, 2012, Resp 1159242)” Independente de evidente ou não a paternidade sempre haverá a duvida ou a presunção, mas nunca a certeza. O fato de questionar a paternidade não pode ser um dos fundamentos para ensejar reparação moral. “Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei” diz dispositivo constitucional. Desta forma é direito do pai, na dúvida, não reconhecer a criança, sendo que aquele apenas está exercendo seu direito de defesa. Entender que o direito de defesa constitucionalmente garantido em caso de investigação de paternidade fere direitos da personalidade do infante e enseja reparação civil por configurar a conduta não positivada de abandono afetivo é uma inovação jurisprudencial não aparada por lei.

que a reparação por dano moral decorre de condutas ilícitas que ofendem bens jurídicos tutelados pelo Estado, em que pode ser exigido respeito a esses bens. O amor e o afeto, ao contrário, são sentimentos humanos, que não podem ser exigidos, de forma a que seu inadimplemento gere direito à indenização. Na verdade, ontologicamente, não são obrigações, mas deveres morais e éticos a que a lei comina pelo descumprimento também a mesma reprimenda, qual seja o afastamento do vínculo jurídico parental. Na verdade, o abandono afetivo não pode ser indenizado por não ter cunho obrigacional, por constituir o afeto um sentimento humano (NASSRALLA, 2011).

O terceiro requisito é o nexa de causalidade, o mais complexo elemento da responsabilidade civil. Isso porque é o fator determinante que “liga” o ato lesivo ao resultado danoso.

Segundo Neves, o nexa de causalidade pode ser conceituado como:

[...] a relação que se estabelece entre o ato (por ação ou omissão) do devedor e o dano experimentado pelo credor. Evidentemente, para que se verifique o dever de indenizar, deve estar presente essa relação de causa e efeito – o nexa de causalidade – entre o fato gerador e o dano (2009, p. 335).

Ocorre que alguns danos provêm de inúmeras condutas, o que dificulta o trabalho do julgador em averiguar qual delas foi determinante para o abalo indenizável. Venosa explica que:

Na identificação do nexa causal, há duas questões a serem analisadas. Primeiramente, existe a dificuldade em sua prova; a seguir, apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, principalmente quando este decorre de causas múltiplas. Nem sempre há condições de estabelecer da causa direta do fato, sua causa eficiente (2008, p. 48).

Stoco relembra que “é necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado. [...] o nexa causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito (2004, p.146)”. Dessa forma, caso não provado pelo autor o nexa de causalidade, é impossível falar em responsabilidade civil (DINIZ, 2008, p.113).

Considerando a complexidade das relações familiares, a pluralidade de motivos (inclusive imaginários) a ensejar o dano moral no seio das relações familiares, as provas para determinação do nexa

causal tornam-se muito frágeis. Ainda o Código Civil adota a teoria do ressarcimento apenas do dano direto e imediato, o que é quase improvável de aferir quando se trata de análise sentimental.

Como último pressuposto da responsabilidade civil, temos o dano. Para Sergio Cavalieri Filho o dano é “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima (2009, p. 71)”. O dano, portanto, é o prejuízo suportado pelo indivíduo cujo direito seja juridicamente protegido.

Maria Isabel Pereira da Costa discorre acerca do dano, afirmando que a compensação pecuniária somente deve ser admitida de forma subsidiária, quando não for mais possível recompor o dano sofrido com tratamento terapêutico, o que, na espécie, revela-se mais adequado para tais casos (p. 37).

Em síntese, para configurar a responsabilidade civil deve haver conduta humana que direta e imediatamente viole um dever jurídico preexistente, causando prejuízo.

A violação de um dever jurídico configura ilícito, que, quase sempre acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, portanto, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo [...]. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano (CAVALIERI FILHO, 2009, p.2).

Nassralla (2011), ao analisar o abandono afetivo à luz da responsabilidade civil, cita o princípio da legalidade insculpido no artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Assim sendo, para que uma conduta seja punida, deve haver lei que anteriormente a proíba. Mesmo que em virtude da constitucionalização do Direito privado, a Constituição Federal não estabeleceu o dever de afeto ou amor. A legislação esparsa também não a tipificou. Consequentemente, não há como punir o abandono afetivo do infante, sob pena de violação dos princípios da separação dos poderes e estrita legalidade.

Com efeito, refletindo sobre o abandono afetivo, ao que parece, tal conduta negativa por parte dos pais viola um dever moral

com consequências jurídicas do que propriamente dever jurídico passível de ilicitude pelo descumprimento. Por esses motivos há extrema dificuldade no preenchimento dos pressupostos gerais de responsabilidade civil e patrimonialização da questão (NASSRALLA, 2011).

Assim, para que a responsabilidade civil seja aplicada aos casos de abandono afetivo no âmbito familiar, é necessário que haja lei que anteriormente preveja o dever de afeto ou amor, cabendo à legislação e, supletivamente, à doutrina e jurisprudência, estabelecer os limites desse dever.

Meros dissabores cotidianos realmente abalam a dignidade da pessoa humana, mas nem todos são merecedores de tutela jurídica ou são fundamento para vultuosas indenizações. Há ações humanas que devem ser resolvidas no campo social, ético, moral e afetivo.

Alicia Elena Pérez Duarte Y Noroña, ao abordar os direitos da personalidade, relata que:

“no cabe la menor duda que debemos buscar los fundamentos de la responsabilidad civil por daño moral em el campo de la filosofía del derecho, ya que se trata previsamente del áera de valores: la aexiologia. Ihering expreso que: la jurisprudência romana olegó em esto (dano moral) a la idea de que, em la vida humana, la noción de valor no consiste solamente em dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye em valor y que quiere ver que los proteja el derecho. Así pues, no por carecer de um contenido económico estos valores van a quedar desprotegidos por uma norma jurídica. Si retrocedemos em el tempo observaremos que el origen del derecho está precisamente em normas Morales que fueron sancionadas pr la comunidade. Actualmente encontramos resabios de esses lejano amanecer jurídico em el concepto de las buenas costumbres a las que el juzgador debe recurrir y evaluar por voluntad del legislador, em determinados casos, como por ejemplo el enfrentarse a uma laguna legislativa.”

No mesmo sentido discorre Pereira:

Moral e direito distinguem-se em que a primeira atua no foro íntimo e o segundo no foro exterior. Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra reprovação na sua consciência, e pode atrair o despreço dos seus concidadãos. Se a ação implica inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho estatal, para recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para sua punição. Encarada do ângulo

da intensidade, a norma jurídica é dotada de coercibilidade, que não está presente na regra moral, representando esta um estado subjetivo do agente, que pode ser adotado, ou que deve ser adotado voluntariamente, enquanto que a obediência ao preceito de direito é imposta coercitivamente pelo ordenamento jurídico (2009, p.9).

A interferência do Estado na esfera íntima da família, quando relacionado a sentimentos, é temerária e pode agravar os riscos de as relações familiares serem fadadas ao fracasso, violando o princípio da afetividade. O amor é oriundo de algo desconhecido, não tutelado nem positivado nos diplomas legislativos.

Diante dos fatos, nota-se que há uma lacuna normativa referente à responsabilidade por desamor nas relações paterno-filiais, que vem gerando grande insurgência dentre juristas.

Miguel Reale Junior, ironizando a falta de norma em casos de responsabilidade civil por abandono afetivo, aduz que:

Estamos nos tornando um país de fanáticos do sentimentalismo, de pervertidos da reclamação, de ditadores da reparação. Aquele que tiver a sorte, para desdita de muitos, de manejar o aparato do estado impõe, então, o seu fanatismo, a sua perversão, a sua ditadura. E ao arrepio da lei! Lei pra quê? O que importa é “fazer justiça” segundo a metafísica influente (2012).

Mister ainda ressaltar o *quantum* indenizatório nesses casos pois não há parâmetros para quantificar a dosagem de amor sonogada à criança. Analisar a condição econômica do responsável civil, muitas das vezes, não “ressarcirá” o dano, nem apaziguará a relação entre as partes.

Azevedo, ao comentar sobre o *quantum* indenizatório fixado no Recurso Especial 1159242, discorre que:

Uma perguntinha à ministra Nancy Andrighi e a seus colegas: esse valor pelo “abandono afetivo” foi estabelecido, suponho, com base na condição financeira do pai, certo? Um homem muito pobre seria condenado a compensar a subjetividade ferida da filha com um pão com mortadela? O “abandono efetivo” de Eike Batista custaria R\$ 200 milhões, em vez de R\$ 200 mil?(2012).

Cumpra esclarecer que, caso haja reconhecimento pelo ordenamento jurídico pátrio do abandono afetivo, esse é o mesmo para todas as crianças e adolescentes, mas serão ressarcidas de forma desigual.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o Estado não pode intervir coativamente na animosidade das relações familiares, sob pena de ferir os princípios da não intervenção e autonomia privada na ótica do Direito de família.

A falta de afetividade no âmbito familiar, via de regra, não traduz ilícito reparável pecuniariamente. O ordenamento jurídico não prevê a obrigatoriedade de sentimentos que normalmente vinculam pais e filhos. Isso porque o sentido é imensurável materialmente.

Tal circunstancia, inclusive, foge do âmbito jurídico, uma vez que os danos causados à personalidade do indivíduo pode originar-se de diversas causas e, mesmo através de perícia especializada, é nebuloso afirmar que o dano decorreu direta e imediatamente de determinada ação.

Ainda há de se considerar que o afeto não é consequência do vínculo genético e sim de aproximações, responsabilidade e convivência mútua.

Não se nega o reconhecimento biológico e a assistência material da paternidade, vez que é um direito irrenunciável, imprescritível e personalíssimo, todavia não está intimamente ligado ao direito de filiação, muito embora seja lamentável a constatação de que algumas relações familiares não se nutrem pelo afeto verdadeiro e espontâneo.

Além disto, uma demanda judicial poderá estabelecer barreiras intransponíveis para aproximação das partes, de forma que o dinheiro não restituirá o *status quo* ou ainda o amor não oferecido oportunamente. Ainda não se revelará como solução do problema, muito menos como um instrumento coercitivo de imposição de amor.

O amor não tem natureza jurídica de norma, princípio ou valor jurídico, mas está ligado à moral, pois a afetividade não é controlada pela razão, devendo ser livre para corresponder à verdade manifesta.

Buscando dar efetividade ao melhor interesse da criança, como sugestão, o Judiciário deveria adotar como medida preventiva a perda ou suspensão do poder familiar, para que não haja danos ao desenvolvimento saudável psíquico, físico e moral do infante, medida essa já prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Priscila Araujo de. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Jul.2012. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/829>>. Acesso em 13 Set. 2012.

AZEVEDO, Reinaldo. **ABANDONO AFETIVO É PURA MANIFESTAÇÃO DE “DIREITO CRIATIVO”! É DEGRADAÇÃO DA CULTURA DEMOCRÁTICA. OU: QUANTO CUSTA O AMOR PATERNO?**. Mai.2012. Disponível em < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/abandono-afetivo-e-pura-manifestacao-de-%E2%80%9Cdireito-criativo%E2%80%9D-e-degradacao-da-cultura-democratica-ou-quanto-custa-o-amor-paterno/>>. Acesso em 05 Set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo 1087163/RJ. Relator Min. Nancy Andrighy. **Diário da Justiça**, Brasília 31 Out 2011.

CRIVELLA, Marcelo. **Projeto de Lei do Senado, nº 700 de 2007**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em 05 Set. 2012.

CURY, Augusto. **Pais brilhantes professores fascinantes**. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 7: responsabilidade civil**. 22. ed. ver., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n.276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRANCO, Carolina Mendes. **Efeitos jurídicos das escolhas pessoais nas relações familiares**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/diretoria@ambito-juridico.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7487&revista_caderno=14>. Acesso em 12 set 2012.

FROSI, Vitor Eduardo. CARDIN, Valéria Silva Galdino. **O AFETO COMO VALOR JURÍDICO**. In XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza – CE 2010. Disponível em < www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf> Acesso em 04 out 2012.

HEILBORN, Maria Luiza. **Familia e Sexualidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2004. *Jornal of Legal Studies* – Vol. 3 – 2008, p.16. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Timm.pdf. Acesso em 13 Set. 2012.

JUNIOR, Antonio Dantas de Oliveira. **A INCIDÊNCIA DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO NO ABANDONO AFETIVO DOS PAIS. É POSSÍVEL?**. Disponível em <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/.../id/29421>. Acesso em 03 Set. 2012.

LEITE, Gisele. **Responsabilidade civil nas relações de Direito de Família**. Jun. 2012. Disponível em <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-direito-de-familia/63997/>>. Acesso em 13 Set. 2012.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Mar. 2000. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>>. Acesso em 10 Mar. 2013.

MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo 2012.016918-1. Rel. Oswaldo Rodrigues de Melo. *Diário da Justiça*, Campo Grande, 16.07.2012.

NASSRALLA, Samir Nicoulau. Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo. In **Boletim da Defensoria Pública**, São Paulo, nº 3, p. 31-44, jul./dez. 2011.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ editora, 2009.

NOROÑA, Alicia Elena Pérez Duarte Y . **EL DAÑO MORAL**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/53/art/art4.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. I. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

POLI, Leonardo Macedo. VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **OS EFEITOS DO ABANDONO AFETIVO E A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PATERNO-FILIAIS**. In XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU, Uberlandia-MG

2011. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=788d986905533aba>>. Acesso em 04 out 2012.

REALE JUNIOR, Miguel. **O afeto ou a bolsa**. 2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,o-afeto--ou-a-bolsa-,881355,0.htm>>. Acesso em 05 set. 2012.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Viver Corretamente**. Dez. 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,viver-corretamente,658209,0.htm>>. Acesso em 12 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo 70 032 196 883. Rel. José Conrado de Souza Júnior. Diário da Justiça, Porto Alegre, 02.09.2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Mai. 2006 Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2#ixzz2N8gpid6c>>. Acesso em 10 de março de 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. **Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana**. In: IOB, Ano VII, n. 32, Out-Nov 2005. Disponível em: <<http://www.iob.com.br/bibliotecadigitalderevistas/bdr.dll/RDF/17f2d/19143/19190?fn=altmain-nf.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em 04 Out. 2012.

TEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil: Dos atos Jurídicos Lícitos. Dos atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da Prova**. Vol III, tomo II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **“Descodificação”, constitucionalização, reprivatização no direito privado: O Código Civil ainda é útil? – The Latin American and Caribbean**. 2008. Disponível em <services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art1/>. Acesso em 04 Out. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 01-102.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas: 2008.

Recebido em 20/6/2016

Aprovado em 11/7/2016

3

EVOLUÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DO REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA NAS CONDENAÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EFEITOS DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.357 E 4.425 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ANTES DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. NATUREZA PROCESSUAL DA LEI 11.960/2009

LEGAL AND JURISPRUDENTIAL EVOLUTION OF THE
INFLATION ADJUSTMENT REGIME IN CONVICTIONS
AGAINST THE PUBLIC TREASURY. EFFECTS OF
DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 4.357
AND 4.425 IN THE SUPREME FEDERAL COURT,
BEFORE ISSUANCE THE OF THE REGISTERED
WARRANTS. PROCEDURAL NATURE OF LAW NO.
11.960/2009

Fábio Murilo Nazar¹

¹ Coordenador e Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Procurador do Estado de Minas Gerais.

Maria do Socorro Gonçalves Nazar²

Victor Sousa Sposito³

RESUMO

Este artigo objetiva analisar a evolução legal e jurisprudencial do regime pelo qual as condenações pecuniárias contra a Fazenda Pública são atualizadas monetariamente, antes da formação do precatório, à luz do que o Supremo Tribunal Federal decidiu nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF, e, ainda, um exame a respeito da repercussão geral atribuída ao Recurso Extraordinário 870.947/SE.

Palavras-chave: Execução. Fazenda Pública. Precatório.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the legal and jurisprudential evolution of the system for pecuniary convictions against Public Treasury are monetarily adjusted, before the legal training of the “precatório”, in the light of what Supremo Tribunal Federal has decided in the Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357/DF and 4.425/DF, and, in addition to, a parsing about the assigned general repercussion to the Recurso Extraordinário 870.947/SE.

Keywords: Execution. *Public Treasury*. “*Precatório*”.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 Execuções contra a Fazenda Pública e suas peculiaridades – inovações do Novo Código de Processo Civil de 2015. 3. Lei 9.494/1997 e posterior alteração realizada pela Lei 11.960/2009. Julgamento das ADIs 4.357/DF e 4.425/DF. 4. Evolução jurisprudencial desde o advento da Lei nº 11.960/2009, que alterou a Lei nº 9.494/1997. 5. Conclusão do entendimento sobre a incidência dos juros e da correção monetária sobre os precatórios. 6. Atualização dos débitos inscritos em precatório de natureza tributária. Referências.

² Bacharel em Direito e Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC).

³ Advogado. Gestor Governamental da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual.

1. INTRODUÇÃO

Neste capítulo trataremos da evolução legal e jurisprudencial do regime jurídico que trata das condenações pecuniárias contra a Fazenda Pública e de como essas condenações são atualizadas monetariamente, seja antes da formação do precatório, seja após a sua expedição. Reafirma-se apenas que o enfoque terá como especial relevância o período após a formação do precatório.

Cabe salientar que o Supremo Tribunal Federal, a partir da decisão havida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425/DF, trouxe um norte jurisprudencial de como o tema deverá ser tratado pelos demais aplicadores do Direito, sendo que na mesma toada, está o julgamento do RE 870.947/SE.

Assim, o que buscaremos é a análise da execução contra a Fazenda Pública e o reflexo sobre os precatórios das decisões do Supremo Tribunal Federal na indicação dos índices de correção monetária e de juros, a partir da análise crítica da Lei 9494/97, Lei 11.960/2009, ADIs 4.357 e 4425/DF, bem como do RE 870.947/SE, tópicos relevantes para a efetiva compreensão desta temática.

Assim, nos próximos tópicos, o presente estudo tomará como análise a forma de atualização monetária dos débitos da Fazenda na primeira fase, no processo de execução, a teor da Lei 9.494/1997, com suas modificações e, posteriormente, os critérios de atualização após a expedição do precatório.

2. EXECUÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E SUAS PECULIARIDADES – INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Devemos salientar que as execuções contra a Fazenda Pública possuem um modo de operação diverso do que ocorre contra os particulares, em virtude do regime de publicidade a que estão afetados os seus bens, merecendo, pois, cautela especial no momento de excussão do débito.

Pode-se citar, dentre as peculiaridades com a qual se tratam os bens públicos, a inalienabilidade enquanto conservarem sua qualificação – salvo os dominicais –, a imprescritibilidade, conforme artigos 100 a 102 do Código Civil e a impenhorabilidade, nos moldes do

art. 100 da Constituição da República de 1988, motivo pelo qual os pagamentos realizados pela Fazenda são realizados por meio do denominado “precatório” ou, quando as dívidas forem de menor monta, por meio da “requisição de pequeno valor”, simplesmente denominado de RPV.

Com efeito, MARINONI e ARENHART, melhor esclarecendo a questão, anotam que:

Em razão dessa particularidade, a ideia da responsabilidade patrimonial dos débitos da Fazenda Pública deve assumir outra feição, já que seriam totalmente inviáveis a penhora e a alienação judicial, indiscriminadas de bens públicos. Ainda que se cogitasse da possibilidade de penhora de tais bens, incidiria a proibição de sua alienação (até porque destinados a uma finalidade pública), tornando inútil o procedimento clássico da execução patrimonial.⁴

Alexandre de Moraes consubstancia, ainda, que o regime dos precatórios visa a assegurar a isonomia entre os diversos credores públicos, a fim de preservar a impessoalidade e a igualdade dos pagamentos, algo que nem sempre era observado pelo Poder Público antes da implementação do regime de pagamentos mediante precatórios. Vejamos a lição do citado autor:

A Constituição Federal, em seu art. 100, disciplina os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual e Municipal, em virtude de sentença judiciária, com a finalidade de assegurar a isonomia entre os credores, impedindo, dessa forma, em consonância com o princípio da impessoalidade, consagrado no art. 37 do Texto Magno, qualquer espécie de favorecimento, seja por razões políticas, seja por razões *pessoais*.

A EC 62, de 9 de dezembro de 2009, determina que os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim⁵.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. Execução. Volume 3. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 401.

⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 607.

Dessa forma, para atender ao princípio da legalidade estrita a que está subordinado o Estado em todas as suas ações, princípio este insculpido no art. 5º, II, da Constituição da República de 1988 e definir de modo consistente a forma de atualização monetária – como o fator de correção em si e o índice dos juros moratórios – das condenações pecuniárias contra a Fazenda, é que foi editada a Lei 9.494/1997, específica para tratar dessa situação, norma que sofreu no decorrer de sua vigência diversas alterações materiais e interpretativas.

É preciso salientar que a prática e o ordenamento jurídico nacional nos mostram dois momentos distintos nos débitos da Fazenda Pública. O primeiro que pode ser denominado de momento da execução, em que há o procedimento de execução contra a Fazenda Pública, o qual está disciplinado nos artigos 534, 535, 536 e 901, todos do Código de Processo Civil de 2015 – NCPC.

Como dito, a execução contra a Fazenda Pública no NCPC quando novos contornos. A primeira grande mudança havida é que, salvo quando se tratar de execução por título extrajudicial – o que quanto à Fazenda Pública é sempre uma exceção, pois a grande maioria dos débitos judiciais da Fazenda advém de sentenças condenatórias a ela impostas mediante o largo processo de conhecimento – as condenações contra a Fazenda Pública se darão mediante a técnica do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública. Ou seja, não há a abertura de um novo processo, com uma nova citação, dentre outros atos processuais, mas sim, a continuidade do processo de conhecimento, agora na fase própria de cumprimento da sentença.

É preciso lembrar que as novas regras definidas no Código de Processo Civil de 2015 facilitarão muito a atualização do precatório quando do seu efetivo pagamento pela Presidência dos Tribunais, já que, conforme o art. 534 do citado diploma legal, no cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo, dentre outros dados que se entender relevantes, o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente; o índice de correção monetária adotado; os juros aplicados e as respectivas taxas; o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária

utilizados; a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; e a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

Existindo mais de um credor exequente, o NCPC determina que cada um deles, necessariamente, deverá apresentar seu demonstrativo de cálculo isoladamente, contendo os requisitos do art. 534, já citados anteriormente.

Por fim, vale a regra de que o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio, dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença, aplicando ao cumprimento de sentença em face da fazenda Pública, a regra insculpida no art. 113, § 1º, do NCPC. Segundo esse dispositivo legal, o requerimento de limitação dos litisconsortes interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomeçará da intimação da decisão que o solucionar.

Mister lembrar que a regra da individualização dos cálculos e do precatório já fazia parte do ordenamento jurídico nacional, por meio do art. 5º, § 1º, da Resolução n. 115 do Conselho Nacional de Justiça, cujo espectro impunha, por ordem do Presidente do Tribunal de origem do precatório, a expedição isolada de um precatório para cada credor, ainda que o processo originário fosse constituído de vários litisconsortes. Vejamos o teor do referido dispositivo normativo:

Art. 5º O juiz da execução informará no precatório os seguintes dados, constantes do processo: § 1º Os precatórios deverão ser expedidos individualizadamente, por credor, ainda que exista litisconsórcio.⁶

Trata-se de norma que facilita a atualização do cálculo quando de seu pagamento, visto que, por vezes, distam anos um do outro (liquidação do débito e efetivo pagamento do precatório).

Não se aplica ao ente público a multa do § 1º do NCPC, que prevê um acréscimo de 10% (dez por cento) sobre o crédito principal e sobre os honorários, conforme estipulado em seu art. 534, § 2º.

⁶ Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 115 de 219 de junho de 2010.

Fica assegurada a intimação pessoal da Fazenda Pública para a execução, seja por carga ou remessa, quando os processos forem físicos, tudo na forma do artigo 535, *caput*, do NCPC.

Quanto à impugnação à execução, o citado diploma legal determina que a impugnação se dará nos próprios autos, no prazo de 30 dias (art. 535, *caput*).

A referida impugnação deverá conter os seguintes temas: falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II – ilegitimidade de parte; III – inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VI – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença; sendo que na alegação de excesso de execução, caberá à parte declarar de imediato o valor correto da execução.

A regra da execução contra a Fazenda Pública mediante precatório prevalece no Novo Código de Processo Civil, tudo conforme seu o art. 535, *caput*.

O mesmo ocorre com as RPV, que são tratadas no NCPC, com uma alteração significativa, qual seja a alteração do prazo de seu cumprimento, que passará a ser de dois meses, contados da data após a entrega da requisição ao ente público, tudo conforme o art. 535, § 3º, II.

Nesse ponto a alteração é significativa, pois anteriormente tinha-se como prazo o termo de 60 dias, fixado na lei que regula os Juizados Especiais Federais, em seu artigo 17, cujo texto é o seguinte:

Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório⁷.

Para o Estado de Minas Gerais, a questão ainda é mais complexa, pois o artigo 9º, § 3º, da Lei Estadual n. 14.699/2003 determina o

⁷ Lei 10.259, de 12 de Julho de 2001.

prazo de 90 dias para o pagamento do RPV, norma esta que cederá frente ao disposto no Novo Código de Processo Civil, já que, tratando-se de norma relativa ao Direito Processual, a competência para legislar é da União, nos termos do art. 22, I, da CF/88, que assim dispõe:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Cabe salientar que, ainda que se entenda que a norma para definir o prazo de pagamento das RPV seja norma atinente ao procedimento processual, o que traria a competência concorrente entre a União e os Estados, na forma do art. 24, XI, da CF/88 (cujo texto indica que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual), havendo norma federal a respeito do tema, cessa a competência dos entes federados para a matéria.

Assim, prevalece a regra do art. 535, § 3º, II, do NCPC, que define o prazo de dois meses para o pagamento das RPV.

Outro ponto inovador na legislação é o fato de que a partir da vigência do NCPC, fica autorizada a expedição de precatório parcial relativo à parte incontroversa da execução (artigo 535, § 4º).

Assim, se não houver impugnação da execução em um de seus tópicos, a parte interessada poderá solicitar a expedição de precatório. Em tese, o § 8º, do art. 100, da CF/88 veda o fracionamento do precatório. Vejamos⁸:

Art. 100. (...)

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

Trata-se de inovação legislativa que adere à jurisprudência já dominante nos Tribunais Superiores ao interpretar o supracitado artigo, que vinha autorizando a expedição de precatório parcial, desde

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

que o mesmo se referisse à parte incontroversa da execução. Vejamos o posicionamento da jurisprudência dos Tribunais Superiores que levou à alteração legislativa:

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Expedição de precatório relativamente à parte incontroversa do montante da execução. Possibilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento⁹.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRECATÓRIO. PARTE INCONTROVERSA DOS VALORES DEVIDOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, na execução contra a Fazenda Pública, a expedição de precatório referente à parte incontroversa dos valores devidos não afronta a Constituição da República¹⁰.

O tema é objeto de repercussão geral junto ao Supremo Tribunal Federal, como se vislumbra da seguinte ementa:

REPERCUSSÃO GERAL – TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – UNICIDADE – FAZENDA PÚBLICA – ARTIGO 100, § 1º E § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Admissão pelo Colegiado Maior¹¹.

Assim, a partir da vigência do NCPC, fica autorizada a expedição de precatório parcial, desde que a parte inicialmente expedida diga respeito à execução incontroversa.

Outro ponto inovador trata da execução de título extrajudicial em face da Fazenda Pública. Nesse caso, o Código de Processo Civil de 2015 afirma no art. 910 que a Fazenda será citada para opor embargos

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 556100 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/04/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-06 PP-01187.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 504128 AgR, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 23/10/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00055 EMENT VOL-02302-04 PP-00829.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 568647 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/12/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-08 PP-01667)

em 30 dias podendo, nos embargos, agitar toda a matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

Apenas nos casos em que não forem opostos embargos, ou seja, transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição da República que é a regra geral da execução contra a Fazenda Pública.

Vejam os teor do art. 910 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

§ 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

§ 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

Finalmente, o § 3º, do artigo 910 do NCPC determina a aplicação subsidiária das regras do cumprimento da sentença, à execução de título extrajudicial, na forma de seus artigos 534 e 535.

Apenas para lembrança histórica, no Código de Processo Civil de 1973, o dispositivo legal que tratava da execução contra a Fazenda Pública era o artigo 730 e seguintes.

3. LEI 9.494/1997 E POSTERIOR ALTERAÇÃO REALIZADA PELA LEI 11.960/2009. JULGAMENTO DAS ADIS 4.357/DF E 4.425/DF.

O ordenamento jurídico pátrio, para regulamentar a forma de atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública, contudo sem ainda realizar a diferenciação entre a fase executória e a fase de precatório, aprovou a Lei 9.494/1997 que, no ponto em que se refere ao presente tópico, a partir da Medida Provisória 2.180-35/2001, incluiu o art. 1º-F, com a seguinte redação originária:

Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas

a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.

Destarte, durante o período de vigência, da maneira como trazida pela redação originária prescrita nesse dispositivo de lei, os débitos da Fazenda Pública, indistintamente, eram atualizados com juros de 6% ao ano (ou 0,5% ao mês), corrigidos monetariamente por meio de índice que, por vezes, ficava ao critério pessoal do julgador.

Basta lembrarmos que os Tribunais espalhados pelo Brasil possuíam critérios diferentes para a correção monetária, sendo que alguns aplicavam o INPC, outros a TR, outros o IGPM e assim por diante, o que gerava discrepância de tratamento e de posicionamento entre os tribunais.

No caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) era o fornecido pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, sendo tomado como o adequado às correções dos débitos da Fazenda Pública.¹²

Posteriormente, em 30/06/2009, foi editada a Lei 11.960/2009, que, num dos trechos de sua Ementa, explicitava que se daria nova redação “ao art. 1º-F da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, para uniformizar a atualização monetária e dos juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública”, passando a vigor com o seguinte teor normativo:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Observe-se que, a partir de então, as condenações a que a Fazenda estaria sujeita deveriam ser atualizadas pela remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança ou, em outras palavras, pela Taxa Referencial (TR), a qual representa a acumulação da TRD – Taxa Referencial Diária, no mês de referência.¹³

¹² Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal/processos/fator-de-atualizacao-monetaria/>. Acesso em fev/2016.

¹³ SILVA, Breno Cardoso Milagres. Atualização Monetária e Incidência de Juros Moratórios nos Débitos da Fazenda Pública. Disponível em <http://www.miga->

Nessa moldura, seguiu-se, de maneira incontroversa, que as ações ajuizadas após o advento da Lei 11.960/2009 se submetteriam à norma em questão.

Todavia, e com toda propriedade, um grande debate doutrinário e jurisprudencial surgiu, no que tangia aos processos em andamento, porquanto a legislação restou omissa quanto a esse aspecto, permanecendo a dúvida quanto à natureza da lei, que para alguns era processual, e por conseguinte, aplicava-se imediatamente aos feitos em andamento, e para outros, tinha natureza de norma material, aplicando-se somente às ações distribuídas a partir de 30/06/2009.

Para causar mais celeuma ao debate travado a partir do que a legislação infraconstitucional consubstanciou, adveio a Emenda Constitucional 62, de 09/12/2009 – específica para as atualizações de precatórios, mas que poderia lançar luzes à interpretação da Lei 9.494/97 – acrescentando o § 12 ao art. 100 da CF/1988, cuja redação se transcreve:

Art. 100. *Omissis.*

[...]

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Outrossim, enquanto a discussão quanto à natureza da norma que determinava os critérios de atualização monetária iniciava o seu fervor, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, a de nº 4.357/DF, em 15/06/2009, e a de nº 4.425/DF, em 08/06/2010, questionando-se a EC 62/2009, inclusive quanto ao referido modo de atualização das dívidas da Fazenda Pública.

Veja-se a ementa única para ambas as ADIs, na parte em que interessa ao estudo:

lhas.com.br/dePeso/16,MI203409,41046-atualizacao+Monetaria+e+Incidencia+de+Juros+Moratorios+nos+Debitos+da. Publicado em 27/06/2014. Acesso em fev/2016.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). (...) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. (...) **5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).** 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que,

salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. (STF. ADI nº 4.425/DF. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Pleno. DJe 19/12/2013)

Percebe-se, da leitura da ementa, que sendo declarada inconstitucional a correção monetária pelos índices atinentes à caderneta de poupança, por não refletir a perda aquisitiva da moeda no período anterior ao pagamento, conforme previsto na EC 62/2009, por arrastamento também se declarou a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, acrescentando-se mais um ingrediente ao debate quanto à sua aplicabilidade, que será analisada adiante.

4. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DESDE O ADVENTO DA LEI Nº 11.960/2009, QUE ALTEROU A LEI Nº 9.494/1997

Anteriormente à declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, ocorrida em dezembro de 2013, o debate, como dito acima, girou em torno da natureza da indigitada norma.

Teria o artigo 1º-F da Lei 9.494/97 natureza de direito material ou processual?

Cabe aqui uma distinção entre ambas as espécies.

Sendo de natureza processual, é certo que a aplicação da norma será imediata, a teor do que ditava ao tempo de sua publicação o art. 1.211 do Código de Processo Civil de 1973, norma repetida pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1.046.

Vejamos o teor do antigo artigo 1.211 do CPC de 1973, *verbis*:

Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes¹⁴.

Vejamos o teor do antigo artigo 1.046 do Novo Código de Processo Civil de 2015, *verbis*:

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973¹⁵.

No entanto, o simples apontamento da lei sobre a aplicabilidade não nos diz muito quanto a cravar se uma norma é material ou processual, podendo-se afirmar somente que a norma adjetiva regula as chamadas “regras do jogo” para resolução de um conflito. Assim discorreu a doutrina de Tércio Ferraz Júnior, *verbis*:

(...) existe uma antiga distinção entre direito adjetivo e direito substantivo. Este rege condutas, tipificando-as como condição necessária (embora não suficiente) para a imputação de sanções. Aquele rege o direito de agir processualmente. A noção de adjetivo, porém, não é rigorosa, posto que o direito de ação não depende, isto é, não adere adjetivamente ao direito substantivo (por exemplo, o direito de propriedade, a obrigação de pagar) pois, como na lide processual, a existência das relações ditas substantivas é que tem de ser demonstrada, o direito de ação tem também algo de substancial¹⁶.

Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar que as normas processuais instrumentalizam o direito material discutido entre as partes.

O debate é estabelecido, então, para dizer se as normas que ditam a correção monetária e os juros possuem natureza material ou se possuem caráter processual, sempre lembrando, conforme a citação acima, que independe de sua localização topográfica no mundo jurídico para colocação dessa diferença, já que, por exemplo, o Código Civil, clássica lei de direito material, possui no seu arcabouço o art. 407, que trata da aplicação dos juros.

¹⁴ BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

¹⁵ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação. 4ª Ed. São Paulo: Atlas. 2003, p. 144.

Iniciando-se no âmbito doméstico, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em princípio, passou a ter o posicionamento de que a legislação anterior à Lei 11.960/2009 vigeria nos processos em curso, ainda que não tivesse sentença, impondo como marco temporal a data de 29/06/2009. A partir de 30/06/2009 os débitos da Fazenda Pública seriam atualizados com a nova redação dada pela Lei 11.960/2009:

CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – DIREITO INTERTEMPORAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 1º-F DA LEI Nº 11.960/2009. – A partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, em 30/06/2009, os juros devidos nas condenações impostas à Fazenda Pública são equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros inerentes à caderneta de poupança, mantida a aplicação da norma anteriormente vigente à alteração, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade. – Embargos de declaração parcialmente acolhidos¹⁷.

Relativamente aos processos com sentença prolatada, sem trânsito em julgado, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais deliberava da mesma forma:

AÇÃO ORDINÁRIA. REVISIONAL DE APOSENTADORIA – SERVIDOR APOSENTADO DA EXTINTA IMPRENSA OFICIAL – TRANSFORMAÇÃO EM AUTARQUIA – LEIS ESTADUAIS 11.050/1993, 11.177/1993 E 13.869/01 – PRETENSÃO À EQUIPARAÇÃO DOS PROVENTOS COM A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES ATIVOS – TRANSFORMAÇÃO E RECLASSIFICAÇÃO DE CARGOS – PRINCÍPIO DA PARIDADE – ARTIGO 40, § 8.º DA CF/88- ARTIGO 36, § 4.º, DA CEMG – DIFERENÇAS PRETÉRITAS – PRECEDENTES DO TJMG – JUROS MORATÓRIOS – JURISPRUDÊNCIA DO STJ – DANOS MORAIS – IMPROCEDÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA. – [...] Nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de diferenças de verbas remuneratórias, em ação ajuizada após a entrada em vigor da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1.º-F à Lei 9.494/97 e antes da vigência da Lei nº 11.960/2009, os juros moratórios devem ser fixados à razão de

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 7449205-55.2007.8.13.0024. Rel. Des. Barros Levenhagen. 5ª Câmara Cível. Publicação em 08/10/2009)

6% (meio por cento) ao ano, contados a partir da citação válida (Súmula nº 204 do STJ)¹⁸. [...]

Entretanto, havia divergência acentuada dentre as Câmaras do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com algumas delas se posicionando no sentido de que a Lei nº 11.960/2009 tinha natureza material, tudo para adequar-se a então jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos os julgados:

APELAÇÃO CÍVEL – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – LEI 11.960/2009 – INAPLICABILIDADE. – A Lei 11.960, de 30 de junho de 2009, possui natureza material, razão pela qual não se aplica às ações propostas antes de sua vigência. (Apelação Cível nº 1.0024.08.996214-6/001. Rel. Des. Moreira Diniz. 4ª Câmara Cível. Publicação em 29/01/2010)

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADVOGADO NOMEADO COMO DEFENSOR DATIVO. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. JUROS E CORREÇÃO. LEI Nº 11.960/2009. INAPLICABILIDADE. – [...] A Lei nº 11.960/09 alterou substancialmente a forma de correção de débitos da Fazenda Pública e, em se tratando de norma de natureza material, não se aplica aos processos já iniciados quando de sua entrada em vigor. Inaplicabilidade, outrossim, do art. 1º- F da Lei nº 9.494/97. (Apelação Cível nº 7453538-50.2007.8.13.0024. Rel. Des. Alberto Vilas Boas. 1ª Câmara Cível. Publicação em 09/07/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97 – REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.960/2009 – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA – NORMA DE CARÁTER INSTRUMENTAL E MATERIAL. Aplica-se ao caso o artigo 1º-F da Lei 9.494/97, mas com a redação que era dada a este artigo quando do trânsito em julgado do título executado, em 2006. Isto porque o Superior Tribunal de Justiça já assentou que a alteração do texto do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, conferida pela Lei 11.960/2009, não pode ser aplicada aos feitos em curso, já que se trata de norma de natureza instrumental e material e não de Lei de cunho meramente

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 2547639-33.2008.8.13.0024. Rel. Des. Armando Freire. Rel. Des. 1ª Câmara Cível. Publicação em 30/04/2010.

processual, como afirma o apelante. (TJMG. Apelação Cível nº 0730274-45.2010.8.13.0024. Rel. Des. Wander Marotta. 7ª Câmara Cível. Publicação em 08/07/2011)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como dito no parágrafo anterior, também vigorava o posicionamento quanto à materialidade da norma, para fins de análise intertemporal:

PROCESSUAL CIVIL. JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS. CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/1997 COM A REDAÇÃO DA LEI N. 11.960/2009. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES AJUIZADAS ANTES DE SUA VIGÊNCIA. RESERVA DE PLENÁRIO, SÚMULA VINCULANTE N. 10 E PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. DESCABIMENTO.

1. A respeito dos juros moratórios, de acordo com a jurisprudência do STJ, em se tratando de ação de natureza previdenciária, por se tratar de verba de caráter alimentar, os juros moratórios devem ser calculados à base de 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula n. 204/STJ.

2. O art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, incluído pela MP n. 2.180-35/2001, disciplinava a incidência dos juros nas condenações impostas à Fazenda Pública para o pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Dessa forma, inaplicável a redução dos juros de mora em ações que envolvem segurados da Previdência Social, sem vínculo estatutário com a autarquia.

3. A partir da alteração promovida pela Lei n. 11.960/2009, o legislador uniformizou a regra dos juros moratórios devidos pela Fazenda em ações de qualquer natureza. No entanto, afasta-se a incidência dos juros de 0,5% ao mês porquanto a ação foi ajuizada antes do advento da Lei n. 11.960, de 30/6/2009.

4. Descabe falar-se em adoção do procedimento previsto no art. 97 da Constituição Federal se a tese do recorrente foi afastada somente por ser inaplicável à espécie, e não porque os dispositivos da Lei n. 11.960/2009 possuam incompatibilidade com o texto constitucional.

5. Agravo regimental improvido. (Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.366.327/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Dje 27/06/2011)

Outros exemplos podem ser citados, dentre eles os seguintes: Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.057.014/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Dje 20/11/2009; Recurso Especial nº 1.179.597/PR, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, DJe 05/03/2010; Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.080.179/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 18/03/2010; Recurso Especial nº 1180824/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Dje 10/06/2010.

Os tribunais pátrios seguiam a mesma linha, dentre os quais o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento nº 0085460-72.2011.8.26.0000); Tribunal de Justiça do Paraná (Embargos de Declaração no Reexame Necessário nº 0710397-5/01); Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Apelação Cível nº 2009.03.99.012068-6); Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Apelação Cível nº 0072422-52.2010.807.0001).

Contudo, ocorrendo um verdadeiro *overruling*, ante algumas divergências que começaram a ocorrer nos Tribunais (como o próprio TJMG, citado acima), a Corte Especial do STJ alterou seu posicionamento para determinar a natureza processual da norma em questão.

Ou seja, na prática, com a mudança de posicionamento, a norma descrita no artigo 1-F da Lei 9.494/97, com sua redação dada pela Lei 11.960/2009, na visão do Superior Tribunal de Justiça, passou a ter aplicação imediata aos processos em andamento, nos termos do citado art. 1.211 do Código de Processo Civil de 1973, anotando-se, ainda, a impossibilidade de retroação da norma, gerando, em efeito cascata, o posicionamento clássico adotado nos tribunais brasileiros:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem

observados nas “condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, quais sejam, “os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.

2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.

4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do *tempus regit actum*.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.

8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos¹⁹.

¹⁹ BRASIL – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.205.946/SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Corte Especial. DJe 02/02/2012)

Embora pacificada a questão de que a Lei 11.960/09 aplicava-se aos processos pendentes de julgamento imediatamente, atualizando-se monetariamente os valores sob sua égide a partir de 30/06/2009, simultaneamente, com a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, de parte do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, sem, ainda, o Pretório Excelso determinar a modulação dos efeitos nas ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, permaneceu a dúvida quanto ao índice a ser aplicado e sobre qual momento este deve incidir.

No entanto, antes de verificarem-se os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, os tribunais deveriam estabelecer qual o critério de atualização monetária nos débitos da Fazenda Pública, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido de formas variadas: pela aplicação da antiga redação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35/2001 (Recurso Especial nº 1.272.239/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 01/10/2013); pela aplicação do INPC (Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 384.530/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19/08/2014).

Finalmente, no julgamento do Recurso Especial nº 1.270.439/PR, no regime dos recursos repetitivos de controvérsia, a teor do art. 543-C do CPC/73, o STJ chegou à conclusão de que se deveria aplicar, como contagem de juros deve ser conforme caderneta de poupança e a correção com base no IPCA-E.

(...) VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. “Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado,

no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente” (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade. parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária – o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 –, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008²⁰.

Finalmente, para dirimirem-se as controvérsias e unificar a jurisprudência, em 25/03/2015, foi suscitada a Questão de Ordem nas ADIs 4.375 e 4.425, na qual restou afirmado que serão aplicados aos precatórios os juros inerentes à poupança, salvo quando se tratarem de débitos de natureza tributária, que terão a mesma atualização aplicáveis aos débitos tributários da Fazenda Pública.

Restou definido, ainda, que será aplicado aos precatórios o índice de correção dado à caderneta de poupança, até a data de 25 de março de 2015, oportunidade a partir da qual se deveria utilizar o IPCA-E.

Observe-se o teor da certidão de julgamento do julgamento havido pelo STF, na parte inerente ao que aqui se discute²¹:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS

²⁰ BRASIL. superior tribunal de justiça. Recurso Especial nº 1.270.439/PR. Rel. Min. Castro Meira. Primeira Seção. DJe 02/08/2013)

²¹ Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425. Rel. Min. Luiz Fux. Plenário. Julgamento em 25/03/2015.

TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao constanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.

[...]

3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.

Nessa esteira, como houve efeitos prospectivos atribuídos às ADIs em comento, a partir de 25/03/2015, até essa data é assegurada à Fazenda Pública a correção monetária dos precatórios até então constituídos por meio do índice vinculado à caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR) e, somente após, nos precatórios, deverá utilizar-se o IPCA-E, índice definido para a correção dos precatórios judiciais.

Observe-se que a Suprema Corte, em verdade, atestou irrefutavelmente que a norma inculpada no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, possui evidente NATUREZA PROCESSUAL, devendo, pois, aplicar-se imediatamente aos processos

em andamento até 25/03/2015, porquanto não fez qualquer ressalva a respeito dos processos ajuizados antes ou após 30/06/2009, ratificando, assim, o indigitado acórdão proferido pelo STJ, no REsp 1.205.946/PR.

Outrossim, tendo em vista a decisão proferida pelo Supremo em 25/03/2015 quanto à conclusão do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, que, como visto anteriormente, somente se referiu ao precatório judicial, em 16/04/2015, o Supremo, no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, de relatoria do Min. Luiz Fux, atribuiu repercussão geral em relação à incidência de juros e correção monetária nas execuções no que concerne ao período anterior à formação do precatório, ordenando-se o sobrestamento dos recursos nas vias ordinárias, com mérito ainda pendente de julgamento, **ATÉ QUE A QUESTÃO SEJA EFETIVAMENTE DECIDIDA, O QUE ATÉ O PRESENTE MOMENTO AINDA NÃO OCORREU.**

Vejamos o teor da decisão proferida pelo Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. TEMA 810. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Reveste-se de repercussão geral o debate quanto à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidente sobre condenações impostas à Fazenda Pública

segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

2. Tendo em vista a recente conclusão do julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, ocorrida em 25 de março de 2015, revela-se oportuno que o Supremo Tribunal Federal reitere, em sede de repercussão geral, as razões que orientaram aquele pronunciamento da Corte, o que, a um só tempo, contribuirá para orientar os tribunais locais quanto à aplicação do decidido pelo STF, bem como evitará que casos idênticos cheguem a esta Suprema Corte.

3. Manifestação pela existência da repercussão geral. (sem grifos no original)

É de notar-se, assim, que, mantendo a coerência quando do julgamento em Plenário, em virtude do que restou decidido na Questão de Ordem nas ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, a tendência é a estabelecer-se a correção monetária e juros conforme a Taxa Referencial da caderneta de poupança.

5. CONCLUSÃO DO ENTENDIMENTO SOBRE A INCIDÊNCIA DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE OS PRECATÓRIOS

Ao cabo do presente tópico desta dissertação, depreende-se que a evolução legal e jurisprudencial relativamente aos critérios de correção monetária e dos juros de mora nas condenações pecuniárias a serem arcadas pela Fazenda Pública, tanto na fase anterior à formação do precatório, como após sua expedição, é fruto de uma incessante busca, em nome do princípio da legalidade e do apoio ao credor para o recebimento dos seus valores devidos, de forma a não diminuir o prejuízo em decorrência do pomposo tempo a esperar pelo moroso pagamento.

Outrossim, considerando-se que os dinheiros são públicos, a forma pela qual se atualiza a moeda, nas condenações da Fazenda, de forma criteriosa e estanque, visa a garantir salvaguarda em relação ao ente público federado, que nada mais é do que a união de forças de toda a população em busca do bem comum.

Verifica-se, com efeito, uma construção morosa, com percalços, principalmente no que tange à interpretação da aplicação da norma, a fim de garantir tanto ao credor, que merece receber o que lhe é de direito, mas, também, resguardar a Fazenda, devedora, os pagamentos da forma mais justa possível, evitando o enriquecimento ilícito do credor.

Dessa forma, a evolução jurisprudencial, consignando o caráter processual da norma que fixa os critérios de atualização monetária a que se adstringem as condenações em face das pessoas jurídicas de direito público, evidencia o cuidado com o qual o tema é tratado pelo Poder Judiciário, pela segurança jurídica.

6. ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIO DE NATUREZA TRIBUTÁRIA

Como consignado acima, a existência do precatório visa a assegurar os princípios da isonomia e da impessoalidade em relação aos credores que deve ser mantido tanto nos momentos de dispêndio do erário para efetuar os pagamentos, quanto na manutenção e respeito, pelo Poder Público da ordem de precedência correta na fila dos credores.

Assunto que mereceu destaque por parte do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem na ADI 4357/DF e 4425/DF, foi a forma de contagem dos juros dos créditos tributários em favor da Fazenda Pública.

Como cediço, o Código Tributário Nacional – CTN – prevê no art. 161 a regra que ora se transcreve:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Veja-se que o percentual de juros nos créditos tributários da Fazenda será, em regra, de 1% (um por cento), salvo quando lei especial trouxer disposição em sentido contrário.

Por outro lado, o § 12, do art. 100 da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional n. 62/2009, assim dispõe:

Art. 100. *Omissis.*

(...)

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples

no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Atente-se, com efeito, que todos os precatórios, independentemente da obrigação que o originou, seja ela de cunho indenizatório, de pagamento de diferenças salariais, incluindo-se nestes os tributários deverão ser acrescidos de juros de mora, já que há sempre um lapso temporal entre o fato jurídico gerador da obrigação e o seu pagamento.

Em regra, após a edição da Lei 11.960/2009 que deu nova redação ao art. 1-F da Lei 9.494/97, o percentual dos juros moratórios nas condenações impostas ao Poder Público, será o mesmo aplicável à caderneta de poupança.

No caso dos débitos tributários, resta evidente a diversidade de critério aplicável quando o credor for o Fisco, pois a este se aplica a regra da taxa SELIC.

É sabido que, na realidade, não se aplica a regra geral do art. 161 do CTN de que os créditos deverão ser acrescidos de juros à razão de 1% (um por cento) mensal, mas, sim, a exceção, originada pela Medida Provisória 947/1995, convertida na Lei 9.065/1995, que consignou que os créditos tributários em favor da Fazenda, de que *tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, seriam equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.*

Ricardo Alexandre leciona sobre o tema da seguinte maneira:

A regra constante no § 1º do art. 161 do CTN é meramente supletiva, de forma que somente se aplica a taxa de juros de 1% ao mês ali prevista caso não haja percentual especificamente previsto na lei tributária.

Atualmente, no âmbito federal, a correção monetária e os juros de mora estão reunidos em único índice, a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC.

A possibilidade da utilização da taxa se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que entende ser impossível a

cumulação da SELIC com qualquer outro índice de correção (REsp 447.690)²².

A taxa SELIC, por sua vez, sendo a taxa básica de juros do Brasil, e possuindo um rendimento que em regra é superior ao patamar de 1% (um por cento) mensal, bem como aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, constitui uma vantagem considerável à Fazenda na atualização dos valores, pelo que há notadamente uma diferenciação entre dois débitos de igual quantia inicial, caso os credores sejam, de um o ente público e de outro o particular.

Cabe salientar que a taxa SELIC sempre será superior à taxa de juros aplicável à caderneta de poupança, nos moldes do disposto no art. 1º da Lei 12.703/2012, que assim dispõe:

Art. 1º O art. 12 da Lei no 8.177, de 1o de março de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação: (...)

II - como remuneração adicional, por juros de:

a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); ou

b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos.

Assim, é certo que a indicação do índice de juros a ser aplicado à caderneta de poupança segue a taxa SELIC, sendo aplicado até 0,5% quando esta for superior a 8,5%, e 70% do índice da taxa SELIC, quando a mesma for inferior à 8,5%, ficando sempre em patamar de menor monta.

Dessa forma, a Suprema Corte do país, também nas ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, no que concerne aos juros de mora aplicáveis às condenações contra a Fazenda Pública nas ações ligadas aos pedidos de repetição de indébitos tributários, declarou inconstitucional a aplicação de juros de mora a teor do índice de remuneração da caderneta de poupança, por ferir o princípio da isonomia, agora entre a Fazenda

²² ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquemático. 7ª Ed. São Paulo: Método, 2013, p. 404.

Pública e o particular, já que, para o débito da mesma natureza, a compensação da mora se daria de forma diversa e para menor. Observe-se o teor da ementa única no ponto em questão:

(...)

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. (...)

É interessante observar a *ratio decidendi* para se chegar à conclusão de inconstitucionalidade dos juros moratórios com índices diversos, conforme assentado nas razões postas no voto Ministro/Relator para o Acórdão Luiz Fux, *in verbis*:

II. 2.3. Atualização monetária e juros de mora

Na sequência, alegam os autores a inconstitucionalidade material do novo regime da atualização monetária e dos juros moratórios no precatório, previsto no § 12 do art. 100 da CF [...].

Quanto ao regime dos juros moratórios incidentes sobre condenações judiciais da Fazenda Pública, a EC nº 62/09 também fixou, como critério de quantificação, o índice de remuneração da caderneta de poupança. Segundo os requerentes, tal situação configuraria ultraje à isonomia entre o Estado e os cidadãos, porquanto o Poder Público teria seus créditos corrigidos pela taxa SELIC, cujo valor, de fato, supera o rendimento da poupança, notadamente após as novas regras de seu funcionamento, editadas em maio de 2012. Pela sistemática em vigor, a caderneta de poupança tem remuneração composta de duas parcelas: (i) a básica, dada pela Taxa Referencial (TR) e (ii) a adicional, cujo montante varia em função da Taxa SELIC, da seguinte forma: (a) 0,5% ao mês, enquanto a meta da taxa SELIC ao ano for superior a 8,5%; ou (b) 70% da meta da taxa SELIC ao ano, mensalizada, vigente

na data de início do período de rendimento, enquanto a meta da taxa SELIC ao ano for igual ou inferior a 8,5%. Assim é que a atual remuneração da caderneta de poupança é sempre inferior à taxa SELIC, o que reforça os argumentos de violação à isonomia entre o Estado e o particular.

Sem embargo das diferentes visões sobre o tema, a análise da constitucionalidade do dispositivo requer atenção à tese jurídica encampada pela Corte no julgamento do RE nº 453.740, rel. Min. Gilmar Mendes. [...] O cerne da controvérsia era saber se o aludido patamar de juros violava o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput), na medida em que o Código Civil, ao remeter à legislação tributária, fixa, como regra geral, o percentual de doze por cento ao ano para fins de compensação da mora (ex vi do seu art. 406 c/c art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional). Diante desse cenário, enquanto os devedores em geral se sujeitariam ao Código Civil e ao Código Tributário Nacional, a Administração Pública, quando estivesse em mora perante seus servidores e empregados, estaria obrigada a pagar juros pela metade do percentual codificado, configurando suposto privilégio odioso.

Pois bem. Postas as teses jurídica perante a Corte, prevaleceu o entendimento do relator quanto ao referencial de isonomia que deve presidir as relações entre Estado e particulares. Consoante suas razões, o relevante é investigar a igualdade em cada relação jurídica específica (e.g., tributária, estatutária, processual, contratual etc.), e não a partir de uma dicotomia genérica entre Poder Público/cidadão. Assim é que o Estado e o particular devem estar sujeitos à mesma disciplina em matéria de juros no contexto de uma relação jurídica de igual natureza. Nesse sentido, o STF afirmou a constitucionalidade da limitação de seis por cento ao ano como índice de juros moratórios de verbas devidas a servidores e empregados públicos, desde que reconhecido que a limitação “também deverá ser observada pela Fazenda Pública, na cobrança de seus créditos, decorrentes de verbas remuneratórias indevidamente pagas a servidores e empregados públicos, fixando-se juros moratórios em 6% ao ano, de modo que o crédito e o débito tenham tratamento idêntico, entre a Fazenda Pública e seus empregados e servidores, no tocante à fixação de juros moratórios”.

A mesma lógica se aplica à hipótese vertida nestes autos. O ponto fundamental é que haja o mesmo regime de tratamento quanto aos juros moratórios para o credor público e para o credor privado em cada relação jurídica específica que integrem.

[...] Dado que, segundo o plenário do Supremo Tribunal Federal, os critérios de fixação dos juros moratórios devem ser idênticos para Fazenda Pública e para o cidadão, a depender da natureza da relação jurídica em jogo, havendo divergência entre índices previstos pelo ordenamento para uma mesma situação, deve-se prestigiar aquele critério que esteja albergado por dispositivo de maior magnitude hierárquica. In casu, os juros moratórios incidentes sobre condenações judiciais foram fixados, para o devedor público, de forma genérica no plano constitucional. Devem ser, portanto, aplicados, de forma igualmente genérica, aos devedores particulares da Fazenda, prevalecendo sobre quaisquer leis específicas que disponham de forma diferente sobre o assunto, as quais perderam sua validade desde o advento da EC nº 62/09.

Entendimento em contrário, no sentido de censurar a emenda por não observar os índices infraconstitucionais aplicáveis ao devedor privado, teria o grave inconveniente de condicionar a validade de uma emenda constitucional à disciplina ordinária do tema, que sequer é objeto da presente ação direta. É nítida aí a subversão da hierarquia das fontes no direito brasileiro, em cujo ápice figura a Carta Magna da República. Ex positis, forte na tese jurídica acolhida pela Corte no julgamento RE nº 453.740, rel. Min. Gilmar Mendes, entendo que os mesmos critérios de fixação de juros moratórios devem prevalecer para devedores públicos e privados, nos limites da natureza de cada relação jurídica analisada. Com a edição da EC nº 62/09, a questão do índice específico, até então tratada pela legislação ordinária, ganhou foros constitucionais, ainda que por norma endereçada apenas ao devedor público. Destarte, havendo índice constitucional bem definido para todas as condenações judiciais da Fazenda Pública, esta deve ser aplicada para o devedor particular na exata extensão em que aplicado ao Poder Público.

Divirjo, portanto, do entendimento do i. Min. relator para rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do §12 do art. 100 da Constituição, com redação dada pela EC nº 62/09, ao fixar o índice de juros moratórios devidos pela Fazenda Pública em valor equivalente à remuneração básica da caderneta de poupança, critério que, por força do princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), deve ser aplicado de imediato aos devedores privados da Fazenda.

Ante a ofensa à isonomia, o Supremo determinou que a hermenêutica levada a cabo em relação à sua interpretação seja conforme o indigitado princípio da igualdade de tratamento entre o Fisco e o

contribuinte, pelo que os débitos de natureza tributária sejam acrescidos de juros a partir dos mesmos critérios, seja credor o particular ou a Fazenda Pública, implicando, assim, a desnecessidade de declaração de inconstitucionalidade pela redução de texto, mas, tão somente, como dito, uma interpretação conforme a Constituição.

Ora, de fato, não há como se conceber qualquer diferenciação, nos termos do que prevê o art. 5º, I, da Constituição da República, e, ainda, do que prescreve seu art. 19, III, ao determinar que é vedado aos entes federados criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Ademais, a utilização de índices idênticos de acréscimo de juros traz segurança jurídica às partes, que não se valerão dos mais variados critérios que um e outro Tribunal pudessem aplicar, garantindo-lhes a previsão do real montante a receber em determinado período, o que demonstra o acerto da Suprema Corte na sua deliberação vinculante.

A Fazenda Pública, ainda que os valores referentes à arrecadação sejam de suma importância para o seu desenvolvimento, não pode ser beneficiada injustificadamente, enriquecendo-se ilicitamente quando da restituição do indébito tributário frente ao contribuinte, pois a aplicação de taxas de juros descompassadas geraria um locupletamento do dinheiro privado pelo Poder Público, algo que não condiz com a licitude pela qual a Fazenda deve mirar seus atos jurídicos administrativos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquemático. 7ª Ed. São Paulo: Método, 2013,

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 11.960, de 29 de junho de 2009. Altera e acresce dispositivos às Leis nos 9.639, de 25 de maio de 1998, e 11.196, de 21 de novembro de 2005, para dispor sobre parcelamento de débitos de responsabilidade dos Municípios, decorrentes de contribuições sociais de que tratam as alíneas a e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991; bem como acresce dispositivo à Lei no 6.830, de 22 de setembro de 1980, para simplificar o tratamento dado às cobranças judiciais da

dívida ativa quando, da decisão que ordene o seu arquivamento, tiver decorrido o prazo prescricional; dá nova redação ao art. 47 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, para dispensar a apresentação da Certidão Negativa de Débito em caso de calamidade pública ou para recebimento de recursos para projetos sociais, ao art. 1º-F da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, para uniformizar a atualização monetária e dos juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, ao art. 19 da Lei no 11.314, de 3 de julho de 2006, para estender o prazo durante o qual o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes poderá utilizar recursos federais para executar obras de conservação, recuperação, restauração, construção e sinalização de rodovias transferidas para outros membros da Federação, e ao inciso II do art. 8º da Lei no 11.775, de 17 de setembro de 2008, para prorrogar a data-limite para adesão pelos mutuários de créditos rurais inscritos em Dívida Ativa da União ao parcelamento dos seus débitos; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 jun. 2009.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei 9.065, de 20 de junho de 1995. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, que altera a legislação tributária federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 jun. 1995.

BRASIL. Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 dez. 1997.

BRASIL. Lei 12.703, de 07 de agosto de 2012. Altera o art. 12 da Lei no 8.177, de 1o de março de 1991, que estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências, o art. 25 da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras

providências, e o inciso II do art. 167 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 384.530/RJ. Relator: Humberto Martins. Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.366.327/SP. Relator: Jorge Mussi. Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.205.946/SP. Relator: Benedito Gonçalves. Corte Especial. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF. Relator: Ayres Britto. Redator p/ Acórdão: Luiz Fux. Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF. Relator: Ayres Britto. Redator p/ Acórdão: Luiz Fux. Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 870.947/SE. Relator: Luiz Fux. Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 abr. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação. 4ª Ed. São Paulo: Atlas. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. Execução. Volume 3. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Breno Cardoso Milagres. Atualização Monetária e Incidência de Juros Moratórios nos Débitos da Fazenda Pública. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203409,41046-Atualizacao+Monetaria+e+Incidencia+de+Juros+Moratorios+nos+Debitos+da>. Publicado em 27/06/2014. Acesso em fev/2016.

Recebido em 8/6/2016

Aprovado em 8/7/2016

4

SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ODONTOESTOMATOLOGÍA, DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL – LA APLICABILIDAD EN BRASIL

Fernanda Capurucho Horta Bouchardet¹

Bernardo Perea Pérez²

**Agradecimiento: Al Luciano Rios Scherrer por el
tratamiento y análisis estadístico de los datos**

Esta investigación ha sido financiada por FUNDACIÓN
MAPFRE en la Convocatoria Ayuda a la Investigación 2015

RESUMEN

En los últimos 15 años la presión legal de los pacientes se ha convertido en un hecho de intensidad creciente que preocupa cada vez más a los profesionales. El objetivo del presente estudio fue la

¹ Doctora en Ciencias de la Salud por la Facultad de Medicina – Univ. Coimbra – Portugal. Máster en Medicina Legal y Ciencias Forenses – Univ. Coimbra – Portugal. Coordinadora del Posgrado en Odontología Legal – PUC Minas – Brasil.

² Director de la Escuela de Medicina Legal. Profesor Titular del Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria. Facultad de Medicina Universidad Complutense de Madrid.

propuesta de integración de los sistemas de valoración españoles y europeos en el marco normativo brasileño. Se observó que el valor medio de las indemnizaciones reales concedidas en Brasil fueron estadísticamente más dispares ($p < 0,01$) que las determinadas mediante la metodología del salario mínimo en Brasil y utilizando los valores y metodología del BOE España, debido a la ausencia de una metodología comprobada. Nuestro estudio demostró que la indemnización media para los daños únicamente temporales es, en términos estadísticos, igual del grupo en el que se dan conjuntamente daños temporales y permanentes en Brasil. Que es lo mismo, que las víctimas que no tienen secuelas reciben una indemnización similar a las víctimas que curaron con alguna secuela. No hay distinción entre los daños temporales y permanentes. Por eso hay necesidad de un sistema para valorar los daños y perjuicios que se pueden causar a consecuencia del ejercicio profesional de la Odontología/Estomatología y por supuesto de los demás daños corporales.

Palabra-clave: responsabilidad profesional, demandas, mal-praxis.

ABSTRACT

Valuation system of damage caused in the professional exercise of odontoestomatology, due to professional responsibility – the applicability in Brazil.

In the last 15 years, the legal pressure of patients has increased causing more concern to the professionals. The objective of this study was the integration proposal of the Spanish and European valuation systems in the Brazilian regulatory framework. It was observed that the average indemnification value in Brazil was statistically disparate ($p < 0,01$) than those determined by the minimum wage methodology in Brazil and using the Spanish BOE values and methodology, due to the lack of a verified methodology. Our study showed that the average for only temporary damages is, in statistical terms, the same as group that have jointly temporary and permanent damage in Brazil. That is the same as the victims who doesn't have sequelae receive a similar indemnification as the healed victims with sequelae. There is no distinction between temporary damage and permanent damage. For that

reason, there is the necessity of a valuation system of the damage that can cause a consequence to the professional practice of the Odontology/Stomatology and, of course, the other corporal damages.

Keyword: profesional liability, claims, malpractice.

Sumário: 1. Introducción. Sistema de Valoración de Daños en Brasil en la Actualidad Sistema de Valoración de Daños en España 3. Desarrollo. 4. Conclusión. 5. Bibliografía. Datos Adjuntos.

1. INTRODUCCIÓN

La evaluación del daño relativo a traumatismos dentarios presenta algunas dificultades, ya que estas lesiones difieren de cualquier otro perjuicio corporal, porque los elementos dentarios, en su conjunto, desempeñan tríplice función: masticatoria, fonética y estética¹.

Se observa que en accidentes y agresiones, en muchos casos, la cara es alcanzada. Las lesiones del aparato masticatorio son frecuentes en razón de la facilidad con que la cara es alcanzada por el traumatismo. La violencia física, accidentes deportivos, caídas y, sobre todo de tránsito, están contribuyendo con indeseable frecuencia a esta casuística².

La evaluación del sistema estomatognático es uno de los principales problemas no adecuadamente resueltos en la actual tabla sobre daños corporales debido a las diversas implicaciones que presenta. Si bien se trata de una alteración importante desde el punto de vista social, debido a relevancia en las últimas décadas de la importancia de las funciones buco-maxilo-faciales³.

En este contexto, se ha observado, por parte de los peritos un creciente interés en el establecimiento de parámetros técnicos para la calificación y, especialmente, cuantificación del daño corporal, para que no ocurran desigualdades de tratamientos entre las víctimas que hayan perjuicio similar. Señálese, que en el Brasil, no están oficialmente definidas normas periciales en cuanto a este sistema de evaluación⁴

Con el tiempo se ha demostrado la utilidad de emplear estas herramientas de cuantificación de los daños. Así surgen los baremos,

como una necesidad para evitar engaños de la generosidad o la codicia excesiva por el médico que va a evaluar un daño corporal. El baremo es la manera más justa de abordar una indemnización completa, permaneciendo lo más fiel posible a la evidencia verificable y que personalizan el daño, sin añadir las subjetividades de los heridos, el experto médico/odontólogo y el juez³.

SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS EN BRASIL EN LA ACTUALIDAD^{5,6}

La imagen de Brasil es similar a la de otros países. Con las tablas instituidas por las leyes aprobadas en materia de accidentes en el trabajo, las operaciones de expertos de Brasil comenzaron a utilizar la tabla única que existió entre 1991 y publicada en la Circular 29/91 de la “Superintendência de Seguros Privados” (SUSEP). Este es también un organismo gubernamental dependiente del Ministerio de la Hacienda.

La tabla “SUSEP” se utiliza para el cálculo de la indemnización en caso de invalidez permanente por accidente. Se utiliza para determinar el porcentaje de capital indemnizada que debe ser pagado por la aseguradora que tiene una garantía de incapacidad permanente por accidente, después de la finalización del tratamiento - que es la fecha de consolidación de la lesión sufrida y toma nota de la existencia de una discapacidad permanente evaluada después de la baja médica.

En las situaciones donde las funciones de los miembros u órganos lesionados del cuerpo lesionado no se abolieron por completo, la compensación por la pérdida parcial se calcula aplicando el porcentaje especificado en la tabla por su pérdida total y el grado de reducción funcional presentada. En ausencia de porcentaje de reducción de la indicación precisa, el grado de esta reducción se puede estimar en un máximo, media o mínima; la indemnización se calculará respectivamente sobre la base de los porcentajes de 75, 50 e 25%.

En lesiones no previstas en la tabla, la indemnización se establece utilizando como base la disminución permanente de la capacidad física del siniestro, independientemente de su profesión. Cuando del mismo accidente resultaren incapacidades de más de un miembro, órgano o función, la indemnización deberá ser calculada sumándose los porcentajes respectivos, cuyo total no puede exceder 100%. De haber

dos o más lesiones en un mismo miembro u órgano, la suma de los porcentajes correspondientes no podrá exceder a la indemnización prevista para la pérdida total del miembro analizado. Si existe un estado anterior, si un miembro u órgano ya presentaba una alteración de la salud anterior al accidente analizado, esa pérdida deberá ser deducida del grado de incapacidad definitiva, para efecto de indemnización.

La tabla “SUSEP” fue propuesta para cálculo de la indemnización en caso de invalidez permanente, inclusive excluido cualquier análisis de repercusión laboral en los cálculos de indemnización para ser promovidos por las aseguradoras. Aunque esta tabla se ha elaborado en 1975, se hizo oficial desde la Circular 29/91 de la Superintendencia de Seguros Privados. Desde entonces, esta tabla no se ha revisado sus valores, a pesar de los avances de la medicina en los últimos años.

El análisis de esta tabla muestra que se trata de una tabla eminentemente ortopédica y se relaciona con lesiones musculoesqueléticas y cumple el objetivo de las aseguradoras.

En Brasil también existe un baremo de Daños Personales Seguro Obligatorio causados por automóviles en rutas terrestres, o en su carga, las personas transportadas o no (DPVAT Seguros), creado por la Ley N° 6.194 / 74. Este seguro tiene por objeto proteger a las víctimas de accidentes de tráfico en todo el territorio nacional, independientemente de quién sea el culpable del accidente. Fue modificado por la Ley N° 8.441 / 92, 11.482 / 07 y 11.945 / 09.

SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS EN ESPAÑA^{7,8,9}

La valoración del daño corporal en España está basada en un sistema de diferentes baremos utilizados según la actividad que produce la lesión. Existen las tablas publicadas por el Ministerio de Trabajo para el ámbito laboral, las tablas del Seguro obligatorio de viajeros, etc. Pero el baremo sin duda más utilizado es el “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios sufridos por las personas en accidentes de circulación”, popularmente conocido como “baremo de circulación” aunque realmente es todo un sistema de tablas que intentan resarcir todos los perjuicios sufridos por el lesionado. El “baremo de secuelas” es la tabla VI del Sistema.

La primera versión del “baremo de circulación” se introdujo en el año 1995 acompañando a la Ley 30/95. La segunda versión se introdujo en el año 2003 (Ley 34/2003) y es la actualmente en vigor. En la actualidad se acaba de aprobar la tercera versión del “Sistema”, incluido en la Ley 35/2015, y que será de aplicación para accidentes ocurridos a partir del 1 de enero del 2016.

El baremo de circulación es realmente el baremo de referencia en España, en primer lugar porque contempla de forma razonable todos los órganos y sistemas corporales, y en segundo lugar porque es habitualmente utilizado por los tribunales con carácter supletorio para los daños que no tienen baremos específicos (como los derivados de las agresiones o de la mala praxis profesional).

El baremo de circulación está organizado en ocho capítulos (que cubren la totalidad de los órganos y sistemas) y un capítulo especial del perjuicio estético.

El daño bucodental está incluido en el Capítulo 1 (Cabeza), aunque también habría que tener presente el Capítulo 6 (Médula espinal y pares craneales), y el capítulo de perjuicio estético. El baremo contempla la pérdida dentaria y los daños en el resto de estructuras bucodentarias.

Es un baremo que permite, con algunas limitaciones, valorar los daños bucodentarias dos ocurridos a consecuencia de los accidentes de circulación. Su aplicación en el ámbito de la responsabilidad profesional sanitaria es mucho más complicada, ya que las secuelas están determinadas en función de las que habitualmente se presentan en los accidentes de circulación, y no se tiene en cuenta el estado anterior (fundamental en casos de responsabilidad profesional sanitaria).

La última versión del “baremo de circulación” intenta ser más exacta en la valoración de los daños dentarios (teniendo en cuenta el tipo de rehabilitación); en la valoración de la pérdida ósea maxilar y mandibular (diferenciando hueso alveolar y hueso basal); en la valoración de las alteraciones de la articulación témporo mandibular. También introduce criterios novedosos para el estudio de las necesidades de renovación de las prótesis dentales. Las dificultades, antes mencionadas, para la utilización del baremo de tráfico en el ámbito de la responsabilidad profesional odontológica motivó la realización de

un proyecto de investigación que propuso un sistema de valoración específico (que contenía un baremo) para los daños derivados de la mala praxis odontológica. Este baremo fue aceptado por el Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España, y aprobado en año 2005, con el título de “Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional de la odontoestomatología, derivados de la responsabilidad profesional”.

El baremo de responsabilidad profesional del Consejo General de Odontólogos toma como valores de referencia y criterios de organización el baremo de tráfico, pero ajustando las secuelas a las producidas por mala praxis profesional. Está organizado en 7 secciones, más una sección especial de perjuicio estético.

En todas las secciones del baremo se contempla como factor corrector el estado anterior patológico, algo básico en cualquier baremo de responsabilidad civil profesional. En la actualidad, el Ministerio de Sanidad español ha organizado un grupo de trabajo para proponer, siguiendo las premisas el baremo de circulación, un nuevo baremo que contemple las secuelas específicas producidas por la mala praxis sanitaria. En este baremo irían incluidas las secuelas derivadas de la mala praxis odontológica.

El objetivo del presente estudio fue la propuesta de integración de los sistemas de valoración españoles y europeos en el marco normativo brasileño. Para la obtención de los datos, fue realizada la búsqueda en la base de datos informatizadas de sentencias (textos completos) publicada por el Tribunal de los Estados de Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro y Goiás (estados brasileños). Después de recoger las secuelas contempladas; valoración de las secuelas según el marco normativo de Brasil; valoración de las secuelas utilizando el baremo español y comparación de las valoraciones de daños entre Brasil y España, se hizo el tratamiento y análisis estadística de los datos.

Los daños se calcularon por utilizando los valores señalados en el BOE – Boletín Oficial del Estado (en el caso español) y en el salario mínimo oficial (en el caso de Brasil).

En todas las pruebas estadísticas utilizadas, se consideró un nivel de significación del 5%. Por lo tanto, una asociación estadísticamente significativa se considera aquellos cuyo valor de p fue inferior a 0,05.

3. DESARROLLO

La incidencia de las reclamaciones legales de los pacientes es relativamente reciente en el ámbito de la odontología. En los últimos 15 años la presión legal de los pacientes se ha convertido en un hecho de intensidad creciente que preocupa cada vez más a los profesionales. Debemos ser conscientes de que el hecho de ser demandado se ha convertido en un riesgo intrínseco en la profesión, de la misma manera que ocurre con el resto de las profesiones sanitarias. Debemos por tanto, asumirlo e intentar adoptar las medidas y actitudes personales que minimicen este riesgo, o limiten sus consecuencias en caso de producirse².

La manifestación médica proyectada en las coordenadas legales es un acto médico-legal. Ese es el caso cuando se le pregunta a un médico que se pronuncie sobre el daño producido a un determinado individuo. En este sentido, el objetivo básico de conocimientos médico-legales en la valoración del daño corporal es identificar, estudiar, definir, describir y valorar en términos técnicos, y en un determinado marco legal, los elementos que suponen un menoscabo en la vida personal, social, y laboral del lesionado. Se sabe que dicha valoración puede realizar utilizando diferentes perspectivas y metodologías de acuerdo con el alcance del derecho a que se refiere^{10,11}.

En Brasil, no existen disposiciones en el marco jurídico para orientar a cualquier metodología de evaluación. La metodología de evaluación de expertos debería ser la misma ya que el sujeto humano es el mismo, las patologías, sus respectivos defectos y sus consecuencias son las mismas, ya sea en Brasil, España, Portugal, Estados Unidos o cualquier otro país. Sólo lo que debería ser diferente son las consecuencias en diferentes ámbitos legales de la misma metodología del experto médico. En otras palabras, las normas del derecho varía de país a país, la metodología de evaluación de expertos debe ser el mismo porque todo el mundo está sujeto a las mismas leyes naturales de la medicina.

Pero la legislación brasileña no establece las metodologías de valoración que los expertos deben seguir para hacer su trabajo también, no establece bases para el juez para determinar los valores de compensación, y tampoco para el cálculo de las cantidades que se determinen.

Nótese, de acuerdo con la tabla 1 – datos adjuntos, las indemnizaciones se calcularon, en el caso español, utilizando las puntuaciones contenidas en el BOE, y en el caso brasileño, utilizando como referencia el salario mínimo, como se muestra. La compensación económica media de los procedimientos judiciales en Brasil fue € 4,434.19 euros con una desviación de la norma de € 3,357.67 euros. Siendo la indemnización mínima de € 591.79 euros y la máxima de € 16,398.59 euros.

Utilizando los valores y metodología incluidos en el BOE español, la retribución media de los casos fue de € 2,409.62 euros con desviación estándar de € 2,022.35 euros. Siendo la indemnización mínima de € 162.15 euros y la máxima de € 9,184.18 euros.

Ya la tabla 3 muestran los valores medios de indemnización en relación a los salarios mínimos brasileño (R\$788,00) y Español (648.60 euros), utilizando los valores contenidos en el BOE - siendo unidades estandarizadas en euros -, junto con los valores de las indemnizaciones concedidas en Brasil (también convertidas a euros). Se observó que el valor medio de las indemnizaciones reales concedidas en Brasil (€ 3,113.21 euros) fueron estadísticamente más dispares ($p < 0,01$) que las determinadas mediante la metodología del salario mínimo en Brasil (€ 780.27 euros) y utilizando los valores y metodología del BOE España (€ 1.945 80 euros).

Con estas dos tablas podemos concluir que en Brasil, debido la ausencia de una metodología comprobada, la compensación económica media de los procedimientos judiciales en Brasil fue € 4.434,19, siendo que debería ser de € 2.409,62 en España y de € 1.018,18 en Brasil, aplicando-se una metodología adecuada.

“A peritagem deve ser traduzida num relatório escrito sem subordinação ao espartilho de quesitos vocacionados para as respostas do tipo “sim” ou “não”. Estes serão uma “defesa das partes”, mas de pouco vale essa “defesa” quando a formulação dos quesitos sofre um vício de base – a ignorância dos limites e do alcance da peritagem médico-legal na valorização do dano. Os quesitos conduzem, facilmente, a uma imagem de dano quer amputada quer deformada. A “defesa das partes” fica mais bem assegurada através de uma peritagem corretamente conduzida e do respectivo relatório convenientemente elaborado”¹².

En Brasil tenemos una sola tabla llamada “Tabela da SUSEP”. SUSEP es un órgano del Gobierno Federal que regula la coexistencia - derechos y obligaciones - entre las aseguradoras privadas y sus asegurados. Esta tabla se aplica únicamente a regular las relaciones entre las aseguradoras y las víctimas, tanto las ejecuciones extrajudiciales como experiencia en habilidades judiciales.

Hoy en día esta “Tabela SUSEP” se aplica en los ámbitos civiles y laborales, y no se limita únicamente a los casos de accidentes en general. Es una herramienta insuficiente para la valoración de daño corporal, que suele ser una tarea compleja como consecuencia de la multiplicidad de elementos que componen el daño y que se observan en el examen médico y dental.

La pericia médica en daño corporal puede surgir en diferentes circunstancias: si el daño no provoca la muerte, dos situaciones puedan ocurrir: primero, que se recuperen totalmente (*curación ad integrum*) y en segundo lugar, que permanezcan con alteración de su integridad física y mental (que quede algún tipo de secuela). Los parámetros de valoración del daño corporal en derecho civil son el daño temporal y permanente¹³.

Nuestro estudio demostró mediante la tabla 2 que la indemnización media de 3.305,96 euros para los daños únicamente temporales es, en términos estadísticos, igual a la media de compensación de 2.928,52 euros del grupo en el que se dan conjuntamente daños temporales y permanentes en Brasil. O lo que es lo mismo, que las víctimas que no tienen secuelas reciben una indemnización similar a la de las víctimas que curaron con alguna secuela. No hay distinción entre los daños temporales y permanentes.

De acuerdo con Vieira (2008)¹¹ considerar las características legislativas actuales de la Unión Europea y de los problemas comunes que entran en la valoración y la indemnización por responsabilidad de daños personales en los diferentes países europeos, los pensamientos se dirigen a un enfoque de soluciones comunes y que en el futuro, se pone un marco armónico de indemnización por lesiones personales de una manera sencilla, justa, equitativa y uniforme posible.

¿Y por qué no utilizar los mismos esfuerzos en Brasil que los que están siendo hechos en España y/o en la Unión Europea?

Esta armonización deseada se logrará no por una directiva comunitaria, sino por los intercambios de energía, estudios conjuntos, ejemplos recíprocos, tiempo y, sobre todo, mucha paciencia y sentido común. Estamos en el siglo XXI, pero la integridad física y psicológica todavía se ve amenazada por los avances tecnológicos creados por el hombre mismo. Los accidentes de tráfico aumentan en número y gravedad en muchos países del mundo. Los accidentes de trabajo son todavía numerosos, con las víctimas que sufren los cambios en su integridad psicofísica que pueden traer diversas repercusiones laborales¹¹.

Por eso hay necesidad de un sistema para valorar los daños y perjuicios que se pueden causar a consecuencia del ejercicio profesional de la Odontología/Estomatología y por supuesto de los demás daños corporales. Los esfuerzos hacia esta armonización condujeron a la formulación de los Baremos en Europa para Derecho Civil, y en España se completaron con el *Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación* y del *Sistema de valoración de daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional de la odontoestomatología, derivados de la responsabilidad profesional*², la necesidad de que se muestra innegable - indiscutible - considerar las similitudes entre la legislación brasileña y los principios sobre los cuales fue diseñado, válidos como estudio de referencia y aplicación en Brasil.

Válidos también para el resto de los daños corporales una vez que posee la ventaja de mayor seguridad jurídica, reducción de litigiosidad, agilidad en el cobro de indemnizaciones, previsibilidad de costes y cuantías, determinación de las primas, dentro otros.

Pero tenemos conocimiento que alcanzar un criterio único en esta materia es muy complejo, porque la medicina no es una ciencia exacta: imposible soluciones únicas. La valoración objetiva teniendo en cuenta el componente psicofísico y emocional subjetivo es de difícil ejecución. La finalidad de las tablas es contribuir a paliar sus efectos y resarcir, en su caso, a los afectados mediante acuerdo entre las partes o mediante el establecimiento de una tabla de indemnización en aquellas situaciones en las que exista responsabilidad profesional.

4. CONCLUSIÓN

Con este estudio sobre Sistema de valoración de daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional de la odontoestomatología, derivados de la responsabilidad profesional – la aplicabilidad en Brasil, en base a los resultados encontrados y a los criterios utilizados, se llegó a las siguientes conclusiones:

1. Debido a que en Brasil no existe actualmente una metodología adecuada para evaluación del daño corporal, no hay una armonización en las indemnizaciones correspondientes a situaciones similares, y además, las indemnizaciones son comparativamente mucho mayores que en España (en situaciones similares y ajustando el poder adquisitivo).
2. En Brasil no se realiza en los tribunales distinción entre los daños temporales y permanentes.
3. En términos generales, las víctimas que curan sin secuelas reciben una indemnización similar a las que curan con algún tipo de secuela.
4. Por todo lo anterior, es necesario adaptar en Brasil una tabla de daños sanitarios para odontoestomatología (y posteriormente para otros sistemas corporales) ya que esta situación posee la ventaja de mayor seguridad jurídica, reducción de litigiosidad, agilidad en el cobro de indemnizaciones y previsibilidad de costes y cuantías.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. Silva, M. Considerações sobre enquadramento das lesões dentárias no artigo 129 do Código Penal Brasileiro. In: Tochetto D. coordenador. Identificação humana. Porto Alegre: Sagra Luzzatto;1999. p. 354-59.
2. Bouchardet FCH. Avaliação de Danos Temporários Extrapatrimoniais de Lesões do Sistema Estomatognático em Crianças e Adolescentes. [Tese de Doutorado]. Coimbra: Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra; 2014.
3. Perea Pérez B, et al. Responsabilidad profesional en odontología. Rev Esp Med Legal. 2013.

4. Bouchardet FCH. Avaliação do dano buco-maxilo-facial: metodologia europeia baseada no contexto brasileiro [Dissertação de mestrado]. Coimbra: Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra; 2006.
5. Bouchardet FCH, Santos WB. Avaliação do Dano Corporal no âmbito civil e do trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Coopmed. Edições, 2015. 232 p.
6. Bouchardet FCH. Encontro com.... Visão dos especialistas do Brasil. In: Lucas F. Uma outra visão. 1 ed. Coimbra: Coimbra, 2013, v.1, p. 01-409.
7. Pérez BP. Metodología para la valoración del daño buco dentário. 1993. [ref. de 04 de abril 2015]. Disponible en Web: <http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/D/0/D0040901.pdf>.
8. Pérez BP, Garrido BR, Sánchez JAS. Metodología para la valoración del daño en odontoestomatología. Madrid: Mapfre; 1996. p. 61-111.
9. Sistema de valoración de daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional de la odontoestomatología, derivados de la responsabilidad profesional. . [ref. de 14 de julio 2014]. Disponible en Web: <http://www.dentistascadiz.com/Legislacion/ValoracionDa%C3%B1os.pdf>
10. Cueto CH; Fayet DG; Vieira DN. Tablas y baremos de valoración. In: Cueto CH. Valoración médica del daño corporal. Guía práctica para la exploración y evaluación de lesionados. 2. ed. Barcelona: Masson; cap.17, p.427-69, 2001.
11. Vieira DN, Quintero JA. Aspectos práticos da avaliação do dano corporal em Direito Civil. Coimbra: Caixa Seguros e Imprensa da Universidade de Coimbra; 2008. 240 p.
12. Sá FO. Clínica médico-legal da reparação do dano corporal em Direito Civil. Coimbra: APADAC; cap. III, 1992. p. 33-43.
13. Rousseau C, Fournier C. Précis d'évaluation du dommage corporel en droit commun. Niort: Soulis-Cassegrain; cap.7, 1989. p. 95-110.

DATOS ADJUNTOS

Tabla 1: Estadística descriptiva comparando los valores que se hubiesen obtenido en España, los realmente obtenidos en Brasil, y los que se hubiesen obtenido en Brasil utilizando la metodología basada en el salario mínimo.

Valores	n	Media	D.P	Mínimo	Máximo	1Q	Mediana	3Q
BOE España (€648,60)	49	€ 2.409,62	€ 2.022,35	€ 162,15	€ 9.184,18	€ 1.002,08	€ 1.880,94	€ 3.281,91
Indemnización Brasil	28	€ 4.434,19	€ 3.375,67	€ 591,79	€ 16.398,59	€ 2.369,59	€ 3.113,21	€ 6.455,18
BOE Brasil (R\$788,reaís)	49	€ 1.018,18	€ 905,92	€ 81,54	€ 3.928,06	€ 390,99	€ 711,79	€ 1.328,62

Tabla 2: Comparación entre las indemnizaciones concedidas en Brasil y correspondientes a los grupos de daños únicamente temporales, y de daños temporales y permanentes conjuntos.

Indemnización	Medidas Descriptivas								P-valor
	N	Media	Mínimo	Máximo	1Q	Mediana	3Q	D.P	
Daño temporal exclusivamente (indemnizaciones en Brasil)	12	€ 4.164,69	€ 591,79	€ 9.183,94	€ 2.124,44	€ 3.305,96	€ 6.421,85	€ 2.601,68	0,770
Daño temporal y permanente (indemnizaciones en Brasil).	15	€ 3.852,16	€ 1.039,00	€ 8.448,89	€ 2.360,44	€ 2.928,52	€ 6.195,79	€ 2.451,14	

Nota: - Las probabilidades de significación (p-valor) se refieren al test de Mann-Whitney para muestras independientes.

Tabla 3: Comparación de los modelos de cálculo de la indemnización basados en la normativa brasileña y en el BOE español basados en el salario mínimo brasileño (R\$788 reales) e español (648,60 euros) en relación con las indemnizaciones realmente concedidas en Brasil.

Indemnización	n	Media	D.P	1Q	Mediana	3Q	P-valor
Indemnización Brasil	28	€ 4.434,19	€ 3.375,67	€ 2.369,59	€ 3.113,21	€ 6.455,18	0,007**
BOE España (€648,60)	28	€ 2.304,69	€ 1.912,04	€ 972,90	€ 1.945,80	€ 3.606,21	
Indemnización Brasil	28	€ 4.434,19	€ 3.375,67	€ 2.369,59	€ 3.113,21	€ 6.455,18	p<0,001**
BOE Brasil (R\$788,00 reales)	28	€ 943,57	€ 807,71	€ 373,77	€ 780,27	€ 1.357,27	
BOE España (€648,60)	49	€ 2.409,62	€ 2.022,35	€ 1.002,08	€ 1.880,94	€ 3.281,91	p<0,001**
BOE Brasil (R\$788,00 reales)	49	€ 1.018,18	€ 905,92	€ 390,99	€ 711,79	€ 1.328,62	

Nota: - Las probabilidades de significación (p-valor) se refieren al test de Wilcoxon para muestras independientes.

5

A CRÍTICA DE CARL SCHMITT AO POSITIVISMO JURÍDICO

CRITICISM OF CARL SCHMITT TO THE LEGAL POSITIVISM

Fernando Armando Ribeiro¹

RESUMO

Na presente quadra da História, em que se ensaia e elabora uma série de argumentos e ideias com o fim de combater o positivismo jurídico, faz-se oportuno voltar àquele que foi, no seu tempo, um dos mais importantes críticos dessa mesma escola de pensamento jurídico: Carl Schmitt. Crítico do próprio projeto político da modernidade, Schmitt esboça com a clareza de poucos alguns dos problemas cruciais do pensamento positivista, suas contradições internas e alguns de seus pressupostos equivocados. Todavia, as soluções apontadas pelo controvertido pensador alemão também nos apontam para um caminho que não deve ser trilhado, pois também levariam ao esvaziamento do sentido humano que deve nutrir o Direito. Ademais, deixa-nos ver que a Modernidade, se não é um projeto completo, não deve ser banida por suas falhas, mas reconstruída e aperfeiçoada na dimensão do tempo histórico e como conquista cultural humana.

ABSTRACT

At this moment of History, in which is rehearsed and prepared a series of arguments and ideas in order to combat the legal positivism, it

¹ Juiz togado do TJMMG; *Visiting Scholar da University of California – Berkeley*; *Doutor em Direito pela UFMG*; *Professor Adjunto da PUC-Minas*.

is appropriate to vote what was, at its time, one of the most important critics of that school of legal thought: Carl Schmitt. Critical of the political project of modernity, Schmitt outlines with the clarity of a few some of the crucial problems of positivist thinking, its internal contradictions and some of its erroneous assumptions.

However, the solutions outlined by the contested German thinker also point us to a path that should not be followed as it could also lead to the emptying of the human sense that should nourish the Law. Moreover, let us see that Modernity, if not a complete project, should not be banned due to their failures, but rebuilt and improved in the dimension of historical time and as human cultural achievement.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Soberania e legitimidade; 3. Carisma e violência; 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Schmitt pode ser inscrito em uma tradição de pensamento crítico ao projeto da modernidade, e essa crítica se manifesta com mais força na desconstrução que o constitucionalista alemão faz do liberalismo, em suas vertentes política (o Parlamentarismo) e jurídica (o positivismo jurídico). No esteio de Weber, Schmitt enxerga a modernidade como uma época de desencanto causado pelo esvaziamento de sentido gerado pela eleição da racionalidade moderna como paradigma de legitimidade. A racionalidade moderna, essencialmente instrumental, segundo Weber, basear-se-ia no quantificável e manipulável, na redução do conhecimento à técnica e à forma, afastando assim a manifestação de sua real substância.

É preciso retornar ao pensamento de Weber para entender a crítica de Schmitt à modernidade liberal. O pensamento de Weber se mostra extremamente pessimista em relação às conquistas da modernidade. Segundo ele, estaríamos presos à jaula de ferro da racionalidade, forjada pelo esvaziamento da magia e do encanto do mundo pela racionalidade instrumental moderna:

Para o homem civilizado a morte não tem significado algum. Não o tem porque a vida individual do homem civilizado, situado num

“progresso” infinito segundo seu próprio significado imanente, não deveria nunca chegar ao fim, pois há sempre mais um passo a ser dado para aquele que está em meio ao avanço do progresso. E nenhum homem que morre se encontra no ponto culminante que se situa no infinito. Abrão, ou algum camponês do passado, morreu “velho e satisfeito com a vida”, porque permaneceu no ciclo vital orgânico; porque sua vida, em termos de seu significado e no findar de seus dias, havia lhe dado o que a vida tem a oferecer, pois para ele não restava nenhum enigma que ele pudesse querer resolver; e desse modo, ele pôde ter o suficiente da vida. Por outro lado, o homem civilizado, colocado no meio do contínuo enriquecimento da cultura através das idéias, do conhecimento e dos problemas, pode tornar-se “cansado da vida”, mas não “saciado da vida”. Ele só aprende a parte mais ínfima daquilo que a vida do espírito está sempre a recriar, e aquilo que aprende é sempre alguma coisa provisória, não conclusiva; desse modo, a morte é para ele um acontecimento sem sentido. É uma vez que a morte não tem sentido, a vida civilizada enquanto tal tampouco o tem; através de sua própria “progressividade”, ela confere à morte a marca de sua falta de sentido.²

Esse esvaziamento afeta também o direito na substituição de sua relação com um sentido religioso-cultural ou com metanarrativas baseadas num ideal de justiça por formalidades e técnicas em vistas a uma sistematização que eliminaria do ordenamento jurídico suas lacunas, sendo o mesmo capaz de regular todos os fatos pretensamente jurídicos da sociedade. Tal pretensão geraria segundo Weber, uma burocratização das relações jurídicas, baseadas somente nas formalidades que garantiriam a validade do sistema.

Weber identifica duas formas distintas de legitimação da *herrschaft*³ jurídica: a primeira pré-moderna, baseada na inserção de um ato, de um ritual, em uma ordem simbólica que lhe conferiria sentido: a colocação de um selo, uma ordem real, o ritual de um julgamento. A segunda é a forma de legitimação moderna, baseada nas relações lógicas e racionais das normas inseridas em um sistema jurídico.

² WEBER, Max, From Max Weber, org. H. Gerth e C. Wright Mills, Londres, Routledge, citado em MORRISON, Wayne, Filosofia do Direito, dos gregos ao pós modernismo, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pág, 325.

³ Mais traduzido como controle imperativo, mas mais próximo da idéia de dominação.

A segunda forma tende a resultar em uma burocratização das relações jurídicas.

Essa burocratização é vista por Schmitt como fruto do tecnicismo instrumentalizante da modernidade liberal e que encontraria sua perfeita representação no positivismo jurídico, nos moldes kelsenianos.

A crença kelseniana no Direito enquanto um sistema completo de normas transforma o aplicador dessas normas em uma mera função do Estado ou, fazendo-o ponto de imputação normativa, passa a dispensar a própria dimensão hermenêutica e humana ínsita à interpretação, na medida em que os problemas da aplicação apresentam-se desvirtuados em sua natureza de exercício racional.⁴ Fazendo do sujeito mero “ponto de imputação” normativa, esvazia-se o sentido do humano que pode e deve permear o jurídico, uma vez que até mesmo o homem sucumbe a esta notável construção abstrata revelada pelo sistema de normas.⁵

2. SOBERANIA E LEGITIMIDADE

O ponto nodal da crítica de Schmitt é a aplicação da normatividade jurídica. Para Schmitt existe sempre um hiato entre a norma e sua aplicação, o qual só pode ser preenchido pela atuação do jurista. No positivismo esse hiato não existe, ou, se existe, deve ser de todo desconsiderado pela ciência jurídica, que não permite nenhuma reflexão sobre a atividade interpretativa do jurista.

Schmitt opõe ao positivismo seu pensamento decisionista, que, segundo McCormick, é fruto de suas ideias acerca da soberania, assim como opõe suas ideias acerca da tradição e da representação substantiva ao Parlamentarismo liberal:

⁴ MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press.

⁵ Lênio Streck chama-nos atenção para o risco inerente ao fato de, no processo de interpretação, em vez de discutir a lei, passarem os juristas a discutir sobre e a partir da lei, como se esta fosse produto de uma legislador racional. Na sua visão, “esse deslocamento discursivo, de cunho ideológico, é próprio do sentido comum teórico dos juristas (positivistas), que produz os Standards a serem utilizados pela comunidade jurídica. Resulta disso uma interpretação totalmente alienada/afastada das relações sociais” (2007: 74).

If substantive representation is the foil with which Schmitt negatively contrasts parliamentary representation, in *Political Form and Parlamentarismus*, then, as suggested in my earlier analysis of emergency powers, Schmitt's appropriation and reconstruction of the early-modern concept of sovereignty is the standard by which he criticizes liberal jurisprudence most forcefully in *Political Theology* and his subsequent Weimar constitutional writings.⁶

O retorno à ideia de soberania, nesse momento, relacionar-se-ia muito mais com a aplicação real das normas do que com uma relação de poder monárquico ou pessoal como pretende Kelsen. A soberania aqui é vista como fundamental para a aplicação do Direito, uma vez que o aplicador, que deve ser considerado na sua pessoalidade, supre a lacuna que existe entre a norma e a realidade, algo que os formalistas se negam a ver, segundo Schmitt:

O fato da idéia jurídica não poder aplicar-se por si mesma, resulta que ela não dispõe sobre quem deve aplicá-la. Em toda transformação há uma *auctoritatis interpositio*. Uma determinação distintiva sobre a pessoa individual ou que instância concreta pode exigir para si tal autoridade, não pode ser extraída da mera qualidade jurídica de um princípio.⁷

Basear a validade das normas em sua posição dentro de um sistema fechado e hierarquicamente organizado seria criar uma ilusão que afastaria, para Schmitt, a realidade da questão jurídica: que somente uma hierarquia de pessoas, dentro de uma concepção substancial de soberania confere validade à norma e à decisão jurídica:⁸

⁶ MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 206. "Se a representação substantiva é a lamina com a qual Schmitt contrasta negativamente a representação parlamentar em *Parlamentarismo e forma política*, então, como sugerido em minhas análises anteriores acerca dos poderes emergentes, a apropriação e reconstrução schmittiana do conceito de soberania do início da modernidade é a base pela qual ele pode criticar a ciência do direito de matiz liberal, de forma ainda mais incisiva na *Teologia Política* e em seus escritos posteriores sobre o constitucionalismo de Weimar".

⁷ SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, Del Rey, Belo Horizonte – MG: 2006, pág. 29.

⁸ "This betrays his nostalgia for the concrete domination of persons over persons that is characteristic of traditional politics and part and parcel of his developing neoauthoritarianism, as much as it conveys his concern for jurisprudential

Puesto que una ley no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse; no puede tampoco por sí sola – si no deja de ser una norma – nombrar o designar a las personas concretas que deben interpretar o manejar la ley. Tampoco el concepto de juez independiente, sometido solamente a la ley, es normativista, sino un concepto de orden, una instancia competente, un miembro de un sistema de orden de funcionarios y administradores. Que esa persona en concreto sea el juez competente no viene dado por reglas o normas, sino por una concreta organización de justicia y de nombramientos selectivos concretos. Así, es cierto lo que Hölderling escribió en una nota a su traducción del *Nomos basileus* de Píndaro: “El *nomos*, la ley, es aquí la medida en tanto que es la figura según la cual el hombre se encuentra a sí mismo y a Dios, a la Iglesia ya al orden estatal y los viejos preceptos heredados que, de modo más estricto que el arte, conservan las relaciones vitales, en las que con el tiempo un pueblo se ha encontrado y encuentra a sí mismo.”⁹

Na verdade, Schmitt critica o papel predominante concedido à forma pelo normativismo positivista. Ele afirma que tal predominância decorre de uma incorporação da pretensa objetividade da técnica e das ciências naturais, somada a uma incompreensão equivocada do pensamento escolástico sobre forma e substância:

O fato de que Kelsen, logo que ele dá um passo adiante além de sua crítica metodológica, opera com um conceito causal próprio às ciências naturais, mostra-se melhor quando ele acredita que a crítica ao conceito de substância, de Hume e Kant, pode ser transposta para a teoria do Estado, sem, no entanto, ver que o conceito de substância do pensamento escolástico é algo bem diferente daquele do pensamento matemático e das ciências naturais. A distinção entre substância e exercício de um direito, que encontrou um significado fundamental na história de dogmas do conceito de soberania, de forma alguma pode ser compreendida com conceitos das ciências naturais e é, obviamente, um momento essencial da argumentação jurídica.¹⁰

praxis.” MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 218.

⁹ SCHMITT, Carl, *Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, Espanha, 1996, pág. 16.

¹⁰ SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, Del Rey, Belo Horizonte, MG: 2006, pág. 39. Schmitt pretende que seu decisionismo trate da forma correta o problema

Para Schmitt, a forma é importante, pois é ela que faz o conteúdo se revelar, mas, assim como não pode existir forma pura, apartada de conteúdo, nem conteúdo que se revele totalmente informe, o pensamento que se foque somente em uma dessas categorias seria incompleto e incapaz de solucionar os problemas que ele mesmo vier a propor. O pensamento positivista, ao reduzir o Direito à norma, enquanto ordem abstrata, gera, segundo Schmitt, uma série de ilusões e más compreensões acerca do Direito. A primeira é a do mando impessoal da norma, combatido ferrenhamente por Schmitt. Segundo ele, os normativistas não percebem que esse “fetiche” legislativo ou “autoritativo” gera uma crença na honra e virtude do legislador ou da autoridade, identificados teologicamente com Deus, enquanto ordenador da realidade. Todos os conceitos de honra e dignidade, fundamentais para se manter a legitimidade do mando, passam para a figura do legislador/autoridade, considerado em sua abstração, que acaba exercendo uma soberania velada e ilegítima:

Se o conceito de lei se apropriar de toda e qualquer relação para com a razão e com a justiça, e se, ao mesmo tempo, for mantido o Estado legiferante com seu conceito específico de legalidade, que concentra na lei a grandeza e a dignidade do Estado, toda determinação de qualquer tipo, toda ordem e medida, todo comando dirigido a qualquer oficial ou soldado e toda instrução individual endereçada a um juiz poderão ser realizados, de forma legal e legítima, por meio de uma resolução do Parlamento ou de qualquer uma das outras instâncias envolvidas no procedimento legiferante, por força do “domínio da lei”. O “puramente formal” reduz-se então à palavra vazia e à etiqueta “lei”, revelando sua relação com o Estado de Direito. De forma exclusiva e direta, toda a dignidade e toda a grandeza da lei estão ligadas- e, mais precisamente, com significado e efeito imediatamente jurídico-positivo – a essa confiança na justiça e na razão do próprio legislador e de todos os participantes do processo de legiferação.

entre substância e forma jurídica: “The difference between the respective uses of distinction in question, for Schmitt, lies in decisionism’s ability to bring substance alive through the formal act of a decision rather than letting it lie stillborn in the letter of the law or the phraseology of the constitution. As he often states, forms or functions per se are not dangerous, they necessary to make ideas realities.” MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 220.

Transferem-se todas as garantias e assegurações jurídicas, bem como toda a proteção contra abusos, para a pessoa do legislador onipotente ou para a qualidade do processo legiferante. Para que não seja algo desprovido de razão nem puramente arbitrário, urge que esse processo seja dominado pela precondição da confiança supramencionada, que será a força propulsora da congruência do Direito e da lei formal. Esse sistema de legalidade não existe, em absoluto, de maneira incondicional. Um equacionamento incondicional do direito com o resultado de um procedimento formal qualquer seria apenas uma submissão incondicional, ou seja, cega, à decisão tomada por instâncias encarregadas de legislar sem nenhuma vinculação com o conteúdo do Direito e da Justiça. Nada mais seria que uma renúncia incondicional a qualquer tipo de resistência. Seria apreender o *sic volo sic jubeo* em sua forma mais ingênua e meramente psicológica, a partir de rudimentos de alguma superstição ou a partir dos resíduos de alguma religião jurídica anterior mais plena de conteúdo. Pode-se chamar a isso de “positivismo”, só que, hodiernamente, essa palavra não mais logra ocultar que aquele formalismo incondicional consiste em uma pretensão de submissão conduzida por motivos puramente políticos e acompanhada de uma negação, também conduzida por motivos puramente políticos, de todo e qualquer direito de resistência.¹¹

Problema de grave intensidade que traria o formalismo, na visão de Schmitt, seria ainda o da relativização do conceito de Constituição. A relativização do conceito de Constituição consiste, assim, em fazer sinonímia das expressões “Constituição” e “lei constitucional”. Dessa forma, em vez de se fixar o conceito unitário de Constituição, fixa-se apenas o de lei constitucional concreta, o qual, por sua vez, só se estabelece a partir de características exteriores, alcunhadas de *formais* pela doutrina tradicional (1996: § 2, I).

É o erro recorrente de se atribuir caráter “formal” à Constituição pelos critérios de ser a Constituição *escrita* ou estar sua *reforma ligada a procedimentos de maior dificuldade*. Ao assim proceder, não se busca outra coisa senão enunciar que Constituição é equivalente a uma série de leis constitucionais escritas (Constituição = *lex scripta*) (1996: § 2 II), bem como vincular o conceito de Constituição à previ-

¹¹ SCHMITT, Carl, *Legalidade e Legitimidade*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, MG: 2007, págs. 21-22.

são de reforma dificultada. E adverte *Schmitt* que considerar somente o requisito sobre a reforma constitucional (como, v.g., o art. 76 da Constituição de Weimar) é renunciar por completo a busca da significação definitiva de Constituição. É depositar todo o conteúdo de uma Constituição em um único dispositivo, passando a ser ela uma espécie de “lei em branco” que, em cada caso, possa ser preenchida segundo as prescrições de reforma constitucional (SCHMITT, 1996: § 2, III). As leis constitucionais não recebem sua força do procedimento previsto para sua eventual reformabilidade, senão que as prescrições sobre reforma, como outras prescrições legal-constitucionais, recebem sua força da Constituição.

A outra ilusão gerada pela ordem jurídica formal é de uma relação de causa e efeito entre as atuações do jurisdicionado e do Estado, de forma que, se aquele segue as normas, pode-se esperar que este atue de determinada maneira. Schmitt precisa atacar essa concepção, pois a mesma jogaria por terra toda sua ideia acerca da soberania, baseada justamente na ideia de exceção à ordem regular. A ideia de causalidade como consequência e base do Estado de Direito é também destacada por Weber:

O Direito prevê uma estrutura formal que faz exigências bastante precisas e, se administrada racionalmente, assegura que possamos prever o resultado de nossa obediência ou desobediência a tais exigências. Assim, essa estrutura jurídico – racional sanciona o elemento de cálculo na autoridade jurídico-racional. A coerência na tomada de decisões é crucial. Comparado a um direito substantivo baseado em “princípios materiais”, e a uma justiça que seria substancial e, desse modo, *ad hoc*, “o direito formalista é previsível” (Weber, 1966:252). O direito, por sua vez, necessita do Estado burocrático moderno para prestar a “garantia formal confiável de todos os contratos pela autoridade política” (idem).¹²

Essa crença numa pretensa causalidade do real foi alvo preferencial de muitos pensadores críticos da modernidade, como Nietzsche.¹³

¹² MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, 2006, pág. 332.

¹³ “Sabeis vós também o que é para mim o “mundo”? Devo mostrá-lo em meu espelho? Este mundo: uma imensidão de força, sem começo, sem fim, uma firme, brônzea grandeza de força, que não se torna maior, não se torna menor,

Mas, para Schmitt, essa ordem ameaçaria a própria ideia de soberania que ele defende de forma tão ferrenha. Ele afirma que o “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”.¹⁴ O que caracteriza a soberania não é o mando de acordo com as normas, mas sim, o poder de suspendê-las em uma situação excepcional. Para o citado autor, o momento da decisão se mostra em toda força na decisão sobre a exceção. A exceção não é um simples estado de necessidade, mas um estado limítrofe, que não pode ser previsto ou abarcado por nenhuma ordem normativa.¹⁵ O normativismo positivista não considera a

não se consome, só se transforma e, como um todo, é de imutável grandeza, um orçamento doméstico sem gastos e sem perdas, mas, do mesmo modo, sem crescimento, sem ganhos, encerrado pelo “nada” como por seu limite, nada que se desvaneca, nada desperdiçado, nada infinitamente extenso, mas sim, como força determinada, posto em um determinado espaço, não em um lugar que fosse algures “vazio”, antes como força em toda parte, como jogo de forças e ondas de força, ao mesmo tempo uno e vários, acumulando-se aqui e ao mesmo tempo diminuindo acolá, um mar em forças tempestuosas e afluentes em si mesmas, sempre se modificando, sempre refluindo, com anos imensos de retorno, com vazante e montante de suas configurações, expelindo das mais simples às mais complexas, do mais calmo, mais inteiriçado, mais frio ao mais incandescente, mais selvagem, para o que mais contradiz a si mesmo e depois, de novo, da plenitude voltando ao lar do mais simples, a partir do jogo das contradições de volta até o prazer da harmonia, afirmando a si mesmo ainda nessa igualdade de suas vias e anos, abençoando a si mesmo como aquilo que há de voltar eternamente, como um devir que não conhece nenhum tornar-se satisfeito, nenhum fastio, nenhum cansaço -este meu mundo dionisíaco do criar eternamente a si mesmo, do destruir eternamente a si mesmo, este mundo misterioso da dupla volúpia, este “meu além do bem e do mal”, sem fim, se não há um fim na felicidade do círculo, sem vontade, se não há boa vontade no anel que torna a si mesmo – vós quereis um nome para este mundo? Uma solução para todos os seus enigmas? Uma luz também para vós, ó mais escosos, mais fortes, mas desasombrados, mais ínsitos à meia noite? *Este mundo é a vontade de poder – e nada além disso!* E também vós sois vontade de poder – e nada além disso! NIETZSCHE, Friedrich, *Vontade de Poder, Contraponto*, Rio de Janeiro: 2008, págs. 512-513.

¹⁴ SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, Minas Gerais: 2006, pág. 09.

¹⁵ “A decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de um caso real, excepcional. IDEM.

exceção, essencialmente irracional e não jurídica para ele, transferindo a soberania do soberano para a ordem normativa. No pensamento schmittiano, isso decorre de uma crença metafísica na ordem legal como análoga a uma pretensa ordem normativa da natureza, identificadas através de uma postura metafísica que os positivistas, e sobretudo Kelsen, insistiriam em negar:

Schmitt locates the source of what he has thus far identified as Kelsen's jurisprudential rigidity: "At the foundation of his identification of state and legal order rests a metaphysic that identifies the lawfulness of the nature and the normative lawfulness. This pattern of thinking is characteristic of the natural sciences. It is based on the rejection of all 'arbitrariness,' and attempts to banish from the human mind every exception" (*PT*, 41). Kelsen and the legal theory he represents are a manifestation of Enlightenment thought's increasing indifference and even antagonism to the idea of the exception. But any attempt to draw attention to the exception – whatever form it takes, beneficial, banal, or, most important, dangerous – is considered irrational from the standpoint of the Enlightenment.¹⁶

Para que o método¹⁷ kelseniano, baseado no método das ciências naturais, funcione, é preciso que o objeto tratado por ele seja passível dessa mesma identificação, a qual só pode se dar em um plano essencialmente metafísico. Não há como negar que a "depuração" científica que o austríaco pretende é baseada no mesmo procedimento

¹⁶ MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág.223. "Schmitt localiza a fonte do que ele então identificara como a rigidez científica de Kelsen: "Na raiz da identidade por ele vista entre o Estado e a ordem legal residia a metafísica que identifica a juridicidade da natureza e a juridicidade normativa. Esta forma de pensar é característica das ciências naturais. É baseada na rejeição de toda arbitrariedade e visa banir do espírito humano toda exceção. Kelsen e a teoria do direito que ele representa são manifestações do pensamento iluminista de crescente indiferença e mesmo antagonismo para com a idéia de exceção. Mas qualquer esforço para descrever a exceção – seja qual for a forma em que seja descrita, favorável, banal, ou, sobretudo, perigosa – será considerada irracional do ponto de vista do Iluminismo".

¹⁷ Conforme nos ensina Alexandre Travessoni "o método é, para Kelsen, ponto central na criação da Ciência Jurídica. O método, o caminho para se conhecer o direito é, na teoria kelseniana, o modo particular pelo qual o jurista conhece o direito." (2000:118)

“purgativo” e reducionista pelo qual as ciências naturais passaram na modernidade. Em verdade, na sua ânsia de revelar e identificar as leis naturais¹⁸ – um projeto que fracassou, devemos ressaltar – as ciências da natureza instituíram que as únicas manifestações da realidade consideradas dignas de reflexão e estudo seriam as regidas por essas leis, num reducionismo científico e metodológico que viria desaguar no positivismo científico e estender seus tentáculos sobre o Direito, já fagocitado pelo tecnicismo. É que, como nos ensina Marcelo Galuppo, “o compromisso metodológico da Ciência do Direito engendrada por este paradigma (seria o de) estabelecer a adoção do modelo das ciências naturais como modelo apropriado ao conhecimento jurídico” (2005: 199). O mais surpreendente é que esse método, na sua crença na realidade como um dado, ignora a verdade, em um sentido mais profundo:

Max Planck ha demostrado cómo el positivismo de las ciencias naturales, en su interés por alcanzar una seguridad incondicionada solo tiene en cuenta la impresión de los sentidos y, en consecuencia, no puede distinguir las percepciones engañosas e ilusorias de las otras; por eso en una física positivista no caben ilusiones de los sentidos. El destino del positivismo de la ciencia del derecho, interesado solamente en la seguridad y en evitar la arbitrariedad subjetiva, tiene cierta semejanza con esse mismo hecho. Si falla la normalidad de la situación concreta que la norma positiva presupone, pero que, si se considera positivo –jurídicamente, es imperceptible, entonces caería con ella posibilidad firme, previsible e inquebrantable de aplicación de la norma. También la “justicia de la positividad”, de la que habla Erich Jung, cesaría. Sin el sistema de coordenadas de un orden

¹⁸ “Num certo canto remoto do universo cintilante, vertido em incontáveis sistemas solares, havia um astro onde animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e hipócrita da “história mundial”, mas foi apenas um minuto. Depois de a natureza ter respirado umas poucas vezes, o astro enregelou e os animais inteligentes tiveram de morrer. Assim, alguém poderia inventar uma fábula como esta e, no entanto, não ficaria suficientemente esclarecido quão lastimável, quão obscuro e fugidio, quão desprovido de finalidade e arbitrário se apresenta o intelecto humano no interior da natureza.” NIETZSCHE, Friedrich, *Acerca da Verdade e da Mentira*, Editora Rideel, São Paulo: 2005, pág.7.

concreto, el positivismo jurídico no consigue distinguir entre justicia e injusticia, ni entre objetividad e arbitrariedad subjetiva.¹⁹

Em nome dessa pretensa objetividade e segurança jurídica, o positivismo jurídico prefere esvaziar o Direito de seu conteúdo de justiça, alegando ser este um conceito subjetivo, incapaz de ser apreendido pela ciência.²⁰ Como observa Fernando Armando Ribeiro, “é notável o esgarçamento de uma leitura meramente positivista das Constituições – a qual não confere a possibilidade de compreensão do texto constitucional como um momento de afirmação do próprio *ethos* de um povo –, garantidor de uma vida gregária minimamente estabilizada e, ao mesmo tempo, articulada com um amplexo sempre aberto de posições pluralistas e antagônicas no quadro social” (Ribeiro, 2004: 200). Qualquer soberania que não seja a da norma seria, do ponto de vista positivista, arbitrária, gerando insegurança jurídica, como no momento das monarquias absolutistas europeias. Contudo, ao transferir a soberania para as normas, transfere-se um poder

¹⁹ SCHMITT, Carl, Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, Espanha, 1996, pág. 44.

²⁰ “O discurso político é conduzido essencialmente do ponto de vista filosófico e com isto se configura uma parte decisiva como crítica ética da dominação e funda, nesta forma, uma ética filosófica do direito e do Estado. Esta tradição, entretanto, se interrompe durante o século XIX. Sobretudo, os grandes filósofos dedicam, quando muito, atenção secundária ao discurso do direito e do Estado. Mais interessados em teoria social, hermenêutica, fenomenologia e teoria da ciência, deixam aos juristas o estudo da teoria do direito e do Estado. Estes não perdem certamente o contato com a filosofia; assim, por exemplo, a escola histórica do direito (F.K.Savigny, Jacob Grimm, R.Von Jhering, O.von Gierke) se inspirará em Herder e Hegel; Hans Kelsen é inspirado pelo neokantismo e H.L.A. Hart se situa na tradição britânica de Hobbes, no utilitarismo (Bentham) e na filosofia analítica do direito. Mas os estímulos filosóficos praticamente não incluem impulsos éticos. Dominam nas ciências do direito e do Estado o historicismo e o positivismo, ambos descrendo da perspectiva ética, e em parte, até recusando essa perspectiva. Com a alienação da filosofia das ciências do direito e do Estado se desenvolve uma alienação em ambos, da ética, perdendo-se com isto a ética do direito e do Estado. Passageiramente, o discurso do direito e do Estado poderá tornar-se, desta maneira, mais concreto do ponto de vista histórico e jurídico. E além disto se liberta do risco de um moralismo precipitado. Perde, entretanto, também a perspectiva da justiça e com ela a crítica discursiva da dominação.” HÖFFE, Otfried, Justiça Política, Martins Fontes, São Paulo: 2006.

indevido, segundo Schmitt, ao legislador, bem como se fragmenta a soberania pelos vários órgãos responsáveis pela aplicação da norma, gerando assim mais arbitrariedade, disfarçada, desta feita, sob o manto da objetividade jurídica.

Essa fragmentação da soberania seria uma das faces de uma incrementação ostensiva da burocracia estatal, formada nos meandros dos pontos de imputação da teoria kelseniana, na qual a vontade é desconsiderada e existe somente a subsunção de determinados fatos a determinadas normas. O desenvolvimento de um pensar estratégico em uma situação dessas chega a ser quase inevitável, o que explicaria o fato do Estado ver em seus jurisdicionados nada mais do que números em tabelas e estatísticas:

Sem dúvida, Foucault está certo em afirmar que as ciências sociais embotaram a fibra moral de nossos governantes. Algo acontece com políticos que se veem expostos a infinitas tabulações de níveis de renda, índices de reincidência, eficácia de custo de armas de fogo para a artilharia e coisas do gênero – mais ou menos o que acontece com os guardas dos campos de concentração... Os governantes das democracias liberais passam a crer que nada importa além do que é mostrado pelas previsões dos especialistas. Eles param de ver seus concidadãos como concidadãos.”²¹

Schmitt considera que o normativismo impede a real aplicação do Direito, só possível por meio de uma decisão que preencha o hiato entre a norma e a realidade.²² O retorno à soberania é fundamental para que isso aconteça. McCormick pergunta se a crítica de Sch-

²¹ RORTY, Richard, *Method and Modernity*, apud MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo: 2006, pág. 336.

²² Lúcidas, neste sentido, são as considerações de Marcelo Cattoni, ao mostrar-nos que, “para Kelsen, a concepção presente na jurisprudência tradicional de que a indeterminação do ato jurídico prescrito pela norma aplicanda pode ser superada pelo simples conhecimento do Direito existente é uma autocontradição em face da pressuposição de que pode haver interpretação. Pois se pode haver uma interpretação de uma norma, então, a questão de qual seria a escolha “correta” entre as possibilidades dadas dentro de uma moldura da norma é dificilmente a questão da cognição direcionada ao Direito positivo: é um problema não de teoria do Direito mas de política do Direito” (2004: 126).

mitt ao normativismo positivista visa trazer de volta a substância do Direito ou, em verdade, criar as condições jurídicas apropriadas para a dominação nos moldes que Schmitt entende corretos.²³ Por mais que a relação de Schmitt com o nacional socialismo tenha levado a um abandono indevido de suas considerações sobre Direito e Política durante um tempo considerável, seria uma ingenuidade perigosa não relacionar suas posturas científicas com suas posturas político-ideológicas. Na análise da função do carisma para o mando soberano, tais posturas transparecem melhor.

3. CARISMA E VIOLÊNCIA

Novamente influenciado por Weber, Schmitt trabalha as formas de mando e representação. No resgate da soberania, o pensar sobre o carisma do governante personalizado se mostra fundamental.²⁴ Nos seus estudos constitucionais, vemos Schmitt destacar a importância da tradição para fomentar uma representatividade real, acusando as contradições do sistema eleitoral e da concepção da escolha majoritária. Para ele, o voto representa uma vontade individual, convertida, por meio da quantificação matemática latente, na ideia de “maioria”, em vontade pública. Afirma ainda que essa conversão é enganosa,

²³ “More specifically than I could in the chapter on emergency powers, I will attempt to confront the Schmittian constitutional democracy that he offers as an alternative to the so-called empty, mechanical formalism of the liberal variety. I will ask whether Schmitt assails the abstractness of positivist jurisprudence because it allows concrete political reality to elude theoretical analysis or because it acts as a normative obstruction to his designs for a new form of concrete domination adequate to the twentieth-century state/society relationship.” MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 207.

²⁴ “Rather Schmitt’s critique of formalist jurisprudence is generated by his engagement with Max Weber’s sociology of Law as it is eventually published in Weber’s massive *Economy and Society*. Of the work, Schmitt wrote, “the enormous sociological material for the conceptual development of jurisprudence in Max Weber’s *magnus opus posthumum* has still to be tested”; of the man himself, Schmitt later remarked, he was “an historian engaged in political theology,” because of his analysis of the phenomenon of charisma. MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 208.

uma vez que o conjunto de vontades individuais não gera uma vontade pública, mas essa é construída por uma tradição que determine ideais políticos e possibilite uma homogeneidade social, requisito primordial para a democracia.

“La igualdad democrática es, em essência, homogeneidad, y, por cierto, homogeneidad del pueblo. El concepto central de la Democracia es *Pueblo* y no *Humanidad*. Si la Democracia ha de ser una forma política, hay solo Democracia del Pueblo y no Democracia de la Humanidad. Ni siquiera el concepto de *clase* puede substituir, para la Democracia, al concepto de pueblo. Siendo clase un concepto puramente econômico, sobre base puramente econômica, no da lugar a ninguna homogeneidad sustancial.”²⁵

Segundo Schmitt, essa homogeneidade é a substância da ordem política democrática e base para a representação soberana real. E essa substância não pode ser matematizada ou quantificada por meio do voto majoritário. Fica claro que, para o referido autor, o poder relacionado ao carisma não é tão instável quanto para Weber, uma vez que existe uma tradição que o sustenta. O poder carismático é também uma forma pré-moderna de poder, que não busca legitimidade na razão ou em uma organização normativa, mas no próprio reconhecimento, pelos dominados, de sua existência:²⁶

²⁵ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editoria, S.A. Madrid: 1996, pág. 230

²⁶ “Em contraste radical com a organização burocrática, o carisma não conhece admissão ou demissão formal, carreira, adiantamento ou salário, supervisores ou sistemas de apelação, jurisdição local ou puramente técnica, assim como desconhece instituições permanentes à maneira das agências burocráticas, que independem dos que exercem um cargo e de seu carisma pessoal. O carisma é autônomo e estabelece seus próprios limites. Aquele que o possui assume a tarefa da qual foi incumbido e exige que os outros o obedeçam e sigam em virtude de sua missão. Se aqueles dos quais ele se sente representante não o reconhecem como tal, sua pretensão cai por terra; se o reconhecem ele será seu mestre enquanto conseguir “provar” que o é. Todavia, ele não extrai suas pretensões da vontade de seus seguidores, como acontece nas eleições, em vez disso, cabe a eles reconhecer seu carisma. (...) A autoridade carismática é naturalmente instável. WEBER, Max, *Economy and Society*, citado em MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pág. 341.

O espírito é ditadura. Reciprocamente, a ditadura, que é a essência do poder como violência (*Gewalt*), é de essência espiritual. O espiritualismo fundamental dessa afirmação está em consonância com aquilo que concede a autoridade (legitimada ou legitimadora), ou a violência do poder (*Gewalt*), a uma decisão instituinte que, não tendo, por definição, de justificar sua soberania diante de nenhuma lei preexistente, apela somente para uma “mística” e só pode anunciar-se sob a forma de ordens, de ditos, de ditados prescritivos ou de performativos ditatoriais.²⁷

Schmitt não trata propriamente da ditadura quando trabalha a ideia de representação e de carisma, mas Derrida, em comentário a um texto de Benjamin²⁸ nos mostra que o poder soberano não se condiciona pela vontade popular, nem por uma normatividade pré-existente. Seu fundamento é espiritual (*Geist*) ou num termo caro a Derrida, fantasmagórico (*gespenstische*).

Na sua luta contra o racionalismo iluminista, segundo ele, essencialmente técnico e instrumental, Schmitt se posiciona ao lado do irracionalismo da representação carismática em seus moldes pré-modernos, apesar de insistir que, em verdade, busca resultados científicos mais completos que os possíveis de se atingir com o positivismo jurídico. Na realidade, em muitos pontos as teorias de Schmitt e de Kelsen se encontram. É discutível a afirmação habermasiana²⁹ de que Kelsen e Schmitt representariam lados opostos da mesma moeda, uma vez que existe um voluntarismo real na base da teoria de Kelsen (ainda que a ordem normativa tenha como função a supressão dessa

²⁷ DERRIDA, Jacques, Prenome de Benjamin, in *A força da lei, o fundamento místico da autoridade*, Martins Fontes, São Paulo: 2007, pág. 107.

²⁸ *Zur Kritik der Gewalt*, texto muito elogiado por Schmitt, amigo de Benjamin, mas os comentários de Derrida se baseiam na análise do seguinte parágrafo de *Ursprung der deutschen Trauerspiel*:

O espírito (*Geist*) – tal é a tese da época – manifesta-se no poder (*weist sich aus in Macht*); o espírito é a faculdade de exercer a ditadura (*Geist ist das Vermögen, Diktatur auszuüben*). Essa faculdade exige uma disciplina interior rigorosa, assim como uma ação interior desprovida de escrúpulos (*skrupelloseste Aktion*)

Citado em DERRIDA, Jacques, Prenome de Benjamin, in *A força da lei, o fundamento místico da autoridade*, Martins Fontes, São Paulo: 2007, pág. 107.

²⁹ MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 218.

vontade), e um formalismo vazio no decisionismo de Schmitt, porque seria necessária uma performatividade formal para se manter a soberania; mas que existe uma intrigante relação entre os dois pensamentos é inegável.

Na realidade política alemã, esse encontro foi mediado pelo nacional socialismo, abraçado por Schmitt e condenado por Kelsen. Apesar das posições distintas sobre o problema, as posturas teóricas de ambos ajudaram a fundamentar as ações do *Reich*. Se, por um lado, a defesa da soberania carismática realizada por Schmitt reflete bem a ascensão e o uso de poder por parte de Hitler, o tecnicismo que transcende do normativismo kelseniano serve de base para a organização burocrática e administrativa da máquina de violência do governo nazista. Morrison nos dá base para essa conclusão:

O Holocausto é tanto um reflexo de tendências da modernidade quanto um evento ímpar. Enquanto fenômeno único, não poderia ter ocorrido sem condições sociológicas específicas nas quais as modernas técnicas e tecnologias de administração racional fossem auxiliadas por um imaginário institucional político e jurisprudencial específico. Em parte, esse imaginário institucional foi fornecido por narrativas de construção social, auxiliadas por teses de teoria jurídica específicas sobre liderança, democracia e crise do liberalismo.³⁰

Se, por um lado, o carisma de Hitler fortaleceu o *Reich* e possibilitou o uso da solução final,³¹ foi preciso um dilúvio de “quase 2 mil leis e normas administrativas (...) criadas para degradar e tornar ainda mais miseráveis os judeus alemães”.³² Lançaram mão desse artifício porque a Alemanha partilhava a crença moderna na capacidade legitimadora da legalidade, que Schmitt denuncia em *Legalidade e Legitimidade* e que é fruto do tecnicismo normativo. Esse tecnicismo é característica comum em todos os aspectos da *solução final*, seja o

³⁰ MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo: 2006, pág. 358.

³¹ “Relatos de alemães “comuns”, bem como de nazistas convictos, mencionam freqüentemente a crença em que o *Führer possuía atributos mágicos, o que era reforçado pelo “princípio do Führer” da teoria jurídica.*” *Idem*, pág. 357.

³² *Idem*, pág. 362.

aspecto legal, administrativo, ou mesmo o da consecução prática das medidas responsáveis pela eliminação dos judeus:

(Auschwitz) era também uma extensão rotineira do sistema fabril moderno. Em vez de produzir bens, a matéria-prima eram seres humanos e o produto final era a morte; o número de unidades diárias era cuidadosamente registrado nos gráficos de produção. As chaminés, símbolos do sistema fabril moderno, lançavam uma fumaça acre, produzida por carne humana queimada. A perfeita organização da moderna rede ferroviária europeia levava um novo tipo de matéria-prima para as fábricas. E o fazia como se transportasse qualquer outro tipo de carga. Nas câmaras de gás, as vítimas inalavam um gás venenoso que em geral provinha de cápsulas de ácido cianídrico produzidas pela indústria química alemã avançada. Engenheiros projetaram os crematórios, administradores conceberam o sistema burocrático que funcionava com um dinamismo e uma eficiência que deixariam com inveja as nações mais atrasadas. O próprio plano geral era um reflexo do moderno espírito científico às avessas. O que ali se via era nada menos que um gigantesco esquema de engenharia social.³³

O esvaziamento do Direito era claro, fruto do casamento entre o carisma fanático de Hitler e da monstruosidade técnica da engenharia social nascente. Durante anos, discutiu-se se o positivismo ou se o decisionismo representava a forma jurídica daqueles anos. Mas, em verdade, a união de ambos permitiu uma estetização da política e uma fé nas técnicas de controle social sem precedentes, bem como um esvaziamento moral da realidade política. Mas ambas as teorias não podem ser responsabilizadas, são frutos de sua época. Uma época que paira sobre nós como uma ameaça constante, de um retorno à violência divinizada e racionalizada, uma época que marcou nossas narinas com o cheiro indelével de carne humana queimando e nossas consciências com a dúvida perene sobre os limites da racionalidade estatal. Uma época em que o mistério e o desencanto se uniram num abraço incestuoso que esmagou milhares de vidas.

³³ FEINGOLD, apud BAUMAN, apud MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo: 2006, pág. 367.

4. BIBLIOGRAFIA

CATTONI, Marcelo. Jurisdição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: 2004.

DERRIDA, Jacques, Prenome de Benjamin, *in* A força da lei, o fundamento místico da autoridade, Martins Fontes, São Paulo: 2007

GALUPPO, Marcelo. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 3, 195-206.

GOMES, Alexandre Travessoni. O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HÖFFE, Otfried, Justiça Política, Martins Fontes, São Paulo: 2006.

MCCORMICK, John P., Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology, Cambridge University Press.

MORRISON, Wayne, Filosofia do Direito, dos gregos ao pós modernismo, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich, Vontade de Poder, Contraponto, Rio de Janeiro: 2008.

NIETZSCHE, Friedrich, Acerca da Verdade e da Mentira, Editora Rideel, São Paulo: 2005.

RIBEIRO, Fernando Armando. Conflitos no Estado constitucional democrático, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SCHMITT, Carl, Teologia Política, Del Rey, Belo Horizonte – MG: 2006.

SCHMITT, Carl, Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, Espanha, 1996.

SCHMITT, Carl, Legalidade e Legitimidade, Del Rey Editora, Belo Horizonte, MG: 2007.

SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza Editoria, S.A. Madrid: 1996.

STRECK, Lênio L. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Recebido em 19/5/2016

Aprovado em 22/6/2016

6

CONFIGURING JUSTICE

Jeanne Gaakeer¹

ABSTRACT

While scholarship on a variety of literary-linguistic connections of law and the humanities has these past few decades greatly augmented the scope of legal theory, I would argue in this paper that we need to consider the bond of theory and practice in law and jurisprudence when we turn to the humanities for our interdisciplinary ventures, on the view that the original idea(l) of literary-legal studies was to help provide nourishment to the legal practitioner. This is e traditionally conceived, remains important when it comes to investigating the possibilities of the humaespecially acute because, to me at least, it is through law in practice that we can learn to speak of justice. So the *quid-juris* question that is at the heart of legal doctrine and jurisprudencnities' contribution on the methodological plane. In other words, while we may discuss issues of justice in the abstract, it is only in the way in which actual legal issues are resolved that we can at all decide that justice is being done. We cannot, therefore, think about

¹ Holds degrees in English literature, Dutch law and philosophy (cum laude). The focus of her research is on interdisciplinary movements in legal theory (specifically *Law and Literature* and *Law and the Humanities*) and their relevance to legal practice. She is endowed professor of legal theory at Erasmus School of Law, Rotterdam, the Netherlands. With Greta Olson (Giessen University, Germany), she co-founded the European Network for Law and Literature (www.eurnll.org). She is the 2013 recipient of the J.B. White Award (bestowed by the Association for the Study of Law, Culture and Humanities). She serves as a senior justice in the criminal law section of the Appellate Court of The Hague.

justice without law in practice, because legal meaning and justice are the products of discussions on how to establish concrete legal and social relations. This speaks for attention to how law is and can be done. I aim to turn to continental-European philosophical hermeneutics, especially as developed by Paul Ricoeur, rich as his work is on the subjects of metaphor, practical wisdom and the equitable, in order to develop my main argument and offer suggestions for *Law and Literature in practice* through the lens of the *studia humanitatis*.

This article is reprinted here with kind permission of the editors of *No Foundations*; orig. citation: Gaakeer, J., ‘Configuring Justice’, *No Foundations, An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, 9 (2012), pp.20-44.

This article forms the basis of professor Gaakeer’s ongoing research in the field of *Law and the Humanities* in which her focus is specifically on the bond of literary-legal theory and legal practice. See also Gaakeer, J., ‘Futures of Law and Literature: a Jurist’s Perspective’, in: Christian Hiebaum, Susanne Knaller, Doris Pichler (eds), *Recht und Literatur im Zwischenraum/ Law and Literature In-Between, aktuelle inter-und transdisziplinäre Zugänge/ contemporary inter- and transdisciplinary approaches*, Bielefeld, transcript Verlag, 2015, pp.71-103; Gaakeer, J., ‘Practical Wisdom and Judicial Practice: Who’s in Narrative Control?’, ISSL Paper, The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature, www.lawandliterature.org, vol.8: pp.1-17, ISSN 2035-553X; Gaakeer, J., ‘The Perplexity of Judges Becomes The Scholar’s Opportunity’, *German Law Review* (forthcoming 2016).

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Facts and norms, theory and practice. 3. Building blocks from the humanities for a model of judging. Part I: insight into particularities and (dis)similarities. 3.1 Phronèsis. 3.2 Metaphor. 4. Building blocks from the humanities for a model of judging. Part II: configuring (a sense) of justice. 4.1 Narrative intelligence. 4.2 The right discrimination of the equitable. 5. The defence rests. Bibliography.

1. INTRODUCTION

Research on a variety of literary-linguistic connections of law and the humanities has these past few decades greatly augmented the scope

of legal theory. Nevertheless I would argue that when as jurists we turn to the humanities to further our interdisciplinary legal projects, we need to reconsider the alliance of theory and practice in law and hence its importance for jurisprudence. Why? Lest we run the risk that, as has been the case so far, legal practice remains unresponsive to what interdisciplinary studies have to offer, and, when it comes to legal education, that courses of the “Law and” kind are dismissed by students as irrelevant because they supposedly lack a focus on the students’ development of professional skills. Put cynically, as did US Supreme Court Chief Justice John G. Roberts jr. in a speech at the US Fourth Circuit Judicial Conference, June 2011, ‘Pick up a copy of any law review that you see and the first article is likely to be, you know, the influence of Immanuel Kant on evidentiary approaches in 18th-century Bulgaria, which I’m sure was of great interest to the academic that wrote it, but isn’t much help to the bar.’² Such dismissal of interdisciplinary work not only forces us to reflect on whether or not we have so far created new academic ghettos but, more importantly, it reminds us that the *quid-juris* question that is at the heart of legal doctrine and jurisprudence traditionally conceived remains important when it comes to investigating the possibilities of the humanities’ contribution on the methodological plane.

On the view that it is only through law in practice that we can learn to speak of justice, or rather, that while we may discuss issues of justice in the abstract, it is only in the way in which actual legal issues are resolved that we can at all decide that justice is being done, this speaks, on the one hand, for attention to how legal and social relations are established by means of our discourse on legal meaning and justice. On the other hand, this connection of law in practice and justice also ties in with the subject of the methodology of the legal perception of the particular case at hand, not in the least because the view of law as a normative set of propositions that are “out there” in an unadulterated form ready for our application is unfortunately still in need of further refutation. As Richard Posner also emphasizes, the

² Roberts, J.G. jr, ‘Speech at the US Fourth Circuit Judicial Conference’, June 2011, as cited at <www.abajournal.com/news/article/law_prof_responds> and <www.acslaw.org>.

law student ‘must be disabused of the notion that “the law” is a set of propositions written down in a book and legal training consists simply of learning how to find the correct place in the book’ (Posner 2008, 252).

It is the latter topic that prompts my contribution. Serving also as a judge in a continental European civil-law setting, I often perceive in my academic, interdisciplinary contacts that there are misconceptions about legal reasoning, in the sense that civil-law reasoning is supposedly a mere syllogistic rule-application and as such deductive in nature, moving from abstract codified legal norms to the decision in a specific case, and in contradistinction to common-law reasoning. The expectation raised by such conception of rule application seems to be that of an unproblematic existence and use of abstract norms, and that is oversimplified to say the least. If we start categorizing what is to count as knowledge in the field of law and start from the premise that law is a domain of rules, and rules only, that simplification can in turn contribute to the marginalization of interdisciplinary ventures based on it. Furthermore, it reaffirms a false opposition between common-law and civil-law thought when it comes to the act of judging, in that it proclaims for civil law a formalist hermeneutics of more or less self-applying rules, of ‘outside-in’ legal reasoning as Ronald Dworkin calls it, i.e. from the abstract to the concrete, rather than ‘inside-out’ reasoning (Dworkin 2006, 54) with a focus on the judicial effort of connecting what are deemed the relevant facts of the case and the legal norms.³

It is on this plane that the humanities can both help elucidate the problems connected to such misunderstanding and contribute to its possible solution. That is why I turn to continental-European philosophical hermeneutics, especially as developed by Paul Ricoeur. My aim is to draw a sketch of what the *studia humanitatis* can contribute to legal practice by bringing to the fore the resources

³ See also Gaakeer 2012b, the text accompanying notes 13 and 49 discussing Greta Olson’s view that ‘legal reasoning proceeds through a process of deduction from abstract norms of codified law to the particular case at hand’ (Olson 2010, 352) and Helle Porsdam’s comparable view that, ‘Civil law starts with certain abstract rules, that is, which judges must then apply in concrete cases’ (Porsdam 2009, 174).

that can contribute to the judge's development of her professional quality of *phronèsis*, i.e. prudence or practical wisdom, with judicial ethos and *habitus* included. The view behind this enterprise is that despite their differences most legal systems share core values such as judicial impartiality, consistency and integrity which, not incidentally, are considered virtues in the Aristotelian sense. Methodological reflections on the subjects of the finding or constitution of "the facts", the judicial justification of deliberative choices made, and the way in which law establishes relations are therefore shared tasks.⁴ What is more, I aim this sketch also to serve as an example of how humanities-oriented interdisciplinary legal studies themselves can move beyond the academic and into the realm of *praxis*.

2. FACTS AND NORMS, THEORY AND PRACTICE

In what follows I proceed from a double premise. Firstly, that law as an academic discipline firmly belongs to the humanities given its historical development since the eleventh-century rediscovery of the Justinian Code, characterized as law is and has always been by a strong language-oriented, philological-hermeneutical perspective. That is to say, a perspective not done away with by new trends in mediality and visuality in law, because hermeneutics is not merely a methodology for interpretation, but rather a philosophical view for a broad mode of inquiry into both text and action, as Hans-Georg Gadamer already propounded in his seminal *Truth and Method*. And secondly, that as a consequence jurists necessarily combine the theoretical and the practical. Why? Because the art of doing law in its different professional guises always requires their attention to the reciprocal relation between fact and norm, as well as to the ways in which the system of substantive and procedural rules and norms is deployed to achieve justice. A characteristic feature, then, of legal methodology in the sense of the perception of the case or legal topic at hand is the constant movement from the facts to the legal norms, and back, a dialectic movement, this going hither and thither so to speak, coined

⁴ The topic has been with me ever since I fully understood Ricoeur's importance for my judicial work. My argument here is a continuation of earlier work, see Gaakeer 2008; Gaakeer 2011; Gaakeer 2012a.

by the German jurist Karl Engisch as the ‘Hin-und Herwandern des Blickes’ (Engisch 1963, 15), a notion taken up and elaborated upon by Karl F. Larenz in his *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Larenz 1991, 204). In performing this movement, jurists should constantly bear in mind the influence of their own interpretive frameworks on both fact and norm, because as humans we cannot escape our hermeneutic situation of being culturally determined, professionally and personally. And what is more, this also goes for the reciprocal relationship between perception and ordering: the systematization of knowledge in the field of law too is subject to a comparable movement back and forth. In other words, when confronted with a new case, the legal professional starts with a diagnosis of what are deemed the relevant facts (established facts and facts admissible as evidence and/or with a certain probative value), then proceeds with a first, tentative, legal classification of the materials on this basis, deliberating about the next step of formulating a response and fine-tuning his classificatory analysis. In all this one’s specific position as a legal professional is of decisive importance, of course, in that a judge will combine this process with her prior experience of hard and easy cases, and a defense lawyer will seek as many as possible anchors for the construction of his argument.⁵

As far as the relation between theory and practice is concerned, from this follows that those working in legal practice always reflect on the consequences of any theoretical or doctrinal assumption for the outcome of the specific case. That includes attention to the possible theoretical justification of the position taken when viewed against the background of the wider significance of the combined legal and cultural framework, for example in cases that attract the attention of any given society as a whole (media attention included). In turn, theoretical knowledge in law is augmented by the actual *quid-iuris*

⁵ Cf. Andrew Abbott on the tripartite division of diagnosis, inference after deliberation and treatment as a response to a diagnosis, ‘Theoretically, these are the three acts of professional practice. Professionals often run them together. They may begin with treatment rather than diagnosis; they may, indeed, diagnose by treating, as doctors often do. The three are modalities of action more than acts per se. But the sequence of diagnosis, inference and treatment embodies the essential cultural logic of professional practice.’ (Abbott 1988, 40).

questions that legal practice raises, because they often go far beyond what academic, doctrinal discourse can even start to imagine. Where practice turns to theory for justification, theory thrives on practical input. In short, the jurist's methodology is never purely deductive or inductive but always the combined effort of the perception and assessment of the facts against the background of what the legal norm (including the academic propositions made for it) means, and the awareness that the whole process is governed by the dynamics of the interpretive frame that is itself subject to constant developments and challenges of a varied nature (e.g. technological or societal). In this ontological uncertainty – at any time something new may crop up that challenges existing meaning – also lies the possibility of critique and innovation. The interrelation sketched here affects legal theory too, in that, ideally at least, as George Pavlakos and Sean Coyle argue, it should be understood as engaged in, rather than detached from, questions underlying doctrinal debates that concern moral and political aspects of law as well. The aim of legal theory in their view, one most congenial to me, would then be to understand legal ideas as a reflection of values and an explanation of how they came about. This concept of law as a discipline is what Pavlakos and Coyle call jurisprudence, derived from the Latin root '*prudentia* which engages in practical accounts of law' (Pavlakos and Coyle 2005, 2). Jurisprudence denies 'the possibility of generality in theoretical accounts of the nature of law' (Pavlakos and Coyle 2005, 12), because such generality entails a detached form of observation by legal theory, conceived as legal science or *scientia*, of the social institution that is law, with as its aim to provide an objective account of it. The latter presupposes the existence of theory and practice (in the sense I use it above, i.e. doing law broadly conceived) as disconnected entities so that the legal theorist's (i.e. the one who does *scientia*) sole task would be to analyze legal practice from a safe distance. The idea behind it is that there is such a thing as scientific neutrality or objectivity when it comes to taking theoretical standpoints, and that is precisely what jurisprudence rejects on the view that both the doing of law and the reflection on it are to be viewed in their historical, moral and cultural contexts. Furthermore, as Francis Mootz says, in reference to Gadamer on the point of human experience being fundamentally

interpretive, ‘within legal practice we can understand a binding norm only within a practical context: understanding and application are a unified pact’ (Mootz 2000, 721). Thus, legal professionals in their actions show their specific knowledge that is a “reflection-in-action” (Schön 1983, 130), consisting of a creative interaction with a problem situation. Obviously, they therefore benefit from reflection on what works and what doesn’t and that is especially acute when they have to confront the situation that more than just one response to the problem is possible. It is here that the topic of *phronèsis* comes in, i.e. the ability to see what is the best solution under the given circumstances and act on it. For the judge this also means arriving at the decision that does justice to law’s demand for coherence. Behind this enterprise is the idea that professional knowledge is transferred by means of reproduction in the sense of the constant recreation or renewal of a shared background that makes understanding possible. The intertwinement of theory and practice has as its most prominent feature a focus on adjudication of which the judge is the exponent. With this in mind I turn to the works of Paul Ricoeur because of his detailed attention to the virtue of *phronèsis* as originally conceived by Aristotle, and his insistence on the input of the humanities when it comes to developing judicial *phronetic* intelligence.

3. BUILDING BLOCKS FROM THE HUMANITIES FOR A MODEL OF JUDGING. PART I: INSIGHT INTO PARTICULARITIES AND (DIS) SIMILARITIES

3.1 Phronèsis

In the Aristotelian spectrum of the intellectual and moral virtues, *phronèsis* is placed in the category of intellectual virtues and distinguished especially from *épistèmè*, i.e. theoretical or scientific knowledge that is conceptual and propositional in nature, aimed as it is at “knowing that”, and from knowledge of how to make things, the technical skill of the craftsman that is called art or *technè* that can relatively easily be taught and learned. Aristotle starts his analysis with a definition of the prudent man, the *phronimos*:

‘We may arrive at a definition of Prudence (i.e. *phronèsis*) by considering who are the persons we call prudent. Now it is held to be the mark of a prudent man to be able to deliberate well about what is good and advantageous for himself [...] as a means to the good life in general’ (Aristotle 2003, Vi.v.1, 1140a24-29, p.337) [...] But no one deliberates about things that cannot vary, nor about things not within his power to do. Hence inasmuch as scientific knowledge involves demonstration, whereas things whose fundamental principles are variable are not capable of demonstration, because everything about them is variable, and inasmuch as one cannot deliberate about things that are of necessity, it follows that Prudence is not the same as Science (i.e. *épistèmè* or *scientia*). Nor can it be the same as Art (i.e. *technè*).⁶ It is not Science, because matters of conduct admit of variation; and not Art, because doing and making are generically different, since making aims at an end distinct from the act of making, whereas in doing the end cannot be other than the act itself: doing well is in itself the end. It remains therefore that it is a truth-attaining rational quality, concerned with action in relation to things that are good and bad for human beings’ (Aristotle 2003, VI. v. 3-4, 1140a32-1140b7, p.337).

The above clearly shows why to Aristotle *phronèsis* is not just the virtue of knowing the ends of human life, but also of knowing how to secure them, that is to say the virtue includes the application of good judgment to human conduct, “knowing how”. As such it necessarily pertains to the probable in the sense of provisional truths, because whatever theoretical knowledge it does incorporate in its reasoning, this is always occasioned by the practical aim of action (i.e. in the sense of *doing* well as distinguished by Aristotle). Perceptual and dispositional in nature, *phronèsis* is the capacity to see what the

⁶ A note on translation: both in the translation used for purposes of this article and in other translations available that I consulted the terminology is awkward in that *technè* is translated as ‘art’, a term which for modern readers has a connotation different from the Aristotelian meaning of ‘technical skill’. In the sense, however, that *technè* also refers to the knowledge of the artisan embodied in his hands and eyes, this opens up the possibility of a reading that goes beyond the idea of a purely routinely artisanal skill in that it emphasizes professional skill, and that is, of course, also a characteristic of the *phronimos* in action.

situation demands and act upon it.⁷ Thus, it defies methodological reduction because its main characteristic is deliberation (or *bouleusis*), primarily with oneself but when transposed to the realm of the juridical⁸ deliberation is also with others, so that as a way of reasoning it does not aim at arriving at universal, abstract truth, but thrives on dialectical reasoning.⁹ It therefore has its focus on advancing arguments for and against a specific premise. Although categorized as an intellectual virtue, as a virtue in the sense of a dispositional quality that one acquires, e.g. through instruction and one's education generally, *phronèsis* is nevertheless at the same time a matter of *ethos*, character, on the view that it is not a mere combination of knowledge (e.g. knowledge of widely accepted moral rules) and deliberative technique, but rather the ability to apply insight gained in specific situations, context-dependent as such insight necessarily is, to new questions as these crop up. Thus ethics and epistemology go hand in hand in *phronèsis* as a *praxis* of concrete action in specific situations. The critical quality of 'Understanding' (*sunèsis*), then, answers the imperative quality that *phronèsis* is and has. That is to say: to start with, one needs to have good understanding (*eusunèsia*) in order to be able to judge well, and *phronèsis* then takes this one step further in that additionally it emphasizes the need to act on that judgment. To Aristotle this means that the end of Understanding 'is a statement of what we ought to do or not to do' (Aristotle 2003, VI.x.2, 1143a9-10, p.359). Understanding and *phronèsis*, while not identical, are concerned with the same objects ('it [Understanding] is concerned with the same objects as Prudence' (Aristotle 2003, VI.x.2, 1143a8, p.359)), as Aristotle points out, because understanding is also about those things

⁷ 'Prudence deals with the ultimate particular thing, which cannot be apprehended by Scientific Knowledge, but only by perception.' (Aristotle 2003, VI.viii.9, 1152a26-28, p.351).

⁸ Aristotle's argument allows this, given the connection he makes between Prudence, generally, 'Prudence as regards the state [...] Legislative Science' (Aristotle 2003, VI.viii.2, 1141b25-26, p.347) and Prudence as essential for the faculty of judging equitably that is dealt with below.

⁹ For an Aristotelian view on the ideal of the lawyer-statesman who epitomizes *phronèsis* in relation to its professional, educational and political consequences, see Kronman 1993.

that are subjects of questioning and deliberation, rather than about the strictly defined, universal givens of scientific knowledge.

This concept of *phronèsis*, then, permeates Ricoeur's thought on justice and the law. It is constitutive also of his views on morality and ethics as well as of his view on equity as a corrective of law as a (codified) system of rules, that is to say of equity as 'the *sense* of justice, when the latter traverses the hardships and conflicts resulting from the application of the *rule* of justice' (Ricoeur 1992, 262).¹⁰

What matters to me here, to start with, is that Ricoeur consistently connects his discussion of the deliberative aspect of *phronèsis* with the idea of the hermeneutic movement, circular as it were, of the 'back-and-forth motion' as he significantly puts it in *Oneself as Another* (Ricoeur 1992, 179) between the idea that we have about, say, the good life or justice, and the decision to be made about that.¹¹ This ties in neatly with the legal methodology of connecting the facts and the relevant norm, as well as with the tripartite structure of professional practice as diagnosis-inference/classification-treatment, as can also be seen in Ricoeur's view on rule application in the situation of a criminal trial, 'The application consists both in adapting the rule to the case, by way of qualifying the act as a crime, and in connecting the case to the rule, through a narrative description taken to be truthful.' (Ricoeur 2007, 55-56). Ricoeur also approvingly refers to 'the close tie established by Aristotle between *phronèsis* and *phronimos*, a tie that

¹⁰ This is important to note because of the differences in perspective on the subject throughout his works, and hence the philosophical gradations to be discerned and distinguished. In the studies that form *Oneself as Another*, *phronèsis* is discussed in the ethical realm of deliberation on the good life, so that the emphasis lies on moral judgments in specific (and uncertain) situations in relation to the ethical aim or rather end to be pursued. In *The Just* the focus is on the relation between the idea of justice conceived as a moral rule and justice mediated by the institution, i.e. 'incarnated in the person of the judge, who, as a third party between the two parties, takes on the figure of a second-order third party' so that the concept of justice as 'just distribution' (Ricoeur 2000, xiv and xiii) becomes pivotal, as can also be seen in the engagement in *The Just* with John Rawls's *Theory of Justice* and its description of society at the level of the distribution of market- and non-market goods.

¹¹ It should be noted that Ricoeur's treatment of *phronèsis* invariably starts from (applied) ethics before moving to the analogous examples of medicine and law.

becomes meaningful only if the man of wise judgment determines at the same time the rule and the case, by grasping the situation in its singularity' (Ricoeur 1992, 175). On this view, secondly, *phronèsis* is thus perceived as an essential component of actual judging. A judge may well be the best there can be as far as her theoretical knowledge of the black letter law of relevant statutes, principles and precedents is concerned, but if she lacks *phronèsis*, the outcome in the individual case may prove to be unsatisfactory or downright unworkable for the parties involved, and/or others concerned.

In Ricoeur's terms, in short, the wise judge is a *phronimos*, a sensitive person who combines attention to the circumstances and insight in the demands of a specific case with the theoretical knowledge that law suggests her to apply, and orients her deliberation at choosing the best of the available legal means in order to translate these into the appropriate action: '*phronèsis*, which became "prudence" in Latin ... consists in a capacity, the aptitude, for discerning the right rule, the *orthos logos*, in difficult situations requiring action' (Ricoeur 2007, 54). On this view, the right rule may be a (codified) rule of law in the one case, while it may be the equitable decision in another case. That is to say, it depends on the circumstances. Furthermore, *phronèsis* as an actual form of reflective human judgment is also a form of self-reflection and hence self-knowledge, as good reasons for a specific decision unfold to oneself, and subsequently legitimize why in a particular situation *this* rather than *that* is what is required under the circumstances. In the sphere of the juridical, self-reflection should thus always be a constitutive element of the judicial *habitus*.

What makes Ricoeur's thought especially attractive from a point of view of humanistic legal studies is not only that it is embedded in the literary tradition, canonical as we now perhaps critically perceive it, starting with the Greek dramatists Sophocles and Euripides, but also that Ricoeur consistently argues that the particularity of these literary 'profiles of virtue' such as liberality, courage and justice, culturally informed as they are, (Ricoeur 2007, 54) invites rereading and rewriting in the sense of adapting what they teach us to our contemporary situation. A fine example is his analysis of Sophocles' *Antigone* in the study entitled 'The Self and Practical Wisdom: Conviction' in *Oneself as Another* (Ricoeur 1992, 240-296) in which

he offers *phronèsis* as the lens through which to view tragic conflict on the plane of the political when it comes to just distribution. If we combine this with what Ricoeur calls analogy at the level of forming judgments and making decisions in spheres as otherwise as different as the medical and the juridical, although both ‘imprint praxis with a tragic stamp’ (Ricoeur 2007, 57),¹² the need to develop our understanding of the close tie between the singular, the particular and *phronèsis* by means of augmenting our insight in metaphor becomes acute.

3.2 Metaphor

As far as I am concerned, Ricoeur’s view on ‘the rule of metaphor’ as ‘the metaphorical process as cognition, imagination, and feeling’ is essential because it ties aspects of *phronetic* intelligence to ‘the semantic role of imagination (and by implication, feeling) in the establishment of metaphorical sense’ (Ricoeur 1978, 144). Here, too, Ricoeur turns to Aristotle for the elucidation of this somewhat dense phrase. The topic of metaphor is treated in both the *Poetics* and the *Rhetoric* (that adopts the definition from the *Poetics*). Aristotle denotes metaphor as ‘[...] the application of a strange term either transferred from the genus and applied to the species, or from the species applied to the genus, or from one species to another or else by analogy’ (Aristotle 1965, xxi.7-9, 1457b7-9, p.81). Ricoeur shares Aristotle’s interest in the semantic gain of metaphor as a process, i.e. ‘“to metaphorize well” is “to see *resemblance*”’ (Ricoeur 1986, 23), arguing for the assessment of the role of the imagination, ‘that it is in the work of resemblance that a pictorial or iconic moment is implied as Aristotle suggests when he says that to make good metaphors is to contemplate similarities or [...] to have an insight into likeness’ (Ricoeur 1978, 145). In the sense that the *lexis* of a text in the Aristotelian sense, i.e. the characteristics of its discourse that make that discourse what it is by means of, as Ricoeur explains, ‘... diction, elocution, and style, of which metaphor is one of the figures’, sets before our eyes what it wants to display, there is thus a strong ‘*picturing function*’ of metaphorical meaning’

¹² Cf. Eden 1986, 63f. for the Aristotelian link between the judgment that results from cathartic insight in classical tragedies and (literary) imagination and the human soul.

(Ricoeur 1978, 144). In other words, when metaphor performs its function adequately, it makes us say, “Oh, now I *see*”. Therefore we should learn ‘to understand *how* resemblance works in this production of meaning’ (Ricoeur 1978, 146).

Here, I would claim, is an interesting connection with the concept of *phronèsis*, namely in the demand for an ability of seeing similarities and dissimilarities in a particular situation that *phronèsis* and metaphorical insight hold in common. This is especially so because *phronèsis* implies the *phronimos*’ straight eye that immediately because of its professionally trained intuition ‘by doing’ perceives what it is that needs to be done, for ‘To metaphorize well,’ said Aristotle, ‘implies an *intuitive* perception of the similarity in dissimilars.’ (Ricoeur 1986, 6, emphasis mine). It should, of course, at once be noted that while this immediacy of perception may be the starting point for deliberation, it is not necessarily also its outcome. What seemed intuitively the *orthos logos* may need correction on second thought. The connection, then, between *phronèsis* and metaphor can be discerned in the scheme that Ricoeur offers to elaborate on the combination of metaphor and imagination. Its first step is to understand imagination as the “seeing”, the insight that metaphor offers when it asks us to contemplate on resemblance. This insight is ‘both a thinking and a seeing’, and in the sense that what matters is that ‘to see *the like* is to see the same in spite of, and through, the different’, it emphasizes the need to develop our imagination (Ricoeur 1978, 147). Thus the combination of thinking (including theoretical knowledge of doctrinal law in the case of judicial *phronèsis*) and seeing the particularity of the new situation comprised in the quality of *phronèsis* is found back in this first step in and of our using metaphor.

This also goes for the second step of incorporating the pictorial dimension, now that both *phronèsis* and metaphor depend on our imaginative capability to ‘see’ what connects that which we already know to the new significance of the presentation of the particular. Added to this iconic moment, then, is the third step which consists of the requirement of what Ricoeur calls “suspension”, ‘the moment of negativity brought by the image in the metaphorical process’ (Ricoeur 1978, 151). By it he means the moment that the ordinary reference, i.e.

the reference as it is attached to descriptive language, is abolished in favour of the new meaning produced by the metaphor. That moment is (also) brought about by the working of our imagination. This combination of the cognitive and the imaginative also ties in with the division of knowledge in *épistèmè* and *phronèsis*. It highlights the critical element of judicial *phronèsis* because that too (always) depends on the legal imagination in order to be able to see what ties the singular situation of the case before her to the existing framework of law. At the same time the combination of *phronèsis* and imagination enables the judge to see which aspect of the singular situation calls for an adjustment in her application of the normative framework, however slight this adjustment may be. *Phronèsis* thus enables the judge to bridge the gap between the generality of the legal rule and the particularity of the concrete situation.

To recapitulate, the Aristotelian focus on likeness as the basis for a good metaphor as elaborated upon by Ricoeur has as its linchpin the ability to understand how resemblance works in the production of meaning. Thus, insight into the metaphorical is essentially a contemplation of similarities and that not only requires insight into *what* is deemed a likeness, but more importantly, *for what reasons*. Given the reciprocal relation between theory and practice and its constitutive role in the formation of legal concepts, it is obviously very important to gain insight into the ways in which metaphor works now that doctrinal development and success in daily legal practice depend on it. And this should be done against the background of the local knowledge of a specific legal system, for example the Dutch, with its Penal Code and Code of Criminal Procedure, and a specific legal practice, for example that a Dutch defense lawyer needs specific authorization to represent his absent client during court procedures but that this authorization is not necessarily written down, so that how the judge can at all “know” for sure that authorization has indeed taken place and the lawyer is allowed to speak on behalf of his client is an aspect to be taken into consideration. Local knowledge is therefore important. Why? Because as ‘[...] [a]n inquiry into the capacity of metaphor to provide untranslatable information and, accordingly, into metaphor’s claim to yield some true insight about reality’

(Ricoeur 1978, 143), we need to ground our research too in concrete circumstances.

Now one might argue that a judge has no need of metaphorical insight on the view that her analytical and logical competences not only prevail but suffice, and, furthermore, that metaphor as far as ‘it consists in speaking of one thing in terms of another that resembles it’ (Ricoeur 1986,197) easily leads to category mistakes. In defense of resemblance as the guiding feature, Ricoeur refutes the accusation of logical weakness by pointing to the logical structure of the similar itself because ‘in the metaphorical statement “the similar” is perceived *despite* difference, *in spite of* contradiction’ (Ricoeur 1986, 196), so that it is precisely resemblance that brings close what was initially perceived as distant and different. As a strategy of language, then, metaphor aims to break down established logical structures in order to build new ones because that is what is necessary to see things anew. This is not a deviation but basically the same operation by means of which any classification of concepts into categories takes place.

Applied to our subject this means that the work of metaphor does not take place outside law. On the contrary, it is inherent in it, so that the ability to metaphorize is part and parcel of *phronetic* intelligence, both for the development of law in theory and for the contribution to law in practice. This is even more so now that the days in which the legalistic and positivist idea of law as restricted to a set of codified rules are long behind us and law in civil-law countries since the early twentieth century includes principles, the interpretation and application of which by their very nature demands a deliberation about and balancing of the interests involved. The Aristotelian attention to resemblance thus also forms an argument in favour of a discursive view of metaphor given the way in which metaphor elaborates both terms of the comparison in their reciprocal relation, for example, when we say, “Judge Rex is a fox”, or “Judge Hercules is a hedgehog”. Obviously, this too pertains to the topic of conceptualization and classification in law aimed as it is like scientific language to eliminate as much as possible any ambiguities (cf. Ricoeur 1985), in that it is important to be aware of the metaphorical of the legal concept in general, and the legal fiction in specific. This can already be seen in Ricoeur’s description

of the project of the rule of metaphor as primarily concerned with metaphor as ‘[...] the rhetorical process by which discourse unleashes the power that certain fictions have to redescribe reality’ (Ricoeur 1986, 7). Following this, metaphorical insight is essential also for the topic of the development of law against its cultural and historical background, as Owen Barfield already explained in his work on the bond of poetic diction and legal fiction, in which not incidentally he also propounded the claim that ‘... every modern language ... is *apparently* nothing, from beginning to end, but an unconscionable tissue of dead, or petrified, metaphors’ (Barfield 1984, 63). Barfield translated Aristotelian thought on metaphor by analogy as described in the *Poetics*¹³ for the legal fiction in the following way, ‘The ... analogy ... may be expressed... in the formula: - metaphor: language: meaning :: legal fiction: law : social life’ (Barfield 1977, 58). That is to say, ‘metaphor is to language as language is to meaning’ is comparable to ‘legal fiction is to law as law is to social life’. And with the latter element of the comparison, at least as far as I am concerned, Barfield also points to the impact of the “metaphorical” choices made in law because of law’s impact on people’s lives. It makes the topic even more urgent for judges in that when they speak people’s lives are changed,¹⁴ especially given the interactionist metaphor for on the relation between theory and practice that Barfield then adds to his argument: ‘There is not much that is more important for human beings than their relations with each other, and it is these which laws are designed to express. The making and application of law are thus fundamental human activities, but what is more important for my purpose is that they bear the same relation to naked thinking as traveling does to map-reading or practice to theory.’ (Barfield 1977, 63). In short, it is far easier to design laws than to apply them to actual cases, just as it is far easier to plan your hiking trip by means of a map than to know what to do when

¹³ ‘Metaphor by analogy means this: when B is to A as D is to C, then instead of B the poet will say D and B instead of D (Aristotle 1965, 1457b11-12, p.81).

¹⁴ Cf. Robert Cover’s seminal article ‘Violence and the Word’, ‘[...] legal interpretation takes place in a field of pain and death [...] A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life’ (Cover 1986, 1602). For an extended treatment, see Gaakeer 2009.

you encounter terrain that is rougher than expected. To Barfield, this should lead us to the study of jurisprudence in the humanistic sense I promote here, because it is ‘well adapted to throw light on the mind and its workings,’ and he therefore laments that the ‘respectful attitude to legal studies’ which used to be ‘an essential element in a liberal education’ [...] ‘has long since been abandoned’ (Barfield 1977, 63).¹⁵

Not only is this interesting from a point of view of contemporary forms of interdisciplinarity, but this also speaks for attention to metaphor on the level of the development of national law, i.e. the internal, socio-historical development of a legal system. More importantly, given the enormous growth of the importance of supranational law in Europe and global developments in, for example, new technologies that create new forms of contract and commercial relationships, it speaks for attention to metaphor on the plane of comparative law. Why? Because to compare is to translate and this act too needs a perceptive attitude and an awareness of the way in which we use the technical language of an institution such as law all too easily to impose its conceptual framework to the detriment of other languages, other voices, other contexts, semantic, cultural or otherwise. As Ricoeur points out, metaphor is not ‘a simple transfer of words’, but ‘a commerce between thoughts, that is, a transaction between contexts’ so that ‘metaphor holds together within one simple meaning two different missing parts of different contexts of this meaning’ (Ricoeur 1986, 80). What is more, in the sense that metaphor adds something new to the reservoir of existing meanings, it provides insight into the development of (the rule of) law. So we should carefully consider the way in which this rule of metaphor works because by means of the introduction of a new metaphor in a specific field, or by taking a metaphor from one field to another, new meanings are generated and, as a side effect, original meaning may be suppressed, if only for the time being.

¹⁵ In this context Barfield refers to the Italian philosopher and jurist Giambattista Vico (1668-1744). To Vico, our faculties of imagination and understanding should be thought of as interacting, cognitive faculties, i.e. as *ingenium* or imaginative understanding. He also advises us to strive after cultural knowledge as a whole and promotes the idea of contextual understanding for law (see Gaakeer 2011 and 2012a).

As far as legal practice is concerned, in the fact that to Aristotle and Ricoeur metaphor belongs to both rhetoric and poetics, I find an additional argument to emphasize the judicial need to become sensitive to the workings of metaphor. As Ricoeur explains, in both works metaphor is placed under the rubric of *lexis* ‘as the whole field of language-expression’ (Ricoeur 1986, 13). While in the *Poetics* Aristotle rejects the idea of *lexis* (in the sense of discourse as mentioned above) as restrictively organized according to ‘modes of speech’ (Aristotle 1965, xix.7, 1456 b7, p.73), from a rhetorical point of view, however, metaphor as part of *lexis* is important for modes of speech as varied as prayer, threat, statement, interrogation, giving a command, and telling a specific story in a specific way. Here the focus is on the usefulness of metaphor for legal rhetoric as part of legal practice. Knowledge of the transference of meaning by means of metaphor thus gains importance too in legal settings in which persuasive claims for meaning are made in oral procedure. This is especially so given the additional requirement of immediately grasping the metaphorical thrust as it is presented, on the view that transcripts of oral argument often do not repeat the words spoken literally but give a more succinct rendering of the propositional contents of what was actually said, so that a loss of intended meaning may occur when the transcript is read back in an environment necessarily different. When we return to Ricoeur’s definition of the imagination as ‘this *ability* to produce new kinds by assimilation and to produce them not *above* the differences, as in the concept, but in spite of and through the differences’ (Ricoeur 1978, 148) and we connect it with the idea of *phronèsis* as a virtue necessary for the judicial activity of deciding cases after having exercised critical judicial deliberation, the very fact that *phronèsis* is variable, i.e. it depends and thrives on the possibility of things being otherwise (Aristotle 1924, I.i.2,1357a5), points to its quality of contingency. As such it shows the importance of the heuristic function of metaphor for law: this “seeing as” ideally enables us to see before our eyes things as it were already actual. Thus metaphor in its referential garb appeals to our making actual what is shown as potential, by means of the very act of creating meaning (and that is an act that we perform). In this way it appeals to our willingness to acknowledge the possibility of metaphorical truth. That is to say, when metaphor moves beyond

the descriptive function of language it opens a new vista. Metaphor therefore cannot only make us say “Oh, now I *see*”, as mentioned above, but also “I thought I knew, but now I see that it can also be otherwise”. This ties in with *phronèsis* as ‘a truth-attaining rational quality’ discussed above. To me, the idea of metaphorical truth and what Ricoeur calls the pictorial or iconic moment are also eminently suited to illustrate the importance of the interconnection of *phronèsis* and metaphor, on the one hand, and (literary) narrative and the equitable, on the other hand, in good judging, because judges when they select what they consider as the facts of the case and grasp them together with the relevant circumstances, are authors that try to figure out what happened and then perform the act of configuring a new narrative, and, as Ricoeur says ‘*to figure is always to see as*’ (Ricoeur 1986, 61 emphasis in the original). To them, then, narrative insight and narrative intelligence are of crucial importance to their professional iconic moments.

4. BUILDING BLOCKS FROM THE HUMANITIES FOR A MODEL OF JUDGING. PART II: CONFIGURING (A SENSE) OF JUSTICE

4.1 Narrative intelligence

‘When a judge tries to understand a suspect by unraveling the knot of complications in which the suspect is caught, one can say that, before the story is being told, the individual seems entangled in the stories that happen to him. This “entanglement” thus appears as the pre-history of the story told in which the beginning is still chosen by the narrator.’ (Ricoeur 1987, 129). In these lines from an article significantly entitled ‘Life: a Story in Search of a Narrator’, Ricoeur shows the importance of professional judicial attention to narrative in its various forms.

Attention, firstly, to “the beginning” chosen for his story by the narrator-defendant, in relation to the competing stories as found in, for example, a victim’s statement to the police or witness statements and/or written testimony. Is the story coherent? Is the sequence of events told and the way in which it is told at all probable? Questions about

the story's plausibility and the narrator's credibility require the active reader's insight into narrative on the level of what Ricoeur elsewhere calls 'the act of the plot, as eliciting a pattern from a succession' (Ricoeur 1980, 178). In order to answer these questions the judge must be able to understand what it means to grasp together events initially considered separate into a story with a plot. At this level it is important to be able to decide whether an event is just a singular event or an essential element to the development of the narrator-defendant's plot. It is here that the contribution of the humanities comes to the fore. The judge because she has to be able to read for the plot can learn from the wealth of literary examples of plotting, including but not limited to 'legal' plots in trial situations, also to learn to test the veracity of evidence presented, both as a reader and a spectator (Biet 2002, 20).

Secondly, judges are themselves narrators in the configurational act of grasping together the facts and circumstances of the case and deciding what in the succession of events is relevant for the plot and what not. This plotting in the form of a selection is always done with the aim of arriving at a decision, or, as Ricoeur put it succinctly 'To tell and to follow a story is already to reflect upon events in order to encompass them in successive wholes.' (Ricoeur 1980, 178) Thus the judicial configurational act has as its ultimate goal the (re-) structuring of reality. Like drama it is aimed at a *dénouement*, a solution of the problem (Holdheim 1969, 7). That is obviously always done with the normative framework of law in mind, also in the sense of a language of concepts. Here too, as with metaphor, being able to see difference and resemblance is important for the narrative construction of facts. What James Boyd White already emphasized at the start of what in legal theory we now call the interdisciplinary field of *Law and Literature*, as an essential ability for any jurist becomes poignantly clear: the ability to bridge the originally fundamental difference, both in herself and when recognized as competing tugs in other people's texts that the jurist needs to consider, between the narrative and the analytical, or the literary and the conceptual. White calls this the difference between 'the mind that tells a story, and the mind that gives reason' (White 1973, 859).

Especially important, now that the judicial construction of the plot is not just the arrangement of events in a (dramatic) sequence,

but the determination of what and who is to be included and what and who will be left out - and that is itself already a judgment –, is the professional demand of thorough judicial reflection before action. The outcome of the judicial configurational act ideally gives insight not only in ‘the character of the judgment’ (Ricoeur 1980, 178) but also in the judge’s *ethos*. If judicial configuration is to be more than an automatism, it needs to be informed and the humanities can help provide insight in how narratives work both in theory and the actual world. Judges are the producers of sentences in at least two meanings: they sentence people and thus decide about the lives of others, and in writing down their decisions, in sentences literally, they have to state the grounds the decision is based on, so that others can form an opinion about its correctness. Ricoeur’s thesis that ‘to narrate is already to explain’ (Ricoeur 1984, 178) thus points to the success demanded of a judicial decision as far as bringing together heterogeneous and contradictory facts and circumstances in one coherent whole that, as a story, must have an acceptable conclusion. This also links the ability to narrate well to the virtue of *phronèsis*. Here too the humanities can contribute to judicial training (and, of course, legal education generally),¹⁶ if only to show, as Jerome Bruner contends, that the vitality of a culture lies ‘[...] in its dialectic, in its need to come to terms with contending views, clashing narratives’ because ‘[W]e hear many stories and take them as stock even when they conflict with each other’ (Bruner 2002, 91).

The input, then, of philosophical hermeneutics and traditional, as well as cognitive narratology aimed at providing insight into how the human mind deals with the very idea of ‘story’¹⁷ is of the utmost importance in order to instill into judges an awareness of what it is that they do and what that means. In his seminal trilogy *Time and Narrative* Ricoeur elaborates on the Aristotelian thesis that knowledge requires recognition or insight into the mimetic representation and that

¹⁶ ‘The reason why we enjoy seeing likeness is that, *as we look, we learn* and infer what each is, for instance “this is so and so”’ (Aristotle 1965, IV.5, 1448b5, p.15, emphasis mine).

¹⁷ For an overview of the different strands in narratology, see Fludernik and Olson 2011.

provides an important source for law and legal practice. His analysis of the threefold model of *mimēsis* ties in with his point of a necessary reflection on events before encompassing them in a narrative sequence as mentioned above, and with his analysis in *The Rule of Metaphor* of the discursive view on metaphor that includes *muthos* and *mimēsis* as constitutive elements.

To Ricoeur, narrative fiction as a composition shows us that *muthos* or emplotment in the sense distinguished by Aristotle is both fable in the sense of an imaginary and imagined story, and a plot in the sense of a well-constructed story. On this view emplotment is an integrative process. Going beyond Aristotle who restricts *mimēsis* to drama and epic, Ricoeur focuses on narrative as emplotment in a general sense. ‘Plot, says Aristotle, is the *mimēsis* of an action’ (Ricoeur 1984, xi) and to Ricoeur this means that narrative fiction as figuration of events also has the power to re-describe them. On this view, metaphorical redescription and *mimēsis* as imitation or representation of action are interchangeable.

Ricoeur distinguishes three stages of *mimēsis*.¹⁸ The first is prefiguration, or *mimēsis*1. This term denotes the temporality of the world of action, and that includes the pre-understanding we have of the order of an action (Ricoeur 1984, xi), based on ‘*the pre-narrative quality of human experience*’ (Ricoeur 1987, 129, emphasis in the original). It is inescapably a vicious circle, Ricoeur admits, because if human life is thought of in terms of stories, as ‘*an activity and a desire in search of a narrative*’ (Ricoeur 1987, 129, emphasis in the original), then any human experience is itself ‘already mediated by all kinds of stories we have heard’ (Ricoeur 1987, 129). At the same

¹⁸ It should at once be noted that Ricoeur’s definition of ‘fiction’ is not just “imaginary configuration”, because the latter, as he explains ‘is an operation common to history and fictional narrative and as such falls within the sphere of *mimēsis*2’ (Ricoeur 1984, 267). In Volume 2 of *Time and Narrative* Ricoeur addresses the difference between historical and fictional narrative. For purposes of this article, I do not elaborate on this distinction on the view that precisely because the term ‘fiction’ can be thought of as both ‘a synonym for narrative configurations’, and ‘as an antonym to historical narrative’s claim to constitute a “true” narrative’ (Ricoeur 1984, 64), it is so eminently suited to serve as a linchpin for a discussion of what jurists do in practice.

time, this circularity should alert us to our task of acknowledging our own tendency to stick to a story once we have located it or told it ourselves, as I will argue below. Why? Because for professionals especially there is the risk of professional blindness if Ricoeur is right and ‘[T]o understand a story is to understand both the language of “doing something” and the cultural tradition from which proceeds the typology of plots’ (Ricoeur 1984, 57), on the view that any profession has its specific plots of how things are done and how things work, with the legal ‘whodunit’ story as a case in point.

The next stage is configuration, or *mimēsis*², a term denoting the world of the narrative emplotment of events, i.e. the world of *poiēsis* as making something, as composition (Ricoeur 1984, xi). Its prerequisites are, ‘the composition of the plot [...] grounded in a pre-understanding of the world of action, its meaningful structures, its symbolic resources, and its temporal character’ (Ricoeur 1984, 54). This means that,

‘[...] an event must be more than just a singular occurrence. It gets its definition from its contribution to the development of a plot. A story, too, must be more than just an enumeration of events in a serial order; it must organize them into an intelligible whole, of a sort that we can always ask what is the “thought” of this story. In short, emplotment is the operation that draws a configuration out of a simple succession.’ (Ricoeur 1984, at 54 and 65).

To Ricoeur, the importance of Aristotle lies in his already equating the plot with the configuring of opposite views. That is why Ricoeur refers to this simultaneousness as ‘concordant discordance’ (Ricoeur 1984, 66), for what we call narrative coherence combines the concordance of the ongoing plot and the discordance of the *peripeteia*, i.e. changes in fortune, reversals, upheavals, unexpected events, and so forth.

Finally, there is refiguration, or *mimēsis*³. This term refers to the moment at which the worlds of *mimēsis*¹ and *mimēsis*² interact and influence one another. It is the moment when our pre-understanding is informed and changed by our act of configuration itself, i.e. when figuration executes its power of redescription as mentioned above. That is to say, when applied to the jurist’s activity, it is our emplotment of facts and circumstances as well as the stage of our doing so against the background of the legal norms. Here we see the tie with the

methodology of the ‘Hin-und-Herwandern des Blickes’ discussed above, for emplotment and application go hand in hand. In short, in the split second when the three stages of *mimēsis* come together, emplotment synthesizes multiple events and is itself a synthesis in that it unifies divergent components into a story. Thus it aims at creating unity, a whole comprising the story being told and the means for expressing it that should be investigated in their interrelation.

On the view, once again, that when judges speak the order in and the ordering of the world, and thus reality in the sense of the lives of other people, is changed by their sentences, the importance of the interrelation of the imagination, narrative and literature becomes acute. Ricoeur’s threefold distinction of *mimēsis* provides a literary model for law, given the close resemblance of the forms of *mimēsis* to the hermeneutic steps taken in the process of deciding a case (i.e. “action” on the basis of a pre-understanding, professionally and otherwise, leading to an outcome in the form of an explanatory plot of what happened). ‘[W]hat is at stake [...] is the concrete process by which the textual configuration mediates between the prefiguration of the practical field and its refiguration through the reception of the work’ (Ricoeur 1984, 53), the practical field here being the existing legal background and reception referring to both the reception by the legal professionals and the larger field of societal reception including, in the end, societal acceptance. At this meta-level of reception, the idea of the justification of the judicial decision thus returns with a vengeance.

Furthermore, ‘[W]ith *mimēsis*2, opens the kingdom of the *as if*. I might have said the kingdom of fiction...’ (Ricoeur 1984, 64). Here is the link with the topic of metaphor discussed above. Since what is constructed in fiction is *mimēsis* as *poiēsis*, i.e. not just imitation but construction in and as the act of composition, metaphor to Ricoeur has as its function to show the deviation from the ordinary in the service of *lexis* as the demonstration of what happened. Thus we have a link to the idea of negative capability, the metaphor coined by John Keats for what it means to write (and be) a great work of art, ‘... that is when man is capable of being in uncertainties, [...] doubts, without any irritable reaching after fact and reason’ (Gaakeer 2007, 31 n8). It is normative for the judicial virtue of impartiality in that

judges must give full attention to all the different aspects of a case, the manifold possibilities for meaning, always asking ‘But what if this had been the case rather than that?’, and in the meantime suppressing the inclination to come to a final decision (too) quickly.

Translated to the narrative aspect of a legal conflict, this also means that the chaos and tension of the initial phase of “what happened” are, ideally at least, translated into a manageable form in the various legal documents culminating in the trial phase that finds its (re)resolution or catharsis, in the new order imposed on reality by the judicial decision. In this sense that the legal situation resembles drama, we find here an opening to connect Ricoeur’s thought to contemporary discussions on visibility and mediality in law, for there too attention to metaphor and narrative construction is of great importance. What is more, the discomfiting effect of metaphor (and the same obviously goes for satire, irony, hyperbole and tropes generally when found in a legal setting) should alert jurists to cultivate their story sensibility or narrative intelligence to prevent them from falling in the professional abyss of belief perseverance and confirmation bias, and other psychological errors that humans are prone to. This is even more important now that cognitive psychology has also convincingly shown us that professionals rely on a variety of skills rather than simply applying a rule. Thus sophisticated knowledge of how narrative works in the world and in us is essential lest misreading and misunderstandings reinforced by our natural tendency to cling to our initial beliefs combined with professional overconfidence about how things are done lead to miscarriages of justice. The epistemological question to be kept in judicial minds should always be whether there is indeed a chain of circumstance “out there” or whether (some)one carefully fits together the evidence with other established facts, and, even more important, whether that someone is you.

Narrative intelligence ties in with the topic of professional ethos in yet another way. In the sense that any story of a professional’s actions – and the written version of the judicial decision in which her line of thought unfolds is a prime example here - provides its author with a narrative identity, it leads, ideally at least, to self-knowledge in the sense of knowledge of the activities of which the judge as the knowing subject is the author, when she seriously engages with the

criticism her decisions engender in others. Here is also the link with the topic of the justification of (the products of) her narrative identity. If the judge's deliberation is oriented at choosing the correct legal ends and means, and at translating these into the appropriate legal action, this implies judicial integrity that transcends the obvious demands of clarity and coherence of the judicial decision in that it includes the ethical aspect in the sense of the judicial disposition to keep probing her inner motives and to reflect on the tensions that arise when one has to get a grasp of two conflicting views (on the facts of the case or the point of law, or both). To Ricoeur, narrative intelligence is '[...] much closer to practical wisdom and to moral judgment than it is to science and, more generally, to the theoretical use of reason' (Ricoeur 1987, 123). In short, in narrative intelligence we witness the triumph of *phronèsis* over *epistèmè*, for story belongs to "phronetic intelligence" (Ricoeur 1987, 124). In the sense that by means of literature we can gain insight in examples of the particularities of the human condition that may otherwise be inconceivable or beyond our reach, literary examples of the process of mimesis are therefore helpful too. Not in the least because, as Ricoeur explains, '[A]n essential characteristic of a literary work [...] is that it transcends its own psycho-sociological conditions of production and thereby opens itself to an unlimited series of readings, themselves situated in different socio-cultural conditions. In short, the text must be able, from the sociological as well as the psychological point of view, to "decontextualise" itself in such a way that it can be "recontextualised" in a new situation – as accomplished, precisely, by the act of reading.' (Ricoeur 1981, 139; cf. for the heuristic force of fiction and the idea of intersubjectivity and fiction also Ricoeur 1991).

4.2 The right discrimination of the equitable

All of the above, I would claim, already settles the case in favour of the humanities as companions to law in order to augment the scope of legal *paideia*. In addition, attention to narrative can obviously also be translated into a meaningful vantage point from which to resist the reification that is the result of a one-sided, positivist attention to the language of legal concepts. Rules and norms are not self-applying.

They are applied by man who in turn is responsible for any reductive tendency, for as Ricoeur put it 'one massive fact characteristic of the use of our languages [is]: *it is always possible to say the same thing in a different way*' (Ricoeur 2007, 116, emphasis in the original). A lawyer's, more specifically a judge's ethos in the sense of professional attitude cannot be separated from the persuasiveness of his judgment. If a lack of reflection on this bond may rightly be deemed an ethical defect, we cannot do without the input from the humanities in the process of going from the abstract, general norm to its particular application in a concrete situation, for the justice of the outcome depends on it. On this plane the thoughts that Aristotle and Ricoeur offer on the subject of equity can also help elucidate the connections between *phronèsis*, metaphor and narrative. Aristotle, in examining the nature of human actions and ethical conduct, says that '[...] matters of conduct and expediency have nothing fixed or invariable about them [...] the agents themselves have to consider what is suited to the circumstances of each occasion (*προς τον καιρον*), just as is the case with the art of medicine or of navigation' (Aristotle 2003, II.ii.3-5,1104a4-10).¹⁹ This is a call to find the persuasive materials suited to a task and appropriate to the occasion and one that is part and parcel of the virtue of *phronèsis* in its relation to law where the reciprocity of facts viewed in their specific contexts and the normative precepts of positive law is the cornerstone for 'doing law' and 'accomplishing justice', for the two cannot be separated. Justice in Aristotle means both the general, human virtue of justice as 'being a just person' and the legal idea of distributive and corrective justice.²⁰ When, then, an unjust result would ensue in an individual case due to the strict application of a legal rule, the divide between a positivist form of rule application and justice in the senses distinguished by Aristotle can be closed by means of equity. The reason is that equity not only parallels written law, but where necessary prevails over it as a corrective: '... law is always a general statement, yet there are cases which it is not

¹⁹ For later views on equity (Christopher St. Germain, Edward Hake, Hugo Grotius, William Blackstone, and Immanuel Kant), see Gaakeer 2008.

²⁰ In Roman law it says *non ex regula ius summitur, sed ex iure quod est regula fiat*, i.e. what is law is not derived from the rule, it is the other way around in that the rule is constructed out of what is just.

possible to cover in a general statement.’ (Aristotle 2003, V.x.3-4, 1337b12-14, p.315). The error that arises from the universality of the law is an omission that can be rectified by ‘[...] deciding as the lawgiver would himself decide if he were present on the occasion, and would have enacted if he had been cognizant of the case in question’ (Aristotle 2003, V.x.6-7, 1137b29-33, p.317). Aristotle concludes, ‘This is the essential nature of the equitable: it is a rectification of law where law is defective because of its generality.’ (Aristotle 2003, V.x.6, 1137b28-30, p.317). He then ties *phronèsis* to judgment as the right discrimination of the equitable. Equitable man is above all others a man of empathetic judgement who shows consideration to others, also in the sense of forgiveness, ‘[...] that consideration which judges rightly what is equitable, judging *rightly* meaning what is *truly* equitable’ (Aristotle 2003, VI.xi.1, 1143a24, p.361, emphasis in the original). Thus, Aristotle ties both understanding of a case and (correct) judgment to *phronèsis* and that is directly connected to the activity of *doing* law. The lawgiver deals with legal justice when he determines the rule, but he does so necessarily in general terms. The judge is the one who interprets the lawgiver’s texts, and to her, technical acuity of the kind the lawgiver ideally possesses, is not enough. She needs the metaphorical ‘[...] leaden rule used by Lesbian builders: just as that rule is not rigid but can be bent to the shape of the stone, so a special ordinance is made to fit the circumstances of the case’ (Aristotle 2003, V.x.7-8, 1137b30-33, p.317). The doing of equity therefore depends on the particular circumstances of each case, as it combines the virtue of legal justice and the moral virtue that is the product of *ethos*.

If we connect this to what Aristotle and Ricoeur argue on the subjects of metaphor and narrative emplotment, and we allow for the fact that it is indeed possible to say the same thing in a different way, our very act of configuring law and justice has to confront the paradox of rule-following. That is to say that language requires a user who knows how to use it in concrete situations, because (the words of the) rules are not self-applying as noted above in this paragraph. The words of the rules in the books of law need application before they can become active. On this view, legal concepts too derive their meaning from the contexts in which they are developed and applied, including the fundamentally unpredictable nature of our social environments.

As a result, the interpretation of language – not incidentally to Aristotle language and speech are the only means through the *zoon politikon* can discuss the topic of (in)justice – becomes a precondition for the development of law. On the view that interpretation is always linked to argumentation, the latter is necessarily a special form of practical reasoning, within, of course, institutional and procedural boundaries, and these too are subject to our *deliberative* reasoning as characteristic of the virtue of *phronèsis*. The right to speak within this framework implies a membership of the legal system and is therefore of enormous political and moral significance: ‘Stating the law in the singular circumstances of the trial, hence within the framework of the judicial form of institutions of justice, constitutes a paradigmatic example of what is meant here by the idea of justice as fairness or equity.’ (Ricoeur 2007, 63). Since to Aristotle justice comprises both the just as a regulative idea and ideal, as well as the legal as the domain of positive law (Ricoeur 2005, 15; cf. Ricoeur 2000), to Ricoeur this points to the social aspect, because ‘Argumentation is the site where the bonds between self, neighbour, and others are established.’ (Ricoeur 2007, 7).

Combined with the development of *phronèsis* by means of literary works as a matrix for ethics and law, and the exercise of this virtue as inseparable from the personal qualities of the capable *phronimos* in action, the conjunction between the self (legal and otherwise) and the rule shows that self-reflection is constitutive of the judicial *habitus*.²¹ Since, as Ricoeur claims, ‘[...] interpretation of the facts of what happened [is] in the final analysis of a narrative order’ (Ricoeur 2007, 69), this is even more crucial in hard cases. Equity’s knowledge, too, is narrative in its attention to the particular aspects of the case, which are necessarily connected to the stories of the parties involved. The argument thus comes full circle as this also ties in with the idea of narrative emplotment and ordering and with that of narrative intelligence discussed above in paragraph 4.1

²¹ ‘The collection of stories that interpellate a person is his or her narrative habitus [...]’ and ‘[N]arrative habitus provides the competence to use this repertoire as embodied and mostly tacit knowledge [...] A person’s narrative habitus enables knowing how to react when a story is told, according to what kind of story it is’ (Frank 2010, 52 and 54).

So far I have referred to Ricoeur; now I would further suggest that his line of thought can be fruitfully combined with the important topic that Miranda Fricker recently addressed, because taken together these authors offer yet another argument for a humanistic perspective on law. Perceptual as the tie of *phronèsis* and judgment is, it is important for our dealing with testimonial (in)justice because, as Fricker puts it, it depends on ‘the virtuous hearer’s perceptual capacity [...] understood in terms of a sensitivity to epistemologically salient features of the situation and the speaker’s performance’ (Fricker 2007, 72). She offers an illuminating discussion of two types of epistemic injustice from which discourses can suffer: testimonial injustice, i.e. when prejudice causes a hearer to give a deflated level of credibility to a speaker’s word (either credibility excess or deficit), and hermeneutical injustice, a stage prior to it, i.e. when a gap in collective interpretive resources puts someone at an unfair disadvantage when it comes to making sense of their own social experiences. She too illustrates the problems resulting from such injustice by means of literary works. The ideal situation should be ‘[...] that the hearer exercises a reflexive critical sensitivity to any reduced intelligibility incurred by the speaker owing to a gap in collective hermeneutical resources’ (Fricker 2007, 7) and that sensitivity is an ethical as well as an intellectual virtue. But because as humans we are fallible, it is almost impossible to escape testimonial injustice, and to the extent that we lack self-reflection the risk of hermeneutical injustice increases. So we should at the very least strive to attain a reflective optimum. To do so as jurists, we need to understand the elements of our professional self-fashioning, even though such self-discovery and self-knowledge can be painful when we are confronted with our own prejudices. For example, when in the courtroom we ignore ‘hermeneutically marginalized persons’ because they simple have not been assigned a place in our collective understanding given the dominance of identity prejudices, so that they suffer a ‘situated hermeneutical inequality’ (Fricker 2007, 154-162). Obviously this ties in with the subjects of belief perseverance and confirmation bias discussed above and thus deserves our continued attention.

5. THE DEFENCE RESTS

Firmly rooted in the idea of law as text as I am as a practitioner, I would contend that the core business of jurists as readers, writers and

hearers is trying ‘to figure out’ the variety of meanings of the linguistic performances held before them and deal with these in terms of their (intended) consequences, of the kinds discussed above. If jurists are informed, then, by what the humanities, and especially literature and philosophical hermeneutics, can contribute to an illumination of the tensions at work in doing law, they may be able to deal with noted suspicions and unnoticed biases, cultural and legal, as well as private and public. They may learn to express what otherwise all too often remains inexpressible to the detriment of doing justice. The humanities can inculcate jurists, and judges especially, with the professional humility that is required to do right rather than wrong. Thus, I would voice concern about the tendency of not a few literary-legal scholars of postmodernity to be averse to text traditionally conceived. As far as I am concerned we should cherish poetic faith²² as a state of mind of openness to counter the waves of legal instrumentalism focused on policy rather than value that currently loom large in contemporary societies as they face a great variety of local and global challenges.

BIBLIOGRAPHY

Abbott, Andrew: *The System of Professions, an essay on the division of expert labor*. University of Chicago Press, Chicago and London 1988.

Aristotle: *The Poetics*. Translated by W. Hamilton Fyfe. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London 1965 [1927].

Aristotle: *The Nicomachean Ethics*. Translated by H. Rackham and edited by J. Henderson. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London 2003 [1926].

Aristotle: *The Rhetoric*. Translated by W. Rhys Roberts. Oxford University Press, Oxford 1924. Available on <<http://rhetoric.eserver.org/aristotle>> (visited 10 January 2012).

Aristotle: *The Politics*. Translated by Benjamin Jowett [1895]. Internet Classics Archive. Available on <<http://classics.mit.edu/Aristotle/politics.html>> 2009 (visited 13 January 2012).

²² See Coleridge 1983, 6: ‘that willing suspension of disbelief for the moment which constitutes poetic faith’.

Barfield, Owen: *Poetic Diction, a Study in Meaning*. Wesleyan University Press, Hanover (New Hampshire) 1984 [1928].

Barfield, Owen: 'Poetic Diction and Legal Fiction'. In Owen Barfield: *The Rediscovery of Meaning and other essays*, Wesleyan University Press, Hanover (New Hampshire) 1977, 44-64.

Biet, Christian: 'L'empire du droit, les jeux de la littérature'. *Europe, revue littéraire mensuelle* (2002) 7-22.

Bruner, Jerome: *Making Stories, law, literature, life*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2002.

Coleridge, Samuel Taylor: *The Collected Works of Samuel Taylor Coleridge*, vol.1. *Biographia Literaria*. Edited by J. Engell and W. Jackson Bate. Princeton University Press, Princeton 1983.

Cover, Robert: 'Violence and the Word'. 95 (1) *Yale Law Journal* (1986) 1601-1629.

Dworkin, Ronald: *Justice in Robes*. Belknap Press, Cambridge (Mass.) and London 2006.

Eden, Kathy: *Poetic and Legal Fiction in the Aristotelian Tradition*. Princeton University Press, Princeton 1986.

Engisch, Karl: *Logische Studien zur Gesetzanwendung*. Winter, Heidelberg 1963 [1943].

Fludernik, Monika and Greta Olson: 'Introduction'. In Greta Olson (ed.): *Current Trends in Narratology*, De Gruyter, Berlin 2011, 1-33.

Frank, Arthur W.: *Letting Stories Breathe, a socio-narratology*. University of Chicago Press, Chicago 2010.

Fricker, Miranda: *Epistemic Injustice, Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press, Oxford 2007.

Gaakeer, Jeanne: '(Con)temporary Law'. 11 (1) *European Journal of English Studies* (2007) 29-46.

Gaakeer, Jeanne: 'Law in Context: Law, Equity, and the Realm of Human Affairs'. In Daniela Carpi (ed.): *Practising Equity, Addressing Law, Equity in Law and Literature*, Winter, Heidelberg 2008, 33-70.

Gaakeer, Jeanne: 'The Legal Hermeneutics of Suffering'. 3 (2) *Law and Humanities* (2009) 123-149.

Gaakeer, Jeanne: 'The Future of Literary-Legal Jurisprudence: Mere Theory or Just Practice?'. 5 (1) *Law and Humanities* (2011) 185-196.

Gaakeer, Jeanne: ‘“On the Study Methods of our Time”: methodologies of *Law and Literature* in the context of interdisciplinary studies’. In Priska Gisler, Sara Steinert Borella and Caroline Wiedmer (eds): *Intersections of Law and Culture*, Palgrave MacMillan, 2012 a, pp.20-44.

Gaakeer, Jeanne: ‘European Law and Literature: Forever Young. The Nomad Concurr’. In Helle Porsdam (ed.): *Dialogues on Justice: European Perspectives on Law and Humanities*, De Gruyter, Berlin 2012 b, 44-72.

Holdheim, Wolfgang W.: *Der Justizirrtum als literarische Problematik*. De Gruyter, Berlin 1969.

Kronman, Anthony T.: *The Lost Lawyer, failing ideals of the legal profession*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1993.

Larenz, Karl F.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer, Berlin, 1991[1960].

Mootz, Francis J. III: ‘Foreword’ to the Symposium on Philosophical Hermeneutics and Critical Legal Theory. 76 (2) *Chicago-Kent Law Review* (2000) 719-730.

Olson, Greta: ‘De-Americanizing Law-and-Literature Narratives: Opening up the Story’. 22 (1) *Law & Literature* (2010) 338-364.

Pavlakos, George and Sean Coyle: ‘Introduction’. In Sean Coyle and George Pavlakos (eds): *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*. Hart, Oxford and Portland (Oregon) 2005, 1-13.

Porsdam, Helle: *From Civil to Human Rights, Dialogues on Law and Humanities in the United States and Europe*. Edward Elgar, Northampton 2009.

Posner, Richard A., *How Judges Think*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London 2008.

Ricoeur, Paul: ‘The Metaphorical Process as Cognition, Imagination, and Feeling’. *Critical Inquiry* (1978) 143-159.

Ricoeur, Paul: ‘Narrative Time’. *Critical Inquiry* (1980) 167-190.

Ricoeur, Paul: ‘Life: A Story in Search of a Narrator’. Translated by J.N. Kraay and A.J. Scholten. In M.C. Doerer and J.N. Kraay (eds): *Facts and Values*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1987, 121-132.

Ricoeur, Paul: *Time and Narrative*. Translated by Kathleen McLaughlin and David Pellauer. University of Chicago Press, Chicago and London, volume 1, 1984; volume 2, 1985, volume 3, 1988.

Ricoeur, Paul: *Oneself as Another*. Translated by Kathleen Blamey. University of Chicago Press, Chicago and London 1992.

Ricoeur, Paul: *The Rule of Metaphor, multi-disciplinary studies in the creation of meaning in language*. Translated by Robert Czerny with Kathleen McLaughlin and John Costello, Routledge, London 1986 [1975].

Ricoeur, Paul: 'Imagination in Discourse and in Action'. In Ricoeur, Paul: *From Text to Action, essays in hermeneutics, II*. Translated by Kathleen Blamey and John B. Thompson. Northwestern University Press. Evanston (Ill.) 1991.

Ricoeur, Paul: *The Just*. Translated by David Pellauer. University of Chicago Press, Chicago and London 2000.

Ricoeur, Paul: 'Multiple Étrangeté'. In H.J. Adriaanse and R. Enskat (eds): *Fremdheit und Vertrautheit, Hermeneutik im europäischen Kontext*, Peeters, Leuven 2000, 11-23.

Ricoeur, Paul: *Le juste, la justice et son échec*. L'Herne, Paris 2005.

Ricoeur, Paul: *Reflections on the Just*. Translated by David Pellauer. University of Chicago Press, Chicago and London 2007.

Ricoeur, Paul: *Amour et Justice*. Editions Points, Villeneuve-D'Ascq 2008.

Roberts, John G. jr: 'Speech at the US Fourth Circuit Judicial Conference', June 2011. Available on <www.abajournal.com/news/article/law_prof_responds> and <www.acslaw.org> (visited 25 November 2011).

Schön, Donald A.: *The Reflective Practitioner*. Basic Books, New York 1983.

White, James Boyd: *The Legal Imagination, Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. Little, Brown and Co., Boston 1973.

Recebido em 28/6/2016

Aprovado em 16/8/2016

7

A CONFIGURAÇÃO DA JUSTIÇA

Jeanne Gaakeer¹

Tradução: Marina Demas Álvares Cabral

RESUMO

Estudos e pesquisas sobre uma grande variedade de conexões literário-linguísticas da lei e sobre as ciências humanas aumentaram enormemente o escopo da teoria legal nas últimas décadas. Entretanto, neste artigo defendo a união de teoria e prática no direito e jurisprudência quando nos voltamos para as ciências humanas para nossos empreendimentos interdisciplinares, na visão de que a ideia (1) original dos estudos jurídico-literários era ajudar a nutrir o profissional do direito. Isto é especialmente emergente porque, pelo menos para mim, é através da lei na prática que podemos aprender a falar de justiça. Então, a questão *quid-juris* que está no coração da doutrina do direito e da jurisprudência tradicionalmente concebida, permanece importante quando se investiga as possibilidades da contribuição das ciências humanas no plano metodológico. Em outras palavras, enquanto

¹ Formada em Literatura Inglesa, Direito e Filosofia Holandesa (com honra). O foco de sua pesquisa é nos movimentos interdisciplinares na teoria legal (especificamente *Law and Literature* and *Law and the Humanities*) e sua relevância para a prática jurídica. Ela é professora agraciada de teoria jurídica na Erasmus School of law, em Roterdã. Com Greta Olson (Universidade de Giessen, Alemanha), ela co-fundou a Rede Européia para Lei e Literatura (www.eurnll.org). Ela é a recipient 2013 do prêmio J.B. White (dado pela Association for the Study of Law, Culture and Humanities). Ela atua como juíza sênior na sessão de direito criminal da Appellate Court of The Hague.

discutimos questões de justiça de forma abstrata, somente na maneira pela qual questões legais reais são resolvidas que podemos decidir que a justiça esteja sendo feita. Não podemos, então, pensar na justiça sem a lei na prática, porque significado legal e justiça são os produtos de discussões sobre como estabelecer relações sociais e legais concretas. Isto chama a atenção de como a lei é e pode ser feita. Meu objetivo é me voltar às hermenêuticas filosóficas continental-europeias, especialmente como desenvolvidas por Paul Ricoeur, muito ricas nas questões de metáforas, sabedoria prática e o que é justo, para desenvolver meu argumento principal e oferecer sugestões para *Law and Literature in practice* através das lentes do *studia humanitis*.

Este artigo é reimpresso aqui com a gentil permissão dos editores de *No Foundations*; orig.citation: Gaakeer, J., "Configuring Justice", *No Foundations, An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, 9(2012), pp.20-44.

Este artigo forma as bases da pesquisa em curso da professor Gaakeer no campo da *Law and the Humanities* na qual seu foco é especificamente na ligação da teoria literário-jurídica e a prática jurídica. Veja também Gaakeer, J., "Futures of Law and Literature: a Jurist's Perspective", em: Christian Hiebaum, Susanne Knaller, Doris Pitcher (eds), *Rechts und Literatur im Zwischeraum/ Law and Literature In-Between, aktuelle inter-und, transdisciplinare Zugänge/contemporary inter-and transdisciplinary approaches*, Bielefeld, transcript Verlag, 2015, pp 71-103; Gaakeer, J., "Practical Wisdom and Judicial Practice: Who's in Narrative Control?", ISSL Paper, The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature, www.lawandliterature.org, vol 8: pp. 1-17, ISSN 2035-553X; Gaakeer, J., "The Perplexity of Judges Becomes The Scholar's Opportunity", *German Law Review* (a ser lançado em 2016)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fatos e normas, teoria e prática. 3. Elementos Constitutivos das ciências humanas para um modelo judicial. Parte I: Esclarecimentos sobre semelhanças e diferenças. 3.1 *Phronêsis*. 3.2 Metáfora. 4. Elementos Constitutivos das ciências humanas para um

modelo judicial. Parte II: Configurando (um senso de) justiça. 4.1 Inteli-
gência Narrativa. 4.2 A correta discriminação do equitativo. 5. A defesa
encerra, Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Pesquisas acerca da variedade das conexões jurídico-literárias entre a lei e ciências humanas nas últimas décadas sem dúvida aumentaram o alcance da teoria do direito. Apesar disso, defendo que quando nos voltamos às ciências humanas, como juristas, para aprofundar nossos projetos jurídicos interdisciplinares, precisamos reconsiderar a união de teoria e prática no direito e, assim, sua importância na jurisprudência. Porquê? Para que não corramos o risco de que, como tem acontecido até agora, a prática jurídica continue indiferente ao que estudos interdisciplinares tem a oferecer, e, quando se trata de educação, os cursos do tipo “Direito e” sejam considerados irrelevantes por estudantes de direito por supostamente não apresentarem foco no desenvolvimento de suas habilidades profissionais. De forma cínica, como dito pelo Juiz Presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, John G. Roberts jr. em um discurso na US Fourth Circuit Judicial Conference, em junho de 2011, ‘Pegue uma cópia de qualquer Law Review e é provável que o primeiro artigo seja sobre a influência de Immanuel Kant sobre as estratégias probatórias na Bulgária do século XVIII, que, tenho certeza, era de grande interesse do acadêmico que o escreveu mas não muito útil para a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos (ABA).² Tal rejeição do trabalho interdisciplinar não só nos força a nos perguntar se criamos novos “guetos acadêmicos”, como nos lembra que a questão *quid-juris* no coração da doutrina do direito tradicionalmente elaborada permanece relevante quando se trata da investigação de possibilidades de contribuição das ciências humanas no âmbito metodológico.

Sobre a opinião de que apenas se aprende a falar de justiça através da prática jurídica, ou seja, que apesar de podermos discutir questões jurídicas de maneira abstrata, é apenas na maneira como a qual a

² Roberts, J.G, ‘Speech at the US Fourth Circuit Judicial Conference’, junho de 2011, conforme www.abajournal.com/news/article/law_prof_responds e www.acslaw.org

justiça se dá que podemos realmente afirmar se justiça está sendo feita, mostra, por um lado, a atenção à forma como as relações jurídicas e sociais são estabelecidos por meio do nosso discurso sobre o significado jurídico e justiça. Por outro lado, esta conexão de lei na prática e justiça também coaduna com o assunto da metodologia da percepção legal do caso específico analisado, uma vez que a vista do direito como um conjunto normativo de proposições expostas de forma não adulterada prontas para nossa aplicação é, infelizmente, ainda carente de maior refutação. Como Richard Posner também enfatiza, o estudante de direito “deve se dissociar da noção de que “a lei” é um conjunto de proposições escritas em um livro e de que a formação jurídica consiste simplesmente em aprender como encontrar informações no livro’ (Posner 2008, 252).

É este último tema que pede a minha contribuição. Servindo também como juíza no ambiente do direito civil na Europa continental, frequentemente percebo que entre meus contatos interdisciplinares acadêmicos há equívocos sobre o raciocínio jurídico, no sentido de que o exercício de direito civil é supostamente uma mera regra de aplicação silogística e, dedutivo por natureza, simplesmente permite a transferência de normas legais codificadas abstratas para a aplicação a um caso específico, em contraste com o raciocínio da “*common-law*”. A expectativa levantada por tal concepção de aplicação de regras parece ser a da existência e utilização não problemática de normas abstratas e é, no mínimo, simplista. Se começarmos a categorizar o que se considera conhecimento na área de direito a partir da premissa de que a lei é um conjunto de regras e nada mais, este raciocínio pode levar à marginalização de empreendimentos interdisciplinares. Além disso, tal simplificação reafirma uma falsa oposição entre ‘*common-law*’ e ‘*civil-law*’ quando se trata do ato de julgar, na medida em que reserva ao direito civil uma hermenêutica formalista de regras de auto aplicação, adotando um raciocínio jurídico definido por Ronald Dworkin como “de fora para dentro”, ou seja, do abstrato ao concreto, opondo-se ao raciocínio “de dentro para fora” (Dworkin 2006, 54) com foco no esforço judicial de conectar o que são considerados os fatos relevantes do caso e as normas legais.³

³ Veja também Gaakeer 2012b, as notas 13 e 49 discutindo a posição de Greta Olson’s de que ‘o raciocínio jurídico passa por um processo de dedução de

É neste plano que as ciências humanas podem ajudar a elucidar/esclarecer os problemas relacionados a esse mal-entendido bem como contribuir para sua possível solução. É por isso que volto para a hermenêutica filosófica continental-européia, especialmente como desenvolvida por Paul Ricoeur. Meu objectivo é desenhar um esboço do que o *studia humanitatis* pode contribuir para a prática jurídica, trazendo à tona os recursos que podem contribuir para o desenvolvimento da virtude da *phronêsis* (prudência ou sabedoria prática) do juiz, incluindo o *ethos* judicial e *habitus*. A visão por trás deste empreendimento é que, apesar de suas diferenças, a maioria dos sistemas legais compartilha valores fundamentais como a imparcialidade judicial, consistência e integridade, que, não por acaso, são considerados virtudes no sentido Aristotélico. Reflexões metodológicas sobre os assuntos da constatação ou constituição dos “fatos”, a justificação judicial de decisões deliberativas tomadas e a maneira como a lei estabelece relações são, portanto, tarefas partilhadas⁴. Além disso, aponto este esboço também para servir como um exemplo de como estudos jurídicos interdisciplinares voltados às ciências humanas podem se mover além do âmbito, para o reino da *práxis*.

2. FATOS E NORMAS, TEORIA E PRÁTICA

No seguinte, sigo a partir de um pressuposto duplo. Em primeiro lugar, que a lei como uma disciplina acadêmica pertence firmemente às ciências humanas tendo em vista seu desenvolvimento histórico desde a redescoberta do código Justiniano do século XI, caracterizada como a lei é e sempre foi por uma forte perspectiva filológica-hermenêutica linguística. Ou seja, uma perspectiva não substituída por novas tendências em medialidade e visualidade na lei, posto que a hermenêutica não é apenas um método de interpretação e sim uma

normas abstratas, pela norma codificada até o caso em questão’ (Olson 2010, 352) e a visão similar de Helle Porsdam’ de que, ‘*Civil law* começa com certas regras abstratas que o juiz deve aplicar no caso concreto’(Porsdam 2009, 174).

⁴ O tema tem estado comigo desde que eu compreendi completamente a importância de Ricoeur para o meu trabalho judicial. Meu argumento aqui é uma continuação do trabalho anterior, consulte Gaakeer 2008; Gaakeer 2011; 2012a Gaakeer.

perspectiva filosófica composta de questionamentos sobre texto e ação, como já proposto por Hans-Georg Gadamer na influente obra *Truth and Method*. E em segundo lugar, que, conseqüentemente, juristas necessariamente combinam teoria e prática. Por quê? Porque a arte de fazer a lei em suas diferentes formas profissionais sempre requer atenção para a relação recíproca entre fato e norma, bem como as maneiras pelas quais o sistema de regras e normas materiais e processuais é implantado para alcançar a justiça. Uma característica, portanto, da metodologia jurídica no sentido da percepção do caso ou tópico legal em mãos é o movimento constante dos fatos às normas legais, e vice-versa, um movimento dialético, indo aqui e acolá, por assim dizer, cunhada pelo jurista alemão Karl Engisch como o ‘Hin- und Herwandern des Blickes’ (Engisch 1963, 15), uma noção assumida e elaborada por Karl F. Larenz em sua obra *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Larenz 1991, 204). Ao executar este movimento, os juristas devem constantemente ter em mente a influência de suas próprias estruturas interpretativas em ambos fato e norma, porque, como seres humanos não podemos fugir a nossa situação hermenêutica de sermos culturalmente determinados, profissionalmente e pessoalmente. E ainda mais, isso também vale para a relação recíproca entre a percepção e ordenação: a sistematização do conhecimento no campo da lei também está sujeita a um movimento bilateral comparável. Em outras palavras, quando confrontado com um novo caso, o profissional do direito começa com um diagnóstico do que são considerados os fatos relevantes (fatos estabelecidos e fatos admissíveis como prova e / ou com certo valor probatório), em seguida, prossegue com uma qualificação jurídica preliminar dos materiais nesta base, deliberando sobre o próximo passo no desenvolvimento de uma resposta e afinamento de sua análise classificatória. Em tal a posição específica de um profissional legal é de importância decisiva, é claro, no sentido de que um juiz irá combinar este processo com sua experiência prévia de casos difíceis e fáceis, e um advogado de defesa buscará o maior número possível de âncoras para a construção de seu argumento.⁵

⁵ Cf. Andrew Abbott sobre a tripartição do diagnóstico, inferência após deliberação e tratamento como uma resposta a um diagnóstico, “Teoricamente, estes

Quanto à relação entre teoria e prática, a partir disso surge a ideia de que aqueles que trabalham na prática jurídica sempre refletem sobre as consequências de qualquer pressuposto teórico ou doutrinário para o resultado do caso. Isso inclui atenção para a eventual justificação teórica da posição assumida quando vista contra o pano de fundo do significado mais amplo do quadro jurídico e cultural combinados, por exemplo, em casos que atraem a atenção de qualquer sociedade como um todo (incluindo atenção da mídia). Por sua vez, o conhecimento teórico da lei é aumentada pelas questões *quid-juris* reais levantadas pela prática jurídica, na medida em que muitas vezes vão muito além do discurso acadêmico doutrinário. Uma vez que a prática se volta à teoria em busca de justificação, a teoria prospera em dados práticos. Em suma, a metodologia do jurista nunca é puramente dedutiva ou indutiva, mas sempre o esforço combinado da percepção e apreciação dos fatos contra o fundo do que a norma legal (incluindo as proposições acadêmicas feitas para ela) significa e a consciência de que o todo processo é regido pela dinâmica do quadro interpretativo que está sujeito a constantes evoluções e desafios de natureza variada (tecnológico ou social, por exemplo). Nesta incerteza ontológica – a qualquer momento algo novo pode surgir desafiando os significados existentes – também está a possibilidade de crítica e inovação. A inter-relação esboçada aqui afeta a teoria legal também, na medida em que, de preferência, pelo menos, como defendido por George Pavlakos e Sean Coyle, deve ser entendida como associada, ao invés de separada das questões subjacentes a debates doutrinários que dizem respeito a aspectos morais e políticas do direito também. O objetivo da teoria legal em sua opinião, um mais agradável para mim, seria, então, compreender ideias legais como um reflexo dos valores e uma explicação de como eles surgiram. Este conceito de direito como uma disciplina é o que Pavlakos e Coyle chamam de jurisprudência, derivada da raiz latina “*prudentia* que se relaciona com todas práticas do direito

são os três atos de prática profissional. Profissionais muitas vezes os agrupam. Podem começar com o tratamento, em vez de diagnóstico; eles podem, de fato, diagnosticar tratando, como os médicos costumam fazer. Os três são modalidades de ação mais do que atos em si. Mas a sequência do diagnóstico, inferência e tratamento incorpora a lógica cultural essencial da prática profissional. “(Abbott 1988, 40).

‘(Pavlakos e Coyle de 2005, 2). Jurisprudência nega ‘a possibilidade de generalidade em contas teóricas da natureza da lei’ (Pavlakos e Coyle de 2005, 12), porque tal generalidade implica uma forma independente de observação por teoria legal, compreendida como ciência jurídica ou *scientia*, da instituição social que é o direito, tendo como objetivo fornecer um relato objetivo deste. Este último pressupõe a existência de teoria e prática (no sentido que uso acima, ou seja, fazer o direito amplamente concebido) como entidades desconectadas de modo que a única tarefa do teórico legal (ou seja, aquele que faz *scientia*) seria a de analisar a prática jurídica à distância. A ideia por trás disso é que não há neutralidade ou objetividade científica quando se trata de assumir pontos de vista teóricos, o que é exatamente o que a jurisprudência rejeita na visão de que tanto a obra de direito quanto a reflexão sobre ela devem ser vistas em seus contextos históricos, morais e culturais. Além disso, como Francis Mootz diz, em referência a Gadamer sobre o ponto da experiência humana sendo fundamentalmente interpretativa, “dentro da prática jurídica, apenas podemos compreender uma norma obrigatória dentro de um contexto prático: compreensão e aplicação são um pacto unificado” (Mootz 2000 721). Assim, os profissionais legais em suas ações mostram o seu conhecimento específico que é uma “reflexão-em-ação” (Schön 1983, 130), que consiste na interação criativa diante de uma situação-problema. Obviamente eles se beneficiam, portanto, da reflexão sobre o que funciona ou não, o que é especialmente acentuado quando têm de enfrentar a situação na qual mais de uma resposta para o problema é possível. É aqui que o tema da *Phronèsis* entra, ou seja, a capacidade de identificar a melhor solução mediante circunstâncias específicas e agir de acordo. Para o juiz isto também significa chegar à uma decisão que se submeta à exigência de coerência da lei. Por trás deste empreendimento está a ideia de que o conhecimento profissional é transferido por meio de reprodução, no sentido da constante a recriação ou renovação de antecedentes comuns de que possibilita a compreensão . O entrelaçamento entre teoria e prática tem como sua característica mais proeminente o foco no julgamento de que o juiz é o expoente. Com isso em mente volto para as obras de Paul Ricoeur por sua atenção detalhada à virtude da *phronèsis* como originalmente concebida por Aristóteles, e sua insistência na contribuição das ciências humanas no desenvolvimento da inteligência phronetica judicial.

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DAS CIÊNCIAS HUMANAS PARA UM MODELO JUDICIAL. PARTE I: ESCLARECIMENTOS SOBRE SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

3.1 Phronèsis

No Âmbito Aristotélico das virtudes morais e intelectuais, especialmente distinta da *episteme*, ou seja, conhecimento teórico ou científico, conceitual por natureza, com o objetivo em “saber algo”, e a partir do conhecimento de como fazer coisas, a habilidade técnica do artesão chamada de arte ou *technè*, pode ser ensinada e aprendida com certa facilidade. Aristóteles abre/começa sua análise com a definição do homem prudente, o *phronimos*:

‘Podemos chegar à definição der Prudencia (*Phronèsis*) ao considerar/analisar as pessoas que temos como prudentes. Hoje, a marca de um homem prudente é saber deliberar corretamente sobre o que é bom e conveniente para si mesmo [...] sobre o que contribui para a vida boa em geral (Aristóteles 2003, Vi.v.1, 1140a24-29,p.337) [...]Entretanto, não se delibera sobre coisas imutáveis bem como coisas cuja realização está além de suas capacidades e, como o conhecimento científico envolve “demonstração”, e não há demonstração de coisas cujos princípios fundamentais são variáveis, posto que todos seus aspectos estão sujeitos à mudança, é evidente que Prudência Não se Confunde Com Ciência(i.e *episteme* ou *scientia*). Não se confunde também com a Arte(i.e *technè*)⁶ Não é ciência , uma vez que questões de conduta admitem variações; e não Arte pois criar e agir são diferentes, visto que criar tem como objetivo um fim que se distingue do ato de criar, enquanto o fim, no ato de agir, não pode ser diferente do próprio ato. Agir ou fazer bem é um fim em si

⁶ Uma nota sobre tradução: tanto na tradução usada para os fins deste artigo e em outras traduções que consultei a terminologia é um pouco estranha no sentido de que em que *technè* é traduzido como ‘arte’, um termo que para os leitores modernos tem uma conotação diferente do sentido aristotélico de ‘habilidade técnica’. No sentido, no entanto, que *technè* também se refere ao conhecimento do artesão incorporado em suas mãos e olhos, isto abre a possibilidade de uma leitura que vai além da ideia de uma habilidade puramente rotineiramente artesanal na medida em que enfatiza a habilidade profissional que é, é claro, também uma característica dos *phronimos* em ação.

mesmo. Permanece portanto, que Prudência é uma virtude/qualidade racional que se preocupa com a ação no que diz respeito determinar o que é bom ou mau para seres humanos' (Aristóteles 2003,VI v 3-4, 1140a32-1140b7, p337)

O posto acima mostra claramente porque, para Aristóteles, *phronèsis* não é apenas a virtude de conhecer/buscar/saber os fins da vida humana, como também saber como garanti-los, ou seja, a virtude inclui a aplicação de “bom senso” à conduta humana, “saber como” (“knowing how”). Assim, pertence àquilo que é provável no sentido das verdades provisórias, pois mesmo a eventual incorporação de conhecimento técnico ao raciocínio e à sua necessidade prática de agir.(i.e no sentido de fazer bem como definido por Aristóteles). Perceptiva e disposicional por natureza, a *phronèsis* é a capacidade de ver/assimilar/captar o que a situação exige e agir de acordo⁷. Assim, desafia a redução metodológica pois sua principal característica é a deliberação (ou boulesis), principalmente com si mesmo e, quando transportada para o reino da deliberação jurídica⁸, se dá também com os outros. Então, como lógica, não visa atingir uma verdade universal e abstrata mas sim se desenvolve sob raciocínio dialético⁹. A pronesis tem, portanto, foco em construir/desenvolver argumentos contra e a favor de premissas/ideias específicas. Apesar de categorizada como virtude intelectual, como virtude no sentido de qualidade disponível que se adquire através de educação e instrução, pronesis é, portanto, ao mesmo tempo questão de *ethos*, caráter, da opinião que não se trata de mera combinação de conhecimento (conhecimento de regras morais aplamente aceitas) e técnica/habilidade deliberativa, mas sim a habilidade de aplicar conclusões tiradas de situações específicas a

⁷ Prudência lida com a coisa particular final, que não pode ser apreendida pelo conhecimento científico, mas apenas pela percepção. “(Aristóteles 2003, VI.viii.9, 1152a26-28, p.351).

⁸ O argumento de Aristóteles permite isso, dada a conexão que faz entre prudência, no geral, ‘A prudência no que respeita ao estado [...] Science Legislativo “(Aristóteles 2003, VI.viii.2, 1141b25-26, p.347) e prudência como essencial para a faculdade de julgar de forma equitativa, que é tratada a seguir.

⁹ Para uma visão aristotélica sobre o ideal do advogado-estadista que simboliza Phronesis em relação às suas consequências profissionais, educativas e políticas, consulte Kronman 1993.

novas questões na medida em que surgem. Assim, a ética e epistemologia vão lado a lado com a *prhonesis* como práxis de ação concreta em contextos específicos. O viés crítico de “Compreender”/Assimilar (*sunesis*), então, responde à qualidade imperativa que a *phronèsis* é e possui. Ou seja: é necessário ter bom entendimento (*eusunesia*) para adquirir habilidade de julgar bem e *phronèsis*, por sua vez, vai além ao enfatizar a necessidade de agir a partir de tal julgamento. Para Aristóteles, isto significa que o fim/objetivo de compreender é um enunciado de o que devemos fazer ou não” (Aristóteles 2003, VI.x.2, 1143a9-10, p.359). Compreensão/Compreender e *prhoneses*, apesar de não idênticos/diferentes se preocupam com os mesmos objetos (este, (compreender) se preocupa com os mesmos objetos da prudência (Aristotle 2003, VI.x.2, 1143a8, p.359), como dito por Aristóteles visto que compreender também lida com aquilo que é sujeito de questionamento e deliberação e não com o que é estritamente definido como conhecimento científico universalmente aceito.

Este conceito de *phronèsis*, portanto, permeia o pensamento de Ricoeur acerca de justiça e lei. Constitui também suas posições/ideias sobre moralidade, ética bem como suas posições acerca de equidade como um “corrective of law” como um sistema codificado de regras, ou seja, equidade vista como a noção/senso de justiça quando esta atravessa as dificuldades e conflitos oriundos da aplicação da justiça. (Ricoeur 1992,262)¹⁰

¹⁰ Isto é importante notar tendo em vista as diferenças na perspectiva sobre o assunto ao longo dos seus trabalhos e, assim, as gradações filosóficas a serem discernidas e distinguidas. Nos estudos que formam *Oneself as Another*, *Phronesis* é discutida na esfera ética da deliberação sobre a ‘boa vida’, de modo que a ênfase recai sobre os juízos morais em situações específicas (e incertas) em relação ao objectivo ética ou melhor fim a ser perseguido. Em *The Just* o foco está sobre a relação entre a idéia de justiça concebida como uma regra moral e justiça mediada pela instituição, ou seja, ‘encarnado na pessoa do juiz, que, como um terceiro entre as duas partes, assume a figura de um de segunda ordem de terceiros’, para que o conceito de justiça como” justa distribuição “(Ricoeur 2000, a XIV e XIII) torne-se fundamental, como também pode ser visto no engajamento de *The Just* com John Rawls’s theory of Justice e sua descrição da sociedade no nível da distribuição de bens de mercado e não de mercado.

O que me interessa, em primeiro lugar, é que Ricour frequentemente conecta sua discussão acerca do aspecto deliberativo de *phronèsis* à ideia do movimento hermenêutico, circular tal como era, do movimento de “vai-e-vem”, como põe em sua obra *Oneself as Another* (Ricoeur 1992, 179), entre a ideia que temos sobre a boa vida ou a justiça, por exemplo, e a decisão a ser tomada.¹¹

Isso está perfeitamente de acordo com a metodologia jurídica de se conectar os fatos à norma, bem como à estrutura tripartida da prática profissional como o diagnóstico-inferência / classificação-tratamento, também presente na opinião de Ricoeur sobre a aplicação da norma na ocasião de um processo penal. A aplicação consiste tanto em adaptar a regra ao caso, qualificando o ato como crime, quanto em conectar o caso à regra, por meio de uma descrição narrativa tida como verdadeira”. (Ricoeur 2007, 55-56). Ricoeur também aprova a ligação íntima estabelecida por Aristóteles entre *phronèsis* e o *pronomos*, ligação esta que apenas ganha sentido se o homem de sábio julgamento determina a regra e o caso simultaneamente ao captar/compreender a situação em sua peculiaridade (Ricoeur 1992, 175). Além disso, segundo este ponto de vista, a *phronèsis* é então tida como componente essencial do ato de julgar. Um(a) juiz(a) pode ser o(a) melhor do ramo no que diz respeito a seu conhecimento teórico da lei, estatutos e princípios e precedentes mas se lhe falta *phronèsis*, o resultado do caso individual pode se revelar insuficiente ou até inadequado para as partes e/ou todos envolvidos no processo.

Nas palavras de Ricoeur, em suma, o juiz sábio é um *phronimos*, uma pessoa sensível que combina atenção às circunstâncias e ciência das demandas de um caso específico ao conhecimento teórico cuja aplicação a lei determina, orientando sua deliberação na escolha do melhor dos meios jurídicos à sua disposição de modo a fim de traduzi-los na ação adequada: “*Phronèsis*, que se tornou Prudência em, em Latim ... consiste na capacidade, na aptidão de discernir a regra correta, o *orthos logos*, em situações difíceis que requerem ação” (Ricoeur 2007, 54). Segundo este ponto de vista, a regra correta pode

¹¹ Note-se que o tratamento de *Phronesis* de Ricoeur, invariavelmente começa a partir da ética (Aplicada) antes de passar para os exemplos análogos de medicina e direito.

ser uma regra do direito codificada em um acaso bem como a decisão com base na equidade em outro. Ou seja, tudo depende das circunstâncias. Além disso, *phronèsis* é uma forma legítima de julgamento reflexivo humano e também uma forma de autorreflexão e, portanto, autoconhecimento, na medida em que novos bons motivos a favor de uma decisão específica vêm à tona/se mostram/surgem e legitimizam porque *isto* e não *aquilo* é o necessário nas circunstâncias. Na esfera jurídica, autorreflexão deve então sempre ser elemento constitutivo do habitus judicial.

O que faz do pensamento de Ricoeur especialmente atraente do ponto de vista dos estudos jurídicos humanistas é que além de ser incorporado na tradição literária canônica, começando com os dramaturgos gregos Sófocles e Eurípides, Ricoeur consistentemente defende que as particularidades desses ‘perfis literários das virtudes’ como liberalidade, coragem e justiça, (Ricoeur 2007, 54) nos convidam a reler e reescrever, no sentido de adaptar o que nos ensinam à nossa situação contemporânea. Um bom exemplo é sua análise de Antígona de Sophocles no estudo intitulado ‘The Self and Practical Wisdom: Conviction’ in *Oneself as Another* (Ricoeur 1992, 240-296), no qual oferece a *phronèsis* como a lente através da qual se deve ver conflitos trágicos no âmbito político quando se trata de justa distribuição. Se unirmos isto ao que Ricoeur chama de analogia ao nível da formação de juízos e tomar decisões em esferas tão diferentes quanto a médica e a jurídica, embora ambos ‘marquem a práxis com um selo trágico’, (Ricoeur 2007, 57)¹² a necessidade de desenvolver a nossa compreensão da relação estreita entre o singular, o particular e *phronèsis* com vistas de aumentar nossa compreensão da metáfora se torna aguda.

3.2 Metáfora

Na minha compreensão, a visão de Ricoeur sobre ‘a regra da metáfora’ como o “processo metafórico como cognição, imaginação e sentimento” é essencial, visto que une aspectos da inteligência phronetica

¹² Cf. Eden 1986, 63 f. para a ligação aristotélica entre o juízo que resulta de uma visão catártica de tragédias clássicas e imaginação (literária) e da alma humana.

ao “papel semântico de imaginação (e, por implicação, sentimento) no estabelecimento de sentido metafórico “(Ricoeur 1978, 144). Aqui, também, Ricoeur se volta à Aristóteles para esclarecimento desta frase um tanto densa. O tema da metáfora é tratado tanto em *Poética* quanto em *Retórica e Aristóteles* que define o termo como “[...] aplicação de um nome estranho : O transporte de um nome para outra coisa, ou do gênero para a espécie, ou da espécie para o gênero, ou da espécie de uma para a espécie de outra, ou por analogia” (Aristóteles 165,xxi. 7-9, 1457b7-9, p81). Ricoeur partilha o interesse Aristotélico no ganho semântico da metáfora como processo, ou seja, “metaforizar bem” é “ver *semelhança* “(Ricoeur 1986, 23), defendendo a avaliação do papel da imaginação, ‘que está implícito em um momento pitoresco ou icônico no ‘trabalho da semelhança’ como Aristóteles sugere ao dizer que metaforizar bem é contemplar semelhanças ou [...] perceber semelhança” (Ricoeur 1978, 145). No sentido de que o lexis de um texto no sentido Aristotélico, ou seja, as características do seu discurso que fazem do discurso o que é, como Ricoeur explica, ‘... dicção, elocução, e estilo, das quais metáfora faz parte’, coloca diante de nossos olhos o que deseja exibir, há, portanto, forte função de significado metafórico’(Ricoeur 1978, 144).Em outras palavras, quando a metáfora cumpre sua função de forma adequada, nos faz dizer “Oh, agora vejo”. Portanto devemos aprender a ‘entender como a semelhança trabalha para a construção de significado (Ricoeur 1978, 146).

Esta é, eu diria, uma conexão interessante entre o conceito de *phronèsiss*, é a demanda pela habilidade de ver semelhanças e diferenças em uma situação específica que a *phronèsiss* e a percepção metafórica têm em comum. Isto é especialmente verdade pois a *phronèsis* implica a sensibilidade do *phronimos* em, imediatamente, por sua intuição profissionalmente treinada, percebe “na prática” o que precisa ser feito, visto que, “metaforizar bem, disse Aristóteles, “implica uma percepção *intuitiva* das semelhanças e diferenças.” (Ricoeur 1986, 6, *italico acrescentado*). Deve, é claro, ser imediatamente observado que enquanto essa urgência de percepção pode ser o ponto de partida para deliberação, não é necessariamente também seu resultado. O que a princípio parecia intuitivamente o *orthos logos* pode precisar de correções à segunda vista. A conexão, portanto, entre *phronèsis* e metáfora pode ser discernida no esquema que Ricoeur oferece ao refletir

sobre a combinação de metáfora e imaginação. Sua primeira etapa consiste em entender imaginação como “ver”, a compreensão que a metáfora oferece ao nos pedir para contemplar semelhanças. Esta compreensão é tanto “pensar e ver” quanto no sentido de que “ver o semelhante é ver o mesmo apesar de, e através do , diferente’ e enfatiza a necessidade de desenvolver imaginação (Ricoeur 1978,147). Assim, a combinação de pensar (incluindo o conhecimento teórico da doutrina do Direito no caso da *phronèsis* jurídica) e ver a singularidade de novas circunstâncias compreendidas na qualidade de *phronèsis* é vista novamente neste primeiro passo de nosso uso da metáfora.

Isto também se aplica à segunda etapa na incorporação da dimensão pictórica, uma vez que tanto a *phronèsis* quanto a metáfora dependem de nossa capacidade imaginativa de “ver” o que conecta aquilo que já sabemos ao novo significado da apresentação do particular. Ligado a esse momento, está a terceira etapa que consiste na exigência do que Ricoeur chama de “suspensão”, “o momento de negatividade trazido pela imagem no processo metafórico” (Ricoeur 1978,151). Ricoeur se refere ao momento em que a referência ordinária, ou seja, a referência ligada ao discurso descritivo, é abolida a favor do novo significado produzido pela metáfora. Este momento é (também) trazido pelo funcionamento da imaginação. Essa combinação do cognitivo e imaginativo também coaduna com a divisão do conhecimento em *epistémè* e *phronèsis*. Também enfatiza o aspecto crítico da *phronèsis* jurídica pois esta também (sempre) depende da imaginação legal para que se possa ver o que une a situação particular do caso diante do si ao âmbito existente do Direito. Ao mesmo tempo, a combinação de *phronèsis* e imaginação permite que o juiz veja qual aspecto da situação pede ajustes na aplicação do âmbito normativo, por menor que este ajuste seja. A *phronèsis*, então, permite que o juiz preencha a lacuna entre a generalidade da norma legal e a singularidade do caso concreto

Recapitulando, o foco aristotélico na semelhança como base da boa metaforização como analisado por Ricoeur tem como suporte a habilidade de compreender como a semelhança funciona na produção de sentido. Assim, a compreensão do metafórico é, em essência, a

contemplanção de semelhanças, que não só requer compreensão sobre *o quê* é tido como semelhança, mas também, ainda mais importante, *por quais motivos*. Dada a relação recíproca entre teoria e prática e seu papel constitutivo na formação de conceitos jurídicos, é evidente a extrema importância de compreender as maneiras pelas quais a metáfora funciona agora que o desenvolvimento da doutrina e sucesso da prática jurídica diária dependem dela. E isto deve ser feito contra o pano de fundo do conhecimento local de um sistema jurídico específico, por exemplo, o Holandês, com seu Código Penal e Código de Processo Penal, e uma prática jurídica específica. Um advogado de defesa Holandês, por exemplo, precisa de autorização específica para representar seu cliente ausente durante procedimentos judiciais mas tal autorização não é necessariamente por escrito, então como o juiz poderia “saber” que tal autorização de fato se deu é uma questão a se considerar. O conhecimento local é portanto importante. Por que? Porque como ‘[...] um inquérito acerca da capacidade da metáfora de fornecer informações intraduzíveis e, em conformidade com a pretensão da metáfora na produção de alguma compreensão da realidade’ (Ricoeur 1978, 1430, precisamos basear nossa pesquisa também em circunstâncias concretas.

Pode-se argumentar que um juiz não tem necessidade de compreensão metafórica, a partir do ponto de vista que suas competências analíticas e lógicas não só prevalecem como são suficientes, e além disso, que a metáfora na medida em que ‘consiste em falar de uma coisa nos termos de outra com que se assemelha’ (Ricoeur 1986,197) facilmente leva a erros categoriais. Em defesa da semelhança como característica orientadora, Ricoeur refuta a acusação de fragilidade lógica apontando para a estrutura lógica do próprio semelhante visto que ‘no enunciado metafórico “o semelhante” é percebido *apesar* da contradição’ (Ricoeur 1986,196), então é justamente a semelhança que aproxima o que antes era tido como distante e diferente. Como estratégia linguística então, a metáfora visa desconstruir estruturas lógicas estabelecidas para construir novas uma vez que isto é necessário para ver as coisas novamente. Isto não é um desvio e sim basicamente a mesma operação através da qual qualquer classificação de conceitos em categorias se dá.

Aplicado ao nosso tema, isto significa que o funcionamento da metáfora não se dá fora da lei. Pelo contrário lhe é inerente de modo

que a habilidade de metaforizar é parte e parcela da inteligência phronética, ambas pelo desenvolvimento da teoria do direito e pela contribuição à prática jurídica. Isto se dá ainda mais agora que foram-se os dias nos quais a ideia de lei era a de um conjunto restrito de leis codificadas e a lei de países que adotam o modelo *civil-law* desde o começo do século XX inclui princípios, cuja aplicação exige deliberação e ponderação acerca dos interesses envolvidos. A atenção Aristotélica à semelhança forma então um argumento a favor da visão discursiva de metáfora dada a maneira pela qual a metáfora elabora ambos os termos de comparação em sua relação recíproca, assim como, por exemplo, quando dizemos: “Juiz Hex é uma raposa”, ou “Juiz Hercules é um porco-espinho”. Obviamente, isso também diz respeito ao tema da conceituação e classificação na lei destinada como linguagem científica a eliminar quaisquer ambiguidades dentro do possível (cf. Ricoeur 1985), no sentido de que é importante estar ciente do aspecto metafórico do conceito legal em geral, e a ficção jurídica especificamente. Isto já pode ser observado na descrição de Ricoeur do projeto da norma da metáfora como ‘[...] o processo retórico através do qual a divulgação libera o poder que determinadas ficções têm de redescrever a realidade’ (Ricoeur 1986,7). Em seguida, compreensão metafórica é também essencial ao desenvolvimento da lei contra seu contexto histórico e cultural, como já explicado por Owen Barfield em seu trabalho sobre a ligação entre dicção poética e ficção jurídica, no qual não acidentalmente propôs a alegação de que ‘... toda linguagem moderna... é *aparentemente* nada mais que, do início ao fim, um imenso tecido de metáforas mortas ou petrificadas’ (Barfield 1984, 63). Barfield traduziu o pensamento Aristotélico sobre metáfora por analogia como descrito em *Poética*¹³ para a ficção jurídica da seguinte maneira, ‘A ... analogia ... pode ser expressada ... na fórmula: – metáfora: linguagem : significado : ficção jurídica: direito : vida em sociedade’ (Barfield 1977,58). Ou seja, ‘metáfora está para linguagem assim como linguagem está para significado’ é comparável a ‘ficção jurídica está para o direito assim como está para a vida em sociedade’.

¹³ “A metáfora por analogia significa o seguinte: quando B está para A assim como D está para C, então em vez de B o poeta vai dizer D e B em vez de D (Aristóteles 1965, 1457b11-12, p.81).

E com este último elemento da comparação, pelo menos de acordo com meu entendimento, Barfield também aponta para o impacto das escolhas “metafóricas” tomadas no direito por razão do impacto do direito na vida das pessoas. Isto torna o assunto ainda mais urgente para juízes uma vez que quando falam, mudam a vida das pessoas¹⁴, especialmente dada a metáfora interacionista para a relação entre teoria e prática que Barfield então adiciona a seu argumento: ‘Não há muita coisa mais importante para os seres humanos do que seus relacionamentos uns com os outros e as leis são feitas para expressá-los. A criação e aplicação da lei são portanto atividades humanas fundamentais, mas o que é de mais importância para meu propósito é que elas tenham a mesma relação entre si como viajar tem com ler mapas ou que teoria tem com prática.’ (Barfield 1977,63). Em suma, é muito mais fácil produzir leis do que aplicá-las a casos reais, da mesma maneira que é muito mais fácil planejar uma caminhada através de um mapa do que saber o que fazer quando o terreno encontrado é mais desafiador do que esperado. Para Barfield, isto deveria levar-nos ao estudo da jurisprudência no sentido humanístico que promovo aqui, uma vez que este é ‘apto a iluminar a mente e seu funcionamento,’ e portanto lamenta que o ‘respeito aos estudos jurídicos’ que antes era ‘elemento essencial de uma educação liberal’ [...] ‘foi abandonada há muito muito tempo’ (Barfield 1977,63).¹⁵

Isto não é interessante somente de um ponto de vista de formas contemporâneas de interdisciplinaridade como também pede atenção à metáfora na elaboração do direito nacional, ou seja, o desenvolvimento interno, social e histórico de um sistema jurídico. Ainda mais

¹⁴ Cf. O artigo de Robert Cover “Violence and the Word”, “[...] interpretação jurídica ocorre em um campo de dor e morte [...] Um juiz articula sua compreensão de um texto, e, como resultado, alguém perde sua liberdade, sua propriedade, seus filhos, até mesmo a sua vida” (Cover 1986, 1602). Para atenção prolongada ao tema, consulte Gaakeer de 2009.

¹⁵ Neste contexto Barfield refere-se ao filósofo italiano e jurista Giambattista Vico (1668-1744). Para Vico, nossas faculdades de imaginação e compreensão deve ser vistas como faculdades cognitivas interligadas, ou seja, como a compreensão imaginativa. Ele também aconselha-nos a almejar conhecimento cultural como um todo e promove a idéia de compreensão contextual para a lei (ver Gaakeer 2011 e 2012a).

importante, dado o enorme crescimento da importância do direito supranacional na Europa e no desenvolvimento global de, digamos, novas tecnologias que criam novas formas de relacionamentos contratuais e comerciais, pede atenção à metáfora no âmbito do direito comparado. Por que? Porque comparar é traduzir e este ato também demanda uma atitude perspicaz e uma consciência do caminho no qual usamos a linguagem técnica de uma instituição como o direito muito facilmente para impor o seu quadro conceitual em detrimento de outras línguas, outras vozes, outros contextos, semânticos, culturais ou outros. Como aponta Ricoeur, a metáfora não é “uma simples transferência de palavras”, mas “um comércio entre os pensamentos, ou seja, uma transação entre contextos”, para que “metáfora agrupe dentro de um significado simples duas partes faltantes diferentes de diferentes contextos deste significado” (Ricoeur 1986, 80). Além disso, no sentido de que a metáfora acrescenta algo de novo para o reservatório de significados existentes, esta fornece *insights* sobre o desenvolvimento do direito. Assim, devemos considerar cuidadosamente a forma em que esta regra da metáfora funciona porque por meio da introdução de uma nova metáfora em um campo específico, ou tomando uma metáfora de um campo para outro, novos significados são gerados e, como um efeito colateral, o significado original pode ser suprimido, mesmo que temporariamente.

Quando se trata de prática jurídica, sobre fato de que para Aristóteles e Ricoeur metáfora pertence a ambos retórica e poética, acho um argumento adicional para enfatizar a necessidade judicial de se tornar sensível ao funcionamento da metáfora. Como Ricoeur explica, em ambas as obras metáfora é colocado sob a rubrica de léxis”, como todo o campo da linguagem de expressão” (Ricoeur 1986, 13). Enquanto na sua obra *Poetics* Aristóteles rejeita a ideia de léxico (no sentido do discurso como mencionado acima), como restritivamente organizado de acordo com “modos de discurso” (Aristóteles 1965, xix.7, 1456 B7, p.73), no entanto, a partir de um ponto de vista retórico, a metáfora como parte do léxico é importante para tipos de discurso tão variados como uma oração religiosa, uma ameaça, uma declaração, uma interrogação, uma ordem de comando, ou mesmo para narrar uma história de maneira específica. Aqui, o foco está na utilidade da metáfora para a retórica jurídica como parte da prática jurídica. O conhecimento da

transferência de significado por meio da metáfora ganha assim importância também em contextos jurídicos em que reivindicações persuasivas para significados são feitas na fase oral. Isso é especialmente verdade dada a exigência adicional de agarrar de imediato o impulso metafórico, como é apresentado, na visão de que as transcrições das alegações frequentemente não repetem as palavras ditas literalmente, mas sim dão uma tradução mais sucinta do conteúdo proposicional de que foi realmente dito, de modo que, quando lida em um ambiente necessariamente diferente, possa ocorrer a perda do significado pretendido. Quando voltamos à definição de Ricoeur de imaginação como “capacidade de produzir novos tipos por assimilação e para produzi-los não acima das diferenças, como no conceito, mas, apesar de e através das diferenças” (Ricoeur 1978, 148) e o conectarmos à ideia de *phronèsis* como virtude necessária para a atividade judicial de decidir casos, depois de ter exercido deliberação judicial crítica, o próprio fato de que *phronèsis* é variável, ou seja, depende e prospera sobre a possibilidade de as coisas serem de outra forma (Aristóteles 1924, Ii 2,1357a5), aponta para a sua qualidade de contingência. Assim como mostra a importância da função heurística da metáfora para a lei: este “ver como” idealmente permite-nos ver diante de nossos olhos as coisas como se fossem fato. Assim, a metáfora em seus traços referenciais, apela para nossa transformação daquilo mostrado como potencial em real, por meio do próprio ato de criar significado (que é um ato que realizamos). Desta forma, apela para a nossa disposição de reconhecer a possibilidade de verdade metafórica. Ou seja, a metáfora abre uma nova perspectiva quando vai além da função descritiva da linguagem. Portanto, a metáfora não pode apenas nos fazer dizer “Oh, agora vejo”, como mencionado acima, mas também “Eu achava que sabia, mas agora vejo que também pode ser de outra forma”. Isto está de acordo com a *phronèsis* como “qualidade racional em busca da verdade” discutida acima. Para mim, a ideia de verdade metafórica e o que Ricoeur chama de momento pictórico ou icônico também são eminentemente adequados para ilustrar a importância da interligação da *phronèsis* e metáfora, por um lado, da narrativa (literária) e a equitativa, e por outro, em bom julgamento, pois juízes, ao selecionar o que consideram fatos do caso e agrupá-los às circunstâncias relevantes, são autores que tentam descobrir o que aconteceu e,

em seguida, realizam o ato de configurar uma nova narrativa, e, como Ricoeur diz “*descobrir é sempre ver como*” (Ricoeur 1986, 61 ênfase no original). Para eles, então, uma visão narrativa e inteligência narrativa são de crucial importância para seus momentos icônicos profissionais.

4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DAS CIÊNCIAS HUMANAS PARA UM MODELO JUDICIAL. PARTE II: CONFIGURANDO (UM SENSO DE) JUSTIÇA

4.1 Inteligência Narrativa

“Quando um juiz tenta entender um suspeito por desfazer o nó de complicações em que o suspeito está pego, pode-se dizer que, antes que a história esteja sendo contada, o indivíduo parece emaranhado nas histórias que acontecem com ele. Este “emaranhamento” aparece, então, como a pré-história da história contada em que o princípio ainda é escolhido pelo narrador. “(Ricoeur 1987, 129). Nestas frases de um artigo significativamente intitulado ‘*Life: a Story in Search of a Narrator*’ (Vida: Uma História em Busca de um Narrador), Ricoeur mostra a importância da atenção judicial profissional para a narrativa em suas várias formas.

Em primeiro lugar, é preciso da atenção ao “começo” escolhido para sua história pelo narrador-réu, em relação às histórias concorrentes como as encontrados em, por exemplo, a declaração e/ou testemunho escrito de uma vítima ou testemunha à polícia. A história é coerente? A sequência de eventos e a maneira que foi contada é de todo provável? Perguntas sobre a plausibilidade da história e credibilidade do narrador exigem discernimento do leitor na narrativa do que Ricoeur chama de “o ato da trama”, como se induzisse um padrão a partir de uma sucessão” (Ricoeur 1980, 178). Para responder a essas perguntas, o juiz deve ser capaz de entender o que significa agrupar eventos inicialmente tidos como separados em uma história com enredo. Neste ponto é importante ser capaz de decidir se um evento é apenas um evento singular ou um elemento essencial para o desenvolvimento da trama do narrador-réu. É aqui que a contribuição das ciências humanas vem à tona. A narrativa da trama jurídica tem muito a ganhar com

a riqueza de exemplos literários de diferentes enredos. Em situações de julgamento o juiz tem que ser capaz de ler essa trama complexa, tanto jurídica quanto literária, ao mesmo tempo que também tem que aprender a testar a veracidade das provas apresentadas, como leitor e como espectador (Biet 2002, 20).

Em segundo lugar, os próprios juízes são narradores no ato configuracional de agrupar os fatos e as circunstâncias do caso e decidir o que é relevante para o enredo na sucessão de eventos. Este traçado sob a forma de uma seleção é sempre feito com o objetivo de chegar a uma decisão, ou, como Ricoeur coloca de forma sucinta: “Contar ou ouvir uma história já é refletir sobre eventos a fim de abrangê-los em conjuntos sucessivos.” (Ricoeur 1980, 178) Assim, o ato judicial-configuracional tem como objetivo final a (re) estruturação da realidade, como o drama, que se destina a um desenlace, uma solução do problema (Holdheim 1969, 7). Isso é, evidentemente, sempre feito com o quadro normativo de direito em mente, também no sentido de uma linguagem de conceitos. Aqui também, como com a metáfora, ser capaz de ver a diferença e semelhança é importante para a construção narrativa dos fatos. O que James Boyd Branco já enfatizava no início do que, na teoria jurídica hoje chamamos de campo interdisciplinar de Direito e Literatura, como uma habilidade essencial para qualquer jurista, torna-se clara: a capacidade de unir a diferença originalmente fundamental, tanto em si mesmo e quando reconhecido como correntes concorrentes em textos de terceiros que o jurista precisa considerar, entre a narrativa e a análise, ou o literário e o conceitual. White se refere a isto como a diferença entre “a mente que conta uma história, e a mente que dá razão” (White 1973, 859).

Uma vez que a construção judicial da trama não é apenas o arranjo de eventos em uma sequência (dramática), mas a determinação de o que e quem deve ser incluído e o que e quem vai ficar de fora – o que já é em si um julgamento -, é especialmente importante a demanda profissional de uma reflexão judicial durante todo o processo, antes da ação do juiz.. O resultado do ato judicial configuracional idealmente dá visão não só no “ caráter do julgamento “(Ricoeur 1980, 178), mas também no *ethos* do juiz. Se a configuração judicial deve ser mais do que um automatismo, esta precisa ser informada e as ciências humanas

podem ajudar a fornecer uma visão de como narrativas funcionam tanto na teoria quanto no mundo real. Os juízes são os produtores de sentenças em pelo menos dois significados: eles condenam pessoas e, assim, decidem sobre a vida dos outros, e ao escrever suas decisões, literalmente em frases, eles têm de indicar os motivos nos quais sua decisão se baseia, de modo que os outros possam formar uma opinião sobre sua exatidão. A tese de Ricoeur que “narrar já é explicar” (Ricoeur 1984, 178), portanto, aponta para o sucesso exigido de uma decisão judicial, ao agrupar fatos e circunstâncias heterogêneos e contraditórios em um todo coerente que, como uma história, deve ter uma conclusão aceitável. Isto também liga a capacidade de narrar bem à virtude da *phronèsis*. Aqui também as ciências humanas podem contribuir para a formação judicial (e, evidentemente, à educação jurídica em geral), ¹⁶se apenas para mostrar, como Jerome Bruner sustenta, que a vitalidade de uma cultura encontra-se “[...] na sua dialética, em sua necessidade de chegar a um acordo entre posições contrárias, narrativas contraditórias” pois “[...] ouvimos muitas histórias e as armazenamos, mesmo quando se contradizem” (Bruner 2002, 91).

Portanto, a entrada da hermenêutica filosófica e tradicional, bem como da narratologia cognitiva que visa proporcionar insight sobre como a mente humana lida com a própria ideia de “história”¹⁷, é de grande importância, a fim de instilar em juízes consciência acerca do que fazem e o que isso significa. Em sua trilogia seminal “Tempo e Narrativa” Ricoeur desenvolve a tese Aristotélica de que o conhecimento requer o reconhecimento ou visão sobre a representação mímética e que constitui uma importante fonte para a legislação prática jurídica. Sua análise do modelo tríplice de *mimēsis* liga-se com sua opinião de uma reflexão necessária sobre os acontecimentos antes de englobá-los em uma sequência narrativa como mencionado acima, e com a sua análise em “A Regra da Metáfora” da visão discursiva sobre metáfora que inclui *mythos* e *mímesis* como elementos constitutivos.

¹⁶ “A razão pela qual gostamos de ver semelhança é que, *quando olhamos, aprendemos* a inferir o que cada um é, por exemplo,” isto é assim e assim “.” (Aristóteles 1965, IV.5, 1448b5, p.15, *italico meu*)

¹⁷ Para uma visão geral das diferentes vertentes da narratologia, consulte Fludernik e Olson 2011.

Para Ricoeur, ficção narrativa como composição nos mostra que *mythos*, ou a tessitura da trama, no sentido distinguido por Aristóteles é tanto fábula, no sentido de uma história imaginária e imaginada, quanto um enredo no sentido de história bem construída. Neste ponto de vista, a tessitura da trama é um processo integrativo. Indo além de Aristóteles, que restringe a *mimēsis* ao drama e épico, Ricoeur centra-se na narrativa como tessitura da trama em um sentido geral. ‘Trama, diz Aristóteles, é a *mimēsis* de uma ação’ (Ricoeur 1984, xi) e para Ricoeur isso significa que a ficção narrativa como figuração de eventos também tem o poder de redescrevê-los. Neste ponto de vista, redescrição metafórica e *mimēsis* como imitação ou representação da ação são intercambiáveis.

Ricoeur distingue três estágios de *mimēsis*.¹⁸ A primeira é a prefiguração ou *mimēsis*1. Este termo denota a temporalidade do mundo da ação, e isso inclui a pré compreensão que temos da ordem de uma ação (Ricoeur 1984, xi), com base na “*qualidade pré-narrativa da experiência humana*” (Ricoeur 1987, 129, ênfase no original). É inevitavelmente um círculo vicioso, Ricoeur admite, pois se a vida humana é pensada em termos de histórias, como “uma atividade e um desejo em busca de uma narrativa” (Ricoeur 1987, 129, grifos no original), então qualquer experiência humana é propriamente “já mediada por todos os tipos de histórias que ouvimos” (Ricoeur 1987, 129). Ao mesmo tempo, tal circularidade deve alertar-nos para a nossa tarefa de reconhecer nossa própria tendência a ficar com uma história, uma vez que a localizamos ou a contamos nós mesmos, como vou defender abaixo. Por quê? Porque para os profissionais, especialmente, há o risco de cegueira profissional, se Ricoeur tem razão, e ‘Entender uma história

¹⁸ Deve ser imediatamente observado que a definição de “ficção” de Ricoeur não é apenas «configuração imaginária», pois esta, como ele explica «é uma operação comum à história e narrativa ficcional e, como tal, constitui a esfera da *mimēsis*2» (Ricoeur 1984, 267). No volume 2 de *Time and Narrative* Ricoeur aborda a diferença entre narrativa histórica e ficcional. Para os fins deste artigo, não me aprofundi nesta distinção na visão de que, precisamente porque o termo ‘ficção’ pode ser pensado como tanto “um sinônimo para configurações narrativa”, quanto “como um antônimo a reivindicação de narrativa histórica para constituir a “verdadeira” narrativa” (Ricoeur 1984, 64) e é adequado para servir como pilar para uma discussão sobre o que os juristas fazem na prática.

é entender tanto a linguagem de “fazer algo” e a tradição cultural da qual procede a tipologia dos enredos’ (Ricoeur 1984, 57), na visão de que qualquer profissão tem suas tramas específicas de como as coisas são feitas e como funcionam, com a história jurídica de “quem é o culpado” como um caso em questão.

A próxima etapa é a configuração ou *mimēsis*², um termo que denota o mundo da tessitura da trama narrativa dos acontecimentos, isto é, o mundo da poiesis no sentido de criar algo, como composição (Ricoeur 1984, xi). Seus pré-requisitos são, ‘a tessitura da trama [...] baseada na pré-compreensão do mundo da ação estrutural, suas estruturas, recursos simbólicos e de seus traços temporais.’ (Ricoeur 1984, 54). Isto significa que,

[...] um acontecimento, deve ser mais que uma ocorrência singular e única. Ele recebe sua definição a partir de sua contribuição para o desenvolvimento de uma intriga. Uma história, por outro lado, deve ser mais que uma enumeração de eventos em uma ordem sucessiva, ela deve aferir um todo inteligível dos incidentes, de tal sorte que seja sempre possível perguntar qual é o “tema” ou o “sujeito” da história. Sintetizando, a tessitura da intriga é a operação que extrai de uma simples sucessão uma configuração’ (Ricoeur 1984, 54 e 65).

Para Ricoeur, a importância de Aristóteles está em ele já ter igualado o enredo à configuração de pontos de vista opostos. É por isso que Ricoeur se refere a essa simultaneidade como “concordância-discordância” (Ricoeur 1984, 66), visto que o que chamamos coerência narrativa combina a concordância da trama em curso e a discordância da peripeteia, ou seja, mudanças de sorte, reviravoltas, convulsões eventos inesperadas, e assim por diante.

Finalmente, há refiguração ou *mimēsis*³. Este termo refere-se ao momento em que os mundos da *mimēsis*¹ e *mimēsis*² interagem e influenciam-se mutuamente. É o momento em que a nossa pré-compreensão é informada e alterada pelo nosso próprio ato de configuração, ou seja, quando a figuração executa seu poder de redescrição como mencionado acima. Ou seja, quando aplicada à atividade do jurista, é nossa tessitura de fatos e circunstâncias, bem como nosso estado de fazê-lo no contexto das normas legais. Aqui vemos a ligação com a metodologia do “Hin-und-Herwandern des Blickes” discutida acima,

visto que tessitura e aplicação andam de mãos dadas. Em suma, na fração de segundo quando os três estágios de *mimēsis* se reúnem, a tessitura sintetiza vários eventos e é em si uma síntese na medida em que unifica componentes divergentes em uma história. Assim, visa à criação de unidade, um todo que inclui a história sendo contada e os meios para expressá-la que devem ser investigados em suas interrelações.

Mais uma vez, na visão de que quando juízes tomam decisões dão a ordem do mundo, e, assim, da realidade, no sentido de que as vidas de terceiros são afetadas por suas sentenças, a importância da interrelação de imaginação, narrativa e literatura revela-se aguda. A distinção tríplice de *mimēsis* feita por Ricoeur fornece um modelo literário para o direito, dada a semelhança das formas de *mimēsis* aos passos hermenêuticos tomados no processo de decidir um caso (ou seja, “ação” com base em uma pré-compreensão, profissionalmente e de outras maneiras, levando a um resultado na forma de um enredo explicativo do que aconteceu).’O que está em jogo [...] é o processo concreto pelo qual a configuração textual media a prefiguração do campo prático e sua refiguração pela recepção da obra’ (Rixowur 1984,53), o campo prático aqui é o plano de fundo e recepção referindo-se tanto a recepção por parte dos profissionais legais e do campo mais amplo correspondente à recepção da sociedade, incluindo, ao final, a aceitação social. Nesta meta-nível de recepção, a ideia da justificação da decisão judicial retorna, assim, com força total.

Além disso, “Com a *mimēsis*², abre-se o reino do *como se*. Eu poderia ter usado o termo ‘reino da ficção’ ... “(Ricoeur 1984, 64). Aqui está a conexão com o tema da metáfora discutido acima. Uma vez que o que é construído na ficção é *mimēsis* como poiesis, ou seja, não apenas imitação, mas construção como o ato de composição, a metáfora para Ricoeur tem como função mostrar o desvio do padrão no serviço da léxis como a demonstração do que aconteceu. Assim, temos uma conexão à ideia de capacidade negativa, a metáfora cunhada por John Keats para o que significa escrever (e ser) uma grande obra de arte, “... que é quando o homem é capaz de estar em incertezas, [...] dúvidas, sem qualquer alcance irratável chegar após verdade e razão “(Gaakeer de 2007, 31 N8). É fundamental para a virtude judicial de imparcialidade que juízes deem total atenção a todos os aspectos de um caso e suas diversas possibilidades de sentido, sempre se perguntando:

‘Mas e se isto tivesse sido o caso, em vez de aquilo?’, e simultaneamente, suprimindo a inclinação para chegar a uma decisão final rápido demais.

Transposto para o aspecto narrativo de um conflito legal, isto também significa que o caos e tensão da fase inicial de “o que aconteceu”, são, em uma situação ideal, ao menos traduzidos de forma exequível nos vários documentos legais culminando na fase de julgamento que encontra a sua solução na nova ordem imposta à realidade pela decisão judicial. Neste sentido no qual a situação jurídica se assemelha ao drama, encontramos uma abertura para conectar o pensamento de Ricoeur à discussões contemporâneas sobre visualidade e medialidade no direito, visto que lá a atenção dada à metáfora e construção narrativa é também de grande importância. Mais ainda, o efeito desconcertante da metáfora (e o mesmo, obviamente, se aplica à sátira, ironia, hipérbole e outras alegorias quando inseridas em um ambiente jurídico) deve alertar juristas à cultivar sua sensibilidade à história ou inteligência narrativa para evitar que caiam no abismo profissional de perseverança da crença, tendência à confirmação e outros erros psicológicos que os seres humanos são propensos a fazer. Isto é ainda mais importante agora que a psicologia cognitiva também nos mostrou de forma convincente que os profissionais contam com uma variedade de habilidades em vez de simplesmente aplicar uma regra. Assim, o conhecimento sofisticado de como a narrativa funciona no mundo e em nós é essencial para que não deixemos que erros de leitura e mal-entendidos reforçados por nossa tendência natural a nos agarrarmos às nossas crenças iniciais, combinados com excesso de confiança profissional sobre como as coisas são feitas levem a erros de justiça. A questão epistemológica a ser mantida em mentes judiciais deve ser sempre se há de fato uma cadeia de circunstâncias “lá fora” ou se alguém cuidadosamente encaixa as provas a outros fatos verificados, e, ainda mais importante, se esse alguém é você.

A inteligência narrativa ainda se liga ao tema da ética profissional de modo. No sentido de que qualquer história das ações de um profissional – e a versão escrita da decisão judicial em que sua linha de pensamento se desenrola é um excelente exemplo aqui – fornece a seu autor uma identidade narrativa, e conduz, pelo menos idealmente, ao autoconhecimento no sentido do conhecimento das atividades das

quais o juiz como sujeito consciente é autor, quando ela se envolve seriamente com a crítica que suas decisões geram nos outros. Aqui também está a ligação com o tema da justificação de (os produtos de) sua identidade narrativa. Se a deliberação do juiz é voltada a escolher os meios e fins jurídicos corretos e e à sua transposição em ação jurídica adequada, isto implica integridade jurídica que transcende as exigências evidentes de clareza e coerência da decisão judicial na medida em que inclui o aspecto ético no sentido de disposição judicial de manter a exploração de seus motivos internos e refletir sobre as tensões que surgem quando se tem que captar dois pontos de vista conflitantes (sobre os fatos do caso, a questão de direito, ou ambos). Para Ricoeur, a inteligência narrativa é “[...] muito mais próxima da sabedoria prática e do julgamento moral do que da ciência e, de forma mais geral, do uso teórico da razão” (Ricoeur 1987, 123). Em suma, na inteligência narrativa, testemunhamos o triunfo da *phronēsis* sobre episteme, visto que a história pertence a “inteligência phronetica” (Ricoeur 1987, 124). No sentido de que, por meio da literatura, ganhamos maior percepção de exemplos das particularidades da condição humana, que de outra forma poderiam ser inconcebíveis ou fora do nosso alcance, exemplos literários do processo de *mimēsis* são, portanto, muito úteis. Como Ricoeur explica, ‘uma característica essencial de uma obra literária [...] é que ela transcende suas próprias condições psico-sociológicas de produção e, assim, abre-se para uma série ilimitada de leituras, situadas em diferentes condições socioculturais. Em suma, o texto deve ser capaz, tanto do ponto de vista sociológico como psicológico, a “descontextualizar” a si mesmo, de forma tal que possa ser “recontextualizado” numa nova situação – como realizado, precisamente, pelo ato de ler “ (Ricoeur 1981, 139; cf. para a força heurística da ficção e a ideia de intersubjetividade e ficção também Ricoeur 1991).

4.2 A correta discriminação do equitativo

Eu diria que todos os aspectos acima mencionados já resolveriam o caso a favor das ciências humanas como companheiras da lei, a fim de aumentar o alcance da educação jurídica. Além disso, a atenção para a narrativa pode, evidentemente, ser traduzida em uma vantagem significativa na resistência à reificação que é o resultado de uma atenção

positivista unilateral à linguagem dos conceitos jurídicos. Regras e normas não se aplicam sozinhas. Eles são aplicados pelo homem que por sua vez é responsável por qualquer tendência redutora, pois, como dito por Ricoeur, é “uma enorme característica do uso de nossos idiomas [é]: é sempre possível dizer a mesma coisa de uma maneira diferente (Ricoeur de 2007, 116). O *ethos* de um advogado, mais especificamente de um juiz, no sentido de atitude profissional não pode ser separado da persuasão de seu julgamento. Se a falta de reflexão sobre este vínculo pode ser, justamente, considerada um defeito ético, não podemos dispensar a contribuição das ciências humanas no processo de aplicação particular da norma abstrata e geral em uma situação concreta, visto que a justiça do resultado depende dela.

Neste plano, os pensamentos oferecidos por Aristóteles e Ricoeur sobre o tema da equidade também podem ajudar a elucidar as conexões entre *phronêsis*, metáfora e narrativa. Aristóteles, ao examinar a natureza das ações humanas e conduta ética, diz que “[...] questões de conduta e conveniência têm nada de fixo ou invariável [...] os próprios agentes tem que considerar o que é adequado para as circunstâncias de cada ocasião (*προς τον καιρόν*), tal como é o caso com a arte da medicina ou da navegação “(Aristóteles 2003, II.ii.3-5,1104a4-10).¹⁹ Este é um chamado a encontrar os materiais persuasivos e adequados a uma tarefa e apropriados para a ocasião e é parte integrante da virtude da *phronêsis* na sua relação com a lei, onde a reciprocidade dos fatos vistos em seus contextos específicos e os preceitos normativos do direito positivo formam o pilar do “fazer direito” e “realizar justiça”, pois os dois não podem ser separados. Justiça para Aristóteles significa tanto a virtude humana geral, vendo justiça como “ser uma pessoa justa” quanto a ideia jurídica de justiça distributiva e corretiva.²⁰ Quando, então, um resultado injusto se dava num caso individual como consequência da estrita aplicação de uma norma jurídica, a divisão entre a forma positivista de aplicação da norma e justiça nos

¹⁹ Para visões posteriores sobre equidade (Christopher St. Germain, Edward Pescada, Hugo Grotius, William Blackstone, e Immanuel Kant), consulte Gaakeer 2008.

²⁰ O direito Romano diz que *non ex regula ius summitur, sed ex iure quod est regula fiat*, ou seja, a lei não é derivada da norma, e sim o contrário. A norma é construída a partir daquilo que é justo.

sentidos distinguidos por Aristóteles pode ser decidida por meio da equidade. O motivo é que a equidade não só compara-se à lei escrita, mas, se necessário, prevalece sobre esta como um corretivo: ‘... a lei é sempre uma declaração geral, mas há casos que não se pode cobrir com um enunciado geral.’ (Aristóteles 2003, Vx3-4, 1337b12-14, p.315). Os equívocos que surgem a partir da universalidade da lei podem ser corrigidos ao ‘[...] deliberar como o legislador deliberaria se estivesse presente na ocasião, e agir como esse agiria se estivesse ciente do caso em questão’ (Aristóteles 2003, Vx6-7, 1137b29-33, p.317). Aristóteles conclui: “Essa é a natureza essencial da equidade: é uma retificação da lei onde esta se mostra deficiente/inadequada/insuficiente como consequência de sua generalidade.” (Aristóteles 2003, V.x.6, 1137b28-30, p.317).

Em seguida, ele associa *phronèsis* ao julgamento como a justa discriminação do equitativo. O Homem equitativo, é, acima de tudo, um homem de julgamento compreensivo que mostra consideração pelos outros, também no sentido de perdão, “[...] a consideração que julga corretamente o que é justo, sendo julgar *corretamente* determinar o que é *verdadeiramente* equitativo” (Aristóteles 2003, a VI .xi.1,1143a24, p.361, itálicos no original). Assim, Aristóteles une tanto a compreensão de um caso quanto o seu julgamento (correto) à *phronèsis* e isto está diretamente ligado à atividade de fazer direito. O legislador lida com justiça legal ao determinar a norma, mas ele o faz, necessariamente, em termos gerais. O juiz é quem interpreta textos do legislador, e para este, a acuidade técnica que o legislador possui não é suficiente. O juiz precisa da metafórica’[...] régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos: a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica (Aristóteles 2003, Vx7-8, 1137b30-33, p.317). O fazer da equidade, portanto, depende das circunstâncias específicas de cada caso, uma vez que combina a virtude da justiça legal e a virtude moral que é produto do *ethos*.

Se ligarmos isto ao que Aristóteles e Ricoeur afirmam sobre os temas de metáfora e tessitura narrativa, e aceitarmos o fato de que é realmente possível dizer a mesma coisa de uma maneira diferente, o nosso próprio ato de configurar lei e justiça terá que enfrentar o paradoxo do cumprimento de regras. Ou seja, esta linguagem requer

um usuário que saiba usá-la em situações concretas, porque as (palavras das) normas não se aplicam sozinhas tal como referido acima. As palavras das normas nos livros da lei precisam ser aplicadas para que possam se tornar ativas. Segundo este ponto de vista, conceitos jurídicos também derivam seu significado dos contextos nos quais são desenvolvidos e aplicados, incluindo a natureza fundamentalmente imprevisível dos nossos ambientes sociais. Como resultado, a interpretação da linguagem – não por acaso para Aristóteles a linguagem e a fala são os únicos meios através dos quais o *zoon politikon* pode discutir o tema da (in) justiça – torna-se um pré requisito para o desenvolvimento do direito.

De acordo com o ponto de vista de que a interpretação está sempre ligada à argumentação, esta é, necessariamente, uma forma especial de raciocínio prático, dentro, é claro, dos limites institucionais e processuais, e estes também estão sujeitos ao nosso raciocínio deliberativo como característica da virtude da *phronèsis*. O direito de falar dentro desta estrutura implica uma adesão ao sistema jurídico e é, portanto, de enorme importância política e moral: ‘Dizer o direito nas circunstâncias singulares de um processo, isto é no quadro da forma judiciária das instituições de justiça, constitui um exemplo paradigmático do que é aqui significado pela ideia de justiça como equidade (Ricoeur 2007, 63). Já que o conceito Aristotélico de justiça compreende o justo como ideal regulador, bem como o jurídico como domínio do direito positivo (Ricoeur 2005, 15; cf. Ricoeur 2000), para Ricoeur isso aponta para o aspecto social, porque “Argumentação é o local onde os laços entre si mesmo, o próximo, e outros são estabelecidos. “(Ricoeur 2007, 7).

Associado ao desenvolvimento de *phronèsis* por meio de obras literárias – como uma matriz para a ética e o direito, e o exercício desta virtude como inseparável das qualidades pessoais do *phronimoss* capaz em ação – a conjunção entre o eu (jurídico ou não) e a norma mostra que a autorreflexão é constitutiva do *habitus* judicial²¹. Dado que, como Ricoeur afirma, “[...] a interpretação dos fatos do ocorrido

²¹ ‘A coleção de histórias que interpelam o indivíduo em seu *habitus* narrativo [...]’ e ‘*Habitus* Narrativo gera a competência de usar este repertório como conhecimento agrupado e predominantemente tácito [...] O *habitus* narrativo de um

está na análise final de uma ordem narrativa” (Ricoeur 2007, 69), e isto é ainda mais crucial em casos difíceis. O conhecimento de equidade é, também, narrativa em sua atenção às peculiaridades do caso necessariamente ligadas às histórias das partes envolvidas. O argumento assim fecha seu ciclo na medida em que também se alia à ideia de tessitura narrativa da trama e à inteligência narrativa discutidas acima no parágrafo 4.1

Até então tenho me referido a Ricoeur e agora sugiro que a sua linha de pensamento possa ser proveitosamente combinada ao importante assunto recentemente abordado por Miranda Fricker, uma vez que, tomados em conjunto, esses autores oferecem ainda um outro argumento a favor da perspectiva humanista no direito. O caráter perceptivo do laço entre *phronèsis* e julgamento é importante para o nosso trato da (in) justiça testemunhal porque, como Fricker coloca, isso depende de “capacidade de percepção do ouvinte virtuoso [...] entendida em termos de uma sensibilidade a características epistemologicamente salientes da situação e desempenho do falante” (Fricker de 2007, 72). Ela oferece uma discussão esclarecedora sobre os dois tipos de injustiça epistêmica às quais os discursos estão sujeitos: a injustiça testemunhal, ou seja, quando o preconceito faz com que um ouvinte atribua um nível inadequado de credibilidade à palavra de um falante (credibilidade em excesso ou em déficit), e da injustiça hermenêutica que se dá quando há uma lacuna em recursos interpretativos que resulta na incapacidade do falante em comunicar e compreender suas próprias experiências sociais, colocando-o em injusta desvantagem. Fricker também ilustra os problemas resultantes de tal injustiça por meio de obras literárias. Em uma situação ideal, “[...] o ouvinte exerce uma sensibilidade crítica reflexiva a qualquer inteligibilidade reduzida do orador devido a um déficit de recursos hermenêuticos coletivos” (Fricker de 2007, 7). Esta sensibilidade é uma virtude tanto ética quanto intelectual. Mas, como seres humanos, somos falíveis, é quase impossível escapar da injustiça testemunhal, e na medida em que não temos autorreflexão, aumenta o risco de injustiça hermenêutica. Assim, devemos pelo menos nos esforçar para atingir um ideal reflexivo.

indivíduo permite saber como reagir quando uma história é contada, de acordo com o tipo de história que é” (Frank 2010, 52 e 54).

Para fazê-lo como juristas, precisamos entender os elementos de nossa auto confecção profissional, mesmo que tal autodescoberta e autoconhecimento possa ser doloroso ao nos fazer confrontar nossos próprios preconceitos. Por exemplo, ao ignorarmos ‘pessoas hermenêuticamente marginalizadas’, no tribunal, por simplesmente não terem um lugar na nossa compreensão coletiva dada a predominância de preconceitos de identidade, reforçamos a “desigualdade hermenêutica situada (Fricker de 2007, 154- 162)”. É evidente que este fato está ligado à perseverança da crença e tendência à confirmação discutidas acima e, portanto, merece a nossa atenção contínua.

5. A DEFESA ENCERRA

Como profissional do direito que sou firmemente enraizada na ideia do direito como texto, afirmaria que a tarefa principal de juristas como leitores, escritores e ouvintes é tentar “descobrir” a variedade de significados das performances lingüísticas diante de si e lidar com eles em termos das suas (pretendidas) consequências como discutido acima. Se juristas forem adequadamente informados de que maneira as ciências humanas, especialmente a literatura e a filosofia hermenêutica têm a contribuir para o esclarecimento das tensões do exercício do direito, poderiam então se habilitar a lidar com suas suspeitas conscientes e preconceitos despercebidos, nos âmbitos cultural e legal, bem como privado e público. Poderiam aprender a expressar o que ao contrário, muitas vezes, permaneceria inexprimível em detrimento do exercício da justiça. As ciências humanas podem instilar em juristas, especialmente juízes, a humildade profissional necessária para fazer o que é certo e não o que é errado. Assim, gostaria de expressar minha preocupação com a tendência de muitos estudiosos jurídico-literários da pós-modernidade a serem avessos ao texto tradicionalmente concebido. Na minha opinião, devemos valorizar a fé poética²² como um estado de espírito de abertura. Assim poderíamos combater as ondas de instrumentalismo jurídico focado em política ao invés de em valores que atualmente vigora nas sociedades contemporâneas que enfrentam uma grande variedade de desafios locais e globais.

²² Vide Coleridge 1983, 6: ‘Que a suspensão voluntária de descrença para o momento, o que constitui fé poética.’

BIBLIOGRAFIA

Abbott, Andrew: *The System of Professions, an essay on the division of expert labor*. University of Chicago Press, Chicago and London 1988.

Aristotle: *The Poetics*. Translated by W. Hamilton Fyfe. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London 1965 [1927].

Aristotle: *The Nicomachean Ethics*. Translated by H. Rackham and edited by J. Henderson. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London 2003 [1926].

Aristotle: *The Rhetoric*. Translated by W. Rhys Roberts. Oxford University Press, Oxford 1924. Available on <<http://rhetoric.eserver.org/aristotle>> (visited 10 January 2012).

Aristotle: *The Politics*. Translated by Benjamin Jowett [1895]. Internet Classics Archive. Available on <<http://classics.mit.edu/Aristotle/politics.html>> 2009 (visited 13 January 2012).

Barfield, Owen: *Poetic Diction, a Study in Meaning*. Wesleyan University Press, Hanover (New Hampshire) 1984 [1928].

Barfield, Owen: 'Poetic Diction and Legal Fiction'. In Owen Barfield: *The Rediscovery of Meaning and other essays*, Wesleyan University Press, Hanover (New Hampshire) 1977, 44-64.

Biet, Christian: 'L'empire du droit, les jeux de la littérature'. *Europe, revue littéraire mensuelle* (2002) 7-22.

Bruner, Jerome: *Making Stories, law, literature, life*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2002.

Coleridge, Samuel Taylor: *The Collected Works of Samuel Taylor Coleridge*, vol.1. *Biographia Literaria*. Edited by J. Engell and W. Jackson Bate. Princeton University Press, Princeton 1983.

Cover, Robert: 'Violence and the Word'. 95 (1) *Yale Law Journal* (1986) 1601-1629.

Dworkin, Ronald: *Justice in Robes*. Belknap Press, Cambridge (Mass.) and London 2006.

Eden, Kathy: *Poetic and Legal Fiction in the Aristotelian Tradition*. Princeton University Press, Princeton 1986.

Engisch, Karl: *Logische Studien zur Gesetzanwendung*. Winter, Heidelberg 1963 [1943].

- Fludernik, Monika and Greta Olson: 'Introduction'. In Greta Olson (ed.): *Current Trends in Narratology*, De Gruyter, Berlin 2011, 1-33.
- Frank, Arthur W.: *Letting Stories Breathe, a socio-narratology*. University of Chicago Press, Chicago 2010.
- Fricker, Miranda: *Epistemic Injustice, Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press, Oxford 2007.
- Gaakeer, Jeanne: '(Con)temporary Law'. 11 (1) *European Journal of English Studies* (2007) 29-46.
- Gaakeer, Jeanne: 'Law in Context: Law, Equity, and the Realm of Human Affairs'. In Daniela Carpi (ed.): *Practising Equity, Addressing Law, Equity in Law and Literature*, Winter, Heidelberg 2008, 33-70.
- Gaakeer, Jeanne: 'The Legal Hermeneutics of Suffering'. 3 (2) *Law and Humanities* (2009) 123-149.
- Gaakeer, Jeanne: 'The Future of Literary-Legal Jurisprudence: Mere Theory or Just Practice?'. 5 (1) *Law and Humanities* (2011) 185-196.
- Gaakeer, Jeanne: '“On the Study Methods of our Time”: methodologies of *Law and Literature* in the context of interdisciplinary studies'. In Priska Gisler, Sara Steinert Borella and Caroline Wiedmer (eds): *Intersections of Law and Culture*, Palgrave MacMillan, 2012 a, pp.20-44.
- Gaakeer, Jeanne: 'European Law and Literature: Forever Young. The Nomad Concurr'. In Helle Porsdam (ed.): *Dialogues on Justice: European Perspectives on Law and Humanities*, De Gruyter, Berlin 2012 b, 44-72.
- Holdheim, Wolfgang W.: *Der Justizirrtum als literarische Problematik*. De Gruyter, Berlin 1969.
- Kronman, Anthony T.: *The Lost Lawyer, failing ideals of the legal profession*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1993.
- Larenz, Karl F.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer, Berlin, 1991[1960].
- Mootz, Francis J. III: 'Foreword' to the Symposium on Philosophical Hermeneutics and Critical Legal Theory. 76 (2) *Chicago-Kent Law Review* (2000) 719-730.
- Olson, Greta: 'De-Americanizing Law-and-Literature Narratives: Opening up the Story'. 22 (1) *Law & Literature* (2010) 338-364.

Pavlakos, George and Sean Coyle: 'Introduction'. In Sean Coyle and George Pavlakos (eds): *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*. Hart, Oxford and Portland (Oregon) 2005, 1-13.

Porsdam, Helle: *From Civil to Human Rights, Dialogues on Law and Humanities in the United States and Europe*. Edward Elgar, Northampton 2009.

Posner, Richard A., *How Judges Think*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London 2008.

Ricoeur, Paul: 'The Metaphorical Process as Cognition, Imagination, and Feeling'. *Critical Inquiry* (1978) 143-159.

Ricoeur, Paul: 'Narrative Time'. *Critical Inquiry* (1980) 167-190.

Ricoeur, Paul: 'Life: A Story in Search of a Narrator'. Translated by J.N. Kraay and A.J. Scholten. In M.C. Doerer and J.N. Kraay (eds): *Facts and Values*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1987, 121-132.

Ricoeur, Paul: *Time and Narrative*. Translated by Kathleen McLaughlin and David Pellauer. University of Chicago Press, Chicago and London, volume 1, 1984; volume 2, 1985, volume 3, 1988.

Ricoeur, Paul: *Oneself as Another*. Translated by Kathleen Blamey. University of Chicago Press, Chicago and London 1992.

Ricoeur, Paul: *The Rule of Metaphor, multi-disciplinary studies in the creation of meaning in language*. Translated by Robert Czerny with Kathleen McLaughlin and John Costello, Routledge, London 1986 [1975].

Ricoeur, Paul: 'Imagination in Discourse and in Action'. In Ricoeur, Paul: *From Text to Action, essays in hermeneutics, II*. Translated by Kathleen Blamey and John B. Thompson. Northwestern University Press. Evanston (Ill.) 1991.

Ricoeur, Paul: *The Just*. Translated by David Pellauer. University of Chicago Press, Chicago and London 2000.

Ricoeur, Paul: 'Multiple Étrangeté'. In H.J. Adriaanse and R. Enskat (eds): *Fremdheit und Vertrautheit, Hermeneutik im europäischen Kontext*, Peeters, Leuven 2000, 11-23.

Ricoeur, Paul: *Le juste, la justice et son échec*. L'Herne, Paris 2005.

Ricoeur, Paul: *Reflections on the Just*. Translated by David Pellauer. University of Chicago Press, Chicago and London 2007.

Ricoeur, Paul: *Amour et Justice*. Editions Points, Villeneuve-D'Ascq 2008.

Roberts, John G. jr: 'Speech at the US Fourth Circuit Judicial Conference', June 2011. Available on <www.abajournal.com/news/article/law_prof_responds> and <www.acslaw.org> (visited 25 November 2011).

Schön, Donald A.: *The Reflective Practitioner*. Basic Books, New York 1983.

White, James Boyd: *The Legal Imagination, Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. Little, Brown and Co., Boston 1973.

Recebido em 28/6/2016

Aprovado em 16/8/2016

8

DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE COMO ALICERCES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O CASO DO GUERRILHEIRO AMAURY

RIGHT TO MEMORY AND TRUTH AS FOUNDATIONS
OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: THE CASE OF
GUERRILHEIRO AMAURY

João Gabriel Fassbender Barreto Prates¹

RESUMO

A Ditadura Civil-Militar instalada no Brasil na década de 1960 inaugurou uma fase de cerceamento de direitos civis e políticos nunca antes vista. Fechamento do Congresso Nacional, cassação de partidos políticos, banimento de diversos ativistas políticos, estudantis e sociais. Enfim, um hiato na História do país, recheado de histórias de famílias órfãs de pais e filhos.

O presente trabalho tem como escopo principal discorrer sobre os temas “Direito à memória” e “Justiça de Transição”, em especial no Brasil, tendo como pano de fundo a história de Paulo Roberto Pereira Marques, militante do Partido Comunista do Brasil – PC do B, que lutou na Guerrilha do Araguaia, no início da década de 1970, no interior do estado do Pará.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Mestrando em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Advogado.

Assim, o trabalho será dividido em três capítulos: o primeiro, mais breve, tratará da infância de Paulo Roberto, apontando alguns acontecimentos que possivelmente influenciaram na orientação política do jovem; o segundo exporá, de maneira sucinta, haja vista a exiguidade de documentação disponível sobre o período, acerca da vida clandestina do guerrilheiro; e o terceiro, mais teórico, trará uma análise sobre a memória coletiva como dinamismo do Direito, apresentando as razões pelas quais se faz necessário que uma nação conheça seu passado, de modo a adaptar seu Direito e evoluir sua legislação no sentido de coibir a repetição de Estados de Exceção.

Palavras-chave: memória – verdade – Justiça de Transição – Guerrilha do Araguaia.

ABSTRACT

The Civil-Military Dictatorship installed in Brazil in the 1960s ushered in a retrenchment phase of civil and political rights never seen before. Closing of Congress, cassation political parties, banning many politicians, students and social activists. Finally, a gap in the country's history, filled with stories of orphaned families of parents and children.

This work has as main purpose discuss the issues Right to Memory and Transitional Justice, particularly in Brazil, with the background of the story of Paulo Roberto Pereira Marques, Brazilian Communist Party's militant who fought in the Araguaia Guerrilla in early 1970s, within the state of Pará.

Thus, the work will be divided into three (03) chapters: the first, soon, will address the Paulo Roberto childhood, pointing out some events that possibly influenced the political orientation of the young; the second will expose, briefly, given the limited documentation of the period, about the clandestine life of the guerrilla; and the third, more theoretical, will bring an analysis of the collective memory as a dynamo of law, presenting the reasons why it is necessary that a nation understand your past, so as to adapt their law and develop its legislation in order to curb repeat States of Exception.

Keywords: memory – true – Transitional Justice – the Araguaia Guerrilla.

SUMÁRIO: 1. Nasce um Guerrilheiro. 2. A luta armada no Brasil. 3. Direitos Humanos e Guerrilha do Araguaia. 4. Justiça de Transição e Direito à memória e à verdade. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. NASCE UM GUERRILHEIRO

Paulo Roberto Pereira Marques foi o primogênito de cinco filhos do casal Maria Leonor Pereira Marques e Sylvio Marques Canêlo. Nasceu em Pains/MG, no dia 14 de maio de 1949. O patriarca da família era gerente do Banco Minas Gerais, o que forçava a família a se mudar constantemente de cidade.

Desde cedo, Paulo Roberto já demonstrava ser afeito às causas sociais: presenteava os meninos da periferia com seus próprios presentes natalinos, por acreditar não ser justa a diferença havida entre o poder aquisitivo de seus pais.

Na política, a influência do pai, janguista, foi determinante. Assim, Paulo Roberto viu o pai chorar em frente à televisão, quando da deposição do Presidente João Goulart, em virtude do golpe cívico-militar de 1964. Com o falecimento do pai, em julho de 1964, a família teve que se mudar para a capital Belo Horizonte, a fim de que a viúva ficasse mais próxima dos parentes.

Ali, a formação político-ideológica de Paulo Roberto, forjada ao longo de sua infância e adolescência, passa a tomar corpo, quando começa a participar do movimento estudantil no Colégio Lúcio dos Santos, em Belo Horizonte.

Antes mesmo de concluir o 2º grau, o Banco no qual seu pai trabalhara o contratou para a função de contínuo, a mais básica no organograma da empresa. Paulo Roberto se embrenhou no movimento sindical e participou da greve de 1968, ano marcado pelas fortes manifestações de oposição ao regime ditatorial.

Seus superiores do Banco não hesitaram em comunicar ao funcionário que, caso não se afastasse do movimento grevista, seria demitido de imediato, apesar de toda a deferência que a direção do Banco tinha pelos serviços prestados pelo pai do contínuo-sindicalista.

Paulo Roberto preferiu permanecer junto a seus pares. Foi demitido em 04 de novembro de 1968 e seu nome passou a integrar o rol

de indesejados pelo regime, devidamente enquadrado na Lei de Segurança Nacional (LSN).

Em novembro de 1969, foi preso o Pároco da Paróquia de Santa Efigênia, na capital mineira, onde Paulo Roberto auxiliava nas obras sociais. No rastro de todos aqueles considerados subversivos, ligados à referida comunidade religiosa, agentes do Departamento de Ordem e Política Social (DOPS)² foram até a casa de Paulo Roberto, no bairro Cruzeiro, a fim de prendê-lo. Contudo, o jovem havia viajado para a casa de uma tia, que morava em Acesita (hoje Timóteo/MG) e lá fora comunicado a não mais voltar para casa, haja vista ser mais um dos procurados pelo regime. Assim, “passou a atuar clandestinamente, indo morar em Itapetinga, na Bahia, e no Rio de Janeiro.”³

2. A LUTA ARMADA NO BRASIL

A etapa que se inicia discute a luta armada, em especial a Guerrilha do Araguaia, suas origens e motivações, apontando em que medida o esclarecimento dos fatos acerca da citada guerrilha é uma peça importante para a efetivação do Direito à memória e da Justiça de Transição no Brasil.

Foi a partir da forte repressão imposta pelo governo militar e dos sucessivos atos arbitrários e antidemocráticos que emanavam do executivo, que alguns setores da esquerda, bem como entidades estudantis, não viram outra saída senão a luta armada. Nas palavras do historiador Boris Fausto:

“A idéia (que amparava a luta armada) de que seria impossível derrotar a ditadura por métodos pacíficos. A partir de 1968 começaram a surgir algumas ações, mas o auge foi depois do AI-5,

² “O termo “DOPS” significa Departamento de Ordem Política e Social, criada para manter o controle do cidadão e vigiar as manifestações políticas na ditadura pós-64 instaurada pelos militares no Brasil. O DOPS perseguia, acima de tudo, as atividades intelectuais, sociais, políticas e partidárias de cunho comunista.” Disponível em <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/dops-departamento-de-ordem-politica-e-social/>. Acesso em 05/04/2014.

³ MIRANDA, Nilmário. TIBÚRCIO, Carlos. **Dos filhos deste solo: mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar, a responsabilidade do Estado**. 2ª ed., rev. e ampl. – São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2008, p. 257.

nos anos de 69 e 70. O AI-5 fortaleceu a idéia de que os militares não se dispunham a abandonar o poder, e ficou claro que haveria cada vez menos brechas para a oposição. Essa idéia foi influenciada na época pelo êxito da Revolução Cubana, um movimento espantoso: um pequeno grupo guerrilheiro que se estabeleceu em Sierra Maestra, foi se estendendo e acabou, nas barbas dos Estados Unidos, por derrubar o regime de Batista”⁴.

Segundo alguns militantes, a via armada seria uma reação legítima aos atos praticados pelo governo reacionário, que priorizava o atendimento às classes mais abastadas e segregava, de forma incisiva e reiterada, os indivíduos que não eram compatíveis com os padrões morais ou sociais que vigiam à época. Num chamado Estado Social, no qual as necessidades básicas eram garantidas de forma mínima, contudo insatisfatória, a parcela alijada dos benefícios e liberdades individuais viam no discurso da luta armada a possibilidade de insurgirem-se, de modo efetivo, contra aquele modelo opressor.

Uma organização que insuflou esse processo de maneira determinante no país foi o PC do B (Partido Comunista do Brasil), nascido a partir de dissidências internas do PCB (Partido Comunista Brasileiro), vez que este afastava a ideia de luta armada como forma de protesto. Em documento intitulado “Guerra popular- caminho da luta armada no Brasil”, de 1969, o PC do B explica longamente todas as razões pelas quais a resistência armada se apresentava como única solução, bem como define as modalidades das guerrilhas, quais fossem, urbanas e rurais, além de determinar o modo de atuação das frentes de combate. Apoiado em teorias marxistas e inspirado pela considerada exitosa experiência da Coluna Prestes (1924-27), o PC do B defendia a mobilização das massas no apoio a uma revolução, como visto em trecho do documento supracitado:

“A direção do Partido Comunista do Brasil, partido do proletariado e defensor intransigente dos interesses das massas mais pobres, dará ensejo a que a luta revolucionária abarque a esmagadora maioria da população e tenha a necessária consequência.

⁴ FAUSTO, Boris. “**Boris Fausto abre o jogo e conta detalhes de 68**”. Disponível em: <http://again6th8.blogspot.com.br/2008/07/boris-fausto-abre-o-jogo-e-conta.html>. Acesso em 07/05/2012

Assim, a luta armada das forças revolucionárias terá um cunho eminentemente popular, será uma guerra do povo”.⁵

A resistência armada no Brasil se deu em duas frentes: i) a guerrilha urbana- planejada e auxiliada pelos chamados “aparelhos”, quais fossem núcleos de reuniões dos resistentes, nos centros urbanos; e ii) a guerrilha rural- acreditava-se ser mais eficiente que a revolução viesse do campo e ganhasse a cidade, o que garantiria uma mobilização quase que completa da sociedade e seus segmentos. Ainda no documento do PC do B, é possível aferir de maneira clara as diretrizes a serem seguidas pelos combatentes rurais:

Para lá (o campo) deve ir o maior número de militantes, que sejam combativos, abnegados e com capacidade de ligar-se às massas, pessoas que se disponham a viver de fato no interior, a integrar-se na população rural, a defender arduamente os interesses dos homens do interior são superadas quando se tem consciência de que é preciso fazer a revolução e servir o povo.⁶

É nesse contexto que se insere Paulo Roberto Pereira Marques: militante do movimento sindical dos bancários, tido como perseguido político e já vivendo na clandestinidade e filiado ao PC do B desde a época em que vivia em Belo Horizonte. Deste modo, era inevitável sua afeição pela guerrilha, tendo se engajado na preparação de sua viagem até a região conhecida como Bico de Papagaio.⁷ Os “quadros” do PC do B foram paulatinamente enviados ao Pará. O primeiro e talvez mais conhecido guerrilheiro a se instalar na região foi Osvaldo Orlando da Costa, o *Osvaldão*.⁸ Segundo consta, Paulo Roberto foi

⁵ Guerra popular- caminho da luta armada no Brasil. Comitê do Partido Comunista do Brasil. Rio de Janeiro: Jan/1969. Disponível em: http://grabois.org.br/portal/cdm/noticia.php?id_sessao=49&id_noticia=3844. Acesso em 07/05/2012

⁶ *Ibid.*

⁷ Localização estrategicamente escolhida, visto que a região era um imbróglgio administrativo: por se tratar de área comum a três estados – Pará, Maranhão e, à época, Goiás – havia certa ingerência por parte dos militares quanto ao comando do lugar, tornando-o ideal para a instalação do movimento. Mais sobre a região em http://www.territoriosdacidadania.gov.br/dotlrn/clubs/territoriosruais/bicodopapagaioto/one-community?page_num=0. Acesso em 06/04/2014.

⁸ “Na tarde de 4 de fevereiro de 1974 *Osvaldão* estava sozinho, escondido na floresta. Arlindo Vieira, o *Piauí*, um jovem camponês que colaborara com os

enviado em meados de 1970, adotando o codinome *Amaury Siqueira de Azevedo*.

Neste ponto, cabe ressaltar que a luta no interior do Brasil era inspirada pelo auxílio ao povo pobre e o progresso das regiões, com base no fortalecimento da resistência dos moradores de áreas carentes face às arbitrariedades ali cometidas pelo Exército. É preciso, neste ponto, refletir sobre a condição desse interior rural no país à época do regime militar: composto por maioria miserável, isolado dos grandes centros e inatingível pela imprensa, a zona rural brasileira foi palco de uma série de violações aos Direitos Humanos, cometidas pelos militares.⁹

Assim, os guerrilheiros, conhecidos como *paulistas*, pelo fenótipo diferente que apresentavam e pelas roupas que vestiam, se infiltraram na comunidade local, passando a atuarem como moradores ‘comuns’ da região, exercendo atividades comerciais, principalmente. E essa estratégia também foi utilizada pelos militares, no combate à guerrilha.¹⁰

No caso de Paulo Roberto, que tinha o sonho de se formar químico industrial, a opção foi atuar como farmacêutico, ao lado do companheiro Flávio (Ciro Flávio Salazar).¹¹

guerrilheiros, vinha à frente de uma patrulha militar. Viu-o numa capoeira, sentado num tronco. Matou-o com um só tiro. O corpo enorme e depauperado do guerrilheiro morto foi pendurado num cabo e içado por um helicóptero. Despençou. Amarraram-no de novo, e assim o povo da terra viu que *Osvaldão* se acabara. Antes de sepultá-lo, cortaram-lhe a cabeça”. GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada: as ilusões armadas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 406. IN MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 224.

⁹ Dentre as várias reportagens existentes sobre o tema, vide “O presidio indígena da ditadura”. Disponível em <http://www.brasildefato.com.br/node/10854>. Acesso em 06/04/2014.

¹⁰ “Optou-se por fazer, junto à população, aquilo que os subversivos faziam: ficar amigo do povo para conhecer a região e ganhar a confiança de todos.” (General do Exército José Ferraz da Rocha. IN GAMA, Rinaldo. **O fim da Guerra no fim do mundo**. São Paulo. Revista VEJA. 13 de outubro de 1993, p. 20).

¹¹ “Marcolina Gregória do Nascimento, umas das primeiras moradoras da Palestina (município paraense), lembra que a farmacinha de Flávio, Amaury e Fogoio

Os guerrilheiros se estruturaram, aos poucos, na região, conquistando a confiança dos moradores, elemento necessário à consolidação da guerrilha.¹²

O início da década de 1970 foi o período áureo do movimento, tendo o número de guerrilheiros chegado a 71 (setenta e um). Importante frisar que os militares já sabiam da existência dos acampamentos dos militantes desde o ano de 1967, quando o estudante Pedro Albuquerque foi preso, por não portar documentos, no aeroporto de Fortaleza/CE. Após desconfiarem do rapaz, os militares o submeteram a interrogatório, na sede da Polícia Federal e ele confessou que havia fugido do Araguaia, junto de sua namorada, pois ela se recusara a acatar a ordem de abortar o filho que esperava, desobedecendo à cúpula dos militantes do PC do B na região. Desde então, as forças militares passaram a sondar a área.¹³

O mês de abril de 1972 marcou o início da forte repressão que o regime militar imporia à Guerrilha do Araguaia: deflagrou-se a Operação Papagaio, com o envio de milhares de soldados à região do sul do Pará.

A ditadura fixara um padrão de conduta. Fazia prisioneiros, mas não entregava cadáveres. Jamais reconheceria que existissem. Quem morria, sumia. Esse comportamento não pode ser atribuído às dificuldades logísticas da região, pois a tropa operava um acordo com uma instrução inscrita: “Os PG (prisioneiros de guerra) falecidos deverão ser sepultados em cemitério escolhido e comunicado. Deverão ser tomados todos os elementos de identificação (impressões digitais e fotografias)”¹⁴

Em outubro de 1973, o governo brasileiro decidiu resolver a questão no Araguaia e arquitetou a Operação Marajoara, a qual contou

(José Humberto Bronca) foi fechada de uma hora para outra: – Nunca venderam um remédio. Davam de graça. Era tempo de borrachudo – diz, referindo-se aos mosquitos. – Um dia eles desapareceram. Acabaram com a farmácia.” (NOSSA, Leonencio. **Mata!: o major Curió e as Guerrilhas no Araguaia**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p.123)

¹² Sobre o tema: FERNADES, Vandrê. “Camponeses do Araguaia: a Guerrilha vista por dentro”. São Paulo: Fundação Mauricio Grabois. 73 min. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=UhpO4I2O0zs>. Acesso em 06/04/2014.

¹³ GAMA, Rinaldo. Op. cit., p. 19.

¹⁴ GASPARI. Op. cit., p. 420 *IN* MEYER, op.cit., p. 225.

com a chegada de mais 750 homens, que agora tinham a ordem de não manter prisioneiros, tampouco deixar vestígios. E assim o fizeram.¹⁵

Paulo Roberto, o Amaury, foi um dos últimos capturados pelo Exército. Contudo, as circunstâncias de sua captura ainda não são totalmente esclarecidas, já que não se sabe ao certo a data em que fora preso, tampouco qual foi a ação militar responsável pela sua detenção.

Em depoimento que deu origem ao livro “MATA!, o major Curió e as Guerrilhas no Araguaia” (NOSSA, 2012), o, à época, Capitão Sebastião Rodrigues Moura, conhecido como Major Curió, relata que Amaury foi morto na Ação de Natal de 1973, perpetrada no dia 25 de dezembro daquele ano:

Amaury, que aparece na lista de mortos, se entregou ferido dias depois (...). *Amaury* foi espancado por se recusar a dar informações e entregar colegas. Em relatórios, os militares escreveram que ele era “sanguinário”, “capaz de reservar o último projétil para si mesmo”. Ficou na Casa Azul por alguns dias. Entrou num helicóptero com as mãos amarradas. Foi fuzilado perto do rio Saranzal.¹⁶

Cerca de um ano após sua morte, em 1975, a Guerrilha foi totalmente dizimada, somando um número de aproximadamente 60 militantes forçadamente desaparecidos. Em função da obscuridade das informações prestadas pelos militares e pelo governo federal, não se tem precisão no montante de militantes mortos. Há quem sustente que este número possa chegar a 80. “O conflito do Araguaia terminou com um trágico saldo: foram cerca de 76 mortos, sendo 59 militantes do PC do B e 17 recrutados na região”.¹⁷

Na década de 1990, com a entrada em vigor da Constituição de 1988 e o início do movimento em favor do Direito à memória e à

¹⁵ “Os guerrilheiros entraram na mata e as forças repressivas efetuaram as prisões, conseguindo capturar alguns militantes, entre eles José Genoíno Neto(...). Como regra geral, apenas esses primeiros guerrilheiros aprisionados com vida foram poupados. Em 1973, a ordem oficial passou a ser a de eliminação”. (BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à Memória e à Verdade, p. 196) *IN MEYER*, op. cit., p. 225.

¹⁶ NOSSA, op.cit., p. 183-184.

¹⁷ ÂNGELO, Vitor Amorim de. **Guerrilha do Araguaia: Luta armada no campo**. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/historia-brasil/guerrilha-araguaia.jhtm>. Acesso em 07/05/2012

verdade, foram constituídas diversas comissões especiais, no âmbito do Executivo federal, a fim de desvendar os fatos ocorridos no período da ditadura militar.

Esta década também marcou o início de revelações contundentes no sentido de confirmarem a execução, a sangue frio, de muitos guerrilheiros no Araguaia. Foi o caso do Coronel da Reserva da Aeronáutica, Pedro Corrêa Cabral, em sua obra “Xambioá – Guerrilha no Araguaia” (RECORD, 1993), na qual o autor, que fora piloto de helicóptero à época das operações militares, confidencia ter transportado diversos cadáveres, que eram desenterrados e levados para a Serra das Andorinhas (Pará), onde eram incinerados.

Assim, as diversas versões para o desaparecimento dos corpos no Araguaia, de fato, aumentam o sofrimento das famílias dos desaparecidos, numa clara violação aos Direitos Fundamentais desses cidadãos brasileiros.

Não foi diferente com a família de Paulo Roberto: suas irmãs Maria de Fátima e Sílvia participaram de escavações ocorridas no final da década de 1990, na região de Xambioá/PA, onde se concentraram os conflitos. Na ocasião, foram identificadas duas ossadas que apresentavam características similares à de Paulo Roberto, como estatura e complacência física. Ademais, os peritos concluíram que uma das ossadas era de alguém que havia sido morto com as mãos amarradas, pelos vestígios de corda encontrados na cova. Apesar da versão do piloto Pedro Corrêa Cabral, a família teve sua esperança alimentada e procedeu-se a coleta do material genético dos parentes, para que fosse comparado ao da ossada, técnica esta a ser efetivada em órgãos especializados, em Brasília/DF.

Contudo, “em 19 de outubro de 2010, o Juízo Federal (ao analisar Ação ordinária nº 82.00.24682-5/DF, proposta pelos familiares das vítimas do Araguaia) determinou a permanência em sigilo de seis urnas de polietileno contendo restos mortais de possíveis participantes da Guerrilha do Araguaia”.¹⁸

Ante a flagrante inércia do Estado em reconhecer sua responsabilidade, é que se procederá uma análise sintética do panorama atual do Brasil quanto à questão do Araguaia.

¹⁸ MEYER. Op. cit., p. 225.

3. DIREITOS HUMANOS E GUERRILHA DO ARAGUAIA

O caminhar da luta pelos Direitos Humanos no Brasil tem seguido caminhos tortuosos, percorrendo a resistência na divulgação de documentos secretos, do Exército, *exempli gratia*, bem como as objeções políticas quanto à efetivação de medidas que promovam e garantam tais direitos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão que mais auxilia, estimula e assegura a aplicação de normas de Direitos Humanos nas Américas. Em linhas gerais:

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1962) y de otros tratados concernientes al mismo asunto y fue establecida en 1979”.¹⁹

Isso posto, referida Corte tem trabalhado como uma guardiã dos Direitos Humanos, num continente irrefutavelmente carente de decisões que imponham sanções à violação desses direitos. Em relação ao Brasil, sem dúvida, a sentença mais marcante foi a prolatada em 24 de novembro de 2010, justamente com respeito à supraexposta Guerrilha do Araguaia.

“Em sentença histórica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) responsabilizou internacionalmente o Brasil pelo desaparecimento de cerca de 70 pessoas, entre os anos de 1972 e 1974, na região conhecida como Araguaia. (...) A condenação representa um fato inédito. Trata-se da primeira sentença contra o Brasil por crimes cometidos durante a ditadura militar, estabelecendo que nenhum crime contra direitos humanos pode ficar impune com base na Lei de Anistia (lei nº 6.683/1979). O fato permite discutir o legado de um período extremamente autoritário e, assim, contribuir para o fortalecimento da cultura do “Nunca Mais” no país”.²⁰

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.cor-teidh.or.cr/>. Acesso em 14/05/2012

²⁰ Caso Araguaia. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13731. Acesso em 14/05/2012.

Ainda:

“(…) A Corte (...) Declara, por unanimidade, que: (...) 3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.²¹

Assim, a posição da CIDH causou mal-estar no contexto jurídico-político do país, uma vez que decisão do Supremo Tribunal Federal, de alguns meses antes, havia confirmado a constitucionalidade da Lei da Anistia, no julgamento da ADPF 153/DF, tendo como arguente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. O relator, ministro Eros Grau, defendeu o não descumprimento de preceito fundamental e ressaltou, dentre outros pontos:

“(…) Os argumentos adotados na inicial vão ao ponto de negar mesmo a anistia concedida aos crimes políticos, aqueles de que trata o artigo 1º da lei, a anistia concedida aos acusados de crimes políticos que agiram contra a ordem política viúva no País no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A contradição é, como se vê, inarredável. O que se pretende é extremamente contraditório: a ab-rogação da anistia em toda sua amplitude, conduzindo inclusive a tormentosas e insuportáveis consequências financeiras para os anistiados que receberam indenizações do Estado, compelidos a restituir aos cofres públicos tudo quanto receberam até hoje a título de indenização. A procedência da ação levaria a este funesto resultado”.²²

As controvérsias imanentes a tal descompasso se justificam na medida em que um órgão internacional, que se norteia por tratados

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentença. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) VS. Brasil. 24 de novembro de 2010. P. 114. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf Acesso em 14/05/2012.

²² Voto do Rel. Min. Eros Grau. Afronta a preceitos fundamentais. Item 19. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acesso em 14/05/2012.

internacionais dos quais o Brasil é espontaneamente signatário, reconhece o evidente desrespeito aos direitos defendidos pela Corte e determina que sejam punidos os culpados, e a suprema Corte nacional refuta tal ideia, mesmo que anteriormente à decisão. Os ministros que votaram a favor da manutenção da Lei da Anistia, mesmo que esta beneficie os agentes estatais que praticaram crimes comuns, como torturas e assassinatos, defendem que tal decisão não revoga, não anula a decisão do STF, o que não é a posição de Roberto Caldas, juiz da CIDH:

“A Corte Interamericana não está dizendo que o Supremo Tribunal Federal errou ao interpretar a Constituição. A Corte Interamericana tem a prerrogativa de falar por último sobre a harmonização da lei com a Convenção Americana de Direitos Humanos. (...) Convenção ratificada é compromisso assumido”.²³

Há parte da doutrina sobre o assunto que discorda frontalmente da decisão prolatada pela Suprema Corte,²⁴ vez que o aspecto político do acórdão é latente.

4. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE

O presente capítulo objetiva traçar uma síntese do que é Justiça de transição, Direito à memória e à verdade, concatenando esses institutos com a situação que vivem, nos dias de hoje, as famílias vítimas do Estado de exceção pós-1964.

De plano, cumpre apresentar o conceito de Justiça de Transição:

“A justiça de transição é conceituada como o conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, para atribuir responsabilidades, para exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, para fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição das atrocidades (Conforme documento produzido pelo Conselho de Segurança da ONU – UN Security

²³ Decisão sobre Araguaia confirma voto vencido no STF. O Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,decisao-sobre-araguaia-confirma-voto-vencido-no-stf,653962,0.htm> Acesso em: 14/05/2012.

²⁴ “(...) como conciliar fidelidade ao texto pré-estabelecido e necessidade de mudança quando o juiz analisa à luz do seu tempo a situação que resolve?”. OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 155.

Council- The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report Secretary-General , S/2004/616).²⁵

Cabe, ainda, indicar os quatro eixos que sustentam a Justiça de Transição. São eles : i) Direito à memória e à verdade – e.g: Lei 12.527/11 – Lei de acesso à informação; Comissão da Verdade; ii) Reformas institucionais; iii) Direito à reparação: Lei 9140/99 – Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Art. 8º, ADCT; iv) Responsabilização por violações cometidas contra os Direitos Humanos – e.g.: ADPF 153 (abril/2010) x Caso Gomes Lund vs Brasil- CIDH (Nov/2010).

Deste modo, percebe-se clara a inter-relação que há entre estes conceitos, tendo em conta o fato de a Justiça de transição ter como um dos seus motes a efetivação do Direito à memória e à verdade. Conhecer o passado e “digeri-lo”, na expressão de alguns autores sobre o tema, passa a ser fundamental num Estado que se pretende democrático.

Um passado esquecido e não revisitado em nada acrescenta uma sociedade, que não pode repensar o que se passou ali, nem tampouco progredir a partir das falhas alhures cometidas. As Comissões da Verdade têm trabalhado neste sentido:

“As Comissões da Verdade são mecanismos oficiais de apuração de abusos e violações dos Direitos Humanos e vêm sendo amplamente utilizadas no mundo como uma forma de esclarecer o passado histórico. Seu funcionamento prioriza escutar as vítimas de arbitrariedades cometidas, ao mesmo tempo em que dá lugar a que se conheça também o padrão dos abusos havidos, através da versão dos perpetradores dessas violências ou da revelação de arquivos ainda desconhecidos. São órgãos temporários de assessoramento a governos e são oficialmente investidas de poderes para identificar e reconhecer todos os fatos ocorridos e as pessoas que desse processo participaram, tanto as que sofreram com as violências como as que participaram de forma ativa na promoção dessas violências”²⁶

²⁵ SOARES, Inês Virginia Prado. **Justiça de Transição**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o> Acesso em 14/04/2012.

²⁶ Núcleo de Preservação da memória política- São Paulo. Cartilha “A Comissão da Verdade no Brasil. p.8. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/>

No Brasil, as ações da Comissão Nacional da Verdade têm, gradativamente, possibilitado o acesso amplo a informações antes ocultas, bem como a identificação dos responsáveis pelas violações cometidas contra os Direitos Humanos. Como não é dotada de competência jurisdicional para a responsabilização cível, tampouco criminal dos agentes, a Comissão se atém a apontar os torturadores e assassinos, ao tempo da ditadura.

O caráter não punitivo da Comissão não mitiga seu papel fundamental no estabelecimento do Estado democrático brasileiro, pois deslinda as violações cometidas e vislumbra a não repetição como forma de se assegurar um futuro livre de arbitrariedades, como as vivenciadas nas décadas de 1970 e 1980. José Carlos Dias, um dos escolhidos para compor a Comissão brasileira, retrata de forma pontual este aspecto: “A lei é clara, ninguém será punido. Mas apontar os responsáveis já será uma forma de punição. *A informação pode punir*”.²⁷ Além disso, encarar o passado de frente é uma forma de robustecer o Estado brasileiro no planejamento de um futuro intolerante à violência, seja ela de qual sorte for. Paulo Sérgio Pinheiro, diplomata, e também membro da Comissão, ressalta a carência de se investigar, de fato, o que ocorreu e de conhecer esse nefasto passado: “Pesquisas recentes mostram que nos países do continente que confrontaram a sua verdade, confrontaram crimes praticados pelos regimes autoritários, as democracias sempre têm melhores condições de lidar com violações de direitos humanos”.²⁸

François Ost, jurista belga, aborda, em sua obra “O tempo do Direito”, questões que sem dúvida fundamentam toda e qualquer ação da Comissão, dentre as quais o estudo da prescrição desses crimes, a legalidade e a famigerada ‘segurança jurídica’, no que tange a eventuais punições. Mas, sem dúvida, a ideia mais aplicável ao nosso caso é a de “reinscrever as premissas de um direito ou de uma justiça que

cartilha_nucleo_memoria_comissao_da_verdade.pdf Acesso em 14/05/2012.

²⁷ DIAS, J. C. Apontar os responsáveis já será uma punição: depoimento. [12 de maio de 2012]. Brasília: Jornal ‘O Globo’. Entrevista concedida a Mariana Timóteo da Costa, Tatiana Farah e Carolina Brígido.

²⁸ PINHEIRO, P. S. Comissão não tem que punir: entrevista. [12 de maio de 2012]. São Paulo: Jornal ‘O Globo’. Entrevista concedida a Tatiana Farah.

aí se haviam perdido”²⁹, ou seja, que paradigmas sejam quebrados de modo a reformularmos quem sabe até nossa ordem jurídica, de modo a estabelecermos novos padrões e novos “começos”. É essa ‘reinscrição’ de premissas, tendo como pano de fundo o fato de não se poder processar os outrora torturadores e/ou assassinos ‘estatais’, como decidiu a suprema Corte, que ampara o pensamento de José Miguel Vivanco, diretor para as Américas da Human Rights Watch: “(...) Esperamos que o trabalho da comissão mobilize de tal maneira a opinião pública e o Judiciário, fazendo com que a Lei da Anistia seja revista. A lei é um obstáculo que impede o Brasil de virar a página”.³⁰ A comissão anseia, assim, o não esquecimento e a não repetição, para que possamos, a partir deste passado revisitado e devidamente superado, construir um futuro de respeito e estabilidade dos direitos humanos no Brasil.

5. CONCLUSÃO

A partir de todo o conteúdo exposto até agora, bem como pelo material coletado ao longo da pesquisa, não resta dúvida de que o Estado brasileiro precisa evoluir seu trabalho no que concerne à reparação das vítimas de suas arbitrariedades.

A história de Paulo Roberto Pereira Marques ilustra bem os danos que um Estado arbitrário e não comprometido causa numa família: apesar de receber proventos do Estado, em forma de pensão, a dor de não poder enterrar o filho morto perpetua o sofrimento de uma mãe que não vê, por parte do Executivo nacional, nenhuma medida mais incisiva, bastante para esclarecer a verdadeira história vivida por seu filho.

O Direito, enquanto experiência narrativa humana, se adapta e se modifica à medida que a sociedade muda. É a memória jurídica que impulsiona a formação do Direito de um Estado, sendo impossível supor uma evolução jurídica sem o devido conhecimento de um passado, o qual violou normas e infringiu todos os postulados dos Direitos Humanos, constitucionalmente garantidos na ordem vigente.

²⁹ OST, François. Op. cit. p. 195.

³⁰ VIVANCO, J. M. Apontar os responsáveis já será uma punição: depoimento. Brasília: Jornal ‘O Globo’, 12 de maio de 2012. Entrevista concedida a Mariana Timóteo da Costa, Tatiana Farah e Carolina Brígido.

Por fim, ficamos com a epígrafe de Eduardo Galeano, historiador uruguaio:

“Um refúgio? Uma barriga? Um abrigo onde se esconder quando estiver se afogando na chuva, ou sendo quebrado pelo frio, ou sendo revirado pelo vento? Temos um esplêndido passado pela frente? Para os navegantes com desejo de vento, a memória é um *ponto de partida*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÂNGELO, Vitor Amorim de. **Guerrilha do Araguaia: Luta armada no campo**. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/historia-brasil/guerrilha-araguaia.jhtm>. Acesso em 07/05/2012.

BRASIL. Núcleo de Preservação da memória política- São Paulo. **Cartilha “A Comissão da Verdade no Brasil**. p.8. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/verdade/cartilha_nucleo_memoria_comissao_da_verdade.pdf. Acesso em 14/05/2012.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à Memória e à Verdade.

BRASIL. **Territórios rurais. Bico do Papagaio**. Disponível em: http://www.territoriosdacidadania.gov.br/dotlrn/clubs/territoriosrurais/bicodopapagaioto/one-community?page_num=0. Acesso em 06/04/2014.

BRASIL. Voto do Rel. Min. Eros Grau. Afronta a preceitos fundamentais. Item 19. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acesso em 14/05/2012.

CAMPOS, André. **O presidio indígena da ditadura**. *Brasil de Fato*. 09 de outubro de 2012. Disponível em <http://www.brasildefato.com.br/node/10854>. Acesso em 06/04/2014.

Caso Araguaia. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13731. Acesso em 14/05/2012.

Comitê do Partido Comunista do Brasil. **Guerra popular- caminho da luta armada no Brasil**. Rio de Janeiro: Jan/1969. Disponível em: http://grabois.org.br/portal/cdm/noticia.php?id_sessao=49&id_noticia=3844. Acesso em 07/05/2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em 14/05/2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentença. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) VS. Brasil**. 24 de novembro de

2010. P. 114. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf Acesso em 14/05/2012.

FAUSTO, Boris. “**Boris Fausto abre o jogo e conta detalhes de 68**”. Disponível em: <http://again6th8.blogspot.com.br/2008/07/boris-fausto-abre-o-jogo-e-conta.html>. Acesso em 07/05/2012.

FERNADES, Vandr . “**Camponeses do Araguaia: a Guerrilha vista por dentro**”. São Paulo: Funda o Mauricio Grabois. 73 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UhpO4I2O0zs>. Acesso em 06/04/2014.

GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes**. 5^a ed. Buenos Aires: Catálogos S.R.L, 2001.

GAMA, Rinaldo. **O fim da Guerra no fim do mundo**. São Paulo. Revista VEJA. 13 de outubro de 1993.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada: as ilusões armadas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Jornal O Estado de São Paulo. **Decisão sobre Araguaia confirma voto vencido no STF**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,decisao-sobre-araguaia-confirma-voto-vencido-no-stf,653962,0.htm> Acesso em: 14/05/2012.

LEMOS, Eduardo Loureiro. **Justiça de Transi o: análise da efetiva o da justiça histórica e criminal no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e responsabiliza o: elementos para uma justiça de transi o no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MIRANDA, Nilm rio. TIBÚRCIO, Carlos. **Dos filhos deste solo: mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar, a responsabilidade do Estado**. 2^a ed., rev. e ampl. – São Paulo: Editora Funda o Perseu Abramo, 2008

NOSSA, Leonencio. **Mata!: o major Curió e as Guerrilhas no Araguaia**. 1^a Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Comissão não tem que punir**: entrevista. São Paulo: Jornal ‘O Globo’, 12 de maio de 2012. Entrevista concedida a Tatiana Farah.

SARAPU, Daniel Vieira. **Direito e memória: uma compreensão temporal do direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SOARES, Inês Virginia Prado. **Justiça de Transição**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o> Acesso em 14/04/2012.

VIVANCO, J. M. **Apontar os responsáveis já será uma punição**: depoimento. Brasília: Jornal O Globo, 12 de maio de 2012. Entrevista concedida a Mariana Timóteo da Costa , Tatiana Farah e Carolina Brígido

Recebido em 3/6/2016

Aprovado em 22/6/2016

9

TEORIA DO *NUMERUS CLAUSUS* NA EXECUÇÃO PENAL O SISTEMA PRISIONAL E A IMPRÓPRIA SOLUÇÃO DO PLS N.º 513¹ NUMERUS CLAUSUS THEORY CRIMINAL LAW AND IMPROPER SOLUTION OF PARLAMENT PROJECT'S N.º 513

Thiago Colnago Cabral²

RESUMO

O sistema prisional enfrenta problemas graves, ponderando custos sociais e financeiros do encarceramento em massa e o alto índice de aprisionamento provisório, além de perpassar por elevado patamar de reincidência. Mantido esse quadro, o Brasil ultrapassará 2,3 milhões de presos em 2034, assumindo primazia mundial no *ranking* de encarceramento. A adoção sem critérios e destituída de condicionantes da teoria do *numerus clausus* na Execução Penal, tal como

¹ O presente trabalho sintetiza a tese apresentada e aprovada, em plenário, no XXII Congresso Nacional de Magistrados da AMB, realizado em novembro de 2015 na cidade de Caldas Novas-GO.

² Juiz da Vara de Execuções Penais em Governador Valadares. Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP. Docente dos cursos de formação de magistrados da ENFAM. Membro das comissões constituídas pela AMB e pela AMAGIS, respectivamente, para apresentação de propostas aos projetos de Código Penal e de Lei de Execução Penal, em trâmite no Senado. Ganhador do Prêmio Innovare em 2013.

previsto em projeto de lei, não é medida compatível com a legalidade e com a supremacia do interesse da coletividade, violando a condição do Judiciário de garante da democracia.

ABSTRACT

The prison system has serious problems like social and financial costs, the high provisional imprisonment rate and a high level of recurrence. Kept this framework, Brazil will surpass 2,3 million prisoners in 2034, assuming world primacy in incarceration ranking. The adoption of *numerus clausus*' theory on Criminal Law, as provided in Parliament's proposition is not compatible with the legality and the supremacy of the collective interest, in violation of the Judiciary condition of guarantor of democracy.

Palavras-chave: Execução Penal. Sistema prisional. Teoria do *numerus clausus*. Interesse público.

Keywords Criminal Law. Prison system. *Numerus clausus*' theory. Public interest.

SUMÁRIO: Introdução. A teoria do *numerus clausus*. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Há muitos anos, as condições do sistema prisional brasileiro são das piores constatadas no mundo contemporâneo, sendo sempre lembrada a frase do Ministro José Eduardo Cardozo, no sentido de que “preferia morrer” a ficar preso no país³, comparando as condições da população aprisionada àquela identificada em masmorras medievais.

A situação ensejou, inclusive, a submissão do Estado Brasileiro a julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se verificou, por exemplo, em relação aos Estados do Espírito Santo e do Maranhão, em virtude, respectivamente, do acondicionamento de detentos em contêineres e das deficiências estruturais do Complexo Prisional de Pedrinhas.

³ <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>

Tais condições prisionais, ademais, cotidianamente expõem o Brasil a constrangimentos internacionais, como na rejeição do pedido de extradição de Henrique Pizzolatto, por parte da República Italiana, em virtude do reconhecimento de que o Brasil não disporia de estabelecimento prisional compatível com condições mínimas de atendimento aos direitos humanos dos reclusos.

Há, por assim dizer, inequívoca concordância acerca das péssimas condições do sistema prisional brasileiro, conquanto não se possa, é preciso sublinhar, afirmar que todos os estabelecimentos padecem das referidas mazelas.

Também é preciso destacar que o Brasil vem implementando medidas que, de uma só feita, objetivam atacar as duas circunstâncias que permeiam tal situação, seja criando novas vagas e reformando estabelecimentos prisionais, seja implementando providências destinadas a reduzir o número de pessoas encarceradas, tais como a realização de mutirões carcerários e a difusão da prática de audiências de custódia.

Ainda assim, os resultados não têm sido suficientes.

O fato é que, mesmo com a adoção das citadas providências, o sistema prisional pátrio ainda se marca por superlotação substantiva, que ultrapassa déficit de 300 mil vagas; por unidades prisionais de condições físicas e estruturais péssimas, tais como as constatadas no Complexo de Pedrinhas e em tantos outros pelo país afora; pelos irrazoáveis índices de encarceramento provisório, que variam em patamar de 40% do total de presos do país; e pelo elevado percentual de reincidência delitiva, o que acaba repercutindo no constante retorno de egressos ao sistema prisional.

Esse é o quadro atual em que vive o sistema prisional pátrio.

A TEORIA DO *NUMERUS CLAUSUS*

Os estudos criminológicos mais autorizados apontam a relevância de fatores ditos ambientais na prática criminal, o que denota que a redução dos índices de criminalidade e, portanto, de ingressos no sistema prisional demandaria a adoção de inúmeras medidas de caráter social, caras e demoradas, que se destinassem a formar rede de proteção social contra fatores criminógenos, tais como o fomento à

formação humana e social, o incremento da empregabilidade, a garantia à percepção de renda mínima etc.

Este estudo é, a toda prova, incompatível com qualquer exame mais aprofundado da adoção de medidas dessa natureza pelo Poder Executivo, pelo que não se alonga quanto a esse particular.

Fato é que, independentemente da eventual adoção de outras medidas anticriminogênicas, tramita no Senado Federal proposta legislativa que, por via reflexa, se dedica ao combate da superlotação prisional, objetivando, assim, promover a melhoria das condições de encarceramento.

Refere-se, na hipótese, ao Projeto de Lei do Senado n.º 513, de 2013, decorrente das conclusões encampadas por Comissão de Juristas nomeada pela Presidência do Senado para apresentar Anteprojeto de Lei de Execução Penal.

O dito projeto de lei intenta implementar no Brasil a chamada teoria do *numerus clausus* na Execução Penal, estabelecendo limites intransponíveis que assegurem o fim a superlotação prisional.

A proposta está centrada em dois dispositivos, que se dignam essencialmente a instituir um direito subjetivo à antecipação da progressão de regime na hipótese de a custódia estar sendo cumprida em estabelecimento superlotado.

Estes são os preceitos propostos:

Art. 41. Constituem direitos dos presos:

(...)

XXII – obter progressão antecipada de regime quando estiver em presídio superlotado.

Art. 114-A. É vedada a acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à sua capacidade.

§1º. *Sempre que atingido o limite será realizado mutirão carcerário pela Corregedoria respectiva.*

§2º. *Havendo preso além da capacidade do estabelecimento, o Juízo de Execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo.*

A teoria do *numerus clausus* na Execução Penal foi proposta, em 1989, pelo Deputado Gilbert Bonnemaïson, ao Ministério da Justiça

da França, no contexto de uma série de propostas destinadas à modernização do sistema penitenciário francês.

A essência era a mesma incorporada ao Projeto de Lei do Senado n.º 513, de 2013, vale dizer, a todo ingresso de pessoa ao cárcere haveria de corresponder, necessariamente, a saída de outro cidadão, de modo a assegurar a inexistência de superlotação carcerária. Já em relação àqueles encarcerados ao tempo da proposta, no limite do quantitativo que excedesse o número de vagas do estabelecimento prisional, a proposta de Bonnemaison era no sentido de que fossem antecipadamente postos em liberdade, mesmo que mediante condições, os que apresentam melhor prognóstico de adaptabilidade social.

À margem das discussões ínsitas à suposta medição de índice de adaptabilidade social, enquanto critério para a soltura antecipada em razão da superlotação, certo é que restou suscitado, pela primeira vez, o debate quanto à viabilidade de limitar a custódia ao número de cidadãos correspondentes às vagas disponíveis nos estabelecimentos prisionais.

A proposta, entretanto, não restou incorporada ao ordenamento francês, conquanto tenha, desde então, sido periodicamente objeto de discussões e debates, não apenas na França mas em outros tantos países da Europa continental.

Essa ideia vem semeando, em paralelo, precedentes jurisprudenciais que, sob a ótica dos direitos fundamentais dos presos, acabam, ainda que por via reflexa e sob o enfoque do controle de legalidade da custódia, aderindo a uma concepção do sistema prisional que proclama a inviabilidade de prisões em número superior às vagas da unidade prisional em que recolhido, ao argumento de que a inobservância à dita limitação malversa a dignidade dos encarcerados.

Vale mencionar, nessa esteira, que em 2009 a *Three Judges Court* da Califórnia, apreciando os casos *Coleman v. Brown* e *Plata v. Brown*, determinou ao Estado da Califórnia que providenciasse, em dois anos, a redução definitiva da população carcerária ao argumento de que configurada omissão reiterada quanto ao enfrentamento dos problemas penitenciários.

Já em 2011, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, apreciando questão semelhante, cogitou a interrupção da execução

de pena privativa de liberdade cumprida em estabelecimento que, por seu índice de ocupação ou por suas condições estruturais, fosse tido por incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Fácil perceber, destarte, que a essência da ideia do *numerus clausus* reside em exegese da dignidade da pessoa humana, enquanto dogma constitucional reflexivo de uma teoria universal dos direitos humanos, absolutamente incompatível com a manutenção de custódia estatal em condições desumanas, tanto em razão da superlotação do estabelecimento prisional, quanto por qualquer outro motivo que a macule.

Essa exegese, na visão dos precedentes recentemente construídos acerca do tema, não é fruto, destarte, de uma relação direta, meramente numérica, entre as vagas concebidas e a ocupação real, mas sim da verificação de omissão reiterada no cumprimento de valores universais atinentes à custódia de pessoas.

É essa a linha de raciocínio construída para uma adoção da teoria do *numerus clausus*, a qual, ademais, é concebida apenas em situações pontuais, apreciáveis sempre judicialmente conforme suas particularidades.

Não há, todavia, como deixar de verificar que o Projeto de Lei do Senado n.º 513, de 2013, que almeja instituir o *numerus clausus* na Execução Penal no Brasil, foge completamente à dita essência ao instituir direito subjetivo à progressão antecipada de regime em razão da ocupação de estabelecimento prisional em número superior à capacidade projetada, notadamente por fazê-lo sem critérios.

Com efeito, a proposta legislativa é no sentido de que o controle da superlotação carcerária se opere sob dois enfoques: o primeiro, mediante realização de mutirão carcerário sempre que atingido o limite de ocupação do estabelecimento; e o segundo, indicativo de que, infrutífero o mutirão no afã de adequar a taxa de ocupação prisional, haverão de ser antecipadas as progressões de regime de tantos presos quantos excedam a capacidade projetada do estabelecimento.

Consoante afirmado, a despeito dos valorosos fundamentos da ideia do *numerus clausus* na Execução Penal, sua concepção na proposta legislativa do Senado Federal está calcada em premissas absolutamente equivocadas, o que acaba por inviabilizar sua aprovação no ordenamento brasileiro.

Em primeiro plano, a proposta inobserva circunstância absolutamente particular do sistema prisional brasileiro decorrente do alto índice de custódias cautelares que o caracteriza, sem que os mencionados cidadãos estejam submetidos à jurisdição dos juízos de Execução Penal.

Explica-se: a teor do último Levantamento de Informações Prisionais do Ministério da Justiça⁴, segundo números de junho de 2014, o sistema prisional brasileiro contava com 607.731 pessoas encarceradas, dos quais 250.213 presos se tratavam de pessoas ainda não julgadas.

O número em questão, que alcança a cifra de 41% do total da população prisional do Brasil, não se refere a presos provisórios, expressão usualmente utilizada em referência aos presos cautelares, inclusive aqueles já julgados por sentença condenatória recorrível ou recorrida. O estudo estatístico é muito expresso ao indicar que se trata de presos sem nenhuma condenação.

Não bastasse isso, apenas nos Estados de Rondônia e do Acre o número de presos provisórios é inferior a 20% do total da população carcerária, ao passo que em outros 17 entes federados o percentual de presos sem condenação é superior a 40% de todos os presos.

Na outra face da moeda, o mesmo estudo atesta que, sem ressalva, todos os Estados ostentam taxa de ocupação superior a 120%, vale dizer: há no mínimo 20% mais presos do que vagas, sendo que em cinco estados esse índice é superior a 200% e em outros 15 estados varia entre 140% e 190%.

As ditas constatações permitem conclusão sem grande esforço: todos os Estados, sem exceção, ostentam taxa de ocupação prisional superior ao número de vagas, o que permite concluir que, muito provavelmente, a maioria das comarcas contará com número de presos superior àquele decorrente da capacidade projetada dos respectivos estabelecimentos prisionais.

Mais do que isso: em média, excetuada a louvável situação dos Estados de Rondônia e do Acre, que numericamente pouco representam

⁴ <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nes-ta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Capturado em 24 de agosto de 2015.

no universo da população carcerária nacional, 41% da dita população prisional é composta por presos sem condenação.

As citadas conclusões permitem inferir que, acaso aprovado como concebido o Projeto de Lei do Senado n.º 513, de 2013, ter-se-á a cogente instauração de mutirão carcerário em praticamente todos os Estados e comarcas do país.

Tal foge completamente à lógica, tendo em vista que o regime de mutirões, adotado pelo Conselho Nacional de Justiça há alguns anos em metodologia agraciada pelo Prêmio Inovare, é marcado, e por isso se revela eficiente, justamente pela concentração de esforços, por parte de todos os atores processuais, dirigida à solução de um contingente processual determinado.

Com efeito, nos mutirões são convocados magistrados, defensores, membros do Ministério Público e serventuários, tanto do Judiciário quanto das Secretarias de Administração Prisional, especificamente para atuarem em unidade judiciária diversa da sua, em relação à qual se tenha identificado taxa de congestionamento processual elevado.

Estabelecer, de maneira indistinta, que a ocupação por presos em número superior à capacidade projetada ensejará a realização cogente de mutirões, repercutirá na imposição destes em praticamente todas as comarcas do país. Isso tornará inviável a convocação de outros participantes, eis que eles estarão de regra submetidos aos seus próprios, acabando por ceifar a concentração de esforços inerente a esse tipo de intervenção no serviço judicial.

Mas não é só: segundo os números mais recentes, o Brasil conta com 607.731 presos, dos quais 250.213 são pessoas ainda não julgadas, conquanto as vagas do sistema prisional sejam em número de 376.669, o que permite concluir que 231.062 pessoas que estão presas haverão de ter seus regimes prisionais antecipadamente progredidos.

Deve ser sublinhado, a propósito, que não se trata apenas de progredir antecipadamente o respectivo regime prisional, eis que, acaso a progressão não repercute na antecipação da soltura, ainda se verificará situação de ocupação do sistema prisional em número superior à capacidade projetada, o que haveria de ensejar, uma vez mais, novo mutirão carcerário e nova progressão de regime, esta última, uma vez mais, antecipada.

Significa dizer, tendo em vista a inviabilidade de que se aplique o preceito aos presos não julgados, até porque se não julgados não lhes foi imposta pena e respectivo regime que comporte progressão, ter-se-ia no Brasil, acaso aprovada a proposta legislativa, um total de 376.669 presos, que correspondem ao número de vagas, dos quais 250.213 seriam presos sem julgamento, de forma que apenas 126.546 pessoas cumpririam suas penas privativas de liberdade presas no país.

Ora, ainda ao que se infere do elucidativo levantamento estatístico elaborado pelo Ministério da Justiça, o sistema penitenciário brasileiro conta com 15.036 presos em regime aberto e 89.639 reclusos em regime semiaberto, o que representa população prisional insuficiente à adequação das taxas de ocupação do sistema prisional.

Em outras palavras, se o déficit de vagas do sistema prisional corresponde a 231.062 presos, número que representa o total de pessoas a serem agraciadas com progressão antecipada de regime que lhe assegure soltura, sob pena de a progressão desatender ao propósito da teoria do *numerus clausus*, é de se concluir que haverão de ser soltos todos os presos dos regimes aberto e semiaberto, mediante antecipação da progressão, totalizando 104.675 pessoas.

Por conseguinte, haverão, em seguida, de ser antecipadamente progredidos outros 126.387 presos, mas não antecipadamente progredidos apenas, já que, se não houver sua soltura, continuará desatendida a capacidade projetada, os quais, invariavelmente, estarão no regime fechado, tendo em conta que os detidos nos regimes mais brandos são em número insuficiente.

Nesse toar de ideais, a adoção do *numerus clausus* proposta pelo projeto de lei do Senado repercutiria na imediata soltura de cerca de 230 mil presos no Brasil, dos quais cerca de 104 mil se referem a condenados que cumprem pena em regime fechado.

Não fosse esse dado, por si só, de difícil compreensão, sob o enfoque da legalidade da medida, é de se ver que o preceito programado, vale dizer, o proposto art. 114-A do Anteprojeto de Lei de Execução Penal, não estabelece qualquer condição para a obtenção da progressão antecipada, salvo, é óbvio, a reclusão estar sendo cumprida em estabelecimento com ocupação superior à capacidade projetada.

Por corolário, deve se concluir que, independentemente da natureza do delito pelo qual foi condenado, da pena imposta e da pena a cumprir, a antecipação da progressão de regime será concedida àquele cujo requisito objetivo à progressão esteja mais próximo.

Tampouco há exigência de que, seja pelo comportamento durante o cumprimento (v.g. ausência de falta disciplinar ou comportamento satisfatório) ou por qualquer outro elemento objetivo (por exemplo, consistente no cumprimento de um percentual mínimo da pena), se possa concluir pela probabilidade de que o beneficiado não torne a delinquir.

Esse contexto permite inferir, em poucas palavras, que a proposta legislativa em trâmite no Congresso Nacional pretende, no afã de aplacar a superlotação carcerária, autorizar a soltura antes dos prazos exigidos na lei de presos, até que se alcance a lotação regular de cada unidade prisional, independentemente da natureza do delito praticado e da existência de indicação de que o beneficiado não voltará a delinquir.

Logo, é possível imaginar que, ante o contexto de superlotação do país, determinado preso obtenha progressão antecipada de regime tendo cumprido um único dia de pena.

A falta de critérios da medida é absolutamente preocupante porque, de uma só feita, possibilitará a soltura indistinta de presos, mesmo que estes apresentem probabilidade de nova incursão delitiva, e ensejará fundada contribuição à majoração dos já altos índices de criminalidade do Brasil.

Destarte, a indistinta benesse da proposta legislativa é tamanha que, tendo em vista que o preceito se dirige à correção da taxa de ocupação elevada em cada estabelecimento isoladamente considerado, ter-se-á hipótese em que sujeitos condenados à mesma pena e em razão do mesmo fato, com condições pessoais absolutamente idênticas, haverão de cumprir suas penas em regimes diversos, um preso e outro solto, tão somente porque este estava recolhido em estabelecimento prisional superlotado, enquanto aquele não o estava.

Retomando o enfoque numérico de demonstração do despropósito da sugestão de alteração legislativa, é de se anotar que além de prever a imediata soltura de cerca de 230 mil presos, sendo cerca de 104 mil que cumprem pena em regime fechado, o mesmo desconsidera, solenemente, a existência de cerca de 300 mil mandados de

prisão penderes de cumprimento cadastrados no Banco Nacional de Mandados de Prisão.

Por conseqüência, então, da proposta legislativa, não apenas ter-se-ia de promover a soltura de cerca de 230 mil presos, como, de outro lado, não poderiam ser cumpridas aproximadamente 300 mil ordens de prisão penderes de cumprimento.

O Anteprojeto de Execução Penal, com o propósito de resolver o grave e real problema da superpopulação carcerária, reserva ao Juiz de Execuções Penais atribuição idêntica à de Sísifo, perpétua, mas principalmente infrutífera, em pormenor que milita profundamente contra o interesse da coletividade.

Refere-se, na espécie, às questões decorrentes dos elevados índices de reincidência no Brasil: habitualmente se afirma que a ressocialização dos egressos é falha em razão de os índices de reincidência superarem 75%, em média, de maneira que, em cada quatro detentos, três retornarão ao sistema penitenciário por novo delito.

Não há dúvidas de que falhamos na ressocialização. Nossos índices de reincidência são absurdamente altos. As razões do fenômeno são várias e fogem aos limites deste trabalho.

A despeito disto, o Anteprojeto de Lei de Execução estabelece que os detentos recolhidos em estabelecimento superlotado, o que se verifica em praticamente todas as unidades prisionais do país, como dito, haverão de ser antecipadamente colocados em liberdade até o atingimento da ocupação limite da unidade.

Verificam-se, então, duas circunstâncias: a primeira, consistente na falha do processo de ressocialização no Brasil, representada pelo alto índice de reincidência; e a segunda, revelada pelo propósito de, antecipando benefícios, colocar em liberdade os sentenciados que estejam recolhidos em estabelecimento superlotado.

Ora, se o propósito do encarceramento é a ressocialização e se no Brasil os altos índices de reincidência indicam sua ineficiência, é de se concluir que a soltura antecipada irá influenciar muito nos índices de repetição delitiva, sendo forte o indicativo de que estes aumentarão ainda mais.

Em outras palavras, a soltura antecipada de presos decorrente da superlotação e destituída de qualquer critério legal repercutirá em maiores índices de reincidência criminal e, assim, em novos encarceramentos.

Com efeito, se a despeito de encarcerado pelo prazo previsto em lei o processo de ressocialização se revelou ineficiente, menor será sua chance de êxito na hipótese de o tempo de custódia ser ainda menor.

Essa é uma tendência incontornável.

Justamente nesse particular se infere a atribuição de Sísifo reservada à Execução Penal.

Sísifo foi humano que, segundo a mitologia grega, por seus embustes, fora penalizado pelos deuses com a incumbência de, durante o dia, empurrar pesada rocha colina acima, a qual, invariavelmente, rolava novamente colina abaixo durante a noite, o que fazia com que seu penoso trabalho tivesse de ser, sempre, reiniciado.

Tendo os presos sido soltos antecipadamente em virtude da superlotação carcerária e sendo elevada a proporção de reincidência no país, a qual tende a aumentar com a soltura prévia, resta evidente a probabilidade de que os mesmos agentes retornem ao sistema prisional, agora por incorrerem em novos delitos.

Ao retornarem, encontrarão estabelecimentos prisionais com lotações limítrofes, justamente em razão das solturas antecipadas anteriores, de maneira que seu novo ingresso se prestará a configurar nova superlotação carcerária.

Nesse contexto, ainda segundo o Anteprojeto de Lei de Execução Penal em trâmite no Senado Federal, será deflagrada nova soltura antecipada de presos.

Estará, assim, estabelecido círculo vicioso interminável.

O juízo das Execuções Penais terá, assim, que se revestir das atribuições de Sísifo, escolhendo presos a serem soltos antecipadamente, os quais, pelos índices altos de reincidência e justamente por haverem sido soltos antes do prazo e sem qualquer critério adicional, tenderão novamente a ser presos por outros delitos.

Ter-se-á, então, nova superlotação do estabelecimento prisional, repercutindo em nova soltura antecipada.

CONCLUSÃO

A todos é evidente que a medida sugerida ao Congresso Nacional será ineficiente na redução da superlotação carcerária e, por via reflexa,

contribuirá para a majoração dos já elevados índices de reincidência no Brasil, pelo que contraria os interesses da coletividade, notadamente por concorrer para a majoração de nossas já insustentáveis estatísticas criminais.

É nesse sentido que se infere que a medida legislativa proposta, no âmbito específico do sistema de justiça criminal, acaba por malversar o papel do Judiciário na consolidação democrática, além de, por via reflexa, violar o dogma da supremacia do interesse público.

Vale dizer: conquanto a teoria do *numerus clausus* seja absolutamente compatível com o sistema de garantias constitucionais da Constituição Federal e com o papel democrático do Poder Judiciário, a forma como proposta sua adoção no Brasil acaba por revelar inequívoca e grave impropriedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira & BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal**. 3.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMANN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Salo de (Coordenador). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoría general del delito**. 4.ed. Valência: Tirant lo blanch Libros, 2007.

- DEBRÉ, Jean-Louis. **La Justice au XIXe siècle: Les magistrats.** Paris: Perrin, 1981.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4.ed., São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2014.
- FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir.** 40.ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GIAMBERARDINO, André & PAVARINI, Massimo. **Teoria da pena e Execução Penal.** 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** 7.ed., São Paulo: Perspectiva, 2001.
- JAKOBS, Gunther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal.** 3.ed., São Paulo: Manole, 2003.
- LÖIC, Wacquant. **As prisões da miséria.** São Paulo: Jorge Zahar, 2001.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIOTTO, Arminda Bergamini. **Temas penitenciários.** São Paulo: RT, 1992.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal.** 7.ed., São Paulo: Atlas, 1997.
- NEUMAN, E. **Victimología y control social: Las víctimas del sistema penal.** Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal.** 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- RUSCHE, George & KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** 2.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal.** 3.ed. Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013.

SANCHES, Jesús Maria Silva. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** 3.ed. São Paulo: RT, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça.** São Paulo: Editora Cortez, 2007.

SANTOS, Juez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: ICPC – Lumen Juris, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 6.ed., São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** 5.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ZIMBARDO, Philip. **El efecto Lúifer.** Buenos Aires: Paidó Iberica, 2008.

Recebido em 4/11/2015

Aprovado em 22/6/2016

ESPAÇO ABERTO

10

JUSTIÇA SOCIAL E DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Rogério Medeiros Garcia de Lima¹

*“A riqueza do mundo radica na liberdade. Abaixo os tiranos do mundo!” (Ian Morris, Universidade de Stanford, autor de *Why the West Rules-for Now*, in ACEMOGLU e ROBINSON, *Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, 2013).*

RESUMO

Este artigo aborda a harmonização, balizada pela Constituição Brasileira de 1988, dos inafastáveis preceitos de justiça social com a ingente necessidade de promover o desenvolvimento nacional. Somente países que implantam efetivamente o Estado Democrático de Direito se desenvolvem nos campos institucional, social, ético, cultural e econômico.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Constituição Brasileira de 1988: Estado Democrático de Direito e ordem econômica e social. III. Queda do Muro de Berlim e convergência ideológica. IV. Brasil e América Latina: cultura da libertação dos oprimidos. V. Direito Alternativo. VI. Ativismo Judicial e Judicialização. VII. Segurança jurídica e boa-fé. VIII.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte-MG e da Escola Judicial “Desembargador Edésio Fernandes” – TJMG.

Direito e Economia: interlocução necessária. IX. Países que fracassam. X. Conclusões. Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO

Este artigo aborda a harmonização, balizada pela Constituição Brasileira de 1988, dos inafastáveis preceitos de justiça social com a ingente necessidade de promover o desenvolvimento nacional.

Após este primeiro capítulo introdutório, o segundo capítulo abordará o Estado Democrático de Direito e a ordem econômica e social, como definidos na Carta de 1988. É a síntese do processo dialético de forças conservadoras e progressistas, após intensas negociações desenroladas durante a Assembleia Nacional Constituinte.

O terceiro capítulo enfocará, no plano constitucional, os três paradigmas básicos de organização política vigentes ao longo da história das sociedades: Estado de Direito, Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito.

No plano econômico, enfocará três grandes correntes de pensamento: 1) Adam Smith, de matiz liberal, 2) John Maynard Keynes, que desenvolveu uma teoria de desenvolvimento, e 3) corrente marxista, a qual trata a economia como questão política.

Com a Queda do Muro de Berlim, em 1989, sucedida pela derrubada paulatina dos regimes comunistas na União Soviética e países do leste europeu (“Cortina de Ferro”), Miguel Reale descortinou a subsequente convergência de ideologias, “*não no sentido de uma solução única, mas sim no sentido de recíprocas influências entre elas, levando a diversos programas revisionistas*”.

O quarto capítulo se reportará à “cultura da libertação dos oprimidos”, muito presente no Brasil e na América Latina.

Nesse contexto, ganhou muito prestígio, a partir da década de 1960, a “Teologia da Libertação”: evangelização como atividade de “libertação” das “classes oprimidas”, sob o jugo das “classes opressoras” no mundo subdesenvolvido.

Habitualmente, a Constituição Brasileira é lida de maneira enviesada. Somente se destaca o que concerne à justiça social e são deixados de lado os princípios impulsionadores do desenvolvimento nacional.

Os capítulos quinto e sexto discorrerão sobre movimentos, na América Latina e especialmente no Brasil, similares a essa teologia “progressista”. Caracterizam uma espécie de “jurisdição libertadora”. Serão analisadas criticamente as correntes do “Direito Alternativo” e do “Ativismo Judicial”.

O sétimo capítulo, em contraponto a essas quase poéticas doutrinações, sustentará que a dura realidade da vida nos impõe a observância de dois princípios jurídicos relevantes: segurança jurídica e boa-fé.

O oitavo capítulo correlacionará Direito e Economia, em uma interlocação inadiável: “é preciso conciliar o mercado e a Justiça, ou seja, a eficiência e a equidade, e fazer prevalecer o direito como instrumento de desenvolvimento, regulando e incentivando o mercado” (Arnoldo Wald, Os efeitos e desafios da globalização, p. 4).

O nono capítulo se baseará no excelente livro “Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza” (ACE-MOGLU e ROBINSON, edição argentina, 2013). A obra descreve a prosperidade dos países que possuem instituições políticas e econômicas inclusivas. Em contraposição, exhibe o fracasso dos países que projetam suas instituições para favorecer as elites.

O décimo e conclusivo capítulo refletirá sobre a busca de um caminho que harmonize os preceitos de justiça social, de aplicação inarredável, com a ingente necessidade de promover o desenvolvimento nacional.

Somente países que implantam efetivamente o Estado Democrático de Direito se desenvolvem nos campos institucional, social, ético, cultural e econômico.

Ademais, no contexto atual, temos de aderir ao multilateralismo comercial – nos eixos Sul-Sul e Norte-Sul. Do contrário, manteremos “*uma muralha anacrônica que nos isola dos fluxos da globalização*” (Demétrio Magnoli. Ilha Brasil, Folha de São Paulo, 07.12.2013, caderno Poder).

II. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, contém o seguinte *preâmbulo*:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

O Título I elenca os princípios fundamentais:

“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”.

Mais adiante, o Título VII abarca a ordem econômica e financeira e, no capítulo I, declara os princípios gerais da atividade econômica:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

“Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Da leitura desses dispositivos, pode-se inferir que a Constituição Brasileira harmoniza os direitos sociais e individuais, sem descuidar do desenvolvimento nacional e da ordem econômica, calcada no livre exercício de qualquer atividade econômica, dentre outros valores.

Ao consagrar o Estado Democrático de Direito, o constituinte não promete a transição para o socialismo, “mas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade humana” (SILVA, 1990:106-107).

Com efeito, o século XX foi marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes. Foi a era das ideologias e das revoluções. Nele desembocaram as correntes filosóficas e se acelerou o ritmo dos eventos políticos. Dentre as linhas de força dominantes, na sequência imediata das duas guerras mundiais, destacaram-se “as transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista, social, bem contraposto ao ‘laissez faire’ liberal” (MIRANDA, 1997:90-91).

Segundo Paulo Bonavides (2003:156-157), o Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade:

“É a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente.

“Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, instituiu ele, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primacialmente com a fundação e fruição dos direitos fundamentais concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses em laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade”.

O artigo 2º da Constituição de Portugal (1976) considera objetivo do Estado de direito democrático “a realização da democracia econômica, social e cultural”. Para J. J. Gomes Canotilho (2003:335-337), tal objetivo é consequência política e lógico-material do princípio democrático:

“O princípio da democracia econômica, social e cultural tem a mesma dignidade constitucional do princípio do estado de direito e do princípio da democracia política, estando, tal como eles, garantido contra leis de revisão substancialmente perversoras. Todavia, ele apresenta duas dimensões específicas relativamente a estes dois princípios: (1) uma dimensão teleológica, pois a democracia econômica, social e cultural é um ‘objetivo’ a realizar no contexto de um processo político aberto – ‘Estado social como processo’ -, e, por isso, ela apresenta-se como um fim do Estado (cfr. art. 9º/d); (2) uma dimensão impositivo-constitucional, pois muitas das suas concretizações assentam no cumprimento de fins e tarefas por parte de órgãos de entidades públicas” (grifos no original).

No Brasil, durante a Assembleia Constituinte, desenrolaram-se amplas negociações entre forças conservadoras e progressistas:

“A Constituição de 1988 é a síntese desse processo dialético de forças opostas. Por um lado, as forças da mudança conseguiram introduzir, nela, avanços da mais alta relevância no plano da ordem social e dos direitos fundamentais. Incluíram também disposições de relevo na defesa da economia nacional, mas não conseguiram mudar a estrutura de poder nem a reforma do Estado, pois o maior empecilho da eficácia e aplicabilidade da Constituição está no fato de que o Estado Brasileiro funciona mal. Em suma, a Constituição de 1988 não concluiu a reforma do Estado e deixou intacta a estrutura arcaica de poder, por meio da qual as elites conservadoras realizaram a contrar-reforma” (SILVA, 2011: 90).

Enfim, a ordem econômica e social, contemplada pela Carta Brasileira de 1988, expressa marcante transformação que afeta o Direito. Opera-se no momento em que deixa de se prestar meramente à harmonização de conflitos e à legitimação de poder, e passa a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas. Isso reforça a função de legitimação do poder. É a lição de Eros Roberto Grau (1997:13-15):

“As imperfeições do liberalismo (...), associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado.

“À idealização de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapôs a realidade do poder econômico” (grifos no original).

E acrescenta (1997:49):

“Analisado (...) com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)

“Diz o art. 151 da Constituição de Weimar: ‘A organização da vida econômica deverá realizar os princípios da justiça, tendo em vista assegurar a todos uma existência conforme à dignidade humana...’” (grifos no original).

III. QUEDA DO MURO DE BERLIM E CONVERGÊNCIA IDEOLÓGICA

No plano constitucional, pois, ao longo da história das sociedades, tivemos três paradigmas básicos de organização política: *Estado de Direito*, *Estado de Bem-Estar Social* e *Estado Democrático de Direito* (GARCIA DE LIMA, 2009:406-407).

O primeiro paradigma, também chamado Estado Liberal (SARAIVA, 1983:8), tem como princípio basilar o da legalidade. A teoria dos três poderes, consolidada por Montesquieu, fundamenta o Estado Liberal, coibindo o arbítrio dos governantes e oferecendo segurança jurídica para os governados. É o Estado legalmente contido, também chamado, por isso, Estado de Direito.

Com o advento da Revolução Industrial, surgiram necessidades sociais, as quais ficaram mais evidenciadas, posteriormente, pelos sucessivos movimentos socialistas. Demonstraram, com clareza, que não basta ao ser humano o atributo da liberdade. Há um imperativo maior, que é a própria condição de usufruir dessa liberdade, ou seja, a condição sócio-econômica capaz de admiti-lo como pessoa humana (SARAIVA, 1983:11).

Diante da crise econômica do primeiro pós-guerra, o Estado foi premido pela sociedade a assumir papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poder econômico e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores em face de empresários).

A partir das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), os modernos textos constitucionais incorporaram novas preocupações: desenvolvimento da sociedade e valorização dos indivíduos socialmente inferiorizados. O Estado abandonou o papel não intervencionista para assumir postura de agente do desenvolvimento e da justiça social (SUNDFELD, 1997:54). Eis o Estado Social.

A evolução culmina no Estado Democrático de Direito. Superada a fase inicial, o Estado de Direito incorporou, paulatinamente, instrumentos democráticos, permitindo a participação do povo no exercício do poder e guardando coerência com o projeto inicial de controlar o Estado. Destarte, o Estado Democrático de Direito é aquele: a) criado e regulado por uma Constituição; b) onde os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) onde o poder político é repartido entre o povo e órgãos estatais independentes e harmônicos, que se controlam uns aos outros; d) onde a lei, produzida pelo Legislativo, é necessariamente observada pelos demais Poderes; e e) onde os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado (SUNDFELD, 1997:50-53).

No plano econômico, grosso modo, temos três grandes correntes de pensamento.

Adam Smith, tido como fundador da Ciência Econômica clássica, publicou, em 1776, o célebre livro *Riqueza das Nações*:

“As atividades econômicas do país são, todas, comandadas pelo mercado da livre concorrência, onde cada indivíduo busca satisfazer seu interesse próprio. A liberdade de preços, essencial a esse mercado, autoequilibra toda a economia. O interesse individual leva, também, à poupança e à acumulação de bens de produção, e com isso se produz mais para a sociedade. Mais capital aumenta a demanda por trabalhadores, o que determina a elevação dos salários, e a baixa dos lucros.

Mas processo não para aí. Salários mais altos significam mais população; e mais população significa maior oferta de trabalhadores, – o que baixa os salários e aumenta os lucros. E assim avança a economia, num progresso indefinido” (GALVES, 1985:449).

“1776 foi um ano de revolta. Ano notável. Aos norte-americanos, ele lembra a Declaração da Independência, a revolta contra a política colonial mercantilista da Inglaterra; aos economistas de todo o mundo, lembra a publicação de ‘Riqueza das Nações’, de Adam Smith – súplica da nascente rebelião contra a política mercantilista – restrição, regulamentação, contenção. Um número cada vez maior de pessoas não concordava com a teoria nem com a prática mercantilista. Não concordava porque sofria com elas. Os comerciantes queriam uma parte dos enormes lucros das companhias monopolizadoras privilegiadas. Quando tentaram participar delas, foram excluídos como intrusos. Os homens que tinham dinheiro desejavam usá-lo como, quando e onde lhes aprouvesse. Queriam aproveitar todas as oportunidades proporcionadas pela expansão da indústria e do comércio. Sabiam o poder que lhes dava o capital e desejavam exercê-lo livremente. Estavam cansados do ‘podem fazer isso, não podem fazer aquilo’. Estavam enojados das ‘Leis contra... Impostos sobre... Prêmios para...’. Queriam o comércio livre” (HUBERMAN, 1980:143).

O britânico John Maynard Keynes desenvolveu sua teoria de desenvolvimento:

“Quando (Keynes) pensa em ‘revolucionar o pensamento econômico’, como escreve ao amigo George B. Shaw em 1935, não está delirando. O economista de Cambridge está redigindo sua grande obra: ‘The General Theory of Employment, Interest, and Money’ (*A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*), que será publicada no ano seguinte, em 1936. E, de fato, durante meio século, o ‘keynesianismo’ reinará em todas as economias dos países ocidentais. Para entender a gênese e o alcance dessa obra, é preciso voltar ao início dos anos 1930.

“A quebra da bolsa na Quinta-Feira Negra de outubro de 1929 havia provocado uma reação em cadeia. A onda de choque da ‘grande depressão’ americana havia atingido a Europa no início dos anos 1930. As fábricas fecham por falta de mercados, há milhões de desempregados na rua.

“O que fazer? Já há alguns anos os governos alemão (1932) e americano (1933) tinham se lançado numa política de grandes obras destinadas a ocupar os desempregados e a reaquecer a economia.

“J. M. Keynes era favorável a essas intervenções (mesmo que ainda não fosse seu inspirador) e as compara com a construção das grandes pirâmides. Pouco importa que não sirvam para nada, contanto que gerem trabalho. E pouco importa o dogma liberal do ‘laissez-faire’! É com esse espírito que é pensada e escrita a ‘Teoria geral’: encontrar a resposta para o problema do momento, ou seja, o desemprego em massa” (DORTIER, 2010:337).

A corrente marxista trata a Economia como questão política:

“Capitalistas, classes exploradoras, já há muito que cessaram de existir neste país. Mas ao nível do globo o regime socialista continua a coexistir com o capitalismo. A luta entre os dois sistemas tem por palco o mundo e a sua frente decisiva reside na economia. Eis porque a atividade econômica se reveste também no País soviético dum caráter de classe (ou político, o que é a mesma coisa) e persegue o objetivo do proletariado: a construção da sociedade comunista. De qualquer lado que seja encarada a economia, o seu desenvolvimento revela-se inevitavelmente como um assunto de natureza política. (...)

“Os comunistas soviéticos sempre foram consequentes no que concerne à sua apreciação do papel da economia na vida social. Tanto antes da Revolução como depois de aceder ao poder, os bolcheviques, intérpretes dos interesses da classe operária, nunca cessaram de conceder a máxima atenção à questão do lugar da economia na vida do Estado e de sublinhar a sua importância para o destino da revolução” (RAKITSKI, 1979:4).

“O governo de um Estado socialista está na situação do capitalista, mil vezes mais ampla – ou seja, ele é o único dono do capital e tem de tomar todas as decisões. O governo socialista tenta fazer com que as diferentes partes, todas as mil e uma complicadas e variadas atividades econômicas, se unam harmoniosamente e se encaixem de forma que o todo funcione perfeitamente. Para fazer isso bem a Rússia tem um plano” (HUBERMAN, 1980:290, grifo no original).

Todavia, em 1989 ocorreu a Queda do Muro de Berlim, sucedida pela derrubada paulatina dos regimes comunistas na União Soviética

e países do leste europeu (“Cortina de Ferro”). Miguel Reale (1998, prólogo) percebeu a subsequente convergência de ideologias:

“De um lado, os liberais extremados se deixavam fascinar pelos sortilégios da livre concorrência, apontada como única fonte de bem-estar social; de outro, os social-democratas mais conscientes deram-se conta da necessidade de proceder à revisão de suas diretrizes básicas.

“É desse contraste ou entrechoques de ideias que iria emergir o fato político mais relevante de nosso tempo, o da convergência das ideologias, não no sentido de uma solução única, mas sim no sentido de recíprocas influências entre elas, levando a diversos programas revisionistas” (grifos no original).

IV. BRASIL E AMÉRICA LATINA: CULTURA DA LIBERTAÇÃO DOS OPRIMIDOS

A Constituição Brasileira de 1988 enuncia diversos postulados de justiça social. No entanto, também consagra, como já mencionado, os princípios do desenvolvimento, igualdade, livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência e livre exercício de qualquer atividade econômica, dentre outros.

Habitualmente, porém, a Constituição é lida de maneira enviesada. Somente se destaca o que concerne à justiça social e são deixados de lado os princípios impulsionadores do desenvolvimento nacional.

Isso se explica à l ria, desde logo, no processo principal, e desde que seja possstancial da parte.uz do contexto latino-americano.

Na década de 1970, o uruguaio Eduardo Galeano publicou, com muito sucesso, o livro “As Veias Abertas da América Latina” (1994), onde analisa a história do continente latino-americano desde o período da colonização europeia até a Idade Contemporânea. Critica a exploração econômica e a dominação política na América do Sul, exercidas, sucessivamente, por países europeus e Estados Unidos. Nesse processo foram exterminados milhares de indígenas.

Também com enorme repercussão, o sociólogo brasileiro Fernando Henrique Cardoso e seu colega chileno Enzo Faletto escreveram sobre a “Teoria da Dependência” (CARDOSO e FALETTO, 1969). Trata-se de uma visão crítica dos processos de reprodução do subde-

envolvimento na periferia do capitalismo mundial, em contraposição às posições marxistas convencionais dos partidos comunistas e à visão estabelecida pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL).

O atraso econômico decorre da relação, no capitalismo mundial, entre países “centrais” e países “periféricos”. Nos primeiros, localiza-se o centro da economia mundial, com a presença de grande desenvolvimento tecnológico e fluxo de seu domínio. Nos segundos, o desenvolvimento tecnológico se opera em menor escala e esses países interagem gradativamente com o centro.

A “dependência” subordina o desenvolvimento dos países “periféricos” ao desenvolvimento dos países “centrais”. Somente superarão o subdesenvolvimento quando romperem com essa “dependência”. Não bastam a modernização e industrialização da economia, pois pode ser necessária a ruptura com o próprio sistema capitalista:

“Nos países da região que se industrializam, a relação entre as potências imperialistas industrializadas e os países produtores de matérias-primas e detentores de reservas de mão-de-obra, se subordina a relações mais complexas. (...)”

“A partir dessa nova forma de relações imperialistas, a dependência dos Estados nacionais e das classes sociais, frente aos países industrializados e às corporações internacionais, assume um caráter particular (...), tanto sobre o gênero de desenvolvimento verificado, como em suas limitações. (...)”

“O padrão de desenvolvimento dependente-associado não é desprovido de dinamismo, não está baseado na ruralização com prejuízo da industrialização, nem leva à intensificação de uma simples relação entre países exportadores de matérias-primas e importadores de produtos manufaturados.

“Ao contrário, a característica da relação de dependência que está sendo implantada em países como o Brasil, a Argentina ou o México é o de que ela se baseia numa nova divisão internacional do trabalho, pela qual parte do sistema industrial dos países hegemônicos é transferida, sob controle das corporações internacionais, para as economias periféricas que lograram alcançar previamente certo avanço no desenvolvimento industrial. Em outros trabalhos tenho me referido a

este processo como sendo de ‘internacionalização do mercado’, em contraposição à etapa anterior de uma industrialização substitutiva de importações controlada em parte pela burguesia nacional e pelo Estado” (CARDOSO, 1977: 36 a 37 e 65; grifos no original).

O historiador uruguaio Marcos Cantera Carlomango (2011:50-51) discorreu sobre o “pobrismo” e a estratégia “justicialista”, presentes nos países latino-americanos:

“Los pobres son pobres porque otros se han enriquecido a sus expensas. Con Marx, ese razonamiento religioso adquirió una dimensión supuestamente revolucionaria e científica. (...)”

“Este argumento juega un papel central en el imaginario colectivo de todas las sociedades atrasadas. Está en su ADN. Es su documento de identidad. A fines de septiembre pasado, el presidente de Bolivia lo sacó a lucir en su discurso de las Naciones Unidas:

‘La injusta distribución de la riqueza trae la pobreza’, dijo en esa ocasión Evo Morales como si estuviese leyendo en voz alta el manual del pobrismo. Y agrego: ‘El sur tiene que dejar de financiar al norte’.

“Suená bonito. Suená solidario. Suená humano. Suená cálido. Suená simpático. Suená hasta poético. Y sin embargo, y a pesar de todo, no solo que no es bonito sino que además es mentira, pues el pobrismo no persigue la justicia social...”

Ao dissertar sobre o antiamericanismo, vigente em diversos países subdesenvolvidos, o ensaísta francês Jean-François Revel (2003:67) afirmava que a pobreza de algumas nações não é culpa dos Estados Unidos e da globalização:

“A pobreza que subsiste, a bancarrota regular das finanças públicas, a inflação e as fugas de capitais não resultam de nenhum subdesenvolvimento fundamental crescente, mas sim da incompetência e da corrupção dos dirigentes, do malbaratar das ajudas internacionais e da persistência de um setor público ruinoso e ineficaz”.

Por fim, a partir da década de 1960, especialmente na América Latina, ganhou grande prestígio a “Teologia da Libertação”:

“O sujeito histórico desta libertação seria o povo oprimido que deve elaborar a consciência de sua situação de oprimidos, organizar-se e articular práticas que intencionem e apontem para uma sociedade

alternativa menos dependente e injustiçada. As demais classes podem e devem incorporar-se ao projeto dos oprimidos, sem, entretanto, quererem assumir sua hegemonia. (...)

“Após os anos da repressão mais dura (1968-1974) começaram as bases da Igreja a assumir importância excepcional em termos eclesiológicos e também políticos. Era o povo mesmo que assumia seu próprio destino. Tudo geralmente começa com círculos bíblicos. Depois se passa à criação da pequena comunidade eclesial de base. Sua tarefa, inicialmente, é aprofundar a fé internamente, preparar a liturgia, os sacramentos e a vida de piedade. Num estágio um pouco mais avançada se passa a tarefas de mútua ajuda nos problemas da vida dos membros. Na medida em que estes se organizam e aprofundam a reflexão se dão conta de que seus problemas possuem um caráter estrutural. Sua marginalização é consequência do tipo de organização elitista, de acumulação privada, enfim, da própria estrutura econômico-social do sistema capitalista. Aí emerge a questão política, e o tema da libertação ganha conteúdos concretos e históricos. Não se trata apenas de uma libertação do pecado (do qual sempre nos devemos libertar), mas de uma libertação que também possui dimensões históricas (econômicas, políticas e culturais). A fé cristã visa diretamente a libertação derradeira e a liberdade dos filhos de Deus no Reino, mas inclui também as libertações históricas como forma de antecipação e concretização da libertação última, só possível no termo da história de Deus” (BOFF, 1982:23-24).

Na América Latina, o Concílio Vaticano II inspirou um movimento revolucionário de sacerdotes, que lutava contra a submissão e exclusão no continente. Foi liderado pelo bispo brasileiro D. Helder Câmara, o qual, juntamente com outros dezoito bispos latino-americanos, denunciou o vínculo entre a pobreza do Terceiro Mundo e a exploração que as multinacionais exerciam sobre esses países. Em um documento afirmaram (LARRAQUY, 2013:62-64 e 82-83):

“Incluso dentro de naciones desarrolladas, ciertas clases sociales, ciertas razas o ciertos pueblos no han obtenido todavía el derecho a una vida verdaderamente humana. Un empuje irresistible lleva a estos pueblos pobres hacia su promoción para liberarse de todas las fuerzas de opresión. Si bien la mayoría de las naciones han logrado conquistar su libertad política, son todavía raros los pueblos económicamente

libres. Son igualmente raros aquellos donde reina la igualdad social, condición indispensable de una verdadera fraternidad, ya que la paz no puede existir sin justicia”.

Até 1965, com o encerramento do Concílio Vaticano II, a preocupação principal na América Latina havia sido o desenvolvimento. Desde a II Conferência do Episcopado Latino-Americano (CELAM), de Medellín (1968), em contrapartida, passou-se a enfocar a “libertação”. Medellín representou a tradução do Concílio Vaticano II a partir da visão latino-americana. Na CELAM tornou-se explícita “a opção preferencial pelos pobres” e se conferiu caráter institucional ao trabalho pastoral de base que se desenvolvia.

Enquanto os documentos do Concílio Vaticano II eram doutrinários, os de Medellín eram pastorais, vale dizer, orientados à ação. Em um dos trechos expressava:

“América Latina parece que vive aún bajo el signo trágico del subdesarrollo, que no solo aparta a nuestros hermanos del goce de los bienes materiales, sino de su misma realización humana. Pese a los esfuerzos que se efectúan, se conjugan el hambre y la miseria, las enfermedades de tipo masivo y la mortalidad infantil, el analfabetismo y la marginalidad, profundas desigualdades en los ingresos y tensiones entre las clases sociales, brotes de violencia y escasa participación del pueblo en la gestión del bien común”.

Os bispos da CELAM refletiram sobre os compromissos que devia assumir o Povo de Deus e o chamaram para uma Igreja pobre. Como consequência, surgiu a “Teologia da Libertação”, expandida na América Latina através do sacerdote dominicano peruano Gustavo Gutiérrez. Em alguns de seus aspectos, essa corrente, em busca de “uma fé que seja alienante, mas libertadora”, tomava conceitos marxistas para a análise da sociedade e da economia, os quais a Santa Sé entendeu como contraditórios com o Evangelho.

Católicos adeptos da “Teologia da Libertação” reuniam-se nas denominadas “Comunidades Eclesiais de Base”. Viam nelas uma oportunidade de resgatar fiéis, que perderam contato com a Igreja e o Evangelho, e de se aproximar dos que não tinham assistência religiosa e padeciam necessidades.

Voltando ao campo jurídico, haverá na América Latina e, especialmente, no Brasil, um movimento similar de “Jurisdição Libertadora”?

É o que examinaremos a seguir.

V. DIREITO ALTERNATIVO

À semelhança dos sacerdotes católicos adeptos da “Teologia da Libertação”, há um núcleo de magistrados imbuídos da missão “libertadora” da jurisdição. Agrupam-se sob a égide do denominado “Direito Alternativo”.

Para compreender essa concepção, é necessário reportar à teoria marxista do Direito:

“A explicação materialista-histórica do direito coloca suas origens como decorrência das iniciais transformações econômicas que deram origem à sociedade de classes. O pecado original da humanidade teria sido, na visão de Marx e Engels, a separação dos homens em oprimidos e opressores, quando a divisão social do trabalho cindiu em tais grupos beligerantes a antiga comunidade dos iguais, o originário comunismo primitivo. Para garantir a superioridade dos detentores da propriedade privada surgiu o Estado como instrumento da violência organizada. Para regular a dominação da classe possuidora sobre os despossuídos, foi criado o direito. Se é certo que a suspensão da causa determina a anulação do efeito, então, a interpretação mais ortodoxa da teoria jurídica do marxismo é a de Paschukanis, segundo o qual, na volta ao comunismo, ou, em linguagem propriamente marxista, na superação da sociedade de classes pelo comunismo evoluído, quando outra vez a comunidade igualitária estiver instalada sobre a terra, então, o direito não mais terá razão de ser, ele que nasceu como regulamentação formal de um sistema de dominação de uma classe sobre outra, cedendo o seu posto à administração” (MACHADO NETO, 1974:187).

O “Direito Alternativo” é uma forma extremada de se conceber a “politização” da função jurisdicional (GARCIA DE LIMA, 2005:81-83). Lembrando ser cada vez mais visível a necessidade de se superar o positivismo jurídico, que elaborou historicamente o conceito de neutralidade da lei e a concepção formal de independência e imparcialidade, transformadas em verdadeiros mitos, Dyrceu Aguiar Dias

Cintra Júnior (Revista dos Tribunais, 690:53-58) critica a “teoria pura do direito” de Hans Kelsen, por haver procurado “legitimar o direito em elementos de sua estrutura racional interna, desvinculando-o de fatores metajurídicos, como os fornecidos pela ética, psicologia ou biologia”. Sendo o Estado uma comunidade ilusória, representa, na verdade, a vitória de uma parte da sociedade sobre as outras. As leis refletem as reais desigualdades sociais. Daí o uso alternativo da lei, explorando as ambiguidades e lacunas do sistema, numa perspectiva emancipadora dos oprimidos.

O magistrado gaúcho Amilton Bueno de Carvalho (1996:29-31), renomado formulador da doutrina em enfoque, escreveu:

“A lei merece ser vista com desconfiança. Deve ser constantemente criticada, sob pena de sermos, Juízes, Promotores e Advogados, agentes inconscientes da opressão. Inocentes úteis de um sistema desumano. Não quero dizer que não se possa optar por tal sistema, mas que, se assim se fizer, o seja conscientemente. As Faculdades de Direito, ao perderem o senso crítico, buscam fazer crer que a lei é inquestionável, que se deve conhecê-la mais e mais, porém não a criticar.

“Mas se isso é verdade, e creio que seja, qual é o papel do Juiz quando, na apreciação do caso concreto, em confronto com a lei, notar que da aplicação do dispositivo legal exsurgirá a injustiça? Deve aplicar a lei, ou não? O Judiciário deve legitimar o injusto?

“A discussão é antiga e por certo longe está de chegar ao fim, tudo porque a opção por uma ou outra correntes emerge de uma postura ideológica.

“Figuras brilhantes entendem que ao Juiz é vedado deixar de aplicar a lei quando lhe parecer injusta. Dizem que ele não pode substituir o legislador. (...)

“O argumento forte é o de que o Juiz não pode substituir o legislador. Mas quem é o legislador? A nossa história demonstra que ele está a serviço da classe dominante (donos do capital): busca manter a opressão da maioria. (...)

“O legislador, através do comando da lei, preceitua genericamente. É-lhe, pois, impossível prever a totalidade dos casos em particular.

A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Ora, ao Judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir a situação não prevista, ou mal prevista, caso contrário, não teria sentido a sua existência. Se a função do Juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa de aplicação, que o faria administrativamente, o intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: fazer ‘um papel sujo, pois é que garante a efetivação da injustiça’. (...)

“Ora, ‘a função jurisdicional transcende a modesta função de servir aos caprichos e à vontade do legislador...’ (Antônio Carlos Wolkmer, *Revista Ajuris*, 34/95).

“O Judiciário é Poder do Estado e ele cabe o compromisso, tão sério, quanto o do Legislativo, de buscar o que é melhor para o povo. A lei é apenas um referencial, o mais importante, mas apenas um referencial. A não ser que se dê a ela o condão de estancar o mundo”.

O “Direito Alternativo”, portanto, vai ao extremo oposto do “Positivismo Jurídico” e admite que o juiz deve desprezar totalmente a lei. Destrói o “mito da neutralidade da lei”, mas conduz a outro dogma, o de que a tarefa do juiz é emancipar a classe trabalhadora e os explorados pelo regime capitalista. Segundo Luiz Flávio Gomes (1997:141-145), o juiz, para não aplicar uma lei injusta, deve se valer dos critérios metodológicos interpretativos racionais e razoáveis, conquistados pela Ciência do Direito:

“Os princípios gerais, entendidos segundo a posituação clássica (legalista), criam séria dificuldade para o juiz não aplicar a lei injusta. É que estariam no mesmo patamar da lei. Aliás, pela doutrina corrente, valem menos que a lei. Sendo assim, o melhor nos parece transcender o plano da legalidade (kelseniano) de modo claro e inequívoco. Urge confrontar a lei com a Constituição, a sentença com a Constituição, enfim, todo ato jurídico que não conte com compatibilidade vertical não pode ser reputado válido. É no plano da constitucionalidade, em suma, mesmo porque ninguém nega sua superioridade hierárquica no ordenamento jurídico, que devemos encontrar solução para os litígios, assim como para o aprimoramento do homem, da sociedade e das nações”.

O juiz não pode se arvorar em legislador. “A ditadura judiciária não é menos nociva que a do Executivo, nem do que a onipotência parlamentar” (MAXIMILIANO, 1988:71).

Quando se fala, destarte, no papel político da magistratura, fale-se na defesa da vigência do ordenamento jurídico, pela justa aplicação dos princípios e normas que o integram. É sobretudo no ordenamento constitucional, e sempre fundamentadamente, que os juízes vão buscar os elementos para construir uma decisão justa, na qual prevaleçam o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (Constituição de 1988, preâmbulo e artigo 1º).

VI. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Mais moderado do que o “Direito Alternativo”, manifesta-se o “ativismo judicial”.

Norberto Bobbio (1996:24) assinalava que a questão crucial, em tema de direitos humanos, não é tanto justificá-los, mas protegê-los. Em outras palavras, os direitos fundamentais já estão suficientemente proclamados em diversos textos constitucionais e tratados internacionais. O importante é lhes conferir efetividade.

Em acurada monografia, o professor André Ramos Tavares (2012:15-16) sublinhou:

“Paradigmas do passado forjaram certas concepções e institutos relacionados à chamada ‘defesa da Constituição’, fixando alguns limites, apesar de terem constituído, concomitantemente, grandes e novas vias de atuação. Esses paradigmas, vigentes à época, estebeleceram as condições de fixação de determinados institutos e não devem ser simplesmente reproduzidos na atualidade. É o caso do papel do juiz constitucional em um Estado tipicamente liberal, dos primórdios do constitucionalismo. Desde a adoção de constituições de cunho social, contudo, forma-se um novo ambiente constitucional nos mais diversos países, o que repercute diretamente no papel a ser assumido e praticado por um defensor oficial da Constituição. (...)”

“A superação de certos paradigmas e concepções (como o positivismo formalista), portanto, forçou também – e continua a forçar, daí a ideia de ‘justicialismo constitucional’ como um movimento – os contornos de muitos institutos, além de criar condições de formação de outros que anteriormente haveriam de ser considerados inadmissíveis. E os novos paradigmas que surgiram passaram a demandar outros limites de atuação e outras possibilidades para o sistema de defesa da Constituição. A própria realidade constitucional de muitos países opera como um fator de grande impacto na compreensão do papel do juiz constitucional na atualidade”.

Também dissertou Américo Freire Júnior (FREIRE JÚNIOR, 2005:42-45):

“Uma postura mais ativa do Judiciário implica possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder. Não se defende, todavia, uma supremacia de qualquer uma das funções, mas a supremacia da Constituição, o que vale dizer que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções. (...)”

“O dogma da completude do sistema jurídico por meio do legislador está sepultado. Hoje somente é possível falar na completude do sistema a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos intérpretes, especialmente dos juízes. A simplória operação silogística não tem aplicação exclusiva. Estamos em um novo momento do direito, em que o alcance da solução mais adequada depende de uma fundamentação complexa, envolvendo inúmeras variáveis. (...)”

“É preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada. Tal missão somente pode ser cumprida se o Poder Judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade dos atos.

“O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura

é ínsita à nova leitura da separação de poderes, adequada ao nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe, ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias.

“Para o cumprimento desse mister, é indispensável vislumbrar, no princípio da separação de funções, não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição”.

O professor e ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso (2008) discorreu sobre o fenômeno da “judicialização”, que propicia o “ativismo judicial”:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (grifo no original).

A consagração do modelo do constitucionalismo democrático impôs a fórmula do “judicial review” e afetou o princípio da soberania da maioria, cujas manifestações legislativas se tornam passíveis de controle por parte do juiz, nos casos em que não condizentes com o texto constitucional ou com os princípios que o informam:

“O próprio legislador admite a perda de capacidade das tradicionais instituições republicanas de promover por si sós o bem comum, e passa a legislar no sentido de dotar a cidadania de um outro sistema de defesa e de aquisição de direitos pela via judicial, tal como na lei das ações civis públicas, de defesa do consumidor, entre tantas inovações institucionais que ganharam mundo. Foi, então, o legislador que mobilizou um ‘tertius’, o Poder Judiciário, canalizando para ele, como um substituto funcional de um declinante ‘welfare state’, as demandas e expectativas antes dirigidas

aos poderes públicos e à vida associativa. Portador de tantos privilegiados papéis, o juiz, que representa os ideais de justiça, emerge na vida contemporânea, cada vez mais desarmada de valores, além de crescentemente codificada e regulamentada, como um dos seus principais intérpretes” (VIANNA, 2006).

Tema correlato ao “ativismo judicial” é a denominada “constitucionalização do direito infraconstitucional”. Surgida na Alemanha e Itália (BARROSO, Revista de Direito Administrativo, 240/21), a teoria irradiou-se posteriormente por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil:

“O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.

“A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do carácter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas” (PERLINGIERE, 2002:6).

Em suma, o controle crescente da Justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos contemporâneos (GARAPON,

1999:24). Os juízes são chamados a se manifestar em número cada vez mais extenso de setores da vida social:

“As sociedades contemporâneas continuam a conferir ao sistema judicial um papel central no controle da vida social e na resolução de conflitos, na proteção e efetivação de direitos, no desenvolvimento social e econômico e no funcionamento e consolidação dos regimes democráticos, seja como órgãos de controle das instituições do Estado, como garantes das liberdades cívicas, da proteção e da efetivação dos direitos humanos, seja, ainda, como instrumentos de criação de um ambiente de estabilidade e de segurança jurídica que facilite o comércio jurídico e o crescimento econômico” (GOMES, 2011:26).

O Código Ibero-Americano de Ética Judicial consagra regras de equidade, propiciadoras do “ativismo judicial”:

“Artículo 35. El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho.

“Artículo 36. La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

“Artículo 37. El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes.

“Artículo 38. En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad.

“Artículo 39. En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley.

“Artículo 40. El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”.

O “ativismo judicial”, no entanto, não está imune a ponderadas críticas:

“La cuestión judicial es, antetodo, una cuestión política. Son tres las funciones judiciales: decisión de conflictos, control constitucional y autogobierno de la magistratura.

“Las decisiones judiciales constituyen decisiones políticas, porque hacen o apuntan al mantenimiento de determinado sistema jurídico. Cuando se confía a los jueces el ejercicio de la potestad judicial, su mandato, como ocurre con el resto de los órganos del Estado, tiene su origen en la regla de la soberanía popular.

“Además, los jueces tienen también responsabilidad política, porque se hallan sometidos a la Constitución federal al igual que el resto de los servidores públicos. La justicia moderna no puede ser ‘apolítica’ en este sentido y, hoy más que nunca, debe reconocerse que el Poder Judicial debe ser ‘gobierno’ coordinado; jamás gobierno supremo. (...)”

“Los jueces no deben controlar todo; o, mejor dicho: no ‘todo puede ser controlado judicialmente’. Judicializar completamente la creación política constituye una patología severa.

“Suele observarse, negativamente, que quienes pierden la votación en el Congreso (por mayorías ajustadas a la Constitución) acuden a los tribunales para revertir esa misma votación” (FERREYRA, Derecho al día, 21.11.2013).

“O exame da governança tal qual ela de fato se faz na realidade brasileira contemporânea aponta três fenômenos que merecem ser ponderados. São eles: 1) a exacerbação do presidencialismo, com a proeminência acentuada do Presidente da República; 2) o fenecimento do Legislativo, cujo papel empalidece; 3) a assunção pelo Judiciário de um crescente papel político. Tudo isso evidentemente significa uma profunda transformação da separação de poderes, que, paradoxalmente, a Constituição consagra como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III). (...)”

“Se o Legislativo fenece, o Judiciário floresce. Sem dúvida, em tempo algum de nossa história, se deu tanta atenção a esse poder, que deve ser o mais neutro (imparcial) e apolítico de todos. (...)”

“O Judiciário, em todas as suas instâncias, tem-se substituído ao Executivo na determinação de políticas públicas ou na orientação destas. Sob o acicate principalmente do Ministério Público, tornado plenamente autônomo pela Constituição em vigor, em resposta a ações civis públicas, às vezes em mandados de segurança coletivos,

etc., vem ele obrigando o Executivo a desencadear políticas públicas. Isso é globalmente falando positivo, mas é preciso observar que o magistrado, habituado ao julgamento singelo – tem direito, não tem direito -, defere pedidos sem considerar o possível, sem avaliar oportunidade e conveniência, que levam à definição de prioridades, sem estar preso a limitações orçamentárias ou sujeito à lei de responsabilidade fiscal... (...)

“No que tange ao Judiciário, justa preocupação deriva de sua politização, efeito perverso do fenômeno da ‘judicialização’ da política, descrito anteriormente.

“O risco existe, porque, acostumando-se a decidir questões políticas, o Judiciário pode ceder a tentação de suprir com suas liminares ou julgamentos os demais poderes, vistos como omissos ou corruptos. Ou seja, substituir-se aos outros poderes, quebrando a especialização das funções.

“Ademais, chamado frequentemente a decidir questões políticas, o Judiciário tende a se politizar. De fato, o magistrado tende a deixar se manifestarem as suas convicções e o seu senso moral. Aquelas podem se desviar para o desiderato de favorecer uma ideologia, ou até um partido, o que pode levá-lo a um papel de vingador do bem contra o mal. Perdoem-me a comparação, a fazê-lo sentir-se um super-herói. Disso, o passo é curto para a perda da imparcialidade e a assunção de papel partidário, no sentido lato e no sentido estrito qualificado.

“Por outro lado, a percepção de que o Judiciário tem um papel político pode criar a tentação de afeiçoar, ao menos, o seu órgão supremo ao partido, ou a partidos que estejam no poder, em determinado momento. À perda da imparcialidade, aí se somaria a perda da independência” (FERREIRA FILHO, 2011:107-116, grifos no original).

“Sem equilíbrio de poderes não há segurança jurídica”. (MARTINS, 2011:95).

Lenio Streck (Consultor Jurídico, 30.08.2012) verbera o que denomina “solepsismo judicial”. Conhecido adágio é empregado por muitos magistrados: “decido conforme minha consciência”. O professor gaúcho conclui:

“A defesa que faço da Constituição não significa ‘qualquer Constituição’. Há uma principiologia constitucional que garante a continuidade da democracia, mesmo que os princípios não tenham visibilidade ôntica, circunstância que implica a superação da equivocada cisão estrutural entre regra e princípio. Isso para dizer o mínimo.

“O Direito possui uma dimensão interpretativa. Essa dimensão interpretativa implica o dever de atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível para o direito de uma comunidade política. A integridade e a coerência devem garantir o DNA do Direito nesse novo paradigma. Muitas vezes o problema nem é ‘como se está decidindo agora, neste momento’; o problema maior é ‘como se vai decidir amanhã’. E depois de amanhã. O que não podemos admitir é uma fragmentação, uma espécie de ‘estado de natureza hermenêutico’, em que a decisão é, ou um jogo de cartas marcadas ou uma loteria (que não deixa de ser, também, um jogo)”.

Não discrepa o professor Eros Roberto Grau (ANDRADA, 2013, prefácio):

“(Tenho) medo de que a Constituição seja corroída pelo Supremo Tribunal Federal. (...) O STF, de alguns anos para cá, tem-se excedido, tem ido muito além do que a Constituição e a prudência permitem, passando a exercer não apenas o controle da constitucionalidade, mas também o controle da razoabilidade das leis. Não somente ministros do STF, mas juízes de qualquer instância julgam-se no direito de decidir se determinada lei é, ou não, razoável. O que não prevalece, em cada decisão, é a preferência, o subjetivismo de cada um desses ministros. (...)

“O que então prevalece na decisão judicial já não é a Constituição, porém a preferência, o valor que cada juiz adota subjetivamente, como critério de aferição da razoabilidade ou proporcionalidade de cada lei. Em outros termos, o juiz avalia não a sua constitucionalidade, mas se a lei é boa (razoável) ou má (irrazoável), segundo suas preferências pessoais. Cada qual – repito – decide conforme o seu gosto pessoal. Ainda que os juízes devam considera as pautas da razoabilidade e da proporcionalidade na Constituição, não estão autorizados a decidir cada caso discricionariamente, segundo os valores que adotam, tomando como sem valor, como se não valesse nada, tudo quanto não corresponda aos

seus valores. Como se tivessem legitimidade para exercer função legislativa. Perde-se, assim, a referência da Constituição e a harmonia entre os poderes é sacrificada. No caso do Supremo Tribunal Federal, tudo se torna ainda mais grave na medida em que o tribunal sai do seu recato e, voluntariamente, submete-se às pressões sociedade, pressões às quais tipicamente, caracteristicamente, deve estar sujeito o Legislativo. O que a um Poder dá legitimidade – o decidir do Legislativo sob pressão social – a outro desnatura” (grifos no original).

A polêmica acirrou-se com o início do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650. Quatro dos ministros votaram pela inconstitucionalidade das doações de empresas para campanhas eleitorais. O julgamento foi suspenso com o pedido de vista formulado pelo ministro Teori Zavascki.

Ao votar pela procedência do pedido, o ministro Luis Roberto Barroso afirmou que a combinação de voto em lista aberta e doações por empresas resulta nos escândalos de corrupção, em praticamente todos os partidos e esferas de poder no Brasil: “Temos um sistema eleitoral que comporta lista aberta e financiamento empresarial que é um foco de antirrepublicanismo e corrupção”, afirmou.

Para Barroso, o financiamento por empresas viola o princípio democrático, pois desigualdade os candidatos em função do poder aquisitivo. “Se o peso do dinheiro é capaz de desequilibrar as pessoas, acho que este modelo apresenta um problema”.

O ministro disse que não vive a fantasia de ignorar a existência da desigualdade. Entretanto, afirmou que considera papel do Direito minimizar o impacto do dinheiro na criação de desequilíbrios. “O modelo em si precisa ser transformado e cabe ao STF empurrar a história nesse sentido”.

Barroso fez um apelo ao Congresso para que seja estabelecido um debate com o tribunal para o estabelecimento de regras para o sistema eleitoral. Para ele, é necessário baratear os custos de campanha. Nesse processo, ele disse que o papel do Supremo Tribunal Federal é semelhante ao de uma vanguarda. “Às vezes é preciso uma vanguarda iluminista que empurre a história, mas que não se embriague desta possibilidade, pois as vanguardas também são perigosas quando se tornam pretensiosas” (Consultor Jurídico, 12.12.2013, grifei).

Tenho enorme reverência e consideração pelo ministro e professor Luis Roberto Barroso. Cito-o sempre em textos doutrinários, inclusive no presente artigo.

No entanto, preocupa-me a concepção sobre a necessidade de uma “vanguarda iluminista”, no Supremo Tribunal Federal, para “empurrar a história”.

Vislumbro – ainda que desconfie não tenha sido essa a intenção do culto mestre e magistrado – uma inconcebível mixórdia de liberalismo com marxismo.

Vejamos:

“O termo Iluminismo indica um movimento de idéias que tem suas origens no século XVII (...), (e) se desenvolveu especialmente no século XVIII, denominado por isso o ‘século das luzes’. Esse movimento visa estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, a luta da ‘luz’ contra as ‘trevas’. (...) O Iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos” (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2000:605).

“O século XVIII é conhecido como Iluminismo, Século das Luzes, Ilustração (...). Como as próprias designações sugerem, trata-se do otimismo no poder da razão de reorganizar o mundo humano.

“(…) Já no Renascimento, se desenrola a luta contra o princípio da autoridade e a busca dos próprios poderes humanos, pelos quais o homem tecerá ele próprio a trama do seu destino. (...)”

“Na política, as ideias liberais se opõem ao absolutismo e à tese do direito divino dos reis. São elaboradas as teorias contratualistas, segundo as quais a sociedade resulta do pacto entre os indivíduos. Mesmo nos países onde persistem governos autoritários, como Prússia, Áustria e Rússia, o absolutismo é chamado despotismo esclarecido, na medida em que os reis se fazem cercar por pensadores e adotam o discurso dos filósofos iluministas, procurando criar a imagem de racionalidade e tolerância que oculta o caráter absoluto do seu poder.

“Na economia, são preconizadas as leis naturais na distribuição de riquezas, caracterizadas pela expressão ‘Laissez faire, laissez pas-

ser, le monde va de lui même' (Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por sim mesmo). Essas ideias caracterizam o liberalismo clássico, que representa as aspirações da classe burguesa em ascensão, desejosa de gerenciar por si própria os negócios, sem a intervenção e o controle do Estado mercantilista" (ARANHA e MARTINS, 1986:175-176, grifos no original).

É dizer: o movimento Iluminista deu ensejo à consolidação do ideário liberal, sobretudo com o advento das Revoluções Norte-Americana (Independência) e Francesa.

O marxismo, no entanto, contrapõe-se ao liberalismo. Apregoa a luta emancipadora do proletariado contra o domínio burguês (luta de classes). Ora, a dominação da burguesia – repelida pela ideologia de Karl Marx – é sustentada pelo ideário liberal...

A extrema esquerda rejeita a democracia liberal, difunde a revolução como meio de aniquilar o sistema capitalista, repele os procedimentos democráticos e eventualmente recorre à violência e ao terrorismo (SHIVELY, 2008:47).

Para Marx, “os filósofos não têm feito senão interpretar o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo” (ARANHA e MARTINS, 1986:271, citando Karl Marx).

A frase sintetiza a dialética marxista:

“Marx e Engels afirmaram que, ao contrário do que se pensa, não são as ideias humanas que movem a história, mas são as condições históricas que produzem as ideias.

“É por afirmar que a sociedade se constitui a partir de condições materiais de produção e da divisão social do trabalho que as mudanças históricas são determinadas pelas modificações naquelas condições materiais e naquela divisão do trabalho; e, ainda, por afirmar que a consciência humana é determinada a pensar as ideias que pensa por causa das condições materiais instituídas pela sociedade que o pensamento de Marx e Engels é chamado de materialismo histórico.

“Materialismo porque somos o que as condições materiais (as relações sociais de produção) nos determinam a ser e a pensar. Histórico porque a sociedade e a política não surgem de decretos divinos nem

nascem da ordem natural, mas dependem da ação concreta dos seres humanos no tempo.

“A história não é um progresso linear e contínuo, uma sequência de causa e efeitos, mas um processo de transformações sociais determinadas pelas contradições entre os meios de produção e as forças produtivas. A luta de classes exprime tais contradições e é o motor da história. Por afirmar que o processo histórico é movido por contradições sociais, o materialismo histórico é dialético” (CHAUI, 2005:238-239, grifos no original).

“Não é o Estado que gera a História, mas a História que modela o Estado; (...) os homens só podem libertar-se por sua própria ação, e não pelo capricho de um mecenas ou a vontade de um ditador esclarecido. A revolução só poderá vir de uma ‘classe liberadora por excelência’, em oposição à ‘classe opressora por excelência’” (ATTALI, 2007:66).

Ao cabo, restam algumas perplexidades. O financiamento eleitoral é também “luta de classes”? O Supremo Tribunal Federal, ao eliminar o financiamento de empresas aos partidos e candidatos e “equilibrar” as disputas eleitorais, age em prol das “classes oprimidas”? É esse o “iluminismo” que faz “mover a história”? Iluminismo ou marxismo? É preciso que essas concepções sejam devidamente balizadas. Do contrário, o “ativismo à brasileira” será uma nau sem rumo...

No mais, quem conheceu a União Soviética e os países da “Cortina de Ferro” sabe no que pode desaguar o “movimento da história”...

VII. SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ

Respeito e admiro o idealismo com que sustentam suas concepções jurídicas os adeptos do “Direito Alternativo” e do “Ativismo Judicial”.

No entanto, em contraponto a essas quase poéticas doutrinações, a dura realidade da vida nos impõe a observância de dois princípios jurídicos muito relevantes: segurança jurídica e boa-fé.

A segurança jurídica foi exaltada, há sete décadas, pelo Papa Pio XII (CAMPOS, 1995:622):

“En su mensaje navideño de 1942, el Papa Pio XII dejó definido como derecho subjetivo el derecho inalienable del hombre a la seguridad jurídica, consistente en una esfera concreta de derecho protegida contra todo ataque arbitrario. La seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de modo tal que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos: a) previsibilidad de las conductas propias y ajenas y de sus efectos; b) protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico.

“Las garantías constitucionales son el soporte de la seguridad jurídica; no en vano se define a las garantías, en un sentido lato, como el conjunto de seguridades jurídico institucionales deparadas al hombre. Las garantías existen frente al estado, en cuanto son medios o precedimientos que aseguran la vigencia de los derechos” (grifos no original).

A garantia da segurança jurídica adquire especial destaque no Direito Contratual (GARCIA DE LIMA, Segurança jurídica no mercado de energia elétrica, 2013). Segundo Arnoldo Wald, os contratos possuem grande relevância no mundo contemporâneo (FRANCO, 2011:9):

“Não há assunto mais atual e relevante do que o contrato que, paradoxalmente, se torna cada dia mais importante e maior utilidade, ao mesmo tempo que sofre, em certo sentido, uma perda de densidade. Efetivamente, reconhece-se que o seu conceito clássico está superado. Já se afirmou até que o contrato se tornou ‘mais ou menos obrigatório, mais o menos oponível a terceiros, mais ou menos sinalgmático ou mais ou menos aleatório, conforme o caso, a sua nulidade ou resolução pode ser mais ou menos extensa’. Em compensação, o contrato adquiriu uma flexibilidade extraordinária e um dinamismo que lhe permite resistir às modificações das circunstâncias. Seu campo de ação deixou de ser exclusivamente o direito privado para abranger parte do direito administrativo e do direito internacional. (...)”

“O respeito dos contratos, além de ser determinação constitucional, em nosso país, tornou-se um imperativo do Estado de Direito e um valor cultural e ético em todo o mundo ocidental. Chegou-se a afirmar que uma sociedade que não respeita os contratos se caracteriza pela deslealdade e é desmoralizada. Nem mesmo democracia pode

haver nos países nos quais não é possível exigir e obter o cumprimento dos contratos”.

Eros Roberto Grau admoestou a insegurança jurídica, que malfeire a estabilidade econômica (revista *Amagis Jurídica*, nº 7, 2012):

“Max Weber ensinou-nos que as exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis e da administração.

“O cumprimento dos contratos não podia ser assegurado sob a equidade, incompatível com a calculabilidade, requisito do direito moderno. Era necessário transformar-se a *equidade* em um sistema rígido de normas, a fim de que fosse assegurada a calculabilidade exigida pelas transações econômicas” (grifos no original).

O Superior Tribunal de Justiça prestigia o princípio em questão:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA. JULGAMENTO CONTRÁRIO A ENTENDIMENTO SUMULADO NO STJ (SÚMULA N. 289). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA N. 343/STF. NÃO INCIDÊNCIA. SEGURANÇA JURÍDICA. UNIFORMIDADE E PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE. 1. A principiologia subjacente à Súmula n. 343/STF é consentânea com o propósito de estabilização das relações sociais e, mediante a acomodação da jurisprudência, rende homenagens diretas à segurança jurídica, a qual é progressivamente corroída quando a coisa julgada é relativizada. 2. Porém, o desalinho da jurisprudência – sobretudo o deliberado, recalcitrante e, quando menos, vaidoso – também atenta, no mínimo, contra três valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: a) segurança jurídica, b) isonomia e c) efetividade da prestação jurisdicional. 3. A Súmula n. 343/STF teve como escopo a estabilização da jurisprudência daquela Corte contra oscilações em sua composição, para que entendimentos firmados de forma majoritária não sofressem investidas de teses contrárias em maiorias episódicas, antes vencidas. Com essa providência, protege-se, a todas as luzes, a segurança jurídica

em sua vertente judiciária, conferindo-se previsibilidade e estabilidade aos pronunciamentos da Corte. 4. Todavia, definitivamente, não constitui propósito do mencionado verbete a chancela da rebeldia judiciária. A solução oposta, a pretexto de não eternizar litígios, perpetuaria injustiças e, muito pelo contrário, depõe exatamente contra a segurança jurídica, por reverenciar uma prestação jurisdicional imprevisível, não isonômica e de baixa efetividade. 5. Assim, a Súmula n. 343/STF não obsta o ajuizamento de ação rescisória quando, muito embora tenha havido dissídio jurisprudencial no passado sobre o tema, a sentença rescindenda foi proferida já sob a égide de súmula do STJ que superou o mencionado dissenso e se firmou em sentido contrário ao que se decidiu na sentença primeva. 6. Recurso especial provido para, removendo-se o óbice da Súmula n. 343/STF, determinar o retorno dos autos à Corte Estadual para que se prossiga no julgamento da ação rescisória” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1163267-RS, min. Luis Felipe Salomão, DJe 10.12.2013, grifei).

Quanto ao princípio da boa-fé, é definido doutrinariamente:

“Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato” (GOMES, 1984:43, grifos no original).

Com efeito, a ética impregnou o Direito Civil contemporâneo:

“É preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito, proteger os que estão de boa-fé, castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento. (...) O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa” (RIPERT, 2002:24).

O princípio é acolhido no campo contratual:

“Na linha do Código Civil alemão (BGB, §157) o nosso Código Civil de 2002 acatou na sua norma do art. 113 o princípio da boa-fé objetiva, ordenando que os contratos sejam interpretados de acordo

com o princípio da boa-fé e os usos locais usuais naquela prática de negócio. (...)

“Entende-se por boa-fé objetiva a recíproca lealdade das partes, afastada a ignorância de certas situações como forma de macular esta lealdade e este princípio exerce função dominante no campo da interpretação dos contratos, constituindo o ponto de união entre os dois momentos lógicos da interpretação (interpretação subjetiva e objetiva). (...)

“Sua aplicação exige que o juiz pressuponha, no caso concreto, que as partes tenham observado o princípio durante a preparação e a conclusão do contrato, atuando, igualmente, conforme por ele determinado.

“De qualquer forma, o princípio não pode ser aplicado de modo a modificar a determinação da intenção comum ou atribuir-lhe um significado diverso daquele que resulte da declaração do proponente” (FRANCO, 2011:201-202).

Para o saudoso Miguel Reale, a boa-fé é o “artigo-chave” do Novo Código Civil (2003:75 e 77):

“Em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas ‘para todo o sistema’.

“Nessa ordem de idéias, nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequência como o art. 113, segundo o qual ‘os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração’(...).

“Boa-fé é, assim, uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes”.

Na dicção de Álvaro Villaça Azevedo (2002:27), “todo o Direito dos povos obedece a esse princípio de acolher a boa-fé”.

Coligi jurisprudência:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO PRESTAMISTA. QUITAÇÃO DE CONSÓRCIO. DOENÇA PREEEXISTENTE. OMISSÃO CONSCIENTE

DO SEGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em pagamento de indenização decorrente de contrato de seguro de vida em grupo prestamista quando o Tribunal de origem, diante da situação fática da causa, reconhece que o segurado tinha plena consciência da seriedade da sua doença e, mesmo assim, a omitiu no momento do preenchimento do questionário. 2. Agravo regimental não provido” (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.100.699-SP, min. Villas Bôas Cueva, DJe 28.11.2013).

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NÃO RENOVÇÃO. FATOR DE IDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA COOPERAÇÃO, DA CONFIANÇA E DA LEALDADE. AUMENTO. EQUILÍBRIO CONTRATUAL. CIENTIFICAÇÃO PRÉVIA DO SEGURADO. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. Na hipótese em que o contrato de seguro de vida é renovado ano a ano, por longo período, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-las em razão do fator de idade, sem que ofenda os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade. 2. A alteração no contrato de plano de saúde consistente na majoração das prestações para o equilíbrio contratual é viável desde que efetuada de maneira gradual e com a prévia cientificação do segurado. 3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça intervir em matéria de competência do STF, ainda que para prequestionar matéria constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior. 4. A comprovação do dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial requer bases fáticas e contextos jurídicos semelhantes com desfechos jurídicos diversos. 5. Agravo regimental desprovido” (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 218.712-RS, min. João Otávio de Noronha, DJe 10.10.2013).

“AÇÃO DE DESPEJO. ARRENDAMENTO RURAL. INADIMPLEMENTO. É legitimado ativo para a ação de rescisão do contrato de arrendamento rural aqueles que à época da celebração do contrato detinha a posse do imóvel e firmou o contrato sub iudice, pois a

legislação que regula a matéria possibilita a celebração do contrato de arrendamento rural pelo mero detentor da posse, não exigindo o domínio. O pagamento do aluguel é obrigação do arrendatário. A inadimplência fundamenta o despejo do imóvel. O Código Civil valoriza a ética, a boa-fé e a cooperação, princípios que devem imperar no relacionamento das pessoas. Apelação não provida” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70057411092, des. Marcelo Cezar Muller, julg. 19.12.2013).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DESCONTO EM FOLHA. Ausência de verossimilhança na pretensão revisional. Prevalência do princípio da boa fé na formação do ajuste. Caso em que os juros remuneratórios não seriam abusivos e o depósito postulado não teria o efeito liberatório. A cláusula que prevê o desconto em folha facilita o crédito e, uma vez respeitados os limites da lei, é aceita como válida. Indeferimento da antecipação que vai confirmado. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70057360935, des. José Aquino Flôres de Camargo, julg. 33.12.2013).

VIII. DIREITO E ECONOMIA: INTERLOCUÇÃO NECESSÁRIA

Para Jürgen Habermas, na sua influente obra “Legitimation Crisis”, a crescente intervenção estatal na economia derrubou a ilusão de que a economia é uma questão “privada”, concentrada nas mãos de poucos e estranha ao interesse do público em geral.

Segundo o filósofo alemão, a participação genuína dos cidadãos nos processos de formação de políticas públicas caracteriza a “democracia substantiva”. Isso não se verifica, porém, quando as decisões econômicas são elaboradas exclusivamente por tecnocratas, sob pretexto de – descaracterizadas como “questão políticas” – permanecerem alheias aos debates na “esfera pública”.

Os cidadãos não se sentiriam estimulados a demandar nos tribunais por seus direitos, consagrados nas Constituições e nas leis, caso

participassem da elaboração das políticas públicas e da tomada das decisões econômicas governamentais (GLASBEEK and MANDEL, 1999:132-133).

Giorgio Del Vecchio (1952:229 e 258) estabeleceu correlação entre o Direito e a Economia. Para o jurisfilósofo italiano, as considerações econômicas representam apenas um dos aspectos da realidade, a qual, em concreto, é sempre algo mais do que meramente econômica:

“O direito, como princípio universal de operar, domina, com a moral, todas as ações humanas e, portanto, também as que tendem à satisfação das necessidades e à aquisição dos bens materiais. Domina todos os motivos humanos e, portanto, também os de natureza egoística e utilitária. Numa palavra, o direito domina a Economia”.

Não dissentia Miguel Reale (1998:41):

“O Estado não deve se reduzir à economia, cabendo-lhe atuar, com igual força e dedicação, em prol dos valores existenciais da educação, da saúde, do meio ambiente e da cultura, de preferência mediante processos ou planos em parceria com a iniciativa privada, comprovadamente mais criadora.

“Quem não vê espelhada nessas exigências plurivalentes a ideologia social-liberal? Ela, por conferir atenção especial à questão social, sem prejuízo das prerrogativas da liberdade individual – é a que melhor pode abrir campo para as medidas reclamadas pela crise sem precedentes que, curiosamente, nos atinge na virada de um novo milênio.

“Se pensarmos na gigantesca dívida social brasileira, ainda mais nos convenceremos da necessidade de uma teoria política que componha em justo equilíbrio os valores da liberdade e da igualdade, como se dá com o liberalismo social” (grifos no original).

Entretanto, o constitucionalista uruguaio José Aníbal Cagnoni (2005:101) apontou recente desvalorização cultural e ética do Direito, em prol da valorização excessiva da economia:

“En fecha muy reciente ha escrito en forma impecable el Profesor GROS ESPIELL: ‘asistimos hoy, junto a otros fenómenos preocupantes, a una desvalorización cultural y ética del Derecho en la opinión pública, en algunos gobernantes y en algunos políticos’. Esta desvalorización va acompañada de um escepticismo en cuanto a su

valor, duda sobre su importância y significación y a um desplazamiento del interés por lo jurídico hacia una valorización predominante, obsesiva y excluyente, de lo económico. Y el prestigioso jurista compatriota agrega a continuación afirmaciones sin duda contundentes, sobre la incidencia de la descripción que ha venido haciendo: ‘todo esto, dice, no sería nefasto si se limitara a dar a la realidad económica el valor que tener, como base de la sociedad y como fundamento, aunque no único, de la acción política y de la protección en la realidad del ejercicio de los derechos humanos que no pueden ser tales sin la existencia de bases o condiciones materiales de sustentamiento, pero no se desprecia el Derecho y se endiosa una economía sin límites morales ni humanos’”.

Deveras, os primeiros anos do século XXI foram turbulentos. O mundo, desde 2008, mergulhou em grave crise econômica (GARCIA DE LIMA, Estabilidade é progresso, 2013). Ela se manifestou, de modo especialmente agudo, em países da União Europeia. No entanto, Estados Unidos e China também sofreram seus efeitos. A potência asiática reduziu o ritmo do seu crescimento.

Essa conjuntura respingou de maneira preocupante no Brasil. Na primeira década deste século, fincamos nossa estabilidade econômica no modelo exportador de mercadorias (“commodities”). Posteriormente, vivenciamos a perigosa combinação de ampliação do endividamento do governo, diminuição sensível do crescimento econômico e risco de volta da inflação.

Governos, com raras exceções, gastam mal o dinheiro arrecadado com impostos. Um país emergente, contudo, deveria seguir o ditado popular: se o cobertor é curto, cobre a cabeça e descobre os pés.

O ex-ministro da Fazenda Delfim Netto (Confiança, 2012) sustenta que Estado e mercados são instituições que precisam ser coordenadas. Assim, atingiremos o melhor nível de eficiência possível e os frutos econômicos produzidos serão distribuídos da forma mais equânime. No longo prazo, acelera-se o crescimento material com inclusão social: “É preciso, portanto, cuidadosa calibragem entre as políticas econômica e social do governo e o crescimento do setor privado”.

Governantes brasileiros foram surpreendidos, no mês de junho de 2013, por eloquentes manifestações de rua, estimuladas pelas redes

sociais da internet. Milhares de cidadãos indignados saíram às ruas para protestar contra a má qualidade dos gastos públicos, deficiências nos setores de saúde, educação, transportes públicos e corrupção, dentre outros temas.

Os protestos expressaram, de modo passional, a insatisfação generalizada dos governados. São uma forma legítima de exercício da cidadania participativa. Sem dúvida, as vozes das ruas fortalecem o regime democrático implantado pela Constituição Federal de 1988.

No entanto, para o País se desenvolver não podemos prescindir da racionalidade das instituições. Em síntese, os governos têm de buscar os melhores resultados para satisfazer o interesse público, em todas as esferas federativas; os legisladores têm de editar leis exequíveis e duradouras; e os juízes, por sua vez, têm de zelar pelo cumprimento da Constituição e das leis, sem criar sobressaltos no convívio social.

O professor Arnold Wald (2003:3-5), de modo irrefutável, defendeu, em tempos de globalização, o diálogo entre juristas e economistas brasileiros:

“Surgiram o direito econômico e, mais recentemente, o direito administrativo da economia e o direito do desenvolvimento e, nas duas últimas décadas, os economistas saudaram, com entusiasmo, o restabelecimento do estado de direito. E os juristas aplaudiram as medidas que permitiram alcançar a estabilidade monetária. Ambas as vitórias não deixam de ser precárias e é preciso que seja assegurada a manutenção dos seus resultados, e que possa manter-se e evoluir a colaboração dos operadores da economia e do direito para capitalizar as conquistas já realizadas e agora superar as desigualdades sociais e regionais, num clima de estabilidade monetária e segurança jurídica.

“A crise que o mundo atravessa hoje decorre tanto da globalização como das grandes e rápidas transformações da economia, com o desaparecimento das distâncias e a revolução que ocorreu na produção industrial e nas comunicações. (...)”

“O grande problema atual resulta pois da defasagem entre o ritmo da evolução da economia e da tecnologia, de um lado, e do direito, do outro. Já se disse que o tempo do político não é o do empresário. Do mesmo modo, pode-se afirmar que o tempo da economia não é o do direito. Temos pois um atraso ou a mora do direito em relação aos

fatos, que pode ensejar a revolta dos fatos contra o direito, à qual já aludia Goston Morín. (...)

“Para que a justiça possa prevalecer, é preciso que o direito seja atualizado, modernizado, dando-se-lhe a devida coerência. Temos, hoje, em vigor no país, disposições legais de épocas diferentes, impregnadas do espírito dominante no momento em que foram elaboradas, que se superpõem umas às outras, transformando a legislação numa verdadeira colcha de retalhos sem a necessária coerência que deve caracterizar um sistema jurídico.

“Lembram uma fase da história mundial no início do século XX, na qual, ao lado dos modernos vapores que cruzavam o Atlântico, ainda navegavam os grandes veleiros do passado. Só que no plano jurídico essa convivência não é aceitável. O direito deve ser unitário e harmônico.

“Já há meio século, San Tiago Dantas se referia à necessidade de uma nova dogmática jurídica. Ela hoje se tornou imperativa, para que possamos garantir a adequada evolução da sociedade brasileira, dando ao país a segurança jurídica sem a qual nenhuma nação consegue realizar os seus objetivos.

“Numa de suas palestras, o Ministro Sydney Sanches afirmou que em todos os países, o futuro era imprevisível, mas que, no Brasil, até o passado é imprevisível. Salientou, assim, que, quando um ato é praticado, nem sempre é possível saber quais serão os efeitos jurídicos que poderá ter no futuro. Essa frase tem sido repetida recentemente pelo Ministro Pedro Malan. Ora, quando os juristas e os economistas concordam em reconhecer que vivemos num clima de instabilidade jurídica, há uma reação imediata que se faz necessária. (...)

“Nos últimos anos, tivemos uma grande transformação da atividade do Estado, que se tornou mais modesto, para ser moderno. E pretende ser eficiente, conforme determinação constitucional. Mais modesto como operador, quando atua fora das suas áreas essenciais, e mais eficiente tanto como fornecedor de serviços públicos básicos que são intransferíveis como quando funciona como regulador das atividades delegadas à iniciativa privada.

“Nessas condições, é preciso conciliar o mercado e a Justiça, ou seja, a eficiência e a equidade, e fazer prevalecer o direito como instrumento de desenvolvimento, regulando e incentivando o mercado.

“Não há direito eficiente sem que haja mercado. Não há mercado eficiente e justo sem respeito ao direito. Como já se disse, ‘o direito sem o mercado é a imobilidade, o mercado sem o direito é a selva’. (...)

“Após o restabelecimento do estado de direito e da democracia e a conquista da estabilidade monetária, é hora de acoplarmos as grandes reformas, das quais o país ainda necessita, com a segurança jurídica, substituindo, assim, a sociedade de risco em que vivemos, pela sociedade baseada na confiança. Confiança na moeda, nas instituições, no governo, e nos contratos, confiança na boa aplicação da lei por uma Justiça independente, eficiente e rápida com acesso de todos aos tribunais.

“Mercado e Justiça, Economia e Direito hão de constituir o novo binômio em virtude do qual poderemos vencer os desafios e entraves da globalização alcançando, assim, tanto a eficiência econômica que caracteriza o progresso quanto o desenvolvimento humano que faz prevalecer sempre a ética”.

Especialmente no âmbito do Direito Administrativo, não se pode ficar alheio ao cenário social, político e econômico do Estado e à realidade social (MEDAUAR, 1999:7-8):

“O Direito Administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a efetivação de direitos sociais, econômicos, coletivos e difusos, que exigem prestações positivas, e em elaborar fórmulas para dotar a Administração de mais transparência e agilidade. O Direito Administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante transformação. Por isso, deve tornar mais acessíveis seus enunciados, para que traduza vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade e para que, metodologicamente, priorize o cidadão, isolado ou em grupo, e não a autoridade. O enfoque moderno e evolutivo significa, sobretudo, o intuito do constante aprimoramento do Direito Administrativo como técnica do justo e, por isso, da paz social” (MEDAUAR, 1999:7-8).

No âmbito da União Europeia (STOBER, 2013:79 e 130), o Direito Administrativo Econômico consagra o princípio da economia de mercado aberta:

“Assim, considerando esta situação geral, é justo, do ponto de vista jurídico, partir de uma Constituição econômica relativamente aberta também para a Comunidade. Esta apreciação também é harmônica com a autoqualificação do Tratado de CE, na versão de Maastricht, que pela primeira vez acentuou, nos arts. 4º. 98º. 105º. 154º. e 157º., o ‘princípio da economia de mercado aberta com livre concorrência’. Esta afirmação central do Tratado também assegura, no futuro, uma Constituição econômica europeia e um direito administrativo europeu flexíveis” (grifos no original).

Isso se reflete na atuação do Poder Judiciário. No mundo globalizado atual, cabe aos magistrados analisar cada caso e suas circunstâncias peculiares. Não podem desprezar o impacto macroeconômico das suas decisões.

Segundo o economista Armando Castelar, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a ineficiência do Poder Judiciário e as decisões judiciais causadoras de insegurança jurídica abalam o mercado de crédito (Folha de São Paulo, 19.02.2003). Igualmente argumentou Fábio Ulhoa Coelho (Revista da Escola Nacional da Magistratura, nº 2, outubro de 2006, p. 86):

“A instabilidade do marco institucional manifesta-se por vários modos. Um deles é a jurisprudência desconforme ao texto legal. Se a lei diz ‘x’, mas sua aplicação pelo Judiciário implica ‘não-x’, os investimentos se retraem. O investidor busca outros lugares para empregar seu dinheiro; lugares em que ele tem certeza das regras do jogo e pode calcular o tamanho do risco (que sempre existe em qualquer empreitada econômica). Numa economia globalizada, ele os encontra com facilidade. Tanto o investidor estrangeiro começa a evitar o país com marco institucional instável, como o nacional passa a considerar outros países como alternativa melhor para seus investimentos”.

A magistratura brasileira tem se confrontado com a tensão entre justiça, segurança jurídica e estabilidade econômica. O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, refletiu (Revista da Escola Nacional da Magistratura, nº 5, maio de 2008, p. 12):

“Se nós oferecemos uma justiça caridosa, se nós oferecemos uma justiça paternalista, se nós oferecemos uma justiça surpreendente que se contrapõe à segurança jurídica prometida pela Constituição Federal, evidentemente que isso afasta o capital estrangeiro, como afasta o capital das grandes corporações. É o que sucede com o não cumprimento de tratados, o não cumprimento de laudos arbitrais convencionados previamente... Isso, segundo a Corte Especial, aumenta o que se denomina ‘Risco Brasil’”.

De sua parte, a intensa e indesejável judicialização de questões complexas traz instabilidade à gestão econômica do país:

“Talvez um exemplo da insuficiência do Direito Administrativo se perceba no controle das privatizações em cenários terceiro-mundistas, em que as instituições jurídicas são chamadas a decidir praticamente todo o complexo pleito, com todas suas repercussões econômicas, sociais, seus reflexos no bem-estar da coletividade, em um juízo liminar. (...)”

“Nenhum juiz parece estar preparado para controlar litígios que envolvem temas multidisciplinares, v.g., economia, sociologia, moral, em prazo fixado em semanas ou, no máximo, meses. Esses controles judiciários têm se revelado claramente insuficientes, incapazes de inibir abusos que implicam o atropelamento de fórmulas legais ou mesmo constitucionais” (OSÓRIO, 2000:50-51).

O Supremo Tribunal Federal julgará processos relacionados aos planos econômicos dos anos 1980 e 1990. A discussão é se a aplicação retroativa, pelos bancos, dos índices de correção das cadernetas de poupança fixados pelos planos econômicos, foi uma medida constitucional ou não:

“O argumento jurídico dos poupadores é de que a aplicação retroativa dos índices fere o direito adquirido à correção das cadernetas de acordo com o IPC, como diziam os contratos. Alegam que a retroatividade das leis que definiram os planos fere o artigo 5º, inciso XXXVIII, segundo o qual “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Querem, portanto, que as regras dos planos se apliquem apenas às poupanças abertas já depois da vigência dos planos.

“Já os bancos afirmam que não há direito adquirido em relação a correções monetárias, já que a Constituição deu à União o poder de le-

gislar sobre o assunto. E os planos econômicos foram a saída possível para que o Estado desempenhasse seu dever, também constitucional, de manter a estabilidade política e monetária do país. (...)

“Para dar dimensão do tamanho da discussão, a Febraban tem divulgado que, caso o Supremo dê razão aos poupadores, o prejuízo ao sistema financeiro será de R\$ 149 bilhões. Esses números estão baseados em cálculos do Ministério da Fazenda, divulgados em 2008, de que a atualização resultaria num prejuízo de R\$ 106 bilhões. Aplicada a Taxa Referencial (TR), o padrão atual de correção da poupança, esse número chega aos R\$ 149 bilhões.

“E o que o Banco Central vem divulgando é que, ao pagar essa conta, os bancos correrão o risco de quebrar, já que não têm esse dinheiro em caixa. Um terço dessa dívida, diz o BC, diz respeito à Caixa Econômica Federal, banco público. Outra grande parte se relaciona ao Banco do Brasil, que, além das próprias dívidas, absorveu as do banco Nossa Caixa quando o comprou. Na conta de quem está próximo do assunto, 70% do valor a ser pago caso os poupadores ganhem serão feitos pela União por meio da CEF e do BB.

“O BC alega que isso pode destruir a economia nacional, pois afetará diretamente o sistema financeiro nacional. (...)

“(...) O jurista José Joaquim Gomes Canotilho afirmou ao jornal Valor Econômico que a corte não deveria dar efeito retroativo à decisão envolvendo os planos. Isso evitaria o pagamento de correções aos poupadores. ‘Esse caso é um dos que os tribunais constitucionais não deveriam resolver’, afirmou Canotilho.

“‘O tribunal pode restringir os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade [dos planos]’, disse Canotilho. ‘Ao restringir esses efeitos, os ministros podem dizer que [a decisão] não tem efeito retroativo’, completou. Segundo Canotilho, essa solução tem sido adotada por várias Cortes Constitucionais em ações tributárias. Com isso, evita-se um desequilíbrio de contas.

Para Canotilho, o caso é um processo ‘difícil para um tribunal constitucional solucionar’ e a solução deveria ser negociada entre as partes. ‘Esse caso precisava de negociação a nível bancário com os detentores dos títulos que invocam os direitos adquiridos’, disse.” (Consultor Jurídico, 26.11.2013).

O economista brasileiro José Alexandre Scheinkman, professor da Universidade Colúmbia, Nova Iorque, observou:

“Esse episódio traz lições importantes. A primeira é que medidas voluntaristas, como o Plano Collor, não só não resolvem os problemas, como deixam sequelas. Planos mágicos nunca funcionam. Felizmente não vejo hoje no Brasil ninguém ensaiando nada parecido. Mas convivemos, sim, com o segundo aspecto para o qual essa discussão toda chama atenção: a morosidade do Judiciário. Passaram-se mais de duas décadas até que a questão chegasse a um julgamento definitivo. Tal demora para dirimir dúvidas que envolvem tanto dinheiro é, com certeza, um fator de risco. E risco afasta investimento” (revista Veja, São Paulo, editora Abril, 01.01.2014, p. 15).

Por derradeiro, em meio a tantas inquietações, selecionei dois julgados que consagram princípios relevantes da ordem econômica constitucional:

“CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. – A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. – Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. – Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. – Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. – RE conhecido e provido” (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 422.941-DF, ministro Carlos Velloso, DJU 24.03.2006).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – JUROS – NÃO LIMITAÇÃO – ENUNCIADO DA SÚMULA 596 DO STF – CAPITALIZAÇÃO MENSAL – POSSIBILIDADE – CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM A MULTA MORATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – COBRANÇA DA TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO -LEGALIDADE – TAXA DE SERVIÇOS DE TERCEIRO – ABUSIVIDADE – DEVOLUÇÃO EM DOBRO INDEVIDA. A legislação pertinente ao Sistema Financeiro Nacional não sujeita as instituições, que o integram, às limitações da Lei de Usura, a teor do que vem assentando a jurisprudência pátria. “As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”” (enunciado da súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal). Em contratos celebrados a partir de 30 de março de 2000, vale o artigo 5º da Medida Provisória nº 2.170-36/2001, a qual afasta a imposição do limite anual à capitalização de juros. É ilegal a cobrança da comissão de permanência com a multa moratória, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Não há falar em ilegalidade na cobrança da taxa de abertura de crédito, pois esta visa exatamente a remunerar a instituição financeira pelo serviço prestado na concessão do crédito, podendo ser cobrada desde que contratualmente prevista. É abusiva a cobrança da taxa de serviços de terceiros porque o custo de tais serviços é inerente à atividade exercida pela instituição financeira (art. 51 , IV do Código de Defesa do Consumidor), não sendo possível o repasse ao consumidor por onerá-lo demasiadamente e por infringir o disposto no artigo 6º, III do CDC. A restituição em dobro de quantia cobrada indevidamente só é admitida quando pressupõe a ocorrência de pagamento efetuado por erro decorrente de dolo ou culpa do credor, sendo este o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, de forma que incabível *in casu*. O julgador não pode desprezar o impacto macroeconômico das suas decisões. Em tempos de globalização econômica, aos agentes de poder é incumbida a tarefa de recriar, em nível global, as tradicionais garantias de segurança jurídica própria do direito privado nacional (Edoardo Greblo, Globalización, Democracia, Derechos). Historicamente, dividem-se os ordenamentos jurídicos de tradição ro-

manística (nações latinas e germânicas) e de tradição anglo-americana (common law). Contudo, essas expressões culturais diversas passaram a se influenciar reciprocamente. Enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do common law, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística. A influência recíproca tende a se intensificar na esteira do fenômeno globalização. O juiz não deve julgar contrariamente ao que, em lides semelhantes, decide o Supremo Tribunal Federal, porque criaria esperanças infundadas para as partes” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0090.10.002579-1/002, desembargador Rogério Medeiros, julg. 05.07.2012, grifei).

IX. PAÍSES QUE FRACASSAM

Daron Acemoglu e James A. Robinson, professores respectivamente do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) e da Universidade de Harvard, Estados Unidos, publicaram o excelente livro “Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza” (edição argentina, 2013).

Para Hélio Schwartsman (portal Folha de São Paulo, 05.07.2012), a tese defendida pelos autores é “escandalosamente simples”:

“Países que têm instituições políticas e econômicas inclusivas funcionam; já os que têm suas instituições montadas para favorecer uma elite falham, pelo menos no longo prazo. O que impressiona na obra é a erudição histórica e a riqueza de exemplos de todas as eras e cantos do mundo com que procuram sustentar suas afirmações”.

O livro é bastante alentado. Descreve a conjuntura política, econômica e social de vários países, nos diversos continentes. Focarei neste artigo a referência à cidade de Nogales, dividida em duas por um muro (ACEMOGLU e ROBINSON, 2013:21-24). De um lado, ao norte, Nogales (Arizona, Estados Unidos); do outro lado, ao sul, Nogales (Sonora, México).

Os habitantes de Nogales (EUA) são relativamente saudáveis e possuem elevada expectativa de vida, conforme critérios mundiais. A assistência médica é um dos muitos serviços que lhes proporciona

o governo, além de energia, telefonia, água, esgoto, rodovias e, por último – mas não menos importante – lei e ordem.

Podem desempenhar suas atividades diárias sem temer pela vida ou segurança. Não têm receio constante de roubos, expropriações e outras ameaças aos investimentos, negócios e imóveis.

Estão convictos de que, apesar da ineficiência e corrupção esporádica, o governo é seu agente. Podem votar para mudar o prefeito, congressistas e senadores. Votam nas eleições presidenciais. A democracia é algo natural para eles.

Devido à má gestão da saúde pública, os habitantes de Nogales (Sonora) não são tão longevos como os vizinhos do norte. Ademais, não têm acesso a diversos serviços públicos. As estradas são mal conservadas. A lei e a ordem estão em pior estado, com registro de elevada criminalidade. Abrir um negócio é atividade perigosa: além de o interessado correr risco de ser roubado, a tarefa de conseguir todas as permissões, mediante subornos, não é nada fácil. Os habitantes convivem diariamente com a corrupção e a inépcia dos políticos.

À diferença do que se passa ao norte, a democracia é experiência muito recente para os habitantes do sul. Até as reformas políticas do ano 2000, Nogales (Sonora), como o restante do México, estava sob o controle corrompido do Partido Republicano Institucional (PRI).

Como podem ser tão distintas as duas metades daquela que é, essencialmente, a mesma cidade? Não há diferenças de clima, situação geográfica ou tipos de doenças presentes na região, já que micróbios não enfrentam restrições para cruzar a fronteira entre os países. Evidentemente, as condições sanitárias são muito distintas, porém isso não tem nada a ver com a natureza das enfermidades. Deve-se às piores condições sanitárias sob as quais vive a população do sul da fronteira, carente de assistência médica condigna.

Nos dois lados da fronteira cresceram duas cidades. Os habitantes de Nogales (Arizona) e Nogales (Sonora) compartilham antepassados comuns, consomem a mesma comida e – pode-se afirmar – têm a mesma cultura. Entretanto, há uma explicação muito simples e óbvia para as diferenças entre as duas metades do território: a própria fronteira que as delimita.

Nogales (Arizona) está nos Estados Unidos. Seus habitantes têm acesso às instituições econômicas estadunidenses, o que lhes permite escolher suas profissões livremente, adquirir formação acadêmica e profissional e estimular os empregadores a investir na melhor tecnologia. Isso faz com que ganhem salários mais elevados. Também têm acesso a instituições políticas que lhes permitem participar do processo democrático, eleger seus representantes e os substituir, se adotarem comportamento inadequado. Portanto, os políticos lhes proporcionam os serviços básicos demandados, desde saúde pública até rodovias, lei e ordem.

Os habitantes de Nogales (Sonora) não têm a mesma sorte. Vivem em um mundo distinto, moldado por instituições diversas e criadoras de incentivos muito díspares para os habitantes, empreendedores ou empresas, que desejam investir ali. Eis a principal explicação para as diferenças de prosperidade econômica, nos dois lados da fronteira.

Por que as instituições dos Estados Unidos produzem maior êxito econômico do que as do México e do resto da América Latina? A resposta a essa pergunta está em como se formaram as distintas sociedades no início do período colonial. Naquele momento, se produziu uma diversidade institucional cujas consequências até hoje perduram. Para compreender essa diferença, devemos observar a fundação das colônias da América do Norte e da América Latina.

Os primeiros espanhóis e colonos ingleses não estavam interessados em cultivar a terra. Queriam que terceiros o fizessem em seu lugar e, ainda, saquear suas riquezas, ouro e prata (ACEMOGLU e ROBINSON, 2013:25-52).

Ao longo do duradouro período colonial espanhol na América, surgiram instituições e estruturas sociais assemelhadas. Após a fase inicial de cobiça e saques de ouro e prata, os ibéricos criaram uma rede de instituições destinadas a explorar os povos indígenas. Apesar da riqueza auferida, conquistadores e seus descendentes converteram a América Latina em um dos continentes mais desiguais do mundo. Solaparam grande parte do seu potencial econômico.

Diversamente, na colônia inglesa da América – hoje Estados Unidos – não havia ouro e nem metais preciosos. Não se obrigava os indígenas a trabalhar para os colonos e a lhes fornecer mantimentos. Para

a colônia se tornar viável, os próprios colonos teriam de trabalhar. Por isso, o capitão John Smith pediu aos diretores da Virginia Company que lhe enviassem o tipo adequado de pessoas: carpinteiros, lavradores, jardineiros, pescadores, ferreiros etc. Adotou a seguinte regra: “quem não trabalha não come”.

Em 1618, foi implantado o sistema de repartição territorial “por cabeça”, que dava a cada colono adulto homem cinquenta acres de terra; e cinquenta acres a mais, por cada membro de sua família e cada servente que pudesse trazer para a Virgínia. Os colonos receberam suas casas e foram liberados dos seus contratos.

Em 1619, foi introduzida a Assembleia Geral, que dava voz efetiva a todos homens adultos na elaboração das leis e no governo da colônia. Era o início da democracia nos Estados Unidos.

A Virginia Company demorou doze anos para aprender a primeira lição: o que havia funcionado para os espanhóis, no México, América Central e América do Sul, não funcionaria no norte do continente americano.

No restante do século 17, testemunhou uma longa série de lutas para chegar à segunda lição: a única opção para se ter uma colônia economicamente viável era criar instituições que dessem incentivos aos colonos para investir e trabalhar duramente. A vasta distribuição dos direitos políticos nos Estados Unidos, especialmente se comparada com o México, assegurou amplo e igualitário acesso a financiamentos e créditos, o que, por sua vez, garantiu a quem tivesse ideias e invenções beneficiar-se delas.

Com a onda de globalização, entre 1870 e 1890, países fartos em recursos, como o México, podiam enriquecer graças à exportação de matérias primas e recursos naturais para a América do Norte e Europa Ocidental, em processo de industrialização. A riqueza, porém, beneficiava somente as elites desses países exportadores.

No México, Porfírio Diaz perdeu o poder com a Revolução Mexicana de 1910, seguida por outras revoluções na Bolívia, 1952, em Cuba, 1959 e Nicarágua, 1979 (ACEMOGLU e ROBINSON, 2013:54). Enquanto isso, longas e sangrentas guerras civis prosseguiram na Colômbia, El Salvador, Guatemala e Peru. A expropriação – ou ameaça

de expropriação – de ativos continuava em ritmo acelerado. Eram realizadas – ou se tentava realizar – reformas agrárias massivas, na Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, Peru e Venezuela. Revoluções, expropriações e instabilidade política vieram acompanhadas de governos militares e vários tipos de ditadura.

Mencionam os autores, por fim, as instituições econômicas em virtude das quais o bilionário mexicano Carlos Slim se tornasse quem é (ACEMOGLU e ROBINSON, 2013:54). São muito distintas das instituições dos Estados Unidos. Para um empreendedor mexicano, os obstáculos de avanço são cruciais em todas as etapas de sua carreira profissional. Esses óbices incluem licenças caras, burocracia, políticos e titulares de outros cargos, que obstruem o caminho. Há dificuldade para obter crédito em um setor financeiro frequentemente confabulado com os competidores do empreendedor.

Tais barreiras podem se tornar insuperáveis e manter o empreendedor fora de áreas lucrativas. Ou podem ser sua melhor aliada e manter distante a concorrência. Evidentemente, a diferença reside em quem conhece alguém, quem pode influir e, ainda, quem pode subornar.

Ocorreu um episódio ilustrativo, quando a *Comisión Federal de Competencia do México* decretou o monopólio da empresa *Telmex*, de Carlos Slim (ACEMOGLU e ROBINSON, 2013:57). As tentativas de limitar esse monopólio foram em vão, pois a empresa utilizou o chamado “recurso de amparo”. O “amparo” remonta à Constituição Mexicana de 1857. Originalmente, sua intenção era salvaguardar direitos e liberdades individuais. Não obstante, nas mãos da *Telmex* e outros monopólios mexicanos, converteu-se em ferramenta para consolidar o poder monopolista. Em lugar de proteger os direitos das pessoas, o “amparo” proporciona uma “brecha legal” impeditiva da igualdade diante da lei.

Slim acumulou fortuna no México, em grande parte devido às suas conexões políticas. Nas ocasiões em que se aventurou nos Estados Unidos, não obteve êxito. Em 1999, o seu Grupo Carso adquiriu a empresa de distribuição de produtos informáticos *CompUSA*. Naquele momento, a *CompUSA* havia contratado uma franquia com a empresa *COC Services*, para vender seus produtos no México.

Slim imediatamente rompeu esse contrato, com a intenção de estabelecer sua própria rede distribuidora e evitar a concorrência da COC. A COC demandou a CompUSA em uma corte de Dallas. Não há “amparos” em Dallas, logo, Slim sucumbiu. Impuseram-lhe multa de 454 milhões de dólares.

O advogado da COC, Mark Werner, afirmou que “a mensagem desse veredicto é que, nesta economia global, as empresas devem respeitar as regras dos Estados Unidos se quiserem atuar aqui”. Quando Slim esteve submetido às instituições norte-americanas, suas táticas habituais para ganhar dinheiro não funcionaram.

O inesquecível escritor mexicano Octavio Paz (1983:23-47) apontou as características da cultura ibérica, na qual se forjaram os países latino-americanos:

“Descendemos da cultura espanhola e portuguesa, que se apartara da corrente geral europeia precisamente quando a modernidade se iniciava. Durante os séculos XIX e XX, o continente latino-americano adotou sucessivos projetos de modernização, todos eles inspirados no exemplo norte-americano e europeu, sem que até agora nenhum de nossos países se possa dizer com inteira propriedade moderno. (...)”

“Durante a dominação hispano-portuguesa, nossos países viveram à margem do mundo, num isolamento que, como assinalou o historiador O’Gorman, foi fatal para nossa educação política. (...)”

“Para nós, latino-americanos, a evolução da Espanha e de Portugal é um fato de grande significação histórica. Muitas vezes se disse que o fracasso da democracia na Espanha e em Portugal, assim como em suas antigas colônias, era consequência de seu passado. Nossos povos não viveram a Reforma protestante e quase não conheceram o Iluminismo, isto é, não participaram dos grandes movimentos espirituais que prepararam a instauração das democracias modernas” (grifo no original).

Já escrevi que a cultura norte-americana, sobretudo no âmbito da consciência jurídica, é diversa da brasileira (GARCIA DE LIMA, 2005:52-58). Ao final do século XVIII, os norte-americanos estavam conscientes de elaborar uma Constituição que assegurava a construção de uma grande nação.

Benjamin Franklin foi a alma do grupo dos fundadores federalistas (STERN, 1987: 229). Franklin discursou em Filadélfia, dizendo que havia observado o sol pintado na parede, atrás da sala presidencial: como os pintores têm dificuldade em exprimir a diferença entre o sol que se levanta do sol que se põe, sentia-se feliz, porque, naquele instante, firmada a nova Constituição, tinha a segurança de que o quadro mostrava o sol nascente.

As colônias inglesas da América do Norte, a partir do século XVII, foram povoadas por levas de imigrantes, oriundos da Inglaterra, da Escócia ou da Irlanda, geralmente por motivos religiosos ou políticos – anglicanos, puritanos, presbiterianos, quacres, papistas, jacobinos. Surgiram, ao Norte, grandes centros puritanos, nos quais os imigrantes continuaram exercendo as atividades capitalistas e burguesas que exerciam na metrópole.

Diversa foi a colonização lusitana no Brasil. Os primeiros povoadores, trazidos pelo Governador-Geral Tomé de Souza, mais pareciam uma baderneira tropa de ocupação do que um pacífico grupo de colonizadores. E não podia ser diferente: Portugal havia ampliado tanto o seu império que era difícil, devido a seus escassos recursos materiais e humanos, mantê-lo de maneira ordenada. As Índias – termo que abarcava todo o Extremo Oriente – eram o destino preferencial dos recursos do tesouro régio e dos indivíduos mais corajosos e ambiciosos. Já o Brasil era, para muitos, uma condenação, não uma escolha – com o novo governador chegaram cerca de 400 criminosos, para cumprir pena de degredo. Vieram também algumas mulheres, forçadas ou de livre vontade (CALDEIRA, 1997: 30).

Roger Bastide, que viveu por quase duas décadas no Brasil, registrou (1975: 20):

“A metrópole não se interessou pela nova terra, preferiu-lhe os ricos territórios do Extremo Oriente, que lhe rendiam especiarias, pedras preciosas, sedas, porcelanas exóticas, enquanto os poucos barcos enviados ao Brasil não traziam de volta nem ouro, nem prata, mas somente papagaios e frutos curiosos. O Brasil foi abandonado à cupidez dos aventureiros, dos mercadores, dos ‘cristãos-novos’, isto é, dos judeus recém-convertidos que vinham trocar miçangas e fazen-

das multicores pelo pau de tinta. Muitos eram portugueses, mas havia também ingleses, bretões, normandos”.

Diversa é a cultura norte-americana. Desde os fundadores, por bem conhecerem a experiência inglesa, deliberaram escrever uma Constituição, nela incorporando a influência de Locke, Montesquieu e Rousseau (STERN, 1987:222-223). Estavam familiarizados com o terrível emprego das leis de extinção dos direitos civis, como a promulgada na Irlanda, durante o breve reinado, ali, de Jaime II, da Inglaterra. Essa lei condenou ao exílio ou à morte, sumariamente, milhares de pessoas, sem julgamento e nenhuma oportunidade de descobrir se haviam, ou não, sido acusadas, até que fosse tarde demais para fazer algo a respeito (BLACK, 1970: 24).

A garantia das liberdades e dos direitos civis é apanágio da cultura jurídica norte-americana, enfatizava Edwin S. Newman (1967:5):

“Ao lançarem os alicerces da nação americana, os Patriarcas receberam que um forte governo central viesse a suprimir os direitos do povo.

“Guardando-se contra essa possibilidade, elaboraram uma lista de atos que seriam vedados ao Governo Federal. Nenhuma religião seria oficializada; o povo teria direito à liberdade de expressão, imprensa, assembléia e adoração religiosa; a vida humana, as liberdades e as propriedades seriam defendidas contra atos arbitrários do Governo. Essas proibições, consagrando a liberdade de expressão e a defesa da liberdade pessoal, foram inscritas na Carta dos Direitos, e constituem as dez primeiras emendas à Constituição”.

David Stern corroborou (1987: 225):

“Para nós, como juristas, nos interessa sobremaneira a forma tão fácil, quase sem debate, em que cláusulas de enorme significado entraram no documento (Constituição). Cabe notar que, não obstante este fenômeno, as idéias de Montesquieu foram adotadas quando houve necessidade de assinalar a posição, dentro do governo, na qual se colocaria o tribunal para julgar o presidente e outros funcionários acusados de delitos maiores.

“(…) Imediatamente depois, entraram em uma discussão geral sobre o Poder Judiciário. Foram incorporadas às faculdades da Corte e de outros tribunais federais, algumas de muita importância, entre

as quais estava a inclusão do poder de interpretar construtivamente a própria Constituição. Também assim ocorreu, paulatinamente, ao aplicar a cláusula da supremacia da Constituição e dos tratados celebrados em conformidade com ela”.

Outro apanágio da cultura jurídica, nos Estados Unidos, é o fortalecimento do Poder Judiciário. Chegou-se a falar na existência do “governo dos Juízes” (SCHWARTZ, 1966:181-185), idéia mitigada após a superveniência do “New Deal”, nos anos 30, sob o governo do Presidente Roosevelt. A Suprema Corte tem presença marcante na história americana, decidindo célebres questões ligadas aos direitos civis, igualdade, racismo, aborto, dentre outras. Até o Presidente da República curva-se ao Poder Judiciário. Richard Nixon renunciou, após decisão da Corte Suprema, liberando a divulgação das fitas do escândalo “Watergate” e o prosseguimento das investigações.

No início do século XXI, continua verdadeiro que o Direito, o processo legal e o sistema legal permanecem difundidos e muito importantes na sociedade norte-americana. Como isso se explica? Uma sociedade complexa e heterogênea; uma sociedade na qual os indivíduos interagem permanentemente com estrangeiros, dependem constantemente de estrangeiros; uma sociedade transformada pela moderna tecnologia – esta é, necessariamente, uma sociedade que confia intensamente nos mecanismos jurídicos para governar a si mesma. O mesmo vale para todas as modernas nações – Finlândia, Japão, Nova Zelândia, Israel. Talvez seja especialmente verdadeiro nos Estados Unidos: é maior do que quase todas as outros países, mais complicado e mais diversificado, possui longa tradição de confiança no Direito e no processo legal e, para essas questões, nos juristas (FRIEDMAN, 2004:163).

Falemos do Brasil. No século XIX, nosso País já registrava “pífio desenvolvimento” econômico (CALDEIRA, 1999:7, 391 e 392):

“A formulação de política econômica era deliberadamente pensada como modo de excluir os interesses da maioria dos agentes, satisfazer uma minoria pouco interessada no progresso. (...)”

“O relógio imperial parou tão lentamente quanto o crescimento da economia que marcava o fim de seu tempo. Deixou, porém, sua herança, a crença na irresponsabilidade como fator distintivo de quem manda. Em

gente que se vê muito acima dos outros, que se mantém por distinção: receber favores econômicos do Estado, de preferência mandando a conta para o alheio – favores que são devidos exatamente à sua alta posição como homens da ‘sociedade’, que se distinguem da ignorância atribuída aos naturais da terra, os coloniais de sua própria nação”.

Herdamos dos portugueses forte tendência à centralização política e econômica (SENNA, 1995:12):

“O regime prevalecente em Portugal era do tipo patrimonial. O rei tinha poderes ilimitados e conduzia a atividade econômica segundo sua própria vontade. Logo os agentes econômicos perceberam a importância de se aproximar do centro de decisão, para garantir a sobrevivência. Muitos conseguiram bem mais do que isso, logrando enriquecer”.

O patrimonialismo enraizou-se em nossa cultura política (BUARQUE DE HOLANDA, 1976:105-106):

“Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade (...) compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para que se assegurem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida do Estado burocrático”.

Temos ainda o vício de não cumprir leis (GARCIA DE LIMA, 2003:39-40):

“(Burlamos) a legalidade formal, de tal sorte ‘que conseguimos descobrir e aperfeiçoar um modo, um jeito, um estilo de navegação social que passa sempre nas entrelinhas desses peremptórios e autoritários ‘não pode!’”. Diversamente, nos Estados Unidos, na França e na Inglaterra, não se elaboram leis que contrariam e aviltam o bom senso

e as regras da própria sociedade. Vale dizer, há adequação entre a prática social e o mundo constitucional e jurídico (Roberto DaMatta, 1997:97-99).

“Aqui, legislamos em total dissonância com o meio cultural e social. Ainda no Império, a Comissão de Constituição e Legislação do Senado, deliberando sobre matéria eleitoral, proclamava que ‘o defeito não está nas leis e sim nos costumes. (...) Os costumes não se corrigem tão prontamente como se alteram as leis’ (Barbosa Lima Sobrinho, 1956:62)”.

Por exemplo:

“A primeira lei brasileira de combate ao comércio negreiro, aprovada em 1831 por pressão do governo britânico, nunca pegou. Era, como se dizia na época, ‘uma lei para inglês ver’. Mesmo oficialmente proibido no país e condenado por tratados internacionais, o tráfico continuou de forma intensa e sob as vistas grossas das autoridades. Calcula-se que entre 1840 e 1850 entraram no Brasil, em média, de 30 mil a 40 mil escravos africanos por ano. O contrabando, altamente lucrativo, compensava os riscos. Em 1843, o capitão de um navio negreiro pagava na África cerca de 30 mil réis por escravo e o revendia no Brasil por soma vinte vezes maior” (GOMES, 2013:212-213).

A experiência brasileira dá razão ao clássico Jean Cruet (A Vida do Direito e a inutilidade das leis, frase de abertura):

“Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”.

Nesse caldo de cultura, é inadiável a assunção de nova postura ética pela sociedade brasileira.

Em pleno século XXI, são divulgadas notícias desalentadoras sobre atos de corrupção praticados na vida pública brasileira. Envolvem políticos, autoridades e servidores do Legislativo, Executivo e Judiciário, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios (GARCIA DE LIMA, Ética para principiantes, O Globo On Line, 05.07.2007).

Todos nos indignamos com os muitos escândalos fartamente noticiados. Todavia, já pensamos que eles são a “cara” do Brasil? Sérgio Buarque de Holanda (1976) definiu o brasileiro como “homem cordial”. Possui sociabilidade aparente para obter vantagens

pessoais e evitar cumprir a lei que o contrarie. É o famoso “jeitinho brasileiro”.

Muitos dos que xingam duramente os corruptos, são os mesmos que elegem políticos almejando benesses pessoais. Diversos homens públicos são identificados com o slogan “rouba mas faz”. Esses eleitores não idealizam os representantes que administrarão e elaborarão leis em nome da comunidade, mas os “amigões do peito” que vão resolver seus problemas: emprego, bolsa de estudo, tratamento médico gratuito, transferência do filho para a universidade pública e congêneres. Vão livrá-los de problemas com o delegado de polícia ou o fiscal de tributos, se possível ajeitando a remoção do “incômodo” funcionário para localidade bem distante. São os mesmos eleitores que sonegam imposto de renda, não fornecem recibo ou nota fiscal a clientes e consumidores, subornam o guarda de trânsito e o fiscal da Fazenda, compram drogas de traficantes ou fazem apostas em jogos ilícitos. Contudo, somos todos muito bons, boníssimos. Corruptos são os outros.

Sou magistrado há mais de duas décadas e sempre me pautei pelos bons exemplos recebidos de meus pais, familiares, professores e amigos. Por isso não me contenho para revelar que juízes também recebem pedidos a todo instante. Qualquer cidadão tem um parente, amigo ou “amigo do amigo” de um magistrado. Usando esses canais, pede “uma mãozinha” no julgamento do seu processo. Como o Judiciário brasileiro é muito lento, é costume admitir pedidos de mera agilização do andamento de causas. Porém – sinto dizer – na maioria das vezes o “jeitinho” almejado, explícita ou implicitamente, é a decisão a favor do postulante, ainda que contra a lei.

Nossos homens públicos precisam melhorar bastante sua conduta moral. Os cidadãos também. No fundo, no fundo, somos todos iguais...

X. CONCLUSÕES

Em suma, é preciso buscar um caminho que harmonize os inafastáveis preceitos de justiça social com a ingente necessidade de promover o desenvolvimento nacional. Para tanto, servem-nos algumas lições:

“O capitalismo moderno surgiu na Europa entre os séculos XVIII e XIX. Derivou de longa obra institucional, da qual se destacam dois eventos na Inglaterra: a Carta Magna (1215) e a Revolução Gloriosa (1688), que eliminaram o absolutismo. A supremacia do poder foi transferida para o Parlamento. O rei perdeu a prerrogativa de demitir juízes e de gastar a seu bel-prazer. O Judiciário independente passou a garantir direitos de propriedade e respeito a contratos. A ordem capitalista começou a emergir da segurança jurídica” (Mailson da Nóbrega. Capitalismo: êxito ou fracasso?, 2013).

“O caminho mais custoso para enfrentar problemas é o de ruptura com o sistema vigente e de entrega a um ente ‘sobrenatural’, portador da santíssima trindade: a onipotência, a onipresença e a onisciência do partido incontestável, como sugerem nas entrelinhas alguns dos nossos contestadores...” (Antonio Delfim Netto. Política, 2014).

“É preciso conciliar o mercado e a Justiça, ou seja, a eficiência e a equidade, e fazer prevalecer o direito como instrumento de desenvolvimento, regulando e incentivando o mercado” (Arnoldo Wald, Os efeitos e desafios da globalização, p. 4).

É necessário afastar o preconceito apriorístico contra o agronegócio, como demonstram as estatísticas:

“O agronegócio poderá acrescentar quase um ponto percentual à taxa de crescimento esperada para o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro neste ano, o que poderá significar algo muito próximo da metade do índice entre 2% e 2,5% esperado pela maioria dos consultores. Nas previsões da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), o agronegócio, que respondeu por pouco mais de 22% do PIB nacional em 2012, deverá crescer algo entre 4% e 4,5%, mais do que repondo a queda verificada em 2012, quando a estiagem severa levou à quebra na produção de soja e milho no Sul e no Nordeste do país e a crise mais ampla no setor industrial agravou o cenário para a agroindústria”.

“A revista ‘The Economist’, que circula em todos os continentes nesta semana, anuncia ao mundo que o agronegócio brasileiro conseguiu atingir ganhos enormes de produtividade, revelando-se o motor do crescimento futuro do Brasil.

“Ao mesmo tempo em que a revista chama a atenção para as oportunidades desperdiçadas e para o desafio urgente de superar a perda

de competitividade da indústria brasileira, sugere que ‘o país poderia priorizar um dos poucos setores em que a produtividade tem crescido de forma constante nos últimos anos: a agricultura’” (Katia Abreu, senadora e presidente da CNA – Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. Sal em carne boa!, *Folha de São Paulo*, 28.09.2013, caderno Mercado).

O protecionismo é outro malefício a ser afastado. Elio Gaspari, ao publicar seu livro *A ditadura envergonhada* (2002:18), registrou ironicamente o atraso suportado com as restrições à importação de computadores, nos anos 1980:

“Este livro não existiria sem a ajuda dos seis modelos de computadores surgidos durante o tempo que levou para ser escrito. Sinto-me no dever de registrar que, por conta da insana política de reserva de mercado, os dois primeiros chegaram à minha mesa pelos desvãos da alfândega”.

Devemos superar a resistência às privatizações:

“Ao estimular a aversão pelo que é privado, o governo ajuda a perenizar um traço anômalo e atávico da nação brasileira. Desde a chegada de d. João VI, com suas caravelas e dinheiro estatal de sobra, uma parcela significativa dos cidadãos por aqui sonha em se encostar no Estado-nhonhô.

“O que teria acontecido se Steve Jobs fosse brasileiro? Existiria a Apple? Desde os anos 80, a Lei de Informática (alterada, mas válida até hoje!) impede o fácil acesso a componentes eletrônicos. O lobby das empresas nacionais convenceu vários governos a proteger (sic) o país da invasão de tecnologia estrangeira. (...) O país desestimula o empreendedorismo” (Fernando Rodrigues, *Privatofobia*, *Folha de São Paulo*, 23.10.2013, p. A-2).

Urge racionalizar o sistema tributário brasileiro e conter a sanha arrecadadora dos governos, em todos os níveis federativos:

“O País vive na ditadura econômica do Estado e seu braço operacional é o sistema tributário e fiscal. Por ser complexa e abusiva, a tributação e o desperdício a ela associado se tornaram sucedâneos do autoritarismo político, ainda que camuflado pela legalidade formal das medidas provisórias (MPs), de regulamentos e circulares. Prova disso é o reconhecimento da presidente Dilma Rousseff e do seu ministro da Fazenda, ao combaterem a tributação absurda, por meio de

desonerações pontuais das tarifas de energia, dos preços das passagens de ônibus e metrô, dos alimentos, etc. Vários governadores têm tido a mesma sensibilidade. Mas isso não lhes garantirá sono tranquilo. As desonerações pontuais não estabelecem um novo pacto social. É preciso dar o passo decisivo, alterar a Constituição no seu capítulo tributário, simplificando radicalmente o manicômio tributário em que se converteu o sistema atual. A reforma “fatiada” dos impostos fracassou sem ter, de fato, ao menos começado. E, por óbvio, a gestão fiscal das despesas públicas é uma tragédia completa. Aí está o nó da questão social” (Paulo Rabello de Castro, *Marcha contra a ditadura*, O Estado de S. Paulo, 24.07.2013, p. A-2).

“Talvez um dos principais fatores do fracasso econômico do governo (...) com alta inflação, baixo PIB, um dos últimos lugares em crescimento na América Latina, pouco investimento, perda de competitividade internacional e crescimento da esclerosada máquina burocrática- seja o confuso, arcaico e oneroso sistema tributário. Mediante ciclôpicos autos de infração, a produção de complexas normas auxilia a fragilizar as empresas.

“Militando há 55 anos na área fiscal e tendo convivido com os pais do Direito Tributário brasileiro, à época em que as leis eram feitas por juristas e não por ‘regulamenteiros’, tenho acompanhado a deterioração do sistema. O cidadão, jamais consultado, vê-se de mais em mais envolvido num emaranhado de leis, portarias, instruções normativas, soluções de consulta. A única certeza que se apresenta é a insegurança jurídica. (...)

“Creio que, se a presidente Dilma não impuser uma filosofia desenvolvimentista à Receita Federal, (...) dificilmente sairemos dos últimos lugares de desenvolvimento e seu governo continuará a ostentar um dos piores índices da América Latina, com baixo crescimento e alta inflação” (Ives Gandra da Silva Martins, *Naufração tributário*, Folha de São Paulo, 23.01.2013, p. A-3).

A partir do final dos anos 1990, o Brasil vivenciou um processo de transformação e modernização de sua estrutura jurídica, da Administração Pública, da sociedade e dos costumes, do qual foram marcos exponenciais a Lei Federal de Processo Administrativo – Lei 9784/99 – e a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000 (DALLARI e FERRAZ, 2002:19-20).

No entanto, houve um notório refluxo nesse movimento. É preciso afastar o excessivo intervencionismo estatal, para tornar o Brasil mais competitivo:

“O governo controlava e se metia em tudo. Um sistema dessa forma organizado era inibidor do risco e da livre-iniciativa. Até 1881, ou seja, oito anos antes da República, nenhuma sociedade anônima poderia funcionar sem autorização do Conselho de Estado, principal órgão de assessoria do imperador, composto dos homens mais ricos e influentes do país. Era o ‘cérebro da Monarquia’, na definição do historiador e ensaísta mineiro João Camilo de Oliveira Torres. O governo central regulamentava e também amparava as empresas, locais e estrangeiras, autorizando ou proibindo o seu funcionamento, proporcionando subsídios, garantindo juros favorecidos, definindo prioridades e assegurando isenções fiscais.

“Um dos resultados óbvios da excessiva presença do Estado na vida nacional foi a proliferação do empreguismo público. Um levantamento do historiador José Murilo de Carvalho mostra que, em 1877, o Brasil tinha 5,4 funcionários públicos para cada mil habitantes. O índice era mais de duas vezes superior ao dos Estados Unidos nessa mesma época, de apenas 2,4 funcionários por mil habitantes” (GOMES, 2013:100-101).

“O Brasil perdeu 14 posições no ranking de liberdade econômica da Heritage Foundation, centro de pesquisa americano de orientação conservadora que faz esse levantamento há 20 anos. O país aparece na 114ª posição, em um grupo de 178 classificados. Em 2013, o Brasil ocupava a 100ª colocação.

“Na avaliação do instituto, o país é considerado “mostly unfree” (quase limitado) em relação à liberdade econômica. No relatório divulgado ontem, a nota do Brasil foi de 56,9 pontos, uma queda de 0,8 em relação à avaliação feita no ano passado (57,7).

“O indicador avalia dez fatores qualitativos e quantitativos agrupados em 4 pilares: eficiência regulatória, abertura comercial e financeira, tamanho do Estado (arrecadação e gastos do governo) e legislação (em que se analisa o combate à corrupção e o direito à propriedade)” (*Folha de São Paulo*, 16.01.2014, caderno Mercado).

A relação entre governo e mercado deve ser transparente, para gerar confiança recíproca:

“Se o governo (...) não tivesse atuado para ‘administrar’ a inflação, o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo) teria fechado 2013 em mais de 7% – bem acima dos 5,9% registrados oficialmente e da margem de tolerância da meta de inflação (6,5%).

“A estimativa expurga a redução forçada da energia elétrica, o congelamento das tarifas de ônibus e a defasagem do preço da gasolina em relação ao mercado externo, que tanto castiga a Petrobras. (...)

“O problema é que vai se criando um clima de desconfiança no país em relação aos indicadores econômicos. Felizmente ainda estamos longe da Argentina, que partiu para a pura e simples falsificação dos números.

“Mas é uma estrada tortuosa, porque os indicadores são vitais para o planejamento das empresas e do próprio governo. Já é visível no país o desânimo para investir e esse pode ser um dos motivos. (...)

“Quando o paciente está com febre, não adianta quebrar o termômetro” (Raquel Landim. Termômetro quebrado, *jornal Folha de São Paulo*, 15.01.2014, p. A-2).

Por derradeiro, em tempos de globalização econômica é importante enaltecer a necessidade de coesão econômica e social nos continentes. Nesse desiderato, por exemplo, o artigo 2º do Tratado da União Europeia enuncia a competência da Comunidade de promover “um desenvolvimento harmonioso da atividade econômica e as mais estreitas relações entre os Estados membros” (*Diritto dell’Unione Europea: aspetti istituzionali e politiche comuni*, pp. 408-409).

Todavia, a integração desanda na América Latina.

A Argentina enfrenta graves problemas econômicos e crise energética. A inflação de 2013, segundo consultorias, foi de 28,3%, as reservas do país chegaram ao patamar mais baixo desde 2006 (US\$ 29,7 bilhões) e o dólar paralelo bateu seu recorde, sendo negociado a 11,95 pesos. Em dezembro, muitos argentinos de Buenos Aires e de cidades próximas ficaram mais de dez dias sem luz e até sem água. Com esse cenário, a desaprovação à gestão da presidente Cristina Kirchner subiu 20 pontos em três meses, chegando a 66,5%, segundo pesquisa da consultoria Management & Fit (*Folha de São Paulo*, 21.01.2014, caderno Mundo).

O país, com suas crises cíclicas, parece condenado a viver a maldição de Sísifo (ROJAS, 2012:114, 196 197):

“Argentina se está adentrando en una fase altamente riesgosa y vulnerable de su desarrollo, donde el debilitamiento del régimen se hará cada vez más patente, tal como se harán más estridentes sus intentos de frenar esse debilitamiento. En una fase así, será vital la existência de una alternativa sólida: un liderato consistente capaz de nuclear en torno suyo aquel espírito de civilidad y sensatez que necesariamente irá creciendo en la medida en que el kirchnerato asuma formas más contraproducentes y autoritarias de actuar. Se abrirán muchas posibilidades cuando el encanto del populismo se vaya transformando en la desilusión de una realidad que, tarde o temprano, le pasará factura a un régimen que descansa sobre unos cimientos que se harán cada vez más frágeles.

“Serán momentos difíciles pero pueden también ser momentos de esperança. Todo dependerá de la existencia de un referente distinto, trabajado pacientemente y consolidado en torno a una alternativa coherente. Será una de esas ventanas de oportunidad que se abren de vez en cuando y que permiten hacer una historia diferente a aquella que parecia predestinada a acontecer. Si así llegase a ocurrir, Argentina tendría una posibilidad de romper ese síndrome del eterno retorno que la condena a revivir sus pesadillas pasadas”.

Também é preocupante a crise econômica na Venezuela, onde o presidente Nicolás Maduro aprovou a “Lei Habilitante”, a qual lhe permite legislar por decretos. Declarou “guerra econômica” e impôs medidas como: estabelecimento de um teto para aluguéis de imóveis comerciais; “prisão imediata” para comerciantes que remarcarem seus preços, após as inspeções do governo; imposição de lucro máximo de 30% para empresários no país; e criação de um órgão para fiscalizar e supervisionar o fluxo de dólares negociados no câmbio oficial (*Folha de São Paulo*, 30.11.2023, caderno Mundo).

Nesse cenário, a Colômbia é o país de melhor desempenho econômico na América Latina:

“Um país que superou os anos negros da guerrilha urbana, investe em infraestrutura pesada e aposta em reformas nada populares que mexeram na folha de pagamentos, nos benefícios sociais e na partilha

dos impostos. É a Colômbia, país latino-americano que mais melhorou o ambiente de negócios segundo o Banco Mundial.

“Sem malabarismos nas contas públicas, o país vizinho desbancou o Brasil do posto de ‘queridinho’ dos mercados internacionais. E já colhe os resultados alcançados: crescimento de 5,1% em 2013, de longe o maior do continente (no Brasil, a previsão é 2,3%), inflação em 1,8% (a brasileira está em 5,7%) e juros de 3,25% ao ano (10% no Brasil). Na comparação com os indicadores brasileiros, só perde no emprego – o desemprego colombiano está em 7,8%; no Brasil desceu a 4,6%.

“Para Mauricio Cárdenas, ministro da Fazenda da Colômbia, a credibilidade do país também se traduz no valor de mercado da petroleira Ecopetrol, que tem 80% das ações nas mãos do governo. A colombiana tem um terço do tamanho da Petrobras, mas em valor de mercado já se aproxima da brasileira: desde novembro de 2007, quando entrou na Bolsa, saltou de US\$ 27 bilhões para US\$ 80 bilhões. A brasileira, que fez a maior oferta de ações do planeta em 2010 (US\$ 70 bilhões), despencou de US\$ 197 bilhões para US\$ 90 bilhões. Para Cárdenas, a diferença entre as estatais é a gestão. ‘Tem que ser muito transparente para dar subsídios’” (Folha de São Paulo, 06.01.2014, caderno Mercado).

Ou aderimos ao multilateralismo comercial – nos eixos Sul-Sul e Norte-Sul – ou manteremos “uma muralha anacrônica que nos isola dos fluxos da globalização” (Demétrio Magnoli. Ilha Brasil, *Folha de São Paulo*, 07.12.2013, caderno Poder).

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Katia. *Sal em carne boa!*, jornal *Folha de São Paulo*, edição de 28.09.2013, caderno Mercado.

ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James A. *Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Buenos Aires: Ariel, trad. Marta García Madera, 2013.

ANDRADA, Bonifácio de. *Direito Constitucional moderno e a nova revisão da Constituição*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. São Paulo: Moderna, 1986.

- ATTALI, Jacques. *Karl Marx ou o espírito do mundo*. Rio de Janeiro: Record, trad. Clóvis Marques, 2007.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARBOSA LIMA SOBRINHO. *Sistemas Eleitorais e Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1956.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Direito Constitucional Contemporâneo e Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, captado em 16.12.2013, texto elaborado em dezembro de 2008.
- _____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, abril-junho de 2005, pp. 1-42.
- BASTIDE, Roger. *Brasil, Terra de Contrastes*. São Paulo: Difel, trad. Maria Isaura Pereira Queiroz, 1975.
- BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, trad. Luiz Carlos F. de Paula Xavier, 1970.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, trad. Carlos Nelson Coutinho, 1996.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UnB, trad. Carmen C. Varriale et al, vol. 1, 5ª ed., 2000.
- BOFF, Leonardo. *Igreja: carisma e poder*. Petrópolis: Vozes, 3ª ed., 1982.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2003.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 9ª ed., 1976.
- CAGNONI, José Aníbal. La Reforma del Estado, Hoy e Aquí, in Estado -Administración. Su Reforma en el Presente. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista: ensaio sobre o Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- CALDEIRA, Jorge et alii. *História do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar, Tomo I, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique e FALETTO, Enzo. *Dependencia y desarrollo en América Latina*. México: Siglo XXI, 1969.

CARDOSO, Fernando Henrique. *O modelo político brasileiro*. Rio de Janeiro: Difel, 3ª ed., 1977.

CARLOMANGO, Marcos Cantera. *El Tercer Uruguay*. Montevideo: Fin de Siglo, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1996.

CASTRO, Paulo Rabello de. Marcha contra a ditadura, *jornal O Estado de S. Paulo*, 24.07.2013, p. A-2.

CHAUÍ, Marilena. *Filosofia*. São Paulo: Ática, 2005.

CINTRA Júnior, Dyrceu Aguiar Dias. *Magistratura Democrática e Direito Alternativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Editora RT, vol. 690, abril de 1993, pp. 267-272.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Os Valores do Direito Comercial e a Autonomia do Judiciário*. Brasília: Revista da Escola Nacional da Magistratura, nº 2, outubro de 2006, pp. 82-89.

CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Livrarias Aillaud e Bertrand, sem referências ao tradutor e ano da edição.

DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DaMATTA, Roberto. *O Que Faz o Brasil, Brasil?*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e Filosofia*, Livraria Editora Politécnica, 1952.

Diritto dell'Unione Europea: aspetti istituzionali e politiche comuni. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, a cura di Antonio Verrilli, 15ª ed., 2007.

DORTIER, Jean-François. *Dicionário de Ciências Humanas*. São Paulo: Martins Fontes, trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar (coord.), 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Presidencialismo exacerbado, Legislativo fragilizado e Judiciário politizado*, in MARTINS, Ives

Gandra da Silva (organizador). *Princípios constitucionais relevantes: a Constituição interpretada pelo Conselho Superior de Direito da FecomercioSP*. São Paulo: Fischer2, vol. 1, 2011, pp. 105-116.

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Política y revisión judicial*, palestra proferida na Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 23.10.2013, *in Derecho al día*, Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 21.11.2013, p. 2.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato: Confronto com o Direito Europeu Futuro*. São Paulo: Editora RT, 2011.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Law in America: a shirt history*. New York: A Modern Library, 2004.

FUX, Luiz. *Impacto das Decisões Judiciais na Concessão de Transportes*. Brasília: Revista da Escola Nacional da Magistratura, Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 5, maio de 2008, pp. 8-21.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, trad. Galeano de Freitas, 36ª edição, 1994.

GALVES, Carlos. *Manual de Economia Política Atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 8ª ed., 1985.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas*. Rio de Janeiro: Revam, trad. Maria Luiza de Carvalho, 1999.

GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Estabilidade é progresso, jornal O Estado de S. Paulo*, edição de 24.07.2013, p. A-2, seção Opinião.

_____. *Ética para principiantes, O Globo On Line*, <http://www.oglobo.com.br>, 05.07.2007.

_____. *O Direito Administrativo e o Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2005.

_____. *Os princípios do direito penal e o direito administrativo sancionador, in Servidor Público – Estudos em Homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, coord. Cristiana Fortini, 2009, pp. 405-449.

_____. *Segurança jurídica no mercado de energia elétrica*. Rio de Janeiro: revista *Justiça & Cidadania*, nº 157, setembro de 2013, pp. 34-38.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GLASBEEK, H. and MANDEL, M. *The Legalization of Politics in Advanced Capitalism*, in ELLIOTT David W. and Warskett, Rosemary E. *Introduction to Public Law: Readings on the State, The Administrative Process, and Basic Values*. North York, Ontario: Captus Press, 4^a ed., 1999.

GOMES, Conceição. *Os atrasos da Justiça*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

GOMES, Laurentino. *1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil*. São Paulo: Globo, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. 1997. *A Dimensão da Magistratura*. São Paulo: Editora RT, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 10^a ed., 1984.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: Malheiros, 3^a ed., 1997.

_____. *Princípios, a (in)segurança jurídica e o magistrado*. Belo Horizonte: revista *Amagis Jurídica*, Associação dos Magistrados Mineiros, n^o 7, janeiro-junho de 2012, pp. 1-6.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, trad. Waltensir Dutra, 16^a ed., 1980.

LANDIM, Raquel. *Termômetro quebrado*, jornal *Folha de São Paulo*, 15.01.2014, p. A-2.

LARRAQUY, Marcelo. *Recen por él*. Buenos Aires: Sudamericana, 2013.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 3^a ed., 1974.

MAGNOLI, Demétrio. *Ilha Brasil*, *Folha de São Paulo*, 07.12.2013, caderno Poder.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Harmonia e independência dos Poderes*, in MARTINS, Ives Gandra da Silva (organizador). *Princípios constitucionais relevantes: a Constituição interpretada pelo Conselho Superior de Direito da FecomercioSP*. São Paulo: Fischer2, vol. 1, 2011, pp. 93-102.

_____. *Naufração tributário*, jornal *Folha de São Paulo*, 23.01.2013, p. A-3.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 10^a ed., 1988.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora RT, 3^a ed., 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I, 6^a ed., 1997.
- NETTO, Antonio Delfim. *Confiança*, jornal *Folha de São Paulo*, 19.09.2012, p. A-2.
- _____. *Política*, jornal *Folha de São Paulo*, 22.01.2014, p. A-2.
- NEWMAN, Edwin L. *Liberdade e Direitos Civis*. Rio de Janeiro: Forense, trad. Ruy Jungmann, 1967.
- NÓBREGA, Maílson da. *Capitalismo: êxito ou fracasso?* São Paulo: revista *Veja*, Editora Abril, 10.07.2013, pág. 20.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora RT, 2000.
- PAZ, Octavio. *1970-79: Tempo Encoberto*, in *A Conquista do Espaço Político*. São Paulo: *Jornal da Tarde*, coletânea de ensaios, 1983, p. 23-47.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, trad. Maria Cristina De Cicco, 2^a ed., 2002.
- RAKITSKI, Boris. *A economia como questão política: ensaio sobre a estratégia leninista de direcção da economia*. Moscou: Edições Progresso, trad. Leão Piatigórski, 1979.
- REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora RT, 2003.
- _____. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REVEL, Jean-François. *A Obsessão Antiamericana*. Lisboa: Bertrand Editora, trad. Victor Antunes, 3^a ed., 2003.
- RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Campinas: Bookseller, trad. Osório de Oliveira, 2^a ed., 2002.
- RODRIGUES, Fernando. *Privatofobia*, jornal *Folha de São Paulo*, 23.10.2013, p. A-2.
- ROJAS, Mauricio. *Argentina. Breve historia de un largo fracaso*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 2012.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SCHWARTSMAN, Hélio. *Nações que fracassam, portal Folha de São Paulo*, <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/1115163-nacoes-que-fracassam.shtml>, 05.07.2012.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, trad. Carlos Nayfeld, 1966.

SENNA, José Júlio. *Os parceiros do rei: herança cultural e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2ª ed., 1995.

SHIVELY, W. Phillips. *Pouvoir et décision: introduction à la science politique*. Montréal: Chenelière Mc-Graw Hill, traduction Marie-Claude Désorcy et Jules-Pascal Venne, 3ª ed., 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora RT, 6ª ed., 1990.

_____. *O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)*. São Paulo: Malheiros, 2011.

STERN, David S. *Breve Historia del Derecho Constitucional Contemporáneo Norteamericano*. México: Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XXXVII, janeiro-julho 1987.

STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Econômico Geral*. São Paulo: Saraiva, trad. António Francisco de Sousa, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *E o professor me disse: “Isso é assim mesmo!”*, revista *Consultor Jurídico*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/senso-incomum-professor-me-disse-isso-assim-mesmo>, 30.08.2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck. *O Juiz e a Democracia no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Cadernos CEDES, Centro de Estudos de Direito e Sociedade (CEDES-IUPERJ), fevereiro de 2006.

WALD, Arnoldo. *Os efeitos e desafios da globalização*, in WALD, Arnoldo, MARTINS, Ives Gandra da Silva e PRADO, Ney (coordenadores). *O Direito Brasileiro e os desafios da economia globalizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 3-5.

INTERNET

Consultor Jurídico. <http://www.conjur.com.br/2013-nov-26/poupadores-bancos-exageram-impacto-decisao-stf-expurgos>, 26.11.2013.

_____. <http://www.conjur.com.br/2013-dez-12/roberto-barroso-quarto-voto-fim-doacoes-eleitorais-empresas>, 12.12.2013.

Folha de São Paulo. <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/1115163-nacoes-que-fracassam.shtml>, 05.07.2012.

Ordem dos Advogados do Brasil. <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, captado em 16.12.2013, texto elaborado em dezembro de 2008.