

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 29

Nº 1 - Nov.2018/Abr.2019

Luís Gonzaga Pinto da Gama,
Advogado e Abolicionista

The logo for EMARF (Escola da Magistratura Regional Federal) features a stylized graphic of three curved lines above the acronym "EMARF" in a bold, sans-serif font.

EMARF



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 29
Nov.18/Abr.19

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2018 - volume 29, n. 1
(nov.2018/abr.2019)

Semestral

Disponível em: <<http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf>>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional
Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretora de Cursos e Pesquisas

Desembargadora Federal Simone Schreiber

EQUIPE DA EMARF

Pedro Mailto de Figueredo Lima - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Carlos Roberto de Assis Lopes

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana de Oliveira

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Lívia Peres Rangel

Rayane Ferreira Machado Daher

Conselho Editorial

Agostinho Teixeira de Almeida Filho, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador, Brasil

Alberto Nogueira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Alberto Nogueira Jr., Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Américo Bedê Freire Jr., Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ana Paula Vieira de Carvalho, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

André Ricardo Cruz Fontes, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Artur de Brito Gueiros de Souza, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Augusto Guilherme Diefenthaler, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil.

Caio Márcio Gutterres Taranto, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carmem Tiburcio, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Celso de Albuquerque Silva, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Eugênio Rosa de Araújo, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Guilherme Couto de Castro, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Helena Elias Pinto, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Leonardo Greco, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Brasil

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Firly Nascimento Filho, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Flávio de Oliveira Lucas, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Luís Greco, Universidade da Alemanha, Alemanha

Luiz Antonio Soares, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Abraham, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Nadia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Pedro Marcos Nunes Barbosa, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Poul Erik Dylund, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Reis Friede, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodolfo Kronenberg Hartmann, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodrigo de Souza Costa, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Rogério Dutra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Sérgio D'Andrea Ferreira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Silvana Batini César Góes, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Theophilo Antonio Miguel Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal ANDRÉ R. C. FONTES

Vice-Presidente

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Corregedora-Geral

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Membros

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

SUMÁRIO

O COMPORTAMENTO DA CARGA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: FATORES EXPLICATIVOS E O SEU ENVOLVIMENTO COM O GRAU DE INFORMALIDADE DA ECONOMIA	11
Albertina Maria Anastácio	
EM DEFESA DA DEMOCRACIA RACIAL	53
Alberto Nogueira Júnior	
A SEMÂNTICA COMO MEDIADORA ENTRE O FENÔMENO E O MAGISTRADO.....	59
Alexandre Chini e Marcelo Morais Caetano	
AS COMUNIDADES QUILOMBOLAS E SUAS RELAÇÕES COM OS INDÍGENAS.....	73
André R. C. Fontes	
A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES AMBIENTAIS EMPRESARIAIS.....	87
André Sá do Espírito Santo	
A VERSÃO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	103
Cássio Benvenuti de Castro	
O JUDICIÁRIO E O PLURALISMO POLÍTICO: LEVANDO O DESACORDO MORAL A SÉRIO	135
Eduardo Aidê Bueno de Camargo	
ABRANGÊNCIA DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA, NO NOVO CPC, À PRESCRIÇÃO	165
Felipe Barreto Marçal e Mauricio Rafael Antunes	
NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE SOB A ÓTICA DO DIREITO PORTUGÊS E O EXAME NEUROLÓGICO P300	177
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
O SEMINÁRIO NACIONAL QUILOMBOLA “O QUE VEM DEPOIS DA ADI 3239”.....	199
Humberto Adami Santos Junior	
CONVERSÃO DE MULTAS AMBIENTAIS	207
Jessé Torres Pereira Júnior e Thaís Marçal, Advogada	
ENTRE A JUSTA CAUSA E O IN DUBIO PRO SOCIETATE	213
Lucas Groth	

Sumário

O MERCADOR DE VENEZA E A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS	235
Mariana de Athayde Ferreira	
RESTRIÇÕES ÀS REIVINDICAÇÕES DE NOVOS USOS NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: REFLEXOS DE POLÍTICAS ERRÁTICAS RELATIVAMENTE À PROPRIEDADE INDUSTRIAL	305
Rafael Bianchini Abreu Paiva	
PANORAMA GERAL DAS LICITAÇÕES NA LEI 13.303/2016 (LEI DAS ESTATAIS) ...	327
Rafael Carvalho Rezende Oliveira	
DA JUSTA REMUNERAÇÃO DA MAGISTRATURA: UM PONTO DE VISTA.....	347
Reis Friede	

O COMPORTAMENTO DA CARGA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: FATORES EXPLICATIVOS E O SEU ENVOLVIMENTO COM O GRAU DE INFORMALIDADE DA ECONOMIA

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: O presente estudo tem por escopo a demonstração da relação de dependência da informalidade como uma das variáveis de composição da carga tributária. Inicialmente, são apresentados alguns pontos da tributação brasileira, por meio de conceitos, classificações e institutos jurídicos e econômicos e o que mais se ofereça. Em segundo plano, é analisada a variável da informalidade, em seus aspectos mais relevantes. Hodiernamente, a informalidade apresenta várias vertentes. Sob o prisma da *atividade econômica*, considera-se uma atividade informal, quando não está constituída, em cumprimento às exigências legais, como por exemplo, o registro perante os Órgãos estatais, quais sejam, a Junta Comercial, as Receitas Federal, Estadual e Municipal, dentre outros. Sob o enfoque do *mercado de trabalho*, conceito mais amplo, a informalidade é analisada, através de empregados sujeitos à legislação trabalhista, cobertos tanto pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), quanto pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS); além do *mercado de trabalho informal propriamente dito*, que compreende a agregação dos trabalhadores autônomos (ou por conta própria) aos empregados não registrados, segundo as normas trabalhistas vigentes. Por fim, é desenvolvida uma análise comportamental da relação de dependência da alta carga tributária com a informalidade brasileira, interagindo, assim, o Direito e a Economia.

Palavras- Chave: Direito e Economia. Carga Tributária. Informalidade. Fatores Explicativos.

¹ Doutoranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

INTRODUÇÃO

A ideia de uma variável independente compreende que a mesma é incondicionada, enquanto que a variável dependente está subordinada à outra medida. Nesse condão, o presente trabalho expõe variáveis num modelo econômico para que se possa refletir a correlação das mesmas.

Uma parte significativa da doutrina entende que a carga tributária sendo alta, provoca o aumento da informalidade. Mas, nem sempre, esse instituto econômico é nascedouro do aumento da carga tributária. Dessa feita, o presente estudo, em sentido inverso, procura refletir, à luz do pensamento, de que a carga tributária é a variável dependente, considerando a informalidade como a principal variável independente, malgrado existam diversas variáveis independentes no modelo econômico apresentado.

A grande questão é que o informal não recolhe os seus tributos e uma corrente da bibliografia defende que uma das causas mais significativas do aumento da carga tributária, seria a informalidade. Diante do tema a ser tratado, o presente estudo busca discutir e testar **EM QUE MEDIDA A CARGA TRIBUTÁRIA SE RELACIONA COM O GRAU DE INFORMALIDADE.**

O tema será desenvolvido em 03 (três) partes, quais sejam: **PARTE I: CARGA TRIBUTÁRIA; PARTE II: INFORMALIDADE e PARTE III: COMO ASSOCIAR A CARGA TRIBUTÁRIA AO FENÔMENO DA INFORMALIDADE.** No intuito de aprimorar os conceitos jurídicos e econômicos, será realizada, inicialmente, uma apresentação da causalidade, como também, uma análise das variáveis consideradas no modelo econômico, em comento.

1. O ESTUDO DA CAUSALIDADE NO PRESENTE MODELO ECONÔMICO

A determinação da causa e efeito de um evento auxilia ao pesquisador a exercer maior controle sobre o evento; o que explica a razão do estudioso, embora, tenha conhecimento suficiente e experiência quanto ao tema pesquisado, em regra, ele não consegue identificar todas as variáveis exógenas ou intervenientes relativas ao modelo, ou seja, todas as variáveis independentes não relacionadas com o objeto da pesquisa, mas que de alguma forma, podem interferir na variável dependente ou endógena.

Nesse giro, a relação de causalidade entre as variáveis exógenas e endógena

sobre a temática se trata de uma curva com declividade negativa, que de um lado, temos a carga tributária, como variável (y) e de outro, a informalidade, tendo em vista a seguinte relação de causa-efeito determinante:

$$Y = f(x)$$

Sendo que **y = carga tributária** e

x = informalidade

Considerando a relação de causalidade, ora exposta, importa realizar as variáveis que irão compor o modelo.

2. ANÁLISE PRELIMINAR DAS VARIÁVEIS CONSIDERADAS NO PRESENTE MODELO ECONÔMICO

Ab initio, a pesquisa apresentada será desenvolvida através do estudo de algumas variáveis relevantes, inclusive a sua extensão, para que a análise do modelo, em comento, seja mais produtiva.

2.1. VARIÁVEL DEPENDENTE: CARGA TRIBUTÁRIA

Grande parte dos autores analisa a carga tributária, sob o enfoque das respectivas bases de incidência, quais sejam: o comércio exterior, os tributos sobre a renda, sobre os bens e serviços, dentre outros. Esta é a metodologia adotada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), no intuito de equiparar valores dentre os diversos Países. Mas, deve ser observado, que é preciso bastante cuidado à análise internacional da carga tributária, posto que ao realizar um estudo comparado, a base de cálculo refere-se às sociedades distintas, assim como distinto é o próprio sistema tributário de cada Estado.

Por sua vez, o antigo sistema das contas nacionais adota como metodologia, a classificação *binária*, em diretos e indiretos, considerando que, anos atrás, acreditava-se que os impostos diretos não eram transferidos e os indiretos eram transferidos a um “consumidor final”. Hoje, esta ideia está ultrapassada, considerando que a transferência irá depender das circunstâncias do mercado. Dessa feita, o Instituto Brasileiro Geográfico e Estatístico (IBGE), também já abandonou, desde 1997, essa classificação binária da carga tributária.

Diante disso, a carga tributária será analisada consoante a metodologia do próprio FMI, qual seja, pelo estudo das respectivas bases de incidência (tributos sobre a renda; tributos sobre bens e serviços; tributos sobre a folha de salários; tributos sobre a propriedade e tributos sobre as operações financeiras). Como bases de incidência, são adotadas as seguintes: comércio exterior, bens e serviços, renda e propriedade.

No que diz respeito ao comércio exterior, é mister esclarecer que as barreiras tarifárias exercem grande influência para a carga tributária. Por outro lado, o sistema tributário nacional é muito dependente dos impostos sobre a produção e a circulação de bens e serviços. No que diz respeito aos tributos relativos tanto à renda, quanto à propriedade, vale acrescentar, que essas modalidades de tributos não geram grande aproveitamento, no Brasil, tendo em vista a alta elevação da concentração da riqueza.

Varsano (1988) reconhece que a alta carga tributária é um reflexo, inclusive, do esforço tributário da sociedade, que no Brasil, é relativamente elevado, bastante superior ao médio dos países considerados em sua pesquisa. Segundo ele, a carga tributária está associada à ideia de sacrifício, uma vez que o consumo privado individual é compulsoriamente reduzido para dar espaço à provisão de bens públicos. Convém esclarecer que o critério do esforço tributário é muito impreciso conforme explica Varsano em seus estudos, para ser considerado como uma variável da presente relação. Ele também aponta, ainda, outras variáveis, a saber:

- a) a renda, por ser a remuneração dos fatores de produção;
- b) a população total ou absoluta, qual seja, o número de habitantes de um lugar, sejam nacionais ou estrangeiros;
- c) o saldo da balança comercial, posto que todos os países adotam o princípio do destino na tributação do comércio exterior, reduzindo, assim, o tamanho da base disponível a ser tributada, tendo em vista que os países tem que precisam tributar importações e isentar exportações. Logo, quanto maior o saldo, menor a capacidade tributária do país;
- d) a participação da população em idade de trabalhar na população total, tendo em vista que essa população é a responsável pela geração do Produto Interno Bruto (PIB), modificando, assim, o volume de arrecadação tributária e a inflação como um fator redutor da tributação possível, através do conhecido efeito Tanzi, ou seja, a corrosão da arrecadação pela inflação em virtude do

tempo decorrido entre o lançamento e o recolhimento dos tributos. Tal fator poderia ter efeito significativo em países com níveis elevados de inflação.

Varsano conclui que apenas três variáveis, quais sejam, o PIB, a população e a participação da população no PIB, em idade de trabalhar apresentaram coeficientes significativos em sua pesquisa, assim como, as variáveis distribuição de renda, variação da inflação, bem como, participação do PIB industrial no PIB total não se mostraram significativas nos testes realizados.

2.2. VARIÁVEL INDEPENDENTE: INFORMALIDADE

A legislação brasileira considera como trabalhadores registrados, aqueles possuidores de carteira de trabalho assinada, garantindo uma diversidade de direitos trabalhistas amparados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Por consequência, existem alguns defensores da ideia de que os informais são formados pelo grupo de pessoas que deveriam ter o registro na carteira de trabalho, mas não são registrados pelos seus empregadores. Por seu turno, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) inclui como informais, as pessoas sem remuneração e os autônomos.

Convém mencionar outra parte da doutrina que considera como informais, as pessoas que não são seguradas pela Previdência Social e são observadas, por ocasião da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD/IBGE), o que se depreende que a informalidade brasileira é analisada não sob uma preocupação social e sim, fiscal.

No Brasil, os trabalhadores são muito heterogêneos. Não apenas por uma questão de sobrevivência, mas sim, por uma busca de melhor qualidade de vida, por exemplo, alguns preferem ser informais, buscando ter uma flexibilidade de horário para trabalhar. Existem, ainda, aqueles que são mais idosos e retornam ao mercado de trabalho, pela informalidade.

É mister ressaltar a existência de diversos enfoques a respeito da informalidade, assim, por exemplo, Para uns, o setor informal é analisado, sob o enfoque da produção de bens e serviços, legais ou não, que não são capturados pelas estimativas do PIB. Por seu turno, a informalidade também é considerada por outro grupo da doutrina, como decorrentes das atividades contributivas para o cálculo do PIB, mas sem registro; o que enseja a pensar que as atividades poderiam ser tributadas, caso fossem registradas perante a Fazenda Pública. Esses

são alguns entendimentos, mas vale frisar que existem muitas outras reflexões sobre a informalidade, tendo em vista a multiplicidade de vertentes.

2.3. DEMAIS VARIÁVEIS INDEPENDENTES

Convém apontar outras variáveis que, sob um ângulo, influenciam o comportamento da variável dependente, qual seja, a carga tributária.

2.3.1. Renda *Per Capita*

A renda é uma variável independente, mesmo porque se trata de um das bases de incidência para o poder tributante do Estado. A renda *per capita* ou rendimento *per capita* é a soma dos salários de toda a população, dividido pelo número de habitantes e consiste na divisão da renda nacional pela sua produção. A análise da renda *per capita* contribui sobremaneira para se chegar ao grau de desenvolvimento de um país ou região. Por sua vez, o tamanho médio das empresas, assim como a distribuição funcional da renda causam efeitos à capacidade tributária. Isto porque quanto maiores as empresas e a participação da renda do trabalho na renda total, torna-se mais fácil o controle da base imponible.

2.3.2. Mercado de Trabalho

A análise do mercado de trabalho é muito importante para o estudo do comportamento da carga tributária. Questões como emprego x desemprego; formalidade x informalidade, dentre outras, causam efeitos significativos para a base de cálculo do tributo; o que justifica a relevância desse estudo. Nesse sentido, considera-se como força de trabalho, o número total de trabalhadores empregados e desempregados.

Desde outubro de 1984, é realizada na Região Metropolitana de São Paulo, a Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED), com o condão de, através da amostragem probabilística, fornecer informações sobre o mercado de trabalho urbano. Hoje, a PED já está presente também em outras regiões metropolitanas, tais como, Belo Horizonte e Salvador. O fornecimento dos dados pela PED auxilia a análise das características do mercado de trabalho regional, contribuindo, assim, para o estudo da evolução conjuntural.

Nesse seguimento, o mercado de trabalho irá ser analisado sob o prisma das seguintes variáveis:

2.3.2.1 Emprego

Emprego é a relação em que o possuidor dos meios de produção remunera pelo trabalho de terceiros, para realizar um trabalho. Por sua vez, a procura de emprego é o processo em que os indivíduos encontram empregos, de acordo com as habilidades pessoais e preferências.

2.3.2.2 Desemprego

Desemprego é a condição em que as pessoas, em idades ativas, malgrado procurem empregos, ficam sem qualquer atividade econômica, por um certo tempo.

A taxa de desemprego é uma porcentagem da população economicamente ativa, que, no Brasil, é medida além do IBGE, pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (SEADE) e o Departamento Intersindical de Estatística e Estudo Sócio-Econômicos (DIEESE).

É mister esclarecer que o IBGE utiliza em sua metodologia, o critério do desemprego aberto, em que são considerados desempregados, somente aqueles que no período, em referência, estavam disponíveis para trabalhar e procuraram emprego.

Por sua vez, o SEADE e o DIEESE, ao realizarem a PED, adotam o critério de desemprego total, adotando como critério de desemprego, inclusive, o desemprego oculto, qual seja a espécie de desemprego em que as pessoas não buscaram por novos empregos, seja porque exerciam um outro trabalho precário, ou mesmo, por desalento. Dessa forma, nas regiões abrangidas pela PED, é possível encontrar diferenças grandes ao se realizar a comparação entre os índices do IBGE, da SEADE, bem como do DIEESE.

Vale esclarecer, por oportuno, que uma taxa de crescimento demográfico alta não se constitui na causa de maior peso na subutilização da força de trabalho. O problema se deve basicamente a graves desequilíbrios e inadequações nos sistemas econômicos e sociais desses países, como por exemplo, a má distribuição de renda.

Vivian Machado de Oliveira Rodrigues (2007) identifica seis causas da expansão do trabalho informal brasileiro e das regiões metropolitanas, quais sejam:

- i) o descompassado crescimento demográfico urbano;
- ii) a abertura comercial brasileira;
- iii) a reestruturação produtiva e econômica;
- iv) a terceirização e a flexibilização, diante de uma ausência de mediação do Estado;
- v) as novas tecnologias (conhecidas como “poupadoras de mão-de-obra”);
- vi) a elevada carga tributária do país. Elas serão analisadas nas próximas etapas do trabalho.

2.3.3. Salário

No capitalismo, o salário é o preço oferecido ao empregado, pelo capitalista, como pagamento pelo aluguel de sua força de trabalho, por um determinado período de tempo, podendo, na visão neoclássica, ser calculado pela produtividade marginal do trabalho.

2.3.4. Contribuições sobre os Salários

No plano internacional, as contribuições sobre os salários perfazem a principal base de sustentação financeira dos sistemas previdenciários. Assim, em tais Países, em regra, uma parcela importante da carga tributária destina-se ao financiamento da Previdência Social.

2.3.5. População Total

A população é o número total de nacionais ou estrangeiros, na região observada, que irá apresentar aumento ou redução, ao longo do tempo. A distribuição populacional é realizada por categorias, em regra, por sexo e idade. Quanto maior for a população total de uma região, maior a sua capacidade tributária. Trata-se de uma relação diretamente proporcional.

2.3.6. População em Idade de Trabalhar na População Total

Em consonância com explicações anteriores, pela análise da pesquisa

apresentada por Varsano (1988), o estudo da proporção da população em idade de trabalhar na população total irá ser relevante para o cálculo da carga tributária, tendo em vista que essa variável influencia sobremaneira o PIB.

2.3.7. Produto Interno Bruto (PIB)

A análise do PIB leva a reflexões, sobretudo pela ponderação de algumas questões, no estudo do tema, como por exemplo: o estudo da participação da população (na variável população total) em idade de trabalhar, como fator gerador do PIB, bem como, a análise dos tributos sobre bens e serviços, que também geram uma parte da arrecadação e o que o restante da população também consome.

Para o sistema de contas nacionais, o produto interno bruto tem uma visão *tripartite*, sob a ótica da produção, despesa e renda, pelo que se pode observar adiante.

Produto interno bruto Total dos bens e serviços produzidos pelas unidades produtoras residentes destinados ao consumo final sendo, portanto, equivalente à soma dos valores adicionados pelas diversas atividades econômicas acrescida dos impostos, líquidos de subsídios, sobre produtos. O produto interno bruto também é equivalente à soma dos consumos finais de bens e serviços valorados a preço de mercado sendo, também, equivalente à soma das rendas primárias. Pode, portanto, ser expresso por três óticas:

*a) **da produção** – o produto interno bruto é igual ao valor bruto da produção, a preços básicos, menos o consumo intermediário, a preços de consumidor, mais os impostos, líquidos de subsídios, sobre produtos;*

*b) **da despesa** – o produto interno bruto é igual à despesa de consumo das famílias, mais o consumo do governo, mais o consumo das instituições sem fins de lucro a serviço das famílias (consumo final), mais a formação bruta de capital fixo, mais a variação de estoques, mais as exportações de bens e serviços, menos as importações de bens e serviços; e*

*c) **da renda** – o produto interno bruto é igual à remuneração dos empregados, mais o total dos impostos, líquidos de subsídios, sobre a produção e a importação, mais o rendimento misto bruto, mais o excedente operacional bruto. (Grifos nossos)*

(IBGE, 2017, ps. 16/17- IBGE. Contas Nacionais. N. 56: Sistema de Contas Nacionais 2015. Disponível em: (Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101289_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 15/08/2018).

2.3.8. Inflação

A inflação, segundo alguns, é a queda do poder de compra do dinheiro. Assim, ocorre inflação quando os preços dos bens e serviços aumentarem de forma generalizada, provocando uma perda do poder aquisitivo da moeda.

Quanto aos tributos, a inflação por ser um redutor da tributação, também é considerada uma variável dependente da carga tributária, ante a corrosão da arrecadação pela inflação, tendo em vista o tempo decorrido entre o lançamento tributário e o recolhimento tributário (efeito Tanzi).

Cumpramos esclarecer que o italiano Vito Tanzi, ao estudar a relação entre a arrecadação fiscal e as taxas de inflação, ao longo do tempo, reconheceu um efeito, chamado na economia, de "Efeito Tanzi". Segundo ele, existe uma defasagem entre a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e o momento em que o Estado arrecada o respectivo tributo, isto porque deve ser considerada a desvalorização da moeda, em que foi recolhido o tributo. Por consequência, quanto maior for a inflação ao longo desse período, menor será a arrecadação tributária real, pelo Fisco. Nesse giro, num País com elevado índice inflacionário, poderá apresentar um efeito significativo sobre a receita tributária.

PARTE I: CARGA TRIBUTÁRIA

A primeira parte analisa a tipologia da carga tributária, partindo do conceito e da distinção entre carga tributária bruta e líquida, verificando ainda, as suas características mais relevantes.

1. CONCEITO DE CARGA TRIBUTÁRIA

A carga tributária é a parcela de recursos, que o ente da Federação retira dos contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, em prol do financiamento das ações governamentais.

Nesse sentido, impede refletir no conceito de carga tributária bruta, diferenciando da carga tributária líquida.

1.1. CONCEITO DE CARGA TRIBUTÁRIA BRUTA

A carga tributária bruta é a relação entre o montante total da receita pública tributária (classificada como derivada, no orçamento público) e o PIB, que se constitui na soma de todos os bens e serviços produzidos no país ao longo de determinado tempo, qual seja, todos os ingressos aos cofres públicos a título de impostos, taxas e contribuições de melhorias, além dos empréstimos compulsórios e das contribuições sociais. Segundo alguns estudiosos do tema, a carga tributária bruta tem se apresentado com percentuais bem altos, dificultando o crescimento econômico do Brasil. Para o sistema de contas nacionais, carga tributária bruta é o “quociente entre o somatório das arrecadações de impostos, taxas e contribuições e o produto interno bruto”. (2017, IBGE. Contas Nacionais. N. 56: Sistema de Contas Nacionais 2015. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101289_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 15/08/2018, p. 13).

1.2. CONCEITO DE CARGA TRIBUTÁRIA LÍQUIDA

Por sua vez, a carga tributária líquida, de acordo com o critério adotado nas contas nacionais brasileiras, é igual à carga tributária bruta menos os subsídios governamentais concedidos aos produtores privados e as transferências de previdência e assistência social prestada pelo Governo, às famílias e às instituições privadas sem fins lucrativos, que apresenta como conceito:

Carga tributária líquida é o quociente entre o somatório das arrecadações de impostos, taxas e contribuições, deduzido das despesas com subsídios, benefícios e transferências para instituições privadas sem fins lucrativos, e o produto interno bruto.

(Idem, idem, p. 13. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101289_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 15/08/2018).

Em seguimento, urge analisar a tipologia tributária, a seguir.

2. CLASSIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA

Existem 05 (cinco) espécies tributárias, a saber:

2.1. IMPOSTOS

Os impostos são a modalidade de carga tributária, cuja obrigação tem por fato

gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, na forma do artigo 16, do Código Tributário Nacional (CTN): “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”

Assim, o fato que gera a obrigação do tributo, denominado de “fato gerador” é suficiente para que seja exigido do contribuinte o imposto, não precisando haver uma contraprestação estatal em contrapartida. Convém citar como exemplo, a situação de que para ser obrigado a recolher o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), basta praticar o fato gerador desse imposto, que é a posse de um veículo automotor, independente de qualquer atividade estatal específica.

A doutrina classifica os seguintes impostos:

2.1.1. Imposto Pessoal

Pessoal é o imposto que estabelece diferenças tributárias, em função das condições “próprias” do contribuinte. Exemplo: Imposto de Renda sobre Pessoas Físicas (IRPF), que prevê diferenças quanto ao número de dependentes e despesas com educação.

2.1.2. Imposto Real

Real é o imposto que incide sobre o patrimônio em geral, sem considerar os aspectos pessoais do contribuinte. Exemplos: Imposto sobre a Propriedade Predial e Urbana (IPTU) e Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR).

2.1.3. Imposto Direto

O imposto será direto quando forem coincidentes, numa só pessoa, o contribuinte de direito e o contribuinte de fato. O contribuinte de direito é aquele que a lei considera como o contribuinte tributário e o contribuinte de fato é aquele que, na realidade, suporta o ônus tributário. Exemplos: IRPF, IRPJ e IPTU.

2.1.4. Imposto Indireto

No imposto indireto, há dualidade de pessoas, quais sejam, um sujeito passivo direto e outro, indireto. O sujeito passivo direto é o contribuinte de

direito, responsável pelo pagamento do tributo. O sujeito passivo indireto é o contribuinte de fato, qual seja a pessoa que suporta o ônus do imposto. Ex. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS).

2.1.5. Imposto Proporcional

Proporcional é o imposto que tem alíquota única, incidente sobre o valor tributável, em que o montante do tributo irá variar, proporcionalmente, em função do valor tributável. Exemplos:

Alíquota de 5% sobre o valor da prestação do serviço.

Alíquota de 10% sobre produtos industrializados

Alíquota de 15% sobre o valor de mercadorias vendidas

2.1.6. Imposto Progressivo

O imposto progressivo é um imposto proporcional, cuja proporção aumenta à medida que aumenta o valor da base de cálculo. Ex: IRPF.

A progressão pode ser simples ou graduada.

2.1.6.1. Progressão Simples

A progressão simples é aquela em que cada alíquota maior se aplica, por inteiro, a toda matéria tributável.

Exemplo: até R\$ 100.000,00: imposto de 5%;

de R\$ 100.000,01 a R\$ 150.000,00: imposto de 6%.

O cálculo da progressão simples apresenta os seguintes critérios:

2.1.6.1.1. Progressividade por Detração

Na progressividade por detração, a alíquota resta constante, como no imposto proporcional, todavia é deduzida da base imponible uma importância fixa.

Exemplo: Alíquota 20% e dedução fixa 100

Renda 100 = isenta

Renda 200 = tributada sobre 100 = alíquota efetiva de 10%

2.1.6.1.2. Progressividade por Classes

A alíquota, neste caso, aumenta com a passagem de uma classe de renda para outra classe de renda superior.

Exemplos: Rendas até 100 = alíquota de 1%

Rendas acima de 100 e até 200 = alíquota de 2%

2.1.6.2. Progressão Graduada

A progressão graduada é aquela em que cada alíquota maior é calculada apenas sobre a parcela de valor compreendida entre um limite inferior e outro superior, de modo que, é mister aplicar tantas alíquotas quantas sejam as parcelas de valor e depois somar todos esses resultados parciais, para obter o imposto total a pagar.

Exemplo:

Até R\$ 50.000,00..... = alíquota de 5% = R\$ 2.500,00;

entre R\$ 50.000,00 e R\$ 100.000,00 = alíquota de 6% = R\$ 3.500,00;

entre R\$ 100.000,00 e R\$ 150.000,00 = alíquota de 6% = R\$ 3.500,00;

entre R\$ 150.000,00 e R\$ 200.000,00 = alíquota de 6% = R\$ 3.500,00;

acima de R\$ 200.000,00..... = alíquota de 9% = R\$ 3.500,00;

Total a ser arrecadado.....= R\$ 14.800,00

A progressividade graduada poderá ser por degraus ou contínua.

2.1.6.2.1. Progressividade por Degraus

Na progressividade por degraus, a alíquota é aplicada, somente sobre a parte da renda própria do degrau.

Exemplo: Renda de R\$ 3.000,00.

R\$ 1.000,00 x 1%

R\$ 1.000,00 x 2%

R\$ 1.000,00 x 3%

2.1.6.2.2. Progressividade Contínua

A alíquota, na progressividade contínua, é calculada com uma particular fórmula matemática, que permite a diversidade também por variações infinitas da base imponible. Exemplo: Imposto complementar progressivo sobre as rendas.

2.1.7. Imposto Fixo

O imposto fixo é a espécie de imposto que apresenta valor estabelecido, desde logo, sem levar em consideração a alíquota e a base de cálculo. Exemplos:

R\$ 30,00 por unidade;

R\$ 10,00 por kilo;

R\$ 20,00, por metro.

2.1.8. Imposto Monofásico ou de Incidência Única

O imposto monofásico é aquele, em que, na ocorrência de sucessivas operações no ciclo econômico (insumo, produção, circulação), a legislação prevê uma única incidência. Exemplo: §4º, do artigo 149, da CRFB, que dispõe:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[...]

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

(grifos nossos)

2.1.9. Imposto Plurifásico

O imposto plurifásico é incidente sobre as etapas sequenciais, até chegar ao consumidor final. Exemplo: Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), em que existem duas ou mais espécies de industrialização, até obter o produto final (incidência do IPI) e fases de distribuição e circulação, até chegar ao consumidor final (incidência do ICMS)

2.1.10. Imposto Cumulativo

O imposto cumulativo é o incidente em cada operação tributável, sem compensação, dedução ou abatimento, em relação à operação anterior. Exemplos: Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles relativos (ITBI).

2.1.11. Imposto Não cumulativo

O imposto não cumulativo permite a compensação, o abatimento ou a dedução do valor do tributo pago ou devido na operação anterior. Exemplos: IPI e ICMS.

2.1.12. Imposto Nominado (Fiscal)

O imposto nominado ou fiscal é o imposto mais significativo para suprir as necessidades do Estado, considerando que a sua função é a arrecadação tributária.

2.1.13. Imposto Inominado (Residual)

O imposto inominado ou residual se funda na competência residual da União. Exemplo: Contribuição social para a Seguridade Social, na forma do §4º, do artigo 195, da CRFB, infracitado:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

[...]

2.1.14. Imposto Regulatório (Extrafiscal)

O imposto regulatório incide, em regra, sobre o comércio exterior e apresenta uma característica de extrafiscalidade, qual seja, além da função de arrecadação de receitas tributárias, tem por escopo, a regulação da importação e a exportação. Exemplos: Imposto de Importação (II), Imposto de Exportação (IE), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Operações Financeiras (IOF).

2.1.15. Imposto Seletivo

O imposto seletivo é incidente sobre certos produtos, mercadorias ou serviços, sob o critério de sua essencialidade. Assim, quanto menos essencial for um produto, maior será a alíquota do mesmo. Exemplos: impostos sobre joias e perfumes.

2.1.16. Imposto Adicional

O imposto adicional é aquele que é acrescentado como uma alíquota adjacente a um imposto, constituindo como um *bis in idem* permitido, desde que não culmine no descumprimento dos princípios da legalidade, igualdade, do confisco, dentre outros.

2.2. TAXAS

As taxas podem ser instituídas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito da competência de cada Poder Tributante e apresentam 02 (dois) fatos geradores, conforme redação do artigo 77, do Código Tributário Nacional (CTN), a saber:

- a) a atividade governamental, em função do exercício regular do poder de polícia;
- b) a utilização, efetiva ou potencial, de prestação de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Ex: taxa para emplacamento de veículos

2.3. CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA

A contribuição de melhoria é a espécie de tributo que vincula a atividade do

Estado. Nesse diapasão, para que um contribuinte tenha a obrigação tributária de recolher a contribuição de melhoria, é mister ter praticado o seu fato gerador, qual seja, a existência de obra pública realizada pelo Estado e que tenha valorizado o imóvel, conforme disposição ínsita, na redação do artigo 81, do CTN, *in verbis*:

A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Dessa feita, é preciso que da obra realizada, decorra a *valorização imobiliária*.

2.4 EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

Somente a União, mediante lei complementar, poderá instituir tributo, na espécie de empréstimo compulsório, seja para atender as despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública; de guerra externa ou sua iminência; ou ainda, no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, devendo nesse caso, observar o princípio da anterioridade tributária, conforme disposição do artigo 148, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), conforme se pode observar, a seguir:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Nesse diapasão, o empréstimo compulsório, por motivo de investimento público só poderá ser cobrado se a lei complementar foi publicada no exercício anterior, conforme vedação, ínsita no bojo da redação da letra b, do inciso III, do artigo 150, da Carta Magna, pelo que se pode observar:

Art. 150, do CTN. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos

Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) [...];

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

[...].

2.5. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

As contribuições sociais são as espécies de tributo, em que a receita é vinculada a uma despesa específica governamental (indireta), prevista na própria lei que instituiu a contribuição. São denominadas de tributos parafiscais, tendo em vista o objetivo de financiar setores importantes do Governo. As contribuições parafiscais são instituídas pelo ente da Federação e as atividades de arrecadação e fiscalização são exercidas pelo ente parafiscal. Exemplo: Contribuição parafiscal ou especial de Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), que é um adicional cobrado, por ocasião da entrada da embarcação no porto de descarga, mediante a incidência de alíquotas diferenciadas sobre o frete, em consonância com as espécies de navegação, quais sejam, internacional, de cabotagem, fluvial ou lacustre. As contribuições sociais são de 03 (três) espécies, quais sejam:

2.5.1. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE)

As contribuições sociais de intervenção no domínio econômico estão previstas no artigo §2º, do artigo 149, da CRFB, consoante redação infratranscrita:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e

sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[...]

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

As contribuições sociais também são denominadas de contribuições interventivas. Exemplos: CIDE-combustível e CIDE-Royalties. A CIDE-combustível incide sobre a importação e a comercialização de petróleo e gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível e tem como destino o financiamento de projetos ambientais, programa de infraestrutura de transportes e pagamento de subsídio a preços ou transporte de combustíveis. Nesse giro, a CIDE-Royalties tem por fito atender o Programa de Estímulo à Interação Universidade-empresa para o Apoio à Inovação, objetivando o desenvolvimento nacional pelo incentivo à pesquisa.

2.5.2. Contribuições de Interesse das Categorias Profissionais ou Econômicas

As contribuições de interesse das categorias profissionais (dos trabalhadores) ou econômicas (dos empregadores) são denominadas de contribuições

corporativas ou profissionais e são da competência da União. Exemplo: contribuição-anuidade. No que tange à contribuição sindical, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por 6 votos a 3, em 29 de junho de 2018, que é constitucional, a extinção do desconto obrigatório da contribuição sindical no salário dos trabalhadores, antes considerada uma espécie de contribuição parafiscal de interesse das categorias profissionais. Importa lembrar que a contribuição sindical não se confunde com a contribuição confederativa, que não tem natureza tributária, e por isso, não é obrigatória.

2.5.3. Contribuições para a Seguridade Social

O princípio da solidariedade fundamenta que toda a sociedade contribui para a Seguridade Social. Assim, existem diversas fontes de custeio da seguridade social: o importador, a receita de loterias, o trabalhador, o empregador e a empresa. Exemplos: Contribuição social patronal sobre a folha de pagamentos, contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) ou Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o financiamento da Seguridade Social (COFINS), além de outras.

As contribuições sociais para a Seguridade Social são classificadas em previdenciárias e não previdenciárias. As contribuições previdenciárias destinam-se ao custeio da Previdência Social e são custeadas pelos segurados e as empresas. Por seu turno, as contribuições não previdenciárias destinam o custeio da Assistência Social e da Saúde Pública, tais como a COFINS, o PIS e a CSLL.

3. EVOLUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA

As contas nacionais do Brasil foram registradas, inicialmente, em 1947. Nessa época, houve um crescimento lento da carga tributária, até atingir, em 1958, o índice de 18,7% (dezoito vírgula sete por cento) do PIB – Produto Interno Bruto. A partir daí, foi registrada uma queda na carga tributária, atingindo o percentual de 15,8 (quinze vírgula oito por cento), em 1962. Na década de 60, foi realizada a reforma tributária, e assim, a carga tributária voltou a apresentar uma trajetória ascendente, em relação ao PIB. Isto se deve, inclusive, à algumas mudanças implementadas nessa reforma tributária:

- a) Melhoria na qualidade da administração fazendária;

b) foi adotado o valor adicionado para o imposto sobre produtos industrializados, como também, para o principal imposto estadual, assim como ocorria na França. Vale frisar que essa ideia era prevista para os Países da Comunidade Econômica;

c) o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza teve ampliação em seu fato gerador, aumentando assim, o poder tributante do Estado;

d) a tributação cumulativa passou a se restringir à tributação dos serviços, além dos impostos únicos sobre combustíveis e lubrificantes e sobre energia elétrica.

Nos anos de 1964-1967, houve uma nova reforma tributária e por consequência a carga tributária acelerou, estabilizando-se em 25% (vinte e cinco por cento) no final dos anos 60 e ao longo da década de 70, conforme dados das Contas Nacionais abaixo:

TABELA 1
CARGA TRIBUTÁRIA BRUTA 1947-2011

Período	Carga Tributária Bruta
1947	13,8
1948	14
1949	14,4
1950	14,4
1951	15,7
1952	15,4
1953	15,2
1954	15,8
1955	15,1
1956	16,4
1957	16,7
1958	18,7
1959	17,9
1960	17,4
1961	16,4
1962	15,8

Período	Carga Tributária Bruta
1963	16,1
1964	17
1965	18,8
1966	20,6
1967	20,2
1968	23
1969	24,6
1970	26
1971	25,3
1972	26
1973	25,1
1974	25,1
1975	25,2
1976	25,1
1977	25,6
1978	25,7
1979	24,7
1980	24,4
1981	25,1
1982	26,2
1983	26,8
1984	24,2
1985	23,8
1986	26,5
1987	24,2
1988	23,3
1989	23,7
1990	29,6
1991	24,4
1992	25
1993	25,3

Período	Carga Tributária Bruta
1994	27,9
1995	26
1996	26
1997	26
1998	26,6
1999	27,9
2000	29,8
2001	31,5
2002	32,1
2003	31,5
2004	32,5
2005	33,4
2006	33,6
2007	34
2008	34
2009	32,8
2010	33,1
2011	33,9

Fonte: Fundação Getúlio Vargas (FGV) Centro de Contas Nacionais – diversas publicações, período 1947 a 1989. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de Contas Nacionais, apud IBGE - dados disponíveis até 2011. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=SCN49>. Acesso em: 01/08/2018.

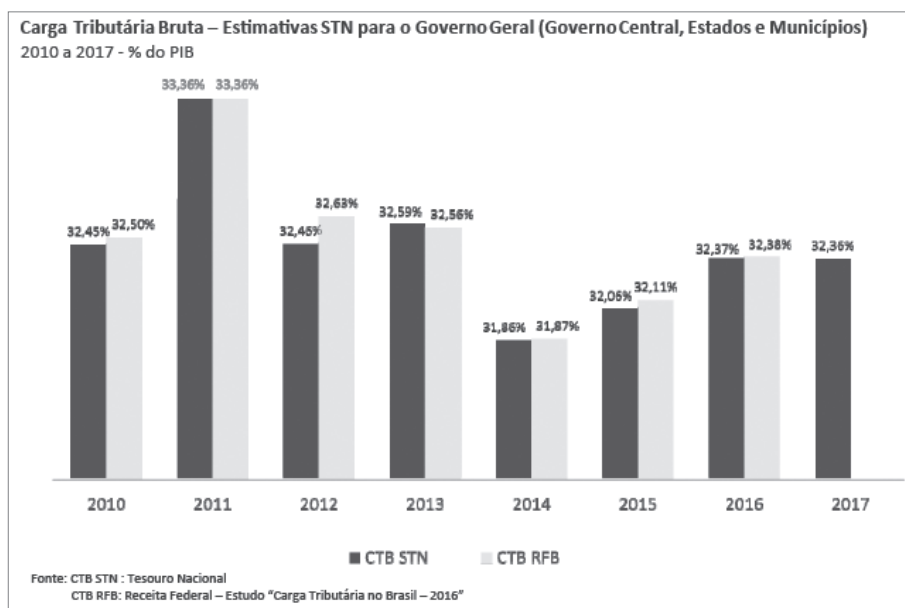
Na década de 80, até 1983, registrou-se ainda mais um novo crescimento da carga tributária, mas a partir daí, houve uma queda na carga tributária bruta, ao longo de toda a década de 80.

No ano 1990, em decorrência da implantação do Plano Collor, a carga tributária alcança o percentual de 29,6 % (vinte e nove vírgula seis por cento) do PIB, chegando em 1994, a 27,9% (vinte e sete vírgula nove por cento) do PIB, em virtude do Plano Real. Após, 2000, registrou-se o seguinte comportamento da carga tributária bruta: em 2004, atingiu 32,5 % (trinta e dois vírgula cinco por cento); em 2005, chegou a 33,4 % (trinta e três vírgula quatro por cento); em 2006, alcançou 33,6 % (trinta e três vírgula seis por cento); no biênio 2007-2008,

subiu para 34 % (trinta e quatro por cento) e em 2008, atingiu 35,8 % (trinta e cinco vírgula oito por cento), fechando em 2011, em 33,9% (trinta e três vírgula nove por cento).

Importa ressaltar, por oportuno, que de acordo com os dados estatísticos oficiais, a carga tributária bruta do Brasil, em 2017 foi de 32,36% do PIB em 2017, consoante informações gráficas do Tesouro Nacional, a seguir:

GRÁFICO 1
CARGA TRIBUTÁRIA BRUTA 2010-2017



Fonte: Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/carga-tributaria-bruta-do-governo-geral-foi-de-32-36-do-pib-em-2017>. Acesso em: 03/08/2018.

Insta observar, ainda, o comparativo da carga tributária bruta (anos 2015 e 2016), apresentados pela Receita Federal do Brasil (RFB) e IBGE, pelo que se observa, adiante:

TABELA 02
CARGA TRIBUTÁRIA BRUTA – 2015 E 2016

R\$ bilhões

COMPONENTES	2015	2016
Produto Interno Bruto	5.995,79	6.259,23
Arrecadação Tributária Bruta	1.925,45	2.027,01
Carga Tributária Bruta	32,11%	32,38%

Fonte: RFB e IBGE

Numa análise comparativa com o ano de 2016, que apresentou também uma carga tributária elevada, em torno de 32%, em relação ao PIB, denota-se até um certo grau de estabilidade, em comparação com o ano de 2015, o que tem onerado muito o Brasil.

Quanto à evolução da participação dos entes da Federação, na arrecadação total, pode ser analisada a tabela, que expõe essa série, consoante exposição, a seguir:

TABELA 03
**SÉRIE HISTÓRICA – EVOLUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DOS ENTES
FEDERATIVOS NA ARRECAÇÃO TOTAL – 2007 A 2016**

ENTE FEDERATIVO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Governo Federal	69,99%	69,40%	68,83%	69,02%	70,01%	69,08%	68,96%	68,47%	68,36%	68,27%
Governo Estadual	24,83%	25,46%	25,71%	25,47%	24,48%	25,15%	25,28%	25,46%	25,410%	25,40%
Governo Municipal	5,18%	5,15%	5,45%	5,51%	5,52%	5,78%	5,76%	6,07%	6,23%	6,34%
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: Receita Federal

Esses dados foram apurados pela Receita Federal, sendo o ano 2016, o último dado disponível. Verifica-se a existência de um poder concentrado no Governo Federal, no tocante aos outros entes da Federação, embora se observe, inclusive, uma leve diminuição da participação da União, ao longo dos últimos anos. Considerando os dados levantados, denota-se que em 2016, o Governo Federal

detinha 68,47% de toda a arrecadação tributária total, ficando os Governos Estaduais com o percentual de 25,40% e o Municipal, com 6,34%. Deve ser lembrado, no entanto, que a União, repassa receitas tributárias para os demais entes federativos, o que ameniza a desigualdade, em prol à justiça social.

4. HISTÓRICO DA CARGA TRIBUTÁRIA

Nas sociedades primitivas a tributação era atrelada à ideia de relação de permuta; assim, de um lado, o contribuinte pagava ao rei o imposto, com o fito de, em contrapartida, o rei, garantir a esse e a sua família, a segurança social.

A tributação no Brasil foi implementada pela cobrança do “quinto”, tributo este devido ao rei, no percentual de 20% (vinte por cento) de toda a extração, pelas pessoas que obtinham autorização para extrair o pau-brasil; e depois, o ouro. No Brasil-Colônia, as pessoas eram obrigadas a pagar tributos ao rei, aos donatários ou ao governador-geral e o fato gerador dessa tributação era a exploração dos produtos da Capitania. No Brasil-Império, a principal carga tributária era o comércio exterior, tendo apresentado o imposto de importação 2/3 (dois terços) da receita total do setor público.

A Constituição de 1891 previa para a União, o imposto de importação, os direitos de entrada, saída e estadia de navios, taxas de selo e taxas de correios e telégrafos federais. No que diz respeito aos tributos estaduais, eram previstos, ainda, os impostos sobre exportação, imóveis rurais e urbanos, transmissão de propriedades e sobre indústrias e profissões, além de taxas de selo e contribuições relativas a seus correios e telégrafos. Como no período de 1946/1960, o Brasil começou um processo de desenvolvimento industrial, por consequência, os impostos internos sobre os produtos passaram a ter maior relevância. No ano de 1967, o Brasil passou a ter um dos melhores sistemas tributários do mundo.

O IR e o IPI foram considerados os mais importantes impostos federais. Os impostos sobre o valor agregados criados foram o IPI e o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICM), sendo que o ICM substituiu o antigo imposto sobre vendas e consignações, passando a ser no principal meio de arrecadação dos Estados-membros. Tanto o IPI quanto o ICM são não cumulativos, conforme explicações anteriores. A reforma tributária de 1967 eliminou a competência residual, o que limitou a criação de novos impostos. A Constituição da República de 1988 manteve praticamente a estrutura da Emenda Constitucional no. 18, de 1966, no que tange aos tributos.

O ICM foi transformado em Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), competência estadual. Para tal, foram eliminados 4 (quatro) impostos federais (impostos único sobre energia, comunicação, combustível e mineral) passando a base tributária para o campo de incidência do ICMS, fortalecendo, assim, sobremaneira, os Estados-Membros. O IR e o IPI continuaram sendo os mais importantes impostos de competência da União. Deve ser ressaltado, que o IPI foi reduzido e instituído o FINSOCIAL (atual COFINS). A Constituição da República de 1988, no Capítulo da Seguridade Social, criou um sistema tributário paralelo, através das contribuições sobre a folha de salário, o faturamento e o lucro.

5. CATEGORIAS DOS TRIBUTOS

Existem duas maneiras de analisarmos um tributo, expostas a seguir:

5.1. POR TRIBUTO

A categoria de análise tributária, por tributo, dispõe que a carga tributária bruta é decomposta segundo a sua natureza jurídica do tributo, apresentando um ponto convergente jurídico/orçamentário, além do caráter enumerativo. Assim, por exemplo, o Imposto de Importação apresenta como natureza jurídica, a espécie de “imposto”; enquanto que a COFINS, a de “contribuição social”.

5.2. POR BASE DE INCIDÊNCIA

A análise da carga tributária, por base de incidência, é decomposta em consonância com o agregado econômico, pertinente à incidência do tributo, independentemente de sua denominação. Nessa categoria, a análise é realizada sob um enfoque econômico; apresentando um caráter analítico, conforme disposição, adiante:

Tributos sobre a Renda (Pessoas Físicas e Jurídicas)

Tributos sobre bens e serviços (gerais, Seletivos, Comércio Exterior)

Tributos sobre a Folha de Salários (Previdência Social e Seguro Desemprego)

Tributos sobre a Propriedade (Imobiliária, Veículos Automotores, Transferências Patrimoniais)

Tributos sobre Operações Financeiras (Tributos sobre débitos e créditos bancários, Tributos sobre outras operações financeiras)

6. CARGA TRIBUTÁRIA E ESTUDO COMPARADO

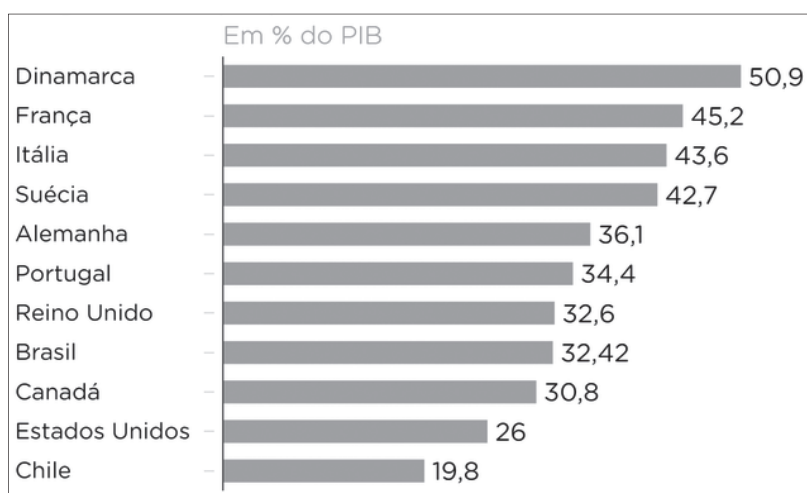
O estudo comparado dos sistemas tributários apresenta grande relevância frente à análise das políticas econômicas internacionais.

6.1. OCED E OMC

A Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) e a Organização Mundial do Comércio (OMC) ao traçarem as políticas a serem adotadas pelos Países desenvolvidos e que podem ser seguidas pelos Países em desenvolvimento, observaram que os sistemas tributários dos Países desenvolvidos apresentam semelhanças, embora contenham peculiaridades próprias.

Dessa feita, esses Países exibem alíquotas elevadas, sendo que a média dos Estados – Partes da OCDE apresentam uma carga tributária em torno de 43% (quarenta e três por cento), em relação ao PIB, pelo que se pode observar, a seguir:

GRÁFICO 2
CARGA TRIBUTÁRIA POR PAÍS EM 2014

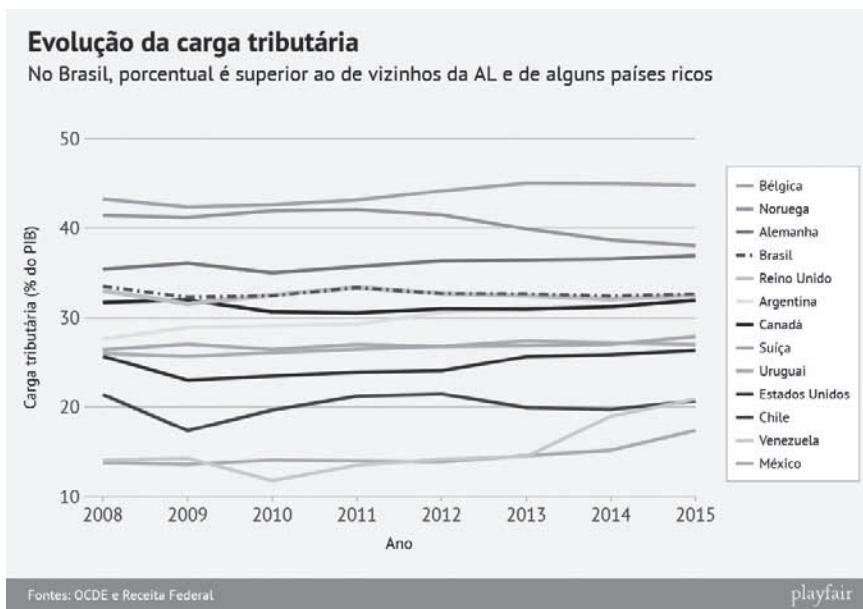


Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/09/20/A-carga-tributária-brasileira-em-4-gráficos>. Acesso em: 05/08/2018.

O Canadá e os Estados Unidos da América têm carga tributária mais baixa. A Dinamarca apresenta a maior carga tributária, com o percentual de 50% (cinquenta por cento).

Segundo os dados da OCDE, em 2015, a carga tributária do Brasil já era superior a Suíça e aos Estados Unidos, Países desenvolvidos, conforme gráfico adiante:

GRÁFICO 3
EVOLUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL



Fonte: OCDE e Receita Federal, apud Jornal Estadão. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/blogs/nos-eixos/as-injusticas-tributarias-do-brasil-em-5-graficos/>. Acesso em: 04/05/2018.

Pode ser observado, que o Brasil possui uma carga tributária bruta superior do que Países desenvolvidos, como a Suíça e os Estados Unidos da América (EUA).

6.2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA)

O sistema tributário norte-americano é composto pela Constituição, pelo Código do Imposto de Renda (*Internal Revenue Code*); interpretado também

nas Regulamentações do Fisco (*Treasure Regulations*), além das orientações da Fazenda Pública (*Revenues Rules*) e das Orientações diretas aos contribuintes (*Private Letter Rulings*). A maior receita tributária é formada pela arrecadação tributária do impostos de renda, assim como, para os Estados da Federação, a maior fonte de suas receitas é oriunda da arrecadação, a título de impostos sobre o consumo.

6.3. CANADÁ

O sistema constitucional canadense é composto por vários atos constitutivos, não estando ainda unificado e apresenta características tanto do *Common Law* quanto do modelo romano-germânico. O Canadá tem uma legislação tributária bem rígida, com o fito de coibir a evasão fiscal, impondo multas altas e prevendo, inclusive, pena de prisão.

6.4. ARGENTINA

Inexiste sistema tributário na Constituição argentina. A legislação tributária prevê alguns princípios tributários, tais como a capacidade contributiva e a vedação ao confisco; estabelece as competências em matéria tributária, como também institui alguns impostos, tais como, o impuesto a las ganancias (imposto de renda), sobre a renda das pessoas físicas e jurídicas, dentre outros.

6.5. BOLÍVIA

O fundamento da tributação na Bolívia é quanto à importância econômica, além da tributação dos bens de consumo prejudiciais à saúde.

6.6. URUGUAI

O Uruguai, assim como o Paraguai, tributa o imposto de renda pela totalidade das rendas auferidas no País, pelo critério da territorialidade. O sistema tributário paraguaio é bem simplificado.

6.7. PARAGUAI

O Paraguai possui um sistema tributário simples. A competência tributária não é repartida, por se tratar de um Estado unitário. A Constituição paraguaia prevê alguns princípios tributários e regras quanto às isenções.

6.8. BRASIL

No caso brasileiro, existe uma grande diversidade de tributos além de apresentar uma carga tributária altíssima, onerando muito os contribuintes. O critério tributário é injusto, na captação, como por exemplo, do imposto sobre a renda e incidente sobre o consumo, em relação à carga tributária de outros Países. Isto porque quem arca o ônus do imposto de renda são os contribuintes, inclusive, os assalariados, bem como, o imposto sobre o consumo, embora regressivo, é aplicado a todos os contribuintes, salvo a incipiente seletividade de produtos de primeira necessidade.

PARTE II: INFORMALIDADE

Em consonância com esclarecimentos anteriores, a informalidade é a variável independente mais importante do modelo econômico, ora discutido.

1. CONCEITO DE INFORMALIDADE

Existem vários conceitos de informalidade e dependendo do conceito, a pesquisa apresenta um determinado resultado estatístico.

A legislação brasileira considera como trabalhadores registrados, aqueles possuidores de carteira de trabalho assinada, garantindo, assim, diversos direitos trabalhistas. Assim, para uma corrente, aqueles que, deveriam ter o registro na carteira de trabalho e não o possuem, estariam na informalidade.

No que diz respeito à Organização Internacional do Trabalho (OIT), o setor informal compreende, ainda, as pessoas sem remuneração e os autônomos. Outro enfoque de se analisar essa questão, é considerar como informal, a pessoa que não é segurado pela Previdência Social.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD/IBGE), dos 64 milhões de trabalhadores do setor privado em 1999, 62% (sessenta e dois por cento) não contribuem para a Previdência Social. Assim, a informalidade brasileira é analisada não sob uma preocupação social e sim, fiscal.

Em 1997, foi realizada a primeira pesquisa, com o escopo de estudar a formalidade. No Brasil, os trabalhadores são muito heterogêneos. Não apenas por uma questão de sobrevivência, mas sim, por uma busca em alcançar uma qualidade de vida melhor, por exemplo, alguns preferem ser informais, buscando ter uma flexibilidade de horário para trabalhar. Existem, ainda, aqueles que são mais velhos e retornam ao mercado de trabalho, pela informalidade. Por essas razões, exemplificativas, não é correto afirmar, de forma taxativa, de que a informalidade é consequência da carga tributária ser alta, Deve ser esclarecido que é uma das razões, mas não é exatamente o feito de uma carga tributária alta.

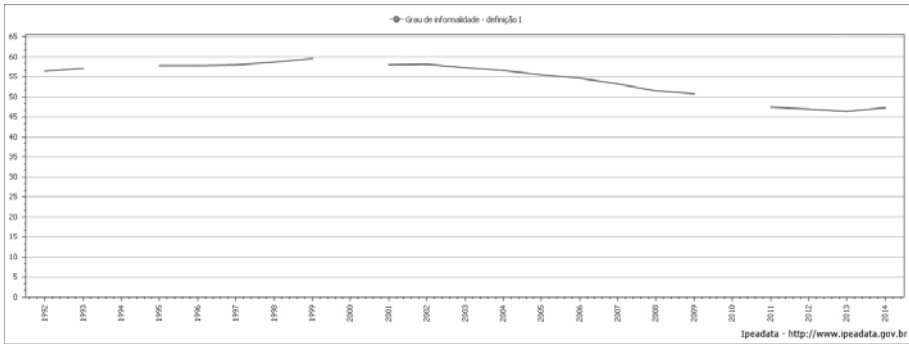
Existem diversos enfoques a respeito da informalidade, dados pelos estudiosos da matéria. Alguns a consideram sob o enfoque da produção de bens e serviços, legais ou não, que não são capturados pelas estimativas do PIB. Existem autores que definem a informalidade como atividades contributivas para o cálculo do PIB, mas sem registro.

Sob o prisma da atividade econômica, a informalidade é conceituada como uma atividade informal, quando não está constituída, consoante as exigências legais, através de seu registro competente nos Órgãos estatais, quais sejam, a Junta Comercial, as Receitas Federal, Estadual e Municipal, dentre outros.

A informalidade também é analisada quanto ao mercado de trabalho, através de empregados sujeitos à legislação trabalhista, cobertos tanto pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), quanto pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), além de ser observada no que tange ao mercado de trabalho informal propriamente dito, que compreende a agregação dos trabalhadores autônomos (ou por conta própria) aos empregados não registrados, segundo as normas trabalhistas estabelecidas na mesma CLT.

Cumpra apresentar o diagrama elaborado pelo IPEA, concernente à informalidade, a seguir:

GRÁFICO 4
GRAU DE INFORMALIDADE

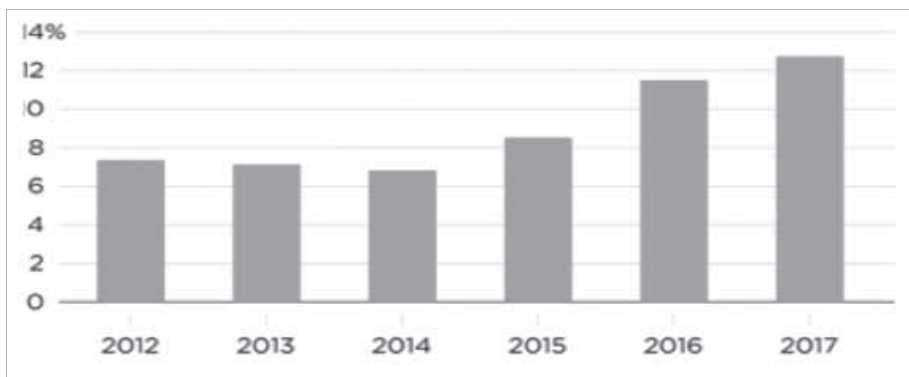


Fonte: IPEA/DATA. (Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br>. Acesso em: 13/08/2018.

Nessa pesquisa, o IPEA considerou como informais, as seguintes variáveis: os empregados sem carteira, associados com os trabalhadores por conta própria) / (trabalhadores protegidos + empregados sem carteira + trabalhadores por conta própria), apresentando, no período de 1992 a 2014, a mais alta, em 1999, com 60% e a menor taxa de informalidade, em 2013, com quase 45%.

O PNAD/IBGE apresenta como gráfico comparativo entre a série temporal de 2012 e 2017, as seguintes taxas média anual de desemprego, consoante gráfico, a seguir:

GRÁFICO 5
TAXA MÉDIA ANUAL DE DESEMPREGO



Fonte: PNAD/IBGE

Em consonância com os dados estatísticos, apurados pelo IBGE, pode ser observado que o ano de 2017 apresentou o maior índice de desemprego no Brasil, com um percentual acima de 12% (doze por cento), desde 2012, quando o PNAD iniciou a mensurar dados relativos à essa variável.

Mas, ainda assim, o fenômeno da informalidade é mais gravoso do que o próprio desemprego que tem alguns direitos trabalhistas, tais como, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o aviso prévio e o seguro-desemprego que amenizam os seus efeitos, por um período de tempo, enquanto que a informalidade é mais perene, refletindo em diversos segmentos econômicos e sociais.

PARTE III: COMO ASSOCIAR A CARGA TRIBUTÁRIA AO FENÔMENO DA INFORMALIDADE

O Brasil apresenta uma das maiores cargas tributárias do mundo, Assim, o estudo comparativo dos sistemas tributários entre os Estados Nacionais é relevante, inclusive, para uma melhor compreensão dos mecanismos regulatórios desses Países e o processo de integração internacional, no que tange às suas políticas econômicas. Nesse sentido, deve ser ressaltada a relevância desses estudos elaborados tanto pela OCDE, quanto pela OMC.

Conforme já foi demonstrado anteriormente, o Brasil ao apresentar uma carga tributária bruta, em torno de 35% (trinta e cinco por cento), é considerado como um País que apresenta uma carga tributária explosiva, em relação à própria média estabelecida para os Países membros da OCDE, sobretudo em relação aos Países em desenvolvimento.

A carga tributária apresenta algumas variáveis, tais como, as características da produção; as questões do comércio exterior; o nível de desenvolvimento do país; as questões pertinentes ao crédito; o grau de informalidade; dentre outros. Assim, essa alta na carga tributária não só se constitui num fator impeditivo do crescimento nacional, como também, se perfaz num entrave para o mercado de trabalho, posto que incentiva a informalidade, sob o ponto de vista da produção,

A OCDE apresenta a sua metodologia fundada na legislação de proteção ao emprego. Nesse diapasão, observa-se que a informalidade no Brasil, é mais uma questão fiscal, do que jurídica.

Impende acrescentar que, se a carga tributária sobre o trabalho, vier a

ser reduzida, por consequência, será mais viável, a possibilidade de novas contratações formais de trabalhadores para os empregadores, além de que a seguridade social seria mais atraente para os trabalhadores do setor informal de baixa produtividade,

Existem muitas razões que buscam explicar o desemprego, tais como as seguintes:

- a) O tempo em que os trabalhadores perdem para encontrar o emprego, de acordo com as suas habilidades e preferências;
- b) **Poder de mercado dos Sindicatos:** os sindicatos ao empurrarem os salários acima do nível de equilíbrio, criam um excesso de oferta de mão-de-obra, que a demanda não acompanha.
- c) **Legislação do salário mínimo:** com o aumento do salário mínimo, pagos aos trabalhadores sem qualificação e sem experiência, acima do nível de equilíbrio, a quantidade ofertada de mão-de-obra também se expande, reduzindo a quantidade demandada de mão-de-obra;
- d) **Teoria dos salários de eficiência:** por essa teoria, as empresas aumentam os salários de seus funcionários, acima do nível de equilíbrio, buscando aumentar a produtividade laboral.

A análise do binômio *carga/tributária/informalidade do Brasil*, leva à reflexão de que o nível de informalidade reflete na carga tributária que se expande cada vez mais, onerando os poucos contribuintes que, efetivamente, recolhem os tributos, em desarmonia aos muitos, que deixam de cumprir as suas obrigações tributárias.

A partir de um quadro econômico desequilibrado, verifica-se a promoção da ineficiência, distorcendo ainda mais, a realidade econômica do País. Deve ser ressaltado, ainda, que a carga tributária explosiva do Brasil, em graus cada vez mais crescentes não é congruente aos parâmetros altos de carga tributária europeia, considerando a luta diária travada, no quadro brasileiro, entre a informalidade e a formalidade existente.

Convém esclarecer, que se o objetivo de determinada política econômica é reduzir a informalidade, não adiantará, tão somente, reduzir as alíquotas tributárias ou diminuir o custo do crédito – embora com impactos significativos, deixando de realizar uma redução na arrecadação. Mesmo porque, quando o nível de informalidade é alto, significa que diretamente proporcional, também existe um elevado grau de sonegação fiscal e de receita tributária desperdiçada,

considerando que essa receita deixou de integrar os cofres da Fazenda Pública. É mister frisar, que a informalidade poderá, inclusive, causar efeitos prejudiciais sobre a produção, afetando tanto o nível quanto a qualidade dos empregos gerados e, conseqüentemente, dificultar o crescimento econômico.

No Brasil, a carga fiscal está em mais de um terço do Produto Interno Bruto (PIB). Nesse diapasão, o aumento da carga tributária, antes de ser causa, é efeito da economia informal, que se encontra num processo de ascensão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com o pensamento de alguns estudiosos da presente temática, deveria haver uma redução da carga tributária, considerando que a mesma é excessiva, mas em sentido contrário, existem outros que buscam a sua expansão, tendo em vista que o indicador brasileiro, ainda, é inferior ao de muitos países desenvolvidos. No entanto, estudos econômicos no plano internacional, verificam que os Países que exigem alta carga tributária, apresentam um grande retorno para a sociedade, em diversos serviços necessários, tais como, educação, saúde, assistência social, infraestrutura e o que mais se ofereça.

A carga tributária, sendo alta, onera muito o setor produtivo, reduzindo a competitividade de muitas empresas e prejudica o crescimento da economia nacional. Por conseqüência, Países que apresentam baixo potencial tributário, tais como, a Índia, o Quênia, e Sri Lanka, ou mesmo, médio potencial, como o Brasil, acabam compensando a restrição de base imponible com um alto índice de esforço tributário. É cediço que no passado, existiram algumas revoltas de contribuintes, como resultado desse esforço tributário intenso, como por exemplo, a Inconfidência Mineira, o *California Taxquake*, bem como, o *Boston Tea Party*.

Estudos têm comprovado que o esforço intenso e prolongado só é suportável em sociedades que apresentam sistemas tributários de boa qualidade, como também, distribuição justa da carga tributária, com finalidades bem definidas e aceitas pelos contribuintes. Dessa feita, para assegurar que a tributação seja suportável, torna-se necessário garantir uma distribuição da carga tributária mais equilibrada entre os contribuintes, devendo assim, o Estado combater à sonegação.

O problema da informalidade, hoje, tornou-se um problema mundial, posto que, pesquisas vêm demonstrando que a informalidade tem crescido com uma certa relevância, e por outro lado, menos pessoas recolhem tributos, o que vem aumentando muito o esforço tributário do contribuinte pagante.

Como possíveis explicações à informalidade, podem ser apontadas as seguintes causas: elevação da carga tributária; estabilização; aumento do salário mínimo; abertura da economia; choques externos, o desejo individual em não ter um chefe, dentre outras.

O Governo ao implementar a sua política econômica, busca reduzir a informalidade. Assim, não adianta apenas reduzir as alíquotas tributárias ou diminuir o custo do crédito – embora com impactos significativos, deixando de realizar uma redução na arrecadação. Mesmo porque quando o nível de informalidade é alto, significa que diretamente proporcional, também existe um elevado grau de sonegação fiscal e de receita tributária desperdiçada, tendo em vista que essa receita deixou de ingressar na Fazenda Pública. Outro aspecto a considerar é que a informalidade poderá causar efeitos prejudiciais sobre a produção, afetando tanto o nível quanto a qualidade dos empregos gerados e, conseqüentemente, dificultando o crescimento econômico.

A desigualdade econômica é um reflexo da repartição da renda e sempre esteve presente em todos os quadros sistêmicos da Economia dos Países, malgrado os seus graus diferenciados.

De acordo com o PNAD, o Brasil é um dos países com maior número de desempregados do mundo. O fator que mais explica esse desemprego exagerado é o crescimento econômico brasileiro não evoluir muito, ao longo do tempo.

Importa ressaltar que a informalidade é mais crônica do que o desemprego, pois esse é provisório, mesmo porque o aviso prévio, o FGTS e o seguro-desemprego amenizam os seus efeitos, sobretudo o financeiro, o que não acontece com a informalidade.

A carga tributária mostra uma tendência ascendente ao longo dos últimos 50 anos; mas, por outro lado, a informalidade tem crescido muito. Verifica-se que existe uma relação de causa-efeito entre a informalidade e a carga tributária, com declividade negativa, posto que, uma parte da população que deveria recolher tributos, não o faz, parcela essa, informal, onerando sobremaneira a carga tributária.

Como resolver o problema, então?

É preciso, diminuir as assimetrias de informações da economia oculta, através de incentivos econômicos adequados, com o fito de igualar as diferenças da economia informal, pelo tratamento tributário igualitário.

Os direitos humanos na tributação exige, no processo democrático, uma linguagem igualitária entre os contribuintes. A sociedade também tem a sua parcela de responsabilidade, ao exigir do Governo, as suas metas sociais, como retorno à essa carga tributária explosiva.

Torna-se eficaz um plano econômico que venha a primar pela redução da evasão fiscal. O Governo, principalmente, precisa motivar o extermínio dessa guerra entre os informais e os formais, que hoje contribuem, sobremaneira, para a explosão da carga tributária do Brasil e essa batalha tributária, tem o vencedor e esse, é a população deste Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, J. R.; MEIRELLES, B. B.; CASTRO, K. P. Carga tributária: a escalada continua. Boletim de Desenvolvimento Fiscal, n. 4, p. 25-32, Brasília: Ipea, 2007.
- ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquemático. 12ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Procura-se bons empregos: O mercado de trabalho na América Latina. Relatório 2004. Washington, DC, USA.
- BANCO MUNDIAL SOBRE A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. Perry, Guillermo E. e Tal. Informalidade: Saída e Exclusão. Washington, DC, USA, 2007
- BLANCHARD, O.; PEROTTI, R. An empirical characterization of the dynamic effects of changes in government spending and taxes on output. Quarterly Journal of Economics, v. 117, n. 4, p. 1.329-1.368, 2002.
- BRASIL. Código Tributário Nacional. 47. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Atualizada até a EC nº 99, de 14.12.2017. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRITO, Marcos Antonio Bezerra. Apontamentos sobre Métodos de Trabalho em direito constitucional tributário: O sistema constitucional tributário na visão de ciência do direito de autores e decisores. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: CCS – Centro de Ciências Sociais, maio/2005.
- BRUM, Argerimo J. Desenvolvimento Econômico Brasileiro. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- CARVALHO, Paulo de Barros de. Curso de Direito Tributário. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro Coelho. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FARIA, Elisângela Lopes de e tal. Previsão de Séries Temporais Utilizando Métodos Estatísticos.(Nota Técnica). Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas (CBPF) e Puc-Rio, 2008.

O comportamento da carga tributária no Brasil: fatores explicativos e o seu envolvimento com o grau de informalidade da Economia

- FEIJÓ, Ricardo. Desenvolvimento Econômico. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. História do Pensamento Econômico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007
- FMI. Government finance statistics yearbook — 1995. Washington, D.C., 1995
- FONSECA, Manuel Alcino Ribeiro da. Planejamento e Desenvolvimento Econômico. São Paulo: Thomson Learning, 2006.
- FONTE NETO, Jayme Wanderley da e tal. Um ensaio teórico sobre o Crescimento da Arrecadação Tributária Federal no Brasil. (Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2005-apsb-1046.pdf>. Acesso em 11/08/2018).
- GIAMBIAGI, Fábio et al., Economia Brasileira Contemporânea: 1945-2015. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.
- _____ e ALÉM, Ana Cláudia. Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Campus/ Elsevier, 2016.
- HIRATA, Guilherme Issamu e MACHADO, Ana Flávia. Conceito de Informalidade/Formalidade e uma Proposta de Tipologia. Rio de Janeiro: IPEA, 2007.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Sistema de Contas Nacionais:Brasil 2003 .Coordenação de Contas Nacionais. Rio de Janeiro: IBGE, 2004.
- _____. Economia Informal Urbana 2003. (Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv6150.pdf>. Acesso em: 02/08/2018).
- _____. Séries Estatísticas. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=SCN49>. Acesso em: 01/08/2018.
- _____. Sistema de Contas Nacionais Brasil número 56 2015. Rio de Janeiro: IBGE, 2017, 2008. (Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101289_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 15/08/2018).
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Globalization and Informal jobs in Developing Countries - A joint study from the International Labour Organization and the WTO – 2007.
- _____. Guidelines concerning a statistical definition of informal employment, endorsed by Seventeenth International Conference of Labour Statisticians: Seventeenth International Conference of Labour Statisticians Report, nov-dez, 2003.
- IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA – ESAF (Org.). Texto para discussão nº. 923: A Participação Feminina no Mercado de Trabalho. Rio de Janeiro, IPEA, 2002. (Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0923.pdf. Acesso em: 03/08/2018).
- KENNEDY, Peter E. Economia em Contexto, (Tradução de Fernanda Estevan).São Paulo: Saraiva, 2004.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MALONEY, W. F. Informality revisited. World Development. v. 32, n. 7., 2004. (Disponível em: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/INFORMAL.PDF>; Acesso em: 07/08/2018).
- MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macro Economia. Tradução da 2. ed. Original: Maria José Cynlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

- _____. *Macroeconomia*; tradução Ana Beatriz Rodrigues. 8. Ed. RJ: LTC, 2018.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Tributário*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- NERI, Marcelo. *Informalidade. Ensaio Econômico*. Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas. Nº. 635. Dez/2006. (Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/550/2170.pdf>. Acesso em: 11/08/2018)
- OLIVEIRA, Luciana Gualda. *Estudo Comparado de Sistemas Tributários*. Revista do Mestrado em Direito. UCB, v. 2, p. 240-243, Brasília: UCB, 2008.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório anual de Secretaria Geral*. 1993-1994. Washington, DC, 1994.
- PASKIN, Micahel. *Macroeconomia*, Tradução: Célia Blake e Mauro Plattek. São Paulo: Addison Wesley, 2003.
- PINDICK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução: Eleutério Prado, Thelma Guimarães. 6 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
- PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval de (Orgs.). *Manual de Economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Manual de Introdução à Economia*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAMOS, Lauro. *A Evolução da informalidade no Brasil Metropolitano: 1991-2002*. Rio de Janeiro: IPEA, 2002 (Texto para discussão; 914)
- RECEITA FEDERAL DO BRASIL: *Carga tributária no Brasil 2016. Análise por Tributo e Bases de Incidência*. Brasília: dezembro, 2017. (Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>. Acesso em: 14/08/2018)
- REIS, Maurício Cortez e ULYSSEA, Gabriel. . IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA
- ECONÔMICA APLICADA. *Cunha Fiscal, Informalidade e Crescimento: Algumas Questões e Propostas de Políticas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. (Texto para discussão nº. 1068)
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). (Disponível em: https://www.oecd.org/ctp/tax-global/brazil_pt_country%20note_final.pdf. Acesso em: 05/08/201).
- _____. *Estatísticas sobre Receita na América Latina*. (Disponível em: https://www.oecd.org/ctp/tax-global/brazil_pt_country%20note_final.pdf. Acesso em: 14/08/2018.)
- RODRIGUES, Vivian Machado de Oliveira. *Causas do Avanço do Trabalho Informal no Brasil, Regras Metropolitanas e Grande ABC Paulista, a partir da década de 1990*. Centro Universitário Fundação Santo André (FSA)–Unidade: FAECO- Ciências Sociais Aplicadas. Santo André: FSA, 2007.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- SANTOS, Cláudio H. dos, GOBETTI, Sérgio Wulff e RIBEIRO, Márcio Bruno. *A Evolução da Carga Tributária Bruta Brasileira no período de 1995-2007: Tamanho, Composição e Especificações Econométricas Agregadas*. Brasília: Ipea, 2008 - desafios2.ipea.gov.br. (Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1350.pdf. Acesso em: 03/08/2018).
- _____. e COSTA, Fernanda Reginatto. *Uma metodologia de estimação da carga tributária bruta brasileira em bases trimestrais*. Econ. Apl. vol.12 no.4 Ribeirão Preto Oct./Dec. 2008. (Disponível

O comportamento da carga tributária no Brasil: fatores explicativos e o seu envolvimento com o grau de informalidade da Economia

em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502008000400003. Acesso em: 30/07/2018)

_____. Uma Metodologia Simplificada de Estimação da Carga Tributária Líquida Brasileira Trimestral no Período 1995-2007. Rio de Janeiro: IPEA, 2008 (Texto para discussão no.1359). (Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4618. Acesso em: 25/07/2008).

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHOUEVERI, Luís Eduardo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

SECURATO, José Cláudio. Economia: História, conceitos e atualidades. São Paulo: Saint Paul Editorial, 2007.

SELBY, H. A; MURPHY, A. D; LORENZEN, S. A. The Mexican urban household, organizing for self-defense. Austin, TX: University of Texas, 1990.

SICSÚ, João. Emprego, Juros e Câmbio: Finanças Globais e Desemprego. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SOUZA, Nali de Jesus de. Desenvolvimento Econômico. 6. ed. São Pau: Atlas, 2011.

TAFNER, Paulo (editor). Brasil: O Estado de uma Nação. Mercado de Trabalho, Emprego e Informalidade. Rio de Janeiro: IPEA, 2006.

TAYLOR, John B. Princípios da Macroeconomia. Tradução: Luiz A. de Araújo e Silvana Vieira. São Paulo: Ática, 2007.

TOLOSA, Hamilton. Pesquisa e Planejamento Econômico: Dualismo no Mercado de Trabalho Urbano. Vol. 5. n°. 1: Rio de Janeiro: junho, 1975.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARSANO, Ricardo e tal. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA e BNDES - BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO. Uma Análise da Carga Tributária no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 1988. (Texto para discussão nº 583). (Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/td_0583.pdf. Acesso em: 15/07/2018)

_____. IPEA- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Tributação no Brasil: Características Marcantes e Diretrizes para a Reforma. Brasília: IPEA e BNDES

_____, Ricardo. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. A Evolução do Sistema Tributário Brasileiro ao Longo do Século: Anotações e Reflexões para Futuras Reformas. Rio de Janeiro: IPEA, 1996. (Texto para discussão nº 405). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0405.pdf. Acesso em: 29/07/2018).

VASCONCELLOS, Marco Antônio S. e GARCIA, Manuel Enriques. Fundamentos da Economia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WESSELS, Walter J. Economia. 2ª. Ed. Tradutores: Fernando Cardoso Cotelos, Daniel Ruglia. São Paulo: Saraiva, 2003.(Série Essencial).

WHEELRIGHT, S.C., Makridakis, S., McGEE, V.E (1983). Forecasting: Methods and Applications, 2ª ed., John Wiley & Sons, New York.

EM DEFESA DA DEMOCRACIA RACIAL

Alberto Nogueira Júnior, Juiz Federal na 2ª Região

Resumo: O artigo critica as políticas de “ações afirmativas” baseadas em reserva de vagas em concursos públicos para “cotas raciais”, e busca demonstrar que quanto mais essas “ações afirmativas” através de “cotas raciais” forem implementadas, mais nos tornaremos uma sociedade fragmentada em grupos excludentes uns aos outros.

Uma das piores ideias que poderiam ter surgido no Brasil foi a Lei no. 12.990/2014, que instituiu uma política de cotas raciais em concursos públicos, destinando vinte por cento das vagas oferecidas para “negros” e “pardos”, assim autoqualificados. Outro fato, tão ruim quanto a Lei no. 12.990/2014, senão talvez pior, considerando-se sua origem “iluminista”¹ e vinculativa “*erga omnes*”, foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 41, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, quando foi firmada a tese de que “é constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”². Mais triste ainda é lembrar que essa

¹ BARROSO, Luís Roberto. “Em artigo, Barroso defende papel “iluminista” do Supremo”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>, acesso em 07.06.2018: “Supremas cortes desempenham três grandes papéis em uma democracia: contramajoritário, representativo e iluminista. (...) Já o papel iluminista deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção, em conjunturas nas quais é preciso empurrar a história. Em alguns momentos cruciais do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário.”

² ADC 41, STF, Pleno, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, DJE 17.08.2017; veja-se RONCOLATO, Murilo. “Casos de fraudes em cotas e o debate sobre as comissões de verificação”, disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/09/29/Casos-de-fraudes-em-cotas-e-o-debate-sobre-as-comiss%C3%B5es-de-verifica%C3%A7%C3%A3o>, acesso em 07.06.2018.: “O sistema de cotas raciais em instituições de ensino superior funciona no Brasil desde 2004, mas foi instituído para todas as universidades públicas só a partir de 2012, após decisão histórica no STF (Supremo Tribunal Federal), e passou a ser adotada gradualmente pelas instituições nos anos seguintes. As paulistas Unicamp e USP, por exemplo, incluíram o modelo de ingresso apenas em 2017.”

política de “ações afirmativas” teve em seu início, em 2004, o respaldo acadêmico da Universidade de Brasília, fundada por Darcy Ribeiro, defensor da formação de uma “civilização morena” no Brasil.

É possível alguém ser noventa e cinco por cento negra? Setenta? Com quinze por cento? Apenas como hipótese argumentativa, digamos que o espaço de tempo entre uma geração e outra seja de vinte e cinco anos. Seria possível afirmar-se que, se os descendentes do último escravo no Brasil liberto em 1888 tivessem se casado apenas com «brancos», depois de cinco gerações o atual descendente daquele último escravo ainda seria considerado «negro»?³ Dada sua historicidade, seria este um “critério subsidiário” que, uma vez adotado, estaria em conformidade com a decisão proferida na ADC 41?

E se essas perguntas são provocativas, qual seria a reação se fosse argumentado que, ao menos, aquele critério geracional de “embranquecimento” ou de “empretamento” não deixaria de ser objetivo, permitindo até algum controle, digamos, “neutro”? Evidentemente, dada a carga ideológica inerente ao critério, não haveria como sua aplicação ser descompromissada ideologicamente, ainda que veladamente apresentada como aplicação de um “critério científico”.

Fosse esta a situação atual, seria deprimente.

Mas o pior é que a situação atual é mais deprimente ainda.

O problema é que simplesmente não existem critérios “técnicos” ou “científicos” que possam, com neutralidade ideológica, determinar se uma pessoa é “negra”, ou o “quanto” seria.⁴

O critério que predomina é o da autodeclaração. Todavia, como não existe e

³ HOFBAUER, Andreas. Uma história de branqueamento ou o negro em questão. Editora UNESP: São Paulo, 2006, p. 176, nota 53, informa a existência de uma “Tabuada das Misturas” registrada em 1818 no “Guia do Comercio da América”, descreve os critérios para um “negro” tornar-se “branco” pelos sucessivos casamentos em quatro gerações; também em quatro gerações para um “branco” tornar-se “negro”.

⁴ “IBGE usa classificação de cor preta; grupo negro reúne pretos e pardos...” - <https://vestibular.uol.com.br/noticias/redacao/2013/05/03/ibge-usa-classificacao-de-cor-preta-grupo-negro-reune-pretos-e-pardos.htm?cmpid=copiaecola>, acesso em 07.06.2018: “A classificação racial brasileira é única, e reflete preocupações engendradas pela história nacional. Não existe uma classificação internacional para raças ou para etnias. Nos diferentes países, conceitos como etnia, tribo, nação... Segundo estudos do sociólogo Oracy Nogueira, o preconceito no Brasil é racial de marca, que discriminaria pela presença de traços e marcas aparentes, principalmente a cor, “para a qual existe uma espécie de escala de gradação que vai do estritamente branco (o nível ideal) ao completamente preto. O preconceito se intensifica na razão direta dessa escala de cor e do porte de outras marcas: quanto mais negra é uma pessoa maior é a probabilidade de ser vítima do preconceito”, afirma Osório no artigo.”

não tem como existir um critério “objetivo” que defina quem é “negro”, ou em que “proporção”, para poder fazer jus a uma possível vaga para “cotistas” em concurso público, alguém resolveu, com o respaldo acadêmico da Universidade de Brasília, fazer com que o autodeclarado “negro” fosse examinado por uma “Comissão” de “membros da sociedade civil”, com base em fotografias do pretendente a “negro”, de sua família, declarações (testemunhas?) e outros “elementos”, naturalmente, indefinidos e indefiníveis. Os membros da “Comissão” dizem o que “acham” e chegam a uma conclusão - o candidato é “negro” ou não.

Ser ou não “negro”, portanto, tornou-se uma questão de opinião.

Outro critério que também já foi aplicado em concurso público foi o dos caracteres fenotípicos do candidato. Assim, por exemplo, a Comissão do Concurso Público TAE 2016 do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará, vinculado ao Ministério da Educação, elencou os seguintes indicativos fenótipos - e com gradações (!):

Anexo IV - Padrões Avaliativos

Padrões Avaliados								
Item	Fenótipo	Descrição do Negro	Compatível			Não Compatível		
			A1	A2	A3	A1	A2	A3
1	Pele	1.1. Melanoderma - Cor Preta						
		1.2. Feoderma- cor parda						
		1.3. Leucoderma - cor Branca						
2	Nariz	2.1. Curto/largo/chato (platirrinos)						
3	Boca/dentes	3.1. Lábios grossos						
		3.2. Dentes muitos alvos e oblíquos						
		3.3. Mucosas roxas						
4	Maxilar (Prognatismo)	4.1. Prognatismo saliente acentuado						
5	Crânio	5.1. Crânio dolicocefálico < 74,9 (largo 4/5 do comp)						
6	Face	6.1. Testa estreita e comprida nas fontes						
7	Cabelo	7.1. Crespos ou encarapinhados						
8	Barba	8.1. Barba pouco abundante						
9	Arcos Zigomáticos	9.1. Proeminentes ou salientes						

1. No quesito cor de pele serão válidos os seguintes procedimentos:
a) Caso a compatibilidade de cor PRETA ou PARDADA ocorra na avaliação dos 3 membros, todos os outros critérios são desconsiderados acatando a autodeclaração do candidato.

b) Caso a compatibilidade de cor BRANCA ocorra na avaliação dos 3 membros, passa-se a avaliar os demais critérios constantes nos itens 2 a 9. A autodeclaração será acatada se atender o mínimo de 62,5% dos demais critérios de compatibilidade.

2. Cada item compatível de 2 a 9 equivale a 12,5% da pontuação na tabela.

Será que os membros da “Comissão”, na dúvida sobre se os dentes do candidato são mais ou menos brancos, ou oblíquos, pedem que ele sorria um sorriso bem largo e bonito, para que então examinem os dentes visualmente, ou até com as mãos?

Não duvido de que este seja um “critério subsidiário” em conformidade com a decisão dada na ADC 41...

Como tudo que já nasce torto, quanto mais o tempo passa e esse descalabro não é enterrado com sal grosso, que é para se ter certeza de que não volta mais, piores as coisas vão ficando.

Agora, «negros», «pretos», «pardos», «mulatos», e outras denominações estão se digladiando, todos interessados nas vagas reservadas para as «minorias» em concursos públicos. E para rebater o argumento de que não existe um critério científico que identifique se uma pessoa é ou não «negra», e em que medida, costuma-se dizer que é só copiar o que as polícias fazem no dia-a-dia.⁵

O argumento é irrespondível.

Já que a questão é reproduzir, por via de leis e regulamentos, de antemão declarados constitucionais pelos “iluminados” do Supremo Tribunal Federal, critérios racistas que vigoraram até o fim do século XIX, por que não incorporar as práticas discriminatórias das polícias? Não tem erro. E quem achar que tem, é só levar uma cacetada no lombo que no mesmo instante mudará de ideia. Aliás, está aí uma sugestão para as “comissões raciais”. Estágio serve para o que, não é mesmo, Frei David?⁶

E as pessoas leigas estão aprendendo a usar os “critérios científicos” de que é exemplo a Tabela acima.

Assim, por exemplo, no Rio de Janeiro, uma atriz que interpretaria uma sambista recém falecida - D. Ivone Lara - que fora escolhida pela própria

⁵ RONCOLATO, Murilo. Op. cit.: “FREI DAVID SANTOS - (...) Para mim, o Brasil vive um período muito bonito. O País sempre foi muito omisso porque a sua classe dominante branca eurocêntrica nunca quis discutir a questão da identidade. E para a classe dominante foi sempre interessante deixar o pardo ser usado ora como negro - quando era para humilhar - ora como branco - quando era para fortalecer algo do seu interesse. Hoje o pardo está sendo convocado para sair de cima do muro. Assim, percebemos que temos três tipos de pardo: o pardo - preto, o pardo - pardo, e o pardo - branco. Pelo o que eu saiba, no Brasil as comissões estão acolhendo com muita alegria os pardos - pretos e também os pardos - pardos quando há vagas sobrando; e tirando os pardos - brancos porque eles não são os destinatários das cotas. Quando a polícia entra num ônibus para dar uma batida, a polícia sabe com muita qualidade quem é preto, pardo - preto e pardo - pardo. Então, nós avisamos as comissões que estiverem inseguras de saberem quem é negro e quem não é, que façam um estágio com a polícia.”

⁶ Argumentando que os “pardos” estariam sendo usados pelos “brancos” para que os “pretos” continuem a ser oprimidos, e elogiando a atriz por ter desistido de seu trabalho, “mesmo que ela não tenha tematizado na linha” que ele defende, veja-se Frei David Santos. “Dona Ivone, Fabiana...identidades”. Disponível em <https://odia.ig.com.br/opiniao/2018/06/5547451-dona-ivone-fabiana--identidades.html#foto=1>, acesso em 11.06.2018.

homenageada e por sua família, de quem era próxima, não aguentou a virulência de inúmeros ataques e desistiu abandonar o espetáculo - o motivo dos ataques? A artista seria “branca demais” ou “negra de menos”. Se interpretava e cantava bem, ou não, nem uma palavra.⁷

Em São Paulo, uma jovem com câncer, que usava turbante, foi abordada por uma mulher negra que lhe disse que não podia usar o adereço porque só quem era “negra” podia usá-lo.⁸

Estamos nos tornando cada vez mais uma sociedade burra, preconceituosa e dividida em grupelhos que se odeiam e se excluem - políticos, ideológicos, religiosos, “iluminados” e outros, que quando se unem é para separar, classificar, rotular, discriminar, e claro, ofender, odiar e agredir. O objetivo é tomar a frente, levar vantagem, tudo com a desculpa de corrigir séculos de opressão racial, e como remédio seguindo-se as mesmas bulas que as doutrinas racistas produziram ao longo daqueles mesmos séculos.

Nada disso faz sentido. O caminho está na integração e não na separação. No combate à pobreza e à ignorância, com escolas, trabalho, segurança, transportes dignos, tudo aquilo que continua não resolvido enquanto mais e mais “ações afirmativas” são efetivadas.

Em realidade, sob o pretexto de se buscar a promoção da “igualdade racial”, o que se está a fazer é disseminar uma espécie de “populismo racial”, do mais baixo nível, e com funestos desdobramentos que já começam a se evidenciar, em prejuízo do verdadeiro objetivo humanitário, que é a luta pela igualdade de todos, e não de algum grupo em desfavor de outros.⁹

⁷ Jornal O Globo, “Segundo Caderno”, 05.06.2018, p. 06: “Caso “Dona Ivone””.

⁸ <https://emails.estadao.com.br/noticias/comportamento.jovem-com-cancer-que-sofreu-represalia-por-usar-turbante-faz-desabafo,70001662157>, acesso em 11.06.2018.

⁹ PINKER, Steven. Entrevista a Patrícia Campos Mello. Jornal Folha de São Paulo, 03.09.2018, p. A-16: “O sr. Afirma que as políticas identitárias também são inimigas dos valores iluministas. Por que? Política identitária é uma teoria de que a humanidade é dividida em grupos baseados em raça, gênero e orientação sexual, que sempre estão brigando por poder. É a teoria de que precisamos lutar para que um grupo tenha menos poder, para que o outro possa ter mais. Isso é contrário à ideia de que todos os humanos têm a possibilidade de prosperar e sofrer, e que podemos ser engenhosos descobrindo soluções que vão melhorar a vida de todo mundo, não só de determinados grupos. Da mesma maneira é errado discriminar alguém por causa de raça ou gênero, é errado tentar virar a mesma e fazer outra raça ou gênero superior. Igualdade significa que todos têm direitos iguais, independentemente de raça, gênero ou orientação sexual. Mas e quanto a corrigir injustiças ou desequilíbrios históricos? É possível que existam legados históricos de discriminação, e é legítimo ajudar pessoas que foram discriminadas, é o princípio da justiça. Mas isso não se aplica a todas as pessoas de uma determinada raça. Então usar políticas raciais acabaria discriminando contra alguns indivíduos, e isso geraria ressentimento e reação – que é o que estamos vivendo nos EUA hoje.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. "Em artigo, Barroso defende papel "iluminista" do Supremo". Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>, acesso em 07.06.2018;

HOFBAUER, Andreas. Uma história de branqueamento ou o negro em questão. Editora UNESP: São Paulo, 2006;

Jornal O Globo, "Segundo Caderno", 05.06.2018, p. 06: "Caso "Dona Ivone";

PINKER, Steven. Entrevista a Patrícia Campos Mello. Jornal Folha de São Paulo, 03.09.2018;

RONCOLATO, Murilo. "Casos de fraudes em cotas e o debate sobre as comissões de verificação", disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/09/29/Casos-de-fraudes-em-cotas-e-o-debate-sobre-as-comiss%C3%B5es-de-verifica%C3%A7%C3%A3o>, acesso em 07.06.2018.

A SEMÂNTICA COMO MEDIADORA ENTRE O FENÔMENO E O MAGISTRADO

*Alexandre Chini, Juiz de Direito*¹

*Marcelo Moraes Caetano, Mestre em Letras - Estudo da Língua
(PUC-RIO)*²

Resumo: Este artigo parte da noção básica de que a Semântica é a ciência do sentido. Dessa forma, tudo o que disser respeito às maneiras pelas quais o ser humano se comunica, produzindo e recebendo sentido, deve ser contemplado por essa ciência. Compêndios cujo objetivo último seja a positivação desse modo de comunicar coisas, fenômenos, ideias e valores (enunciados), como os ordenamentos jurídicos e as gramáticas dos idiomas, detêm a dupla função articulatória de colher do meio de onde emanam, por meio de sínteses (enunciações), as concretudes com que criarão abstrações, as quais, em seguida, devem retornar àqueles meios de modo concreto, eficaz, eficiente, significativo. A fatura de tais compêndios passa, portanto, pelo que podemos chamar de técnica ou tecnologia semântica. Uma vez que a linguagem, atributo humano, produz comunicação por meio das palavras, é necessário que esse mesmo mecanismo produtor esteja sempre como foco das preocupações das análises semânticas, e que essas análises sirvam, como ficou registrado, de tecnologias para a criação de institutos reguladores. Sabemos que existem, aliados à palavra, outros signos (nem sempre linguísticos, mas também semióticos) que também merecem, portanto, atenção. Além disso, os estudos que levam em consideração a linguagem como ato ou ação (a Pragmática e o valor que empresta à noção de “situação”) são de valor capital aos estudos da Semântica, uma vez que não se alcança a integridade do sentido sem que se encareçam essas contribuições. A natureza do discurso e do texto, formas muito próximas e nem sempre com distinção discreta, deve também ser pesquisada, pois que a ideia de “contexto” é fundamental para a busca de sentidos ou das enunciações a que aspiram os institutos aludidos: o

¹ Pós-Graduado em Direito, Professor de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira; Membro efetivo da Academia Fluminense de Letras (cadeira 50).

² Professor Adjunto de Filologia Românica e Língua Portuguesa da UERJ; PHD em Letra (UERJ); Membro efetivo da Academia Brasileira de Filologia (cadeira 38) e do International PEN Club (Londres-Rio de Janeiro).

ordenamento jurídico e a Gramática, parte deste ordenamento. Julgar/interpretar não se restringe, portanto, à mera constatação do que é já consensual numa célula social, mas deve expandir-se ao campo das possibilidades semânticas que o paradigma haurido dessa célula permite que subjaza.

Palavras-chave: Semântica. Interpretação. Julgamento. Fenômenos.

INTRODUÇÃO

Uma das características do ser humano é o fato de expressar grande parte dos seus pensamentos pela linguagem verbal. Desse modo, desde as mais antigas investigações de que temos notícia sobre a humanidade, encontram-se estudiosos cuja preocupação primordial se calcava justamente nessa característica humana, com todos os meandros que ela possa apresentar.

Atribuir um significado ao fenômeno em si, mas não de forma direta, e, sim, mediado pela linguagem acima mencionada: eis o objeto central da episteme filosófica nomeada de “Semântica”. Assim, desde muito cedo os filósofos começaram a perceber que o juízo e o raciocínio do ser humano sobre determinado fenômeno se formavam de modo perpassado, em toda a sua consubstanciação, pela palavra (oral ou escrita). Decorreu daí o enorme interesse em se buscarem as semelhanças e distinções havidas entre, de um lado, os fatos e as coisas por si sós (os fenômenos) e, do outro, os modos como estes eram nomeados por um ser humano específico, por um domínio discursivo, por uma célula social, pela gramática normativa que a representa, por ordenamentos jurídicos de nações que, enfim, compunham o pensamento mediado dos povos que os emanaram.

Não se julgam fenômenos com fenômenos, pois essa é uma metodologia ineficaz para que se interprete a fundo a natureza complexa de que aquele fenômeno é meramente uma consequência. Se não levarmos em consideração o edifício semântico que se ergue ao redor do aludido fenômeno, seja ele qual for, ficar-se-á numa espécie de julgamento ou interpretação por mimese, um factóide que ruborizaria até um Kafka ou um Orwell.

Em suma, o estudo da natureza significativa das fenomenologias vicejadas, sempre, pelo viés da palavra e sua conseqüente gama de significações variáveis de povo para povo passou a ocupar parte central na ontologia em seus mais

variados matizes. Não se pode conceber o ser humano sem a linguagem, e tal concepção não apenas é moldada (passivamente) por seres humanos, mas também molda (ativamente) sua cognição, seu raciocínio, seu juízo em relação às teias de fenômenos de que fazemos parte.

Emerge a Semântica, portanto, como centro epistemológico fundamental na filosofia do Direito, sendo este o amálgama (ativo e passivo) da formação de um povo cuja desenvoltura ocorre ao seu redor.

DESENVOLVIMENTO DO RACIOCÍNIO

Pois bem, o Direito, assim como a Gramática (que é um compêndio que naturalmente faz parte do ordenamento jurídico de uma nação, por representá-la como sua face linguística no concerto das nações), é um arcabouço de imensa complexidade, pois tanto um quanto a outra devem fazer constar, concretamente, de forma positiva e consuetudinária, as abstrações emanadas da realidade do domínio discursivo-jurídico que retratam, e que está em constante mudança e transformação. Uma Gramática ou um ordenamento jurídico que estejam alienados da realidade socioantropológica que os precede e amolda estão malfadados a transformar-se em “letras mortas”, isto é, num esvaziamento semântico que destoa do espaço e do tempo a que pertencem, tornando-os ineficazes e inócuos.

Bréal, professor de Saussure e de Meillet, foi o estudioso que cunhou o termo “Semântica”, em 1883, em artigo intitulado “Les lois intellectuelles du langage”, publicado em *L'Annuaire de l'Association pour l'encouragement des études grecques en France* (cf. ULMANN, 1964, p. 17). O pesquisador retirou a expressão, que, em 1825, Reisig nomeara como “Semasiologia”, do verbo grego σημαίειν, que também originou “Semiótica”. Dessa forma, todos eles são conceitos correlacionados:

O nível semiótico é isto: ser reconhecido como tendo ou não um sentido. Isto se define por sim, não. [...] A semântica é o “sentido” resultante do encadeamento, da apropriação pela circunstância e da adaptação dos diferentes signos entre eles. Isto é absolutamente imprevisível. É a abertura para o mundo. Enquanto que o semiótico é o sentido fechado sobre si mesmo e contido de algum modo em si mesmo. (BENVENISTE: 2006, p. 21)

Essa é, com efeito, a passagem prototípica do item que sai do léxico (conjunto

de palavras) ou da pluralidade e diversidade dos níveis discursivos, que são genéricos, heterogêneos, imprevisíveis em sua ação, até mesmo irrepetíveis, o que Benveniste acaba de nomear como “nível semântico”, em direção à gramática ou ao ordenamento jurídico, que são específicos, homogêneos, previsíveis em suas faturas, até mesmo reproduzíveis, o que o mesmo pesquisador nomeou de “nível semiótico” de significado.

Os estudos a que se lançavam esses pesquisadores pioneiros eram análises da linguagem humana³ como mediadora entre a coisa de per se e o juízo que se tece sobre a coisa, como vimos. Basicamente a linguagem já era então compreendida como a comunicação humana quando ocorrida por intermédio de palavras orais ou escritas.

Roman Jakobson aceita, até certo ponto, e com justificada euforia, o entusiasmo com que o pai da cibernética, Norbert Wiener,

[...] se recusa a admitir “qualquer oposição fundamental entre os problemas que nossos engenheiros encontram na medida da comunicação e os problemas dos filólogos”⁴. É fato que as coincidências e convergências são notáveis entre as etapas mais recentes da análise linguística e a abordagem da linguagem na teoria matemática da comunicação. Como cada uma dessas duas disciplinas se ocupa, embora por vias diferentes e assaz autônomas, do mesmo domínio da comunicação verbal, um estreito contato entre elas revelou-se útil a ambas e não há dúvida de que se tornará cada vez mais proveitoso. (JAKOBSON: 2010, p. 92)

E adiante, prossegue:

A descoberta progressiva, pela linguística, de um princípio dicotômico, que está na base de todo o sistema dos traços distintivos da linguagem, foi corroborada pelo fato de os engenheiros de comunicações empresariais empregarem signos binários [binary digits, ou bits, para usar a “palavra-valise” ou amálgama] como unidade de medida. Quando eles definem a informação seletiva de uma mensagem como o número mínimo de decisões binárias que permitam ao receptor reconstruir aquilo que precisa extrair da mensagem⁵, com base nos dados já à sua disposição, essa forma realista é perfeitamente aplicável ao papel exercido pelos traços distintivos na comunicação verbal. (Id. Ib., p. 93-4)

³ Embora, também *lato sensu*, como veremos na distinção Wiener-Jakobson, possamos expandir o conceito de linguagem para além das fronteiras humanas.

⁴ Journal of the Acoustical Society of America, vol. 22 (1957), p. 697

⁵ W. Jackson (org.) Communication Theory. Nova Iorque, Academic Press, 1953, p. 2

Parece natural salientar que a comunicação humana que mais frutos – bons ou maus – produz, como vemos, se dá com a palavra⁶. Por meio dela é que os maiores e mais prolongados benefícios e malefícios causados por pessoas umas às outras se consomem. Mesmo a violência física perpetrada entre duas ou mais pessoas, mesmo a violência do ser humano contra o meio ambiente, mesmo os gestos magnânimos e nobres que seres humanos edificam, mesmo a interação entre o homem e as novas tecnologias da informação, como a cibernética em geral, tudo isso é cingido e precedido pelo universo simbólico das palavras, e, por essa razão, ganha vulto – para o bem ou para o mal, repita-se – quando imposto pela espécie humana, como “locutora”, “interlocutora” ou ambas. Isso ocorre, antes de tudo, porque somos “animais simbólicos”, nas palavras de E. Cassirer. Nossa identidade simbólica, assim como nossa memória⁷, aliás, intrinsecamente coligadas, impõe-nos a necessidade de interagirmos ou comunicarmos com algo que vá além da mera transmissão de mensagem⁸.

A mensagem terá, além de sua instância racional ou meramente intelectiva, uma instância afetiva e apelativa, o que perfaz a famosa tricotomia de Bühler da língua como representação, manifestação psíquica e apelo. A transmissão da mensagem precisa, portanto, vir revestida de um conjunto de perspectivas simbólicas que a palavra consegue encerrar em suas sutilezas cognitivas com muito maior desenvoltura que outros significantes. O estudo da perspectiva simbólica, portanto, enquadra-se também nos estudos da Semântica como ciência do sentido.

A simbolização, o fato de que justamente a língua é o domínio do sentido. E, no fundo, todo o mecanismo da cultura é um mecanismo de caráter simbólico. Damos um sentido a certos gestos, não damos nenhum sentido a outros, no interior da nossa cultura. [...] Ver-se-ia, então, que há como

⁶ O que pretendemos enfatizar, nesta seção, não é a palavra como entidade mórfica ou sintática, mas o conceito que ela acarreta de ser intrínseca à natureza humana, tanto comunicativa, quanto cognitiva. Será em citação de Hjelmslev, parece-nos, que, aqui, essa dúplici imanência da palavra (inserida na linguagem) à natureza humana se explicitará com mais clareza.

⁷ Pode-se equiparar, sem muita margem de erro, o conjunto de memória simbólica àquilo que, em Antropologia, se chama “memória imaterial” ou até “patrimônio imaterial”. Assim, a língua, o folclore, códigos morais e éticos, ordenamentos jurídicos, gramáticas e outros componentes que são compartilhados por um grupo de pessoas as identificam como pertencentes, de alguma forma, àquele grupo.

⁸ Sobre as noções de memória e esquecimento, escrita e oralidade, e até mesmo a importância da simbologia para a coesão ou dissolução social ao longo do tempo cronológico, em termos abstratos (teóricos) e concretos (práticos) remetemos o leitor a três obras: 1) PLATÃO, Fedro. 2) ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. 3) DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006.

uma semântica que atravessa todos estes elementos de cultura e que os reorganiza – que os organiza em vários níveis. (BENVENISTE: 2006, p. 25)

A palavra não é um simples “envelope” contendo um significado em seu interior. Essa é uma das causas pelas quais há tantas palavras que se tornam tabus (como os “palavrões”, também conhecidos exatamente como tabuísmos) em certos contextos e situações. Ora, se nos restringíssemos a reconhecer palavras como aglomerados fonéticos-gráficos físicos (acústicos/gráficos) ou fisiológicos (perceptuais ou articulatórios/visuais ou táteis) de sons ou como sequências de letras ou de outras maneiras de escrita que devessem exclusivamente, e em qualquer contexto ou situação, emitir mensagens e mais nada, não haveria diferença alguma quando se utilizasse um “palavrão” ou uma palavra qualquer indiscriminadamente para referir-se, por exemplo, a uma pessoa, coisa ou fato, um fenômeno, em resumo.

Também não haveria diferença em se usar, para darmos um exemplo, a palavra “coração” para nos referirmos a alguém de quem gostamos, em vez de fazermos menção ao órgão do corpo que bombeia sangue etc. Isso mostra que a própria denotação/conotação (a que o dinamarquês Hjelmslev conferiu tanta justificável importância) ou a relação de palavras por similaridade/contiguidade, paradigma/ sintagma (metáfora/metonímia) (como as estudadas por Freud e Lacan), entre outras relações que pode a palavra alcançar, dependem do contexto comunicativo, e constroem-se com o intercâmbio de mundos simbólicos e memorialistas que aqueles que interagem devem compartilhar de algum modo, o que engendra as competências textual-discursiva e léxico-gramatical, que englobam a competência pragmática, entre outras.

O nosso juízo cria, assim, um universo ou paradigma de significações que atribui valores melhorativos ou pejorativos em decorrência de um sem-número de elementos intelectuais e também afetivos, sendo a nossa cognição construída no âmago de uma rede indissociável de comunicações e sentenças discursivas concretas que, por sua vez, encontram-se espelhadas em compêndios de sentenças abstratas que as refletem, como um ordenamento jurídico específico (em dado espaço e tempo) e uma gramática também específica.

A pluralidade de interesses, que muitas vezes esbarra em divergências, como as controvérsias, as tensões, as incertezas (difusas) e os conflitos, os riscos (concretos), necessita de um elemento que a sintetize de forma abstrata, mas que se volte à concretude de onde partiu a fim de encontrar eficácia em sua gerência.

Eis a dupla função articulatória de códigos reguladores, como ordenamentos jurídicos/gramáticas normativas.

Esse duplo movimento de compêndios reguladores, como o Direito e a Gramática, aqui pesquisados, torna-se ainda mais complexo em função justamente do caráter suplementar simbólico de que a comunicação humana se reveste.

Sobre o caráter simbólico da palavra, ainda, Pierre Guiraud, em sua obra *Semântica*, assim se manifesta, remetendo ao conceito mesmo de “interação” que acima discutimos, expandindo-o à concepção de natureza em si:

II – Signos e símbolos

Todo signo é um estímulo associado.

Mas há dois grandes tipos de associações significativas: os signos naturais e os signos artificiais.

Os primeiros são baseados em relações existentes na natureza entre os fenômenos, como, por exemplo, a associação “nuvem-chuva”; todos os nossos conhecimentos, nossas técnicas, nossas ciências, constituem uma tomada de consciência mais ou menos sutil e mais ou menos exata dessas relações naturais, que tomam valor de signo na medida em que as associamos em nosso espírito.

Os signos artificiais são fabricações⁹ humanas (ou animais) e se subdividem por sua vez em dois grupos: alguns nos servem para representar o real – um desenho, um plano, uma gravação fonográfica, por exemplo; outros nos servem para nos comunicarmos com outrem – a linguagem articulada, um gesto de polidez, um sinal; o limite entre essas duas funções não é estanque, porque utilizamos muitas vezes signos de representação para comunicarmos – uma fotografia, por exemplo. Mas é por sua natureza que esses dois grupos se diferenciam, os primeiros são reproduções dos caracteres naturais da realidade – imagens, ou ícones, os segundos são signos convencionais – símbolos. (GUIRAUD: 1972, p. 17-18)

O estudo das significações das palavras – abarcando essa sua natureza simbólica, memorialista e inevitavelmente viva pela prática dos usos interativos – é satisfatoriamente empreendido pela Semântica, que se vale de outras disciplinas para angariar pujança às suas conclusões.

⁹ Observe-se como é interessante o fato de que grandes pesquisadores oscilam entre 1) nomear as palavras, os signos e a própria linguagem como “fabricações” e, em outros momentos, 2) expressar pudor em vê-las como “instrumentos”. Na verdade, cremos que esses pesquisadores não apontam para ideias contraditórias, mas apenas emprestam aos conceitos que usam acepções mais estritas ou mais genéricas, o que permite que, muitas vezes, não se esteja discutindo ou contrastando um conceito, mas, no fundo, como dissemos, acepções emprestadas a ele.

Não é à toa que Claudio Cezar Henriques tenha dedicado um volume de sua coleção sobre Língua Portuguesa e Linguagem (Coleção Português na Prática) não exclusivamente ao léxico, nem exclusivamente à semântica, mas a ambos conjugados: sua obra se intitula *Léxico e Semântica. Estudos produtivos sobre palavra e significação* (HENRIQUES, 2011). A obra parte de capítulo dedicado à “Língua, Lógica e Linguagem” (capítulo 1), esquadrinha rigorosamente as diversas possibilidades de relações semânticas entre as palavras e culmina em capítulo endereçado à “Semântica do texto e do contexto” (capítulo 6). Isto é, referenda a trajetória que vimos empreendendo neste artigo, uma vez que se ampara em ideias como língua, linguagem, lógica, palavras, significados, sentidos, texto, contexto, concretudes, abstrações.

Observando a palavra pelo viés antropológico, sob a noção de ideologia, Leandro Konder, em sua obra *A questão da ideologia*, no capítulo 15, “Ideologia e linguagem”, evoca o caráter simbólico e revestido de memória que, nessa obra, é evidenciado pela questão ideológica, de poder, de hierarquia. Assim, o autor inicia seu capítulo reconhecendo que “Um dos campos de observação mais ricos para o observador dos fenômenos ideológicos é, com certeza, o da linguagem” (KONDER, 2004, p. 151).

Em seguida, observando acuradamente a etimologia de certas palavras, percebe que se trata de elementos cuja raiz aponta para as relações de poder e hierarquias socioculturais e socioeconômicas. Ainda que muitas dessas raízes não sejam mais sincronicamente transparentes, a opacidade contemporânea não deixa, contudo, de evidenciar o aspecto simbólico e memorialista que as palavras carregam. Embora quase unilateralmente marxista, dadas algumas mitigações necessárias, portanto, ao investigador que, não raro, apaixonava-se quase cegamente por seu objeto (ou método) de estudo, o texto de Konder pode esclarecer essa duplicidade simbólico-memorialista inerente à palavra, quando a articula à perspectiva da ideologia ali imbricada:

O povo sempre foi olhado com desprezo e com receio pelos de cima. As palavras que a elite usava para designá-lo deixam transparecer a avaliação negativa: em latim, povo era vulgus, termo do qual deriva o adjetivo vulgar. Juntos, os homens do povo constituíam uma turba e a partir dessa palavra se formou o verbo perturbare e o substantivo turbulência. O próprio número dos elementos populares os tornava assustadores: o termo multi (muitos), que deu multidão, deu também tumulto. Quando se deixavam ensinar (docere) e aprendiam as normas

de conduta que lhes eram recomendadas pelos detentores do poder, os homens do povo eram elogiados, eram considerados dóceis. [...]

Se, por acaso, pediam algo (pedir em latim era rogare), os pobres eram tolerados, desde que se expressassem com humildade. Se, porém, ousavam reivindicar algo (em latim, reivindicar era arrogare), passavam a ser vistos como arrogantes. (KONDER: 2004, p. 154-155)

Em seguida, no mesmo capítulo, Konder analisa as visões de Walter Benjamin, Jürgen Habermas e Mikhail Bakhtin sobre a linguagem, seu dinamismo, seu caráter ideológico explicitado pelas ações concretas que a consubstanciam. Seleccionamos alguns trechos em que Konder se detém sobre a visão de Bakhtin, por ser a que mais de perto alia ideologia, dinamicidade discursiva, instâncias de poder, simbologia e memória:

Para o crítico russo [Mikhail Bakhtin], a linguagem estava sempre sendo criada, tinha uma existência dinâmica, transformava-se continuamente, e o povo – a multidão dos falantes – desempenhava um papel absolutamente essencial nesse processo de criação permanente.

[...] Bakhtin resgatou elementos plebeus que costumavam ser sistematicamente desqualificados pelos analistas que estudavam a cultura popular. E os resgatou também no âmbito da linguagem. Os palavrões, por exemplo, são reconhecidos e apreciados por ele como contribuições “à criação de uma atmosfera de liberdade”. Enquanto intelectuais tão importantes como Voltaire, La Bruyère e George Sand manifestavam repulsa ante o que lhes parecia grosseiro e vulgar na obra de Rabelais, Bakhtin sublinhou nos escritos do autor de Gargantua e Pantagrue o vigor da saudável transgressão, a quebra positiva de tabus linguísticos e o fecundo aproveitamento da riqueza e da heterogeneidade do vocabulário da “praça pública”. Em sua reavaliação das extraordinárias potencialidades da cultura popular, Bakhtin promoveu, igualmente, significativa revalorização do riso, da comicidade. [...] (KONDER: 2004, p. 158-159)

São exemplos simples, mas que mostram que a palavra, além de seu estrato material (o significante, fônico/oral ou escrito), é dotada de caráter simbólico, que perpassa a memória de um grupo (memória coletiva) e se consubstancia no uso que um indivíduo faz dela (memória individual) para comunicar-se com o grupo de indivíduos de que faz parte, por meio (privilegiado) da língua.

Por sua competência linguística, então, o indivíduo pode recorrer à memória coletiva em que está inserido para buscar formas de expressão que comuniquem seu efeito

de sentido pretendido; por seu desempenho ou habilidade linguísticos, o indivíduo consegue (com maior ou menor sucesso) concretizar essas formas de expressão.

Essas são razões para crermos, aliás, que mesmo um texto que se proponha não ter um interlocutor externo, como um “diário” de anotações pessoais, por exemplo, também possa ser considerado elemento de comunicação. Nesse caso, a coincidência do interlocutor com o locutor (isto é, o fato de ser a mesma pessoa) não impede que a mensagem ecoe precedida por um aparato de memória coletiva de que o locutor-interlocutor se valeu, e que essa mensagem venha revestida, assim, de todo o seu caráter simbólico adquirido em função do convívio daquela pessoa com a coletividade em que está inserida. Por essa razão, observa-se com justificado ceticismo quem queira ver na palavra e na linguagem um mero “instrumento”, como discutimos acima, isso porque

[As palavras] Não são meros instrumentos, mas partes essenciais dos acontecimentos que dinamizam as relações sociais e fazem a história das sociedades, a própria face do relacionamento humano. [...]

Eu diria, até mesmo, que a linguagem é muito mais que um instrumento: ela é o próprio espaço simbólico que torna possíveis essas representações e, em larga medida, é por meio dela que modelamos mentalmente o que chamamos de contexto em que interagimos. (AZEREDO: 2008, p. 18)

Hjelmslev abre seus *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*, verdadeiro arquiteceto, refletindo sobre a natureza imanente ou imanente da palavra em relação ao ser humano. Traduzimos, abaixo, as partes de seu capítulo 1 (“Recherche linguistique et theorie du langage” [“Pesquisa linguística e teoria da linguagem”]) que encarecem sobremaneira a questão. Note-se, entretanto, que o autor dinamarquês classifica a linguagem, sem prejuízo de suas reflexões acerca da imanência desta à natureza humana, como “instrumento”.

É de observar, também, que Hjelmslev, assim como Saussure, observa a linguagem (manifestada por meio de uma língua) tanto em seu aspecto de troca social, funcionalista (“o homem influencia e é influenciado”) quanto em seu aspecto de cognição em seu sentido mais restrito e puro, formalista (“seu refúgio em horas solitárias”), isto é, a importância dialógica, mas também monológica¹⁰ da linguagem:

¹⁰ Embora autores como Bakhtin ou Kristeva afirmem que mesmo na atitude monológica há o dialogismo, pois há o confronto (e, portanto, diálogo) entre o suposto discurso monológico e as forças sociais em que este discurso está inserido, como vimos.

A linguagem é inseparável do homem e o segue em todas as suas ações. A linguagem é o instrumento graças ao qual o homem forma seu pensamento, seus sentimentos, suas emoções, seus esforços, sua vontade e seus atos, o instrumento graças ao qual ele influencia e é influenciado, o último e mais profundo fundamento da sociedade humana. Mas também é o último, o indispensável recurso do homem, seu refúgio nas horas solitárias, onde o espírito luta com a existência, e onde o conflito é resolvido no monólogo do poeta e na meditação do pensador. Antes mesmo do primeiro despertar de nossa consciência, as palavras ecoaram em torno de nós, prontas para proteger as primeiras sementes frágeis de nosso pensamento, para nos acompanhar ao longo de nossas vidas, desde as mais humildes ocupações da vida cotidiana até nossos momentos mais sublimes e íntimos, aos quais a vida de todos os dias, por meio das lembranças corporificadas na linguagem, empresta força e calor. A linguagem não é um mero companheiro, mas um fio profundamente entrelaçado no tecido do pensamento; ela é, para o indivíduo, o tesouro da memória e a consciência vigilante transmitida de pai para filho. Para o bem ou para o mal, o discurso é a marca da personalidade, da pátria e da nação, o título de nobreza da humanidade. (HJELMSLEV: 1966, p. 10-11, traduzimos e sublinhamos)¹¹

Então, o significado é algo que sempre será compartilhado (ainda que locutor interlocutor coincidam numa só pessoa), privilegiadamente pela palavra, e alcançará sentido de acordo com o modo como o conjunto de significantes (materiais) foi emitido. Está inserido dentro deste compartilhamento material, em que a palavra é privilegiada na (e exclusiva da) espécie humana, o verdadeiro sentido captado, nunca é demais ressaltar, a partir da interação entre as pessoas, cuja interpretação, portanto, constrói-se por significados claros, mas também por significados ocultos. Só se obtém sentido quando se compartilham significados.

Teoricamente, há textos ou até gêneros textuais com menor necessidade de

¹¹ [...] Le langage est inséparable de l'homme et le suis dans tous ses agissements. Le langage est l'instrument grâce auquel l'homme façonne sa pensée, ses sentiments, ses émotions, ses efforts, sa volonté et ses actes, l'instrument grâce auquel il influence et est influencé, l'último et le plus profond fondement de la société humaine. Mais, il est aussi le dernier, l'indispensable recours de l'homme, son refuge aux heures solitaires où l'esprit lutte avec l'existence, et où le conflit se résout dans le monologue du poète et la méditation du penseur. Avant même le premier éveil de notre conscience, les mots ont résonné autour de nous, prêts à envelopper les premiers germes fragiles de notre pensée, et à nous suivre sans lâcher prise notre vie durant, depuis les plus humbles occupations de la vie quotidienne jusque dans nos instants les plus sublimes et les plus intimes auxquels la vie de tous les jours, grâce aux souvenirs incarnés par le langage, emprunte force et chaleur. Le langage n'est pas un simple compagnon mais un fil profondément tissé dans la trame de la pensée; il est, pour l'individu, trésor de la mémoire et conscience vigilante transmis de père en fils. En bien comme en mal, la parole est la marque de la personnalité, du pays natal, et de la nation, le titre de noblesse de l'humanité. (HJELMSLEV, 1966, p. 10-11, sublinhamos)

decodificação simbólica, com menos (ou nenhuma) carga afetiva e apelativa. São gêneros como contratos de adesão, formulários, bulas de remédio, textos burocráticos ou tecnocráticos, fórmulas de abertura e fechamento formais ou comandos hierárquicos e assim por diante. Bakhtin dividiu-os primordialmente, exatamente em função dessa dicotomia mais clara entre rigidez e flexibilidade interativa, entre gêneros primários e secundários. Dedicamos parte substancial de nossa pesquisa a esses níveis graduais de gramaticalização ou de rigidez versus flexibilidade textual e discursiva, exatamente como parte do objetivo do que empreendemos.

O texto literário, sobretudo na sua forma de poesia ou de prosa poética, estaria no extremo oposto desses gêneros mencionados. Nele, a necessidade de um contrato de comunicação que preveja a importância do compartilhamento de memórias e símbolos para a construção do sentido, ou, em outros termos, que preveja o acesso mais amplo à competência linguística dos interlocutores, a fim de expandi-las para que a mensagem seja interpretada, é mais explícita, mais evidente. Isso se dá porque o texto literário não lida exclusivamente com o que a língua já consubstanciou ou consagrou na memória coletiva, na gramática *lato sensu* (conjunto de regras subjacentemente fonológicas, mas prioritariamente morfossintáticas compartilhadas por um grupo; o que Chomsky chamaria de “estrutura superficial”).

O texto literário vai àquele conjunto de regras estabelecido pela gramática e o reconstrói por meio das possibilidades, latências, virtualidades, e não necessariamente das formas já existentes ou expressas, de tal maneira que sua decodificação exige, frequentemente, que o interlocutor trilhe passos e pistas deixados (muitas vezes ocultos ou opacos) pelo locutor, a fim de construir, juntos, um sentido possível, com graus de verossimilhança interna ou até mesmo externa (o que Chomsky chamaria de “estrutura profunda”)¹².

Os conteúdos compartilhados alcançam, assim, valores interlocutivos, que são precedidos pelo grau de sucesso com que aquele contrato de comunicação se consubstanciou. Assim, vemos que aquilo a que chamamos de tecnologia semântica, fundamental ao julgamento e à interpretação mediada dos fenômenos, deve abarcar também os textos literários e poéticos, repletos não

¹² As verossimilhanças dizem respeito basicamente à coerência que um texto alcança. Ela é externa quando encontra abrigo no mundo real; e interna, quando sua existência se pauta nas inter-relações semânticas ocorridas dentro do texto, muitas vezes com grau amplo de desligamento do mundo real.

apenas de palavras (e significações) dadas, consensuais, mas também possíveis, latentes, porvindouras.

Para dar um exemplo, se começamos a ler um texto que sabemos ser um conto de fadas, ou um poema surrealista, precisamos nos desligar de certos aparatos racionais a fim de o interpretarmos. Saberemos, graças ao contrato de comunicação emitido de antemão, que, se nos mantivermos numa trilha exclusivamente racional ou remissiva ao mundo concreto da lógica cartesiana, a leitura do texto será prejudicada ou mesmo fracassada. Podemos – e devemos – apelar, nesse caso, à fantasia. Esse mesmo apelo não se mostrará eficaz se quisermos, em vez disso, decodificar um memorando, uma bula de remédio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As palavras são o meio mais privilegiado da comunicação humana. Isso ocorre porque elas partem do discurso vivo, e compõem, com essa liberdade, o que se chama “léxico” de uma língua. Levando-a em consideração, a fenomenologia social (dialógica) e individual (monológica) é interpretada e deve, portanto, ser julgada. Essa característica (pertencer a um discurso vivo e dinâmico) torna as palavras dotadas de significação, que só pode ser compreendida quando se levam em conta os aspectos simbólico e memorialista que elas possuem. Uma vez consagradas no uso dos utentes de uma célula social, as palavras começam a formar regras (fonológicas, morfológicas, sintáticas) numa língua, o que compõe sua gramática (ou suas gramáticas) e seus organismos reguladores, como um ordenamento jurídico, que não se restringem a uma gramática normativa ou a códigos estáticos quaisquer, mas expandem-se, por uma técnica de síntese, basicamente, a todos os usos que permitem que aquela linguagem e seus valores emanados possuam regras compartilhadas e respeitadas pelos interagentes.

Aquele que julga ou interpreta, assim sendo, não deve ater-se meramente ao que já é, mas também ao que pode ser, ao que respeita os valores semânticos plenos de uma comunidade. Em outros termos, o juízo acerca dos fenômenos ocorre sob um sofisticado e sutil exercício de intelectualidade que interpreta a mediação já consagrada dos fatos, mas também as mediações possíveis (ou até prováveis) que ainda não se positivaram de modo cabal, mas que nem por isso inexistem como realidades concretas.

REFERÊNCIAS

- AZEREDO, José Carlos de. Ensino de português: fundamentos e objetos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2008.
- BENVENISTE, Émile. Problemas de linguística geral. Volume I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, Editora da USP, 1976.
- _____. Problemas de linguística geral. Volume II. São Paulo: Pontes, 2006. BRÉAL. Michel. Essai de sémantique. Science des significations. Paris, 1897 [1987].
- _____. Ensaio de Semântica. Ciência das significações. São Paulo: EDUC/ PONTES, 1992.
- GUIRAUD, Pierre. Semântica. Tradução e adaptação de Maria Elisa Mascarenhas. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1972.
- HENRIQUES, Claudio Cezar. Léxico e semântica. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.
- HJELMSLEV, L. Prolegomena to a theory of language. Madison: The University of Wisconsin Press, [1943], 1963 JAKOBSON, Roman. Linguística e comunicação. Trad. De Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 22. ed. São Paulo, Cultrix, 2010.
- KONDER, Leandro. A questão da ideologia. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- ULMANN, Stephen. Semântica. Uma introdução à ciência do significado. Tradução de J. A. Osório Mateus. 3. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

AS COMUNIDADES QUILOMBOLAS E SUAS RELAÇÕES COM OS INDÍGENAS

*André R. C. Fontes**

A sociedade humana é, por sua essência e estrutura, a forma mais complexa de existência do que se compreende e se conhece. Ela é parte específica e peculiar da natureza, a que se opõe, em certo sentido, todo o restante da natureza. Uma relação entre sociedade e natureza estaria mais além do que um simples resultado de uma interação de forças cegas, impessoais e espontâneas.

O fato de que em sociedade atuam homens dotados de razão e vontade, que estabelecem objetivos, tarefas que lutam para logrã-los, serviu, no passado, e com frequência serve em nossos dias, de obstáculo aos antropólogos, sociólogos e historiadores quando estudam a essência, as causas dos processos e fenômenos sociais.

A autenticidade interpretada dessa forma, e conservando todo o significado de verdade objetiva, tem um determinado sentido no processo de compreensão e conhecimento verdadeiro das formas de pensamento humano.

A seguir, apresento este estudo especial e detalhado das diferentes formas de enunciar o problema e expressão das ideias e teses contemporâneas sobre a questão e o significado de comunidade tradicional. Ocupando-se e destacando-se o debate, o significado de dito conceito deve ser examinado à luz de diferentes aspectos, cada um dos quais merece certa atenção e cuidado.

A necessidade de solucionar o problema do significado e uma ampla

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

compreensão do que se entende por comunidade tradicional são determinadas, acima de tudo, ao menos na direção deste trabalho, pelo *locus* onde são produzidos e desenvolvidos os conhecimentos tradicionais. Ao mesmo tempo que a importância dada ao local como portador da determinação eficaz do significado, devem ser levadas em consideração, além do espaço-sede, a complexidade e a diversidade das comunidades tradicionais em espécie. A atitude aparentemente irreconciliável dos contextos sociais, econômicos, culturais, religiosos, políticos e legais que circundam essas comunidades, marcadas exclusão social, econômica e legal, associada a um constante afastamento ou mesmo isolamento geográfico, só não parece pior que a pobreza em termos de ingresso econômico, que se torna a essência de uma paridade considerável e é justo generalizar a experiência de nunca ser a diferença entre elas.

A vida em cada comunidade é de todo evidentemente muito complexa e multifacetada. O que está escondido por detrás dessa vida aparentemente saudável e feliz das populações tradicionais são, verdadeiramente, a miséria humana e as dificuldades resultantes da indiferença, quando não muito da crueldade com que são tratadas. Quanto mais óbvio o incompleto sucesso do tratamento dado a essas comunidades e de viver segundo as formas em que é incessantemente mantida, podemos dizer que é justamente a sua diversidade e toda a manifestação diferenciada que ela considera que se deve atuar plena e ativamente na sua tutela. Essa diversidade é o ponto característico ou mesmo a regra comum diante de uma variedade de línguas, regiões, culturas, organizações sociais e políticas.

O processo de conhecimento dessas sociedades não representa apenas o desenvolvimento lógico das próprias categorias estudadas e conhecidas, pois os grupamentos mais antigos têm em si mesmos diferenças com os mesmos integrantes originais, com um grupamento mais novo ou mesmo entre um, outro e terceiros grupos. Essas diferenças entre comunidades, como ocorre em um país vizinho a outro, pode significar um reforço à estagnação e ao descompasso, mas que pode também significar, ao contrário, que um grupo progrediu e se desenvolveu. As sociedades arcaicas têm em comum, muitas vezes, suas diferenças com as sociedades às quais se dá o nome de históricas, mas diferem tanto entre elas como as sociedades europeias umas das outras.

A compreensão da essência das diferenças dos povos indígenas chama a atenção em um ritmo imanente dos conceitos se for considerado sobre o processo

de estudos sobre os indígenas, somente se considerado o caso do Brasil. Uma tentativa de sintetizar todos os resultados sobre a base prática atual posta em manifesto, seria não apenas todo o processo de conquista e a assimilação que sofreram, a tal ponto que os afastaria de seu próprio conteúdo original.

Encontramos grupos indígenas assentados em suas terras ancestrais dentro das fronteiras brasileiras, mas os grupos maiores habitam regiões mais amplas, que transcendem as fronteiras de um único Estado e permanecem em duas ou mais fronteiras. Os guaranis estão dispersos entre países da Região do Prata: Brasil, Argentina e Paraguai.

Ao mesmo tempo que tem isso um aspecto importante no processo de conhecimento verdadeiro de uma comunidade, as diferentes formas e também os diferentes graus de integração da sociedade moderna, em correspondência com os diferentes níveis de conexão com os mercados, maior ou menor assimilação de padrões culturais forâneos, incluído aí a maior ou a menor aceitação das estruturas jurídicas e sociais existentes, formam elementos que mesclam na constatação, por exemplo, com os variados interesses com relação às plantas medicinais e suas aplicações.

Aqui é sumamente importante o respeito veraz sobre a apreciação das formas cognitivas de compreensão das comunidades, seja pela similitude, seja pelas diferenças, é muito difícil delimitar os pontos comuns que permitam uma definição unívoca do que seriam as comunidades tradicionais que compreendessem comunidades indígenas, quilombolas (identificadas com as negras) e caçaras (assim chamadas comunidades dos povos ribeirinhos), que ficam incluídas no conceito de comunidade tradicional, em razão das especificidades culturais da população que a compreende.

Isso significa que a diversidade cultural pode ser entendida tanto do ponto de vista das diferenças existentes entre comunidades indígenas e locais, como do ponto de vista das diferenças entre as muitas comunidades por exemplo.

Se se fizesse um exame das comunidades quilombolas, haveria de se estabelecer suas relações com a história colonial e monárquica do Brasil até a abolição da escravatura, bem como os vínculos com os territórios em que se encontravam. A conquista que empreenderam nas zonas que habitavam e a forma como foram incorporadas ao espaço geográfico em que se encontram, provoca a indagação da origem cultural das regiões africanas de onde procediam e, acima de tudo, explicaria os lugares e o desenvolvimento histórico nos distintos momentos e circunstâncias.

A história das comunidades tradicionais quilombolas não é inseparável da história do homem negro no Brasil e das diversas etapas históricas a que haveria de se dividir os estudos. O próprio tráfico negreiro seria importante, porque denunciaria a origem e a época que a população negra capturada formaria base para os grupos correspondentes de assentamentos humanos dos fugidos das correntes. A identificação étnica do homem escravizado poderia estabelecer, por seu conhecimento próprio ou capacidade de comunicação, uma maior ou menor aproximação com as raízes africanas. O lugar de origem poderia indicar uma maior quantidade de indivíduos de uma única origem.

O propósito de contribuir com uma classificação originária da população das comunidades é a única maneira de determinar sua identificação. Uma exposição sintética é a única que se faz possível, especialmente pelas particularidades culturais e econômicas dessas comunidades verdadeiramente silvícolas, que devem ser objeto de um estudo cuidadoso para serem incorporadas nos novos ordenamentos. Deve ser advertido que as diferenças mais notórias entre as regiões não significa um aspecto estático do problema, não obstante essas diferenças serem necessariamente respeitadas e valoradas. Mas, para evitar generalizações que podem resultar até mesmo de conclusões odiosas ou prejudiciais à rica e heroica história dessas comunidades, não se deve olvidar que elas resultam também de movimentações internas, como seriam as do Nordeste para a Região Sudeste, por conta das crises, movimentos emancipacionistas nordestinos e até mesmo guerras como as travadas com os holandeses.

Para os estudiosos dos povos negros da América, o que surpreende do processo de adaptação física e cultural dos africanos abruptamente transplantados ao Novo Mundo é a sua capacidade de produzir novos modos culturais, chamados por alguns de *modelos de adaptação*.

Trazidos de diferentes lugares e pertencendo a diferentes grupos étnicos, com tradições e línguas distintas, as levas de escravos e logo os fugitivos e mesmo os libertos criaram novos padrões culturais, alguns deles, a partir de elementos de indubitável ancestralidade africana, outros novos e, muitos, sincretismos de elementos da cultura dominante ou de incorporações ou assimilações indígenas.

O homem negro na América amalgamou e gerou, em um processo sem igual de adaptação cultural, modelos culturais próprios. Nos processos de liberdade dos escravos, diversos da legalidade escravagista associada a formas

particulares de ocupação das terras mais distantes, produziram um tipo particular de comunidade, em certa medida com uma grande capacidade de expansão, por flexibilidade nas alianças, na extensão de critérios de parentesco e por um profundo sentimento de segurança.

O extenso processo histórico de conflitos de luta pela liberdade e sobrevivência da população negra no período escravagista provocou a formação de um quadro muito particular, de relações sociais e territoriais entre as próprias comunidades negras, além de contatos reais com outras, especialmente as indígenas, a despeito de ocuparem terras que poderiam gerar, por si só, conflitos com o índio. Seria certo afirmar que a comunidade negra necessariamente deve ter entrado em conflito com as comunidades índias, a fim de estabelecer estratégias de convivência, ainda que forçada, além da resolução de outros tipos de conflitos sociais, dentre os quais de compadrio e parentesco.

O negro deve ter aprendido com o indígena muitas de suas formas de produção, pois, a sua vez, desenvolveu singulares formas de trabalho e aproveitamento do meio natural. A ocupação das gentes negras das zonas mais úmidas e arredores constituiu um dos processos mais originais e interessantes de adaptação da vida humana na floresta tropical americana.

A comunidade rural negra, conformada por uma rede de unidades domésticas, em muitas vezes matriarcais, compartilha territórios e desenvolve o trabalho em grupo, à míngua de espaço hábil para as realizações. Essas famílias ou unidades domésticas que fazem parte de comunidades se caracterizam também pela permanente prole ao redor da mulher, da autoridade das avós e dos tios maternos, embora a autoridade social seja exercida pelo homem na figura do pai, padraсто ou o tio vinculado à unidade familiar.

A autoridade nas comunidades mais recentes está muito diluída, mas os homens a exercem de maneira informal, na condição de mais velhos. E isso reforça o poder exercido dentro do parentesco pelos tios maternos. As mulheres mais velhas, as avós, exercem um papel determinante na vida comunitária, especialmente associado às crenças e práticas religiosas.

Essas atitudes de liderança podem resultar tanto de homens como de mulheres. A mulher, por seu papel hegemônico, e por sua relativa independência, não tem as limitações de participação comum em outras sociedades rurais. A poligamia é uma instituição muitas vezes aceita, tanto pelas implicações

econômicas como para ter uma grande descendência, que o poder da maternidade poderia dar. Nessas comunidades, a segurança que gerava, com uma grande mobilidade espacial e social, permitiu maior circulação de parentes, a ampliação do grupo ou da comunidade, de modo que, nesse complexo, faz-se relação com as formas de posse e diversidade das fontes de subsistência relacionados com a oferta ambiental e os espaços de uso do território. As normas sociais familiares de posse e distribuição da terra e utilização dos recursos naturais permite bem compreender a forma encontrada como a que se desenvolveu na história e na dinâmica da ocupação territorial das comunidades negras e das suas congêneres indígenas.

Essa ocupação surge do estabelecimento de espaço dos escravos que conseguiam fugir da escravidão, e a partir daí, o estabelecimento de um sistema de parentesco. A apropriação territorial a torna um segmento comunitário especial no grupo das comunidades, porque ela se constitui a partir de grupos quilombolas originais para formar comunidades negras remanescentes da quilombagem. Nesse grupo, um segmento comunitário que controla uma parte do rio, ou as redes correspondentes, por meio de parentes, permite a distribuição melhor entre membros do grupo, que se torna espaço essencialmente comunitário dedicado a labores e colheita de um grupo maior dentro da comunidade.

Nessas comunidades negras, há a definição de um território comum, em posse coletiva, mas uma posse *pro diviso*, e dessa forma se mantém livre de conflitos internos e, por que não dizer, também, com comunidades vizinhas. O interior desse território é marcado por regras próprias de ocupação e exploração, normalmente pela titularidade do primeiro a ocupar a área. Desse modo, considera-se o dono da mesma e fixa os termos da sua ocupação. Essa ocupação se faz mediante um convite a parentes para que se incorporem ao local e também para ajudarem a trabalhar na terra.

Todo o estudo desses grupos comunitários negros e remanescentes dos quilombos está associado à figura do próprio quilombo. O processo de reconhecimento do quilombo e da sua formação está longe de alcançar algum consenso acadêmico ou científico. Mas os confins das terras comunitárias das populações negras surgem da dinâmica dos quilombos, sem a qual não é possível entender os estudos dos territórios comunitários.

Os quilombos eram, já em 1740, conhecidos pela administração colonial portuguesa como destino agrupado dos escravos fugidos e, em menor número,

de indígenas e até mesmo de indivíduos reputados brancos. É, de certa maneira, e sem uma unidade característica e conceitual, um fenômeno do Brasil, da América espanhola e Suriname, embora o Haiti, independente em 1804, até essa data, também apresentasse comunidades com as mesmas características.

É difícil de identificar de forma precisa, a língua que emprestou o termo quilombo ao léxico português. Duas versões ou teorias são conhecidas. A primeira de que *quilombo* vem do quimbundo *kilombo* ou do umbundo *ochilombo*. Essas duas línguas são de povos bantos que habitavam a terra de Angola e da parte da África Ocidental.

O termo *kilombo* (quimbundo) ou *ochilombo* (umbundo), assim como em outras línguas similares, significa cemitério, e era associado às religiões animistas locais. Ao longo do tempo, passou a significar as paragens ou acampamentos ou mesmo cabanas que faziam o comércio de cera, escravos e outros itens cobiçados pelos colonizadores. Foi no Brasil que o termo “quilombo” ganhou o sentido de comunidade autônoma de escravos fugitivos.

Como um exemplo para esse tipo de segmentação, pode-se citar o quilombo Campinho da Independência, localizado no Município de Paraty, entre os povoados de Pedra Azul e Patrimônio, banhado pelo Rio Carapitanga, além de conter cachoeiras e vegetação de Mata Atlântica.

Diferentemente dos demais quilombos do país, cuja origem é desconhecida, a história oral registra que foi fundado por três escravas, de nome Antonica, Marcelina e Luiza, que excepcionalmente tinham cultura e posses, pois eram do grupo de escravos que habitavam a casa-grande. É provável que as terras tenham sido originadas de fazendas abandonadas logo após a abolição da escravatura no País.

Os conhecimentos dos remanescentes de quilombolas estão associados à alimentação, plantas medicinais e utensílios domésticos.

A Comunidade remanescente de quilombos do Campinho da Independência está localizada na parte central da Área de Preservação Ambiental (APA) do Cairuçu, no Distrito de Paraty-Mirim, 2º Distrito do município de Paraty.

O clima da região é do tipo CWa, segundo a Classificação de Köpen, com temperaturas moderadas e verão quente e chuvoso. A precipitação anual média

é de 1947,7 mm em uma série de 34 anos e a temperatura anual média em uma série de 24 anos é de 22,3°C (dados da Estação Meteorológica da Eletronuclear em Angra dos Reis, RJ). As vegetações nativas remanescentes são florestas de encosta do tipo omblófila densa submontana.

Foi estimado em cerca de 200 anos o tempo de existência da comunidade do Campinho, iniciando quando as três mulheres negras receberam terras da fazenda de seu senhor e nelas reuniram escravos libertos pelas fazendas da adjacência. As terras do Campinho da Independência foram titularizadas em março de 1999, sendo a área definida como somatório de 13 posses que totalizam 287,9 ha.

A autenticidade interpretada dessa forma, e conservada com todo o significado de verdade objetiva relacionada às comunidades, tem um determinado sentido no processo de compreensão e de conhecimento do verdadeiro conteúdo das fontes do pensamento corrente.

O teor de um estudo especial e pormenorizado das diferentes formas de escravismo e a expressão correspondente dos movimentos destinados à liberdade ocupam um destacado lugar, muito além desta breve menção. O sentido de dita afirmação, que se examina muito superficialmente, assume, igualmente, em relação às comunidades indígenas certa atenção que, a despeito da importância reconhecida, cada uma mereceria certa preocupação, que não poderá ser alcançada nestas linhas.

Uma análise mais pragmática destinada a obter a compreensão do significado mais essencial, introduzirá o conceito indígena e reduzirá o significado da sua expressão em um plano concreto, determinado e parcial.

Considerando o mais extenso significado que os povos indígenas merecem, deve ser lembrado que, os primeiros europeus que aportaram no continente eram comandados por um italiano chamado Cristóvão Colombo. Colombo navegava a serviço do governo espanhol. Acreditou ter chegado às Índias, por isso chamou de índios aos habitantes da terra onde chegara. Por causa desse erro inicial de Colombo, a palavra acabou sendo consagrada até os dias atuais. Somente alguns anos mais tarde constataram os europeus que Colombo não havia chegado às cobiçadas Índias, como então era conhecida a Ásia Oriental, mas a outro continente, o novo continente, a América.

Chegados ao continente americano, os europeus se depararam com

um mundo novo que os deixou admirados. Eram paisagens inteiramente desconhecidas, com plantas e animais que nunca tinham visto até então. Além das plantas exóticas, coloridas por folhagens e flores variadas, encontraram uma surpresa maior, que foi a presença de seres humanos falando palavras incompreensíveis e com hábitos incomuns. Tinham pele avermelhada, andavam seminus e descalços; tinham cabelos longos lisos e não possuíam pelos nas partes visíveis do corpo. Os homens carregavam armamentos feitos de madeira endurecida, de que eram exemplos lanças, tacapes e até arcos e flechas, conheciam venenos (bororé e curare), além de enfeitarem as orelhas, o nariz e muitas vezes o lábio inferior com pedaços de ossos ou de madeira, e muitas vezes usavam enfeites de penas coloridas na cabeça. Viviam em família, agrupados em torno de um grupo maior, tinham habitações rudimentares, cultivavam a terra, praticavam a caça, a pesca e faziam a colheita, conheciam utensílios domésticos como vasos e cuias e usavam um tipo de colher, feitos a partir do barro, da tabatinga e de material ressecado da floresta. Não conheciam a propriedade, a riqueza e o dinheiro. Tinham culinária própria e consumiam alimentos que os europeus desconheciam, além de plantas medicinais que os mantinham em condições de enfrentar os desafios da região. Professavam um animismo que variava mais ou menos um em relação ao outro, a depender dos grupos étnicos e da capacidade de comunicação. Alguns eram canibais.

Os habitantes autóctones do novo continente ficaram curiosos e igualmente desconfiados dos europeus porque, assustados diante daqueles seres estranhos que desembarcavam nas praias das ilhas e do continente americano, viam que muitos dos recém-chegados eram ruivos e louros, e não poucos tinham barba e bigode. Às vezes usavam brilhantes armaduras e carregavam objetos estranhos, que faziam barulho e matavam. Esse plano de compreensão era agravado pela constante e repetida indagação, incompreensível para os nativos, a respeito da palavra ouro.

É importante lembrar que quanto mais os europeus penetravam pelas terras continentais, mais heterogêneas populações indígenas conheciam. Ao mesmo que seguiam pelo interior e conheciam mais grupos populacionais, algumas indagações começaram a surgir entre os europeus. Dentre elas, a mais importante, e que afetava decisivamente a existência desses povos, é a de se saber se os índios seriam seres humanos. Em caso afirmativo, haveria de se saber como enquadrá-los, já que possuíam caracteres físicos e culturais tão diferentes dos povos brancos, negros e amarelos.

Todo o processo de conhecimento levou tempo e muito esforço de indagações e respostas. Alguns europeus chegaram a afirmar que os índios não eram seres humanos e que não possuíam alma. E usavam argumentos bíblicos em suas premissas. É que o livro afirmava que eram brancos, amarelos e negros os homens criados por Deus e os índios possuíam peles avermelhadas, e, portanto, não podiam ser criaturas de Deus. Que os indígenas americanos, por serem tão diferentes dos tipos humanos conhecidos, não podiam descender de Adão e Eva. E se a Bíblia afirma que, desse casal, descendiam todos os homens, não haveria como explicar a cor avermelhada da pele dos índios americanos. Tanto assim que adoravam, no seu animismo, o Sol, a Lua, as forças da Natureza, e até era comum a prática de sacrifícios humanos.

A transcendência da questão ligava-se fundamentalmente ao fato de que, não sendo seres humanos, os índios poderiam ser legalmente escravizados. Foi preciso que o papa Paulo III, na bula *Universis Chisti Fidelibus*, de 1536, afirmasse que os indígenas eram verdadeiros homens e, assim sendo, constituíam seres racionais e aptos a serem convertidos ao catolicismo. Tal orientação pontifical motivada, segundo alguns, pelo interesse da Igreja Católica em buscar compensações no continente americano para as perdas que sofria com a expansão da Reforma Protestante na Europa, o que redundou em uma catequese sistemática, assimilação e miscigenação, e foi capaz de verdadeiramente ampliar o número de católicos, ao ponto de ter o continente o maior contingente.

Tudo isso parece ter importância porque, pouco depois, a Coroa Espanhola proibiu a escravização das populações indígenas, o que nem sempre foi acolhido pelos colonizadores espanhóis e demais europeus. O momento culminante no estudo da população autóctone se dá com uma polêmica questão que se prende à origem dos índios americanos. Já em 1520, o cientista Teofrasto Paracelso afirmava que os indígenas americanos, por serem tão diferentes dos tipos humanos conhecidos, não podiam descender de Adão e Eva. E se dizia que ao afirmar a Bíblia que, desse casal, descendiam todos os homens não haveria como explicar a cor avermelhada da pele dos índios americanos. Paracelso, como a maioria dos europeus, desconhecia que muitas sociedades indígenas tinham o hábito de pintar a pele. E não era somente com tinta de cor avermelhada, também usavam a cor preta, amarela e outras mais. Como punha em dúvida afirmativas da Bíblia, Paracelso acabou caindo nas malhas da Inquisição. Para não perder a vida, retratou-se. Seu caso serviu de exemplo para aqueles que não

levassem em conta a estreita união existente entre Igreja e Estado. Na época, os Estados Nacionais Absolutistas empenhavam-se em preservar a unidade religiosa, considerada fundamental para a continuidade da unidade política. Nesses Estados era evidente o esforço dos reis em colocar sob seu controle a Igreja e o clero existentes em seus domínios. Complicava-se a questão ainda mais pela ocorrência das reformas, que intensificavam a intolerância e o fanatismo religioso. Reforçou-se inclusive a crença de que a Bíblia era a fonte de todos os conhecimentos. Não é de se espantar que inúmeros estudos, então elaborados, procurassem demonstrar que os indígenas eram americanos descendentes de povos citados na Bíblia. De acordo com essa concepção, os indígenas seriam alóctones, ou seja, teriam chegado ao continente americano procedentes de outra terra.

Ao longo dos séculos XVI e XVII a tendência era apresentar os indígenas como descendentes de egípcios, hebreus, cananeus, fenícios ou de povos semitas. Como exemplo das explicações empregadas pelos defensores da origem bíblica do homem americano, citamos o espanhol Arias Montano. Em 1593 ele publicou a obra *Antiguidade judaica*, na qual afirmava serem os indígenas descendentes de populações judaicas, primeiras povoadoras da América. Um dos argumentos para justificar a descendência judaica dos indígenas seria o fato de que a palavra Peru constituía um anagrama de Ophir. Ophir ou Ofir, era um país oriental onde comerciantes judeus iam buscar ouro, perfumes, marfim, madeiras preciosas e outras mercadorias de valor. Não se sabe com certeza onde se situava o fabuloso Ofir. O mais provável seria que fosse um reino localizado em terras do Lêmem, ou da Somália atuais. Montano argumentava ainda que o Peru constituía, como Ofir, uma região riquíssima em ouro e prata, e que a palavra índio era uma corruptela de *iudio*.

Outro grupo de teorias, que não se prendia a passagens da Bíblia, foi elaborado por autores que afirmavam ter sido a América povoada por populações procedente de áreas litorâneas do mar Mediterrâneo. Para fundamentar suas teorias, buscavam paralelismos culturais entre antigos povos mediterrâneos egípcios, gregos, romanos, espanhóis, hititas, etruscos, cários e sírios. O paralelismo cultural, tomado em outros aspectos particulares, nada prova, porque os grupos humanos são capazes de criar comportamentos semelhantes independentemente de interpretações culturais ou influências externas.

A título de ilustração das ideias presentes nos trabalhos dessa corrente da origem mediterrânea, lembramos que alguns entendiam que eram originários

dos gregos, porque no Brasil viviam as amazonas: mulheres guerreiras que teriam vindo de terras gregas; sendo excelentes navegadores, os gregos foram fundadores de numerosas colônias, inclusive no continente americano; assim como se afirmava que o príncipe troiano Enéias fora para a Península Italiana após a Guerra de Tróia, os argonautas também viajaram para a América. Outro autor escreveu que o povoamento da América foi de origem espanhola. E indicava que indígenas e espanhóis diziam *ah!* quando se espantavam, e faziam *ah! ah! ah!* quando riam. Informava ainda que a primeira imigração se deu na época de Osíris, rei egípcio.

Somente a partir do século XIX a questão da origem do homem americano começou a ser discutida segundo critérios científicos, o que não impediu que continuassem a surgir publicações com afirmativas atualmente consideradas equivocadas. Foi o caso dos defensores da origem autóctone e, portanto, do monogenismo do homem americano. Ainda que tivesse precursores, como Samuel Morton, foi o palentólogo Florentino Ameghino, italiano de nascimento, mas argentino naturalizado, o principal defensor da tese de que o homem americano era originário da própria América. Suas afirmativas estavam baseadas em diversos achados de esqueletos humanos (crânio e ossada), ossos de animais extintos (como o mastodonte), pedras lascadas, terra cozida e outros achados feitos em escavações realizadas em diversas regiões da Argentina em fins do século XIX.

A ideia de que esse material pertencia à Era Terciária – uma das Idades Geológicas da Terra e que se estendeu até quinhentos mil anos – dava à América a primazia de ser o centro inicial da humanidade. As teorias de Ameghino provocaram grande celeuma, pois várias conclusões eram de bases puramente especulativas. Cientistas, sobretudo norte-americanos, não hesitaram em viajar até a Argentina a fim de examinar os fósseis e terrenos que Ameghino utilizava para formular suas afirmativas. Atualmente, são aceitas as teorias dos aloctonismo polegenista. Estudiosos como o argentino Salvador Canals Frau e o francês Paul River, comprovaram que a primeira imigração verificou-se, realmente, através de um istmo que, em passado remotíssimo, unia a América à Ásia, onde hoje existe o estreito de Bering .

Na etapa de desenvolvimento, além desses primeiros povoadores mongóis, seguiram-se novas ondas migratórias de coletores e agricultores, procedentes da Polinésia, da Ásia Oriental (Malásia) e da Austrália. Embora existam divergências quanto à data da entrada do homem na América, recentes descobertas

arqueológicas apontam as primeiras migrações ocorrendo entre 35 mil e 20 mil anos atrás, provavelmente por volta de 27.500 anos atrás.

Em 1975, todas as teorias existentes sobre a origem e a antiguidade do homem americano foram por terra em consequência de revelação feita a partir de um fóssil encontrado no fundo de uma caverna no Estado de Minas Gerais. Esse fóssil era um crânio que, resumidamente, pertencia a uma mulher, e que teria vivido há cerca de 11.500 anos. Ele foi chamado pelo nome de Luzia e assim se tornou mundialmente conhecido. Após ser estudado por cientistas da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade de São Paulo, o achado foi enviado à Universidade de Manchester, na Inglaterra, onde foi feita a reconstituição facial desse crânio. As conclusões a que se chegaram foram muito mais complexas, se comparadas com as conclusões até então conhecidas, são realmente espantosas. Ficou comprovado com o resultado das pesquisas que os primeiros seres humanos a povoarem o continente americano não eram asiáticos, mas pertenciam, em verdade, a grupos negróides. Além disso, ficou demonstrado que esses homens e mulheres chegaram muito antes do que vinham afirmando os defensores de outras teorias.

Na história dos primeiros agrupamentos humanos consta que se desenvolveram em um isolamento quase total e se encontravam no estágio cultural da selvageria, a despeito de já pertencerem à espécie *Homo sapiens*, se considerado o ponto de vista da Antropologia Física, e de acordo com a classificação do antropólogo norte-americano Lewis Henry Morgan.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALASSA, BELA. Et alii. *Uma nova fase de crescimento para a América Latina*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- BALLETTI, Franca. *Sapere tecnico sapere locale*. Florença: Alinea, 2007.
- BECHER, Tony. *Tribus y territorios académicos*. Trad. Andrea Menegotto. Barcelona: Gedisa, 2001.
- BETANCOURT POSADA, Alberto; CRUZ MARÍN, José Efraín. *Del saber indígena al saber transnacional*. México: UNAM, 2009.
- DONATO, Luz Marina. et alii. *Mujeres indígenas, territorialidad y biodiversidad en el contexto latinoamericano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.

- GONZÁLEZ GRANDIÓN, Ximena Andrea. *Legitimación de conocimientos tradicionales*. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.
- GRENIER, Louise. *Conocimiento indígena*. Trad. Oscar Chavarría Aguilar. Cartago: Editorial Tecnológica de Costa Rica, 1999.
- HANNIGAN, John. *Sociologia ambiental*. Trad. Annahid Burnett. Petrópolis: Vozes, 2009.
- KOSZUOSKI, Adriana, *Conhecimentos tradicionais*. Cuiaba: Carlini & Caniato, 2006.
- LAYTON, Robert. *Teorie antropologiche*. Trad. Stefano Montes. Milão: Il Saggiatore, 2201.
- LÓPEZY RIVAS, Gilberto. *Antropologia, etnomarxismo y compromiso social de los antropólogos*. México: Ocean Sur, 2010.
- MORAN, Emilio F. OSTROM, Elinor. *Ecosistemas florestais*. São Paulo: Edusp, 2009.
- RAPELA, Miguel Angel. *Derechos de propiedad intelectual em vetegales superiores*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.

A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES AMBIENTAIS EMPRESARIAIS

André Sá do Espírito Santo – Advogado Criminalista, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Graduado em Economia pela Universidade Candido Mendes – Ipanema, MBA em Finanças pela PUC/RJ e Professor da EMERJ

Resumo: A Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe grandes mudanças no que se refere aos direitos e garantias individuais, insculpidos no artigo 5º, bem como os direitos sociais, vistos ao longo do artigo 6º. Dentro deste contexto, a questão ligada ao meio ambiente ganhou grande relevância, principalmente em função de uma preocupação planetária com a degradação ambiental que se constata, muito em função do próprio crescimento populacional, bem como de indústrias poluentes, queimadas, dentre outros aspectos. O Direito Penal foi chamado para tutelar os delitos ligados às questões ambientais, da mesma forma que tem sido chamado para controlar outros ramos do direito, porém, com uma inovação: a Lei nº 9.605/98 pune criminalmente a pessoa jurídica. O que este artigo pretende debater é se tal punição é ou não constitucionalmente aceita.

Palavras-chave: Direito Penal Ambiental. Penal. Meio Ambiente. Constitucionalidade. Doutrina. Jurisprudência.

Abstract: The Federal Constitution promulgated in 1988 brought about great changes regarding the rights and individual guarantees, inscribed in article 5, as well as the social rights, seen throughout article 6. Within this context, the issue related to the environment has gained great importance, mainly due to a planetary concern with the environmental degradation that is verified, much due to the own population growth, as well as polluting industries, burned, among other aspects. The Criminal Law was called to protect the crimes related to environmental issues, just as it has been called to control other branches of law, but with an innovation: Law No. 9,605 / 98 punishes criminally the legal entity. What this article intends to discuss is whether or not such a punishment is constitutionally accepted.

Keywords: Environmental Criminal Law. Criminal. Environment. Constitutionality. Doctrine. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O conceito de pessoa jurídica é, como o nome sugere, uma criação do direito. Há, portanto, claras diferenças no enfoque que lhe é dado, em relação às atividades no mundo naturalístico, que são comandadas por seres humanos. Portanto, inegavelmente, se está a lidar com conceitos não necessariamente naturais, quando se pretende atribuir às pessoas jurídicas o cometimento de delitos.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma estrutura própria para tutelar um meio ambiente equilibrado, por intermédio, dentre outros, do direito penal ambiental. Tal estrutura deveria estar compatibilizada com a arquitetura geral dos direitos e garantias insculpidos ao longo do artigo 5º da Carta da República. O que se buscará analisar é se tal estrutura é filosoficamente compatível com os princípios então estabelecidos pelo Constituinte na Carta da República. Ou seja, se a Lei nº 9.605/98 é ou não constitucional, no aspecto da criminalização das pessoas jurídicas.

De modo geral, o direito penal vem sendo usado, cada vez mais, como meio de controle daquilo que os demais ramos do direito se mostram ineficazes ou insuficientes. Exemplo clássico está relacionado com as questões tributárias, uma vez que o contribuinte devedor, ao pagar os tributos devidos tem a sua punibilidade extinta. Na realidade, nua e crua, usa-se neste caso, o direito penal como mero meio de cobrança.

No mesmo sentido, a chamada Lei Seca pune penalmente aquele que tenha ingerido bebida alcoólica, mesmo que não haja transgredido qualquer outra infração das leis de trânsito, no que se caracteriza a punição pelo crime de perigo. E, nesta hipótese, pouco importa se o cidadão tenha ingerido um copo de cerveja ou mesmo comido alguns bombons de licor. O objetivo de tal rigor punitivo é se evitar qualquer ingestão alcoólica, mesmo que tal ingestão não afete, de fato, a capacidade plena na direção de um veículo. Ainda sobre este ponto, cumpre destacar que há muito mais perigo em quem dirija em excesso de velocidade do que quem tenha comido um bombom de licor, mas, na primeira hipótese, há os radares de aplicam sanções administrativas, que são as multas.

Outro exemplo. A manutenção de contas bancárias não declaradas no exterior, em valores superiores a US\$ 100,000.00 (cem mil dólares americanos) no último dia de cada ano. Esta é uma questão claramente administrativa, ligada às normas dos mercados financeiros. Mas, ao se criminalizar tal conduta, objetiva-se transferir ao próprio cidadão o receio de responder a uma ação penal, incentivando-o, assim, a prestar a declaração devida ao Banco Central do Brasil.

A Carta Magna trouxe inegáveis progressos, principalmente vinculados aos direitos supra individuais, fazendo com que uma nova visão sobre o direito penal fosse estabelecida para atender tais direitos difusos. Neste ponto, cabe importante observação. Há um conflito intrínseco entre os direitos e garantias individuais e o direitos e garantias coletivos. É uma fronteira tênue e nem sempre homoganeamente respeitada.

Cumpra lembrar as condições históricas em que a Carta Magna foi promulgada em 1988, eis que se estava saindo de um período de exceção, marcado pelo Regime Militar. Havia naquele contexto clara preocupação em revestir a Carta com garantias que impedissem – ou dificultassem – que pudesse existir um recrudescimento das liberdades e garantias individuais. O resultado foi uma Constituição extremamente analítica, extensa, que adentrou em minúcias nem sempre cabíveis um documento de deveria traçar diretrizes e princípios gerais direcionadores.

Houve, por conseguinte, claro posicionamento “garantista”, que se choca com o que reza o Código de Processo Penal. A Carta da República parte da presunção de inocência, enquanto o Código da presunção de culpabilidade. Há, portanto, quem diga que o Código de Processo Penal não poderia ser recepcionado pela Constituição, uma vez que, enquanto o CPP parte na busca pela chamada “verdade real”, o que faz com que haja uma postura de se chegar a um fim, ou seja, na tal “verdade”, o que pode levar a abusos neste caminho, e a Constituição parte do princípio de que são todos inocentes até que haja sentença penal condenatória, com trânsito em julgado¹.

Para trazer mais “molho” ao debate, têm-se assistido calorosas discussões

¹ Nota do Autor: Esta recente polêmica sobre a possibilidade da prisão por cumprimento de sentença após o esgotamento do segundo grau de jurisdição pode até ser lógica e justa, do ponto-de-vista da efetividade do direito penal. Ocorre que a Constituição Federal não diz desta forma, pois com base no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, que prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, tal possibilidade é, tecnicamente, uma afronta a uma cláusula pétreia, que é clara em sua redação. A interpretação é admitida onde pairam dúvidas. Quais as palavras do mencionado inciso não são cristalinas?

sobre a atuação quase que legislativa por parte do Poder Judiciário, seja com interpretações que alargam os limites das leis penais, seja com mudanças derivadas de interpretação daquilo que literalmente está claro. Os exemplos são muitos. Nesta linha, o direito penal ambiental foi pensado sob a perspectiva de caráter preventivo, e não apenas punitivo. Para tanto foram criados crimes de perigo abstrato, de mera conduta e normas penais em branco.

Ademais, a Constituição Federal inovou ao prever – e este é o cerne do presente debate – a punição não apenas da pessoa física, mas também da pessoa jurídica, seja de direito público ou privado, naquilo que se convencionou classificar como sociedade de risco, colocando a culpabilidade pautada em um conceito de responsabilidade social das empresas.

A se destacar que as questões ligadas ao meio ambiente, sobretudo a tutela penal, ganharam elevado destaque no texto constitucional de 1988, que foi complementada com a edição da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções, tanto administrativas quanto penais, provenientes de ações que tenham causado algum dano ambiental. Esta Lei foi seguida por diversas normas e regulamentos, nas três esferas de governo, bem como por meio de resoluções dos órgãos encarregados da gestão ambiental, como o Ibama, Conama, dentre outros.

CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

O conceito de meio ambiente poder ser encontrado no inciso I, do artigo 3º, da Lei nº 6.938/81², pelo qual *o meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*. Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, tal conceito foi ampliado, passando a englobar além do “meio ambiente natural”, que é composto pela atmosfera, biosfera, solo, subsolo, recursos minerais, águas, mar territorial, fauna e flora, pelo chamado “meio ambiente artificial”, que, segundo Fiorillo³, consiste em que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; que tal direito diz respeito à existência de um bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida; que a Constituição Federal determina tanto ao Poder Público como à coletividade

² Trata da política nacional do meio ambiente.

³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 13.

o dever de defender e preservar o bem ambiental, e, por fim, que a defesa e preservação do bem ambiental está vinculada não só às presentes, mas também às futuras gerações.

O que caracteriza, portanto, o direito ambiental, de forma ampla, é a valorização da vida em todas as suas formas. Obviamente que é o ser humano, ao fim e ao cabo, o destinatário dessa tutela relacionando-se, diretamente com o princípio constitucional da dignidade do Homem e à própria ideia de cidadania.

O DIREITO PENAL E O BEM JURÍDICO AMBIENTAL TUTELADO

O direito penal é a parte do ordenamento jurídico que define as infrações penais (crimes e contravenções) e comina as respectivas sanções (penas e medidas de segurança). Para Zaffaroni e Batista⁴, “O direito penal é o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador das decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito.”

Esta definição pode ser ainda ampliada, eis que, além de definir crimes e cominar penas, este ramo do direito estabelece os princípios e regras que regulam a atividade penal do Estado, fixando os fundamentos e os limites ao exercício do poder punitivo, a exemplo dos princípios de legalidade, irretroatividade da lei penal para punir, humanidade das penas, do devido processo legal, da ampla defesa, etc. Os limites do direito penal são os limites da ação do próprio Estado. Num sentido amplo, o direito penal é, portanto, um sistema de princípios e regras que estabelece as condições de legitimação e deslegitimação da jurisdição penal, que é o poder de dizer o direito. Diz-se amplo porque esta definição também compreende, em última análise, o processo e a execução penais.

Em um sentido estrito, o direito penal é a parte do ordenamento jurídico que define as infrações penais e comina as sanções, bem como institui os fundamentos e as garantias que regulam o poder punitivo estatal. Nesse sentido, o saber ou a ciência penal tem por objeto o conhecimento, a interpretação, a sistematização e a crítica do direito positivo.⁵

⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40).

⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 298.

A Constituição Federal tratou a criminalidade de diversas formas, englobando-a nas áreas econômica, financeira, social e ambiental. Assim, quando se observa a tutela penal do bem ambiental se faz necessária a verificação de alguns conceitos como o de bem jurídico, o de delito e o de lesividade, pois são eles que darão legitimidade à intervenção nessa área de pretensões jurídicas da qual faz parte o direito a um meio ambiente saudável.

A utilização do direito penal com meio de controle de possíveis danos ambientais ficou clara, como se depreende das palavras de Ulisses Molitor⁶,

“O Direito Ambiental Constitucional apresenta duas vertentes: por um lado, o efeito negativo, no sentido de não se destruir o meio ambiente, devendo-se sempre buscar a sua preservação; e de outro, o dever positivo de atuação perante outras pessoas, físicas ou jurídicas (de direito público ou privado), para que se abstenham em favor do meio ambiente, surgindo o Direito Penal como um instrumento coercitivo frente à ineficácia de outros meios de proteção ambiental.”⁷

A Constituição Federal é, nas lições de Maurício Ribeiro Lopes⁸, “o instrumento legitimado para ajudar a concretizar o conceito de bem jurídico, não apenas orientando o legislador, mas com força vinculante limitativa do poder punitivo do Estado.” Tais limitações estão previstas dentro do rol de direitos e garantias fundamentais.

No que se refere especificamente ao bem jurídico tutelado pelo direito penal ambiental, o mesmo está legitimado pela preservação da dignidade da pessoa humana e objetivando a proteção de todas as formas de vida, onde são tutelados os bens difusos. Quanto aos delitos ambientais há três conceitos teóricos possíveis: o formal, que é dado pela própria lei; o material, que se relaciona com a lesão ou a sua ameaça, e o analítico, que faz o compartilhamento do delito em fato típico, antijurídico e culpável. O Código Penal utiliza este último conceito.

OS CRIMES AMBIENTAIS E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Como se sabe, a lei que trata dos crimes ligados ao meio ambiente é a de nº 9.605/98 e pode ser dividida, assim como o próprio Código Penal, em duas

⁶ MOLITOR, Ulysses Monteiro. A ratio do tipo penal ambiental e os fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil. Revista IMES – Direito, ano 8, nº 13, jul/dez. 2007, p. 13.

⁷ Este é o ponto nodal para se discutir a inconstitucionalidade da punição às pessoas jurídicas na pessoa do seu Presidente ou Diretor, como se verá adiante.

⁸ LOPES, Maurício Ribeiro. Teoria constitucional do direito penal. São Paulo: RT, 2000, p. 351/352.

partes: *a parte geral*, compreendida entre os artigos 2º e 28º, onde são tratadas as normais de direito material e processual, e *a parte especial*, a partir do artigo 29, onde são tratados os delitos em espécie.

A responsabilidade penal indicada na Lei dos Crimes Ambientais atinge as pessoas físicas e jurídicas, com arrimo no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal¹⁰. Os tipos penais constantes nesta Lei apresentam, em sua maior parte, qualquer pessoa como agente ativo, ou seja, são crimes comuns, com exceção da seção de “Crimes Contra a Administração Ambiental”, que compreende os artigos 66 e 67, constituindo crimes próprios, posto que exige uma peculiaridade para o agente, qual seja, ser funcionário público, ou equiparável.

A grande discussão sobre a possibilidade de que uma pessoa jurídica responda criminalmente gira em torno do conceito de que ela deveria sofrer, apenas, sanções administrativas ou cíveis, uma vez que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não se enquadra nos institutos clássicos do direito penal. Além do fato de que ela não tem “alma”, ou seja, falta-lhe o elemento subjetivo. Não age por si, senão por meio das pessoas físicas que nela trabalham.

Como é cediço, entretanto, esta posição é minoritária, cujo exemplo argumentativo doutrinário majoritário pode ser extraído da lavra de Cristiano Augusto Quintas dos Santos¹¹:

“De forma sábia foi colocada, não há problemas com relação à culpabilidade, na medida em que o artigo já citado (art. 225 da CF) deixa claro que a conduta lesiva foi praticada por decisão do(s) representante(s) legal(is) da empresa, e em benefício dessa entidade, ou seja, ainda que a pessoa jurídica, de fato, não possua culpabilidade, seus sócios, diretores e gerentes a possuem, de forma que se criou uma espécie de responsabilidade reflexa: inicialmente, verifica-se no nível da pessoa física a culpabilidade, ou seja, se a pessoa que causou a lesão ao meio ambiente

⁹ O artigo 1º da Lei foi vetado.

¹⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
(...).

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
(...).

¹¹ SANTOS, Cristiano Augusto Quintas dos. Lei dos Crimes Ambientais. – Livro III. In: SALVADOR NETTO, Allamiro Velludo; BRITO, Augusto Couto de; SANTOS, Cristiano Augusto Quintas dos et al. Legislação penal especial. São Paulo: Premier, 2007, v. 2, p. 174.

é sócio, gerente, diretor, etc. de pessoa jurídica, e que esta, ao final, foi beneficiada pela conduta daquele; estabelecida está a responsabilidade penal da pessoa jurídica.”

Tal argumentação foi a alternativa elaborada pela doutrina e aceita pela jurisprudência para a possibilidade jurídica da responsabilização penal da pessoa jurídica, na chamada teoria da responsabilidade social, que “resolve” a questão da culpabilidade, que é elemento constitutivo da reprovabilidade criminal. Nesta linha, para a punição da pessoa jurídica, não se pode lidar com as noções tradicionais de culpabilidade, tipicidade e ilicitude, que estão atreladas às condutas individuais dos seres humanos. Na Lei dos Crimes Ambientais, esta estrutura tradicional foi ampliada para alcançar o aspecto moral, transpessoal. Tal culpabilidade passou a ser entendida à luz de uma responsabilidade social, que abarca a imputação objetiva, que será melhor abordada mais adiante.

Assim, com o intuito de adaptar a opção político-constitucional de responsabilidade penal da pessoa jurídica, surgiu a teoria da dupla imputação¹², que consiste:

“Na atuação da pessoa física que age em nome e no interesse da pessoa jurídica para cometer crimes (...). Trata-se da teoria da dupla imputação: utiliza-se a personalidade e a culpabilidade dos representantes das empresas e os interesses da pessoa jurídica e, somados, preenchem, de modo satisfatório, todos os elementos do delito. Teremos, na apuração e responsabilização penal, concurso necessário entre pessoa física e jurídica.”¹³

Esta estruturação teórica baseia-se no artigo 3º, parágrafo único, da Lei 9.605/98, que se utiliza da questão do concurso de agentes, indicando a possibilidade de coautoria ou de participação conjunta entre pessoas físicas e jurídicas.

Esta posição doutrinária gera um impasse lógico, antes mesmo do jurídico, pois soa como uma forma de se driblar o princípio do *ne bis in idem*¹⁴. Como é possível, por puro rigor lógico, que uma única ação possa ser distribuída, seletivamente em sua análise jurídica, por duas pessoas ou entidades distintas?

¹² Ver em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2006493/crime-ambiental-pessoa-juridica-teoria-da-dupla-imputacao-pessoa-juridica-e-pessoa-fisica>

¹³ SILVA, Ivan Luiz Marques. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: 21 anos de previsão legal: um balanço necessário. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRANCO, Alberto Silva (Org.). Doutrina essenciais de direito penal; leis penais especiais II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48.

¹⁴ Nota do Autor: o princípio *ne bis in idem* (em tradução livre: não repetir sobre o mesmo) estabelece que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato delituoso.

Não se pode criar teses jurídicas para ser algo “de modo satisfatório”. A lei penal não permite tais “malabarismos”.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão, na sessão de 6/08/2013, que constituiu importante precedente no que se refere à imputação de crimes ambientais à pessoa jurídica, mudando até mesmo o enfoque da dupla imputação. O fato refere-se ao derramamento de alguns milhões de litros de óleo em dois rios no Paraná. Na época não foi possível apurar quem teria sido responsável diretamente pelo acidente. Contudo, a Suprema Corte inovou ao descartar a exigência de prova da participação de alguém da empresa para fim da imputação penal da pessoa jurídica. Ou seja, não haveria mais o condicionamento da apuração da participação do indivíduo responsável pelo dano.¹⁵

Sobre este tema, há duas teorias: a primeira é a *teoria da ficção* de Savigny¹⁶, segundo a qual a pessoa jurídica não seria dotada de capacidade de ação (aspecto subjetivo), característica inerente à pessoa física, único sujeito ativo do delito. A segunda é chamada de *teoria da realidade, orgânica ou da personalidade real*, criada por Otto Gierke¹⁷, na qual fica atribuída à pessoa jurídica a autonomia, vontade e capacidade de ação.

A Lei nº 9.605/98 adotou a teoria da realidade, adaptando-se aos preceitos constitucionais para atender à necessidade de prevenção e repressão de delitos que atingem bens jurídicos ambientais. Este ponto traz o objeto deste artigo ao seu cume, pois trata-se de clara adaptação para se chegar aos fins pretendidos, às custas de princípios constitucionalmente estabelecidos, e em afronta às cláusulas pétreas, como se verá adiante.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.605/98 NO QUE SE REFERE À CRIMINALIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

Como já demonstrado, apenas a Lei nº 9.605/98 atribui responsabilidade e comina sanções penais às pessoas jurídicas, dizendo-se embasada e como reflexo da previsão do já mencionado artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

¹⁵ RE 628.582 AgR/RS. Rel. Min. Dias Toffoli.

¹⁶ Nota do Autor: Friedrich Carl von Savigny foi um dos mais respeitados e influentes juristas alemães do século XIX.

¹⁷ Nota do Autor: Otto Friedrich von Gierke foi um importante jurista alemão, que viveu entre o final do século XIX e início do XX.

Não obstante o esforço empregado pela Doutrina incriminadora de pessoas jurídicas, os princípios constitucionais entram em conflito com qualquer responsabilidade penal a essas entidades, posto que ausentes de consciência e, portanto, incapazes de atos que gerem culpabilidade, que é elemento constitutivo da caracterização de crime no ordenamento jurídico brasileiro. Este é o cerne da questão.

O que tem havido, como já abordado na parte introdutória deste arrazoado, são alargamentos dos alicerces filosóficos de todo um ordenamento jurídico. Mexe-se na pedra angular dos princípios constitucionais. Cada vez mais, com vênias, notadamente a Suprema Corte tem relativizado questões que estão ligadas a cláusulas pétreas, com a boa intenção de resolver problemas reais, não há dúvida. O ponto é que ao se utilizar dessas relativizações para atingir fins específicos, se fica à mercê das boas intenções, que podem ser casuísticas. O fim não pode e não deve justificar os meios. Ou muda-se a Constituição Federal ou respeita-se as cláusulas pétreas.

Alguns doutrinadores defendem, portanto, a tese de que o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal é o dispositivo permissivo da responsabilidade penal da pessoa jurídica e, para tanto, invocam a prevalência da teoria da realidade objetiva, orgânica ou da vontade real. A mencionada teoria sustenta “que as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva, devendo ser equiparáveis, como seres sociais que são, às pessoas físicas.”¹⁸

Todavia, é cediço que a pessoa jurídica é assim chamada por ser entidade à qual o direito atribui personalidade, unicamente com o intuito de regular a produção de efeitos jurídicos, ou, nas palavras de Savigny¹⁹ “Tal sujeito vem chamado por nós de pessoa jurídica, isto é, pessoa admitida como tal somente por um escopo jurídico”.

O entendimento de Savigny foi fundamental para a construção da já mencionada teoria da ficção. Assim, não bastasse a real percepção da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, a mais correta interpretação gramatical e sistemática do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal permite concluir pela inconstitucionalidade da Lei de Crimes Ambientais, neste aspecto, como restará demonstrado.

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2ª edição, São Paulo, Editora Método, 2003, p.102.

¹⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Sistema del diritto romano attuale. Trad. Vittorio Scialoja, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1988, v.2, p.240.

A de se realçar que a palavra *interpretação* está ligada à ideia de *explicação*. Ora, só há a necessidade de explicação daquilo que deixa dúvida. O que é claro como a luz do dia não carece de maiores esclarecimentos. A interpretação se consubstancia no instituto por meio do qual se extrai o real significado, o objetivo e a vontade da norma. Neste sentido, a fim de tornar evidentes estes vícios da Lei 9.605/98, importa desconstruir a interpretação do artigo 225, § 3º, segundo o qual “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Deve-se interpretar de início a letra fria da norma, buscando solucionar conflitos iniciais e ausentes de complexidade jurídica. Todavia, não obstante a interpretação gramatical seja o método de menor grau hierárquico na busca por solução de conflitos, sua utilização deve prezar por extrema cautela e nunca descuidar de duas regras básicas, de amplo conhecimento: “a) a lei não tem palavras desnecessárias; b) as expressões contidas na lei têm conotação técnica e não vulgar”²⁰. Assim, as palavras contidas em normas direcionadas a cada ramo específico do direito devem ser interpretadas conforme o seu entendimento nessa matéria, ou seja, sendo contextualizado.

Torna-se primordial perceber que a Constituição dá significados diferentes para os vocábulos *condutas* e *atividades*. E o fez de forma proposital a fim de *diferenciar* as responsabilidades das pessoas físicas das pessoas jurídicas. José Cretella Júnior e Luiz Regis Prado defendem que a Constituição estabeleceu uma distinção entre *conduta*, como praticada por pessoa física, e *atividade*, como própria de pessoas jurídicas²¹. Uma indústria, por exemplo, tem como atividade a construção de bens móveis, sob a tutela das condutas das pessoas físicas que a dirigem. Não paira dúvidas sobre este ponto.

No mundo naturalístico as pessoas físicas são as únicas com capacidade de ação e, portanto, a conduta delitiva é elemento tipicamente humano. Para Bitencourt, a “ação é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim”²², ou seja, a teoria finalista da ação exige vontade natural e consciente, de

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Parte Geral 1. 20ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2014, p. 198.

²¹ JÚNIOR, José Critella. Comentários à Constituição de 1988. 2ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1993, v. VIII, p. 4.045; PRADO, Luiz Regis. Direito penal ambiental (problemas fundamentais). São Paulo. RT. 1992, p. 32.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 289.

modo que apenas um ser humano seria capaz de agir delitivamente. Como uma empresa pode por si, estritamente falando, decidir? Não se pode confundir a modernidade da automação e da inteligência artificial como se fossem “almas” das empresas. E, mesmo se assim o fossem, tal programação computadorizada teria sido feita por um ser humano.

Neste mesmo sentido, Heleno Cláudio Fragoso²³ afirma que a ação tem conteúdo psicológico, ratificando, assim, o entendimento de que apenas a pessoa física é capaz de conduta no direito penal, devendo se relacionar, portanto, o termo *atividade* com pessoas jurídicas, o que, de fato, se constata no direito societário brasileiro. Verificada a diferenciação entre *conduta e atividade*, automaticamente se percebe que os termos *sanções penais e administrativas* dizem respeito a pessoas físicas e jurídicas, nessa ordem, conforme consta na norma.

Esclarecidos estes pontos que se referem, exclusivamente à controvérsia puramente gramatical, deve-se a interpretar a norma em consonância com todo o sistema jurídico. Para tanto, é trazido à discussão o artigo 173, § 5º, da Constituição, que assim dispõe:

“A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Neste sentido, Luiz Vicente Cernicchiaro e René Ariel Dotti negam que a Constituição tenha admitido a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, para tanto, defendem que os artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, devem ser interpretados teleologicamente e considerados dentro de um contexto sistêmico maior, sob pena de se perder a congruência e a visão de determinada matéria em relação a diferentes normas constitucionais.²⁴ Ainda, da simples leitura do artigo 173, § 5º, lembrando que na Constituição não existem palavras inúteis e aplicando uma simples bilateralidade lógica, conclui-se que: i) se existem sanções adequadas às pessoas jurídicas, é porque existem sanções inadequadas, e ii) as sanções cabíveis às pessoas jurídicas são diferentes das aplicadas às pessoas físicas, seus dirigentes. Tomando como certas as premissas apresentadas, pode-se concluir que o artigo 173, § 5º, fez questão de excluir a responsabilidade penal da pessoa

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 15ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1994, p. 149.

²⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José. Direito Penal na Constituição. 3ª edição. São Paulo. RT, 1995, passim; DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). RBCCrim. V. 11. 1995.

jurídica, do contrário todas as sanções seriam adequadas, pois é sabido que as sanções cíveis e administrativas são certamente cabíveis.

Não bastasse a previsão constitucional, tome-se para análise a Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei de Responsabilidade de Pessoa Jurídica, que institui a responsabilização administrativa e civil de empresas que causem prejuízo à Administração mediante atos de corrupção ou similares. Na justificativa do Projeto Original, no seu item 10, se entendeu que o direito penal não oferece mecanismos efetivos para punir as sociedades empresariais. A responsabilidade deve ser civil, porque tecnicamente está mais próxima com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como o ressarcimento ao erário do dano, ou a responsabilidade administrativa por ser mais célere e efetiva na repressão de delitos.

Fato é que se aceitar a punibilidade da pessoa jurídica estar-se-á remetendo-se à famigerada imputação objetiva que, embora não seja admitida no ordenamento penal brasileiro, acaba sendo cada vez mais inserido sutilmente em algumas situações como no tema em tela.

A construção teórica da denominada Imputação Objetiva tem como finalidade as possíveis contribuições que essa teoria poderia trazer para a tutela penal de bens e interesses transindividuais, em especial no direito ambiental. O surgimento desse novo direito penal ambiental, sobretudo no que se refere à responsabilização penal das pessoas jurídicas deve ser compreendida como uma construção teórica cujos reflexos, no Brasil, podem ser percebidos no bojo da Constituição Federal e da farta produção legislativa que lhe sucedeu. Isto não quer dizer, todavia, que tal construção atenda aos princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio, sendo este ponto de grande controvérsia. Cada vez mais, a imputação objetiva é admitida na prática, inobstante colida com um dos pilares do direito penal, que é o dolo.

Isto porque as teorias clássicas da estrutura jurídica do crime, sobretudo no que se refere ao nexo de causalidade material e a efetiva imputação do resultado ao suposto agente delituoso, afiguram-se inadequadas à aceitação e aplicação de normas que se voltam à proteção de bens e interesses penais ambientais.

Sob o ponto de vista prático e também sob um olhar jusfilosófico, notadamente levando em conta os princípios norteadores da “moderna” política criminal, a imputação objetiva visa fugir dos limites trazidos pela análise do nexo

causal sob uma perspectiva científico-naturalista: far-se-ia necessário investigar se, efetivamente, o resultado poderia ser atribuído ao sujeito “*sob o prisma de uma justa punição*”, ou seja, busca-se *a priori*, um resultado pretendido. Nesse sentido²⁵:

“[...] a questão jurídica fundamental não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados. A alteração de perspectiva que aqui se leva a cabo, da causalidade para a imputação, faz com que o centro de gravidade se desloque, já em sede de teoria da ação, da esfera ontológica para a normativa: segundo esta, a questão de saber se é possível imputar a um homem um resultado como obra sua, depende, desde o início, dos critérios de avaliação a que submetemos os dados empíricos” (ROXIN apud GALVÃO, 2000, p. 38).

A se notar que a possibilidade da criminalização da pessoa jurídica se alicerça no conceito de imputação objetiva, eis que prescinde do elemento subjetivo, o dolo. Logo, por definição, sendo o modelo adotado pelo ordenamento penal brasileiro o da teoria finalista da ação, incongruente se torna tal pretensão.

A contrário senso, segundo Damásio E. de Jesus²⁶, a adoção da teoria da imputação objetiva importa verdadeira revolução no terreno da tipicidade penal, ao conduzir o aplicador do direito penal a uma revisão de diversos conceitos, com destaque para os seguintes pontos: i) as normas penais passam a ser examinadas, num primeiro plano, a luz do princípio da ofensividade, de ordem constitucional; ii) a imputação objetiva se volta à análise do resultado normativo (e não o naturalístico) e, por isso, a referida teoria é aplicável a todo e qualquer tipo de crime (doloso/culposo, comissivo/omissivo, consumado/tentado, formal/resultado); iii) concede maior relevância ao papel da vítima; iv) diversas hipóteses, anteriormente tratadas em sede de ilicitude, passam a ser elidentes da própria tipicidade. Ocorre que tais objetivos se chocam com a base do Código Penal Brasileiro.

CONCLUSÃO

A teoria finalista da ação trouxe profundas mudanças no direito penal. O dolo e a culpa passaram a integrar a ação humana consubstanciada no tipo penal, de

²⁵ GALVÃO, Fernando. Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

²⁶ JESUS. Damásio. E. Imputação Objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000.

forma que a culpabilidade se transmutou num mero juízo puramente normativo de reprovação da conduta, nutrindo-se de pontos de vista pessoais entre autor e sua ação. Nas palavras de Shecaira²⁷, “a culpabilidade sugere, portanto, uma especificidade bastante estrita, pois é um critério valorativo que faz depender sua apreciação unicamente do ser humano que é objeto do exame”.

O termo *ser humano* aparece na doutrina como o alvo do juízo de culpabilidade. Isso porque não é possível valorar os atos de uma pessoa jurídica, pois, na realidade delitiva, as pessoas desta natureza são unicamente o instrumento utilizado pelas pessoas físicas nas ações praticadas. Elas, as pessoas jurídicas, não agem autonomamente e nem podem cumprir pena.

Não bastasse ir de encontro ao princípio da culpabilidade, a responsabilidade penal criada pela Lei em comento fere um dos mais tradicionais princípios do direito penal e constitucional, qual seja, o da personalidade da pena, esculpido no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal e que determina que “nenhuma pena passará da figura do condenado”.

Ainda mais complicada é a ausência na Lei em tela de qualquer procedimento a ser adotado em ações penais contra pessoas jurídicas, evidenciando profundo desrespeito ao princípio do Devido Processo Legal. Ou seja, mesmo que as teorias atuais do direito penal aceitassem a responsabilização da pessoa jurídica, mesmo que todo o ordenamento jurídico brasileiro admitisse essa criação jurídica, não há como se reconhecer constitucionalidade no processo penal em face das pessoas jurídicas, baseando-se exclusivamente na Lei nº 9.605/98, por ofensa ao princípio constitucional do Devido Processo Legal. Não há norma processual que atenda à construção teórica da personalidade jurídica.

Assim, só resta concluir que o sistema jurídico brasileiro tem como lógica aceitável punir as pessoas jurídicas com sanções puramente administrativas e cíveis, pois estas respeitam a sua natureza, o que se pode demonstrar de forma ainda mais contundente quando apreciados os preceitos penais e constitucionais que permeiam o tema.

Aplicar os procedimentos constantes do Código de Processo Penal seria forçar uma analogia, sabendo-se inaceitável nas leis penais. Por fim, resta concluir que, em todas as hipóteses, o direito brasileiro deveria rejeitar a imputação objetiva e, conseqüentemente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica e que, portanto, a Lei 9.605/98 deve ser considerada inconstitucional neste ponto.

²⁷ SHECAIRA, op. cit., p. 91.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral 1*. 20ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2014, p. 198.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3ª edição. São Paulo. RT, 1995, *passim*; DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)*. RBCrim. V. 11. 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 15ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1994, p. 149.
- GALVÃO, Fernando. *Imputação Objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônion. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 298.
- JESUS. Damásio. E. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- JÚNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição de 1988*. 2ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1993, v. VIII, p. 4.045; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental (problemas fundamentais)*. São Paulo. RT. 1992, p. 32.
- LOPES, Maurício Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000, p. 351/352.
- MOLITOR, Ulysses Monteiro. *A ratio do tipo penal ambiental e os fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil*. Revista IMES – Direito, ano 8, nº 13, jul/dez 2007, p. 13.
- SANTOS, Cristiano Augusto Quintas dos. *Lei dos Crimes Ambientais*. – Livro III. In: SALVADOR NETTO, Allamiro Velludo; BRITO, Augusto Couto de; SANTOS, Cristiano Augusto Quintas dos et al. *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier, 2007, v. 2, p. 174.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. Vittorio Scialoja, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1988, v.2, p.240.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2ª edição, São Paulo, Editora Método, 2003, p.102.
- SILVA, Ivan Luiz Marques. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: 21 anos de previsão legal: um balanço necessário*. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRANCO, Alberto Silva (Org.). *Doutrina essenciais de direito penal; leis penais especiais II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40).

A VERSÃO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Cássio Benvenuto de Castro - Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em Direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS.

Resumo: O Código de Defesa do Consumidor estabelece um sistema à parte, embora conectado, em relação ao processo civil. Tanto que o CDC pauta normas de direito e de processo de maneira peculiar. A leitura do contexto do código surpreende uma grande maioria de normas presuntivas ou de implicações-tipo, o que denota o vertimento ou atribuição do ônus da prova algo diferente do CPC, uma atribuição ou vertimento suposta pelo próprio legislador. A inversão do ônus da prova, propriamente dita, somente ocorre em caso expressamente previsto (art. 14, §4º, do CDC), hipótese em que, *ope judicis*, conforme o art. 6º, VIII, o julgador deverá inverter o ônus de provar. Uma sistemática que rebaixa o ônus argumentativo do consumidor, afeta-lhe o standard da prova para ratificar a suficiência da “evidence”, e torna dispensável, aos operadores, que requeiram – para qualquer caso – a inversão do ônus da prova. Porque o legislador já verteu o ônus tal como o requerido.

THE VERSION AND THE REVERSE OF THE BURDEN OF PROOF ON THE CONSUMER PROTECTION CODE

Abstract: The Consumer Defense Code establishes a special system, although connected, in relation to civil procedure law. So much that the CDC rules material rights and process rights on a peculiar way. The reading of the context of the code surprises a great majority of presumptive norms of standard implications, which denotes the verification

or attribution the burden of proof something different from the CPC, an attribution are supposed by the legislator itself. The reverse of the burden of proof, properly so-called, only occurs in an expressly case (article 14, §4, of the CDC), in which case, *ope judicis*, according to art. 6, VIII, the judge must reverse the burden of proving. A system that lowers the consumer's argumentative burden, affects the standard of evidence to ratify the sufficiency of evidence, and makes it unnecessary for traders to require, in any case, the reversal of the burden of proof. Because the legislator had already positioned the burden as required.

Palavras-chave: processo civil; ônus da prova; standard; consumidor

Keywords: procedure law; burden of proof; standard; consumer

INTRODUÇÃO

Em avassaladora maioria de demandas referentes ao Código de Defesa do Consumidor, um tópico levantado pelos operadores do direito é referente à “inversão do ônus da prova”. Também pudera, de maneira inédita, o CDC positivou o art. 6º, VIII, em seu texto, prevendo a inversão do ônus da prova para amplificar a tutela da posição jurídica do consumidor.

A questão é que o texto do dispositivo não pode ser apreendido isoladamente, na medida em que o próprio conjunto do CDC já predispõe – explicitamente – uma nova “versão” do ônus da prova, diferente do que acontece nas regras gerais do Código de Processo Civil.

Assim, será que é necessário que os operadores tanto insistam na inversão do ônus da prova? Qual o interesse em “inverter o que já está vertido”?

O presente estudo apresenta essa sorte de reflexões, através de uma metodologia mais descritiva que crítica. Porque o texto do Código de Defesa do Consumidor é assertivo, basta que se analise um sistema jurídico (a proteção do consumidor) como um sistema diferenciado das regras gerais do CPC.

1. O PRIMADO DA TUTELA DOS DIREITOS E A DECORRENTE ADEQUAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL

A tutela jurisdicional do consumidor remete a um desdobramento institucional da defesa do consumidor enquanto direito fundamental (art. 5º, XXXV e XXXII, da

CF). Por isso que a inafastabilidade da lesão ou da ameaça a direito do consumidor, ou seja, a proteção da posição jurídica do consumidor, em um sentido amplo, torna-se um imperativo para que o Estado elabore técnicas que estruturam essa solução de compromisso, o que sobremaneira repercute no standard do convencimento judicial e na “versão” do ônus da prova – em decorrência.

A tutela implica-se na técnica, pois o processo está impregnado pelo direito material.

Desde a Constituição, ocorre um *continuum* normativo para a proteção do consumidor, que está positivado no texto de disposições sobre as posições jurídicas, tanto na seara do direito material, como na administrativa e jurisdicional¹. Em especial, a proteção do consumidor entregue pela jurisdição consiste na tutela jurisdicional, que é o resultado do processo, um produto que encerra a imperatividade e a deontologia preordenada pelo Estado-juiz e que, portanto, subentende a organização de mecanismos eficientes em busca desse alvitre.

A tutela jurisdicional é o valor que decorre do provimento jurisdicional, um somatório de forças que enseja a tutela do direito, pois ela ratifica a densidade normativa da tutela abstratamente prevista pelo legislador. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira resume que “a tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo material) – ressarcitória, restitutória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata, prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restitutória, de remoção do ilícito etc.) deve

¹ A questão da sobreposição da tutela jurisdicional em relação à tutela do direito ratifica o dever institucional de assegurar uma convivência civilizada. Uma questão que pode ser observada pela dupla face da proporcionalidade. Luciano Feldens afirma que “na atualidade, tem-se como inequívoco que os direitos fundamentais, ao revés do que propugnado por um modelo liberal clássico, não tem sua eficácia restringida a um plano negativo, ou seja, de direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao Estado. Mais que isso, como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico, reclamam dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas no sentido de sua proteção”. O autor define a dupla instrumentação da proporcionalidade, em direito penal (a ser refletido no plano dos direitos humanos e transnacionais): além de vedar uma excessiva voracidade punitiva, os mecanismos de tutela (proteção) também implicam medidas eficazes para a proteção dos anseios dos ofendidos e, assim, promovem a manutenção do equilíbrio democrático da situação triangular Estado, perturbador da ordem jurídica e vítima. Ele conclui: “a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção da proibição do excesso (*übermassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas com uma de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição de excesso, a proibição de infraproteção ou de proteção deficiente (*untermassverbot*) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”. A defesa do consumidor, além do aspecto negativo, também se desdobra positivamente. Ver FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 98 e 108, respectivamente.

corresponder, no plano processual, de modo concreto, uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva lato sensu)².

A efetividade da tutela jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV) “é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”³.

Logo, a tutela jurisdicional efetiva é uma resposta qualificada a ser prestada pela jurisdição, sendo mais preciso, ou quiçá incisivo, falar-se em acesso à tutela jurisdicional⁴ que falar em acesso à justiça ou, ainda, falar em acesso à jurisdição⁵. Isso enfatiza a colocação da tutela jurisdicional no epicentro da teoria do processo. A efetividade da tutela jurisdicional é um valor, um gênero, do qual são desdobramentos: a adequação da tutela jurisdicional (ponderação entre princípio da efetividade e princípio da segurança jurídica), a especificidade da tutela jurisdicional (integridade, identidade e integralidade); e tempestividade da tutela jurisdicional.

Não adiantaria prever direitos e posições jurídicas, abstratamente, se a tutela não fosse alcançável no plano concreto da vida das pessoas. Assim, a tutela jurisdicional qualificada projeta uma crescente acessibilidade⁶ institucional, por

² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

⁴ O acesso à justiça encerra duas perspectivas: o aspecto formal, com a possibilidade instrumental do acesso a órgãos judiciários, e o aspecto substancial, que afirma uma “série de providências ao encargo do Estado visando a contemplar e a superar a situação de hipossuficiência do consumidor, assegurando a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados, de modo a equilibrar a posição das partes no processo em vista de uma decisão justa”. MIRAGEM, Bruno Nubens. Curso de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 651/2.

⁵ A diferença é sublinhar o epicentro da teoria do processo – a tutela jurisdicional, e não mais a jurisdição.

⁶ A doutrina de Cappelletti inaugurou a preocupação da maior acessibilidade à justiça, demonstrando que a humanização do processo reclama a organização de institutos que amplifiquem o ingresso de demandas cujo foco é à pacificação social e com a justiça do direito material. Uma frente de trabalho que também é avistada em Cristina Rapisarda, que praticamente seguiu os três passos outrora definidos por Cappelletti – a questão da assistência judiciária, a transindividualização da tutela e a proposta de meios alternativos

intermédio de técnicas judiciais e extrajudiciais, que harmonizam as necessidades sociais e econômicas do consumidor, daí promovendo a igualdade material entre os agentes do mercado. A gratuidade da justiça (art. 5º, LXXIV da CF e Lei 1.060/50) e o reaparelhamento da Defensoria Pública (art. 134, §2º, da CF pela EC 45/2004) encerram um conjunto de perspectivas que permitem que o consumidor, economicamente débil, reclame perante os órgãos do judiciário.

Essas técnicas, que antecedem o ajuizamento da demanda, possuem conexões à *maneira-de-ser* do processo, porque a tutela jurisdicional *adequada* organiza o formalismo do processo de acordo com as finalidades a serem atingidas, daí sopesando internamente os princípios da efetividade (ou efetividade no sentido estrito⁷) e da segurança jurídica. Com efeito, um consumidor economicamente frágil reclama uma resposta mais rápida que uma resposta segura, uma resposta mais célere que uma resposta exauriente, vale dizer que quanto maior a efetividade acaba sendo menor o nível de segurança⁸, e vice-versa, uma polaridade assimétrica que expressa o postulado da ponderação entre esses sobreprincípios do formalismo processual.

Duas baixas colaterais figuram ao lado da justiça gratuita e da pontual preponderância da celeridade sobre a segurança – a gratuidade impulsiona o *overload* de demandas na jurisdição, e quanto mais demandas, menos tempo para o juiz analisar a individualidade dos casos.

A massificação é característica do mercado de consumo, e resulta em

para resolução de conflitos –, com a diferença que Rapisarda parece enfatizar uma reforma institucional “desde dentro” do processo mesmo, com a utilização de parâmetros e procedimentos que aproximam o direito material do processo e resultam num modo-de-ser do formalismo, tanto que a doutrina de Rapisarda influenciou nitidamente autores brasileiros como Dinamarco e Marinoni. Ver CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça: conclusão de um projeto internacional de investigação jurídico-sociológica. Trad. Hermes Zaneti Jr. Processo, ideologias e sociedade, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 76/7; e RAPISARDA, Cristina. Tecnico Giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano. Rivista di Diritto Processuale, v. 36. Padova: Cedam, 1981, p. 685/721. Talvez por ser um civilista ou, talvez, porque não aborda mais diretamente figuras institucionais, apesar de sinceramente utilizar uma sistematização de remédios processuais como consecutórios das previsões do direito material (também desde fora do processo e bem à semelhança da common law), a doutrina brasileira não utiliza (como deveria) assumidamente os ensinamentos de Adolfo di Majo. Ver La tutela civile dei diritti, vol. 3. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

⁷ A efetividade no sentido estrito é um princípio endoprocessual que dialoga com o princípio da segurança jurídica, mesmo internamente ao processo, o que enseja uma solução de adequação que, de resto, atende à efetividade como um valor. Ou seja, a efetividade da tutela jurisdicional é um princípio, mas também consiste em um valor, desde que observada a funcionalização do formalismo no sentido de realizar a justiça e a pacificação, daí, desde fora do processo.

⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria, op. cit., p. 145.

uma resposta jurisdicional que intensifica ou procura amplificar a defesa do consumidor, sendo que o compromisso pelas soluções céleres internalizam o fator *erro-judicial* como uma margem absorvida pelo recursionismo, e por mecanismos integracionistas de unificação de entendimentos jurisprudenciais (súmulas, recurso repetitivo e repercussão geral).

Consoante as imposições valorativas do sistema, portanto, na ponderação dos princípios que convivem para organizar o formalismo interno do processo, hoje, as reformas legislativas apreendem que prepondera a efetividade em detrimento da segurança jurídica, jogando a um segundo momento a possibilidade de controlar o erro, como *um solve et repete* processual. Note-se que a efetividade, aqui, é tratada como um princípio que dialoga com a segurança jurídica e, assim, elas conformam a adequação da tutela jurisdicional.

Assentada essa questão, fácil constatar que o juiz elabora a decisão com base nas narrativas processuais e nas provas apresentadas, e somente em um segundo momento é que o sistema empresta outras técnicas jurídicas que surpreendam uma solução de reversibilidade da decisão, de alguma forma, solução ancorada através da repetição dos julgamentos – o que de comum acontece, o que repete em termos de demandas e sentenças.

Basta analisar o grau de reversibilidade de julgamentos em recurso repetitivo, para concluir que a sistematicidade dos casos é que levam a medidas recursais ou cassacionais. Afinal, a vulnerabilidade econômica do consumidor pode ser irreversível ou, ainda, pode ser reputada mais irreversível que a situação do fornecedor.

A adequação⁹ da tutela jurisdicional firma uma moldura interna do formalismo para atender as necessidades do direito material. No caso do direito do consumidor, isso acontece quando a norma elabora procedimentos diferenciados e que se valem de técnicas de sumarização que internalizam os próprios riscos que remetem ao reforço na reversibilidade extroversa¹⁰.

⁹O processo está impregnado do direito material. Ou seja, o nexó teleológico será para satisfazer o direito material no plano da realidade. Todavia, alguns aspectos da tutela genericamente chamada efetiva tocam ao direito material, no desdobramento do processo, como a adequação, e outros tocam ao direito material em linha de chegada, como a especificidade. Um resultado de gênero pode ser sintetizado na efetividade, mas o cenário analítico permite separar o fio condutor ao ponto vertical, já que a tutela jurisdicional efetua a ligação entre o processo e o direito.

¹⁰A reversibilidade introversa (ou introspectiva) reflete a clássica percepção da mudança de orientação pelo próprio julgador, quando ele aprofunda a cognição. Isso é juridicamente possível, mas pragmaticamente contingente – basta observar as demandas correntes nos tribunais, e refletir quantas vezes um juiz muda de posição em seus julgamentos correntes. A reversibilidade que possivelmente melhor atende as rotinas é

A tutela jurisdicional também deve ser *específica*, o que resulta no ponto de estrangulamento máximo entre processo e direito material. A especificidade é sintetizada pela teoria dos três “*is*” – identidade, integridade, e integralidade da tutela jurisdicional para com o direito material¹¹.

A especificidade da tutela jurisdicional afirma o dever de prestação da tutela concreta o mais similar possível àquilo que seria proporcionado pela normatividade do direito material. Marinoni¹² refere como uma proteção da norma¹³, não com a velha dicotomia entre direito e processo, antes com a projeção de toda a dinâmica processual para satisfazer as necessidades do direito material no plano da realidade, proporcionando modalidades que concretizem o direito. O histórico dualismo entre direito e processo é redimensionado desde fora do processo, sendo que as necessidades do direito material polarizam o sentido das técnicas que os institutos processuais especializam¹⁴.

A integridade da tutela jurisdicional determina que seja entregue ao jurisdicionado nada mais que essa necessidade do direito material. Finalmente, a integralidade da tutela jurisdicional orienta que seja prestada ao jurisdicionado tudo o que seria previsto pelo direito material. Considerada a complexidade e a fragmentariedade de significativo acervo das relações em direito do consumidor – retratos da própria massificação, onde o volume numérico dos negócios encerra o lucro na contrapartida de preços individuais que não estimulam

extroversa, porquanto firmada em estruturas recursais e cassacionais, e que, de resto, preserva a celeridade da prestação jurisdicional.

¹¹ CASTRO, Cássio Benvenuti de. Ação anulatória: de acordo com o CPC/73 e o Projeto no Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2014, p. 130.

¹² Técnica, op. cit., p. 22 e 114.

¹³ Proteção das normas, no sentido de tendente universalização, e a busca por uma igualdade material. Provável que o próprio Marinoni não tenha imaginado uma proteção da norma no sentido jakobiano, cuja teoria funcional exacerbada, em direito penal, faz antecipar a tutela para o fator da punição, daí que acabam sendo considerados crimes os ilícitos formais ou de mera conduta, independente do resultado material – por exemplo, punir o porte de arma antes mesmo da prática do roubo; punir a embriaguez ao volante antes mesmo de um acidente culposo ou doloso. Não que o direito civil não produza esse tipo de modalidade, inclusive, porque a figura das presunções e ficções legais é onipresente, em direito. Ocorre que a segurança de foro jakobiana é de uma rigidez que não comporta as flexibilidades ou adequações concretistas que Marinoni repetidamente defende, e que parece ser assimilada à proteção do preceito, que também é referenciada na doutrina italiana. Ver RABITTI, Maddalena; BELLELLI, Alessandra; DINACCI, Giampiero. I remedi fra tutela individuale, tutela collettiva e tutele alternative. In CARLEO, Liliana Rossi (a cura di). Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi. Torino: Giappichelli, 2012, p. 215. Pelo menos, aparentemente interpretando o diálogo entre os autores. Ver JAKOBS, Günther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 10/13.

¹⁴ “Non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale, e con riferimento ai rimedi ivi riconosciuti, è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate”. Adolfo di Majo, Tutela, op. cit., p. 07.

o custo e o tempo da demanda individual –, a integridade e a integralidade funcionalizam técnicas processuais transindividuais.

A tutela transindividual (arts. 91 e seguintes do CDC e Lei 7.347/85) produz o efeito de englobar a cifra de consumidores que normalmente não reclamaria em juízo, bem como evita decisões individuais contraditórias e economizam o próprio serviço judiciário. Dentre outras consequências estimáveis, o foco é assinalar as seguintes repercussões paradigmáticas dessa técnica.

Quer dizer, é verdade que a tutela transindividual pode ser reputada ressarcitória, porém, mesmo quando tendencialmente ressarcitória, ela também projeta efeitos prospectivos e assume inegável caráter preventivo, atualmente batizado de inibitório ou de remoção do ilícito¹⁵. A preventividade ou prospectividade nada mais representa que a proteção da norma ou tutela do preceito, o que consolida uma juridicidade com efeitos *ultra partes*, ou *erga omnes*, como preferir o legislador (art. 103 do CDC). A despeito da nomenclatura, para além da entropia eficaz está a repercutividade que a realidade polariza por intermédio dessa espécie de tutela, à medida que uma solução de preceito ou de norma não personaliza, mas atende a categorias ou classes que a própria norma pré-seleciona.

A efetividade da tutela jurisdicional também deve ser integral e integradora, portanto, em termos de transindividualidade, ela alinha um estado de coisas jurídicos tanto retrospectiva-ressarcitória como prospectiva-preventivamente¹⁶, com o reflexo intersubjetivo que a norma estabelece. Na verdade, a tutela transindividual é funcional e preponderantemente preventiva, porque o maior interesse é remover ou prevenir a ocorrência da contrariedade à norma. Justamente, essa modalidade de tutela permite estruturar o processo em outras bases, que não aquelas classicamente orientadas pelo direito privado. Ora, como a proteção da norma supera as contingências meramente individuais, assim o

¹⁵ RAPISARDA, Cristina. *Tecniche Giudiziali*, op. cit., p. 708.

¹⁶ “A exigência de justiça formal, de tratar igualmente casos iguais, tem tanto uma aplicação prospectiva quanto retrospectiva. É por isso que uma decisão judicial justificável precisa estar fundada numa regra de Direito que não seja nem ad hoc nem ad hominem”, que pode ser um resumo da ponderação ou da polaridade assimétrica que debate o movimento integracionista com o movimento pragmatista da experiência jurídica (Dworkin versus Posner), sem uma solução de exclusão, assim como o procedimentalismo dialoga com o substancialismo. MACCORMICK, Neil. Usando precedentes. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197. Ainda, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 235 e seguintes; e POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 230 e seguintes.

dano deixa de ser o único referencial para a prestação da tutela jurisdicional, e sendo trabalhada a evitação do dano, ou melhor, com a antecipação da proteção devida pela tutela jurisdicional para que, assim, ela previna os danos perpetrados ou repetidos contra o consumidor¹⁷, a figura do ilícito é colocada no epicentro do problema da tutela. O ilícito não depende da demonstração da culpa, o que reaparela como uma regra geral o nexo de imputação objetivo na tutela do consumidor.

Nesse plano evolutivo, a categoria do ilícito é vigorada como núcleo da tutela jurisdicional da posição jurídica do consumidor, o que reflete um reaparelhamento do nexo de imputação na operação jurídica. O ponto de partida, em direito do consumidor, é a figura do ilícito, hoje, sendo largamente admitido também para a tutela individual. Dispensável falar em culpa. Logo, um julgamento que analisa descumprimentos *prima facie* das normas jurídicas – a contrariedade a normas – dispensa um aprofundamento do convencimento judicial, porque é dispensável analisar o velho elemento aberto da culpa, e também é dispensável surpreender todas as derivações do dano, em outras palavras, um julgamento cujo referencial é o ilícito relativiza o standard do convencimento judicial. As questões referentes ao dano deixam de compor o instrumental pertinente à prova, e passam a integrar o polo da leitura normativa do efeito da imputação como uma quebra da normalidade dos eventos do mercado – é o efeito borboleta das práticas consumeiristas que repercute na solução das demandas individuais.

Assentado que o debate entre a segurança e a efetividade orienta o formalismo processual desde dentro do processo, levando em conta a adequação da tutela jurisdicional, necessário surpreender, ainda, a *tempestividade* da tutela jurisdicional, que pondera o fator do tempo desde fora do processo, mesmo, à medida que o processo deve observar uma duração razoável, e sem dilações destemperadas em cotejo à realidade social. Isso implica a relativização ou superamento do excesso de formalismo, seja através de técnicas, como a criação de juizados especiais e da instrumentalização do seu rito sumaríssimo (Lei 9.099/95), seja por intermédio de técnicas conciliatórias que tornam obrigatória a audiência preliminar no procedimento ordinário mesmo (art. 331 do CPC na redação da Lei 8.952/94 – e a perspectiva atual do CNJ e do Novo CPC), seja através de mecanismos extrajudiciais de composição civil.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 709.

O que todas essas técnicas afirmam é que a pontual preponderância do valor do consenso por sobre uma busca epistemicamente rígida, acaba sendo mais socialmente privilegiado, o sistema privilegia a celeridade, nesse tipo de demanda. Daí que a inequívocidade probatória é relativizada pela internalização, na adequação do formalismo, do fator tempo como vértice na solução dos conflitos. A tese habermasiana sopesa procedimentalismo e substancialismo no paradigma jusconstitucional, sopesando o diálogo e o consenso como soluções democraticamente válidas, em nome da pacificação social. Atualmente, mais vale um compromisso de consenso, e que ele seja efetivo-realizável entre os interessados, que uma busca infinita em direção à verdade.

O processo civil é polarizado pela tutela jurisdicional qualificada, e a postura institucional determinada pelo jusconstitucionalismo brasileiro estabelece uma metodologia que interconecta fatores macro e intrassistêmicos, com isso, produzindo reflexos extrajudiciais e intrajudiciais. No diálogo entre as normas que estruturam as referidas técnicas, hoje, positivadas na legislação brasileira, para conferirem efetividade à tutela jurisdicional, necessário constatar que o standard do convencimento judicial não pode agravar ou dificultar a defesa da posição jurídica do consumidor.

A duração razoável do processo não permitiria isso. A preponderância da efetividade sobre a segurança não permitiria isso. Muito pelo contrário, se todo o ordenamento jurídico brasileiro, desde a previsão dogmática do texto das normas, encarrega o consumidor da produção de um mínimo de provas, para que lhe seja entregue a tutela jurisdicional, o juiz não pode exigir provas intensas, ou um grau de prova que dificulte a defesa da posição jurídica do consumidor.

Por imperativo tendenciado nessa estruturação, o juiz estará convencido antes mesmo do que ele restaria convencido na média geral dos casos do direito privado. Ora, o consumidor é um vulnerável, e tal posição jurídica impulsiona a balança do formalismo em direção à tutela do direito do vulnerável. Daí que o consumidor deve produzir um mínimo de prova para demonstrar a respectiva posição jurídica e o desdobramento da relação que o colocou nessa posição – por exemplo, o fato de ser consumidor e estar sendo cobrado abusivamente. Trata-se de um patamar de prova menor que o standard da preponderância de provas.

A facilitação da defesa do consumidor repercute, inclusive, no convencimento judicial, no grau de suficiência das provas para evitar um julgamento com base na regra do ônus da prova.

2 OS TIPOS PRESUNTIVOS, O “VERTIMENTO LEGISLADO” DO ÔNUS DA PROVA, E O DESVIO DE NORMALIDADE LEGAL-NARRATIVA COMO VÉRTICE DA INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

No direito brasileiro cuja regulamentação geral é conferida pelo Código de Processo Civil, anota-se a *normentheorie* para se atribuir ônus da prova ao demandante, para o encargo de provar o fato constitutivo da respectiva afirmação. De outro lado, o réu tem o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo da afirmação do demandante (art. 373 do CPC). O ordenamento jurídico trata do tema nessa formatação geral, hoje em dia, com a possibilidade da dinamização do ônus da prova conforme o próprio CPC antecipa.

A defesa do consumidor é um direito fundamental cuja perspectiva objetiva, desde antes do CPC/2015, já viabilizava a relativização da regra geral sobre o ônus da prova. Nesse compromisso jusconstitucional, o legislador estabeleceu como um dos direitos básicos do consumidor, no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Na prática do foro, tal dispositivo enseja uma avalanche de verdadeiros pedidos, através dos quais se postula a “inversão do ônus da prova”, nos termos do CDC.

Entretanto, em direito do consumidor, a inversão do ônus de provar por decisão judicial (*ope judicis*) é uma manobra subsidiária porque excepcional. Daí que o pedido para inverter o ônus da prova – inversão que pode ser efetuada de ofício –, na melhor técnica, deveria ser um arrazoado peculiar, raramente utilizado, tendo em vista que o próprio legislador se antecipou ao juiz para, no próprio texto do CDC, “verter” o ônus da prova em uma modalidade diferenciada em relação ao Código de Processo Civil.

Note-se que a rotina do CDC é tutelar a posição jurídica do consumidor, inclusive, em juízo, daí que a própria lei (*ope legis*) *verte o ônus da prova em benefício do consumidor*, na medida em que o legislador elaborou um sistema jurídico diferenciado, um sistema jurídico que se vale de diversos esquemas de *tipos presuntivos*, como uma direcionamento da proteção da posição jurídica do

consumidor. Atualmente, na consolidação dos valores que dialogam na feitura das normas, não se trata de, meramente, impor um direito subjetivo – pelo contrário, na era da descodificação, os micro ou macrossistemas jurídicos estipulam posições jurídicas, e dessas posições são extraídas formas especiais de tutela.

Logo, quando a legislação demarca tipos presuntivos e, dissonante da rotina do CPC, acaba por redistribuir o ônus de provar, a modalidade da inversão do ônus da prova *ope judicis* torna-se operação subsidiária à redistribuição legal. Vale dizer que a inversão do ônus da prova, por determinação judicial, remanesce aos casos em que não é devida a redistribuição dos encargos através dos tipos presuntivos – em especial, a inversão do ônus da prova é devida, se for o caso, para a hipótese da responsabilidade do profissional liberal, onde é reclamada a culpa como nexo de imputação.

Desenvolvendo o texto do art. 6º, VIII, do CDC, a doutrina¹⁸ elabora considerações sobre a verossimilhança das alegações, bem como sobre a hipossuficiência do consumidor, enquanto pressupostos para a inversão judicial do ônus da prova. No presente capítulo, o foco não é debater a ênfase no aspecto subjetivo¹⁹ da inversão judicial do ônus da prova, mas chamar a atenção para determinadas peculiaridades dogmáticas a partir do próprio texto da norma do art. 6º, VIII, do CDC, que, embora implicitamente discorra sobre a distribuição do ônus da prova como regra de instrução, repercute, em especial, no standard do convencimento judicial para a tutela do consumidor.

Com efeito, o texto do art. 6º, VIII, do CDC estabelece um elenco exemplificativo de ferramentas para a facilitação da defesa do consumidor, em juízo, ao escrever – “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova”. A palavra “inclusive” surpreende que outras técnicas para a facilitação da defesa do consumidor são possíveis, além da técnica da inversão judicial do ônus da prova. Dentre as outras técnicas, que podem ser lembradas pela referência positivada, evidente que está a redução da intensidade do standard do convencimento judicial para a tutela do consumidor.

¹⁸ DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Revista dos Tribunais, vol. 788, junho de 2001, p. 92 e seguintes.

¹⁹ O aspecto subjetivo do ônus da prova é uma regra de instrução, que reparte os encargos de provar às partes. O aspecto objetivo do ônus da prova é uma regra de julgamento, decorrente daquele aspecto subjetivo, mas se trata de um critério do qual o juiz se vale quando as provas não preenchem o standard do convencimento, daí o julgamento ocorre por um desempate de natureza processual. Um aspecto não sobrevive sem o outro, agora, a pontual ênfase é quanto à regra de julgamento, porque o sistema jurídico reconhece juridicamente que a dúvida judicial é fundada quando ultrapassada a fase do convencimento judicial, quando o standard não é cumprido para convencer o juiz. Daí a importância da definição do standard, o que é possível no entrechoque do preconceito com o texto.

A relativização do standard do convencimento judicial, ou melhor, o preenchimento do standard para que o juiz se repute convencido e, assim, afaste-se de um julgamento com supedâneo no critério processual do ônus da prova, é decorrente de uma metodologia através da qual o legislador articula os seguintes modelos argumentativos consequenciais, ou modelos funcionais: (a) a elaboração de tipos presuntivos que, desde uma previsão abstrata, pelo legislador, já vertem o ônus da prova de maneira favorável ao consumidor; (b) e a previsão legal da inversão do ônus da prova por decisão do juiz, a depender do caso concreto, porém, quando a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor podem ser inferenciadas “segundo regras ordinárias de experiência”.

Existe liberdade de critérios a serem eleitos pelo juiz?

Justamente, quando o art. 6º, VIII, do CDC se refere ao “critério do juiz”, é preciso trazer à reflexão que tal critério está limitado pelo sistema jurídico, inclusive, com a força desses dois suportes metodológicos que encerram um compromisso, desde o legislador constitucional, e até chegar à previsão do legislador infraconstitucional.

A questão dos tipos presuntivos e a questão do raciocínio inferencial, ambas em conjunto, permitem uma aproximação dogmática na busca do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor, com base no texto da norma. Na prática, essas questões desenham o critério que orienta o juiz, daí um critério reclamado pelo âmbito de proteção das normas do sistema jurídico, e com a sorte de controlabilidade que a regularidade dos enunciados jurídicos promove – o primeiro indicativo legal, o tipo presuntivo, (a) opera no sentido positivo, afirmando uma posição jurídica em benefício do consumidor; o segundo indicativo legal, o recurso inferencial, (b) opera no sentido negativo, depurando as hipóteses contrárias à posição jurídica do consumidor e, assim, autorrestringe²⁰ o standard do convencimento.

Quando a própria lei redistribui o ônus da prova, algo diverso da regra geral tradicionalmente prevista no CPC (art. 373 do NCPC versus os tipos presuntivos do CDC), em realidade, *não ocorre uma inversão do ônus da prova por operação do juiz, antes ocorre uma mera atribuição do ônus da prova, daí com fundamento no*

²⁰ A denominação autorrestricção se deve à natureza meramente dogmática da pretensão do ensaio, que não avança em questão de lógica ou, mesmo, de fundamento jusfilosófico. Ver MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 203 e seguinte; e Robert Alexy, Teoria dos direitos fundamentais, op. cit., p. 276 e seguintes.

direito material, desde o direito material, que é pré-ponderado pelo legislador que elaborou o CDC. O importante é constatar que o direito do consumidor brasileiro é comumente estruturado por intermédio de tipos presuntivos, que melhor ou otimamente privilegiam a defesa da posição jurídica do consumidor e que, por decorrência, reservam, ao fornecedor, o encargo de afastar as presunções legalmente antecipadas em benefício do consumidor. A leitura do texto de algumas normas remete a essa sorte de proteção.

A referência a alguns tipos legais são autodidáticos.

Na responsabilidade pelo fato do produto, o art. 12, §3º, do CDC estabelece que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” Na responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14, §3º do CDC estabelece que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Vale dizer que os danos decorrentes do acidente de consumo somente não serão ressarcidos, ao consumidor, quando, e somente quando, o fornecedor excepcionar a presunção tipificada nas regras legais.

O art. 23 do CDC refere que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”. O elemento normativo da culpa não permite afastar a consequência jurídica que tutela o consumidor, em face dos vícios dos produtos e dos serviços, até porque a culpa não pode ser alegada como justificativa. O esquema de proteção contra os vícios, no direito do consumidor, é diferente da abordagem utilizada pelo Código Civil e, em geral, pelo direito privado.

Deveras, o sistema de defesa do consumidor enaltece a proteção da confiança como uma base do ordenamento, tanto que a definição de vício que compromete o dever de adequação do produto ou serviço é a segurança (arts. 12, §1º e 14, §1º) ou a finalidade (arts. 18 e 20, §2º), aspectos decorrentes ou derivativos de um estado de coisas que o próprio legislador regulamentou como padrão. Daí que o dolo ou o elemento normativo culpa possuem falhas estruturais na consideração da responsabilidade, o que implicou o afastamento desses pressupostos em se tratando de direito do consumidor.

Exemplo mais candente está gravado na Medida Provisória número 2.172-23, de 23 de agosto de 2001 que, recentemente, reforçou o esquema de imputações previsto pelo CDC, quando ela “estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração”.

Essa Medida Provisória é veemente no respectivo art. 3º, ao estabelecer que “nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação”.

O texto da norma é clarividente, o texto da norma é implicativo no sentido de reputar provado quando, e sempre quando, não está contraprovado – trata-se de argumentação fundada em consequências que, desde fora, desde o direito material, está avistada a qualidade da posição jurídica privilegiada, ao consumidor, sendo que somente uma impugnação fundada pode retirar a força da presunção legalmente atribuída.

A declaração da nulidade de cláusulas contratuais pode ocorrer de maneira direta (abstrata, art. 83 do CDC) ou com base no conteúdo mesmo das cláusulas contratuais, quando a nulidade é decorrente da abusividade referenciada por critérios que repercutem a concretude dos casos (arts. 51, 53 e 6, V do CDC), salienta Cláudia Lima Marques²¹. Agora, qualquer ponderação judicial – mais abstrata ou mais concretista – deve perceber a natureza categórica da legislação, quando se aponta a sanção da nulidade, até porque a própria lei estabelece que a interpretação do contexto das cláusulas contratuais entre si, bem como a interpretação do conteúdo das cláusulas, no confronto com as demais normas do sistema, deve resultar em uma interpretação benéfica ao consumidor (art. 47 do CDC).

A tutela declaratória da nulidade de cláusulas, ou tutela revisional de cláusulas contratuais ou, ainda, a tutela desconstitutiva de cláusulas contratuais, são espécies que reclamam uma adequação do contrato aos padrões estipulados pela lei de ordem pública, que está entabulada nas regras do direito do consumidor.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1150/1.

Assim, o maior trabalho para o judiciário, nessas hipóteses, é coletar o contrato ao processo, porque nem sempre o contrato está à disposição do consumidor.

Na impossibilidade do contrato não ser apresentado, pelo consumidor, o próprio ordenamento fixa uma presunção de veracidade das afirmações, em benefício do consumidor, quando ocorre o descumprimento do dever da exibição do contrato (art. 400 do NCPC), porque é ônus do fornecedor armazenar as informações sobre a contratação. Finalmente, a declaração da nulidade, ou a revisão de cláusulas contratuais, que enseja o exame de dispositivos documentados em contratos, o exame de provas que são instrumentos pré-constituídos ao processo, ou provas que pré-existem ao processo, acaba dispensando um aprofundamento do convencimento judicial – isso ocorre porque o critério do convencimento é comparativo-linguístico entre as normas categóricas elencadas em lei de ordem pública *versus* as disposições contratuais, em contratos que devem ser claros e precisos, porque é dever básico do fornecedor atender ao princípio da transparência.

Com a juntada do contrato ao processo, ou mesmo com a presunção da veracidade do afirmado pelo consumidor (art. 400 do NCPC), o juiz avalia as circunstâncias no entorno da formação, do desenvolvimento, e dos efeitos da contratação. Óbvio que ele avalia tudo isso sem utilizar subjetivismos ou intuições misteriosas, mas antes o juiz coteja o negócio jurídico para com os critérios²² objetivos que a lei indica como indispensáveis à preservação do equilíbrio material na relação negocial, daí se valendo de fatores que vinculam a preservação da condição jurídica dos sujeitos²³. A cognição judicial percebe parâmetros jurídicos em confronto – contrato *versus* normas do ordenamento –, sendo que, em geral, pondera sobre práticas correntes do mercado, como juros, comissão de permanência, tarifa de serviços bancários, questão da adesividade ou hipervulnerabilidade²⁴, o que não representa uma intensificação ou majoração *de grau* do convencimento judicial.

²² Cláudia Lima Marques refere os critérios que a doutrina alemã utiliza para referenciar o controle do conteúdo do contrato, dentre os quais, exemplificativamente: o momento da contratação, a situação financeira dos negociantes, os efeitos decorrentes a terceiros, por fato dessa contratação, a forma da contratação, o caráter adesivo ou paritário do contrato, a estraneidade ou a familiaridade entre os contratante, e o grau de desequilíbrio fático entre os negociantes. Idem, *ibidem*, p. 1151/2.

²³ A demonstração do desequilíbrio objetivo em uma contratação, o que sobremaneira é argumento repetitivo em contratos bancários, não requer dose significativa de particularismos. Vale dizer que o desequilíbrio que revisa, ou não revisa, uma determinada cláusula contratual, é medida visualizada na virtude da repetição de demandas que, assim, salientam a falta de parâmetros que o fornecedor acusa quando ele se desgarrar das práticas correntes do mercado. Uma posição semelhante em MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Curso de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 721.

²⁴ Respectivamente, artigos 54 e 39, IV, do CDC.

Nesse diapasão, o legislador esquematiza tipos presuntivos que consistem em *técnicas para facilitar a defesa do consumidor em juízo*.

Tudo sopesado, evidente que no sistema do CDC – um sistema que reúne normas de direito material e de direito processual – o ônus de provar é organizado algo diferente da regra geral do Código de Processo Civil, porque o dever de tutelar o consumidor abstrai o critério da posição jurídica do autor ou do réu (art. 373 do NCPC), no processo, para, então, determinar que o ônus de provar seja atribuído na função da categoria jurídica do sujeito. A questão da posição jurídica: logo, cabe ao fornecedor, em linha de princípio, desfazer a presunção legal. Conforme Barbosa Moreira, a presunção legal é uma norma especial em relação à regra geral: “a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus e provar o contrário independentemente da sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu”²⁵.

Isso não quer dizer que o consumidor esteja dispensado da produção de qualquer prova, no processo. Ele deve comprovar a própria posição jurídica assim como deve demonstrar a “normalidade” do “evento-de-consumo”, de maneira a conferir verossimilhança à narrativa. O Código do Consumidor que encerra toda uma gama de tipos presuntivos, desde a previsão abstrata, desde o âmbito de proteção das normas, desde o direito material, acaba, portanto, rebaixando o ônus argumentativo do consumidor, sendo que o consumidor somente deve demonstrar a sua posição jurídica (de consumidor) bem como a natureza da relação firmada (pretensão de tutela ressarcitória, revisional, mandamental, dentre outras).

Ou seja, o consumidor – assim comprovado como tal – deve apontar e demonstrar se houve um dano a ser ressarcido, se existe risco de ilícito, se é caso de algum vício do produto ou serviço, ou se a questão é pela invalidade de cláusulas contratuais, porque a derivabilidade desses enquadramentos é vinculada pela norma. A derivabilidade posta pela norma jurídica liga uma situação jurídica aos eventos que ela mesma, a norma, reputa socialmente relevantes.

Contudo, aqui, a derivabilidade é utilizada no sentido de coesão narrativa ou de heterointegração²⁶ da narrativa processual àquilo que está sendo

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. Temas de direito processual (primeira série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60.

²⁶ A coesão como justificação externa da narrativa, no sentido empregado por Jerzy Wróblewski e ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.

argumentado no processo – nessa solução de presunção está o rebaixamento do standard, porquanto o juiz não elabora complexa operação mental para se reputar convencido. O convencimento advém ao natural das assertivas esquematizadas pelo legislador.

A derivabilidade, na virtude da norma, por exemplo, ocorre quando um consumidor alega que viajou de avião, e que houve o extravio de sua bagagem, sendo que a companhia aérea somente devolveu os objetos após transcorridos dez dias de viagem, oportunidade em que o consumidor retornava ao seu país de origem. O consumidor postula a indenização por dano extrapatrimonial, e a lei refere, no âmbito de proteção textual da norma, que o fornecedor é responsável, quando ele presta o serviço de transporte, e acontece esse tipo de evento, o que normativamente liga o dever de responder ao fato-base alegado.

Essa narrativa processual não merece reparos, ela está presumida como uma sucessão de acontecimentos (diacronia), aos quais o contexto normativo confere coesão em narrativa processual (sincronia²⁷), ou seja, não se discute sobre a vinculação entre a categorização do sujeito e o evento que o teria prejudicado, a lei já presumiu essa ordem de eventos, essa ordem de premissas, mesmo com base em uma prova singela – um bilhete de passagem e o extrato de *check in* da bagagem. O legislador efetua o nexo de imputação entre as premissas da causa e efeito da norma. Agora, se o juiz decide que não houve dano extrapatrimonial porque a bagagem, afinal, fora devolvida ao cabo da viagem, mesmo ultrapassados dez dias, e mesmo quando o sujeito retornava de sua empreitada, é necessário ressaltar que tal pronunciamento não quebra o standard do convencimento judicial presumido, porque o afastamento da indenização não quebra o nexo de imputação que o legislador conectou funcionalmente.

O afastamento da indenização, somente, considera ausente um dano, enquanto um efeito mais consequencial que estrutural do fenômeno, isso quer dizer que a avaliação valorativa sobre o dano sopesa fatores mais econômicos que jurídicos. O juiz se considera convencido quanto ao desdobramento da causa e da consequência do evento, todavia, para ele, o dano está absorvido pela adequação social ou pela ausência de lesão significativa. Trata-se de uma maneira de considerar o fenômeno,

Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 228 e seguintes.

²⁷ Utilizando outros referenciais, porém, diferenciando o que é matéria pertinente à apuração dos fatos (probatória) e matéria pertinente a uma valoração de conceitos jurídicos, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual (segunda série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 70.

que encontra certo respaldo na jurisprudência. O importante é deixar claro que retirar o dano, e não condenar o fornecedor, nessa hipótese, é coisa diferente do nível de standardização do convencimento – simplesmente, porque o juiz já está convencido sobre a causa-efeito, ele apenas não reputou economicamente viável a indenização, porque se trataria de “mero incômodo”.

De qualquer maneira, o tipo presuntivo, que é nota comum do CDC, não trata de dinamizar o ônus da prova (o que caracterizaria uma inversão judicial do ônus).

Em direito do consumidor, o tipo presuntivo *atribui ou verte*, desde a previsão abstrata, o ônus da prova, ao sujeito ou à categoria que funcionalmente está ligada às circunstâncias ou às condições que justificam a imputação normativa. O princípio da proximidade²⁸ da prova ou princípio da referibilidade da prova, segundo Adolfo di Majo²⁹, encarrega, à parte processual, de comprovar o que está na sua esfera de controle objetivo.

Nesse sentido, o importante é convencer e demonstrar, ao juiz, que o conjunto de fatos coloca o sujeito processual na categoria jurídica de consumidor, sendo que os vínculos fáticos daí advindos não são elaboradas por um processo mental³⁰ complexo e subjetivo, antes são consequências legais, portanto, elas decorrem de uma derivabilidade presuntiva posta – não meramente suposta – pela norma jurídica. O tipo presuntivo se antecipa ao processo mental do juiz, à medida que

²⁸ Taruffo critica o critério da proximidade para a distribuição do ônus da prova, quando alerta que essa modalidade poderia ser epistemologicamente válida, porém, poderia levar a excessos. Para o autor, é mais aconselhável adotar um critério de sanções (disclosure) em que cada parte deveria produzir todas as provas que tivesse disponibilidade. Uma simples verdade, op. cit., p. 267. A qualidade linguística do texto escrito por Michele Taruffo, e a paixão com que ele defende a dimensão epistêmica do processo são, evidentemente, conquistadores. De qualquer maneira, um leitor brasileiro deve considerar, no mínimo, algumas particularidades. A jurisdição brasileira é diferente da italiana e, sobretudo, é diferente da jurisdição dos países mais evoluídos da Europa – a Alemanha e a Inglaterra. Além disso, qualquer dose de prática, nos tribunais brasileiros, é suficiente para constatar que uma vitória sem razão é mais comemorada que uma razão sem vitória. Um modelo processual fundamentado na boa-fé e na cooperação é louvável, sempre, e as normas devem impor esse estado ideal de coisas, isso está no art. 10 do NCPC. No entanto, um realismo moderado sopesa a implicação normativo-ideal no confronto com a cultura da desigualdade brasileira, principalmente, no interior desse país-continente, porque, aqui, são necessárias soluções socorristas em que, possivelmente, um imperativo processual epistêmico fundado na confiança acabaria perdendo espaço. O Estado-juiz deve prestar cooperação às partes, isso não se discute, mas normas rígidas de disclosure, que se estruturam por deveres interpartes, não necessariamente, assimilarão uma dimensão epistêmica ao processo brasileiro, antes, elas poderão produzir baixas colaterais em termos de aplicabilidade e alargamento do tempo no processo. O brasileiro não tem muito tempo, ele é pobre, ele trabalha demais, ele ganha pouco, ele deposita muita esperança em uma solução célere do processo civil de resultado.

²⁹ O autor utiliza a denominação princípio da “vicinanza” ou da “riferibilità”. DI MAJO, Adolfo. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 259.

³⁰ Barbra Moreira, As presunções, op. cit., p. 57.

o legislador já levou em conta as conexões que *normalmente acontecem* entre os fatos que ensejam a categorização do sujeito como um consumidor, e as respectivas ocorrências em termos de mercado de consumo (*quod plerumque accidit*).

O legislador previne conexões fáticas, ficando a descoberto soluções valorativas mais econômicas que jurídicas (o caso do dano). O que interessa para o standard do convencimento, portanto, é a prova do fato no conjunto de conexões imputativas que ele encerra.

Conforme Taruffo, “uma norma impõe ao juiz que tome por verdadeiro um fato alegado por uma parte, sem que desse seja dada qualquer prova (em particular por iniciativa da parte que alegou o fato); a verdade desse fato resta vinculante para o juiz se a outra parte não prova o contrário. Poder-se-ia observar, então, que as normas que estabelecem presunções fazem com que a decisão final ocupe-se dos fatos somente quando a prova contrária for fornecida. Se não houver prova contrária, a decisão não levará em consideração os fatos, visto que derivará diretamente da aplicação da norma que determina a presunção”³¹. Os tipos presuntivos elaboram um metajuízo, em outras palavras, as presunções legais correntemente utilizadas no direito do consumidor brasileiro elaboram *um juízo sobre um juízo* de ponderação das normas. A própria legislação irradia uma tendência sobre o juízo do fato, quer dizer, para decidir sobre os fatos da causa, o juiz não precisa formular complexas operações mentais ou subjetivas, porque o prognóstico da causa já está de antemão assentado ou abreviado pelo módulo que o legislador considerou.

O Código do Consumidor refere que um sujeito deve ser indenizado quando ele é reputado consumidor e quando não é afastada a presunção legal que lhe protege. A presunção somente é afastada por intermédio de exceções taxativas, sendo positivado na lei um critério verofuncionalizado³². Os tipos presuntivos polarizam a balança em defesa do consumidor, assim, eles afirmam que um standard do convencimento fundado em um mínimo de atividade probatória enseja a tutela jurisdicional do consumidor, e afasta o julgamento com base na regra do ônus da

³¹ Uma simples verdade, op. cit., p. 263/4.

³² Verofuncional é uma lógica que assimila polaridades – ela opera em dicotomias, por intermédio de conjunção (“e”), disjunção (“ou”), negação (“não”), ou implicação material (“se...então”). Um legado do silogismo, sendo que os próprios corifeus do positivismo mais ortodoxo, mesmos os que talvez refutem uma standardização do convencimento judicial, são obrigados considerar essa lógica, pois é a velha lógica. Ver MACCORMICK, Neil. Argumentação fundada em exceções (arguing defeasibly). Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 318.

prova. Não é preciso que as provas sejam preponderantes, ao consumidor; basta que as provas sejam mínimas, em benefício do consumidor. Quando essa impressão acontece, o ônus de desfazer a presunção encarrega a contraparte.

Logo, o standard do convencimento judicial na tutela jurisdicional do consumidor rebaixa o patamar comumente utilizado no direito privado, trata-se de um standard diferenciado, decorrente de um sistema protetivo diferenciado. Para evitar um julgamento com base na regra do ônus da prova, em direito do consumidor, não deve ser buscado uma convicção com a força da preponderância das provas, porque todo o sistema legal promove a facilitação da defesa do direito do consumidor.

O consumidor está encarregado de uma mínima atividade probatória, no sentido de demonstrar a sua categoria jurídica e, finalmente, não ter, contra si, argumentos contundentes que afastem a presunção legal. A doutrina brasileira³³ salienta que o modelo de constatação ou o standard do convencimento judicial denominado como uma mínima atividade probatória é uma construção do Tribunal Constitucional espanhol, e consiste em um encerramento operativo tendente a eliminar dúvidas ou variações subjetivas que desqualificariam a racionalidade da solução judicial. Nisso, observa-se uma tendência em definir por método de eliminação, na medida em que a mínima atividade probatória seria tudo o que não pode ser afastado.

A crítica corrente é que não estaria claro o que significa essa mínima atividade probatória, qualitativa e quantitativamente falando, porque definir por eliminação³⁴ é exercício facultado a qualquer modalidade de standardização. Todavia, a caracterização da mínima atividade probatória atende, em primeiro lugar, à normatividade que o direito material polariza para a tutela jurisdicional do consumidor brasileiro. Além disso, a defesa do consumidor deve ser facilitada, inclusive, em juízo, o que determina o rebaixamento da intensidade ou do grau de confirmação para que o juiz se declare convencido e, assim, afaste um julgamento com base na regra do ônus da prova. Em segundo lugar, e também com reforço na dogmática do direito material, é necessário constatar que o

³³ BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In KNIJNIK, Danilo (coord.). Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 158.

³⁴ A crítica também merece uma crítica em seus próprios termos, porque a standardização do convencimento não é um mecanismo de prova, porém, com base em um grau de confirmação o standard afirma um critério. O tipo presuntivo – técnica mais utilizada pelo CDC – assenta uma maneira de olhar as coisas, daí equilibrando juridicamente o que é desigual faticamente. “Nessun ragionamento presuntivo è così evidente da sfuggire alla verifica del contraddittorio: la presunzione insomma non è un mezzo legale di prova, ma un criterio orientativo della ricerca”, e não apenas della ricerca, mas que também afirma conclusões ou práticas sobre o juízo do fato. Ver Alessandro Giuliani, Prova in generale, op. cit., p. 533.

próprio ordenamento jurídico brasileiro combate o desequilíbrio fático entre os debatedores do processo através de normas jurídicas que estabelecem um norte para a definição da mínima atividade probatória, ou seja, uma suficiência de provas para convencer o juiz.

O modelo coerencial, o modelo hermenêutico e o modelo argumentativo, para a correção das soluções normativas, são somados ao modelo dedutivista, no atual quadrante constitucional. Não bastasse a conjuração jusfilosófica, o CDC estabelece uma cláusula de abertura, em seu art. 7º: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

Para quem não confia nas tendências da teoria do direito, o texto da norma é cristalino, ao pontuar que a defesa do consumidor pode se valer de disposições previstas em outras leis, inclusive na “legislação interna ordinária”. Ainda mais quando se trata de outra lei que, assim como o CDC, adensa o princípio constitucional da igualdade, tutelando os vulneráveis³⁵.

A Lei 8.213/91 é contemporânea do CDC e, além da proximidade temporal, essa lei também protege um vulnerável, contemplando a eficácia vertical³⁶ dos direitos fundamentais. É sabido que cada benefício previdenciário possui uma peculiaridade processual, por exemplo, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e aposentaria especial, em geral, consistem em benefícios que judicialmente demandam uma prova pericial. No entanto, mesmo um meio de prova pericial³⁷ não significa dizer que o convencimento deva ser aprofundado, como algures referido.

³⁵ Ver MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁶ O CDC reproduz a eficácia horizontal, a lei previdenciária regulamenta a relação entre um particular e uma entidade pública, portanto, reflete a eficácia vertical do direito fundamental (*drittwirkung*)

³⁷ O meio de prova pericial não é sinônimo de convencimento judicial aprofundado. Com efeito, o juiz avalia a perícia lendo as conclusões do perito, e daí tentando entender a linguagem técnica que o experto atestou. Um caso pode ser complexo sem ter perícia, e outros tantos casos podem ser simples, embora tenha ocorrido a perícia. Agora, se a perícia for sinônima de convencimento judicial aprofundado, das duas, uma: ou o juiz não poderia contrariar, jamais, a perícia; ou, de plano, o juiz deveria entregar o processo ao perito, e que o próprio experto elabore o julgamento. Afinal, o convencimento seria do perito, e não do juiz. Evidente que o sistema jurídico prevê que o juiz pode se distanciar das conclusões periciais, justificadamente – o juiz sempre deve justificar todas as suas impressões. Portanto, isso quer dizer que o sistema jurídico encerra critérios que tornam o convencimento aprofundado, ou não, a depender da natureza do direito material em debate, a depender da substância ou do objeto do processo, porque, desde uma previsão abstrata do ordenamento, desde um critério merit-based é que se fornecem os elementos sobre a intensidade do que significa a conclusão do “estar convencido”. O “estar convencido”, em sistemática jurídico-argumentativa, onde é inerente a pretensão de correção das decisões, acaba não sendo uma conclusão meramente pessoal – é uma conclusão decorrencial.

A leitura do texto da lei somado a uma pequena dose de prática nas rotinas dos foros surpreendem que o benefício de aposentadoria – mesmo com a prova pericial – concedido ao trabalhador rural, seja a aposentadoria por tempo de serviço rural, ou seja a aposentadoria por idade, encerra o mais difícil contexto de provas judiciais, em processo previdenciário. Porém, a dificuldade para provar o fato jurídico é decorrente do caráter histórico da lembrança relatada pela testemunha, na medida em que o segurado previdenciário, de resto, está se aposentando porque trabalhou desde há muito tempo. Isso não implica, por si só, em uma intensificação do standard do convencimento judicial. Nesses casos, embora se levante um particular museu sobre a vida do sujeito, algo histórico e perdido no tempo distante da juventude de uma pessoa idosa, a dificuldade das testemunhas, em relembrar os fatos antigos, é sopesada pela recorrência dos próprios relatos, algo cultural. Com efeito, é notório que os habitantes do meio rural brasileiro são pessoas humildes, e que tais pessoas possuem dificuldades para arquivar demonstrações complexas. Inclusive, o legislador internaliza essa condição, daí facilitando a ratificação da prova oral, em processo previdenciário, pelo que ele denominou de “início de prova material”, consoante previsão do art. 55, §3º³⁸, da Lei 8.213/91: “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.”

A questão não é sopesar a lei de benefícios previdenciária em relação ao direito do consumidor, antes é assinalar que a mínima atividade probatória – enquanto um standard que rebaixa o ônus de provar – não é algo inédito, no sistema jurídico brasileiro. O que implica o manuseio do standard da mínima atividade probatória é a necessidade do direito material (*merit-based* – critério externo ao processo), é a vulnerabilidade do sujeito a ser tutelado pelo processo. Como o processo está impregnado do direito material, como a tutela jurisdicional deve emprestar uma solução qualificada às necessidades do sistema jurídico, o

³⁸ A normatividade desse texto da norma se concretizou em diversos enunciados jurisprudenciais, por exemplo: Súmula 6/TNU: «A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola.» Súmula 14/TNU: «Para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material, corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício.» Súmula 34/TNU: «Para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar.» Súmula Nº 73 - TRF 4º: “Admitem-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental”.

convencimento judicial deve observar esse diálogo entre as fontes jurídicas, que encerram um diálogo coordenativo de influências recíprocas.

Mais recentemente, a Lei 11.718/08 pormenorizou o que seria esse “início de prova material”, previsto na Lei de Benefícios Previdenciários, ao elencar um rol exemplificativo de documentos, e ao conferir uma nova redação ao art. 106 da Lei de Benefícios Previdenciários (LB): “A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de: I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar; V – bloco de notas do produtor rural; VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor; VII – documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra.”

O início de prova material é um indicativo, porque não seria apenas esse início de prova material que solucionaria a questão em juízo. Daí resulta o seguinte: se a prova material é apenas um “início”, e se as testemunhas relatam fatos antigos, quiçá, praticamente esquecidos no tempo, como conferir certeza à conclusão que exsurge desse contexto?

O legislador subentende essas dificuldades, mais que isso, o sistema jurídico presume as provas são frágeis, quando isoladas, no processo previdenciário rural. Mesmo assim, o sujeito não pode ser prejudicado, porque se trata de um vulnerável, e ele não teria outros meios para produzir uma melhor prova. Na prática previdenciária, em juízo, aparecem três testemunhas para dizer que o sujeito trabalhava com a família, em uma pequena propriedade, e produzia X, Y e Z produtos. Isso não significa aprofundar a cognição. Isso não elucubra

maiores complexidades no convencimento. De qualquer maneira, e respeitando uma crítica em contrário, é necessário salientar que o legislador, desde o direito material, implantou um sistema protetivo do vulnerável, através da lei de benefícios previdenciários, repercutindo a expressão inédita do “início de prova material” como se ela fosse um “mínimo de provas”, como uma solução de alternatividade, algo diferente da velha prova de evidência. Tudo sopesado, desde o direito material, está para tutelar a posição jurídica de um vulnerável (idoso, enfermo, rurícula).

No direito do consumidor, inicialmente, esse quadro de imputações também é válido. Não para definir que a prova deve, necessariamente, ser documentada ou ter um “início de prova material”.

Muito pelo contrário.

Ora, *ninguém* duvida que um sujeito possa deixar o celular, em uma loja, para o conserto, e, além da loja não entregar um documento em promessa de conserto, ainda pode acontecer de a loja devolver o celular com outros danos, daí totalmente quebrado. Também, *ninguém* duvida que um sujeito possa adentrar em um banco e, de quebra, ser assaltado, dentro do banco, mesmo. Os exemplos são infinitos, pois *ninguém* duvida que um sujeito deixe o carro na garagem de um shopping e, nesse meio tempo, ele tenha o som automotivo furtado.

As situações são corriqueiras, sobretudo massificadas.

Um cenário que retoma a necessidade do direito material do consumidor, desde as implicações constitucionais que remetem a um dever de proteção do vulnerável. Em direito do consumidor, parte-se do pressuposto finalístico da vulnerabilidade do sujeito. Condição jurídica que é reforçada pelo caráter massificado dos negócios encetados. Não se fala em longinquidade diacrônica (velhice) da prova tampouco início de prova material, todavia, é devido falar na posição de desvantagem argumentativa por ocasião da inerente vulnerabilidade que o sistema pressupõe somada à massificação dos negócios. Daí que a normalidade das narrativas, em direito do consumidor, culminam no encerramento de uma mínima atividade probatória como subproduto de uma metodologia processual que rearticula a verossimilhança, o que de normal ocorre, para com a desvantagem inerente, a vulnerabilidade.

O juiz é consumidor, o enfermo é consumidor, o pesquisador é consumidor, o

político é consumidor, o recém-nascido também é consumidor. Até o governante é consumidor. Enfim, todo mundo já foi, ou será, um consumidor, o que resulta na impossibilidade do legislador elencar um rol de provas mínimas para a tutela da posição jurídica do consumidor, assim como se formulou na Lei 8.213/91. No mesmo sentido, o legislador não poderia vincular o consumidor a provas documentais, até porque os grandes problemas estão quando não existem documentos para formalizarem as relações.

Atento à massificação das demandas, bem como levando em conta a premissa de que *#somostodosconsumidores*, o legislador conectou a facilitação da defesa do consumidor a regras de experiência (*quod plerumque accidit*), sendo que o sistema reflete o que de comum acontece na vida das pessoas.

Voltando ao texto do art. 6º, VIII, do CDC, sem muito esforço, é possível repartir a seguinte sistematização:

Art. 6º, VIII: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.	(a) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz,
	(b) for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente
	(c) segundo as regras ordinárias de experiências;

O caráter exemplificativo das técnicas para a facilitação da defesa do consumidor, acima afirmado, remete a duas percepções finais. Situações que estão no texto da lei e aparelham a regra geral do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor.

Em primeiro lugar, o CDC refere (itens ‘b’ e ‘c’): “verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Observe-se que não existe vírgula entre “verossímil ou hipossuficiente”, o que confere uma solução de alternatividade em somatório. Ou seja, ambas as modalidades processuais chegam a serem alternativas entre si, mas elas duas devem ser adequadas ao que está após a vírgula – “segundo as regras ordinárias de experiência”.

Portanto, a questão da ordinariedade da experiência é uma condicionante tanto para a questão da verossimilhança³⁹ como para questão da hipossuficiência, o que, de resto, vai ao encontro do critério da mínima atividade probatória que o sistema jurídico de proteção do consumidor afirma desde a Constituição. A verossimilhança e hipossuficiência, com efeito, são desdobramentos processuais de um mesmo substrato do direito material e da realidade social – a vulnerabilidade.

Em segundo lugar, as regras ordinárias de experiência (parte final do dispositivo) são uma referência *desde fora* a todo um esquema de facilitação da defesa do consumidor (parte inicial do dispositivo) – o que acontece, *inclusive*, com a inversão *ope judicis* do ônus da prova.

A diferença entre a verossimilhança⁴⁰ e a probabilidade é polêmica. Contudo, mesmo sem aprofundar em definições⁴¹, pode-se identificar que a prática aproxima a verossimilhança e a probabilidade⁴², compatibilizando-as através de um utilitarismo⁴³ argumentativo que, em um primeiro momento, assinala uma referência objetiva do possível (aspecto positivo) e, em um segundo momento, afasta uma razão que deixaria *anormal* a narrativa afirmada.

Comenta-se que a doutrina alemã encampa o standard da verossimilhança, porque esse critério pormenoriza o requisito da suficiência da prova para, assim, afastar o julgamento com base na regra do ônus da prova (art. 373 do NCP). Nesses termos, “o convencimento reputar-se-á válido e legítimo na presença de um *alto grau de verossimilhança* em que as *dúvidas subjetivas*, ou seja, as

³⁹ Contra, afirmando que, no caso especial do CDC, a verossimilhança não está atrelada ao id quod plerumque accidit – apenas a hipossuficiência é que estaria atrelada às regras gerais de experiência, ver Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, Curso, op. cit., p. 87.

⁴⁰ Nesse comentário sobre a verossimilhança também se encaixa a hipossuficiência pois, junto com a verossimilhança, a hipossuficiência está vinculada a regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII, do CDC), pelo menos, segundo o texto da norma elaborada pelo legislador brasileiro.

⁴¹ Calamandrei elenca a possibilidade, a verossimilhança e a probabilidade como padrões em uma espécie de escala aproximativa à questão da verdade. Ver CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). Opere Giuridiche, vol. V. Napoli: Morano Editore, 1972, p. 620/1.

⁴² A probabilidade e a verossimilhança são operações que sempre se fundiram, na prática, mesmo na vigência do revogado art. 273 do CPC/73. Tanto é que o Novo CPC estabelece: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” Note-se que a probabilidade é um elemento que deve ser somado aos demais – o perigo de dano “ou” o risco ao resultado útil do processo; em cada uma dessas últimas hipóteses, é caso da tutela de urgência satistativa ou é caso de tutela de urgência cautelar. A probabilidade do direito é uma constante, mesmo que a crítica comente que o direito não seria provável, ele existe, ou não existe.

⁴³ GIULIANI, Alessandro. b) Teoria dell’argomentazione. Enciclopedia del diritto, vol. XXV. Milano: Giuffrè, 1975, p. 32.

dúvidas do juiz 'in concreto' sejam descartáveis. Então, sob essa ótica, dever-se-á, primeiramente, verificar se a convicção foi atingida, para, logo após, examinar os elementos que dela afastam, ou seja, as *dúvidas*. A qualificação teórica das dúvidas mencionadas na fundamentação da decisão é que servirão de *critério*. As dúvidas abstrato-negativas (teóricas) deverão ser desprezadas, enquanto que as dúvidas concreto-positivas viciarão a convicção judicial⁴⁴.

Esse movimento metodológico, que se atribui à doutrina alemã, em linha de princípio, efetua um exercício positivo para determinar a intensidade da prova que convence o juiz, e não desconsidera, para qualificar esse suporte, um outro movimento, daí negativo, que confronta aquele contexto probatório à normalidade inferenciada das regras experienciais. É quase um procedimento por eliminação, o que não elide a sua adoção como um critério acessório, proposta que ratifica a presente exposição.

As normas-tipo, e a inversão judicial do ônus da prova, ambas sopesadas pelas regras ordinárias de experiência – ainda mais no cenário repetitivo e massificado das relações de consumo –, refletem esse esquema circular, que se trata de uma compatibilização argumentativa em dicotomias, conforme o padrão kantiano⁴⁵. O ordenamento jurídico brasileiro elabora um exercício argumentativo análogo, embora a nomenclatura ora defendida, aqui, se reporte a um standard da “mínima atividade probatória”. Isso acontece tanto porque existe uma lei brasileira (Lei 8.213/91) que flerta com a definição ensaiada, como porque a realidade social do consumidor brasileiro é algo diversa da realidade em que aplicada a doutrina tedesca.

Com uma variação definicional, Marinoni parece defender, na essência, o rebaixamento do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor, quando ele refere: “Frise-se que, em um caso com esse (de defeito na composição de remédio), a relação de consumo é *marcada pela violação de uma norma que objetiva dar proteção ao consumidor*. O fabricante que viola essa norma *assume o risco da dificuldade de prova da causalidade*. Se a prova da causalidade é difícil, basta que o juiz chegue a uma convicção de verossimilhança para responsabilizar o réu. Essa convicção de verossimilhança, é claro, *não se confunde com a convicção de verossimilhança da tutela antecipatória*, pois não é uma convicção fundada em parcela das provas que ainda podem ser feitas no processo, mas sim uma convicção que se funda nas provas que puderam ser

⁴⁴ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 39.

⁴⁵ Kant, Lógica, p. 81.

realizadas no processo, mas, *diante da natureza da relação de direito material*, devem ser consideradas suficientes para fazer crer que o direito pertence ao consumidor.⁴⁶ O autor arremata: “Essa convicção de *verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova*, e assim, em princípio, *seria distinta da inversão do ônus da prova*.”

No mesmo sentido, Eduardo Cambi⁴⁷ adverte sobre a especialidade da tutela jurisdicional do direito do consumidor, na medida em que a essência dos institutos desse ramo do direito material implica uma solução de compensação no lócus processual. Ou seja, as regras do processo civil, como o ônus da impugnação específica (art. 341 do NCPC), que outrora foram pautadas pela autonomia privada e pela isonomia formal, devem observar a vulnerabilidade do consumidor e a massificação dos negócios, fenômenos contemporâneos, e que não permitem uma aplicação pura e simples de uma presunção contra o consumidor. Pelo contrário, o sistema jurídico estabelecido para a proteção do consumidor implementa uma reação aos ditames clássicos do direito privado e do velho processo civil – daí que as presunções, as normas-tipo, e a normalidade das experiências, pendem para o lado do consumidor. Em contrapartida, isso relativiza o standard do convencimento, nessas hipóteses, e onera o fornecedor.

A doutrina é repleta de comentários sobre a inversão do ônus da prova, festejando o advento do CDC. Todavia, é muito difícil haver incursões no tocante ao standard do convencimento. A explicação para a lacuna, talvez, está porque a terminologia não é adotada no texto da lei, e também porque a ponta do iceberg da questão obscurece o saneamento da compreensão.

Com efeito, o caso limítrofe previsto pelo sistema de tutela do consumidor acaba por confirmar a impressão sobre o standard da mínima atividade probatória. Trata-se da responsabilidade pessoal do profissional liberal (art. 14, §4º, do CDC).

Ninguém discute que, na responsabilidade civil do profissional liberal, pelo fato da teoria da proximidade, é necessário dinamizar o ônus da prova, ou inverter o ônus da prova, para que tal ônus seja atribuído ao fornecedor. Para essa inversão, basta que seja comprovada a categorização jurídica do sujeito, como

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Academia brasileira de direito processual civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.htm>>, acesso em 27/06/15.

⁴⁷ CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 401. O autor se reportava ao CPC/73, todavia, a regra se manteve na dicção do NCPC.

um consumidor, o que supõe uma situação de vulnerabilidade e, de outro lado, uma proximidade do fornecedor às circunstâncias da prova.

Logo, mesmo que se sustente um maior encargo ao consumidor, nesses casos, essa pontual inversão que o sistema prevê acaba por meramente compensar os esquemas-tipo e as presunções que a grande maioria das hipóteses encerra. Vale dizer, que a inversão do ônus da prova impera nos claros do sistema do CDC, daí conduzindo a uma solução de complementaridade àquela que o legislador já tivera protegido o consumidor. O processo civil e o CDC não desprivilegiam o profissional liberal, mas, elaboram, desde o critério *merit-based*, um esquema que preserva a responsabilidade subjetiva e, na volta, atribui um maior encargo probatório – ao fornecedor.

Ocorre uma prejudicialidade integrativa – quando o mínimo de provas não é suficiente para o julgamento, em contrapartida, esse mínimo de provas acaba sendo suficiente para a inversão do ônus da prova.

Um esquema de imputação interfere no outro.

Assim, as regras ordinárias da experiência implicam uma solução-tampão aos vazios normativos dos tipos-padrão, que o próprio CDC estabelece. As regras ordinárias de experiência são pontos de irrupção que até podem flexibilizar a frequência do CDC, em um caso especial, quando a narrativa está desviada do ordinário. Porém, em um estado ideal de coisas jurídicas, a exceção do sistema (art. 14, §4º) ratifica os indicativos textuais que conformam uma regra geral, no direito brasileiro – a mínima atividade probatória preenche o standard do convencimento para a tutela jurisdicional do consumidor.

O consumidor deve demonstrar que ele se trata de um consumidor. Em decorrência, a vulnerabilidade atribuída pela rotina do sistema jurídica pressupõe a série de confirmações que os efeitos das normas fazem interagir para compensar tal desigualdade fática.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor encerra um sistema jurídico com relativa autonomia aos demais ramos do direito. Ainda, as respectivas normas ostentam um sincretismo entre o direito material e o direito processual. De maneira inédita, no ordenamento positivo, o CDC estabeleceu a possibilidade da inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII e 14, §4º.

Ocorre que tais previsões não precisam serem requeridas em qualquer demanda referente à posição jurídica do consumidor. Em primeiro lugar, porque o CDC já pré-estabeleceu um conjunto de regras-tipo que implicam presunções narrativo-decisórias. Ou seja, o próprio legislador avisou: se o fornecedor não se desincumbir de comprovar a falta do defeito ou a ausência do dano, por exemplo, ele sofrerá as consequências previstas pelo sistema jurídico.

O Código do Consumidor, portanto, atribuiu ou verteu o ônus da prova em benefício da maior amplitude de tutela do consumidor. A lei supõe o que não precisa ser repetido na petição. Até pela sequência argumentativa que as narrativas do consumidor bastam que sejam adequadas aos tipo-presunções pautadas pelo Código. Trata-se de um sistema à parte do Código de Processo Civil.

Apenas subsidiariamente, nos casos previstos no próprio CDC (art. 14, §4º), é que ocorre uma inversão do ônus da prova *ope judicis*. Na grande maioria dos casos, o legislador se antecipou, daí ser dispensável falar em “inversão” do que já está “vertido” – o ônus da prova em benefício do consumidor.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). *Opere Giuridiche*, vol. V. Napoli: Morano Editore, 1972.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça: conclusão de um projeto internacional de investigação jurídico-sociológica. Trad. Hermes Zaneti Jr. *Processo, ideologias e sociedade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ação anulatória: de acordo com o CPC/73 e o Projeto no Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2014
- DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, junho de 2001
- DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, vol. 3. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- _____. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII. Milano: Giuffrè, 1988.
- _____. b) Teoria dell'argomentazione. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV. Milano: Giuffrè, 1975.
- JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- KANT, Immanuel. *Lógica*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2009.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MACCORMICK, Neil. Usando precedentes. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197. Ainda, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. Argumentação fundada em exceções (*arguing defeasibly*). *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia brasileira de direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.htm>>, acesso em 27/06/15.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MIRAGEM, Bruno Nubens. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de direito processual* (primeira série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* (segunda série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010
- RAPISARDA, Cristina. Tecniche Giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 36. Padova: Cedam, 1981.
- RABITTI, Maddalena; BELLELLI, Alessandra; DINACCI, Giampiero. I remedi fra tutela individuale, tutela collettiva e tutele alternative. In CARLEO, Liliana Rossi (a cura di). *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*. Torino: Giappichelli, 2012.

O JUDICIÁRIO E O PLURALISMO POLÍTICO: LEVANDO O DESACORDO MORAL A SÉRIO

*Eduardo Aidê Bueno de Camargo, Juiz Federal da Seção Judiciária
do Rio de Janeiro e Mestre em Direito Público pela Universidade
Estadual do Rio de Janeiro – UERJ*

Resumo: A sociedade democrática é palco de constantes conflitos e desavenças, que representarão uma circunstância permanente da cultura democrática. Em algumas situações, as divergências entre os membros da comunidade serão mais profundas, já que afetarão a essência da concepção de justiça que a comunidade possui, e serão mais persistentes, já que não serão resolvidas sequer através de um debate mais duradouro e engajado. A esse tipo de desacordo profundo e persistente denominamos de desacordo moral razoável ou, como preferem alguns, desacordo deliberativo. Neste trabalho, será defendida a tese de que, considerando o pluralismo jurídico e a democracia deliberativa, juízes não só devem utilizar a razão pública em seus argumentos judiciais, como também devem intervir de modo mais acentuado, mesmo em um contexto de desacordos, quando houver algum vício na deliberação, seja porque o procedimento democrático não foi observado, seja porque os interlocutores não agiram com o devido respeito mútuo. No entanto, havendo por detrás um real desacordo moral razoável, com a construção da decisão política através de uma efetiva deliberação pautada no respeito mútuo e em argumentos de razão pública, a postura das cortes deve ser econômica e moderada.

Palavras-chave: Desacordo Moral Razoável; Pluralismo Político; Democracia Deliberativa; Controle Judicial.

Abstract: The democratic society is the scene of constant conflicts and disagreements, which will represent a permanent circumstance of the democratic culture. In some situations, the differences between community members will be deeper, as they will

affect the essence of the community's conception of justice, and will be more persistent, as they will not be resolved even through a more enduring and engaged debate. This kind of deep and persistent disagreement is called reasonable moral disagreement or, as some prefer, deliberative disagreement. In this work, the central thesis is that, considering legal pluralism and deliberative democracy, judges should not only use public reason in their judicial arguments, but should also intercede more intensely, even in a context of disagreements, when there is some vice in the deliberation. It either because the democratic procedure was not observed, or because the interlocutors did not act with the proper mutual respect. However, with real moral disagreement behind it, with the construction of the political decision through an effective deliberation based on mutual respect and arguments of public reason, the position of the courts should be economic and moderate.

Keywords: Reasonable Moral Disagreement; Political Pluralism; Deliberative Democracy; Judicial Review.

1. INTRODUÇÃO

Em uma sociedade pluralista e democrática, necessariamente existirão grupos diversificados, doutrinas abrangentes, multiculturas ou ideologias particulares que não irão contar com uma completa convergência. Pelo contrário, serão eles palco de constantes conflitos e desavenças, que, por sua vez, não serão contingentes, mas representarão uma circunstância permanente da cultura democrática¹. E a discordância poderá ser bastante ampla, incidindo não só sobre o modo como devemos levar nossas próprias vidas e como devemos perseguir o bem viver (*desacordo ético*), mas também sobre questões de moralidade política, ou seja, sobre como devemos tratar uns aos outros em comunidade (*desacordo moral*), sobre como as instituições políticas devem ser estruturadas (*desacordo estrutural ou institucional*)² ou mesmo sobre como solucionar outros desacordos

¹ RAWLS, John. Political liberalism. New York: Columbia University Press, 1993, p. 36 (afirmando que “the diversity of reasonable comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines found in modern democratic societies is not a mere historical condition that may soon pass away; it is a permanent feature of the public culture of democracy”).

² Alguns autores discutem se a reflexão institucional é também uma análise moral. Segundo Ronald Dworkin, as questões normativas sobre alocação institucional são também questões morais. Nas palavras do autor, tais questões “são julgamentos morais sobre como os poderes do governo devem ser distribuídos e exercidos, e quando, se for o caso, tais poderes devem ser limitados por respeito a direitos morais individuais” (DWORKIN, Ronald. Darwin's new bulldog. Harvard Law Review, vol. 111, n. 7, p. 1718-1738, 1998, p. 1730). Em sentido contrário, Richard Posner afirma que admitir um uso muito amplo da “moral” no processo político ou judicial, colocando todas estas questões institucionais no domínio do raciocínio moral, estar-se-ia contrabandeando,

(*desacordo procedimental* ou *de segundo grau*). Como colocou Jeremy Waldron, os desacordos políticos veem em todas as formas e tamanhos³.

Para nossa sorte, o viver em conjunto não necessita que haja a concordância em todos os pontos e em todos os casos. Pessoas racionais e responsáveis para com o bem e com o justo podem ter concepções diversas a respeito de como os valores morais se interagem e são aplicados e, mesmo assim, conviverem de forma pacífica e harmoniosa. Isso ocorre porque o viver em conjunto necessita que compartilhem um núcleo moral mínimo, mas não exige que concordemos sobre todas as questões políticas e morais. Mesmo pessoas integrantes de diferentes grupos, classes ou ideologias podem concordar a respeito da existência de determinados valores básicos, instrumentais ou substantivos, que fundamentam uma decisão política, mesmo sem concordar a respeito da correção completa do resultado. Por exemplo, pessoas diferentes podem concordar com a fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, mas divergirem a respeito de qual desses valores deve predominar em questões relativas ao aborto, à eutanásia ou às ações afirmativas. Algumas discordâncias, que são inerentes à condição humana, ocorrem, assim, por conta de nossos entendimentos morais pessoais. Não se trata propriamente de um defeito que deva ser remediado como apontam alguns. Afinal, não podemos buscar um remédio para aquilo que não tem cura.

Mesmo em um oceano de divergências, haverá uma parcela da moralidade política em que os membros da sociedade deverão encontrar um núcleo comum de convergência e consenso⁴. Por esta razão é que diversos autores afirmam que tanto o acordo como o desacordo são peças da engrenagem democrática⁵,

de forma confusa, a análise de uma teoria moral sobre a correção de um governo (POSNER, Richard. The problematics of moral and legal theory. Harvard Law Review, vol. 111, n. 7, p. 1637-1717, 1998, p. 1698).

³ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. New York and Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 149.

⁴ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconciling the relationship between law and politics. California Law Review, vol. 98, p. 1319-1350, 2010, p. 1338.

⁵ Alguns autores entendem que o dissenso é um elemento importante do sistema democrático, sendo que tal circunstância seria um ponto que demonstraria o equívoco da democracia deliberativa. Assim, esta doutrina distingue a democracia agonística, que não concorda com consensos no pluralismo político, da democracia deliberativa, cujo principal objetivo seria o estabelecimento de consensos através de argumentos e do debate público. Segundo Chantal Mouffe, defensora do primeiro modelo, uma democracia necessariamente exige um choque vibrante de posições políticas, sendo que a ausência desse conflito geraria a perigosa possibilidade de o confronto democrático ser substituído por um confronto de identidades coletivas, o que poderia desaguar para um fundamentalismo étnico e religioso (MOUFFE, Chantal. The democratic paradox. London and New York: Verso, 2000, p. 98-105). A posição de Mouffe é inegavelmente inspiradora. No entanto, acreditamos que as divergências e os desacordos podem perfeitamente conviver com um conceito de democracia deliberativa, não para chegarmos a acordos absolutos, mas pelo menos para tirar proveito de nossas diferenças e construir

sendo essencial, para a combinação harmoniosa das duas peças, a existência de alguma forma profunda de “agir em conjunto”⁶ ou de “associação política”⁷ que possa produzir uma “concertada, cooperativa, coordenada ação coletiva”⁸. A democracia, inegavelmente, reflete um ninho de paradoxos⁹.

No contexto da moralidade política, algumas das divergências são apontadas pela doutrina como desacordos razoáveis. Diz-se, assim, que existem divergências morais na comunidade que estariam cobertas pelo manto da razoabilidade. A questão do aborto, por exemplo, seria um caso evidente de desacordo moral razoável, onde estariam inseridas divergências de difícil solução prática, tais como o início da vida, a delimitação do valor liberdade, os casos de prevalência da autonomia da mulher em relação à vida do feto, a proporcionalidade de sua criminalização, a existência do dever do Estado em prestar um serviço médico de interrupção da gravidez em determinadas circunstâncias etc. Nossos olhos serão voltados para esse tipo de desacordo. As indagações que serão feitas sobre os desacordos morais razoáveis estão relacionadas com a sua delimitação e com a possibilidade de os juízes atuarem nessa seara.

No próximo tópico **(i)**, a pretensão será determinar a ideia de desacordo moral razoável, estabelecendo contornos mais precisos sobre a questão. No tópico seguinte **(ii)**, serão analisadas as teorias a respeito da caracterização da razoabilidade. Aqui, apesar de se defender de forma singela que o desacordo moral razoável é aquela divergência profunda e persistente em um ambiente deliberativo, serão apontadas três orientações sobre a razoabilidade que buscarão na pessoa razoável, nos argumentos razoáveis ou nas razões públicas a base para sua configuração. No quarto tópico, **(iii)** será a oportunidade de esclarecermos o significado da democracia deliberativa, apontando as condições sociais e

um significativo respeito para o viver em conjunto. Como bem colocou Rodrigo Brandão, “a democracia deliberativa não tem a pretensão de transformar o desacordo em acordo, mas tem a vantagem de, ao menos, buscar que os participantes considerem seriamente a perspectiva do outro” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 214).

⁶ RANCIÈRE, Jacques. *On the shores of politics*. Trans. Liz Heron. London and New York: Verso, 1995, p. 49 (afirmando que a democracia “is the community of sharing, in both senses of the term: a membership in a single word which can only be expressed in adversarial terms, and a coming together which can only occur in conflict”).

⁷ MOUFFE, Chantal. *On the political*. London and New York: Routledge, 2005, p. 52 (afirmando que a questão fundamental para a teoria democrática “is to envisage how the antagonistic dimension - which is constitutive of the political - can be given a form of expression that will not destroy the political association”).

⁸ WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 156.

⁹ POST, Robert. *Theorizing disagreement*. Op. cit., p. 1339.

procedimentais para que ocorra um produtivo e amplo debate de ideias em um contexto de pluralismo democrático. Por fim **(iv)**, no último tópico, será a vez de se indagar o papel das cortes neste arranjo deliberativo. Partindo-se do pressuposto de que deliberação é um importante elemento da democracia e de que o desacordo razoável somente estará caracterizado após um amplo debate com o uso de razões públicas, será defendida a tese de que os juízes não só devem utilizar a razão pública em seus argumentos judiciais, tal como defendeu John Rawls e outros autores, como também devem agir ativamente a favor da democracia. Isso significa dizer que o Judiciário poderá intervir de forma mais intensa quando houver algum vício na deliberação, mas, em havendo por detrás um real desacordo razoável, a postura das cortes deve ser econômica e moderada.

2. O QUE É O DESACORDO MORAL RAZOÁVEL?

Em algumas situações da moralidade política¹⁰, as divergências entre os membros da comunidade serão mais **(i) profundas**, já que afetarão a essência da concepção de justiça que a comunidade possui, e serão mais **(ii) persistentes**, já que não serão resolvidas sequer através de um debate mais duradouro e engajado¹¹. A esse tipo de desacordo profundo e persistente denominamos de *desacordo moral razoável* ou, como preferem alguns, *desacordo deliberativo*¹². As circunstâncias que geram os desacordos razoáveis são várias. John Rawls, talvez o maior estudioso sobre o tema, enumerou algumas dessas circunstâncias:

¹⁰ A ideia neste trabalho é trabalhar exclusivamente com os conflitos a respeito da moralidade política, isto é, conflitos a respeito do que deve ser considerado justo em uma sociedade política. Partimos da premissa de que a função do Estado e do Direito, no âmbito do domínio público, não é tornar as pessoas integralmente boas ou virtuosas, mas apenas manter a paz e a justiça nas relações entre os cidadãos. Assim, não serão analisadas (pelo menos não diretamente) as divergências éticas a respeito da vida boa ou da busca da felicidade e da virtude. Tais debates, ainda que importantes para o campo da Ética, não serão objeto de investigação. Os olhos serão voltados para o campo da moralidade política, ou seja, como a coletividade, representada pelo Estado e suas instituições políticas, deve tratar seus membros. Vale dizer que a distinção feita entre ética e moralidade é normalmente encontrada na doutrina estrangeira (cf. WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 174-196. No mesmo sentido, v. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 37; GAUS, Gerald. *The order of public reason: a theory of freedom and morality in a diverse and bounded world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 02 e ss). Todavia, na doutrina brasileira, muitas vezes, não é feita a mesma distinção, sendo comum atribuir à moralidade a denominação de Ética Substantiva.

¹¹ MCMAHON, Christopher. *Reasonable disagreement: a theory of political morality*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2009, p. 2 (afirmando que “when disagreement is reasonable, it will persist no matter how open discussion is or how long it continues”).

¹² GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement: why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 73-79.

evidências científicas e empíricas conflitantes e complexas; desacordo sobre o peso a ser atribuído a fatores relevantes; imprecisão dos conceitos morais; influência das experiências de vida na avaliação de evidências e no sopesamento de valores; dificuldade de sopesar diferentes tipos de preceitos normativos que incidem sobre uma questão; o problema de determinar qual de uma gama de valores morais e políticos é mais relevante em determinado caso e, conseqüentemente, quais valores devem ceder¹³. Em verdade, os casos ou as circunstâncias que podem levar a um desacordo razoável não são objeto de grandes debates na doutrina¹⁴. O grande problema surge quando se tenta explicar o que seria a *razoabilidade* do desacordo moral. Será que também haveria um desacordo razoável sobre o que seria a razoabilidade do desacordo moral razoável? É provável que a resposta seja afirmativa.

O primeiro elemento do desacordo moral razoável, a *profundidade*, refere-se ao seu conteúdo, ao objeto da divergência na comunidade. Ao dizer que o desacordo moral razoável é aquele desacordo sobre questões profundas da moralidade política, estamos, a *contrario sensu*, afirmando que não será toda e qualquer forma de divergência moral ou política que será denominada de desacordo moral razoável. Não há a preocupação, por exemplo, a respeito da discussão sobre o horário de atendimento às partes no fórum¹⁵. O objeto de nosso estudo recai, tão somente, sobre os desacordos mais profundos, ou seja, sobre os desacordos a respeito dos valores básicos que formam a concepção de justiça da comunidade. No desacordo moral profundo, os indivíduos formulam respostas divergentes para indagações a respeito dos valores morais mais importantes, sobretudo quanto a interação com outros valores igualmente relevantes. Quais são os valores mais importantes? Qual valor deve prevalecer em um conflito entre valores? Qual deve ser a postura do Estado a respeito da proteção dos mais importantes valores morais da comunidade? Estas são apenas algumas indagações em que pessoas preocupadas em fazer o bem e em pautar seus atos por valores morais poderão divergir, não chegando a um consenso a respeito da resposta moralmente correta.

¹³ RAWLS, John. Political liberalism. Op. cit., p. 56-57.

¹⁴ Apesar disso, merece ser dito que Samantha Besson, de forma mais sistemática que Rawls, estabeleceu três causas de desacordo que, de maneira geral, englobam aquelas já apresentadas pelo autor: (i) causa semântica, referente aos termos linguísticos do conceito; (ii) causa conceptual, referente à delimitação do conteúdo do conceito; (iii) normativa, referente à aplicação e valoração dos conceitos (BESSON, Samantha. The morality of conflict: reasonable disagreement and the law. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005, p. 47 e ss).

¹⁵ BESSON, Samantha. The morality of conflict. Op. cit., p. 21 (afirmando que “not all important social and political differences involve differences of values and conceptions of those values”).

O segundo elemento do desacordo moral razoável, a *persistência*, refere-se ao modo ou procedimento em que o desacordo é desenvolvido. A ideia é muito simples: o desacordo moral razoável é aquela divergência que, mesmo após grandes deliberações, não será encerrada de maneira rápida e fácil. A deliberação e a manutenção do desacordo, portanto, são as principais circunstâncias que acreditamos fazer com que o desacordo se caracterize como razoável e, até por isso, poderíamos chamá-lo de *desacordo deliberativo*, tal como fizeram Amy Gutmann e Dennis Thompson¹⁶. Na filosofia política contemporânea que se pauta, sobretudo, pelo diálogo e pela deliberação¹⁷, esta visão é que se sustenta melhor, seja por conta de sua simplicidade, seja por repousar em terreno mais sólido do que as teorias construtivistas defensoras de uma racionalidade ideal e contrafática. Não se pode ignorar, contudo, que, até por conta da ligação do desacordo com a *razoabilidade*, conceito extremamente vago e de difícil definição teórica, a determinação do que seja o desacordo razoável pode não ser tão simples quanto pretendemos, mesmo em se adotando uma postura deliberativa. No próximo tópico, iremos analisar três ideias que podem ajudar a elucidar e a precisar esta razoabilidade.

3. A RAZOABILIDADE: PESSOAS RAZOÁVEIS, ARGUMENTOS RAZOÁVEIS E RAZÕES PÚBLICAS

A razoabilidade é conceito bastante indefinido que, de uma forma ampla, está inserido em uma proposta abstrata de racionalidade, justiça e moderação. No caso do desacordo moral razoável, a razoabilidade é um elemento essencial, o que, considerando a abertura do conceito, desperta dúvidas sobre o que realmente seria esse tipo de desacordo. Três visões bastante próximas, mais

¹⁶ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Democracy and disagreement. Op. cit., p. 73-79.

¹⁷ O atual debate sobre a democracia na filosofia política se divide basicamente em duas teorias. A primeira é a teoria da democracia concorrencial cuja ideia central é a competição dos atores políticos por votos e pelo domínio do poder político (SCHUMPETER, Joseph Alois. Capitalism, socialism and democracy. 2ª ed. Floyd: Sublime Books, 2014). A segunda é a teoria da democracia deliberativa que defende que a ampla deliberação entre os participantes da política aperfeiçoa a qualidade da decisão coletiva. Com bem pontuaram John Dryzek e Christian List, a deliberação envolve o amplo debate e discussão de diversos pontos de vista em um contexto em que os indivíduos são capazes de examinar e alterar suas preferências, bem como a dos outros participantes à luz da persuasão, mas não manipulação, decepção ou coerção (DRYZEK, John; LIST, Christian. Social choice theory and deliberative democracy. British Journal of Political Science, vol. 33, n. 1, p. 1-28, 2003, p. 1). Apesar de a primeira teoria talvez apresentar a melhor análise do funcionamento democrático do ponto de vista descritivo de uma forma geral, a teoria deliberativa possui inegável preferência na doutrina por seu apelo prescritivo e pela possibilidade de uma maior harmonia social.

conceptualmente diversas, podem ser apontadas como caracterizadoras e delimitadoras da razoabilidade do desacordo objeto deste estudo. Todas elas possuem um núcleo comum que se refere à necessidade de a divergência ocorrer em um contexto deliberativo de livre exposição de ideias e argumentos, local onde o desacordo irá surgir e permanecer.

Em primeiro lugar, grande parte da doutrina afirma que o desacordo razoável seria aquela divergência persistente em um debate entre indivíduos que ostentam um determinado perfil, o de *pessoa razoável*. Geralmente, define-se pessoa razoável **(i)** como aquela que pensa e age de boa-fé, conforme padrões racionais de conduta ou **(ii)** como aquela que está pronta para propor e aceitar princípios em termos justos de cooperação, utilizando-se sempre de argumentos que sejam aceitos como válidos pelos outros membros da sociedade¹⁸. Em outras palavras, segundo os autores que defendem este conceito, as divergências profundas da moralidade são razoáveis se forem expostas e aceitas por pessoas que utilizam, em um debate público, argumentos racionais, amplamente acessíveis às outras pessoas razoáveis que estão igualmente dispostas a cooperar.

O conceito de desacordo razoável visto através da ótica da pessoa razoável não é, entretanto, aceito sem maiores problemas. Segundo os críticos, a tese cria uma misteriosa figura ao colocar diversos elementos abstratos sobre pessoas de carne e osso, criando, assim, uma idealização de difícil aferição prática. E não se pode negar que a figura da pessoa razoável se mostra demasiadamente racional e neutra. A tese ignora que os membros da comunidade são pessoas que pautam suas decisões e escolhas morais não só por critérios racionais ou altruístas, mas também por critérios egoísticos, utilitaristas, intuitivos e emocionais. Não se pode negar que, mesmo as pessoas que perseguem um ideal de justiça e pautam suas condutas por preceitos morais compartilhados, em algum momento de suas vidas, podem não adotar uma postura altruísta e inteiramente racional. Lembremos que os membros da sociedade são pessoas comuns que se preocupam com o outro, mas também consigo mesmo e com seus interesses pessoais. Assim, a ideia de pessoa razoável pode deixar de fora uma parcela considerável de pessoas que não guia seus pensamentos unicamente pela racionalidade ou pela solidariedade, como por exemplo aquelas que leem seus horóscopos nos jornais todos os dias, aquelas que acreditam que seu time de

¹⁸ RAWLS, John. *Political liberalism*. Op. cit., p. 54; MACEDO, Stephen. *Liberal virtues: citizenship, virtue, and community in liberal constitutionalism*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 46.

futebol é o melhor do mundo ou aquelas que não aceitam pagar mais impostos em prol da coletividade¹⁹.

Em segundo lugar, outros autores deslocam a discussão do sujeito para suas crenças e seus atos, dando contorno um pouco mais objetivo ao conceito. Segundo esses autores, o desacordo razoável seria aquela divergência persistente no debate público a respeito dos argumentos ou das razões que as pessoas utilizam ou defendem²⁰. O ponto deita raízes no contratualismo de Thomas Scanlon, para quem a construção do moralmente certo ou errado em uma sociedade seria pautada por princípios que os outros não poderiam *razoavelmente rejeitar*²¹. Assim, o desacordo moral razoável seria aquela divergência entre pontos de vista não claramente corretos ou não claramente errados, mas entre pontos de vista que poderiam ser considerados aceitáveis e que não poderiam ser razoavelmente rejeitados pelos concidadãos.

Como já se pode perceber, nenhuma das duas definições apontadas transita pelo terreno da segurança e da determinação. Não são satisfatórias para delimitar ou identificar o verdadeiro desacordo razoável, uma vez que apenas deslocam a indefinição da razoabilidade para os sujeitos ou para seus atos, criando uma prejudicial circularidade conceitual²². Em última análise, apesar do esforço teórico, os dois conceitos de desacordo razoável possuem proximidades evidentes, sendo comum os autores defenderem os dois conjuntamente. Isso acontece porque os dois conceitos possuem uma notória circularidade entre si. O que é o desacordo moral razoável? É o desacordo entre pessoas razoáveis ou entre argumentos razoáveis. O que são pessoas razoáveis? São aquelas que possuem crenças razoáveis ou utilizam argumentos razoáveis. O que são argumentos razoáveis? São aqueles formulados por pessoas razoáveis ou que não podem ser rejeitados de forma razoável.

Em terceiro lugar, alguns autores tentam dar delimitação mais concreta e um pouco mais sofisticada para as razões ou os argumentos que poderiam

¹⁹ WERTHEIMER, Alan. Internal disagreements: deliberation and abortion. In: MACEDO, Stephen (ed.). *Deliberative politics: Essays on democracy and disagreement*. New York: Oxford University Press, p. 170-183, 1999, p. 172; WENAR, Leif. Political liberalism: an internal critique. *Ethics*, vol. 106, n. 1, p. 32-62, 1995, p. 43 (afirmando que a pessoa razoável, principalmente aquela idealizada por Rawls, exclui muitos que poderiam de alguma forma ingressar no “consenso liberal”).

²⁰ RAZ, Joseph. Disagreement in politics. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, p. 25-52, 1998, p. 34 (afirmando que a razoabilidade no pluralismo liberal não deve recair sobre as pessoas, mas sobre suas crenças).

²¹ SCANLON, Thomas. *What do we owe each other?* Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 191.

²² BESSON, Samantha. *The morality of conflict*. Op. cit., p. 92.

desencadear o desacordo razoável. Para esses autores, este desacordo estaria relacionado com aquela divergência que persiste mesmo entre aqueles que se utilizam de uma argumentação pautada em um tipo específico de razões morais: as *razões públicas*. De uma forma geral, razões públicas, segundo os autores, são aquelas razões que são oferecidas, no debate público, como uma base apropriada de cooperação justa, apoiada por argumentos e formas de raciocínio que estão amplamente disponíveis aos membros da comunidade e poderiam ser racionalmente aceitas por todos (ou pelo menos por grande parte dos cidadãos) como válidos ou corretos. A ideia possui origem nos trabalhos de Thomas Hobbes, Immanuel Kant e Jean-Jacques Rousseau, mas foi melhor desenvolvida pela filosofia política contemporânea, sendo que duas teorias merecem uma atenção especial por conta da relevância: as teorias do norte-americano John Rawls e do alemão Jürgen Habermas.

Segundo John Rawls, a razão pública resulta em um dever moral de civilidade de todos os cidadãos para explicarem uns aos outros seus pontos de vista, sendo a forma de raciocínio apropriada para a imposição de normas gerais através do poder coercitivo do Estado²³. Rawls afirma, ainda, que razão pública seria pública em três sentidos: **(i)** é uma razão de cidadãos, ou seja, razão do público; **(ii)** seu objeto é o bem público e as questões fundamentais de justiça; **(iii)** sua natureza e conteúdo são públicos, porque são fundamentados numa concepção política de justiça e não meramente em doutrinas abrangentes²⁴. Além disso, apesar de Rawls depositar grande importância na razão pública para o estabelecimento de consensos profundos no debate político (os denominados “*consensos sobrepostos*”), para ele a razão pública não seria aplicável em todas as questões constitucionais ou políticas de uma sociedade, nem seria utilizada por todas as pessoas da comunidade. Primeiro, segundo Rawls, o *conteúdo* da razão pública se limitaria aos *fundamentos constitucionais* (“*constitutional essentials*”) e *questões de justiça básica* (“*basic issues of justice*”) de uma sociedade democrática²⁵. Segundo,

²³ RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001, p. 91 (afirmando que “[c]itizens must be able, then, to present to one another publicly acceptable reasons for their political views in cases raising fundamental political questions. [...] If free and equal persons are to cooperate politically on a basis of mutual respect, we must justify our use of our corporate and coercive political power, where those essential matters are at stake, in the light of public reason”).

²⁴ RAWLS, John. *Political liberalism*. Op. cit., p. 213.

²⁵ Idem. *The idea of public reason*. In: BOHMAN, James; REHG, Willian (ed.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge and London: The MIT Press, 1997, p. 94 (afirmando que “[t]he first point is that the limits imposed by public reason do not apply to all political questions but only to those involving what we may call ‘constitutional essentials’ and questions of basic justice”). Apesar de limitar o conteúdo da razão pública, não fica muito claro na doutrina de Rawls quais seriam os limites dos fundamentos constitucionais e das questões de justiça básica. Uma visão ampliada poderia chegar à conclusão de que

a utilização da razão pública não poderia ser aplicada por todos os grupos da sociedade, não sendo aplicada pelas doutrinas abrangentes (“*comprehensive doctrines*”) que trabalhariam com argumentos não razoáveis²⁶. Tais restrições, todavia, têm sido criticadas por diversos autores por limitar demasiadamente a aplicação da razão pública no debate público, retirando o proveito que ela poderia proporcionar para o pluralismo político e para a democracia deliberativa²⁷.

Apesar de a razão pública, segundo Rawls, ser o padrão a ser seguido no debate público entre os cidadãos, ela imporia maiores deveres aos funcionários públicos, principalmente aos juizes, já que estes trabalhariam em seu principal *locus*: “o fórum político público”. Para Rawls, o Judiciário teria uma atuação destacada na aplicação da razão pública, sendo que sua conclusão final se baseia em um teste bastante curioso: para verificar se estamos seguindo a razão pública, deveríamos perguntar como veríamos nosso argumento se fosse apresentado na forma de uma opinião da Suprema Corte²⁸. Como se pode perceber, Rawls guardava uma grande admiração pelo Judiciário, o que o fez defender uma participação judicial mais intensa na vida política da comunidade, afirmando que seria função dos juizes impedir a corrosão do Direito pela legislação de maiorias transitórias ou por interesses particulares mais bem organizados e qualificados que não estivessem dispostos a utilizar a razão pública²⁹. O entendimento de Rawls, apesar de um pouco romântico, deve ser levado em consideração em um aspecto que será retomado mais à frente: as cortes devem intervir para impelir um debate pautado por razões públicas sempre que as instituições políticas não estiverem dispostas a agir com reciprocidade ou respeito mútuo, ingredientes essenciais para a democracia.

qualquer interpretação ou aplicação de normas direta ou indiretamente a respeito dessas questões deveriam ser feitas com base na razão pública. Nesse sentido, considerando a abstração dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, a utilização da razão pública poderia ser bastante ampla. Contudo, como bem apontou Kent Greenawalt, a ideia de Rawls aparentemente não era ampliar esta aplicação da razão pública a ponto de levá-la para a política ordinária (GREENAWALT, Kent. On public reason. Chicago-Kent Law Review, Symposium on John Rawl’s Political Liberalism, vol. 69, p. 669-689, 1995).

²⁶ Em suas últimas obras, Rawls, adotando o que ele denominou de “visão ampla da cultura política pública”, aceitou que as doutrinas abrangentes razoáveis pudessem ser inseridas na discussão política pública, mas em termos bem restritos: desde que, em algum momento, fossem apresentadas razões políticas adequadas e suficientes para sustentar o que foi defendido por elas (RAWLS, John. The idea of public reason revisited. The University of Chicago Law Review, vol. 64, n. 3, p. 765-807, 1997, p. 783-784).

²⁷ BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: Equality and diversity in the global era*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 108-112; GAUS, Gerald. *The order of public reason*. Op. cit., p. 36-46; HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls’s Political Liberalism. *The Journal of Philosophy*, vol. 92, n. 3, p. 109-131, 1995, p. 126-131.

²⁸ RAWLS, John. *Political liberalism*. Op. cit., p. 254.

²⁹ Idem. *The idea of public reason*. Op. cit., p. 109.

A segunda teoria sobre a razão pública é a teoria discursiva de Jürgen Habermas que, apesar de ser geralmente contraposta à teoria de Rawls, possui grande proximidade com ela. A proximidade decorre, segundo Thomas McCarthy, do fato de ambos os autores terem como ponto de partida a filosofia de Kant, sendo que, apesar de terem percorrido caminhos diversos, mantiveram-se próximos até mesmo nas discordâncias³⁰. Não obstante, pode-se apontar três pontos de desarmonia mais evidentes que, inclusive, vão ser determinantes para entendermos a proposta do autor alemão a respeito do tema.

O primeiro ponto de divergência é quanto ao *objetivo da razão pública*³¹. No modelo do pluralismo razoável de Rawls, o objetivo da razão pública é a justificação da escolha final e coercitiva do poder político a respeito de determinado tema divergente, bem como o meio pelo qual haveriam de ser alcançados os consensos mais importantes da comunidade (os consensos sobrepostos). Por outro lado, no modelo deliberativo-discursivo de Habermas³², o objetivo da razão pública é ainda mais pretensioso, já que almeja que a razão pública seja sempre a forma utilizada para a escolha consensual da norma (não coercitiva e não final) sobre determinada questão no processo de formação das decisões coletivas. Em outras palavras, através de sua teoria comunicativa, Habermas entende que a razão pública poderia ser o canal que levaria os indivíduos ao mútuo consenso em toda e qualquer questão (não só nos consensos sobrepostos), sem que houvesse uma imposição coercitiva por qualquer um dos interlocutores e havendo sempre a possibilidade de uma revisão deliberativa deste consenso provisório no futuro.

³⁰ MCCARTHY, Thomas. Kantian constructivism and reconstructivism: Rawls and Habermas in dialogue. *Ethics*, vol. 105, n. 1, p. 44-63, 1994, p. 44. O periódico "Journal of Philosophy" propôs, em 1995, um debate entre Jürgen Habermas e John Rawls. Dessa proposta surgiu o artigo de Habermas "Reconciliation through the public use of reason remarks on John Rawls's Political Liberalism" em que apresentou suas principais críticas à teoria de Rawls. Na mesma edição do periódico foi publicado o artigo de Rawls "Political Liberalism: reply to Habermas" que rebatia as críticas formuladas por Habermas. Apesar do debate, importante frisar que a proximidade dos dois autores é notável, a ponto do próprio Habermas afirmar que o debate entre eles era uma "disputa familiar" (HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason. *Op. cit.*, p. 110). Em sentido contrário v. GENCOGLU-ONBASI, Funda. Democracy, pluralism and the idea of public reason: Rawls and Habermas in comparative perspective. *CEU Political Science Journal*, vol. 6, n. 3, p. 433-457, 2011, p. 435 (afirmando que as diferenças são várias, sendo que o "uso da razão pública é conceituado radicalmente diferente por Rawls e Habermas").

³¹ BENHABIB, Seyla. *The claims of culture. Op. cit.*, p. 109.

³² A teoria habermasiana se inicia com o desenvolvimento do conceito de razão comunicativa, que desloca a racionalidade intrínseca das coisas para a racionalidade da estruturação da comunicação linguística interpessoal (HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. Trad. Thomas MacCarthy. Boston: Beacon Press, 1984). No campo da democracia política, então, Habermas afirma que a legitimidade de um princípio ou de uma lei dependerá de uma ação comunicativa entre os participantes da sociedade que buscam, através do debate, o mútuo entendimento (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996).

O segundo ponto de divergência ocorre quanto aos *indivíduos que utilizam a razão pública*. A teoria de Rawls, aproximando a figura da pessoa razoável com a razão pública, propôs a utilização desta última unicamente por aquelas pessoas que não levariam para o debate político as ideologias de suas doutrinas abrangentes ou seus interesses e desejos particulares. Como bem apontaram os críticos *comunitaristas*³³, a teoria de Rawls, seja a da *posição original* e seu *véu de ignorância* defendida em “*Uma teoria de justiça*” ou mesmo a da *pessoa razoável* defendida em “*Liberalismo político*”, estabeleceu um foco voltado para um indivíduo abstrato e desenraizado que teria uma amnesia quanto à sua posição comunitária por conta de um véu ou, então, um ser absolutamente racional detentor de uma argumentação altruísta e neutra³⁴.

Seguindo uma linha diversa do liberalismo, Habermas não limitou os participantes do uso da razão pública tal como Rawls. Pelo contrário, para Habermas a participação livre e igualitária de todos os cidadãos no processo de formação da vontade coletiva seria pressuposto da democracia deliberativa. Apesar de ser um autor liberal, Habermas era contra a neutralidade proposta por Rawls e por outros liberais. Cortando seu vínculo com o liberalismo kantiano, Habermas afirmou que seria através de um procedimento deliberativo que se asseguraria a verdadeira autonomia dos cidadãos, uma vez que os indivíduos somente poderiam ser considerados seres autônomos se pudessem se ver como efetivos autores das leis que iriam direcionar suas vidas³⁵. Nesse contexto, qualquer questão poderia ser levada à discussão pública, devendo ser submetida aos contra-argumentos dos outros concidadãos dentro de um procedimento discursivo e intersubjetivo. Com a teoria discursiva de Habermas, portanto, não poderia haver, *a priori*, a exclusão, na deliberação pública, de nenhum argumento, interesse, interpretação, desejos ou visão de mundo³⁶.

³³ Sobre o debate liberalismo v. comunitarismo, v. GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós, 1999; KYMLICKA, Will. *Contemporary political philosophy: an introduction*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

³⁴ Rawls afirmava que, no contexto do pluralismo liberal, a neutralidade não deveria fazer somente parte do Estado e de seus agentes, mas também do debate público entre os cidadãos. A neutralidade na esfera pública foi defendida não só por Rawls, mas por diversos autores liberais ao longo da história da filosofia política. Para Immanuel Kant, por exemplo, deveríamos abstrair nossos interesses e objetivos contingentes para se chegar a lei moral (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986). Já para o libertário Robert Nozick, o Estado deveria ser escrupulosamente neutro em relação aos seus cidadãos (NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and utopia*. New York: Basic Books, 1974, p. 33).

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Reconciliation through the public use of reason*. Op. cit., p. 126 e ss.

³⁶ Em relação às doutrinas religiosas, inclusive, Habermas afirmou que o Estado liberal possuiria interesse na liberação de vozes religiosas no âmbito da esfera pública política, bem como na participação política de organizações religiosas, já que elas poderiam conter recursos importantes para a construção do sentido da

Por fim, um terceiro ponto de diferença das teorias é quanto ao *conteúdo da razão pública*. Com já foi apontado, Rawls entendia que o conteúdo da razão pública se limitaria aos *fundamentos constitucionais* e às *questões de justiça básica*, o que não é compartilhado por Habermas, que defendeu uma razão pública aplicável a toda e qualquer questão política. Essa discrepância de entendimentos pode ser justificada pela visão que cada um dos autores teve a respeito de quem poderia se utilizar da razão pública. Como Rawls entendia que os sujeitos das razões públicas seriam restritos, faria sentido também limitar o conteúdo e o objetivo da razão pública para que o debate público de políticas ordinárias não ficasse altamente reservado, fazendo com que a democracia real ficasse restringida e idealizada. Por outro lado, como Habermas entende que a razão pública não deve ser limitada apenas às pessoas razoáveis, sua aplicação poderia ser recomendada em qualquer circunstância onde houvesse a possibilidade de maior legitimidade e maiores consensos, sendo, assim, plenamente possível a aplicação da razão pública na política ordinária.

Analisando estas três diferenças marcantes entre as teorias de Rawls e Habermas, pode-se dizer que, apesar de Habermas ter um objetivo bastante pretensioso quanto à razão pública (acabar com os desacordos e fixar consensos), sua teoria possui uma enorme superioridade em relação à teoria de Rawls. Em primeiro lugar, não se mostra minimamente factível o empreendimento de ignorância ou de esquecimento no debate público de nossas circunstâncias, interesses, desejos, posição social e cultural tal como proposto por Rawls. Nas palavras precisas e poéticas de Ortega y Gasset, “eu sou eu e minha circunstância, e se não salvo a ela, não salvo a mim”³⁷. Se olharmos a história de todos os países democráticos, talvez tivéssemos dificuldade de apontar uma só sociedade em que os cidadãos eram parecidos com o indivíduo rawlsiano próximo da racionalidade e do altruísmo perfeitos. Não parece adequado que tenhamos que construir princípios gerais de justiça ou normas morais comunitárias sem que nossa individualidade e nossas circunstâncias sejam levadas em consideração em um contexto de pluralismo. O debate público é e deve ser feito com todos,

política e da democracia. É verdade que, para Habermas, o Estado não poderia adotar uma visão não secular e afastada da razão pública, contudo, a tradução dos argumentos religiosos não deveria partir daqueles que expressam os argumentos, mas seria uma tarefa cooperativa da qual participariam igualmente cidadãos religiosos e não religiosos. Assim, as pessoas entrariam no debate público utilizando argumentos de suas doutrinas abrangentes, mas com a consciência de que haverá, em um momento posterior, uma reserva de tradução institucional (HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 149-150).

³⁷ ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote*. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967, p. 52.

na exata forma como eles realmente são, e não como se estivessem com amnésia ou como se fossem Robinson Crusóé em uma ilha deserta.

Em segundo lugar, determinar o que pertence ao privado ou ao público, ou seja, o que pertence ao debate de doutrinas abrangentes ou o que pertence à política pública, não é uma tarefa fácil e, para o bem da democracia, não deve ser um encargo que deva recair sobre todos os cidadãos. Excluir determinado ponto de vista porque não é compartilhado por todos limita absurdamente o debate, impedindo que existam certas reflexões sobre condutas equivocadas, mas que são aceitas pela maioria. Imagine a situação em que *A*, *B* e *C* acreditam que a escravidão é justa porque determinadas pessoas poderiam ser objeto de apropriação por outras pessoas. *D* não tem conhecimento de teorias filosóficas ou morais, mas discorda da opinião da maioria, porque, para sua religião, Deus pregaria o amor e a igualdade. Impedir que *D* manifestasse suas razões, nesse caso, poderia instituir a manutenção de uma ideologia que, no futuro, poderia mostrar-se equivocada³⁸.

A ampla deliberação política com o uso de razões públicas incrementa a legitimidade e a probabilidade de correção da decisão coletiva. Com efeito, uma deliberação pautada em um esforço recíproco na utilização de razões públicas possui diversas vantagens que merecem ser enumeradas: **(i)** não só amplia a legitimidade de normas coercitivas³⁹; como também **(ii)** pode auxiliar na elaboração de *acordos provisórios*⁴⁰ sobre a aplicação prática de determinados valores aparentemente conflituosos; **(iii)** na diminuição dos pontos de divergência com a formulação de *acordos parciais*⁴¹; **(iv)** no reconhecimento

³⁸ TUSHNET, Mark. The limits of the involvement of religion in the body politic. In: WOOD JR, James; DAVIS, Derek (eds.). The role of religion in the making of public policy. Waco: Dawson Institute of Church-State Studies, p. 191-220, 1991.

³⁹ DRYZEK, John; LIST, Christian. Social choice theory and deliberative democracy. Op. cit. (afirmando que a mudança de um modelo de tomada de decisão puramente baseada no voto durante as eleições para um modelo de tomada de decisão com base nos aspectos informativos, argumentativos e reflexivos da deliberação abre significativas possibilidades para as decisões coletivas).

⁴⁰ A decisão acordada, na democracia deliberativa, é apenas temporária, já que haverá sempre a continuação do debate e novos argumentos podem surgir, assim como uma nova reflexão poderá ocorrer.

⁴¹ No campo do debate sobre questões morais, as pessoas podem concordar completamente sobre determinada questão. Esta situação não é, contudo, comum em uma sociedade pluralista. Em diversas oportunidades, será observada uma forma de consenso suave ou desacordo parcial. Primeiro, as pessoas podem não concordar com a aplicação de determinado valor ou com determinada ponderação entre valores conflitantes, mas podem concordar sobre a existência dos valores utilizados. Assim, a primeira forma de consenso suave ou desacordo parcial seria aquela em que as pessoas irão convergir a respeito de valores e princípios básicos de justiça existentes na comunidade, mas irão discordar a respeito de qual será predominante em algum dilema ou conflito moral. As pessoas podem concordar que a dignidade humana, a vida e a liberdade são importantes

de equívocos individuais e coletivos com o desenvolvimento de novos pontos de vista; além de (v) ampliar a possibilidade de participação de diversos grupos minoritários no debate público. No entanto, a ampla utilização da razão pública ou a mais duradoura deliberação não podem tornar todos os valores comunitários compatíveis entre si em todos os casos. Alguns desacordos morais serão, necessariamente, duradouros e persistentes. Como bem pontuaram Amy Gutmann e Dennis Thompson, mesmo aqueles indivíduos completamente altruístas que objetivam alcançar melhores e mais justos padrões morais para a coletividade não seriam capazes de harmonizar certos conflitos morais além de uma dúvida razoável⁴².

A compatibilidade de nossas convicções divergentes com o discurso público será através da busca de um *elo comum de concordância*, ainda que este elo seja em um grau elevado de abstração, como ocorre, por exemplo, com uma fundamentação pautada nos princípios mais abstratos e fundamentais de nossa moralidade. A estratégia especial para a produção de um ponto comum em meio a todo esse pluralismo de ideias será, tal como propôs Cass Sunstein, a elaboração de *acordos incompletamente teorizados* ou *acordos teóricos incompletos* com um baixo nível de fundamentação (concorda-se com o resultado sem se preocupar com os fundamentos) ou com uma fundamentação com um alto nível de abstração (concorda-se com o fundamento mais abstrato, apesar de não se concordar com o resultado final)⁴³. Seguindo, então, a razão pública, os cidadãos procuram pontos de convergência significativos entre seus próprios entendimentos e dos outros cidadãos, mas limitam seus argumentos para que haja uma diminuição de seus desentendimentos, ainda que continuem a discordar sobre questões importantes.

valores comunitários, mas discordar qual deles irá predominar na questão do aborto ou na questão da eutanásia, por exemplo. Segundo, as pessoas podem concordar com o resultado de uma decisão a respeito de alguma política pública, mas discordar sobre qual seria o valor que serviria de fundamento para essa decisão. Assim, a segunda forma de consenso suave ou de desacordo parcial está relacionada com a fundamentação básica da decisão política. Por exemplo, as pessoas poderiam concordar que a permissão do aborto no início da gravidez é a melhor decisão política, mas discordar a respeito da fundamentação desta decisão. Alguns poderiam dizer que não haveria vida antes de determinada semana da gravidez, outros poderiam dizer que a vida pode ser relativizada ou ponderada em determinados casos e um terceiro grupo ainda poderia dizer que a proibição ou a criminalização não é a melhor forma de proteção de um valor ou princípio relevante.

⁴² GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Why deliberative democracy? Op. cit., p. 10-12.

⁴³ SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements commentary. Harvard Law Review, vol. 108, p. 1733-1772, 1994; SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements in Constitutional Law. University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper, n. 147, 2007. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em 05 dez. 2017.

A postura a ser adotada por todos, no contexto deliberativo, deve ser uma postura respeitosa, para que não percamos o agir em conjunto e para que seja possível a harmônica acomodação das naturais divergências. Para que a democracia se mantenha em perfeito funcionamento, devem os integrantes do debate público se manter em posição de *respeito* em relação aos outros interlocutores. A retirada deste padrão de *respeito recíproco ou mútuo* faz com que a deliberação democrática fique prejudicada, uma vez que diminuem as chances de se alcançar consensos mínimos e harmonia social. Em níveis mais graves, o pluralismo sem o devido respeito entre os cidadãos irá aumentar a intensidade dos conflitos entre grupos com a erupção de incompreensões, estereótipos e ódio, fazendo, inclusive, com que a decisão política seja igualmente insatisfatória para todas as partes.

A proposta de racionalidade discursiva combinada com um padrão normativo de *respeito mútuo* ou *reciprocidade*, portanto, mostra-se importante para se estabelecer um conceito de desacordo razoável que possa ser aplicado no mundo real e em uma democracia que se pauta pelo livre debate de ideias e argumentos. A grande participação dos mais diversos grupos no processo político enriquece o discurso democrático. Contudo, essa participação não deve ocorrer de forma a tratar o outro como inimigo ou mesmo como um estranho⁴⁴.

⁴⁴ O respeito mútuo é algo mais profundo que uma “mera tolerância”, que está longe de ser um ideal normativo para o convívio entre indivíduos em um contexto de pluralismo político. Porém, não se trata de padrão inatingível ou quase inatingível como um profundo padrão de amor recíproco defendido por alguns (ARENDE, Hannah. *The human condition*. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958, p. 243, afirmando que “what love is in its own, narrowly circumscribed sphere, respect is in the larger domain of human affairs. Respect (...) is a kind of ‘friendship’ without intimacy and without closeness; it is a regard for the person from the distance which the space of the world puts between us”). É verdade que muitos autores afirmam que um sentimento mais profundo seria impossível de ser o referencial para o viver em conjunto por conta de sua pessoalidade e por suas exigências de intimidade, proximidade e admiração. No entanto, o respeito mútuo está longe de ser esse sentimento profundo, já que não exige nem encoraja o amor entre os cidadãos, apesar de ter a pretensão de consolidar uma igual consideração entre todos. Em última análise, o respeito entre os membros da sociedade expressa o reconhecimento do direito de todos os indivíduos poderem contribuir igualmente para a definição de nossa sociedade, ainda que existam desacordos de vários tipos (SCANLON, Thomas. *A dificuldade da tolerância*. Trad. Mauro Victoria Soares. *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 84, p. 3145, 2009, p. 34, afirmando que “todos os membros da sociedade têm direito igual a serem levados em consideração na definição do que seja nossa sociedade”; BOHMAN, James. *Deliberative toleration*. Op. cit., p. 765, afirmando que esse vínculo mútuo representa o reconhecimento de que todos os cidadãos são iguais membros da sociedade política, mesmo em um contexto de desacordos persistentes e de conflitos profundos). Por fim, deve ser ressaltado que, de forma bastante pioneira e (infelizmente) ainda pouco seguida, Martha Nussbaum afirma que o respeito, por si só, é insuficiente para o viver em conjunto, não possuindo capacidade de superar o que ela vê como a tendência da humanidade para a exploração. Assim, segundo a autora, devemos estabelecer vínculo mais poderoso com a dignidade humana, “cultivando sentimentos apropriados de simpatia e amor” (NUSSBAUM, Martha. *Political emotions: why love matters for justice*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2013).

A razão pública irá despertar o respeito mútuo e fomentar um compromisso recíproco entre os membros de uma comunidade, fazendo com que seja consolidada uma harmonia democrática. Ao mesmo tempo, e de forma um tanto quanto paradoxal, também é o respeito mútuo que impõe o uso da razão pública e permite a existência harmoniosa de desacordos morais entre os membros da comunidade. Um projeto normativo voltado para o respeito demanda, antes de tudo, que todos os membros dos mais diversos grupos comunitários busquem, no processo deliberativo, argumentos que os outros possam aceitar como minimamente plausíveis e, eventualmente, possam se convencer e compartilhar da mesma conclusão. Em termos psicológicos, quando os defensores de determinada doutrina articulam e defendem seus pontos de vista também para um universo mais amplo e não apenas para seus apoiadores, ao mesmo tempo que possibilitam um maior convencimento, também estarão mais propensos a aceitar o ponto de vista do outro. Além disso, o respeito mútuo torna mais provável a participação efetiva de todos os grupos e indivíduos, ajudando a corrigir eventual desequilíbrio político e social, já que permite que pessoas excluídas de alguma forma da vida política ou despojadas de direitos realizem novamente reivindicações no fórum público através de um discurso pautado em argumento compreensíveis⁴⁵. A razão pública, assim, passa a ser a causa e a consequência do respeito entre os cidadãos.

O respeito mútuo ou o compromisso recíproco não é algo que apareça em um passe de mágica, necessitando que os laços comunitários sejam fortalecidos rotineiramente e que um sentimento de confiança predomine na coletividade⁴⁶. Como os cidadãos podem ter confiança de que os outros irão retribuir seu compromisso de apoiar princípios e valores que se afastem de suas próprias concepções ideais de verdade, mas que sejam razoáveis para todos? Será que os membros da maioria também iriam empregar a razão pública, não havendo a necessidade de convencer o outro? Como o respeito mútuo e o compromisso recíproco podem se deslocar da teoria para a realidade? Mesmo aceitando que o respeito mútuo é a melhor forma de convívio coletivo e de que todos os cidadãos irão se beneficiar individualmente com esta escolha, a análise das teorias comportamentais estabelecerá uma dúvida elevada a respeito da possibilidade de um indivíduo realmente escolher cooperar com os outros participantes da

⁴⁵ HADFIELD, Gillian; MACEDO, Stephen. Rational reasonableness, *Op. cit.*, p. 15-20; KAVANAGH, Aileen. Participation and judicial review: a reply to Jeremy Waldron. *Law and Philosophy*, vol. 22, p. 451-486, 2003, p. 485.

⁴⁶ HADFIELD, Gillian; MACEDO, Stephen. Rational reasonableness. *Op. cit.*, p. 8.

sociedade, caso seu comportamento unilateral não fizer com que obtenha, de forma imediata, um resultado melhor. O que levaria um membro da maioria a utilizar a razão pública se o convencimento da minoria é desnecessário para a prevalência de seus interesses pessoais? Ou porque um indivíduo utilizaria a razão pública se não existem garantias de que todos os outros indivíduos também o farão?

Ao analisarmos o instigante “dilema do prisioneiro”⁴⁷ podemos chegar à conclusão de que dificilmente os indivíduos irão encontrar um equilíbrio de cooperação e aceitarão a razão pública como instrumento de deliberação se não houver alguma forma de controle da conduta alheia ou de estímulo externo que faça com que a confiança e a reciprocidade sejam desenvolvidas. Pelo contrário, diversos estudos empíricos apontaram para um *ponto de equilíbrio de não cooperação* em não havendo a inserção alguma forma de incentivo ou desestímulo aos participantes⁴⁸. Como será defendido um pouco mais à frente, a construção de um arranjo institucional em que seja cultivada essa reciprocidade com o fomento à utilização de razões públicas no discurso público, ainda que por estímulos externos, seria importante não só para a ampliação e melhoria do debate, mas, sobretudo, para uma harmonia social em um contexto de desacordo e pluralismo.

Em suma, somente após um efetivo processo deliberativo com a utilização de argumentos aceitáveis e respeitosos é que surge um desacordo deliberativo persistente e, conseqüentemente, fica caracterizado o verdadeiro desacordo razoável. *A contrario sensu*, havendo qualquer tipo de desacordo sem a utilização de uma argumentação pautada pelo respeito mútuo e sem a utilização de argumentos de razão pública, não haverá a caracterização perfeita de um

⁴⁷ O “dilema do prisioneiro” foi originalmente pensado por Merrill Flood e Melvin Dresher, mas foi Albert Tucker quem o estruturou e lhe conferiu este nome específico. A proposta varia um pouco de autor para autor, mas a ideia originária não foge muito aos seguintes termos. Imagine que dois suspeitos de uma associação criminosa são presos após a prática de diversos crimes. Cada preso está em isolamento sem meios de comunicação com o outro. Não existem provas robustas para a condenação dos dois pela prática de todos os crimes, mas existem provas suficientes para a condenação em uma parte menor. Os promotores esperam, assim, que ambos sejam sentenciados a 1 ano de prisão por uma acusação menor. Simultaneamente, os promotores oferecem a cada prisioneiro um acordo. Se colaborar com a justiça, confessando a prática de todos os crimes e testemunhando contra o outro suspeito, poderá o colaborador ter a pena fixada em 2 anos, enquanto o outro suspeito terá de cumprir 3 anos de prisão se ficar em silêncio. Se os dois fizerem o acordo, cada um pegará 2 anos de prisão. Por outro lado, se ambos ficarem em silêncio, a pena que irão pegar, cada um, será de 1 ano de prisão, apesar de a pena máxima ser de 3 anos. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber a decisão que o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. Como cada prisioneiro vai reagir? Confiança e cooperação fazem parte da estratégia e, por isso, cada vez mais autores vêm se preocupando em estudar este dilema em questões políticas e sociais.

⁴⁸ AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. New York: Basic Books, 1984.

desacordo razoável. A razão pública, então, pode ser considerada um elemento caracterizador do desacordo razoável e um instrumento essencial para o perfeito funcionamento da democracia. Considerando o fato de que existirão divergências profundas que persistirão, mesmo com uma deliberação respeitosa, a utilização de razões públicas, principalmente com a utilização de acordos incompletamente teorizados e de consensos sobrepostos, será um componente importante e até necessário para a legitimidade de qualquer decisão política⁴⁹.

4. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E AS CONDIÇÕES DEMOCRÁTICAS DE DELIBERAÇÃO

A ideia fundamental de um regime democrático é que a autorização para o exercício do poder estatal deve ser originada de decisões coletivas dos membros da sociedade que serão governados por este poder. Ao contrário de tradicionais *concepções agregativas da democracia* que propõem que as decisões políticas democráticas seriam a expressão perfeita da vontade da maioria, na filosofia política contemporânea, o entendimento bastante consolidado é no sentido de que, para o perfeito funcionamento do processo democrático, há a exigência de que as decisões políticas sejam tomadas em um ambiente de amplo debate de ideias para que os consensos sejam ampliados e os laços comunitários sejam fortalecidos⁵⁰. Assim, segundo os defensores da deliberação no processo

⁴⁹ Conforme propusemos aqui, a razão pública seria um elemento essencial do desacordo moral razoável, considerando que este último seria uma forma especial de divergência política a respeito de questões morais relevantes e persistentes, mesmo após uma deliberação com o uso público da razão pelos membros da comunidade. Nessa linha, a razão pública é, de forma paradoxal, um elemento de desagregação, por ser um elemento presente no desacordo moral razoável (a persistência combinada com o uso da razão pública qualificaria o desacordo), e de agregação, por ser um instrumento que permite o estabelecimento de consensos profundos na comunidade (os consensos alcançados através da razão pública seriam os mais duradouros e consolidados). Lembremos que, mesmo em sociedades liberais e tolerantes (em verdade, principalmente nelas), haverá sempre a necessidade de um consenso consolidado em torno do núcleo da concepção pública de justiça, o que somente seria possível através da presença de um respeito mútuo e do consequente uso da razão pública. A este consenso encontrado através da razão pública John Rawls denominou de consenso sobreposto (*overlapping consensus*). Assim, segundo o autor, em uma sociedade marcada pelo pluralismo moral, a habilidade de um regime constitucional de manter a coesão de uma sociedade bem ordenada (*well-ordered society*) seria essencialmente através do consenso sobreposto. A ideia de consenso sobreposto foi introduzida de forma mais embrionária em sua clássica obra “Uma teoria de Justiça” (RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971). Contudo, trabalhos posteriores foram essenciais para que Rawls desenvolvesse o conceito através de bases políticas mais sólidas (v. RAWLS, John. *The idea of an overlapping consensus*. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, n. 1, p. 1-25, 1987; RAWLS, John. *The domain of the political and overlapping consensus*. *New York University Law Review*, vol. 64, n. 2, p. 233-255, 1989).

⁵⁰ ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge

político democrático, através da exposição de ideias e da tentativa respeitosa de convencimento do outro, diversos pontos podem passar a convergir, havendo um grande incremento para a harmonia social.

Além disso, segundo esses autores, o uso do diálogo proporcionaria um empoderamento e emancipação de grupos e indivíduos, já que permitiria que fossem percebidos alguns equívocos tidos outrora como verdades absolutas e colmatadas diversas lacunas a respeito da aplicação de valores morais⁵¹. Não se pode esquecer que o racismo, a intolerância, o preconceito, bem como outras formas de condutas nocivas e danosas sobrevivem somente quando as normas sociais não são questionadas ou quando os padrões de decisão não são contestados. Quando há uma ampla exigência por justificação dos atos do poder público e quando as atitudes nocivas são confrontadas com novos argumentos e perspectivas, a manutenção do *status quo* pode sofrer um duro golpe, mas somente assim podemos corrigir os equívocos do passado⁵².

O formato *deliberativo* da democracia deita raízes na ideia de que, em uma associação política democrática, a justificação e a legitimidade do poder político decorrem da apresentação de argumentos e de razões tendentes a justificar os atos emanados por este poder coletivo⁵³. Apesar de muitas vezes não ser propriamente um defensor da democracia total, Aristóteles tem sido apontado como o primeiro grande teórico a defender a ideia de deliberação ao sustentar que aqueles cidadãos que discutem publicamente e justificam suas leis uns para os outros podem alcançar uma decisão melhor do que peritos que agem sozinhos. Já na era moderna, o mais proeminente defensor de um governo aberto ao amplo debate foi o liberal John Stuart Mill. No século XX, a democracia deliberativa ganhou complexidade e sofisticação com Jürgen Habermas, que tentou unir validade e legitimidade, autonomia privada e autonomia pública, tendo como base uma teoria comunicativa voltada à construção dialógica do consenso. Contemporaneamente, a democracia deliberativa ganhou grande

University Press, 1998, p. 1 (afirmando que “the idea the democracy revolves around the transformation rather than simply the aggregation of preferences has become one of the major positions in democratic theory”).

⁵¹ SILVA, Anderson Santos; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 88 e 145.

⁵² KUTZ, Christopher. Just disagreement, indeterminacy and rationality in the rule of law. *Yale Law Journal*, vol. 103, p. 997-1030, 1993, p. 1029.

⁵³ COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip (eds.). *The good polity: normative analysis of the state*. Oxford: Blackwell, p. 17-34, 1989, p. 21; ELSTER, Jon. Introduction. *Op. cit.*, p. 9 (afirmando que “[d]eliberative democracy rests on argumentation, not only in the sense that it proceeds by argument, but also in the sense that it must be justified by argument”).

espaço na teoria política, sendo destaque na obra de diversos autores, tais como Joshua Cohen, Amy Gutmann, Dennis Thompson, Jon Elster, John Dryzek⁵⁴, Carlos Santiago Nino⁵⁵ e Cláudio Pereira de Souza Neto⁵⁶.

Ressalte-se que o livre debate de ideias e a igual liberdade de participação são dois pontos relevantíssimos para caracterizar a democracia deliberativa, mas não suficientes. Tão importante para o conceito de democracia deliberativa como a *livre discussão de ideias* de Stuart Mill ou a ideia de *autogoverno* de Rousseau é a criação de uma tessitura em que o debate e a troca de ideias possam ser produtivamente realizados e otimizados. Assim, diversos autores estabeleceram outras condições sociais ou institucionais que facilitariam a livre discussão, participação e associação entre cidadãos para a formulação da decisão deliberativa. Podemos desmembrar tais *condições de deliberação* em dois tipos: **(i)** condições discursivas ou sociais e **(ii)** condições institucionais⁵⁷.

A primeira exigência, *condições discursivas*, é no sentido de que os membros da comunidade entrem no debate com caráter motivacional diverso do autointeresse, mas voltados, sobretudo, para a busca do consentimento do outro, sendo necessária, para tanto, uma postura sincera (“sinceridade”) de respeito mútuo (“inclusão deliberativa” ou “reciprocidade”) e de postura pública (“espírito público” ou “razão pública”). Em suma, a ideia de democracia deliberativa demanda a existência de um esforço ou de um engajamento na elaboração das decisões políticas para que ofereçamos considerações e razões não somente de nosso próprio interesse, mas também considerações e razões que todas as pessoas, que serão governadas por essas decisões, possam aceitar e concordar ainda que parcialmente. Daí a importância da reciprocidade (ou respeito mútuo) e das razões públicas para o conceito de democracia deliberativa.

A segunda exigência, *condições institucionais*, é no sentido de que deve haver um regramento específico que **(a)** proteja os cidadãos de valores mínimos que garantam a igual liberdade de participação e de deliberação, bem como **(b)** fomenta uma deliberação produtiva e prolongada através de normas

⁵⁴ DRYZEK, John. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁵⁵ NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. New Haven and London: Yale University Press, 1996.

⁵⁶ SOUZANETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵⁷ Cf. MICHELMAN, Frank. How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy. In: BOHMAN, James; REHG, Willian. *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge and London: The MIT Press, p. 145-172, 1997, p. 149.

procedimentais específicas⁵⁸. O modo de se operacionalizar a democracia é algo complexo que necessita ser construído sobre algumas premissas e procedimentos que podem variar através do tempo e do espaço. O critério majoritário é uma dessas premissas. Apesar de ser apontado como o principal instrumento de um regime democrático, segundo algumas teorias clássicas denominadas de agregativas, a teoria política contemporânea é quase unânime em reconhecer a insuficiência desse critério. Como defender que a democracia majoritarista é o melhor regime político se existe uma minoria que é constantemente humilhada ou desrespeitada? A democracia seria o melhor regime de se viver, mas somente se fossemos parte da minoria. Por conta desta percepção, em primeiro lugar, estabelecem-se fórmulas que tentam limitar o abuso e as injustiças do critério majoritário aplicado de forma exclusiva. Criam-se, então, *limites mínimos de interferência* protegidos por direitos ou por uma descentralização do poder político. Em segundo lugar, tenta-se estabelecer um arranjo institucional que torne possível uma democracia dinâmica voltada também para o futuro, de modo que a minoria de hoje tenha possibilidade através do debate e do convencimento de se tornar também a maioria em algum momento futuro. Criam-se, então, *procedimentos de deliberação* para que sejam melhor expostas as razões e melhor debatidas as ideias.

É verdade que essa visão deliberativa da democracia pode não encontrar reflexo perfeito na realidade política de determinado Estado, o que poderá fazer com que muitos não aceitem a deliberação como uma teoria adequada do ponto de vista descritivo. Assim como a democracia real não pode ser considerada simplesmente uma representação da vontade da maioria nas eleições, também não podemos dizer que naturalmente serão atendidas as condições deliberativas e, como consequência, haverá um caminho deliberativo que será seguido pelos cidadãos em todo e em qualquer caso. Em verdade, a democracia real é uma interligação complexa de interesses e opiniões presentes em uma multiplicidade de grupos e instituições igualmente complexos. Nesta complexidade toda, como já afirmamos antes, dificilmente os cidadãos irão encontrar um natural equilíbrio de cooperação e aceitarão a deliberação como instrumento de elaboração de suas políticas públicas, caso não haja alguma forma de estímulo externo que

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms. Op. cit., p. 118-130; DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 17 (afirmando que a concepção constitucional de democracia significa que as instituições majoritárias devem observar as "condições democráticas" de igual consideração e respeito, e quando isto ocorre "the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason").

faça com que a confiança e a reciprocidade sejam praticadas por todos. Para que ocorra o equilíbrio de cooperação, então, necessário um arranjo institucional que possa moldar o *design* da democracia⁵⁹, estabelecendo uma diversidade de normas procedimentais e de normas substantivas que, a depender do contexto político, possa contribuir para o fortalecimento da deliberação democrática. Como veremos no próximo tópico, o Judiciário, a depender das circunstâncias, poderá ter um papel importante (apesar de não essencial) no processo democrático deliberativo, já que ele poderá ser, em algumas circunstâncias, o estímulo externo que fortalece as condições deliberativas e, portanto, todo o processo democrático.

5. O JUDICIÁRIO E O DESACORDO MORAL RAZOÁVEL

No contexto das decisões judiciais, a adoção de uma argumentação pautada em razões públicas ganha um colorido ainda maior, uma vez que os juízes buscam legitimar suas decisões *ex post* através da argumentação e do reconhecimento⁶⁰, fazendo Rawls afirmar que as cortes seriam o palco propício para a formulação de um discurso de respeitosa postura ao pluralismo político⁶¹. Devemos lembrar que julgamento moral dos juízes (assim como dos legisladores, vale dizer), é um caso especial de raciocínio moral que se diferencia da forma como os particulares individualmente formulam suas escolhas e tomam suas decisões nos conflitos morais. Como os juízes argumentam em nome da sociedade e do povo (como todo e qualquer funcionário público), costuma-se dizer que eles não devem utilizar, no julgamento judicial (pelo menos não de forma exclusiva ou predominante), suas próprias consciências e convicções⁶². No aborto, por

⁵⁹ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what Constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, p. 572-582, 2005.

⁶¹ RAWLS, John. *The idea of public reason*. Op. cit., p. 95 (afirmando que “the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court’s special role makes it the exemplar of public reason”). No mesmo sentido: MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 18, 2010. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/>. Acesso em 20 dez. 2017 (afirmando que “o juiz está submetido a uma exigência argumentativa muito mais intensa do que os agentes políticos, devendo se limitar aos argumentos de razão pública”); SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e “standards” de ponderação*. *Boletim Científico ESMPU*, n.15, p. 207-227, 2005, p. 214 (afirmando que o “Poder Judiciário e, especialmente, as cortes constitucionais estão obrigadas a restringir a justificação de suas decisões à razão pública”).

⁶² WALDRON, Jeremy. *Judges as moral reasoners*. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n. 1, p. 02-24, 2009, p. 05.

exemplo, o juiz deverá deixar de lado as convicções éticas e religiosas de suas doutrinas abrangentes para buscar sempre estabelecer uma decisão que promova, na maior medida do possível, valores consensuais, tais como “obediência às normas legais”, “supremacia dos direitos humanos e da dignidade humana”, “otimização do princípio democrático”, “respeito ao sistema representativo” e “descentralização e limitação do poder político”. Nesse contexto, a utilização da razão pública pelos juizes é, a um só tempo, uma forma de reforço da legitimação de sua função constitucional e também uma forma de dialogar respeitosamente com os diversos grupos e doutrinas abrangentes inseridos na sociedade.

Como já antecipamos, entendemos que o Judiciário poderá agir a favor da democracia e ser o elemento externo que fomentará e promoverá as condições deliberativas. Assim, além do dever de utilizar a razão pública em seu discurso, o Judiciário também pode agir para que os cidadãos se empenhem em adotar uma postura deliberativa de mútuo respeito. Não podemos ignorar que o Judiciário, assim como qualquer instituição política, pode e deve agir como um protetor da essência da Constituição e de suas normas, principalmente dos direitos fundamentais. No entanto, em respeito ao pluralismo político e à democracia deliberativa, o Judiciário não deve adotar uma postura de “único protetor” ou “único guardião”, esquecendo-se que não é só ele que é considerado o intérprete das normas constitucionais, mas também os outros órgãos estatais e a própria comunidade como um todo⁶³. Assim sendo, uma postura adequada dos juizes e, sobretudo, da Corte Constitucional será buscar sempre a decisão mais deliberativa para a concretização dos preceitos constitucionais.

As *teorias dialógicas* fornecem importantes *insights* para a criação de um arranjo institucional adequado, de modo que as instituições políticas estabeleçam uma decisão coordenada, tendo cada poder uma contribuição específica com base em suas capacidades institucionais. Nesse cenário, o Poder Judiciário, como órgão composto por membros independentes, imparciais e especialistas na ciência jurídica, pode servir de estímulo externo para ampliar a confiança e a reciprocidade no debate público, funcionando como um *catalizador deliberativo*⁶⁴.

⁶³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997; LEVINSON, Sanford. *Constitutional faith*. Princeton: Princeton University Press, 1988; GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: Juspodvim, 2016.

⁶⁴ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and judicial review*. *Michigan Law Review*, vol. 91, n. 4, p. 577-682, 1993, p. 581 (afirmando que o Judiciário tem a função de facilitar e moldar o diálogo nacional sobre o significado

Em primeiro lugar, o Judiciário pode encorajar todos os grupos a participar da vida política da comunidade ao assegurar que o processo político seja pautado por regras neutras e inclusivas. A utilização da razão pública e de um método interpretativo de fácil acesso podem ser instrumentos importantes neste sentido. Em segundo lugar, o Judiciário pode servir de mediador entre diversos grupos culturais, impedindo que haja uma guerra cultural com o estabelecimento de preconceito e de estereótipos⁶⁵. A possibilidade de o Judiciário calibrar a forma de intervenção pode ser útil para estabelecer uma modificação do peso de influência de grupos bloqueadores e, eventualmente, reverter leis obsoletas mantidas por conta da inércia causada pela acomodação artificial de grupos bloqueados. Em suma, os tribunais têm o incrível potencial de fomentar e reacender o debate público, além de permitir a revisão e correção de eventuais equívocos cometidos no passado.

A função de catalizador deliberativo, entretanto, faz com que recaiam sobre os juízes alguns deveres. O **(i)** primeiro dever deliberativo já foi exposto acima e se refere à utilização de uma argumentação pautada na razão pública. Como dito antes, a razão pública é uma condição de implementação do respeito em uma sociedade democrática marcada pelo pluralismo político e pelo livre debate de ideias. Assim, como órgão estatal cujas ações são voltadas para a pluralidade, o Judiciário possui o ônus de elaborar suas decisões com argumentos que todos possam minimamente compreender e aceitar. Além disso **(ii)**, em um contexto democrático, o Judiciário também possui o dever de respeitar os procedimentos democráticos e as condições deliberativas e, considerando sua posição mais independente e distante da política, poderá, inclusive, agir como mediador ou árbitro da deliberação, **(ii.1)** protegendo não só os canais democráticos como propôs John Hart Ely⁶⁶, mas também **(ii.2)** fomentando o desenvolvimento do respeito mútuo e da cooperação entre os indivíduos sempre que a decisão política não tiver sido construída através de um debate pautado por esses parâmetros.

Nos dois últimos casos, agindo a favor da democracia, o Judiciário irá intervir para corrigir eventual *vício de deliberação*, seja um vício procedimental, seja um vício substantivo. Dessa forma, no caso de os juízes se depararem com um desacordo moral fruto de um debate viciado, isto é, um debate sem a estrita

da Constituição, principalmente no que diz respeito ao significado de nossos direitos fundamentais).

⁶⁵ ESKRIDGE JR, William. Pluralism and distrust. How courts can support democracy by lowering the stakes of politics. *Yale Law Journal*, vol. 114, p. 1279-1328, 2005, p. 1283.

⁶⁶ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

observância do procedimento democrático com a participação da maioria e também da minoria (por exemplo, um debate em que não se respeitaram as regras do processo legislativo previsto na Constituição ou em que houve um bloqueio de novos debates pelo Parlamento⁶⁷) ou não houve a observância do adequado respeito mútuo entre os diversos grupos comunitários (por exemplo, um debate em que se ignoraram evidências concretas e que se pauta exclusivamente por crenças e emoções), deverão classificá-lo como um desacordo não razoável e intervir de modo mais acentuado para restaurar o equilíbrio deliberativo. Lembremos que, em uma democracia deliberativa, o desacordo moral somente poderá ser considerado como razoável se houver uma ampla e respeitosa deliberação com o uso de argumentos pautados, sobretudo, pela razão pública. Assim, no caso de haver um vício deliberativo, não haverá propriamente uma divergência razoável, o que autoriza uma intervenção mais rigorosa das cortes na tentativa de restauração da democracia. No entanto, no caso de não haver um vício deliberativo, o desacordo moral persistente poderá ser efetivamente considerado razoável e, nesta hipótese, o Judiciário deverá adotar uma *postura econômica de respeito* ao pluralismo e às divergências.

Não podemos ignorar que a ideia crucial da democracia deliberativa em um contexto de pluralismo político é de que devemos aceitar e tratar de forma respeitosa nossas diferenças ao buscarmos a igual aceitação e respeito dos outros. Ganha relevo, neste contexto, a adoção de uma postura pautada em uma *"economia de discordância"*⁶⁸, deixando algumas questões não resolvidas e em aberto na sociedade. Essa postura tem a vantagem de promover o valor do respeito mútuo (pedra central da democracia deliberativa) e amplificar a deliberação. Assim, ao economizarem nas discordâncias, os cidadãos chegariam

⁶⁷ Em algumas situações, determinados grupos são bloqueados por outros grupos que possuem um poder de influência maior, ou no Parlamento, ou nos próprios membros da comunidade. Considerando que o grupo bloqueado já não consegue apresentar seus argumentos para fazer valer suas concepções e suas perspectivas, dois cenários poderão ocorrer. (i) Primeiro, como o grupo bloqueado terá menos estímulo para promover seus objetivos através da política ordinária, haverá a necessidade de se buscar um caminho alternativo que, em casos extremos, poderá ocasionar uma desobediência civil com a prática, inclusive, de atos de violência. Este cenário, por exemplo, foi observado no conflito racial que tomou conta dos Estados Unidos durante boa parte do século XX. (ii) Segundo, caso o grupo não tenha uma grande coesão ou não for perfeitamente determinado, existe uma grande probabilidade de haver uma acomodação ou derrota permanentes, em que a vontade do grupo bloqueador irá prevalecer, sendo observada apenas vozes esparsas do grupo bloqueado, com a impossibilidade de qualquer reversão através da política ordinária. Este cenário ocorre, por exemplo, com a questão do aborto na sociedade brasileira, na qual algumas circunstâncias, como a temporariedade e a eventualidade da gravidez, fazem com que muitas mulheres não se sintam impelidas ou necessitadas a reivindicarem um maior respeito e consideração sobre seus interesses e seus direitos.

⁶⁸ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Why deliberative democracy? Op. cit., p. 181 e ss.

a *acordos incompletos e provisórios*, podendo continuar a trabalhar juntos para alcançar um senso comum mais estreito no futuro, ainda que estes acordos incompletos não sejam perfeitamente idênticos à pretensão inicial de cada uma das partes inseridas no debate. Por exemplo, ainda que nossa religião (doutrina abrangente) não permita que o aborto seja aceito como uma conduta moralmente correta (desacordo inicial), após uma ampla deliberação respeitosa e pautada em razões públicas, até os cidadãos mais religiosos podem aceitar que, em algumas situações excepcionais (acordos incompletos), a interrupção da gestação pode ser justificável, mesmo não havendo consenso sobre o início da vida (desacordo moral razoável). A questão sobre o início da vida, neste contexto, seria um exemplo flagrante de desacordo moral razoável que não necessita ser resolvido pela comunidade para o estabelecimento de normas coletivas nem para a fixação de acordos parciais ou incompletos, sendo que os cidadãos podem deixar a questão não resolvida e continuar a trabalhar junto para novos acordos parciais no futuro. Desse modo, em havendo por detrás de um conflito de normas jurídicas um real desacordo moral razoável, a posição da Corte Constitucional poderá ser relevante para o desenvolvimento de um produtivo debate democrático, apesar de não ser recomendável uma decisão vinculante e obrigatória, mas apenas uma postura econômica e moderada. Como deve ser a estrutura desta decisão? Quais seriam as possíveis formas de decisões judiciais em caso de desacordo moral razoável? As questões são complexas e, por conta disso, tentaremos responder em um próximo trabalho. Mas temos absoluta certeza de que, nesse contexto de desacordo moral razoável, as cortes devem evitar uma decisão vinculante ou obrigatória, ainda que se possa aceitar sua opinião na construção de uma decisão dialógica.

6. CONCLUSÃO

Foi observado, inicialmente, que os desacordos morais razoáveis existirão necessariamente em toda e qualquer sociedade democrática, por conta de uma pluralidade de pensamentos e de ideologias que domina esse tipo de sociedade. Em uma democracia deliberativa, o desacordo moral razoável se desprende de um construtivismo idealizado do estilo kantiano e passa a ser desenvolvido em termos mais modestos, combinando elementos mais concretos e de possível implementação prática, tais como diálogo, respeito e razão pública. Considerando tais elementos como *condições deliberativas*, afirmamos que, ainda

que indiretamente, serão eles determinantes para a delimitação do desacordo razoável e para se estabelecer um proveitoso debate público entre pessoas que se respeitam mutuamente.

A conclusão final é de que, em respeito ao pluralismo político e à democracia deliberativa, o Judiciário não deve adotar uma postura de único guardião dos valores comunitários. Partindo-se do pressuposto de que deliberação é um importante elemento da democracia e de que o desacordo moral razoável somente estará caracterizado após um amplo debate com o uso de razões públicas, a tese firmada é de que os juízes não só devem utilizar a razão pública em seus argumentos judiciais, como também devem agir a favor da democracia, intervindo de modo mais acentuado, mesmo em um contexto de desacordos, quando houver algum vício na deliberação, seja porque o procedimento democrático não foi observado, seja porque os interlocutores não agiram com o devido respeito mútuo. Por outro lado, em havendo por detrás um real desacordo moral razoável, com a construção da decisão política através de uma efetiva deliberação pautada no respeito mútuo e em argumentos de razão pública, a postura das cortes deve ser econômica e moderada, evitando qualquer decisão vinculante ou obrigatória, ainda que se possa aceitar a opinião das cortes na construção de uma decisão dialógica.

ABRANGÊNCIA DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA, NO NOVO CPC, À PRESCRIÇÃO

*Felipe Barreto Marçal - Mestre em Direito Processual pela
Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Oficial de Justiça do
TJRJ, na função de assessoria de Desembargador*

*Mauricio Rafael Antunes - Advogado do Dannemann Siemsen
Advogados/Brasília. Especializado em Direito Processual Civil e
em Direito do Consumidor. Graduado pela Universidade Cândido
Mendes (RJ)*

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar que os limites objetivos da coisa julgada devem abarcar a resolução da prescrição.

Palavras-chave: Coisa julgada. Limites objetivos. Prescrição. Questões preliminares. Questões prejudiciais.

THE RESOLUTION OF PRESCRIPTION SUBJECT TO THE OBJECTIVE LIMITS OF RES JUDICATA IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Abstract: This work aims to demonstrate the extension of the objective limits of res judicata to the resolution of prescription.

Keywords: Preliminary issue. Res judicata. Objective limits. Prescription. Issue preclusion. Brazilian Code of Civil Procedure/2015.

INTRODUÇÃO

O primeiro objetivo deste texto é esclarecer a classificação da prescrição¹ no objeto da cognição judicial, uma vez que vem sendo abordada equivocadamente nos dias de hoje, *indistintamente* como uma “prejudicial de mérito”,² sem qualquer *referencial* e apuro técnico-terminológico.³

Em seguida, busca-se demonstrar que a coisa julgada, de acordo com o art. 503, § 1º, do CPC/15, em seus limites objetivos, deve abarcar a resolução da prescrição, sob pena de termos um sistema incongruente e incompleto.

1. QUESTÕES PRÉVIAS/PRIORITÁRIAS, QUESTÕES PRINCIPAIS, QUESTÕES PRELIMINARES E QUESTÕES PREJUDICIAIS

Antes de tudo, impõe-se determinar como premissa o que é questão. Como ensina Barbosa Moreira, “a palavra ‘questão’ vê-se empregada em dois sentidos diversos na linguagem da lei. Ela serve primeiro para designar *ponto duvidoso*, de fato ou de direito, de que dependa o teor do pronunciamento judicial. Nessa acepção, dir-se-á com propriedade que a solução das ‘questões’ é o meio de que se vale o juiz para julgar: a ‘questão’ não constitui, em si, objeto de julgamento, mas, uma vez resolvida, insere-se entre os fundamentos da decisão, entre as razões de decidir. (...) Outras vezes, ‘questão’ é o próprio *thema decidendum*, ou ao menos cada uma das partes em que ele se fraciona. Se alguém, v.g., pleiteia a resolução da promessa de compra e venda e a reintegração na posse do imóvel, dir-se-á, neste

¹ Praticamente tudo que será dito aqui se aplica à decadência. No entanto, optou-se por não incluí-la no presente texto em razão do procedimento especial do mandado de segurança, que merece análise minuciosa e mais detalhada daquela que se pretende fazer aqui. Para uma leitura aprofundada – tanto da decadência, quanto de todas as questões relativas ao mandado de segurança –, recomenda-se: CÂMARA, 2014.

² Como exemplos, no STJ: AgRg no REsp 1281960/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016; AgRg no REsp 1036458/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 10/02/2016; EDcl no AgRg no AREsp 618.368/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 25/08/2015; AgRg nos EAREsp 92.725/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2014, DJe 16/12/2014. No TJ/RJ: AI nº 0070282-39.2015.8.19.0000 - JDS. MARIA DA GLORIA BANDEIRA - Julgamento: 27/04/2016 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; AC nº 0092520-22.2010.8.19.0002 - DES. RENATA COTTA - Julgamento: 27/04/2016 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL; AC nº 0403512-64.2013.8.19.0001 - DES. CLAUDIO DELL ORTO - Julgamento: 27/04/2016 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL; AC nº 0412885-56.2012.8.19.0001 - DES. MARIA REGINA NOVA ALVES - Julgamento: 19/04/2016 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL.

³ Não se tratará, no texto, sobre a polêmica entre o efeito da prescrição: se suspende a eficácia de exigibilidade da obrigação, a que o Código Civil chama de “pretensão” (MOREIRA, jul/set. 2002. MIRANDA, 1955, p. 101 e 136. LEAL, 1959, p. 22. MONTEIRO, 1995, p. 288. THEODORO JR., 2008.), ou se extingue o próprio direito (GOMES, 2002, p. 496. SANTOS, 1958, p. 372. PEREIRA, 2001, p. 435. DINAMARCO, 2000, p. 441-445.).

outro sentido, que o juiz deve julgar duas ‘questões’, a da resolução contratual e a possessória. Existe aí manifesta correspondência entre ‘questão’ e pedido: havendo mais de um pedido, ou – o que afinal é o mesmo – compondo-se o pedido de mais de um item, estarão subpostas à cognição judicial tantas ‘questões’ quantos forem os pedidos, ou os itens do pedidos” (MOREIRA, 1998, p. 243).⁴

Além disso, faz-se necessário esclarecer que as *questões preliminares* e as *questões prejudiciais* são espécies do gênero *questão prévia/prioritária*, havendo um vínculo de subordinação *lógica* entre elas, que repercute na ordem em que devem ser analisadas. Assim, as questões guardam uma relação entre si e, somente à luz dessa relação, é que se pode classificá-las como prévias (preliminares ou prejudiciais) ou posteriores (principais).⁵

Nesse sentido, *questão prévia* ou *prioritária* é aquela que possui uma subordinação lógica (deve ser conhecida anteriormente) a outra questão, que chamaremos de questão principal ou posterior (em relação à primeira).

A partir desse ponto, faz-se necessário diferenciar *questão preliminar* de *questão prejudicial*, conceitos inconfundíveis.

Prejudicial é a questão logicamente anterior a outra que exerce influência na *forma* como a questão posterior (prejudicada) será resolvida; como diz o nome, ela *prejulga* a outra.⁶

⁴ Em sentido semelhante: CARNELUTTI, 1939, p. 104.

⁵ “A existência de vínculo de subordinação necessariamente [sic] repercute na ordem em que um juiz há de apreciar as questões relacionadas. (...) A ordem a que não poderá fugir é mais lógica do que cronológica. Ainda que as conclusões se exteriorizem de um jato, no raciocínio do juiz, haverá sempre um prius (questão subordinante) e um posterius (questão subordinada) [ademais, mesmo que no raciocínio do juiz isso ocorra, ele deve expressar seu processo mental na decisão, com a resolução de cada questão, sob pena de vício de fundamentação, especialmente à luz do art. 489 do CPC/15 – nota minha]. Neste sentido, e não em contexto temporal, é que se fala de questões prévias – que melhor se diriam, talvez, prioritárias – para designar tôdas [sic] aquelas cuja solução é logicamente [sic] anterior à de outras. Neste ponto começa a desenhar-se o problema terminológico a que de início se aludiu. Os processualistas cedo perceberam que nem tôdas [sic] as questões subordinantes (e, por isso, prioritárias) são da mesma natureza, e que varia a espécie de influência por elas exercida sobre a solução das questões subordinadas. (...) Expressões como ‘questão prejudicial’ e ‘questão preliminar’, por exemplo, foram com freqüência promiscuamente [sic] empregadas na literatura processual, do nosso como de outros países (...). (...) Convém atentar em que todo o fenômeno de que se está tratando emerge dêste [sic] dado substancial: a existência de uma relação lógica de subordinação. As questões prioritárias não são tais em virtude de algo que esteja nelas mesmas, isoladamente, nem de algo que esteja nas questões que dela dependem, mas por força [sic] da particular relação que se estabelece entre umas e outras. Uma questão prévia – e o mesmo se dirá da questão a ela subordinada – pode dizer respeito ao processo, à ação ou ao mérito, sem que essa característica, relevantíssima de outros pontos-de-vista, nos esclareça sobre [sic] a função que a questão prévia exerce como tal, isto é, sobre [sic] a natureza da sua relação com a questão subordinada. Mas se é precisamente essa relação, e só ela, que a faz prévia, que justifica o caráter prioritário da sua solução, a luz projetada.” (MOREIRA (b), 1971, p. 76-81.)

⁶ “A denominação de *prejudiciais* é, pois, a que histórica e logicamente [sic] mais convém às questões de cuja solução depende o *teor* da solução de outras. A doutrina moderna, em geral, peca apenas no restringir

Por outro lado, a questão *preliminar* é também logicamente subordinante (anterior) a outra, mas não exerce influência sobre o conteúdo da resolução da questão posterior; na verdade, dependendo da forma como a questão preliminar será decidida, será possível ou não ingressar no exame da questão principal. Dito de outra forma, não dizem respeito à *forma* de enfrentar a questão seguinte, mas à *possibilidade* de analisá-la.⁷

Assim, “o que importa, portanto, para distinção entre prejudicial e preliminar não é, assim, a natureza da questão vinculada, mas o teor de influência que a questão vinculante terá sobre aquela (vinculada)” (ALVIM, 1977, p. 15.)

Além dessa classificação, existem, ainda, as questões “preliminares impróprias/dilatórias”,⁸ que não chegam a impedir a análise da questão seguinte, mas apenas postergam/atrasam/dilatam o momento para que isso ocorra.⁹

A partir de sua conceituação, é possível constatar que classificá-las a partir de critério que leva em conta se integram ou não o mérito é absolutamente errado.¹⁰

Isso porque as questões podem ser principais ou prévias, preliminares ou prejudiciais, de acordo com o que (e como) se discute no processo, sendo necessário analisá-las caso a caso.

Do mesmo modo, uma mesma questão pode receber diferentes classificações (prévia/principal/preliminar/prejudicial) se confrontada com as demais questões analisadas naquele processo, jamais podendo receber uma abordagem “estranque”.¹¹

ao *meritum causae* o âmbito de manifestação do fenômeno. É nêle [*sic*], realmente, que a prejudicialidade assume, em regra, maior importância, visto que aí a questão subordinada – ou *prejudicada*, como agora se pode dizer com melhor técnica – versa sobre [*sic*] o *próprio pedido* e vai ser decidida pela *sentença definitiva*, pondo fim à lide; mas a essência do fenômeno é a mesma nos casos em que a prejudicada é uma questão referente ao processo ou à ação (...).” (MOREIRA (b), 1971, p. 86-87.)

⁷ “À outra classe de questões prévias ou prioritárias de cuja solução pode decorrer, para o juiz, a dispensa ou o impedimento de ir além – ficará, então, reservado o nome de *preliminares*.” (MOREIRA (b), 1971, p. 86-87.)

⁸ A rigor, e o artigo supracitado do Prof. Barbosa Moreira deixa bem claro isso, etimologicamente, ambas são *preliminares* (“próprias”). Entretanto, dado que se adotou o conceito para aquelas questões subordinantes que *impedem* a apreciação das questões subordinadas, aí se justifica – esticando ainda mais o equívoco etimológico do primeiro conceito - o adjetivo “impróprias”. Melhor se mostra, portanto, o adjetivo “dilatórias”.

⁹ “Registre-se que, no art. 301, são incluídas duas questões que não se enquadram propriamente no conceito apresentado de preliminares: a incompetência absoluta e a conexão (aí utilizado o termo em sentido amplo, abrangendo tanto a conexão *stricto sensu* como a continência). Estas duas questões não chegam jamais a impedir a apreciação do mérito da causa, razão pela qual são denominadas *preliminares impróprias* ou *dilatórias*.” (CÂMARA, 2012.)

¹⁰ “É equivocada a distinção que se faz entre prejudiciais (mérito) e preliminares (processuais). A distinção correta baseia-se na relação que mantêm as diversas questões postas à cognição judicial.” (DIDIER JR. (a), 2012, p. 325.)

¹¹ “O tipo de relação entre a questão subordinante e a questão subordinada tampouco depende da pertinência de uma ou de outra ao direito material ou ao direito processual. Pode o vínculo de dependência manifestar-

2. PRESCRIÇÃO COMO QUESTÃO PRELIMINAR DE MÉRITO

Diante do exposto, ao analisar a questão, caso o magistrado acolha a prescrição ele irá enfrentar as demais questões de mérito colocadas sob a cognição judicial?

Pense-se numa demanda em que o réu alegue que ocorreu a prescrição do direito alegado pelo autor. Se o juiz verificar que, de fato, ocorreu a prescrição, ele *não* passará à análise das demais questões que visam a explicar se o réu deve ser condenado, normalmente -, se tratando, portanto, de uma preliminar em relação às demais questões principal do mérito, e não de uma prejudicial, nesse aspecto.

Esse exemplo é a regra geral nas causas em que a prescrição é suscitada ou verificada *ex officio*, estando-se diante de uma verdadeira questão *preliminar de mérito em relação às demais questões de mérito*.

Sendo assim, percebe-se esse equívoco em nossa jurisprudência, em razão do vício (retroalimentante entre operadores do direito) que se perpetua em nosso universo jurídico, em que se utiliza indistintamente *preliminar e prejudicial*.

3. PRESCRIÇÃO COMO QUESTÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO

Provavelmente, o que leva alguns de nossos juristas a fazerem esse uso indistinto é o fato de que a prescrição, em regra, é tema de mérito¹² (e nesse ponto não paira mais qualquer dúvida, desde a edição da Lei 5.925/1973, que alterou o art. 269, IV, do CPC/1973) e, em razão do desconhecimento existente dos conceitos – misturando mérito e relação lógica de subordinação –, tratam-na como uma verdadeira questão prejudicial, em qualquer contexto.

Sobre a inclusão da prescrição e da decadência em um inciso autônomo do

se entre duas questões regidas pelo direito material, entre duas questões regidas pelo direito processual, entre uma questão regida pelo direito material e outra pelo processual, ou vice-versa – e em todos esses *[sic]* casos tanto é possível que a solução dada à subordinante predetermine o *sentido* em que se resolverá a subordinada, como é possível igualmente que a primeira seja capaz de *preexcluir* o conhecimento da segunda pelo juiz. (...) Não se há de dizer de uma questão X que seja, em si mesma, prejudicial ou preliminar, mas que é prejudicial ou preliminar da questão Y.” (MOREIRA (b), 1971, p. 85 e 89.)

¹² Diz-se “em regra”, porque, como exposto acima, nenhuma classificação das questões pode ser feita *a priori*, mas, tão somente, diante do caso concreto. No entanto, até o momento, os autores não vislumbraram uma hipótese de prescrição como questão que não integre o mérito e que seja preliminar *ao* mérito. Talvez seja somente uma hipótese, mas não me parece correto excluí-la definitivamente sem maiores reflexões.

art. 269 do CPC, ouvi explicação bastante elucidativa do Professor Alexandre Freitas Câmara no sentido de que o acolhimento/reconhecimento da prescrição ou da decadência é fundamento para a improcedência do pedido, razão pela qual estariam embutidas no inciso I do art. 269 do CPC. Contudo, tendo em vista a grande divergência sobre se a sentença que acolhesse essas questões seria de mérito ou terminativa, optou-se por colocá-las como inciso autônomo do art. 269 do CPC. Parafrazeando o que ele me disse naquela ocasião: *quod abundat non nocet*, sendo melhor isso do que retornar àquela velha discussão (sobre serem ou não questões de mérito).

Se a prescrição, então, é *fundamento* para dizer se o autor tem ou não razão, pode-se pensar nela como uma questão que condiciona o julgamento de procedência ou de improcedência.

Assim, é verdade que a prescrição é uma questão *preliminar de mérito* quando confrontada com as demais questões de mérito; ela “é, porém, uma questão prejudicial ao exame do pedido (questão principal do processo): uma vez acolhida a prescrição, rejeita-se o pedido” (DIDIER JR. (b), 2012.).

Em outras palavras, criou-se uma “fórmula” – completamente descabida: se a questão é de mérito, é prejudicial; se não é de mérito, é preliminar.

Como já foi dito acima, essa justificativa não merece prosperar, pois integrar ou não o mérito não guarda qualquer relação com essa classificação (preliminar/prejudicial).

Aliás, não se pode deixar de mencionar que as questões preliminares podem ser preliminares *ao mérito* ou preliminares *de mérito*.

Cumprе ressaltar que as primeiras (*ao mérito*) são questões que *não integram o mérito da demanda*, mas devem ser conhecidas antecipadamente pelo magistrado da causa, tais como os pressupostos processuais e as condições da ação (mantendo o que já foi dito acima sobre as preliminares dilatórias/impróprias). Constituem, em geral, questões processuais (normalmente associadas à defesa *processual* do réu, apesar de serem cognoscíveis *ex officio*, em sua maioria).

Já as preliminares *de mérito* fazem parte do mérito (e geralmente integram a defesa de mérito do réu), mas, por serem questões prévias à principal, também

devem ser resolvidas pelo juiz anteriormente à questão principal do mérito (ter o autor direito ou não).¹³

A diferença entre elas pode ser facilmente verificada se pensarmos: ao acolher determinada preliminar, será proferida sentença terminativa (que não resolve o mérito) ou definitiva (com resolução do mérito)? O CPC/73 e o CPC/15 facilitam a vida dos aplicadores do direito, deixando óbvio que, caso seja hipótese de extinção do processo *sem* resolução de mérito, estar-se-á diante de uma preliminar *ao* mérito. De outra banda, nas situações de extinção do processo (ou uma de suas fases) *com* resolução do mérito, fundada em uma questão prévia/prioritária (e, claro, sem enfrentar a questão principal), não resta dúvida que esta será uma preliminar *de* mérito, como é, em regra, o caso da prescrição e da decadência.¹⁴

Por todo o exposto, forçoso concluir que a prescrição, via de regra, se trata de questão preliminar *de* mérito, *em relação às demais questões de mérito*, e de questão prejudicial de mérito, *em relação à questão principal* (se o autor tem ou não razão), apesar de depender da análise casuística e do confronto entre questões.¹⁵

Com isso, espero que seja possível esclarecer as dúvidas e encerrar essa discussão, enterrando esse vício e prestigiando a precisão terminológica, que pode parecer mero preciosismo técnico e/ou teórico, mas não é. Isso porque

¹³ Aliás, registre-se a lição de Fredie Didier Jr., escorado nos ensinamentos de Barbosa Moreira: “José Carlos Barbosa Moreira identifica três tipos de questões preliminares. Eis a sua classificação: a) *Preliminares ao conhecimento do mérito da causa*. Os pressupostos de admissibilidade do exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação) são questões preliminares, na medida em que, a depender da solução que se lhes dê, podem impedir o exame do objeto do processo. Essas preliminares são questões processuais. b) *Preliminares de recurso*: ‘...questões de cuja solução depende a possibilidade de julgar-se o mérito da impugnação...’. São preliminares de recurso todos os seus requisitos de admissibilidade: cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, tempestividade, regularidade formal e preparo. c) *Preliminares de mérito*: ‘...as questões já situadas no âmbito do *meritum causal*, mas suscetíveis, se resolvidas em certo sentido, de dispensar o órgão julgador de prosseguir em sua atividade cognitiva (v.g., a questão da prescrição).’ (DIDIER JR. (a), 2012, p. 326.)

¹⁴ Correta a análise feita na seguinte passagem: “O legislador brasileiro disciplinou que os institutos da prescrição e decadência estão atrelados ao ‘mérito’ ou, como alguns preferem, são preliminares de mérito. Desta forma, quando o julgador reconhece um desses institutos está fulminando o próprio ‘mérito’, mesmo quando não ingressa na análise das demais questões arguidas *[sic]* na exordial, ou compreendidas no processo propriamente dito” (STJ - AgRg no REsp 553.053/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 09/02/2004, p. 205)

¹⁵ Tudo indica que, se o autor ajuíza uma demanda declaratória negativa, fundada em prescrição, essa questão passa a ser uma *prejudicial* de mérito.

o direito é uma ciência que – como toda ciência, diga-se – prega pela rigidez terminológica.¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸

Apenas para trazer luzes àqueles que pensam de forma diferente, deve-se lembrar de que o uso de uma ou de outra nomenclatura traz consequências inúmeras, por exemplo, em relação a desdobramentos práticos, bastando, para tanto, refletir sobre chamar-se a um pronunciamento judicial de mérito, que põe fim a uma das fases do processo (sentença) de despacho.

Até mesmo porque – e pedimos *venia* para a metáfora -, “se você chamar um copo d’água de ônibus, quando você tiver sede, pode ser atropelado” (STRECK, 2014.).

Ademais, é importante acabar com as “fórmulas” decoradas, uma vez que nenhum dos ramos do direito, em especial o processual, é mecânico e deve, portanto, ser analisado de acordo com as circunstâncias apresentadas ao jurista.

4. INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA SOBRE A PRESCRIÇÃO: ART. 503, § 1º, DO CPC/15

Visto isso, passa-se, a demonstrar que o art. 503, § 1º, do CPC/15 – que trata do

¹⁶ “*What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet (Romeo and Juliet, 2.º ato, cena II).* Ao pôr [*sic*] na bôca [*sic*] de sua gentil heroína êsses [*sic*] versos famosos, cunhou SHAKESPEARE uma das mais perfeitas fórmulas poéticas de que se tem notícia; mas não terá enunciado, nem o pretendera, um princípio científico. Em ciência os nomes importam bem mais do que parecia à apaixonada Julieta. Na ciência do Direito não menos do que em qualquer outra. Pode o jurista deleitar-se com o lirismo do texto shakespeariano; mal andaria, porém, se dêle [*sic*] quisesse tirar uma regra aplicável ao seu próprio ofício. A elaboração dogmática já é por si trabalho bem árduo para que nos demos ao luxo de entravá-lo com o pesado lastros dos equívocos terminológicos. À precisão dos conceitos há de corresponder, nesse terreno, como condição *sine qua non* de todo progresso, a univocidade da nomenclatura por meio da qual êles [*sic*] se expressem. Não existe outro modo de evitar a esterilidade das discussões doutrinárias que se resolvem em simples *querelles de mots*. (...) Dar a cada coisa o seu nome, e apenas êste [*sic*], não é preocupação formalística de quem pusesse acima de tudo o amor pela boa arrumação e pelo impecável polimento do mobiliário dogmático; é esforço [*sic*] que se inspira, principalmente, na compreensão da utilidade que daí se tira para a melhor aplicação do Direito e, portanto, para uma realização menos imperfeita da Justiça entre os homens.” (MOREIRA (b), 1971, p. 73-74.)

¹⁷ “Gostaria de ver esses dois conceitos mantidos na sua distinção. Entendo que, em Direito, a precisão terminológica e, sobretudo, o caráter unívoco das palavras, é um valor muito importante. É preciso que quando alguém pronuncie uma palavra técnica todos saibam do que se trata, e não se esteja a refletir se aquela expressão estará sendo usada neste ou naquele sentido. Trata-se de uma exigência científica, não de um formalismo de professor de processo. Em geometria só podemos usar a palavra triângulo para o polígono de três lados. Não poderemos usá-la para o polígono de cinco lados, nem para o de dez lados, senão Tales, que formulou a Lei Angular, seria desrespeitado.” (MOREIRA, 1993.)

¹⁸ “Está claro que o ponto não interessará a quem não dê importância à terminologia - a quem suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas - digamos com franqueza - tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar” (MOREIRA, 2001, p. 121.)

alcance de *status*¹⁹ de coisa julgada às questões prejudiciais em algumas hipóteses (DIDIER JR., 2015, 81-94.) – incide também sobre a resolução da prescrição.

Antes de tudo, merece registro que o art. 503, § 1º, do CPC/15 ainda “não pegou”. Como se verá a seguir, não se pode admitir sua “aplicação surpresa”, devendo o juiz alertar as partes sobre quais questões possivelmente serão acobertadas pela coisa julgada. Entretanto, na prática, não se tem notícia de que esse debate no processo está acontecendo, o que esvazia completamente o dispositivo.

Dito isso, como se sabe, para que a coisa julgada se forme sobre as questões prejudiciais, é necessário que: *i*) se trate de questão resolvida incidentalmente (DIDIER JR., 2015, p. 432-433.); *ii*) integre o mérito; *iii*) as partes tenham se manifestado previamente sobre ela; *iv*) o juízo seja competente para apreciar essa questão como se fosse principal.

É necessário, ainda, dizer que, como decorrência do contraditório (que é um dos requisitos do § 1º do art. 503) e do modelo cooperativo/comparticipativo de processo (princípio do CPC/15), não se pode admitir que as partes sejam surpreendidas (MITIDIERO, 2016. CÂMARA, 2015. NUNES, 2004, p. 80. CABRAL, 2011, p. 201-204.).

Assim, é tanto uma garantia para as partes quanto um dever para o magistrado que essas sejam alertadas sobre quais questões prejudiciais se formarão a coisa julgada.²⁰⁻²¹⁻²²

¹⁹ Sobre a natureza jurídica da coisa julgada como uma situação jurídica, confirmam-se as lições dos Professores Luiz Machado Guimarães (GUIMARÃES, 1969, p. 14.) e José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA (a), 1971, p. 145; MOREIRA, 1984, p. 113). Na doutrina mais moderna: CÂMARA, 2012, p. 524; CÂMARA, 2015, p. 303.

²⁰ No mesmo sentido: MARINONI, 2015, p. 634. Em sentido contrário: REDONDO, 2015, p. 43-67. Merece críticas essa posição do autor, sob o fundamento de que, por decorrer de formulação expressa e cristalina da lei, o juiz não precisa alertar as partes acerca da formação de coisa julgada sobre determinadas questões prejudiciais incidentais. Isso porque, se a enunciação da lei fosse tão cristalina, sequer seriam necessários tantos textos discutindo sobre quais questões se forma a coisa julgada. Além disso, o dever de cooperação e o contraditório (como direito de influência e de não haver decisões-surpresas) não estão vinculados ao fato de a lei ser pouco ou muito clara; ao contrário, mesmo sobre questões absolutamente cotidianas e “esdrúxulas” deve o juiz alertar e ouvir as partes. Some-se o fato de que é perfeitamente possível que o magistrado se equivoque sobre a natureza e a necessidade de determinada questão, bem como que as partes celebrem um negócio jurídico processual, no curso do processo, para afastar a coisa julgada sobre determinada questão (o próprio autor admite isso como possível em seu texto; no mesmo sentido aqui sustentado: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 521).

²¹ Se for levado em conta que somente mediante análise *a posteriori* será possível constatar sobre quais questões se formou a coisa julgada, esse alerta do juiz servirá apenas como um estímulo (convite para que as partes discutam determinada questão), como um indicativo (de que houve contraditório efetivo) e como um fator de boa-fé (caso uma das partes fique omissa com o convite do magistrado para o debate e, posteriormente, venha a questionar o alcance da coisa julgada).

²² “Acredito que uma solução intermediária poderia ser encontrada e poderia talvez ser objeto de uma reforma processual. Toda vez que o juiz visualizasse que uma questão de direito, não objeto do pedido, tivesse

Nesse sentido e conforme já apontado no início do texto, deve-se aplicar o art. 503, § 1º, do CPC/15 à resolução da prescrição. O mesmo, como já dito, se passa com a decadência: soa pouco razoável que essas questões possam ser livremente rediscutidas em outro processo, à luz do disposto no art. 503, § 1º, do CPC/15.

Ademais, ainda haverá outro problema: como já demonstrado, nossos tribunais não realizam a distinção entre questões prejudiciais e preliminares de mérito da maneira correta. Assim, haverá casos em que um magistrado mais técnico (mas que realize a leitura literal do dispositivo) entenda pela não formação de coisa julgada sobre questões preliminares de mérito. Entretanto, a prescrição – para fins de limites objetivos da coisa julgada – deve ser vista como *prejudicial*, sendo englobada pelo art. 503, § 1º, do CPC/15.

CONCLUSÃO

Demonstrada a necessidade de nomeação correta dos fenômenos e dos institutos jurídicos, busca-se voltar ao tema da correta classificação das questões prejudiciais e das questões preliminares, dando ênfase à prescrição.

Assim, reforça-se a ideia de que, em regra, se trata de questão preliminar de mérito *em relação às demais questões de mérito*, e de questão prejudicial de mérito, *em relação à questão principal* (se o autor tem ou não razão), apesar de depender da análise casuística e do confronto entre questões.

Com isso, pretende-se pôr fim a eventuais problemas que possam surgir dessa imprecisão técnica e, ainda que eles não ocorram, pretende-se dar maior seriedade à ciência do Direito, especialmente à processual, reduzindo a promiscuidade terminológica que lhes é comum.

Além disso, defende-se a incidência do art. 503, § 1º, do CPC/15, a fim de que a coisa julgada se forme sobre a resolução da prescrição.

Caso contrário, não só teremos problemas práticos (especialmente da atecnia que se apontou ao longo do texto), como uma incoerência bastante grande em nosso sistema.

relevância para o julgamento da causa e exigisse cognição exaustiva, consultaria as partes, facultando-lhes requerer o seu julgamento por sentença, reabrindo-se os prazos para alegações e provas a respeito dessa questão. O princípio da colaboração, hoje tão decantado, deve ter duas mãos. Não são apenas as partes que devem colaborar entre si e com o juiz. Também o juiz deve colaborar com as partes, advertindo-as do alcance que o julgamento da causa poderá adotar.” (GRECO, 2012, p. 1-46.)

Por fim, ainda que se corra o risco de ser óbvio com a exposição e com a ideia apresentada, deve-se preferir pecar pelo excesso, principalmente porque a obviedade, às vezes, não é tão fácil de ser vista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.
- ARAÚJO, José Aurélio de. *A cognição sumária e a coisa julgada no processo justo*. Dissertação de mestrado defendida em 20 de julho de 2009, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Contraditório (Princípio do -)*, in: *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Org: TORRES, Ricardo Lobo et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual: volume 1*. 23ª ed - São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Manual do mandado de segurança*. 2ª ed. - São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *O Novo CPC e o princípio do contraditório*. Publicado em 17.04.15. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio/>. Acesso em: 18.04.16.
- CARNELUTTI, Francesco. *Studi di Diritto Processuale*. Pádua, vol. III, 1939.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, vol. I*. 14ª ed. - Salvador: JusPODIVM, 2012. (a)
- _____. Editorial 146 – Prescrição como questão preliminar e como questão prejudicial. Publicado em: 06.06.12. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-146/>. (b)
- _____. *Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro*, in: *Civil Procedure Review*, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela - vol. 2*. 10ª ed. - Salvador: JusPODIVM, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A excepcionalidade da prescrição na vida dos direitos*, in: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2000, vol. I.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O novo CPC não é o que queremos que ela seja*. Publicado em 20.07.15. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja>. Acesso em 14.03.16.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 293.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*, in: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

Abrangência dos limites objetivos da coisa julgada, no novo CPC, à prescrição

- LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1955, t. VI.
- MITIDIERO, Daniel. A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil. Disponível em: https://www.academia.edu/10250562/Coopera%C3%A7%C3%A3o_como_Modelo_e_como_Princ%C3%ADpio_no_Processo_Civil. Acesso em: 14.05.16.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. I.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*, in: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. (a)
- _____. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, in: *Temas de Direito Processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz*, in: *Temas de Direito Processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Interesses difusos e coletivos*, in: *Revista trimestral de direito público*, n. 3. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo*, in: *Temas de Direito Processual – segunda série*. 2ª ed - São Paulo: Saraiva, 1998, p. 243.
- _____. *Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro*, in: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 11, jul/set. 2002.
- _____. *Questões prejudiciais e questões preliminares*, in: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. (b)
- NUNES, Dierle. *O princípio do contraditório*, in: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 29, maio-jun/2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, n. 121.
- REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC*, in: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015.
- SANTOS, Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. III, p. 372.
- THEODORO JR., Humberto. *Alguns aspectos relevantes da prescrição e decadência no novo código civil*. Disponível em: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Algunsaspectosrelevantesprescr.pdf. Acesso em: 15.08.17.

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE SOB A ÓTICA DO DIREITO PORTUGÊS E O EXAME NEUROLÓGICO P300

Fernanda Barreto Alves¹ e Rafael Meireles Saldanha²

“A justiça é o direito do mais fraco”

Joseph Joubert

1. INTRODUÇÃO

O direito à não auto-incriminação, também conhecido pelas expressões latinas - *nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum prodere* – é a prerrogativa³ do indivíduo de *não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, a produzir prova contra si próprio e fornecer coactivamente*

¹ Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2010). Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2011). Atualmente, é doutoranda em Relações Internacionais e ministra a disciplina de Genocídio e Política Internacional na mesma universidade. Possui interesse nas áreas de conflitos contemporâneos, relações de gênero, justiça transicional e políticas de memorialização. Bolsista CAPES. E-mail: nanda-alves@hotmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2014). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. Bolsista CAPES. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

³ São diversas as definições pela doutrina portuguesa que caracterizam o *nemo tenetur*. Pode ser entendido como princípio, garantia, privilégio ou prerrogativa. Devido ao reduzido escopo do presente trabalho não será possível pormenorizar os referidos enquadramentos possíveis. Portanto, o *nemo tenetur* será aqui entendido como uma prerrogativa no sentido de atribuir-se um direito a uma categoria de sujeitos em particular que, em determinadas situações, podem fazer uso dele ou não, sendo esta parte de sua estratégia de defesa. Conforme RAMOS, Vânia Costa. “Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*” – Parte I, in Revista do Ministério Público. Lisboa: Ano 27, nº 108 (outubro-dezembro 2006), pp. 125-149 (p.133).

declaração ou informação que possa contribuir, de forma direta ou indireta, para sua incriminação. Decorre como resultado prático que a não colaboração por parte do arguido não possa lhe causar presunção de culpabilidade, sendo o direito ao silêncio a principal manifestação do direito a não contribuir para sua própria condenação.

Este presente estudo tem como objetivo analisar a tensão entre o *nemo tenetur* e o exame neurológico denominado abreviadamente P300. A funcionalidade desta técnica consiste na medição da resposta elétrica do cérebro a estímulos externos que podem resultar em uma expressão de probabilidade do indivíduo conhecer informações sobre o crime. Dessa forma, esta técnica não visa concluir pela incriminação definitiva ou não do arguido, mas serve como um meio para se descobrir informações que ajudariam na obtenção de provas.

Embora esta tecnologia possa ser vista como um importante auxílio para a busca da verdade material almejada pelo processo penal, é certo também que direitos fundamentais do arguido podem ser atingidos pelo uso deste instrumento. E é precisamente sobre este conflito de interesses que versa o presente trabalho.

2. O EXAME NEUROLÓGICO P300

O exame neurológico P300 é uma técnica científica utilizada para a descoberta da verdade material no âmbito processual penal. A utilização dessa técnica assumiu maior importância após ter sido apresentada como meio de prova nos Estados Unidos da América⁴. Na Europa, o emprego deste instrumento ocorreu recentemente na Espanha, em fase de inquérito, em dezembro de 2013⁵. Entretanto, ainda se aguarda o pronunciamento do Tribunal Constitucional acerca da violação ou não dos direitos fundamentais do arguido, em especial, o *nemo tenetur*.

A atividade neurológica funda-se na propagação pela troca de impulsos

⁴ Ver BOTELHO, Marta Madalena. O exame neurológico P300 em Tribunal e a (in) viabilidade da sua utilização no processo penal português. Revista Portuguesa de Ciência Criminal N° 1. Coimbra: Ano 24, janeiro-março 2014.

⁵ Ver PEIRÓ, Patricia. Um cadáver oculto em el cerero. El Pais, 15.12.2013. Disponível em http://politica.elpais.com/politica/2013/12/13/actualidad/1386955336_638121.html.

elétricos entre os neurônios⁶. O armazenamento de uma informação e a sua recordação por um indivíduo na memória se dá por meio de uma atividade elétrica específica. Portanto, toda a vez que ocorre a recordação de uma informação retida na memória de uma pessoa, o cérebro emite uma resposta por meio de uma determinada onda de intensidade elétrica. Importante destacar desde já que esta resposta cerebral é involuntária e automática⁷. Dessa maneira, é perfeitamente possível que um indivíduo negue sua participação em um acontecimento e o exame indique exatamente o oposto.

O potencial evocado cognitivo denominado P300 é um sinal elétrico típico encontrado em resposta a um estímulo provocado em um indivíduo, de alta latência (detectado por uma variação da atividade elétrica cerebral em frações de cerca de 300 milissegundos), captado através de eletrodos não evasivos fixados no couro cabeludo do examinado⁸.

Dessa forma, o exame neurológico P300 funda-se por meio de uma onda positiva que é registrada no eletroencefalograma após cerca de 300 milissegundos do acontecimento de um estímulo relevante. Esta resposta surge posteriormente a uma série de estímulos aleatórios que possuem distintas possibilidades de ocorrência. Apenas é registrado o padrão P300 quando o estímulo possui baixa probabilidade de ocorrência e é relevante para o indivíduo, caso ao contrário, a onda não será registrada⁹.

Portanto, este exame poderia ser utilizado como instrumento para a busca da verdade material no processo penal, na medida que ao interrogar o arguido sobre certos fatos relevantes para o processo, o P300 poderia indicar se o interrogado possui ou não conhecimento daquilo que lhe é perguntado, ainda que contra a

⁶ “O neurônio é a célula do sistema nervoso responsável pela condução do impulso nervoso. É constituído pelas seguintes partes: corpo celular, o núcleo celular, dendritos (prolongamentos numerosos e curtos do corpo celular, receptores de mensagens), axônio (prolongamento que transmite o impulso nervoso vindo do corpo celular) e telodendritos. O neurônio pode ser considerado a unidade básica da estrutura do cérebro e do sistema nervoso. A membrana exterior de um neurônio toma a forma de vários ramos extensos chamados dendritos, que recebem sinais elétricos de outros neurônios, e de uma estrutura a que se chama um axônio que envia sinais elétricos a outros neurônios. O córtex cerebral é um tecido fino composto essencialmente por uma rede de neurônios densamente interligados tal que recebem continuamente impulsos nas sinapses de seus dendritos vindos de milhares de outras células. Os impulsos geram ondas de corrente elétrica (excitatória ou inibitória, cada uma num sentido diferente) através do corpo da célula até a uma zona chamada a zona de disparo, no começo do axônio. É aí que as correntes atravessam a membrana celular para o espaço extracelular e que a diferença de voltagem que se forma na membrana determina se o neurônio dispara ou não” HÉRCULES, Hygino de Carvalho. *Medicina Legal-atlas e texto*. Rio de Janeiro: Editora Atheneu, 2005, p. 734.

⁷ BOTELHO, Marta Madalena. *Op. Cit.*, p. 61.

⁸ SILVA, Ana; BATISTA, João e CARVALHO, Vítor. *Potenciais Evocados*. Lisboa: Departamento de Física da Faculdade de Ciências de Lisboa, 1998, p. 6.

⁹ *Ibidem*, p. 7.

sua vontade. Por exemplo, poder-se-ia questionar ao arguido se reconhece um determinado local em que ocorreu um crime (através da visualização de imagens de diferentes locais), se este se recordar de algum local, o exame acusará o padrão P300 no encefalograma quando apresentada a respectiva imagem, ainda que o arguido se reservasse o seu direito ao silêncio.

É importante tecer breves considerações sobre a fiabilidade dos resultados obtidos. Existe muita controvérsia entre os investigadores, alguns estudos afirmam ter obtido um grau de fiabilidade 100%, enquanto outros apenas em 87% dos casos¹⁰. As chamadas falsas memórias - o reconhecimento de acontecimentos que não ocorreram ou ainda uma memória equivocada de eventos reais - são situações onde há um falso reconhecimento, entretanto não proposital, diferente do que ocorre com a mentira. Por isso, ao contrário do que ocorre com o polígrafo, o P300 não pode ser controlado pelo sujeito, já que a atividade elétrica neurológica existe independentemente da vontade do indivíduo¹¹.

Cumpra por fim esclarecer que o presente trabalho parte da premissa que o exame neurológico P300 possui 100% de eficácia, ainda que se possa questionar sua fiabilidade, debruçando-se apenas em analisar a compatibilidade da utilização do P300 com as garantias do arguido asseguradas no processo penal português, especialmente o direito a não auto-incriminação.

3. NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

3.1. Origem Histórica

Existem dúvidas quanto ao momento do surgimento do *nemo tenetur*, entretanto a doutrina portuguesa¹² reconduz a sua origem no ordenamento nacional à reminiscência jurídica anglo-saxônica, mais designadamente ao período de viragem do processo penal inquisitório – no qual o arguido era considerado apenas objeto do processo, para o processo penal acusatório – onde o arguido passa a ser entendido como sujeito processual, possuindo direitos e deveres¹³.

¹⁰ ANDREU NICUESA, Cristina e VALDIZAN USÓN, José Ramon. Potencial evocado cognitivo p300 em la investigacion pericial. Revista de Derecho y Processo Penal, nº 33 (2014), pp. 345-366, p. 353.

¹¹ BOTELHO, Marta Madalena. Op. Cit., p. 61.

¹² ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

¹³ “Foi intenção primacial – já o sabemos – das reformas processuais do séc. XIX, operadas sob o influxo das ideias revolucionárias, ligar a investigação da verdade material aos pressupostos do Estado-de-direito, limitando-a assim pela observância escrupulosa dos direitos, liberdades e garantias do cidadão. Daí, justamente que importasse assegurar de novo ao arguido, no processo penal, a posição de sujeito dotado de um real e efectivo direito de defesa” DIAS, Jorge de Figueiredo. Clássicos jurídicos – Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª Ed. 1974 – Reimpressão 2004, p. 429.

Mais especificamente, o princípio aparece como reação aos terríveis métodos inerentes da Inquisição (Idade Média), dirigida pelo absolutismo monárquico e pela Igreja. Estes métodos eram utilizados em todas as pessoas acusadas da prática de crimes, de modo a se obter a confissão¹⁴, altura que esta era considerada a rainha das provas, podendo até mesmo essa confissão ser alcançada por meio de práticas de tortura¹⁵.

Foi na Inglaterra que o direito a não auto-incriminação adquiriu seus contornos modernos com a promulgação da Carta Magna em 1215. Durante o processo de reformas que a sucede, promovendo a viragem para um sistema processual acusatório, a liberdade do arguido de como pretende se defender diante das acusações vai sendo progressivamente reconhecida.

O ano de 1679 é considerado por Costa Andrade como o ponto segundo o qual “o princípio *nemo tenetur viria a triumphar definitivamente no direito inglês*”¹⁶. No entanto, outros autores consideram que o direito a não auto-incriminação surge no século XIX, ou que neste período ocorre a sua aplicação integral, pois é nesta altura que foram introduzidos o direito à assistência por advogado e a ciência ao arguido que este pode permanecer em silêncio sobre aquilo que lhe é perguntado¹⁷.

Cumpra ainda ressaltar que a Declaração dos Direitos de Virgínia em 1776¹⁸ proclamava em seu art. 8º que “em todos os processos criminais o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo”. Sendo esta, inclusive, a fonte da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (1971).

A primeira previsão legal expressa do *nemo tenetur*, que consagra o momento concreto do princípio dentro do ordenamento jurídico português, ocorreu no Decreto de 28 de dezembro de 1910, no qual foi estabelecido que nenhum réu em processo penal poderia ser obrigado a responder em audiência de julgamento, excetuando-se apenas as perguntas relacionadas a sua identidade¹⁹.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.153.

¹⁵ Ibidem, p. 154.

¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., p. 123.

¹⁷ A exemplo de Vânia da Costa Ramos.

¹⁸ A Declaração de Direitos de Virgínia é uma declaração de direitos estadunidense de 1776, que se inscreve no contexto da luta pela independência dos Estados Unidos da América. A Declaração de Direitos de Virgínia foi elaborada para proclamar os direitos naturais e positivados inerentes ao ser humano, dentre os quais o de não produzir provas contra si mesmo. A influência desse documento pode ser vista em outras declarações de direitos, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos (também de 1776), a Carta dos Direitos dos Estados Unidos (de 1789) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa (também de 1789).

¹⁹ Conforme RAMOS, Vânia Costa. “Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*” – Parte I, in Revista do Ministério Público. Lisboa: Ano 27, nº 108 (outubro-dezembro 2006), pp. 125-149.

Em seguida, o Código de Processo Penal de 1929, que vigorou até 1987, também consagrou o direito ao silêncio limitado apenas pela obrigação de declarar com verdade relativamente à identificação pessoal e antecedentes criminais. Entretanto, esta previsão formal do *nemo tenetur*, em sua perspectiva relacionada ao direito em permanecer em silêncio não correspondia verdadeiramente a uma concretização efetiva deste princípio, porque era admitida a valoração negativa do silêncio²⁰, seja como índice de culpabilidade seja de não arrependimento.

Somente com o Código de Processo Penal de 1987 o direito a não auto-incriminação adquire verdadeiramente sua consagração efetiva, indo além de sua previsão formal, já que passa a ser proibida a valoração negativa do silêncio do arguido pelos juízes, bem como a proibição de utilização de declarações anteriores que se remetam ao silêncio.

No Direito comparado observa-se que o *nemo tenetur* está previsto nas legislações dos países que possuem um Estado democrático de direito²¹, como também está consagrado em documentos internacionais de proteção dos direitos do homem, seja implicitamente - como é o caso do artigo 6º, II da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²² -, ou expressamente como disposto no artigo 14º, III, g) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU²³.

3.2. Conteúdo

No apontado contexto, se faz necessário dar breve resenha da forma como a Doutrina e a Jurisprudência têm dado densidade interpretativa ao direito a não auto-incriminação.

²⁰ *Ibidem*, p. 136.

²¹ Estado democrático de direito é um conceito de Estado que busca superar o simples Estado de Direito. Garante, por meio das leis todo um rol de garantias fundamentais, a Dignidade Humana. O termo “Estado democrático de direito” conjuga dois conceitos distintos que, juntos, definem a forma de funcionamento tipicamente assumido pelo Estado de inspiração ocidental.

²² Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo), II - Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. É garantido o direito a não-autoincriminação como corolário lógico consequente da presunção de inocência, não devendo ser valorado, portanto, o silêncio do arguido como índice de culpabilidade. Este entendimento está de acordo com os ensinamentos de Figueiredo Dias: “Daqui deriva o princípio segundo o qual o arguido não pode ver juridicamente desfavorecida a sua posição pelo facto de exercer o seu direito ao silêncio, i. é o princípio de que o exercício de um tal direito processual não pode ser valorado como indício ou presunção de culpa”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 448.

²³ Artigo 14º, III, g) - Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Inicialmente, após a análise da evolução histórica deste princípio, observa-se que o seu conteúdo se relaciona com a posição processual do arguido e a sua consagração como sujeito processual, expressamente assegurada no art. 60 do Código Processual Português²⁴.

Conforme ensina Figueiredo Dias²⁵, resta claro que a posição do arguido como sujeito processual lhe confere um leque de garantias que o conduzem a tal condição, especialmente o direito de defesa e o direito à presunção da inocência, dispostos no art. 32º da Constituição da República²⁶. Para o referido autor, a presunção de inocência exerce importante influência sobre o estatuto do arguido.

Vania Costa Ramos²⁷ ressalta também a necessidade das garantias processuais do arguido, que são o *“o escudo protetor dos direitos fundamentais do cidadão que, em virtude da suspeita que sobre ele incide, de ter cometido um crime, se encontra numa situação de especial vulnerabilidade perante a máquina estatal”*.

Dessa forma, o *nemo tenetur* é decorrente da proeminência do sistema acusatório, estando este princípio ligado, portanto, ao direito ao processo equitativo, e consequentemente a presunção de inocência do arguido e ao seu direito de defesa. A utilização do arguido como meio de prova é limitada pelo respeito a sua decisão de vontade.²⁸²⁹

²⁴ Artigo 60 - Desde o momento em que uma pessoa adquire a qualidade de arguido é -lhe assegurado o exercício de direitos e deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei.

²⁵ “Afirmar-se pois, como agora se afirma, que o arguido é sujeito e não objeto do processo significa, em geral, ter de se assegurar àquele uma posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de autónomos direitos processuais, legalmente definidos, que hão de ser respeitados por todos os intervenientes no processo penal”. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit. p. 429 e 430.

²⁶ Artigo 32.º Garantias de processo criminal - 1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

²⁷ RAMOS, Vânia Costa. “Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare” – Parte II, in Revista do Ministério Público. Lisboa: Ano 28, nº 109 (janeiro-março 2007), pp. 57-96 (p. 62-63).

²⁸ “Tal como ensina Figueiredo Dias, a presunção de inocência «assume reflexos imediatos sobre o estatuto do arguido enquanto “meio” processual – seja enquanto objecto de medidas de coacção, seja enquanto meio de prova». E chama a atenção de que este princípio, «ligado agora directamente ao princípio – o primeiro de todos os princípios constitucionais – da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade (...). Só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constituir objecto do processo»”. Acórdão STJ 14-2014 Apud Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 26 e 27.

²⁹ Figueiredo Dias entende que o arguido pode, ele mesmo, ser um meio de prova. Entretanto, esses casos devem ser demarcados expressamente pela lei, sendo a exceção e não a regra: “Não quer isto dizer que o arguido não possa, em termos demarcados pela lei por forma estrita e expressa, ser objeto de medidas coativas e constituir, ele próprio, um meio de prova. Quer dizer, sim, que as medidas coativas e provatórias

No âmbito da jurisprudência, importante estudo deste princípio foi elaborado por Joana Costa sobre as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Conclui a autora que, para o referido Tribunal, não fere o direito a não auto-incriminação os elementos obtidos do acusado que existam independentemente da vontade do arguido, como por exemplo os tecidos corporais para amostra de ADN³⁰.

De acordo com o mencionado estudo ressalta-se ainda que, perante a jurisprudência que vem sendo consolidada pelo TEDH, não se pode utilizar dentro do processo penal sem que seja ferido o direito a não auto-incriminação: *“de elementos de prova que, através de poderes compulsivos, se obtenham do acusado e que não existam sem a sua vontade; de prova documental obtida do acusado através da sua colaboração activa, através de poderes compulsivos, quer os documentos já existam aquando da intimação quer sejam produzidos na sequência desta; de declarações prestadas pelo acusado sob coerção.”*

Pode-se concluir, portanto, que é dada especial importância ao critério da vontade do arguido, ou seja, não compromete a utilização dentro do processo penal de elementos que independem da vontade do indivíduo. Ou seja, sob estas condições, obter do arguido compulsivamente estes elementos não viola o *nemo tenetur*.

Entretanto, cumpre aqui indagar se o Potencial Evocado Cognitivo denominado P300 se enquadraria como um desses elementos que existem de forma independente da vontade do acusado. Como visto anteriormente, o exame neurológico P300 é um sinal elétrico típico encontrado em resposta a um estímulo provocado em um indivíduo e esta resposta cerebral é involuntária e automática. Portanto, este sinal elétrico existe independente da vontade do indivíduo, assim como os tecidos recolhidos para exames de ADN.

Dessa maneira poder-se-ia, com meridiana clareza, supor que se o TEDH

que sobre ele se exerçam não poderão nunca dirigir-se à extorsão de declarações ou de qualquer forma de autoincriminação, e que, pelo contrário, todos os actos processuais do arguido deverão ser expressão da sua livre personalidade”. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit. p. 427.

³⁰ “O direito à não auto-incriminação relaciona -se, em primeira linha, com o respeito pela vontade da pessoa do acusado em permanecer em silêncio e (...) não abrange já a utilização, em processo penal, de elementos susceptíveis de serem obtidos do acusado através do exercício de poderes compulsivos, contando que a respectiva existência seja independente da vontade do suspeito, tais como documentos apreendidos em buscas, amostras de sangue ou de urina e tecidos corporais para testes de ADN”. Acórdão STJ 14-2014 Apud O Princípio Nemo Tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Revista do Ministério Público, ano 32, 128, outubro -dezembro 2011.

fosse invocado a debruçar-se sobre a compatibilidade ou não desse exame sob a ótica do princípio da não auto-incriminação, e se ainda mantivesse o critério da independência da vontade do indivíduo, sua decisão seria pela possibilidade do uso do P300.

3.3. Fundamento Constitucional

A determinação do fundamento constitucional do *nemo tenetur* será de grande valia para responder se este princípio pode ser restringido e, se sim, qual seria a abrangência dessa restrição.

Primeiramente, cumpre informar que quanto à natureza constitucional, embora o *nemo tenetur* não esteja previsto expressamente, (como na constituição Brasileira, Espanhola e Americana) a doutrina e a jurisprudência portuguesa, como a germânica, é unânime em aceitá-lo com princípio constitucional não escrito implícito³¹. Entretanto, no que se refere aos princípios constitucionais de onde emana a prerrogativa da não autoincriminação a doutrina e a jurisprudência divergem.

O primeiro grupo extrai um fundamento constitucional material ou substantivo: o direito ao silêncio e a proteção contra a autoincriminação se fundariam diretamente na dignidade da pessoa humana, ao direito à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consubstanciados nos artigos art. 1º (dignidade da pessoa humana), 25º (integridade pessoal), 26º (desenvolvimento da personalidade) da Constituição da República Portuguesa.

Em uma outra perspectiva de natureza constitucional processual, o direito a não autoincriminação estaria fundado no princípio do processo equitativo e das suas garantias, especificados nos artigos 20º, nº 4 (direito ao processo equitativo), 32º, nº 2 (presunção da inocência) da CRP.

3.3.1. Fundamento constitucional substantivo

O pressuposto para essa construção é a inserção do *nemo tenetur* no direito geral de liberdade e a consequente liberdade de ação por aquele garantida. Este direito de liberdade é fundamento de todos os direitos de defesa do perante o Estado.

³¹ “Não é, todavia, objecto de controvérsia, na jurisprudência e na doutrina, que o princípio em causa tem consagração constitucional implícita. Como também ensina o Professor Costa Andrade, a vigência deste princípio afigura -se “unívoca” sendo «decisiva, desde logo, a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência, em geral referenciados como matriz jurídico-constitucional do princípio»” Acórdão STJ 14-2014 Apud ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra, 1992.

Sendo assim, retira-se diretamente da dignidade da pessoa humana, núcleo intangível da liberdade, tornando assim, por consequência, o *nemo tenetur absoluto*, pois a dignidade da pessoa humana não está à disposição do legislador, não podendo ser limitado. Conforme explica Ramos³², o pressuposto para esta construção é a compreensão do princípio como pertencente a um direito geral de liberdade e este é o fundamento basilar para os todos os direitos de defesa perante o Estado, os ditos direitos fundamentais de primeira dimensão³³⁴.

Esta ideia está profundamente enraizada no pensamento jusnaturalista de que a prerrogativa da não autoincriminação é um direito natural de proteção própria, derivado de um instinto de autopreservação. Seria então contra a essência do ser humano atuar contra si, contra o seu instinto básico de sobrevivência. Entretanto, cumpre aqui desde já ressaltar que nos causa certa estranheza assentar este instinto egoísta do homem na dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre esta fundamentação pode-se constatar que constitui um limite absoluto ao Estado, não permitindo nenhum tipo de restrição, pois seria qualquer mitigação a esse princípio uma afronta a dignidade da pessoa humana. Um direito que seja emanado diretamente da dignidade da pessoa humana não será passível de sofrer as mesmas limitações que outro direito que seja fundamentado em garantias processuais.

Além disso, deve-se ter cautela ao fundamentar um direito ou princípio diretamente na dignidade da pessoa humana, sob pena de torná-lo absoluto. De fato, em *ultima ratio*, todos os direitos fundamentais advêm desta dignidade, entretanto, fundamentar toda e qualquer lesão a um direito neste valor pode acabar por banalizá-lo. Se entendermos a concepção jurídica da Constituição na

³² RAMOS, Vânia Costa. Op. Cit., p. 60.

³³ A Teoria do Status de Jellinek que nos permite compreender a posição jurídica das dimensões dos direitos fundamentais. Esta teoria ensina que estes direitos garantem aos indivíduos determinadas posições jurídicas, denominada status, em face do Estado. Nesta esteira, Robert Alexy identifica que os direitos fundamentais, no primeiro momento, buscam proteger o indivíduo do Estado, sendo direitos de defesa do cidadão. Exigem, portanto, uma ação negativa do Estado (abstenções), ou seja, limitam o poder do Estado. “De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado” ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 262.

³⁴ O termo geração é mais conhecido e usual, contudo a doutrina tem caminhado para o entendimento que a nomenclatura mais correta seria dimensão. A teoria das gerações está ligada ao surgimento dos direitos fundamentais, de forma que cada geração não substitui a anterior e sim a complementa, por isso a ideia de dimensão seria mais adequada. Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 40.

obra de Konrad Hess³⁵ – a dignidade da pessoa humana como valor supremo, ou seja, valor núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais – a proteção do *nemo tenetur* pode ser ancorada em outros princípios constitucionais sem que haja uma sobrevalorização deste princípio.

3.3.2. Fundamento constitucional de natureza processual

Nesta construção de entendimento, o direito a não auto-incriminação fundar-se-ia nas garantias processuais asseguradas constitucionalmente. O princípio norteador é a garantia ao processo equitativo, sendo o *nemo tenetur* um direito protetor do indivíduo nas relações entre o Estado e os cidadãos, assumindo assim um caráter eminentemente processual.

Esta foi a posição do Tribunal Constitucional sobre o fundamento deste direito, delineado no acórdão 695/95³⁶, que declarou inconstitucional o artigo nº2 do artigo 342 do Código de Processo Penal. O Tribunal Constitucional afirma que a essência das garantias de defesa no processo penal é a exigência de tratamento do arguido como sujeito do processo e para tal é atribuído um direito de defesa ao arguido pelo artigo 32º nº 1 da CRP. Direito que se efetiva e desenvolve através de direitos processuais autônomos a exercer durante o processo e que lhe permitem conformar a decisão final do processo.

Não obstante, o tribunal considerou também estar intimamente relacionado com o *nemo tenetur* a presunção da inocência, pois ambos são tutelados constitucionalmente com o mesmo objetivo: garantir que o arguido não seja tratado como um objeto, e sim como um sujeito do processo penal.

E é precisamente por esse entendimento de que o *nemo tenetur* é a projeção que concretiza o arguido como sujeito do processo penal que acabamos por concordar com a posição adotada por Ramos de que *“na verdade, o nemo tenetur é essência de um processo penal com todas as garantias inerentes à qualidade de sujeito do arguido”*³⁷. O direito a não auto-incriminação é um dos direitos

³⁵ A obra de Konrad Hesse “A Força Normativa da Constituição”, escrita em 1959, é um marco no direito constitucional. Seu objetivo era combater as ideias de Ferdinand Lassale de que a Constituição escrita não passa de uma folha de papel. A teoria de Konrad Hesse é aquela que contribui precipuamente para a concepção jurídica da Constituição adotada na atualidade.

³⁶ Acórdão STJ 695-1995.

³⁷ RAMOS, Vânia Costa. Op. Cit., p. 70.

processuais independentes em que se desenvolvem as garantias constitucionais de defesa com assento no artigo 32º nº 1 da CRP. Afasta-se assim a ideia de dignidade da pessoa humana como princípio imediato, muito embora seja este o princípio basilar que sustenta os demais princípios fundamentais.

Essa dimensão constitucional se demonstra, inclusive, pela evolução histórica do princípio no quadro do processo penal britânico, pois deriva da transição do processo inquisitório para o acusatório. A referida autora adverte que *“não obstante a possibilidade de enquadramento nas garantias de defesas, pensamos ser mais adequado fundar o princípio no próprio conceito de processo equitativo. A estrutura acusatória e as garantias processuais a ela inerentes, tais como a presunção de inocência ou o princípio do contraditório, são apenas a tradução daquele conceito no ordenamento nacional”*.³⁸

E como ensina Maria João Antunes, essa característica de estrutura acusatória do processo penal português com a atribuição ao arguido do estatuto de sujeito processual está disposto no artigo 60º e do catálogo de direitos e deveres processuais encontrados no artigo 61º do Código de Processo Penal.³⁹

Na mesma esteira, entende Figueiredo Dias que o estatuto jurídico conferido ao arguido constitui a *“pedra de toque”* para avaliar o espírito do ordenamento jurídico processual penal respectivo, pois dessa forma é possível perceber como se dão as relações entre o Estado e o indivíduo e o seu respectivo equilíbrio (ou não)⁴⁰. Nas palavras do célebre professor: *“Diz-me como trataas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu – eis um slogan que poderá caracterizar impressivamente a relevância do problema de que agora curamos”*.⁴¹

4. O NEMO TENETUR E SUA INCIDÊNCIA SOBRE O EXAME NEUROLÓGICO P300

Nesta seção destacaremos a incidência do direito a não auto-incriminação sobre o exame neurológico P300. Mas antes dessa análise se faz necessário ressaltar o posicionamento de Maria João Antunes sobre a utilização de meios

³⁸ Ibidem, 71.

³⁹ ANTUNES, Maria João. Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido, in Sub Judice. Justiça e Sociedade. Lisboa: nº 4, 1992, p. 25-26.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit., p. 427.

⁴¹ Ibidem, p. 427.

de prova que restringem garantias fundamentais. Estas só podem ocorrer por força de lei. De acordo com esse entendimento está o pensamento de Figueiredo Dias quando afirma que o arguido pode ser meio de prova, mas somente nos casos que a lei estrita e expressamente prevê essa utilização⁴².

Portanto, preliminarmente, a utilização do P300 sem lei prévia que o autorize seria impossível segundo o atual ordenamento jurídico português por força do artigo 18º nº2 da Constituição da República Portuguesa, abaixo transcrito:

Artigo 18.º Força jurídica, II - A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Neste ponto, faz-se necessário questionar a constitucionalidade de uma lei que autorizasse a utilização do exame neurológico P300 como meio de obtenção de prova. Essa hipótese se mostra relevante para analisarmos melhor os contornos do *nemo tenetur* e sua incidência sobre este tipo de exame. Especialmente porque observamos que é adotado primordialmente pelos tribunais portugueses e pelo TEDH o critério da vontade para determinar o âmbito de incidência ou não do *nemo tenetur*.

O emprego deste critério de incidência é temerário porque restringe demasiadamente a abrangência do princípio. Ressalta-se aqui a opinião de Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos que aduz que essa restrição excluiu do *nemo tenetur* “prestações pessoais exigidas sob ameaça de sanção, mas independentes da vontade do sujeito, que não passam por uma elaboração espiritual de sua parte”⁴³, deixando-o assim reduzido apenas ao direito em permanecer em silêncio.

Como vimos, o exame neurológico P300 não exige nenhum tipo de declaração oral. Os resultados obtidos por meio deste exame ocorrem independentemente da vontade do sujeito. Dessa maneira, se adotássemos esse critério, não haveria incidência do *nemo tenetur* se o arguido fosse submetido ao P300. Ou seja, o indivíduo estaria desprotegido perante o Estado que poderia forçá-lo a contribuir para sua própria condenação.

⁴² Ibidem, p. 430.

⁴³ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa. O Direito à Não -Inculpação (*Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*) No Processo Penal e Contra -Ordenacional Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 22.

Poder-se-ia indagar que assim também ocorre com a imposição de fornecer tecidos corporais para a realização do exame de ADN. De fato, esses elementos também não dependem da vontade do arguido, assim como a atividade elétrica cerebral. Contudo, entendemos que não é por este motivo que os exames de ADN podem ser realizados e o exame P300 não deve ser.

Reconhecendo a complexidade dos valores em jogo e a importância de uma ponderação entre os vários princípios envolvidos, Dias e Ramos acedem à concepção principiológica de Ronald Dworkin e de Robert Alexy e sua compatibilização, pela qual *“o Dasein dos princípios é em colisão com outros e o modo de dirimir essa colisão é, não através de um critério all or nothing, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando-os entre si na situação concreta”*⁴⁴

Cumprir ressaltar que a escolha de Robert Alexy como o autor base nesta seção se deu precisamente pela sua concepção de Direito em recorrer a um meta-critério para solução de conflitos entre duas regras constitucionais, fundado na regra de precedência entre os princípios, levando-se em consideração as situações concretas dos casos. Observa-se que a relação elaborada pelo autor entre regras e princípios se mostra adequada a responder a complexidade do Estado contemporâneo.

Nesse sentido, sua teoria se mostra de essencial importância para conceituar as constituições contemporâneas, pois neste sistema constitucional não se admite a colisão direta de regras, uma vez que estas possuem idêntica hierarquia. Entretanto, entre princípios se admite a colisão no caso concreto. Neste ponto, Alexy se aproxima de um conceito de princípio muito próximo ao de Dworkin, pois para ambos os princípios possuem diferentes graus dependendo de cada situação apresentada.

Para Alexy, os princípios determinam que alguma coisa seja concretizada no maior grau possível, dentre as possibilidades reais e jurídicas existentes. Por isso, o autor classifica os princípios como norma de otimização (*Optimierungsgebot*). A diferença entre regra e princípio reside na qualidade especial que os princípios possuem⁴⁵.

⁴⁴ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 23.

⁴⁵ “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são ‘mandatos de otimização’, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das condições reais como das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. Em sentido diverso, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio.” ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 86.

Alexy salienta que no caso de colisões de princípios, estas devem ser solucionadas a partir de uma metodologia própria. Muito embora um princípio deva ceder ao outro, isto não significa que este deva ser declarado inválido, e sim que um precedeu ao outro nesta circunstância. O princípio que deve prevalecer é aquele que possui maior peso no caso concreto. Já as regras não permitem este tipo de dimensão baseada em peso⁴⁶.

O autor desenvolve seu argumento de que toda norma é assentada em um princípio, portanto, quando ocorrem os casos de colisão entre regras constitucionais, é possível que se estabeleça uma ponderação entre os princípios que envolvem o caso concreto. Da obrigação de otimização dos princípios percebe-se que, no caso de colisão entre eles, quanto maior o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Como no entendimento deste autor os princípios são “mandados de otimização”, no conflito entre estes deve-se avaliar o interesse social envolvido para melhor atender a necessidade da sociedade. Esta avaliação de qual princípio no caso concreto é o mais “justo” se faz por meio da proporcionalidade⁴⁷ como critério de ponderação.

Na visão de Alexy, a ponderação feita através da proporcionalidade possui três máximas que sempre devem ser observadas, respectivamente, em sua ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴⁸. Primeiro deve-se analisar a adequação, que significa verificar se as medidas tomadas são aptas para atingir o fim desejado. Após este primeiro teste, verifica-se a necessidade, que se faz avaliando se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os

⁴⁶ “As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem de ceder ao outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que o princípio afastado tenha de introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede em verdade é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso” *Ibidem*, p. 89.

⁴⁷ Alexy destaca, que o “princípio” da proporcionalidade não é um princípio, e ele não é ponderado contra outro princípio. Suas máximas não serão ponderadas, para ver qual princípio é mais adequado ou necessário. Ou a ação ou omissão pretendida em base de um princípio é adequado e necessário, ou não o é. Se não for, não há colisão de princípios. Assim as máximas da proporcionalidade, só admitem cumprimento por completo, portanto, são consideradas regras. ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 100.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 100.

fins desejados. E por último, deve-se averiguar a proporcionalidade em sentido estrito, observando se as vantagens superam as desvantagens. No caso concreto será medido se a aplicação de ambos os princípios é adequada e necessária, e só se realmente for, será ponderada a proporcionalidade em sentido estrito.

Entretanto, a questão que se apresenta é como ponderar sem cair em um subjetivismo exacerbado. Alexy propõe a lei da ponderação, que preconiza que quanto maior o prejuízo causado pela desconsideração de um princípio, maiores devem ser as vantagens obtidas pela preferência do outro⁴⁹. Esta lei da ponderação é importante para destacar, que o peso de cada princípio deve ser considerado, mas não é um critério para saber qual princípio tem o maior peso.

Não havendo nenhum critério material satisfatório, restou-nos apenas o critério formal proposto por Habermas⁵⁰, o discurso. Habermas e Alexy amoldaram esta teoria para o Direito. Conforme estes autores, regras devem ser estabelecidas para o discurso: cada participante pode falar, cada afirmação deve ser fundamentada, todo contra-argumento deve ser respondido. Estas regras devem ser respeitadas e fiscalizadas pelo juiz. Este, com base nos argumentos apresentados, toma a sua decisão, que deve ser sempre fundamentada.

Como esta fundamentação ocorre no campo de justificação não é possível arbitrariedade, porque seguirá esses requisitos essenciais. Ressalta-se por fim que esta fundamentação deve ser coerente com o sistema jurídico, de forma que em circunstâncias idênticas a mesma decisão deve ser tomada, respeitando assim igualdade de tratamento⁵¹.

Neste panorama, Dias e Ramos bem sintetizam a aplicação desta teoria: *“quando um princípio, direito ou garantia, é superior a outro de acordo com critérios de relevância constitucional e não é possível na situação concreta salvaguardar alguns aspectos do princípio inferior, nesse caso, é permitido o sacrifício deste último. As ponderações envolvidas na resolução da colisão de princípios podem ser realizadas tanto pelo juiz, no caso concreto, como pelo legislador, para uma constelação ou grupo de casos”*⁵².

⁴⁹ Ibidem, p. 146.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1997. 2 Volumes.

⁵¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 233.

⁵² DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa. Op. Cit., p. 23-24.

Os referidos autores consideram ainda que *“a imposição forçada de fornecer prova e de assim contribuir para a auto-incriminação, pela compressão que provoca ao nível dos direitos à integridade pessoal, à privacidade e a não fornecer elementos auto-incriminatórios, só se justifica se do seu lado estiverem em jogo direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente”*⁵³

E é precisamente ao utilizar este critério de ponderação que observamos que deveria ser considerada inconstitucional qualquer lei que autorizasse a utilização do P300. Em um lado da balança verificamos o direito de persecução penal do Estado e a busca pela verdade material, e do outro o direito a não-autoincriminação e a privacidade do arguido. Ainda que o exame possa ser adequado para atingir os fins pretendidos, o segundo critério na ordem de ponderação, ao nosso ver, não resta verificado. Como vimos, uma medida para ser considerada necessária deve ser tomada de forma a ser a menos gravosa para alcançar os fins desejados.

O uso desse exame aniquilaria por completo o direito constitucional do indivíduo de não auto-incriminar-se. Ainda que o arguido declare não conhecer certa pessoa, a sua atividade cerebral indicaria o oposto. Isto traria implicações também ao direito fundamental do sujeito à privacidade. Sempre que a lei restringir garantias fundamentais deve-se ponderar os interesses sociais envolvidos e o grau de necessidade da lei, como determina o contido no artigo 18º, II: *“devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”* (nosso grifo).

Observa-se a importância dada pelo mandamento constitucional ao critério da necessidade. Portanto, poderia se questionar se é realmente necessário o uso desse exame pelo processo penal. A busca pela verdade material deve ser obtida a qualquer custo, sob pena do esvaziamento de dois direitos fundamentais, o *nemo tenetur* e a privacidade.

Em nosso entendimento, a utilização desse exame não se faz necessária porque: 1) o Estado possui toda a máquina estatal para a buscar a verdade material por outros meios; 2) a utilização do exame neurológico P300 atinge gravosamente o *nemo tenetur*, aniquilando-o por completo, bem como fere a privacidade do arguido.

Mesmo que se argumentasse que a utilização deste exame fosse necessária por ser, em determinado caso concreto, o único meio de descobrir a verdade material, ainda sim o uso do P300 não seria possível, pois não preenche o critério da proporcionalidade em sentido estrito.

⁵³ Ibidem, p. 20.

Se concordamos com o entendimento que o *nemo tenetur* possui fundamento constitucional assentado no direito ao processo equitativo, resta claro a importância do arguido em possuir garantias de defesas frente ao poder acusatório estatal. Este princípio liga-se a ideia de equilíbrio processual, munindo o arguido de direitos que o protegem e promovem um julgamento “justo”.

A utilização do exame neurológico P300 mostra-se desproporcional por extinguir por completo o direito a não auto-incriminação, desequilibrando em demasiado a balança da justiça. Isto porque o arguido não pode definir como quer posicionar-se perante o processo. Ainda que não queira responder uma pergunta por entender que poderia contribuir para sua incriminação, a utilização coercitiva do exame poderia revelar informações que o interrogado queira reservar o direito de omitir. É utiliza-lo como meio de prova desprovendo-o de qualquer proteção, um genuíno retrocesso a condição do arguido apenas a um objeto do processual.

Não queremos com isso afirmar que o arguido nunca possa ser utilizado como meio de prova, mas apenas salientar que a razão para que isso ocorra não é baseada em um critério de elementos que existam independentemente da vontade do sujeito, e sim que a mitigação do *nemo tenetur* decorra de uma ponderação de interesses de valor social e constitucional que prevaleçam em uma determinada situação.

Acreditamos que é devido a essa ponderação de relevante interesse social que o exame de ADN e a sujeição ao teste de alcoolemia não devam ser abrangidos pelo direito a não auto-incriminação. Nessa esteira, Dias e Ramos observam que a restrição do *nemo tenetur* deve ocorrer “*não numa «manobra» conceptual, estribada num critério duvidoso, que coloca a situação fora do alcance do nemo tenetur, mas no elevado valor social e constitucional dos bens jurídicos que com aqueles deveres se pretendem proteger*”⁵⁴

Cumpra registrar o posicionamento de Marta Madalena Botelho de que o P300 estabelece uma comunicação entre o computador que exhibe imagens e o cérebro que emite respostas. Ressalta ainda que a comunicação não depende exclusivamente da palavra. Em seu entendimento, dessa técnica decorre uma “conversa” entre o arguido e o computador: “*o P300 permite o estabelecimento de comunicação, ao registar o envio da mensagem (do estímulo) e a recepção da*

⁵⁴ Ibidem, p. 25.

resposta (a onda P300). O indivíduo não pode controlar essa resposta que o seu cérebro dá aos estímulos que lhe são apresentados ou, o mesmo é dizer, não pode impedir que a informação seja recolhida, que a informação lhe seja assacada. O computador fala com ele, apresentando-lhe estímulos e ele fala com o computador revelando-lhe dados da sua memória, mesmo que contra a sua vontade. É – cremos poder dizê-lo – uma conversa sem palavras.”⁵⁵

Poder-se-ia argumentar se este exame resulta ou não uma declaração por parte do arguido, e, portanto, uma violação ao seu direito ao silêncio. Antes de abordarmos essa hipótese se faz importante destacar que não há dúvida que os resultados deste exame são obtidos por elementos (impulsos elétricos cerebrais) que existem independente da vontade do indivíduo. Observa-se também, que o sujeito permanece em silêncio durante todo o procedimento, e que as informações obtidas são sempre sujeitas a interpretações. O exame é apenas um meio para obtenção de outras provas, ainda que contra a vontade do arguido. Nos parece que o direito ao silêncio do arguido não resta ferido, e sim seu aspecto mais amplo, o direito a não contribuir para sua incriminação, como corolário lógico de seu status de sujeito processual e de como deseja se posicionar frente as acusações que lhe são apresentadas.

Salienta-se ainda, que as garantias fundamentais indisponíveis, dessa maneira não podem ser abdicadas pelo indivíduo. Mesmo que a pedido do arguido, o exame neurológico P300 não poderia ser realizado. Assim ensina Figueiro Dias: *“Desde logo, um tal consentimento só muito raramente poderia considerar-se livre, por estar o arguido em regra, quando o prestou, coagido pelo receio de que a negação do consentimento pudesse ser interpretada como indício da sua culpa; e, de todo o modo, um tal consentimento seria ineficaz por recair sobre bens indisponíveis – a autonomia e dignidade da pessoa e a sua liberdade de vontade e decisão -, como são os que justificam a proibição.”⁵⁶*

Entretanto, observamos anteriormente que o *nemo tenetur* pode sucumbir a um interesse de maior relevância social. De acordo com a Constituição da República Portuguesa e o espírito norteador do Código de Processo Penal, a mitigação deste princípio, ou de qualquer outra garantia constitucional, só se faz quando seja absolutamente necessária. Dessa forma, o Estado deve sempre buscar outros meios menos gravosos à liberdade do indivíduo. Não é de outra

⁵⁵ BOTELHO, Marta Madalena. Op. Cit., p. 85.

⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit., p. 460-461.

forma o entendimento do referido autor, que dá máxima importância ao critério da necessidade e da reserva legal: “Daqui decorre o princípio, fundamental nesta matéria, segundo o qual as medidas coactivas só devem ser utilizadas quando absolutamente necessárias (princípio da necessidade). Como corolários da razão de ser da aplicação de tais medidas surge igualmente o princípio da legalidade (ou da tipicidade) já referido, bem como o princípio da subsidiariedade, segundo o qual só poderá aplicar-se uma medida coactiva quando não possa ser substituída, sem inconvenientes graves para a prossecução do interesse processual que visa realizar, por outra medida menos gravosa para a liberdade do arguido”⁵⁷.

E isto é, da mesma forma, a realização de critério de ponderação entre a necessidade de supressão de uma garantia constitucional frente a um relevante valor social em uma determinada situação. E nesta situação específica o *nemo tenetur* não deve ser esvaziado, sob pena de desequilibrar o processo equitativo.

5. CONCLUSÃO

Inicialmente observou-se que o surgimento do *nemo tenetur* adveio do período de viragem do processo penal inquisitório para o processo penal acusatório, onde o arguido passa a ser possuidor de um estatuto de sujeito processual.

Resta cristalina a concepção que a posição do arguido como sujeito processual lhe confere uma gama de garantias, sobretudo o direito de defesa e o direito à presunção da inocência, exercendo esta última fundamental influência sobre o estatuto do arguido.

Como corolário lógico desta construção, o *nemo tenetur* decorre da projeção de um sistema acusatório, relacionando-se intimamente ao direito ao processo equitativo, sendo-lhe assim garantido que seja presumido inocente durante o curso do processo e lhe dado o amplo direito de defesa.

Buscou-se também analisá-lo no âmbito jurisprudencial do TEDH. Conclui-se que para este tribunal não fere o direito a não auto-incriminação elementos que existam independentemente da vontade do arguido. Essa linha de raciocínio causa-nos estranheza pois pode levar a aceitar meios de obtenção de prova que conduzem o arguido a mero objeto do processo.

⁵⁷ Ibidem, p. 436.

Justamente pelo entendimento de que o *nemo tenetur* é uma proeminência que concretiza o arguido como sujeito do processo penal concordamos com a fundamentação deste direito em uma natureza constitucional processual, evidenciada no direito ao processo equitativo.

A utilização do arguido como meio de obtenção de prova só pode ocorrer por força de lei e quando estritamente necessária. Fazendo uso da técnica de ponderação de interesses desenvolvida por Alexy (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), no que se refere ao exame neurológico P300 conclui-se que uma lei que o autorizasse deveria ser considerada inconstitucional.

Primeiro porque não é necessária – o estado dispõe de outros recursos para a busca de verdade material que são menos gravosas as garantias do indivíduo. Segundo porque é desproporcional – a utilização do exame neurológico P300 fere de forma tão grave o *nemo tenetur* que a própria equidade do processo resta comprometida.

E a desobediência destes preceitos se tornaria muito cara na medida que o arguido perde seu status de sujeito processual. Afeta o próprio espírito do Processo Penal Português e sua estrutura acusatória o retrocesso do arguido a uma posição de objeto, nos remetendo a tempos de um sistema inquisitório. Tempos que devem ficar apenas nas páginas da história, e não ressurgidos sob as vestes de novas tecnologias.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANDREU NICUESA, Cristina e VALDIZAN USÓN, José Ramon. Potencial evocado cognitivo p300 em la invesgacion pericial. Revista de Derecho y Processo Penal, nº 33 (2014), pp. 345-366.

ANTUNES, Maria João. Direito ao silencio e leitura em audiência de declarações do arguido, in Sub Judice. Justiça e Sociedade. Lisboa: nº 4, 1992.

- BOTELHO, Marta Madalena. O exame neurológico P300 em Tribunal e a (in) viabilidade da sua utilização no processo penal português. Revista Portuguesa de Ciência Criminal Nº 1. Coimbra: Ano 24, janeiro-março 2014.
- DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa. O Direito à Não-Inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra -Ordenacional Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Clássicos jurídicos – Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª Ed. 1974 – Reimpressão 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1997. 2 Volumes.
- HÉRCULES, Hygino de Carvalho. Medicina Legal-atlas e texto. Rio de Janeiro: Editora Atheneu, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PEIRÓ, Patricia. Um cadáver oculto em el cerero. El Pais, 15.12.2013. Disponível em http://politica.elpais.com/politica/2013/12/13/actualidad/1386955336_638121.html.
- RAMOS, Vânia Costa. “Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare” – Parte I, in Revista do Ministério Público. Lisboa: Ano 27, nº 108 (outubro-dezembro 2006).
- _____. “Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare” – Parte II, in Revista do Ministério Público. Lisboa: Ano 28, nº 109 (janeiro-março 2007), pp. 57-96.
- SILVA, Ana; BATISTA, João e CARVALHO, Vítor. Potenciais Evocados. Lisboa: Departamento de Física da Faculdade de Ciências de Lisboa, 1998.

O SEMINÁRIO NACIONAL QUILOMBOLA: O QUE VEM DEPOIS DA ADI 3239?

*Humberto Adami Santos Junior - Advogado, Mestre em Direito,
Diretor do IARA - Instituto de Advocacia Racial e Ambiental e
Presidente das Comissões Nacional da Verdade da Escravidão
Negra no Brasil, do Conselho Federal da OAB, e Estadual da
Verdade da Escravidão Negra no Brasil da OAB/RJ*

Quando me dirigi à tribuna do plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região para fazer a proposta do “Seminário Nacional Quilombola”, uma pergunta ecoava na minha mente: o que viria depois da ADI 3239? Passados 15 anos do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que julgou constitucional o Decreto 4.887, que delibera sobre as demarcações de terras quilombolas, o marasmo, a lentidão, a dificuldade de se avançar com a política de demarcação de terras quilombolas, são uma realidade. A improcedência da ação ajuizada pelo Partido dos Democratas, uma vitória importante, não produziria efeitos mensuráveis nos próximos tempos. Daí nasceu a ideia de uma verdadeira convocação para um *brainstorming* coletivo, uma tempestade de ideias de ações e medidas que pudessem fazer avançar a política de demarcação de terras quilombolas nos próximos anos. É importante que isso ocorra dentro de um ambiente como um Tribunal Federal, como é o TRF2, e que tal conclave possa fazer surgir possibilidades de inovações para resolver parte das demandas das quase 5.000 comunidades quilombolas autodeclaradas existentes no Brasil.

O JULGAMENTO E A EMENTA

Com toda certeza, o julgamento da ADI 3239 foi um dos mais importantes

da última década e movimentou boa parte da sociedade brasileira. “NENHUM QUILOMBO A MENOS” foi uma das campanhas que movimentou boa parcela da sociedade brasileira, nas quais estiveram envolvidas a CONAQ - Coordenação Nacional Quilombola e a FENAQ - Federação Nacional de Associação Quilombolas. Pessoalmente, estive envolvido como amigo da corte pelo IARA - Instituto de Advocacia Racial e Ambiental.

Um excelente resumo do julgamento foi publicado pelo site “Dizer o Direito”, que transcrevemos integralmente em oportuna síntese:

O art. 68 do ADCT estabelece que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”

Em 2003, foi editado o Decreto nº 4.887, com o objetivo de regulamentar o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

O STF entendeu que este Decreto não invadiu esfera reservada à lei. O objetivo do Decreto foi tão somente o de regular o comportamento do Estado na implementação do comando constitucional previsto no art. 68 do ADCT. Houve o mero exercício do poder regulamentar da Administração, nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI, da Constituição.

O art. 2º, caput e § 1º do Decreto nº 4.887/2003 prevê como deve ser o critério utilizado pelo Poder Público para a identificação dos quilombolas. O critério escolhido foi o da autoatribuição (autodefinição). O STF entendeu que a escolha desse critério não foi arbitrária, não sendo contrária à Constituição.

O art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto preconiza que, na identificação, medição e demarcação das terras dos quilombolas devem ser levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos. O STF afirmou que essa previsão é constitucional. Isso porque o que o Decreto está garantindo é apenas que as comunidades envolvidas sejam ouvidas, não significando que a demarcação será feita exclusivamente com base nos critérios indicados pelos quilombolas.

O art. 13 do Decreto, por sua vez, estabelece que o INCRA poderá realizar a desapropriação de determinadas áreas caso os territórios ocupados

por remanescentes das comunidades dos quilombos estejam situados em locais pertencentes a particulares. O STF reputou válida essa previsão, tendo em vista que em nenhum momento a Constituição afirma que são nulos ou extintos os títulos eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Assim, o art. 68 do ADCT, apesar de reconhecer um direito aos quilombolas, não invalida os títulos de propriedade eventualmente existentes, de modo que, para que haja a regularização do registro em favor das comunidades quilombolas, exige-se a realização do procedimento de desapropriação.

Por fim, o STF não acolheu a tese de que somente poderiam ser consideradas terras de quilombolas aquelas que estivessem sendo ocupadas por essas comunidades na data da promulgação da CF/88 (05/10/1988). Em outras palavras, mesmo que na data da promulgação da CF/88 a terra não mais estivesse sendo ocupada pelas comunidades quilombolas, é possível, em tese, que seja garantido o direito previsto no art. 68 do ADCT.

STF. Plenário. ADI 3239/DF, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red.p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgado em 8/2/2018 (Info 890).

Site 'DIZER O DIREITO' in <https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/constitucionalidade-do-decreto-48872003.html>

Até o presente momento não foi publicado o acórdão prolatado pelo STF, como se verifica na certidão constante no site do STF:

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. No mérito, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos, vencidos o Ministro Cezar Peluso (Relator), e, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Votaram, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que sucedera o Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.2.2018.

O QUE VEM DEPOIS?

Já na época da discussão do julgamento da ADI 3239, uma parcela das pessoas envolvidas, dentre juristas e ativistas, debatia sobre o que viria depois da ADI 3239? Como fazer frente às ações de reintegração de posse que seriam ajuizadas

contra quilombolas? Quais seriam os limites da demarcação de terras dos quilombos e qual era a previsão para desembaraçar a política nacional de ações afirmativas em relação à demarcação de terras quilombolas e em cumprimento aos Tratados Internacionais? Como fazer para que os quase 5 mil quilombos já autodeclarados pudessem ter uma aceleração nas demarcações que estavam paralisadas em todo o país?

Com isso, o que se verificou após o julgamento é que o que se alcançou foi a constitucionalidade do decreto, mas não alcançou nenhuma ação, administrativa ou judicial, para aceleração da demarcação de terras quilombolas. Esse Seminário Nacional Quilombola - proposto em conjunto com a Comissão Nacional da Verdade da Escravidão Negra, do Conselho Federal da OAB, com a Comissão Estadual da Verdade da Escravidão Negra, da OAB do Rio de Janeiro e do IARA Instituto de Advocacia Ambiental - vem exatamente para incentivar que as forças envolvidas, a saber, ativistas quilombolas e, juristas possam responder a essa indagação: qual o melhor caminho para acelerar essa política de demarcação de terras quilombolas?

O PROBLEMA PARA OS QUILOMBOLAS

Os problemas para os quilombolas, em apertada síntese, são problemas de acesso à terra, acesso ao crédito, acesso a uma vida regular com educação, saúde, cultura, incentivos de permanência no campo, e infra estrutura. Vários são os quilombos que estão em verdadeira era medieval, sem direito a nada. Outros já têm a terra demarcada.

Quando estive no Quilombo da Marambaia, quilombolas me informaram que tinham de andar mais de 3 quilômetros somente para carregar uma bateria elétrica de carro, pois não lhes era permitido ter acesso à eletricidade pública. As baterias elétricas de carro eram carregadas por geradores elétricos de propriedade da Marinha, para que os quilombolas tivessem luz durante algum tempo. Precisavam carregar até o local da Marinha, que não tinha intenção de fazer eletricidade chegar aos casebres dos próprios quilombolas. Quilombolas desejam o acesso a bens de felicidade e progresso, como todo o restante da sociedade brasileira.

OS 10 DIREITOS FUNDAMENTAIS

É proposta a ser debatida durante o Seminário Nacional Quilombola e para isso foram convidadas a FENAQ, a CONAQ e outros movimentos e associações que visem atuar na área, de forma que propiciem a discussão de quais são as melhores opções para que estes direitos venham a ser garantidos. O que os quilombolas têm dito é que o primeiro direito fundamental obviamente é a demarcação de terras quilombolas, mas, também, é a educação quilombola, saúde, acesso ao crédito, melhoria em suas estradas, melhoria de acesso a serviços básicos como correios, banco, etc. Tudo isso tem sido negligenciado pelas administrações – federal, estadual e municipal – mesmo o direito que eles já possuem de taxas diferenciadas de serviços como luz elétrica, tem sido negligenciado. Daí a proposta de se fazer uma ação constitucional levando à Suprema Corte a imposição ao estado brasileiro de um dano moral pela demora na demarcação de terras quilombolas. O exemplo vem da ADPF 347, que impôs dano moral pelas condições de encarceramento aos presos. Verifica-se também que a demora na demarcação de terras quilombolas estaria configurado “no estado de coisas inconstitucional”, pois o estado brasileiro vem descumprindo suas obrigações no tocante à demarcação de terras quilombolas.

É a teoria do “estado de coisas inconstitucionais” que torna a situação de descumprimento dos Tratados Internacionais, e a política de demarcação de terras quilombolas que se encontra que com essa situação arrastada, travada e demorada, tornando tal situação ilegal e contrária à Constituição Federal. Verifica-se que esse desleixo do Estado acarretou dano moral. O estabelecimento de um paralelo próximo entre a situação de encarcerados do sistema prisional e a atual demanda quilombola.

“Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

STF. Plenário. RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854)”

ADPF 347 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO.

Julgamento: 09/09/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

Ementa: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

DO RECONHECIMENTO MUNICIPAL COMO INÍCIO DA SOLUÇÃO

O início do reconhecimento através da estrutura do município, como foi feito pelo Município do Rio de Janeiro, na última gestão, que iniciou o processo de reconhecimento dos Quilombos Urbanos de Pedra do Sal e Sacopã, no Rio de Janeiro. Esse tipo de solução, começando pela iniciativa municipal, através de iniciativa do Prefeito ou mesmo do Governador Estadual, que tem de ser melhor estudado e multiplicado, podendo constituir uma forma de solucionar a imensidão de problemas de comunidades quilombolas a serem trazidas para o reconhecimento e o gozo pleno de seus direitos quilombolas.

A AÇÃO A SER AJUIZADA NO STF

A FENAQ - Federação Nacional de Associações Quilombolas pretende ainda este ano ingressar com ação no Supremo Tribunal Federal para discutir tais temas, sendo o Seminário Nacional Quilombola, a ser realizado no Tribunal Regional Federal, excelente oportunidade de debates sobre a questão. Este artigo não pretende por um ponto final aos pontos aqui invocados, mas propor a discussão durante este evento que se realizará em novembro do corrente ano no Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

BIBLIOGRAFIA

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. "Estado tem o dever de indenizar pessoa que se encontre presa em situação degradante". 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/03/estado-tem-o-dever-de-indenizar-pessoa.html>>. Acesso em 20/09/2018.

Andamento processo eletrônico da ADPF 347 no STF. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 20/09/2018.

STF publica acórdão sobre dever do Estado de indenizar preso em situação degradante" 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-12/stf-publica-acordao-dever-estado-indenizar-preso>>. Acesso em 20/09/2018.

CONVERSÃO DE MULTAS AMBIENTAIS

*Jessé Torres Pereira Júnior, Desembargador no Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro*

Thaís Marçal, Advogada

Conta-se que prestigiosa instituição cultural empenhou-se na importação de uma múmia para compor o acervo de seu museu de egiptologia, todavia enfrentava o aflitivo dissabor de ver embargado o ingresso da peça no país porque os agentes alfandegários não conseguiam enquadrá-la em norma alguma de autorização. Desafiado a examinar a questão, veterano especialista em administração aduaneira, após compulsar as regras vigentes, encontrou a solução: a peça seria enquadrada como “carne seca”, que contava com expressa norma de admissão.

O criativo - embora um tanto macabro - chiste pretende ilustrar o apego ao exacerbado positivismo que predominou - talvez ainda impressione largo contingente de setores da administração pública - na aplicação do princípio da legalidade, interpretado em seu sentido estrito de que ao gestor público somente é dado fazer o que a lei expressamente determine, quedando-se paralisado à falta da norma legal.

É o que traz à memória a leitura do Decreto nº 9.179, de 23/10/2017, que, ao alterar o Decreto nº 6.514/2008, institui o Programa de Conversão de Multas Ambientais emitidas por órgãos e entidades da União, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Dito decreto – ato administrativo privativo de chefe de poder executivo – põe em prática o entendimento de que, mesmo no campo das sanções administrativas, à legalidade estrita sucede, no direito público pós moderno, a juridicidade, que, a partir da supremacia da Constituição e da efetividade dos

princípios, deve passar a orientar as decisões dos administradores públicos segundo novos paradigmas, o que inclui a dinâmica para a dosimetria da sanção, inspirada no raciocínio da ponderação e no senso de proporcionalidade quanto ao resultado de interesse público a obter-se.

Exatamente por isto o Decreto nº 9.179/2017 colhe importante oportunidade para dinamizar o norte traçado pelo art. 225 da Constituição da República, no sentido de que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O decreto ilustra o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, projetado em todas as Cartas Fundamentais promulgadas, no curso da segunda metade do século XX, com o fim de, traçando políticas públicas cogentes que assinam obrigações de fazer e de não fazer, fixar limites que as autoridades públicas devem respeitar em face da sociedade e dos direitos fundamentais que a embalam (individuais, sociais, econômicos, ambientais). No dizer de Luis Prieto Sanchis, festejado lente das Universidades Castilla-La Mancha e de Toledo, “se conciben tanto la Constitución y la justicia constitucional como los derechos fundamentales como artificios jurídicos que cobran todo su sentido al servicio de la limitación del poder y de la garantía de la inmunidad y libertad de las personas” (*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Madri: Trota, 2009, p. 9).

É nessa constitucionalização que se vão plasmando os novos paradigmas do controle jurídico da gestão pública: a efetividade dos princípios a que a administração pública deve obediência; a explicitação compulsória dos motivos do ato administrativo; o alcance da discricionariedade por controles; a processualização da atividade decisória; a responsabilidade universal dos agentes públicos, afastado qualquer nicho de irresponsabilidade; a consensualidade que vincula a ação administrativa às prioridades da sociedade objetivamente aferidas; a gestão sustentável dos bens e recursos públicos.

O Decreto nº 9.179/2017 introduziu, no Decreto nº 6.514/2008, que dispõe sobre infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelecendo o respectivo processo administrativo federal para sua apuração, alterações reveladoras do novo compromisso do direito punitivo estatal com a efetividade da reparação decorrente da imposição de sanção pecuniária, abrindo alternativa à vetusta tendência de que seria apenas mais uma fonte de receita para o erário.

Assim não mais deve ser, sobretudo tratando-se de danos ambientais, daí o art. 143, § 1º, com a redação do Decreto nº 9.179/2017, sublinhar que “independentemente do valor da multa aplicada, o autuado fica obrigado a reparar integralmente o dano que tenha causado”.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União entendia pela possibilidade da conversão de multas por investimentos. Por exemplo, pode ser citado o caso em que determinada operadora de telefonia celebrou um TAC, o qual prevê a conversão de R\$ 2,199 bilhões em multas aplicados pela Anatel contra a referida em R\$ 4,87 bilhões em investimentos na rede da própria empresa.

No âmbito do STJ, diversos são os precedentes concluindo pela redução da multa aplicada por entidades ambientais. Confira-se:

*AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA OBJETIVANDO A REDUÇÃO DA MULTA APLICADA PELO IBAMA DECORRENTE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. O QUANTUM FORA ESTIPULADO EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DISPOSTAS NOS AUTOS, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES DO INFRATOR, O GRAU DE INSTRUÇÃO E A SUA SITUAÇÃO ECONÔMICA. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO INTERNO DO IBAMA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nota-se dos autos que o ajuizamento da ação penal pública ambiental visava à recuperação da área degradada mediante o plantio de mudas nativas, bem como à condenação com o pagamento de multa. 2. **A fixação da multa fora estipulada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em especial, considerando a baixa capacidade econômica do infrator, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.** Assim, mostra-se inviável, em sede de Recurso especial, a análise de tais premissas fáticas, pois demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ 3. Agravo Interno do IBAMA a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1371298/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/03/2017) – os grifos não constam do original.*

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL.

PARCELAMENTO OU LOTEAMENTO IRREGULAR DO SOLO URBANO (ART. 50, INCISO I, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DA LEI N. 6.766/1979). APTIDÃO DA DENÚNCIA. TIPICIDADE. MATÉRIA SUPERADA POR

SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. EXASPERAÇÃO FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. MULTA. REDUÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A denúncia expôs o fato criminoso, com todas as circunstâncias relevantes para o entendimento do caso concreto. A tipicidade penal ressaltada é evidente quando, a partir da descrição fática, imputou-se ao agravante a adesão subjetiva, livre e consciente, ao grupo de pessoas responsáveis pela implantação do loteamento clandestino denominado "Mansões Chácaras do Lago".

(...)

8. A fixação da pena pecuniária deve manter a proporcionalidade para com a pena corporal cominada e, no caso concreto, sem perder de vista a capacidade econômica do agente, uma vez que o tipo penal violado, em seu preceito secundário, já especifica a multa em valores diretos - 10 (dez) a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País. 9. Agravo regimental provido parcialmente, apenas para reduzir a pena de multa, fixando-a em 60 (sessenta) vezes o salário mínimo vigente à época do fato. (AgRg no REsp 1361945/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

Importante destacar, inclusive, que o princípio da eficiência na tutela ambiental é maximizado no momento em que se empreende meios de reparação direta ao meio ambiente ao invés de cobrar valores pecuniários, haja vista que se evita que verba seja destinada para fins diversos do que a reparação daquela área que sofreu o dano.

Ademais, a lógica punitiva estatal deve ser utilizada como última *ratio* em matéria sancionadora administrativa, uma vez que se deve conferir primazia a práticas restaurativas do *status operandi* ético. Neste cenário, mostra-se de fundamental importância o estabelecimento de critérios normativos para regular o processo de conversão. A implementação de programas de *compliance* também atende tal desiderato, permitindo que a empresa retome sua atividade, em conformidade com a regulação estatal, ensejando, assim, o exato cumprimento de sua função social.

Chega-se ao ponto nodal das preocupações do decreto, qual seja o do caráter pedagógico-reparatório da multa ambiental e de sua possível conversão, a ser manejada com o fim de coibir, com inteligência, senso de proporção e utilidade,

violações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nos termos do art. 145, “Por ocasião do julgamento do auto de infração, a autoridade julgadora deverá, em decisão única, julgar o auto de infração e o pedido de conversão da multa”, julgamento no qual considerará, acrescenta o § 1º, “as peculiaridades do caso concreto, os antecedentes do infrator e o efeito dissuasório da multa ambiental, e poderá, em decisão motivada, deferir ou não o pedido de conversão formulado pelo autuado”, decerto que, di-lo o § 4º, cabendo “recurso hierárquico da decisão que indeferir o pedido de conversão”.

A tais pertinentes homenagens ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório também em sede administrativa (CF/88, art. 5º, LIV e LV) aditem-se duas observações: (a) a função punitiva constitui prerrogativa da administração; (b) todo ato que aplica penalidade administrativa é um ato jurídico, destinado que é a restringir ou suprimir direitos, impor obrigações de fazer, de não fazer ou de tolerar, seguindo-se que o seu editor deve zelar por que se apresente íntegra a respectiva estrutura morfológica.

Para bem apreender a natureza e os limites da primeira observação, é necessário conceituar prerrogativa, que se não confunde com privilégio. No jargão do direito público, prerrogativa traduz um dever-poder de agir com o fim de assegurar a satisfação do interesse público. Não se trata de um direito propriamente, muito menos de um direito personalizado, como na excepcionalidade do privilégio. Prerrogativa exprime um dever que compele o agente público a agir, sob pena de omissão de seu dever funcional, sempre que perceba em risco o adequado desempenho da função pública. Não lhe é facultado agir. É de seu dever jurídico agir.

Aplicando-se o conceito de prerrogativa ao tema ambiental, entenda-se que ao gestor público não se concede escolher entre punir e não punir o causador do dano. É de seu dever puni-lo, desde que, respeitadas as garantias da defesa e do contraditório em processo regular, resulte comprovada a falta atraente da sanção. A esse dever servem poderes meramente instrumentais de agir. Não o poder como manifestação de prestígio ou força, mas o poder como instrumento de ação subordinada a um dever indesviável. Se a autoridade deixa de punir quando era o caso de fazê-lo, ou pune inadequadamente - com excesso ou indulgência -, estará agindo com abuso de poder ou desvio de finalidade, figuras igualmente caras aos essenciais fundamentos do direito público, cuja incidência corrompe a idoneidade do desempenho do cargo público. Por isto que toda prerrogativa

está limitada pelos fins legais que a circunscrevem: no caso de dano ambiental, a prerrogativa de aplicar sanções se justifica em face de comprovada violação. Nem mais, nem menos.

A segunda observação deve pautar o agir da autoridade administrativa por técnica e precisão. Todo ato punitivo, sendo, como é, um ato administrativo, deve nascer e sustentar-se a partir do exercício regular da **competência** do órgão e do agente; veiculado pela **forma** escrita e na sede processual que lhe atestem a seriedade; tendo por conteúdo um **objeto** de inequívoco interesse público; enunciando os **motivos** que lhe demonstrem a juridicidade (fatos verazes e comprovados, submetidos a normas regentes de invariável incidência no caso concreto, fatos e normas sopesados com razoabilidade e proporcionalidade); de sorte a alcançar os resultados justificadores da **finalidade** do regime protetivo do meio ambiente.

Toda atenção deve ser posta para precaver vícios de competência (a sanção ser imposta por autoridade que não era a competente); de forma (o instrumento formalizador da sanção não era apto a expressá-la); de objeto (a sanção aplicada esconde o propósito de prejudicar o autuado, e, não, o de tão só conformar-lhe a conduta aos ditames da preservação ambiental); de motivo (os fatos puníveis inexistem, ou não são aqueles que embasaram a sanção, ou esta adotou severidade incompatível com o grau da falta); de finalidade (a sanção em pouco ou nada contribuirá para que se obtenha o resultado planejado com a execução da multa ou a sua conversão em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, tisonada pela conduta do autuado).

Em presença de vícios comprometedores dos elementos de sua estrutura morfológica - competência, forma, objeto, motivo e finalidade -, o ato da sanção estará sujeito à invalidação, seja por autoridade administrativa hierarquicamente superior, em cuja competência funcional se insira a revisão do ato sancionador, ou da autoridade judiciária, se o penalizado provocá-la pela via própria.

ENTRE A JUSTA CAUSA E O IN DUBIO PRO SOCIETATE

Lucas Groth¹

Resumo: Busca-se neste artigo fazer uma investigação acerca do que, no processo penal, convencionou-se chamar de *in dubio pro societate*. Para tanto, utilizamos como base os princípios da presunção de inocência e da legalidade, ambos lidos por meio das lentes do garantismo penal. Busca-se assim, compreender o instituto ora em investigação para aferir sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Ao final, traçam-se considerações a respeito da construção doutrinária e jurisprudencial referente ao objeto do artigo.

Palavras-Chave: *in dubio pro societate*, *in dubio pro reo*, Presunção de inocência, Legalidade, Justa Causa.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo compreender o brocardo *in dubio pro societate* aplicado no processo penal, especialmente nos momentos da denúncia e da pronúncia perante o Tribunal do Júri. Inicialmente, faz-se uma breve reconstrução teórica dos pressupostos políticos e dogmáticos do alegado princípio, a fim de compreender sua gênese e teleologia. Em seguida, são colocadas algumas questões acerca de seus pressupostos com intuito de se problematizar algumas das premissas nas quais se estabelece a expressão.

Em um segundo momento, buscaremos reconstruir brevemente as bases

¹ Bacharel em direito, pós graduando em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) e mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

epistemológicas do Direito Penal dentro do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito a partir dos princípios da presunção de inocência e da legalidade. Nesse momento nos voltaremos para o sistema do garantismo penal para que seja possível compreender a relação entre os pressupostos políticos e filosóficos pré-jurídicos e os princípios e garantias constitucionalmente previstos na Carta Maior. Ao conectar as razões políticas e filosóficas com os princípios positivados e os diplomas legais, será possível compreender a hermenêutica que orienta nosso ordenamento.

Passada essa segunda etapa, será possível analisar o *in dubio pro societate* a partir de uma perspectiva crítica, analisando sua coerência ou incoerência com o ordenamento jurídico. A partir do parâmetro que será traçado, nos debruçaremos sobre o objeto de nosso artigo de forma teoria, além de analisar a jurisprudência do STJ e STF acerca do tema, analisando sua aplicação prática. Com isso se objetiva averiguar a pertinência ou impertinência de tal figura em nosso ordenamento jurídico.

IN DUBIO PRO SOCIETATE:

O *in dubio pro societate* é apresentado como um princípio a ser observado especialmente em dois momentos do Processo Penal. Um primeiro momento é aquele que diz respeito à decisão de recebimento ou não da denúncia ou queixa crime pelo juiz. Além desse, o princípio também estaria presente no momento da pronúncia ou impronúncia do réu perante o Tribunal do Júri.

Em linhas gerais, os que defendem a aplicação do princípio *in dubio pro societate* partem da premissa de que, inicialmente, todo crime é uma agressão não só à vítima como à sociedade em geral. A partir da secularização do Estado, já no contratualismo de Thomas Hobbes, entende-se o crime como uma quebra do contrato social². Assim, o delito não se perfaz somente contra a vítima ou soberano, mas contra toda a sociedade, colocando em risco o contrato. A pena é uma resposta da sociedade a quem descumpriu com o pacto, seja para fins retributivos, seja para fins preventivo-gerais³. Esse pensamento ainda vigora entre

² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Edipro, 2015.

³ Não por acaso o art. 59 do Código Penal coloca que o juiz deve estabelecer a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. além disso, no funcionalismo teleológico de Roxin, a pena tem a função tanto de prevenção geral, quanto de prevenção especial. Já no funcionalismo sistêmico de Jakobs, a pena é reafirmação da norma, sendo sua função apenas a de restabelecer a confiança no direito,

muitos dentro da academia, além de já fazer parte de um senso comum social e, conseqüentemente, dos membros do judiciário e do Ministério Público. Esse último tem a função constitucional de agir para prover e resguardar os interesses da sociedade. Diante de um crime, submetido ao princípio da obrigatoriedade, derivado exatamente de sua missão constitucional, cabe ao promotor de justiça acusar quem acredita ser o autor do fato. Nesse sentido, o princípio nos indica que, diante de uma provável responsabilidade por um delito, prevalece o interesse da sociedade em elucidar a questão por meio do processo, no qual será demonstrada a culpa ou inocência do réu a partir do sistema acusatório que observe todas as suas garantias e obedeça a leis previamente estabelecidas. Sendo assim, neste momento processual, prevaleceria, ao invés do *in dubio pro reo*, o *in dubio pro societate*. Ou seja, na dúvida, em favor da sociedade, que tem interesse na resolução do caso. O *in dubio pro reo*, decorrência do princípio da presunção de inocência, seria usado na apreciação do mérito da causa, no momento da sentença.

Uma primeira questão a se colocar a respeito da aplicação do chamado *in dubio pro societate* pode ser pensada a partir da relação entre a ideia de sociedade e réu. Ao se colocar como representante da sociedade, em um processo em oposição à parte ré, é preciso admitir que, concretamente, o acusado é tratado como alguém fora da sociedade, mesmo que somente de forma momentânea. Enquanto o interesse da sociedade é o esclarecimento do caso, o interesse do réu não é outro que não o de se ver livre, o mais rápido possível, de qualquer perseguição estatal que possa ser um risco a sua liberdade, de preferência sem que nem mesmo seja iniciado o processo. Não à toa, Carnelutti, ao parafrasear Santo Agostinho, coloca que “a tortura, em suas formas mais cruéis, ao menos no papel está abolida, mas o Processo Penal ainda é, em si mesmo, uma tortura.”⁴ Entendidas como posições opostas, é impossível ao Ministério Público atuar nos interesses da sociedade e, ao mesmo tempo, do réu. Na perspectiva antagonista de se colocar a sociedade como sujeito ativo e o acusado como sujeito passivo, o *in dubio pro societate* acaba escondendo sua verdadeira afirmativa. Ao se colocar a favor da sociedade, ao contrario sensu se dá contra o réu. Disso segue que

não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal no interesse e na vontade de todos.

sendo uma negação do ato do sujeito que rompe a legalidade. Assim, a função da pena é de prevenção geral positiva. Para mais ver ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid: Civitas. 1997 e JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Madrid: Marcial Pons. 1995

⁴ CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Campinas: Servanda, 2016, p. 70

Este é, como se verá, um postulado político fundamental do liberalismo penal, que exclui tanto a justificação meramente instrumentalista ou utilitarista quanto a consensualista ou democrática das decisões punitivas.⁵

Outra questão que em geral é negligenciada, e por vezes até mesmo ignorada pelos juristas, é o fato de que as leis e o ordenamento jurídico como um todo, na realidade são conseqüência de decisões políticas. Política não em seu sentido institucional estrito como resultado da deliberação parlamentar, mas como formação de cosmovisões hegemônicas que orientam o sentido e a práxis precisamente daquilo que se dará institucionalmente. Por nos debruçarmos sobre o Direito enquanto ciência, estudando os institutos e as normas positivadas, não raramente perdemos de vista sua dimensão extrajurídica que, embora possa ser secundária ao ofício do operador do Direito, certamente não é totalmente desvinculada do mesmo. O Direito não é algo que cai do céu ou surge de geração espontânea. Compreender minimamente as fundações do ordenamento permite a melhor compreensão e interpretação da norma. Por mais que essa posição seja discutível em muitos sentidos, para fins do argumento deste trabalho é essa a premissa inicial. Colocado este ponto segue que, nesse sentido, é impossível ignorar que as noções que estruturam o Direito de nosso Estado moderno são as concepções liberais burguesas. Dessa forma, as acepções e interpretações derivadas de modelos de Estado autoritários devem ser de pronto rechaçadas.

De acordo com essa premissa, incorporar a noção de oposição de interesse da sociedade e interesse do réu é um absurdo, uma vez que vai de encontro aos ideais liberais mais básicos. Por mais que o Ministério Público represente a abstração da sociedade como um todo, a ele não é delegado poder ilimitado, visto que nem mesmo a sociedade possui tal poder, sendo certo que “povo não tem direito de castigar um único inocente, nem tratar como culpado um único acusado sem provas legais. Não pode, pois, delegar a ninguém semelhante direito.”⁶ Desse princípio liberal básico apontado por Constant se conclui que “todo despotismo é, pois, ilegal; nada pode sancioná-lo, nem a vontade popular na qual pretende fundamentar-se.”⁷

Há ainda outro problema com a concepção do *in dubio pro societate*. Quando falamos de ponderação de princípios ou interesses, não é possível fazer tal

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p.85

⁶ CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos constitucionais. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 71.

⁷ Ibid., p, 72.

ponderação em planos distintos. Não é possível sopesar um interesse concreto em face de um interesse abstrato. Além do equívoco de entender o acusado como fora da sociedade, temos que “sociedade” é uma categoria abstrata, um conceito que não se materializa no processo. O interesse da mesma é de que os crimes em geral sejam punidos em função do caráter retributivo ou preventivo da pena. Já o acusado é uma pessoa com corpo concreto que estará à mercê do Estado, e cujo interesse concreto é o de não ser objeto do poder punitivo. Na falsa ponderação entre um interesse abstrato e um interesse concreto, o ultimo sempre perecerá. Entre a alegada necessidade de se elucidar todos os delitos conhecidos e o interesse individual de não se sujeitar a um processo, prevalecerá sempre um suposto interesse coletivo. Sendo assim, a concepção do *in dubio pro societate* esvazia todo o conteúdo liberal e limitador das normas processuais penais pensadas no marco do Estado Democrático de Direito, sendo incompatível com o mesmo.

Finalmente, é preciso ainda considerar que, quando a atuação do Ministério Público se pauta pela lógica do *in dubio pro societate*, acaba se afastando de sua missão constitucional. O artigo 127 da Constituição outorga ao Ministério Público a função de zelar pela democracia, pelos direitos individuais e sociais. Dessa forma, atuar em processos, mesmo sendo a parte acusatória, pressupõe uma autolimitação do órgão acusador, a fim de defender e assegurar um processo democrático, cumprindo assim sua missão constitucional. O verdadeiro interesse da sociedade democrática é o respeito ao desenho institucional, que demanda e possibilita a contenção do poder punitivo. Mais importante que a punição de eventuais infratores é a segurança de que o Estado não superará seus limites de exercício de poder previamente determinados. Sendo assim, se o Ministério Público tem como função defender a democracia, não pode se utilizar de argumentos antidemocráticos. Em outras palavras, ao se valer do *in dubio pro societate*, a instituição se esvazia do próprio conteúdo democrático que deve resguardar.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência está consagrada a partir da regra do art. 5º, inciso LVII da Constituição da República e, como tal, cláusula pétrea. É um princípio basilar de nosso modelo de Estado. Como princípio, a presunção de inocência não atua apenas como uma regra de decisão no processo, mas conta com

um conteúdo material de valoração política que deve ordenar todo o sistema jurídico e vincular a atuação do próprio Estado. Entendido seu conteúdo, deve-se compreender que uma sociedade que erija a presunção de inocência como princípio constitucional basilar, em verdade faz uma escolha política. A partir do garantismo, os princípios penais de um Estado Democrático de Direito formam um verdadeiro “esquema epistemológico”⁸ orientando a atuação de todos os entes estatais e servindo de limite ao poder punitivo. Essa opção política acolhida pela Constituição nada mais é do que reconhecimento de que “a certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário [do direito penal máximo], em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”⁹.

Partindo desse pressuposto, como bem observa Casara, podemos perceber três dimensões do princípio da presunção de inocência¹⁰. Uma primeira dimensão se apresenta como uma regra de tratamento. Ou seja, desde o início das investigações policiais, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deve o imputado ser tratado como se inocente fosse. Daí que resulta a súmula vinculante número 11 do Supremo Tribunal Federal que proíbe que o acusado fique algemado em juízo. É também a partir dessa dimensão que institutos como a prisão preventiva devem ser lidos. Sendo assim, qualquer tratamento diferenciado deve ser devidamente fundamentado no caso concreto para que se justifique a medida excepcional.

Como segunda manifestação da presunção de inocência, temos sua dimensão de garantia. Nesse momento, o princípio se volta para o ente estatal, servindo como contenção de seus excessos. É uma garantia ao cidadão de que o atuar do Estado estará pautado em medidas que lhe assegurem tratamento digno. É a autocontenção de seu poder punitivo que caracteriza um Estado como democrático, além de seu compromisso com a realização dos direitos fundamentais. Portanto, essa dimensão do princípio funciona como verdadeira limitação ao arbítrio estatal, sendo esta a que mais guarda relação com sua concepção política no âmbito do liberalismo.

Finalmente, a terceira dimensão da presunção de inocência é realizada em uma verdadeira regra probatória. É aqui que encontramos a expressão latina *in*

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 30

⁹ Ibid. p. 84-85

¹⁰ CASARA, Rubens. Processo Penal do espetáculo. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 32-33.

dubio pro reo. Essa regra informa ao juiz que, em momento de dúvida no processo penal, não precisa o julgador se preocupar em elucidar mais os fatos ou encontrar alguma forma de decidir. O ordenamento já lhe coloca uma solução nos casos dúbios, qual seja a favor do réu. Como ensina Aury Lopes Jr. “[...] a sentença condenatória só pode manter-se enquanto não surgir uma prova que cria uma dúvida fundada. Logo, o *in dubio pro reo* é um critério pragmático para solução da incerteza processual, qualquer que seja a fase do processo em que ocorra!”¹¹ Sendo assim, aqui só se faz necessária a regra em momentos de dúvida. Se o juiz está convencido da inocência ou culpa do acusado, não há que se falar em *in dubio pro reo*, visto que simplesmente não há dúvida. O julgador, fundamentando sua decisão a partir dos elementos trazidos pela acusação, absolve ou condena. Somente em caso da impossibilidade dessa decisão é que surge a regra. Esse é um dos motivos pelos quais parte da doutrina critica tanto a possibilidade de produção de prova pelo juízo no sistema acusatório. No processo penal, a carga probatória recai inteiramente sobre a acusação, de modo que, até mesmo diante da inércia do réu, ainda é ônus do órgão acusador provar a culpa de quem é submetido à persecução penal. Se no decorrer do processo a acusação não consegue comprovar a materialidade e autoria do fato narrado, cabe ao juiz absolver o réu dentro das hipóteses do artigo 386 do Código de Processo Penal, resultando assim que “a certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*.”¹²

A partir da compreensão das dimensões pelas quais se expressa constitucionalmente a presunção de inocência, fica claro que um alegado princípio que vise afastá-la põe em cheque as próprias bases do Estado Democrático. Nesse sentido, é preciso concordar com Rangel quando diz “O chamado princípio do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus [...]”¹³

Importante perceber que, se o *in dubio pro reo* é uma regra de decisão que o ordenamento coloca ao julgador em momento de dúvida, então, impossível que esse mesmo ordenamento coloque uma regra diametralmente oposta (*in dubio pro societate*). Haveria algo de esquizofrênico em um ordenamento que, diante

¹¹ LOPES JR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.518.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., p.85

¹³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 79.

de uma situação jurídica específica, impusesse duas soluções antagônicas. Como regra de decisão, uma das funções do *in dubio pro reo* é servir de instrumento epistemológico para verificação de uma verdade investigada no processo. Ou seja, é uma forma de estabelecer uma certeza aproximada que legitima a decisão do juiz para que a mesma não seja apenas exercício arbitrário de um poder decisionista. Nas Palavras de Ferrajoli:

*A certeza, ainda que não absoluta, a que aspira um sistema penal de tipo garantista não é no sentido de que resultem exatamente comprovados e punidos todos os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos somente aqueles nos quais se tenha comprovado a culpabilidade por sua comissão.*¹⁴

O Estado só pode almejar o monopólio do poder coercitivo legítimo em função da presunção de inocência. Essa é a garantia que a sociedade exige para reconhecer ou ratificar a utilização da força por parte das agências estatais em face dos indivíduos. Não fosse essa faculdade algo titularizado por uma única pessoa, certamente a figura do Estado seria impossível. Como é a partir do processo que se materializa, no âmbito jurídico, o exercício dessa prerrogativa, não há como negar que o processo penal, nesses termos, é “o termômetro da civilidade.”¹⁵

JUSTA CAUSA: NATUREZA JURÍDICA

A menção direta ao instituto da justa causa no direito positivo é escassa. Em verdade, no Código de Processo Penal, a mesma só pode ser encontrada de forma explícita em seus arts. 395, III e 648, I. O primeiro trata das hipóteses rejeição da denúncia ou queixa crime. O segundo trata da falta de justa causa como configuração de coação ilegal, possibilitando a impetração de Habeas Corpus. Ainda que não se utilize da expressão “justa causa”, o Código faz com que seja necessária para a decisão de pronúncia do acusado perante o tribunal do júri. Tal instituto é precisamente aquele que habilita o estado a submeter o cidadão à condição de réu, de modo que, apesar de sua escassa presença, é, por óbvio, um dos momentos mais sensíveis da persecução penal.

A doutrina traz algumas discussões a respeito da natureza jurídica da justa causa penal. No entanto, não é objeto deste trabalho um exame detalhado

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., p. 85

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Campinas: Servanda, 2016, p. 13

de todos os posicionamentos acerca do tema. Mesmo porque, para tal empreendimento seria necessária uma monografia própria. Para fins desta discussão, cabe apenas, de forma ilustrativa, colocar as duas maiores correntes a respeito do assunto. É bem verdade que o Código de Processo Civil de 2015 deu início a diversas questões a respeito das condições da ação. No entanto, para fins deste trabalho e, levando em conta a manutenção da redação dos artigos pertinentes à matéria no Código de Processo Penal, partiremos do pressuposto que tal mudança não toca a seara processual penal de forma relevante em relação à discussão ora colocada.

Parte da do debate se coloca pelo fato do art. 395 do Código de Processo Penal trazer as condições da ação no inciso II e a justa causa, de forma autônoma, em seu inciso III. Por um lado, muitos autores argumentam que é possível entender a justa causa como um elemento que constitui o interesse de agir. Frederico Marques assim entende justa causa argumentando que “justa causa e interesse processual se confundem: tendo em vista os reflexos do processo penal sobre a liberdade e o *status dignitatis* do réu, não será admissível o exercício da ação penal sem que haja justa causa.”¹⁶ Seguindo a mesma orientação, Tourinho Filho coloca a justa causa dentro do interesse de agir ao entender que

*consiste, assim, o interesse de agir, ou legítimo interesse, no Processo Penal, na idoneidade do pedido, consubstanciado na peça inaugural, seja na denúncia ou queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático. Quer dizer, então, que o pedido se diz idôneo quando arrimado em elementos de convicção, quanto à prática da infração penal e sua autoria.*¹⁷

O autor ainda continua no sentido de que

*não basta simples ‘denúncia’, ou simples ‘queixa’, narrando o fato criminoso e dizendo quem foi seu autor. É preciso haja elementos de convicção, suporte probatório à acusação, a fim de que o pedido cristalizado na peça acusatória possa ser digno de apreciação.*¹⁸

Já Afranio Silva Jardim, em posição mais moderna, entende Justa causa como outra condição, genérica e autônoma, ao regular exercício do direito de ação, sendo a justa causa “um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já

¹⁶ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva. vol.4, p. 73.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. São Paulo: Saraiva. 2001, vol.1, p. 488.

¹⁸ Ibid., p. 490.

atinge o chamado *status dignitatis* do imputado.¹⁹ É esse mínimo de autoria e materialidade o que permite a propositura de ação penal sem que esta configure verdadeiro constrangimento ilegal ao denunciado. A justa causa apresenta uma função limitadora de contenção do exercício legítimo de poder punitivo, servindo como “antídoto, de proteção contra o abuso de Direito”.²⁰

Independente de entendê-la como uma expressão do interesse de agir ou como uma quarta condição genérica da ação, ambas as correntes nos forçam a reconhecer na justa causa a necessidade de plausibilidade jurídica da imputação. Uma necessidade de legitimação jurídica para que se submeta alguém à condição de sujeito passivo de um processo criminal. A existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade como requisitos objetivos de verificação do instituto deve se relacionar com “o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.”²¹ Dito de outra forma; ao mesmo tempo em que é condição necessária para habilitar o poder punitivo, materializa o princípio da intervenção mínima no sentido de *ultima ratio* do Direito Penal, devendo ser compreendida no seu caráter teleológico de garantia ao atuar como contenção do exercício daquele poder. Sendo assim, Justa causa é “efetivo filtro a ser utilizado para impedir a propositura de ações penais que não estejam fundadas em elementos de prova que permitam afirmar, de fato, ser legal o constrangimento trazido ao indivíduo pela propositura de ação penal em seu desfavor.”²²

JUSTA CAUSA E LEGALIDADE

O garantismo penal preconizado por Ferrajoli²³ encontra perfeita subsunção ao modelo e finalidades políticas do Estado Democrático de Direito. Ao se orientar no sentido de limitação do poder estatal diante das próprias leis e suas interpretações, o garantismo compreende as tensões políticas e a dinâmica de poder às quais está sujeito o Estado Democrático. Compreende o exercício de poder como algo dinâmico e fluído, ao invés de uma figura petrificada, preordenada e previsível. De acordo com os fundamentos do garantismo, o Estado

¹⁹ JARDIM, Afranio Silva. Direito Processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 5ª Ed., 1995, p. 80.

²⁰ ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. Justa Causa para a Ação penal. São Paulo, RT, 2001 p. 99.

²¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 11ª Ed., 2014, p. 377.

²² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, et al. Justa Causa Penal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 19.

²³ FERRAJOLI, Luigi. Op.cit.

só pode ser concebido como instrumento de tutela dos direitos fundamentais do indivíduo. Ao revés, tais direitos jamais podem ser instrumentalizados pelo Estado sob fundamentos de interesses coletivos mais importantes. Exatamente por sua concepção mais refinada das relações entre Estado, sociedade, poder punitivo e ordenamento jurídico, é que o garantismo se coloca como paradigma mais eficaz para a habilitação do poder estatal em um Estado que se pretenda democrático e de direito.

As normas – não só, mas principalmente – penais, a partir de sua base constitucional, subordinam-se e vinculam-se aos direitos fundamentais servindo de verdadeira proteção contra o arbítrio punitivo. Pacelli, por exemplo, entende que a justa causa tem relação direta com o direito à ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV da Constituição, uma vez que o acusado terá melhor compreensão de como e por que o Ministério Público elabora uma acusação contra ele.²⁴ Em outras palavras, em sede penal, os valores inerentes à proteção do *status dignitatis* do sujeito colocam-se em primeiro plano, impondo limites intransponíveis à administração da dor e aos interesses de fins retributivos da sociedade.

O Estado de Democrático de Direito que se encontra consagrado na Constituição traz consigo um princípio nuclear, qual seja, a legalidade. Este, por sua vez, não é um princípio neutro, esvaziado de conteúdo político, emanando uma legalidade burocrática. Não à toa, Juarez Cirino dos Santos entende o princípio da legalidade como “o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito.”²⁵ É, antes de tudo, dotado dos anseios democráticos dos quais emerge, voltando-se teleologicamente à preservação e proteção do sujeito digno como destinatário de todo o ordenamento. Dignidade esta que deve ser aqui entendida pleonasticamente, uma vez que constitui verdadeiro juízo sintético a priori da ideia de sujeito fundante do Estado Democrático de Direito. Se a dignidade humana é concebida a partir desta lógica kantiana, é impossível admitir, em primeiro lugar, sua instrumentalização, e, em segundo, que sucumba a interesses coletivos contingentes. O princípio da legalidade deve ser entendido na sua dimensão de garantia, próprio da concepção democrática de Estado, tendo no *status dignitatis* do sujeito o seu objetivo e única forma de realização da justiça material.

²⁴ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas. 18ª Ed. 2014, p. 116.

²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez Cirino. Direito Penal: parte geral. 7.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 22

É a partir da vinculação entre princípio constitucional da legalidade – entendido na sua dimensão garantista – e *status dignitatis* do indivíduo que se encontra o fundamento da justa causa dentro do Processo Penal. Isso porque, se a posta em marcha da pretensão acusatória estatal não pode prescindir de sua vinculação com a possibilidade jurídica da imposição de uma pena, tampouco é possível que prescinda da justificação de submeter um indivíduo ao processo penal, que por si só já corresponde à imposição de um sofrimento. Como materialização da habilitação do exercício do poder estatal, as normas processuais penais tiram seus fundamentos e devem ser interpretadas a partir do paradigma garantista de sua contenção.

Justa causa não se limita apenas a um suporte probatório mínimo, ou se restringe ao conceito de interesse de agir, ou represente a presença de tipicidade. Ela é tudo isso, mas não é apenas isso. A justa causa é uma cláusula de encerramento, que concretiza, no âmbito processual penal, os preceitos constitucionais da dignidade, da proporcionalidade, além de exercer todas aquelas outras funções antes referidas. Ela concretiza a legitimidade de submeter alguém a um processo criminal sob todas as perspectivas exigidas pela ordem constitucional.²⁶

Por fim, cabe ressaltar que a justa causa não deve ser entendida como uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitida ou legitimada uma acusação, mas sim uma condição necessária, na ausência da qual não será possível o oferecimento da denúncia ou queixa em face do cidadão. A falta de justa causa é apenas uma das três hipóteses em que a denúncia ou queixa devem ser rejeitas pelo juiz no artigo 385 do Código de Processo Penal, de forma que sua presença é condição *sine qua non*, porém não suficiente para início da ação penal.

IN DUBIO PRO SOCIETATE NA DENÚNCIA E (IM)PRONÚNCIA

Como já vimos, o *in dubio pro reo* é uma regra de decisão para ser aplicada sempre que haja dúvida no processo penal. Sendo assim, havendo dúvida quanto à culpa ou não do réu no momento da sentença, cabe ao juiz absolvê-lo com base nas hipóteses do art. 386 do Código de Processo Penal. Da mesma forma, se há dúvida quanto aos elementos mínimos de autoria e materialidade necessários para instauração de um processo contra um cidadão, tal também se resolve em favor do investigado, pois “se o dilema não é resolúvel, prevalece

²⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, et al. Op. Cit., p. 105.

a hipótese mais favorável ao acusado, graças a uma regra jurídica sobre as condições de aceitabilidade da verdade processual²⁷. É importante atentar para a questão que a dúvida neste momento não é quanto à materialidade e autoria do fato. Esta só pode ser averiguada no momento da sentença, após o exercício do contraditório que servirá para formação da convicção do julgador. A dúvida aqui é aquela que recai sobre os elementos mínimos de materialidade e autoria, ou seja, a justa causa. Se o juiz está convencido da presença destes elementos, recebe a denúncia, se não está, seja porque tem certeza da inexistência destes ou porque não tem elementos suficientes para formar tal convicção, deve rejeitar a denúncia. Neste sentido, fica claro que entre a investigação de um suposto crime e a sujeição de alguém perante um processo há um momento crucial relacionado à condição de início do processo penal. Por isso, "o inquérito deve funcionar como procedimento de filtro, viabilizando a deflagração do processo quando exista justa causa, mas também contribuindo para que pessoas nitidamente inocentes não sejam processadas."²⁸

Outro momento em que se propõe o *in dubio pro societate* é no momento da pronúncia ou impronúncia do réu perante o Tribunal do Júri. A aplicação do *in dubio pro societate* neste momento merece maior atenção por dois motivos. Em primeiro lugar, porque neste caso estamos falando de crimes da competência do júri, ou seja, especificamente de crimes dolosos contra a vida. Em segundo lugar, porque na prática forense a questão recebe maior atenção, seja por parte da doutrina, seja pela jurisprudência, havendo maior debate e decisões em relação à esse momento.

Cabe observar que o Júri nasce exatamente como uma garantia ao cidadão. Na Constituição da República o Júri é alçado à cláusula pétrea no artigo 5º XXXVIII, no rol dos direitos e garantias fundamentais. Faz parte daqueles direitos e garantias do indivíduo perante o Estado, de sorte que não seria possível alegar competência do Tribunal do Júri em desfavor do réu para submetê-lo a um processo ilegítimo.

É comum a alegação de que no momento da pronúncia ou impronúncia, aplica-se o *in dubio pro societate*, até mesmo para respeitar o juiz natural da causa, quais sejam, os jurados. Sendo assim, a dúvida sobre a admissibilidade da

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 45

²⁸ TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar. Curso de direito processual penal. Bahia: juspodivm, 11ª Ed. 2016, p. 148.

causa deveria ser superada não pelo juiz togado, mas pelo Tribunal do Júri. Esse raciocínio se mostra equivocado. É bem verdade que a decisão de pronúncia se lastreia sobre um juízo de probabilidade e não de certeza. Retomando explicação anterior, a justa causa se baseia não no juízo de certeza sobre o mérito da questão, mas sobre um juízo de condições mínimas de autoria e materialidade que justifiquem a sujeição de alguém a um processo de natureza penal. Dessa forma, a decisão de pronúncia do Júri deve funcionar como verdadeiro limite. Não fosse assim, não faria sentido algum, sendo somente um prolongamento burocrático e desnecessário do processo, o procedimento bifásico do Tribunal do Júri.

É costume doutrinário e mesmo jurisprudencial o entendimento segundo o qual, nessa fase de pronúncia, o juiz deveria (e deve) orientar-se pelo princípio do in dubio pro societate, o que significa que, diante de dúvida quanto à existência do fato e da respectiva autoria, a lei estaria a lhe impor a remessa dos autos ao Tribunal do Júri (pela pronúncia). Na essência, é mesmo assim. Mas acreditamos que por outras razões. Parece-nos que tal não se deve ao in dubio pro societate, até porque não vemos como aceitar semelhante princípio (ou regra) em uma ordem processual garantista.²⁹

Nesta altura pode surgir um argumento que merece atenção. É possível interpelar que aquilo que neste trabalho está se chamando de justa causa é objetivamente a mesma coisa que o que se chama de *in dubio pro societate*. Ou seja, em verdade, desde que se reconheça que existe um *standart* probatório que precisa ser atingido para que se legitime o início do processo ou o julgamento pelo Júri, nomear tal instituto como justa causa ou propor um princípio como *in dubio pro societate* não passaria de preciosismo teórico, uma vez que magistrados que entendessem a questão pela ótica de um ou de outro chegariam exatamente na mesma decisão no caso concreto.

É até possível que em diversos casos, por uma visão consequencialista pragmática, não se vislumbre qualquer diferença. No entanto, em um Estado Democrático de Direito, mais importante que a solução final dos conflitos levados ao judiciário é a fundamentação que sustenta a decisão. Não à toa é um mandamento constitucional a fundamentação das decisões. Em nosso modelo estatal não cabe a ideia de que “os fins justificam os meios”. Aqui é preciso reconhecer que os meios condicionam os fins. O devido processo é condição de legitimidade das decisões estatais, assim como garantia dos cidadãos.

²⁹ PACELLI, Eugênio. Op. Ci., p. 748

Não menos importante, a controvérsia entre justa causa e *in dubio pro societate* é uma luta política de sentido. A partir daí o campo jurídico - mais especificamente o processo - se transforma em arena de disputa pela própria acepção do conteúdo normativo. Não se propõe aqui uma politização do processo. Pelo menos não enquanto uma prescrição de como se deve dar o debate jurídico. Não se defende deslocar os debates políticos para o campo jurídico, em que pese ser tal questão inevitável. O que se quer mostrar aqui é que objetivamente nasce essa disputa. Nesse sentido, a questão se apresenta como política enquanto desentendimento.³⁰ Enquanto a concepção de justa causa remonta e traz consigo ideais liberais, de limitação do poder punitivo, de respeito a garantias e todo arcabouço teórico político do garantismo, o *in dubio pro societate* indica precisamente o inverso disso tudo, se conectando ao autoritarismo, relativização de garantias e maior discricionariedade do poder punitivo. Em outras palavras, saber se um copo com água até a metade está meio cheio ou meio vazio, para além de ser uma questão retórica, é fundamental para compreender toda a construção que organiza o sistema que dá o diagnóstico.

A análise da decisão de pronúncia a partir da epistemologia garantista nos obriga a perceber que o que informa efetivamente o sistema bifásico não é tanto a relativização de uma certeza do juiz em virtude da competência constitucional concedida aos jurados, mas sim um cuidado, uma cautela em submeter alguém de forma irresponsável a um julgamento no qual pode vir a ser privado de liberdade. A partir dessa compreensão, o juiz que profere a decisão de pronúncia ou impronúncia está mais para Pórcia³¹ do que para Pôncio Pilatos. A lógica que atua no neste momento processual é fundamentalmente de limitação, zelo e prudência.

A dúvida razoável, que leva o caso ao júri, é aquela que permite tanto a absolvição quanto a condenação. Assim, não é trabalho do juiz togado "lavar as mãos" no momento de efetuar a pronúncia, declarando, sem qualquer base efetiva em provas, haver dúvida e esta dever ser resolvida em favor da sociedade, remetendo o processo a julgamento pelo Tribunal Popular. Cabe-lhe, isto sim, filtrar o que pode e o que não pode ser avaliado pelos jurados, zelando pelo respeito ao devido processo legal e somente permitindo que siga a julgamento a questão realmente controversa e duvidosa.³²

³⁰ Em seu livro "O Desentendimento" Jacques Rancière apresenta o conceito de político como luta pela determinação de sentido comum. A política seria eminentemente esse momento e estado de desentendimento entre os homens que reclamam a sua parcela perante outros que não os reconhecem enquanto sujeitos de logoi. Para mais ver RANCIÈRE, Jacques. O desentendimento. Política e filosofia. São Paulo: Editora 34, 1996.

³¹ No Ato V de O mercador de Veneza, de Shakespeare, Pórcia se finge de jurista e impede que Shylock mate Antônio.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 11ª Ed., 2014, p. 533.

Os jurados não estão, como os juízes togados, obrigados a fundamentar suas decisões. Dessa forma, submeter alguém a um julgamento que pode se dar por íntima convicção ou por qualquer outro motivo, só se justifica se, na decisão de pronúncia, estiverem presentes, indubitavelmente, os elementos da justa causa. É preciso lembrar que, em nosso país, mais do que em outras partes do mundo, “o sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a ‘ordem social’ na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma *outra vítima*.”³³ Tal advertência aparece de forma ampla na doutrina, a exemplo das lições de Pacelli, ao colocar que

ocorre que as peculiaridades da jurisdição do júri popular – integrado por leigos, sem conhecimento do Direito e das leis, e no qual, em regra, a formação do convencimento dos jurados pode ocorrer mais pelos insondáveis caminhos da dramaticidade e da emoção com que se desenvolve a atuação das partes em plenário do que pela atuação do Direito - estão a recomendar a adoção de algumas cautelas. Assim, e por exemplo, quando resultar provado da instrução criminal ter o agente praticado o fato acobertado por quaisquer das causas excludentes da criminalidade, poderia ser perigoso o encaminhamento da matéria ao Conselho de Sentença. Os riscos de uma condenação obtida mais pela excelência da performance pessoal do responsável pela acusação que pelo exame sereno e cuidadoso dos fatos não valem a preservação, a qualquer custo, da competência do Tribunal do Júri.³⁴

Ademais, por determinação legal expressa do artigo 414 do Código de Processo Penal, temos que, em caso de dúvida, deve o juiz impronunciar o acusado, demonstrando assim solução claramente diversa e mais acertada em relação ao Direito. Por fim, o artigo 415 do mesmo código ainda permite ao juiz absolver sumariamente o acusado. Se a absolvição sumária prevista pela lei não afasta o princípio do juiz natural da causa no procedimento do Tribunal do Júri, quanto mais a impronúncia por falta de justa causa, repita-se, legalmente prevista. A aplicação de algo como *in dubio pro societate*, além de contrário a todos os princípios e teleologia dos institutos, ainda é *contra legem*.

Os problemas apontados aparecem de forma flagrante na jurisprudência. Embora os tribunais superiores tenham um posicionamento relativamente pacífico em relação ao tema, a argumentação muitas vezes aponta exatamente para as questões apresentadas no texto. Como guisa de exemplo:

a fase da pronúncia diz respeito tão somente a um mero juízo de

³³ HULSMAN, Louk. Penas perdidas. Niterói: Luam, 1993, p. 72

³⁴ PACELLI, Eugênio. *Ibid.*, p. 740.

admissibilidade da acusação, em que o magistrado se atém aos indícios de autoria e materialidade do delito. Em razão do princípio do 'in dubio pro societate', deve se reservar aos jurados aferir se a conduta do acusado estaria acobertada por alguma excludente de ilicitude, bem como ajustada ou não ao tipo penal descrito na denúncia. (STJ, 2015)

Aqui verificamos novamente a ideia de que, em função da decisão de pronúncia ser uma questão de admissibilidade, aplica-se *in dubio pro societate*. No entanto, não é o alegado princípio que permite a apreciação do mérito da excludente de ilicitude, mas sim a reunião de elementos mínimos de autoria e materialidade que dão base à justa causa. De mesma forma, ainda no âmbito do STJ, na análise do AgRg no AREsp 872992/PE (STJ, 2016), entendeu-se que, na dúvida sobre tese de legítima defesa, ou seja, excludente de ilicitude, aplica-se o princípio do *in dubio pro societate* para que o Júri decida como juiz natural a questão. Novamente a questão deveria ser abordada a partir da justa causa enquanto requisito mínimo para início do julgamento perante o Júri, sendo certo que, fosse inequívoca a legítima defesa, caberia a absolvição sumária.

Em alguns julgados, a equívoca compreensão da questão chega a ser tal, que se passa a deduzir a origem do aforismo contra o réu de artigos que lhe seriam formas de garantia. É o caso do AgRg no AREsp 1150203/PE, de relatoria do Min. Jorge Mussi. Neste caso encontramos a seguinte argumentação:

A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade, conforme o mandamento contido no art. 413 do Código Processual Penal (STJ, 2018)

Diante da decisão, cabe a reprodução do artigo em sua totalidade:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Como se pode observar, não há qualquer menção ou margem para interpretação que possa ser usada como contra o réu e em favor da sociedade. Logo no caput já se enfatiza para a decisão fundamentada, garantia prevista no art. 93, IX da Constituição. Condiciona a decisão, além da forma fundamentada, à certeza quanto à materialidade e indícios suficientes sobre autoria ou participação. Fica evidente que o termo suficiente aí não é em vão. A suficiência a que se refere o artigo não pode ser outra que não o mínimo exigido para se configurar a justa causa. Colocar que a dúvida se resolve contra o réu e a favor da sociedade é, como dito antes, uma oposição indevida no sistema acusatório que parte de pressupostos derivados de concepções autoritárias de sociedade e Estado.

O STF entende a questão basicamente da mesma forma que o STJ. A suprema corte não difere do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que toca a interpretação do artigo 413 do Código de Processo Penal e da decisão de pronúncia como um todo. Nesse sentido, em decisão recente, o Min. Lewandoswiski entendeu que

o aludido princípio in dubio pro societate é decorrente do Direito Processual Penal, atualmente presente no art. 413 do Código de Processo Penal – CPP, e não na Constituição Federal. De toda sorte, consigno que o acórdão recorrido se encontra consentâneo com o entendimento desta Corte, no sentido de que, na sentença de pronúncia, deve prevalecer o princípio in dubio pro societate, não existindo nesse ato qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, porquanto tem por objetivo a garantia da competência constitucional do Tribunal do Júri. (STF, 2017)

Mais uma vez vemos que se entendeu de forma equivocada o disposto no artigo 413 invertendo a sua lógica em prejuízo do réu e do sistema de garantias previsto no ordenamento processual penal. Na decisão em questão o *in dubio pro societate* é entendido abertamente como princípio ordenador do processo, derivado do artigo 413 do Código de Processo Penal. No entanto, pela argumentação do Ministro, seria o caso de nos perguntarmos como é possível

chamar de princípio um brocardo que atua como regra de decisão em apenas um dispositivo, destinado a regular uma única decisão, de um momento processual específico, relativo a procedimento que se aplica somente em face de uma meia dúzia de tipos penais? Alçar o *in dubio pro societate* à categoria de princípio parece inflar de pretensões sistemáticas algo que não pode ser mais do que resultado do latinismo de uma hermenêutica precária.

Como exceção à regra, em julgamento relativamente antigo, porém exemplar, em sede de *Habeas Corpus*, o Ministro Sepúlveda Pertence, concedendo a ordem para manter a decisão de impronúncia do acusado, é preciso ao enfatizar que

não obstante as justificadas críticas de que tem sido alvo, por sua absurdez lógica, o aforismo in dubio pro societate ainda reina soberano na jurisprudência como explicação fácil de que, para o juízo positivo de pronúncia, a lei se contenta com a existência de indícios de autoria, aí entendidos como prova incompleta da imputação. A mesma fórmula jamais vigorou, no entanto, no tocante à existência do crime, em relação ao qual exige o Código que o juiz se convença. (STF, 2002)

“Absurdez lógica” é, sem sombra de dúvidas, a melhor forma de compreender o *in dubio pro societate*. Indo mais longe do que o Ministro talvez tenha proposto; como explicação fácil se coloca a questão de que, se o referido aforismo não é efetivamente contrário à lei e aos princípios constitucionais, certamente representa uma prática argumentativa remissa que, de certo, não deve ser perseguida por qualquer magistrado.

CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho foi apresentada a construção discursiva do que seria o *in dubio pro societate* e sua utilização tanto no recebimento da denúncia ou queixa quanto na sentença de pronúncia ou impronúncia do réu. O aforismo resulta de uma concepção de Estado autoritário que não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Diante do princípio da presunção de inocência, é preciso reconhecer a impossibilidade teórica e dogmática do *in dubio pro societate* dentro de nosso ordenamento, visto que é incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito. A natureza jurídica da justa causa, assim como sua dinâmica legal, impedem, no âmbito infraconstitucional, a aplicação do suposto princípio.

Diante da verificação que o princípio que orienta a dinâmica processual penal em um Estado Democrático de Direito não pode ser outro que a presunção de inocência, entendida em todas as suas dimensões, temos que o *in dubio pro societate*, em primeiro lugar, se opõe à justa causa e, a bem da verdade, não constitui princípio de direito algum. Sendo assim, é puro e simples arbítrio do poder, fora dos marcos da legalidade democrática.

É preciso ter em mente que construções foreiras afastadas da lei e da doutrina, longe de promoverem uma melhora qualitativa dos processos, acabam por ampliar precisamente aquilo que o processo penal visa afastar, ou seja, o arbítrio punitivo fora da legalidade. A proteção da ordem democrática é tarefa de todos os poderes, sendo certo que, no âmbito do judiciário, o dever do Ministério Público e da Magistratura de zelarem pela aplicação do ordenamento impõe o rechaço de qualquer tese antidemocrática. Motivo pelo qual o *in dubio pro societate* não pode prosperar, seja por sua rasteira construção teórica, seja por seu conteúdo explicitamente inconstitucional e ilegal.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. Justa Causa para a Ação penal. São Paulo, RT, 2001
- CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Campinas: Servanda, 2016
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, et al. Justa Causa Penal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- CASARA, Rubens. Processo Penal do espetáculo. Florianópolis: Empório do Direito, 2015
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez Cirino. Direito Penal: parte geral. 7.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017
- CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos constitucionais. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002
- HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Edipro, 2015
- HULSMAN, Louk. Penas perdidas. Niterói: Luam, 1993
- JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Madrid: Marcial Pons. 1995
- JARDIM, Afranio Silva. Direito Processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 5ª Ed., 1995
- LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 11ª Ed., 2014.

- _____. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva. vol.4
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 11ª Ed., 2014
- PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas. 18ª Ed. 2014.
- RANCIÈRE, Jacques. O desentendimento. Política e filosofia. São Paulo: Editora 34, 1996.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid: Civitas. 1997
- SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.
- TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar. Curso de direito processual penal. Bahia: juspodivm, 11ª Ed. 2016
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. São Paulo: Saraiva. 2001, vol.1

JULGADOS

- STF. (9 de agosto de 2002). Acesso em 5 de maio de 2018, disponível em https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_81646_PE-_04.06.2002.pdf?Signature=3TZrJwv%2BM7h8OLXPJa6bJaZUXc%3D&Expires=1525815319&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e3c75ce406f22645f1634544
- STF. (21 de agosto de 2017). ARE 986566 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 21/08/2017. Acesso em 5 de maio de 2018, disponível em [stf: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13482632](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13482632)
- STJ. (10 de abril de 2018). AgRg no AREsp 1150203/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 10/04/2018, DJe 20/04/2018. Acesso em 5 de maio de 2018, disponível em [stj: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1696570&num_registro=201702113528&data=20180420&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1696570&num_registro=201702113528&data=20180420&formato=PDF)
- STJ. (24 de novembro de 2015). AgRg no AREsp 757.994/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJ: 05/11/2015, DJe 24/11/2015. Acesso em 8 de maio de 2018, disponível em [stj: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1462002&num_registro=201501940650&data=20151124&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1462002&num_registro=201501940650&data=20151124&formato=PDF)
- STJ. (21 de junho de 2016). AgRg no AREsp 872.992/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, sexta turma, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016. Acesso em 8 de maio de 2018, disponível em [stj: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1522336&num_registro=201600710588&data=20160701&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1522336&num_registro=201600710588&data=20160701&formato=PDF)

O MERCADOR DE VENEZA E A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

Mariana de Athayde Ferreira¹

“Nem tudo que reluz é ouro”

-William Shakespeare

“O Mercador de Veneza”: Ato II, Cena VI

1. INTRODUÇÃO

Nem tudo é o que parece ser.² As primeiras impressões enganam e aquilo que de relance se mostra de um jeito, à fundo se revelará de outro. Assim são as pessoas e tudo o que elas tocam. Não podia ser diferente com o Direito e com a Literatura. Esse é o motivo pelo qual a releitura de uma determinada obra literária, assim como a de uma situação jurídica, deve ser ainda mais atenta do que a primeira.³ A recriação deve ser tratada de maneira minuciosa, pois é na repetição que se lê nas estrelinhas.

Busca-se o bem em oposição ao mal e a luz em oposição às trevas, como num clássico maniqueísmo estereotipado. É comum separar, na rivalidade, o lobo das ovelhas, ainda mais quando o ponto central gira em torno do que seria “certo” ou “errado”. No entanto, a busca pelo “preto” e “branco” em relação ao que é justo nem sempre é possível.⁴

¹ Monografia apresentada no segundo semestre de 2017 ao departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Marcos Nunes Barbosa.

² Em alusão a “All that glitters is not gold”. “O Mercador de Veneza”: Ato II, Cena VI.

³ Por isso se mostra importante a releitura dos livros clássicos. Segundo Italo Calvino, “toda releitura de um clássico é uma leitura de descoberta como a primeira.” CALVINO, Italo. Por que ler os clássicos. 2ª ed. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 11.

⁴ Em especial, essa zona cinzenta entre justiça e injustiça se complica quando falamos em lei, pois desconfiar-se dela. Paolo Grossi confere razão a esta desconfiância sentida pelo homem do povo: “se o direito é lei

Por isso, nada mais desafiador do que reduzir a definição de justiça a um só conceito.⁵ Melhor será imaginá-la sob a forma de um velho severo e frio, que pesa, que calcula, que mede.⁶ Perdura a dificuldade de definir o que seria justo e injusto, bem como a divergência acerca de um certo julgamento fictício, ocorrido em Veneza, no séc. XIV.⁷ O caso inclui um contrato de mútuo garantido por fiança, uma libra de carne humana e uma sentença⁸ que agrada alguns juristas famosos e faz fomentar em outros um grande senso de injustiça.⁹

e se lei é somente um comando abstrato com conteúdos indiscutíveis, pensado e desejado ao longínquo Olimpo dos palácios do poder, a sua identificação com um raio que cai sobre a cabeça dos desavisados não é pois tão perigosa”. É difícil confiar na lei, pois muitas vezes seu fundamento de validade se baseia em ideias ultrapassadas de mundo e que perduraram tornando a norma um recipiente vazio: “As mitologias, que tiveram um papel fundamental no projeto jurídico burguês, não conseguem se manter em pé diante das necessidades e das solicitações da sociedade contemporânea, extremamente complexa sob os aspectos social, econômico, tecnológico.” GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2ª ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 24-25, 80-81. Isso significa que as mitologias jurídicas produzidas, sobretudo, pelo iluminismo jurídico encontram-se defasadas. É preciso reconhecer que a sociedade é dinâmica e que suas leis devem se adaptar a este movimento ativo.

⁵ “Todos entendem por justiça aquela disposição moral que torna os indivíduos aptos a realizar atos justos e que os faz agir justamente e desejar o que é justo, e analogicamente, por injustiça aquela disposição que leva os indivíduos a agir injustamente e desejar o que é injusto”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2ª ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2007. p. 145.

⁶ Assim é a definição de Chaím Perelman, que afirma não haver nada menos espontâneo do que a justiça e ainda assim, tem-se dificuldade em conceitua-la. Afirma Chaím Perelman que “essa expressão escorregadia é dotada de imprecisão conceitual pela própria natureza, na medida que por se adequar ao tempo e ao espaço, só pode carecer de uma conceituação absoluta.” PERELMAN, Chaím. *Ética e direito*. Tradução de Marian Erantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.46.

⁷ O caso *Shylock vs. Antônio* repousa sobre um contrato firmado entre dois prósperos comerciantes. Shylock empresta dinheiro a Bassânio e Antônio figura como seu fiador, comprometendo-se a pagar uma libra de sua própria carne do corpo se a dívida não fosse adimplida. Quando o pagamento não é efetuado, o credor cobra a libra de carne, mas o juízo, alegando que não poderia levar outra coisa senão a exata libra de carne (nem mais nem menos e tampouco sangue), impede a sua cobrança.

⁸ Ao final, Shylock perde metade de seus bens e é obrigado a se converter ao Cristianismo (Shylock era judeu), evidenciando que, como um Estado cristão, Veneza acreditava ser o cristianismo a única e verdadeira fé, capaz até mesmo de forçar a conversão de alguém que não estava disposto a se converter. Chama-se atenção para o fato de que as conversões ao cristianismo eram mais comuns do que se imagina. Para citar o Papa Inocêncio III, na Bula papal sobre falsos batismos: “Even if torture and intimidation had been employed in receiving the sacrament, one nevertheless does receive the impress of Christianity and may be forced to observe the Christian Faith as one who expressed a conditional willingness though, absolutely speaking, he was unwilling.” Tradução livre: Ainda que a tortura e intimidação fossem empregadas para receber o sacramento, receberá a cristandade e será forçado a observar a fé Cristã tal como aquele que demonstra vontade condicional em recebê-la, ainda que, absolutamente falando, esteja indisposto a acolhê-la.” POSNER, Richard A.; FRIED, Charles. *Shylock on Trial: The Appellate Briefs*. Chicago: University of Chicago Press, 2013. p. 3. Pela perspectiva contratual, uma vez que toda a polêmica da trama gira em torno da possibilidade da cobrança da libra de carne em razão da garantia estipulada, o fato de que a questão da condenação de Shylock também toca a seara dos direitos existenciais passa despercebida. Ainda que hoje seja possível a pactuação de contratos com objetos de natureza existencial, a condenação à conversão a outra religião ultrapassaria o limite da disponibilidade dos valores existenciais tanto quanto a retirada de uma libra de carne.

⁹ O juiz que atribuía a Shylock o direito de cortar uma libra de carne do corpo de Antônio reconhecia-lhe por isso mesmo direito ao sangue, sem o qual não pode na hipótese haver carne. A personagem jurídica vê que

Ao trazer à tona o julgamento que se passou há quase 500 anos em uma das peças de Shakespeare, esse trabalho não tentará fazer “justiça” ou defini-la. O objetivo será recriar a disputa entre duas personagens shakespearianas, concedendo a ambas uma nova perspectiva da relação contratual sob a ótica do ordenamento brasileiro vigente. O que aconteceria se o contrato firmado entre Shylock e Antônio fosse reproduzido nos dias de hoje?¹⁰

A recriação do julgamento em “O Mercador de Veneza” será o objeto deste trabalho, colocando o caso sob a luz do atual ordenamento jurídico brasileiro. Procurar-se-á analisar os impactos da Constituição de 1988 no Direito Obrigacional, principalmente no que diz respeito aos contratos. O objetivo, ao final, é verificar se Shylock seria vitorioso em nos dias de hoje e, caso contrário, quais argumentos seriam levantados em favor de Antônio.¹¹

2. O MUNDO DE SHAKESPEARE

2.1 Shakespeare: fato e ficção

“Sabe-se muito” sobre Shakespeare e ao mesmo tempo não se sabe nada. Um retrato escuro e oval, com 55 cm de altura e 18 cm de largura, pode conter a única imagem do dramaturgo documentada enquanto ele ainda era vivo: Um homem nos quarenta anos, praticamente calvo, mas de boa aparência, barba aparada, um brinco na orelha esquerda, expressão confiante e sensualidade natural.¹² Pode ser Shakespeare e pode também não ser, pois as outras imagens

não lhe consentem nem uma coisa nem outra, não pode levar senão carne, nenhum sangue, e não pode cortar senão libra à justa, nem mais nem menos. Tenho eu porventura exagerado sustentando que o judeu se vê aqui defraudado no seu direito? Certamente tudo isso se faz no interesse da humanidade, mas a injustiça cometida no interesse da humanidade deixa por isso de ser uma injustiça? E se o fim justifica os meios, porque é que só se reconhece somente depois do julgamento e não antes? JHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 17ª ed. Tradução de João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. XIII. Destaque meu.

¹⁰ Foi o que a juíza da Suprema Corte norte-americana, Ruth Bader, e outros quatro juizes procuraram responder ao fazer parte do julgamento simulado que ocorreu em julho de 2016, em Veneza, comemorando o 400º aniversário da morte de Shakespeare. A recriação do caso foi necessária tendo em vista as diferenças gritantes entre a lei Veneziana do séc. XIV e a Common Law atual. O evento foi relatado pelo NY times em <<https://www.nytimes.com/2016/07/28/theater/ruth-bader-ginsburg-rbg-venice-merchant-of-venice.html>> acesso em 07 set. 2017.

¹¹ Também será possível responder as perguntas de Italo Calvino: “Por que ler os clássicos em vez de concentrar-nos em leituras que nos façam entender mais a fundo o nosso tempo?” e “Onde encontrar o tempo e a comodidade da mente para ler clássicos, esmagados que somos pela avalanche de papel impresso da atualidade?” CALVINO, Italo. *Por que ler os clássicos*. 2ª ed. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 14.

¹² A pintura foi doada em 1856 para a National Portrait Gallery, em Londres e, segundo Bill Bryson, o que

que se tem do Bardo¹³ foram ambas feitas após sua morte. Duas delas são as mais confiáveis: uma gravura¹⁴ no Primeiro Portfólio e um busto¹⁵ na igreja da Santíssima Trindade, em Stratford-upon-Avon, onde nasceu e foi enterrado. A aparência é, portanto, um mistério, assim como o próprio dramaturgo.

Não há quantidade suficiente de documentos que permita conhecer a fundo a vida do Bardo, apesar de se afirmar que a quantidade é significativa para um dramaturgo daquela época.¹⁶ Para Bárbara Heliodora, de todos os mitos a respeito de Shakespeare, é possível que o mais danoso seja o que afirma que tudo o quanto se sabe da vida do poeta poderia caber escrito em um selo.¹⁷ Pouco do que se sabe é fato e muito é especulação. Tem razão Bill Bryson quando diz que toda biografia de Shakespeare é 5% fato e 95% conjectura.¹⁸ Estudar Shakespeare muitas vezes significa se render à ficção e é isso que torna a sua história tão misteriosa e interessante. Para aqueles que se debruçam sobre Shakespeare a procura de entretenimento, a satisfação é completa, mas quando é preciso compreender o homem por trás das obras, o desafio é árduo.

Com a falta de documentos surgem dúvidas até sobre a verdadeira identidade de Shakespeare e existe a pergunta se era, na verdade, um pseudônimo por trás do qual se escondiam vários autores. É espantoso pensar que um só homem poderia ter produzido tantas obras geniais com um dom incomparável. O assombro causado pela genialidade não pode ser, contudo, confundido com

se vê “não é um homem que mereça total confiança para acompanhar uma esposa ou uma filha crescida”. BRYSON, Bill. *Shakespeare: O mundo é um palco*. Tradução de José Rubens Siqueira. Companhia das letras: São Paulo, 2008. p 10.

¹³ Um bardo, na Europa antiga, era o nome dado àquele encarregado de transmitir histórias, mitos, lendas e poemas de forma oral, cantando as histórias do seu povo em poemas recitados. Shakespeare é chamado frequentemente de poeta nacional da Inglaterra, “Bardo do Avon” ou simplesmente “The Bard” (“O Bardo”).

¹⁴ Feita por Martin Droeshout em 1623, a gravura é usada para apresentar a primeira coletânea das peças de Shakespeare. Mais informações sobre o primeiro portfólio em <<https://www.bl.uk/collection-items/shakespeares-first-folio>> acesso em 08 out. 2017.

¹⁵ Executado pelo artesão Gheerart Janssen e instalado em 1623, já não é o mesmo que foi quando inaugurado, pois as cores foram renovadas e depois caído, para retornar ao estado original. Mais informações em <<http://www.shakespeare-online.com/biography/portraitsfull.html>> acesso em 08 out. 2017.

¹⁶ “A documentação sobre William Shakespeare é exatamente aquela que se pode esperar de uma pessoa em sua posição naquele tempo. Parece escassa só porque nosso interesse nele é tão intenso. Na verdade, sabe-se mais sobre Shakespeare do que sobre quase todos os outros dramaturgos de sua época.” BRYSON, Bill. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁷ “Ao contrário, a vida de Shakespeare é excepcionalmente bem documentada para um elisabetano sem ligações com a nobreza ou com a carreira política. Somam mais de cem documentos legais, comerciais e profissionais e referências escritas” HELIODORA, Bárbara. *A Comédia dos Erros e O Mercador de Veneza*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 9.

¹⁸ BRYSON, Bill. *Op. cit.*, p. 22.

uma conspiração tão excepcional capaz enganar a todos até 400 anos depois da morte do dramaturgo.¹⁹ Deste modo, a atitude mais racional é afirmar que o Bardo existiu como um só homem e assim, pode-se falar sobre William Shakespeare.

As dúvidas aceitáveis são aquelas ligadas à cronologia e verdadeira quantidade das peças, que também surge da falta de dados concretos. Nem mesmo tem-se certeza da sua grafia, pois somente se conhece seis assinaturas feitas por ele e o nome nunca é escrito da mesma maneira: Willm Shaksp, "William Shakespere", "Wm Shakespe", "William Shakspere", "Willm Shakspere" e "William Shakspeare".²⁰ Tampouco é possível afirmar a pronúncia correta, não sendo impossível que a forma mundialmente conhecida esteja equivocada.

Para este capítulo, interessa pouco a imaginação e a polêmica, por mais sedutoras que o sejam. Ainda que os mitos sobre Shakespeare sejam muitos e que seja natural sentir-se atraído por eles, tentar-se-á deter-se aos aspectos fáticos e, sobretudo, os legais, dos quais se tenha registro. Não há caminho melhor para compreender o envolvimento do Direito e da Literatura nas peças de Shakespeare do que conhecer a origem da afinidade do dramaturgo com o mundo jurídico, construída ao longo de sua vida. O objetivo é resgatar os aspectos fáticos da vida de William Shakespeare, situar o momento histórico e, mais importante, investigar a relação do Bardo com a lei.

Assim, será possível criar uma conexão lógica e legal entre o dramaturgo e suas peças, principalmente "O Mercador de Veneza". A questão gira em torno das experiências do próprio Bardo com a Inglaterra do séc. XVI e XVII²¹, em especial

¹⁹ Segundo Cristiane Busato Smith, os nomes mais absurdos da lista de autores que seriam na verdade Shakespeare vão desde a rainha Elisabeth I até o escritor Daniel Defoe. Mais recentemente, as hipóteses mais comuns seriam Francis Bacon, Christopher Marlowe, o conde de Oxford e o conde de Essex. SMITH, Busato Cristine. A vida de William Shakespeare. In: Shakespeare, sua época e sua obra. LEÃO, Liana de Camargo; SANTOS, Marlene Soares dos Santos. Curitiba: Beatrice, 2008. p. 21. Segundo Bill Bryson, a teoria baconiana foi a que mais ganhou asas no mundo, sendo seguida também por Mark Twain e Henry James. Muitos se convenceram de que códigos secretos se escondiam nas peças, revelando a sua verdadeira autoria. O culto baconiano era tamanho que Edwin Durning-Lawrence publicou um livro em 1910 revelando anagramas contidos nas obras. O mais famoso deles é uma palavra inventada em "Trabalhos de amor perdidos", "honorificabilitudinitatibus", que poderia ser transformada no hexâmetro latino: "H iludi F. Baconis nati tuiti orbi" ou, na tradução de Bryson: "Estas peças, produtos de F. Bacon, são preservadas para o mundo". BRYSON, Bill. Op. cit., p. 183. Até os dias de hoje, este é um assunto que dá margem a diversas interpretações. Mais informações sobre as controvérsias atuais na página on-line da revista Veja: <<http://veja.abril.com.br/blog/o-leitor/sera-que-shakespeare-existiu-de-verdade/>> acesso em 25 out. 2017.

²⁰ BRYSON, Bill. Op. cit., p. 16.

²¹ Shakespeare foi um marco no Renascentismo literário da Inglaterra durante a Idade Moderna, período que se considera desde 29 de maio de 1453 quando ocorreu a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos até a Revolução Francesa, em 14 de julho de 1789. A época moderna pode ser considerada, exatamente, como

as vivências relacionadas às questões legais,²² que possivelmente influenciaram a significativa quantidade de julgamentos e juristas nas suas obras.

2.2 O menino de Stratford-Upon-Avon

Sabe-se que nasceu no ano de 1564, em Stratford-upon-Avon, uma cidade de importância considerável para a época e cerca de 140 km de distância de Londres. Especula-se que tenha nascido no dia 23 de abril, mas essa informação não é clara, pois o único fato concreto que se tem é o dia do batizado: 26 de abril.²³ Era uma época peculiar para se nascer. Um ano antes, um surto de peste dizimara 1/3 da população de Londres e ao longo dos anos de 1560 a comida era escassa.²⁴

Cinco anos antes do seu nascimento, Elizabeth I foi coroada. Era um período no qual o monarca exercia seus poderes de forma plena. A rainha estava no

uma época de “revolução social”, com o início do modo de produção capitalista e o aumento exorbitante do comércio. Para a Literatura, importa especialmente a impressão da bíblia em 1450, que deu origem ao surgimento de muitos livros, com a aparição de escritores por toda a Europa, dando força ao movimento literário. Na Itália havia Maquiavel (1469 – 1527), na Espanha, Cervantes (1547 – 1616), em Portugal Luís de Camões (1524 – 1580). Ao mesmo tempo ocorria o Romantismo artístico, com Leonardo da Vinci (1452 – 1519) e Michaelangelo (1475 – 1564). No Renascimento científico tinha-se Isaac Newton (1642 – 1727) na Inglaterra, Galilei Galilei (1564 – 1642) na Itália e Descartes (1595 – 1650) na França. Segundo Paulo Miceli, a ideia constantemente associada ao Renascimento é a de que foi um período de (re)vivificação dos valores da cultura greco-latina. Diante dos antigos – os gigantes –, os letrados do Renascimento seriam uma espécie de anões, apesar de lhes ser facultada a possibilidade de escalar os ombros dos antecessores para enxergar mais longe. Segundo Miceli, o humanista espanhol Jua Luis Vives (1492-1540) condenava essa classificação, afirmando que os homens de seu tempo não eram anões assim como os antigos não eram gigantes. Eram homens do século XVI que seriam mais cultos graças aos antigos. O Renascimento não colocava em confronto o moderno e o antigo e sim os conciliava em suas formas de progresso: O circular, que celebrava o antigo (eterno entorno) e o linear, que desviava da Antiguidade. MICELI, Paulo. *História Moderna*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 30 – 31.

²² Em relação ao direito, a Era Moderna possui importância significativa. Presenciou-se o advento de uma nova realidade normativa, com o desenvolvimento interno do sistema da ciência jurídica que, segundo António Manuel Hespanha, provocou uma “grave crise no seio do pensamento jurídico europeu”. HESPANHA. António Manuel. *História das Instituições: Épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 479. Sobretudo, a nova fase de construção sistemática do direito da Era Moderna se fundamentava na remodelação do instrumental lógico-conceitual a fim de simplificar a ciência jurídica. Afastou-se da complicada dialética aristotélico-escolástica, aproximando-se a uma dialética jurídica simplificada, natural, próxima do senso comum. *Ibid.* p. 483.

²³ Muitas paróquias não obedeciam a regra de registrar o nascimento e Stratford só começou a realizar registros em 1558. Há ainda um problema em relação à data de 23 de abril, pois faz referência ao calendário juliano. O calendário gregoriano só foi criado em 1582, quando Shakespeare era adulto. O que seria o dia 23 de abril naquela época, seria então hoje 3 de maio. BRYSON, Bill. *Op. cit.*, p. 31.

²⁴ A população de Londres havia diminuído consideravelmente devido à peste que se instalara 300 anos antes. A década anterior ao nascimento de Shakespeare sofreu uma queda de população de cerca de 6%. Londres era também o local de desembarque dos navios viajantes, o que sempre renovava o estoque de doenças contagiosas, o que levou a quantidade de mortes a ultrapassar as de nascimento durante dois séculos. *Ibid.* p. 28, 31.

alto da pirâmide social e as restrições legais se impunham sobre todos os aspectos. A desordem era um problema, mas Elizabeth I conseguiu se impor progressivamente sobre a nação e lidar com os conflitos religiosos.²⁵ Ainda que fosse tempo de agitação, a transição para o protestantismo se deu de forma razoavelmente tranquila, sem guerras civis em larga escala.²⁶ O interesse da Coroa não era dirigir as crenças religiosas, e sim garantir a fidelidade do povo.²⁷

A principal preocupação do reinado elisabetano era evitar perturbações na vida civil e conflitos externos. A monarca fazia uso das leis suntuárias, que se propunham contornar a falta de ordem e, até 1604, estabeleciam as mais diversas regras de conduta.²⁸ Havia leis sobre vestimenta, para determinar o que cada um poderia vestir, dependendo de quanto a pessoa ganhava por ano.²⁹ A alimentação recebia regras igualmente aleatórias, restringindo-se a quantidade de pratos por refeição.³⁰

As restrições com a conduta pública eram severas e variavam desde multas por receber um hóspede sem permissão de um funcionário da justiça ou casar sem a benção do monarca, até punir os donos de patos que andassem na rua, por

²⁵ “Apesar de uma revolta dos nobres do Norte em 1569, que procurou destronar a rainha e restaurar o catolicismo, o fato é que a história começou a mudar em favor dos ingleses”. BARROSO, Luís Roberto. Shakespeare e seu tempo. In: ALQUÉRES, José Luiz; NEVES, José Roberto de Castro (Org.). Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados. Rio de Janeiro: Janeiro, 2017.p. 36.

²⁶ BRYSON, Bill. Op. cit., p. 32

²⁷ Quanto a Shakespeare, é difícil dizer até que ponto era religioso, apesar das inúmeras referências religiosas em seus trabalhos. “A história de Caim aparece 25 vezes nas 38 peças – uma proporção bastante alta. Mas Otto Jespersen e Caroline Spurgeon consideram Shakespeare quase inteiramente desinteressado de temas bíblicos”. Ibid. p. 65.

²⁸ Segundo Pierre Bourdieu, o direito é um dos sistemas capazes de, como a arte e a religião, impor o poder simbólico, uma vez que é a forma, por excelência, do discurso capaz de produzir efeitos por sua própria força. Sobretudo, no direito, o poder simbólico se dá através da codificação que “introduz nas relações sociais uma nitidez, uma previsibilidade e, por este modo, uma racionalidade que nunca é completamente garantida por princípios práticos ou habitus ou pelas sanções do costume.” Como instrumento de regulação, a lei cumpre sua função política de instrumento de imposição ou legitimação da dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica). BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 7ª ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 11, 237, 249.

²⁹ Por exemplo, Bill Bryson explica que uma pessoa que ganhasse vinte libras por ano, poderia portar gibão de cetim, mas não vestido de cetim. Para usar o cetim de maneira irrestrita era preciso ganhar cem libras por ano. Ainda assim, não poderia usar veludo carmesim nem azul, pois eram as cores dos Cavaleiros da Liga e seus superiores. Meias de seda somente eram permitidas a cavaleiros e seus filhos, funcionários e atendentes reais. BRYSON, Bill. Op. cit., p. 36.

³⁰ Segundo Bryson, um cardeal poderia comer nove pratos por refeição e quem ganhava menos de 40 libras ao ano (a grande maioria) tinha permissão para apenas dois pratos mais a sopa. Ibid. p. 37.

apropriação indébita³¹ de cascalho urbano³². À primeira vista, é de se pensar que essas regras mal fossem aplicadas, mas isso não é verdade, por mais esdrúxulas que aparentem ser nos tempos contemporâneos. Doze anos antes do nascimento de William Shakespeare, por exemplo, seu pai, John Shakespeare, fora multado em um xelim por manter um monte de esterco na rua (era uma multa relativamente alta, provavelmente dois dias de salário para John).³³

Há também registros de 1570, quando William já era vivo, de que seu pai fora processado por comercializar lã e emprestar dinheiro cobrando juros além da taxa legal, ambas atividades ilegais.³⁴ As multas por usura, principalmente, eram severas, por ser considerada uma prática detestável.³⁵ No entanto, não foram só problemas que as regras legais trouxeram para Shakespeare. Aos cinco anos, ele já tinha contato com outros dramaturgos, pois seu pai, John, era prefeito e quando as companhias teatrais chegavam em uma cidade, a lei determinava que deviam ir à casa do prefeito para apresentar cartas de recomendação. Assim, recebiam a autorização para apresentar os espetáculos.³⁶ Em 1576, John abandonou o posto público e fez parte da lista de moradores de Stratford que se pensara terem deixado de comparecer à igreja por medo de processos e dívidas.³⁷ Nesta época, Shakespeare já tinha doze anos.

Quando tinha idade suficiente para ir à escola, William recebeu uma boa educação na *King's New School*. Apesar de não haverem documentos suficientes

³¹ O Código Penal brasileiro classifica a apropriação indébita: art. 168 “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”.

³² BRYSON, Bill. Op. cit., p. 37.

³³ Ibid. p. 37

³⁴ Era um tempo no qual não haviam bancos ou instituições de crédito que fornecessem empréstimos como nos dias de hoje, por isso era comum que isso ocorresse entre as próprias pessoas. É nessa mesma situação que se encontram as personagens em “O Mercador de Veneza”, em uma época na qual a prática dos judeus em emprestar dinheiro era, ao contrário do que se pensa, muito bem-vinda, tendo em vista a inexistência de empréstimos bancários.

³⁵ Talvez, por tomar posterior conhecimento destes fatos, Shakespeare demonstre certa compaixão por Shylock, em “O Mercador de Veneza”, quando é insultado pelos cristãos, incluindo Antônio, que abominam a prática. No Ato I, Cena III, Shylock diz: “Signor Antônio, quantas, quantas vezes lá no Rialto fizestes pouco caso do meu dinheiro e de eu viver de juros!”. Shylock cita os feitos de Jacó que, quando pactuou com seu tio, ficou com os cordeiros que nasceram do cruzamento das ovelhas, como se juros fossem, como forma de justificar a prática do mesmo com a moeda. Antônio abomina a comparação na memorável frase “O diabo sabe citar a escritura quando lhe convém”.

³⁶ “Apresentavam suas cartas de recomendação, lacradas com sinete, para provar que não eram vagabundos e tinham um patrono poderoso a protege-los” GREENBLATT, Stephen. Como Shakespeare se tornou Shakespeare. Tradução de Donaldson M. Garschagen; Renata Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 25.

³⁷ BRYSON, Bill. Op., cit., p. 41.

que comprovem isso, é onde todos os garotos que ali moravam iam estudar. Ainda que não haja registros nesse sentido, pois todos sumiram, teria sido estranho se Shakespeare não tivesse frequentado essa escola.³⁸ Era uma instituição estrita e que aplicava castigos físicos, e que também se dedicava à educação clássica, com o aprendizado do latim.³⁹ A grade curricular não costumava contar com história ou literatura inglesa, tampouco biologia, química, economia ou sociologia. Havia, sim, noções de aritmética.⁴⁰ O método de ensino era por memorização e repetição, com análise de textos elaborados, exercícios de imitação⁴¹ e variação retórica.⁴²

Foi assim o início do apetite do Bardo pela linguagem, que incentivado pela escola ao estimular os alunos a representar peças antigas, tornou-se apaixonado pelas comédias e tragédias clássicas. Em especial, se interessava pela combinação teatral da lógica e da confusão.⁴³ Além de despertar os talentos naturais de William, a escola o preparou bem e alimentou atributos que hoje são valorizados em suas obras, como a paixão pela linguagem e a variação estilística. A educação formal teve aí seu fim, quando William tinha 15 anos, sem que o Bardo tenha frequentado a universidade.⁴⁴

Casou-se com 18 anos com Anne Hathaway, sendo relativamente precoce em comparação aos jovens daquela época, que se casavam entre 25 e 30 anos.⁴⁵ Teve três filhos (Susanna e os gêmeos Judith e Hamnet) dos quais logo se afastaria para perseguir a carreira de dramaturgo em Londres.⁴⁶ Ainda que período entre 1585 e

³⁸ “We don’t have any records showing that Shakespeare attended the local grammar school – they are missing for that period – but it would be odd if he hadn’t”. MCGUIRE, Laurie; SMITH, Emma. 30 Great Myths About Shakespeare. Chichester: John Wiley & Sons, 2013. p. 12. Tradução Livre: Não temos registros de que Shakespeare frequentou a escola local, pois estão desaparecidos para este período, mas seria estranho que ele não a tivesse frequentado.

³⁹ Stephen Greenblatt brinca, ou não, que “todos aceitavam que o ensino do latim fosse inseparável das surras” e que “talvez as nádegas tenham sido criadas para facilitar a aprendizagem”. GRENNBALT, Stephen. Op. cit., p. 22.

⁴⁰ As escolas chamadas de Grammar Schools eram assim chamadas porque ensinavam gramática e a gramática ensinada era o latim. MCGUIRE, Laurie; SMITH, Emma. Op. cit., p. 12.

⁴¹ Imitatio significa tentar reproduzir o estilo de um autor renomado. Ibid. p. 13.

⁴² Copia significa falar a mesma coisa de diversas maneiras. Ibid. p. 13.

⁴³ Sobretudo os alunos encenavam peças de Plauto e Terêncio. “Uma vez, em Londres, quando era um jovem dramaturgo à procura de tema para uma comédia, ele simplesmente pegou ‘Os Menecmos’, acrescentou um segundo par de gêmeos para duplicar a confusão e escreveu ‘A comédia de erros’. A peça fez grande sucesso” GRENNBALT, Stephen. Op. cit., p. 24.

⁴⁴ BRYSON, Bill. Op., cit., p. 44.

⁴⁵ Por que tão cedo? A resposta viria meses depois, com o nascimento da primeira filha, Susanna. “O que torna o fato ligeiramente intrigante é que não era nada raro uma noiva estar grávida no dia do casamento – 40% das noivas encontravam-se neste estado”. Ibid. p. 45 – 46.

⁴⁶ Apesar de morar longe da família, Shakespeare nunca deixou de fazer investimentos na cidade. Em

1952⁴⁷ seja vazio em todas as biografias do Bardo, uma vez ausente documentos que deixam qualquer pista definitiva e confiável do seu paradeiro, supõe-se que chegou a Londres no final da década de 1580, indo morar longe da família.

2.3 Dos palcos de Londres à Veneza medieval

Shakespeare viveu em um período de transformação da Inglaterra, que saía do patamar de país periférico para ser uma das grandes potências internacionais. Ainda que hoje se enxergue Shakespeare como um dos melhores dramaturgos de todos os tempos, não era glamorosa a vida do teatro em Londres. Os teatros, bordéis, prisões, lojas de pólvora, cemitérios não consagrados e hospícios recebiam tratamento semelhante, obrigados a se situarem fora das muralhas da cidade. Ficavam por isso perto de estabelecimentos fétidos, como fábricas de sabão, cola, curtumes e tinturarias.⁴⁸

O ambiente dos teatros era peculiar e relativamente íntimo. Bill Bryson, estudioso em Shakespeare, relata que ninguém na plateia ficava mais de quinze metros do palco, o cenário era pouco e não havia cortina.⁴⁹ Nenhum recurso havia para distinguir dia e noite, neblina e sol, campo de batalha da casa, a não ser as palavras. Por isso, as cenas eram situadas verbalmente e com ajuda da imaginação. Era preciso que o dramaturgo fosse bom o suficiente para trabalhar com um cenário econômico e dar brilho a cenas sem os recursos que se conhece hoje. Neste aspecto, Shakespeare se destacava. Os figurinos, em especial, eram muito valorizados em um ambiente sem cenário trabalhado.

Uma vez que se acredita que a chegada à Londres tenha sido entre 1587 e 1590, significa que Shakespeare não demorou para ter sucesso, já que a primeira referência feita a ele como autor teatral é de 1592: Trata-se do memorável ataque

1605, por exemplo, investiu alta quantia em díizimos na cidade de Stratford. Anos antes, em 1596, comprou também uma das mais importantes casas na sua cidade natal, realocando para lá a sua família. HELIODORA, Barbara. Op. cit., p. 14 – 15.

⁴⁷ Esse período compõe os chamados “anos perdidos” da vida do Bardo. Segundo Barbara Heliodora, “poucos assuntos tem dado lugar a tanta especulação quanto os famosos anos perdidos, isto é, os sete ou oito anos entre o nascimento dos gêmeos em Stratford e o primeiro documento sobre a vida profissional de Shakespeare em Londres” Ibid. p. 11.

⁴⁸ “Fabricantes de cola e de sabão processavam grandes volumes de ossos e de gordura animal e enchiam o ar com o odor nauseabundo que podia ser tudo, menos eliminado enquanto os curtidores mergulhavam seus produtos em barris de fezes de cachorro para deixá-los macios. Ninguém chegava a um teatro sem passar por uma boa dose de cheiros.” BRYSON, Bill. Op. cit., p. 74.

⁴⁹ Ibid. p. 78.

escrito por Robert Greene, um dramaturgo esquecido pelo teatro profissional. Estava revoltado com o florescer de Shakespeare, por este ser um dramaturgo sem educação universitária. Era um panfleto de conteúdo amargurado, distribuído com o intuito de alertar seus colegas dramaturgos sobre o “corvo arrivista, embelezado com nossas plumas, que com seu coração de tigre⁵⁰ envolto em pele de ator, supõe poder compor versos brancos tão bombásticos quando o melhor de vocês”.⁵¹ Outra alusão ao Bardo foi o pedido de desculpas por parte do editor do panfleto, que esclareceu não conhecer o “senhor William Shakespeare”, a quem, segundo ele, pessoas de respeito fizeram posteriormente as mais elogiadas referências.⁵²

A partir de 1592, a documentação torna-se abundante. Encontra-se o nome de Shakespeare em registros não somente como dramaturgo, mas também como ator. Está na lista dos atores em documentos de 1592, 1598, 1603 e 1608, tendo se especializado em bons papéis, em suas próprias peças, ainda que as personagens que interpretava fossem razoavelmente pouco exigentes.⁵³ Não se comparavam, por exemplo, com o desafio da interpretação de papéis femininos, já que, como os palcos eram proibidos para mulheres, os atores que as interpretavam tinham que ser bastante talentosos.⁵⁴

Quando o nome de Shakespeare entra para os registros do teatro, estes são suspensos. Havia um surto de peste grave que levou os teatros de Londres a receberem ordem oficial de fechar as portas. Este período durou cerca de 2 anos e pelo menos 10 mil pessoas morreram em razão da peste.⁵⁵ As companhias teatrais foram banidas de Londres e quanto a Shakespeare, tem-se outro mistério em relação ao o que o dramaturgo fazia nos anos da peste (1592 e 1593). O mais coerente é que Shakespeare permaneceu em Londres durante esse período, aproveitando para afirmar sua condição de poeta, preparando-se para a reabertura dos teatros.⁵⁶

Sobre os anos da peste, existem teorias de que Shakespeare estava viajando

⁵⁰ “Coração de tigre faz referência a um verso da terceira parte de Henrique VI, que fala em “coração de tigre envolto em pele de mulher”. HELIODORA, Barbara. Op. cit., p. 12.

⁵¹ Ibid. p. 12.

⁵² Ibid. p. 12.

⁵³ BRYSON, Bill. Op. cit., p. 83.

⁵⁴ Esse preconceito é uma tradição típica do norte da Europa. Na França, Espanha e Itália, por exemplo, mulheres podiam subir aos palcos para interpretar papéis femininos. Ibid. p. 80.

⁵⁵ Ibid. p. 87.

⁵⁶ HELIODORA, Barbara. Op. cit., p. 12 – 13.

pela Itália, o que justificaria a onda de peças italianas redigidas naquele período, incluindo “O Mercador de Veneza”, que só viria a ser publicamente exposta em 1596.⁵⁷ Apesar desta especulação, não há provas de que ele tenha viajado para outros países, sendo esta possibilidade pouco provável, uma vez que era necessária permissão oficial para viagens internacionais.⁵⁸ Se resta a dúvida de como Shakespeare adquiriu tanto conhecimento de Veneza a ponto de escrever uma peça que se passa na cidade, com detalhes da época, a resposta é a mesma de como ele adquiriu conhecimento para escrever sobre períodos do passado histórico: através da leitura.⁵⁹

Com o fim da peste, os teatros reabriram e as companhias se reorganizaram. Shakespeare entrou para a companhia de um jovem ator, Richard Burbage, se apresentando no *Theatre*, o primeiro teatro permanente construído em Londres, de propriedade do pai de Richard, James Burbage. Depois, em 1598, a companhia ocuparia o *Curtain*, mas já pensando em construir o próprio teatro.⁶⁰

⁵⁷ A peça também é mencionada no livro *Palladis tamia: Tesouro da Sabedoria*, publicado de 1598, de um filósofo chamado Francis Meres. O livro cita Platão, Sêneca como os melhores autores latinos e Shakespeare como melhor autor inglês de comédias e tragédias, exemplificando com a peça “O Mercador de Veneza”, o que permite que se afirme que a peça foi redigida nesta época, ao contrário de muitas outras peças de Shakespeare, que não possuem tempo certo. BRYSON, Bill. Op. cit., p. 98 - 99.

⁵⁸ “The other writers of his era who travelled in Europe tended to do so in a professional diplomatic or military capacity” MCGUIRE, Lauria; SMITH, Emma. Op. cit., p. 34. Tradução livre: Os outros escritores desta época que viajavam pela Europa normalmente faziam isto devido a motivos militares ou diplomáticos.

⁵⁹ “But the answer, of course, to the question of how Shakespeare got his knowledge of these places is the same as the answer to a related puzzle – how did he “travel” to ancient Greece (A Midsummer Night’s Dream, Timon of Athens, Troilus and Cressida), to ancient Rome (Julius Caesar, Coriolanus), to ancient Egypt (Antony and Cleopatra), ancient Britain (King Lear and Cymbeline), or to the England of the fourteenth and fifteenth centuries (the history plays from Richard II to Richard III)? Answer: He traveled through reading, conveyed by books. He didn’t go to these places; he read about them” Ibid. p. 35. Tradução livre: A resposta, é claro, para a pergunta de como Shakespeare obteve conhecimento destes lugares é a mesma para um enigma semelhante: como ele “viajou” para Grécia Antiga, (“Sonho de uma noite de verão”, “Timão de Atenas, “Troilo e Créssida”) Roma Antiga (“Júlio César”, “Coriolano”), Egito Antigo (“Antônio e Cleópatra”), Antiga Grã-Bretanha (“Rei Lear”, “Cimbelino”), ou a Inglaterra dos séculos XIV e XV (peças históricas desde Ricardo II até Ricardo III)? A resposta é que ele viajava através da leitura, transportado por seus livros. Ele não ia a estes lugares, mas lia sobre eles.

⁶⁰ “Terminara o período de arrendamento do terreno e o proprietário criava dificuldades para a renovação, já que ficaria com o teatro se as negociações não chegassem a bom termo.” HELIODORA, Barbara. Op. cit., p. 13. Atualmente, preenchidos os requisitos da lei art. 51 da Lei 8.245/91, seria possível fazer uso da ação renovatória de contrato de locação comercial. Darcy Bessone de Oliveira Andrade explica: “O direito do comerciante à renovação do arrendamento resultou de uma aplicação da teoria do abuso de direito, emanada do legislador e assentada no critério da falta de motivo sério e legítimo. Firmou-se agora, em suma, que o senhorio, verificadas algumas condições, só poderá retomar o seu prédio quando se inspire nos motivos sérios e legítimos que a lei cautelosamente enuncia.” ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do direito do comerciante à renovação do arrendamento. Minas Gerais: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940. p. 49.

Aproveitariam a madeira do *Curtain* para mais tarde construir a sede do *Globe* que, em 1599, às margens do Tamisa, competiria com as outras casas de espetáculo.⁶¹

Foi em 1594 que o sucesso de Shakespeare ficou claro (ainda que a profissão de dramaturgo não fosse tão estimada), com o patrocínio de um aristocrata importante e a dedicação exclusiva ao teatro. Infelizmente, seu filho Hamnet morreria 2 anos depois, aos 11 anos de idade. Foi nesse mesmo ano de 1596 que Shakespeare foi condecorado com um brasão, símbolo de ascensão social na Inglaterra, com o dizer "*Non sanz droict*".⁶² O brasão não seria passado a diante na família em razão da morte do único filho homem.

Não se sabe ao certo como o Bardo reagiu à morte de Hamnet, mas com certeza não impediu que Shakespeare continuasse a caminho do sucesso. Apesar disso, a perda pode ser sentida em suas peças⁶³ e também em suas ações, já que nove meses depois da morte do filho William comprou uma casa em Stratford, New Palace. Nessa época, já era um sujeito com boa situação financeira. Tornar-se um homem "de posses". Era um cidadão respeitavelmente próspero, ainda que tenha deixado de pagar um tributo ou outro: no mesmo ano em que comprou a casa em New Palace, foi condenado em Londres por não pagar impostos (cerca de cinco xelins por dois anos consecutivos).⁶⁴

Conforme mencionado, o ano de 1596 foi altamente perturbador para o Bardo, com a morte de seu filho, mas é precisamente o ano que interessa a este trabalho. É o período em que "O mercador de Veneza" foi publicado. Existem teorias de que o motivo pelo qual a peça foi escrita, foi para chamar atenção à necessidade de reformas na *Common Law*. Tal não é, contudo, inteiramente preciso. Shakespeare não era um romancista de "solucionar problemas". Segundo George Willams

⁶¹ Giles Allen, o dono do terreno, precisou fazer uma pequena viagem e, durante sua ausência, os integrantes da companhia fizeram um mutirão e levaram toda a madeira que conseguiram para construir um novo teatro em outro terreno, que eventualmente seria o *Globe*. HELIODORA, Barbara. Os teatros no tempo de Shakespeare. In: LEÃO, Liana de Camargo; SANTOS, Marlene Soares dos (Org.). Shakespeare, sua época e sua obra. Curitiba: Beatrice, 2008. p. 69. Conforme supramencionado, feito uso da ação renovatória, estariam resguardados os investimentos feitos na infraestrutura do imóvel, não sendo necessário carregar a maior quantidade de madeira que os dramaturgos conseguiam transportar.

⁶² "Non sanz droict" ou "Não sem o direito".

⁶³ "Grief fills the room up of my absent child; Lies in his bed, walks up and down with me; Puts on his pretty looks, repeats his words; Remembers me of all his gracious parts; Stuffs out his vacant garments with his form." The life and death of King John. Ato III, Cena IV. Tradução livre: Tristeza enche o quarto do meu filho ausente, deita-se em sua cama, segue-me de um lado para o outro, imita sua bela aparência, repete suas palavras, me lembra de tudo que tinha de bom, preenche suas roupas vazias com sua forma.

⁶⁴ BRYSON, Bill. Op. cit., p. 123.

Keeton,⁶⁵ o dramaturgo era um homem muito ocupado, escrevendo peças para ganhar o “pão de cada dia”. Por isso, problemas são apenas incidentais em suas peças, mas não o motivo para escrevê-las. Independente do motivo, é possível afirmar que Shakespeare estava atento aos problemas do seu tempo, inclusive os jurídicos.⁶⁶

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior, a tragédia shakespeariana toma um sentido próprio na relação de poder e na questão delicada de mandar e ser obedecido.⁶⁷ Para ilustrar essa questão é comumente fornecido o exemplo de Hamlet e Ricardo II. Ainda que o poder medieval se destaque, com a “concepção ritualística da realeza”⁶⁸ em relação à legitimidade, herança e laços de sangue, é possível estender essa concepção também para a plebe. Enquanto a relação de poder entre o soberano e os governados busca fundamento de origem divina⁶⁹, as relações de poder entre governados se constituíam devido as interações sociais, com destaque para o poder exercido pelo credor perante o devedor.

As regras legais relacionadas a dívidas são frequentemente mencionadas por Shakespeare. Somado à severidade das leis durante o reinado de Elizabeth I está o fato de que muitos dos espectadores teatrais tremiam perante a ideia de irem para a prisão *Fleet*, em Londres, que servia especialmente para os devedores condenados por dívidas.⁷⁰ Se alguém não podia pagar uma dívida, os credores tinham o direito de leva-lo a esta prisão, onde poderiam ficar por tempo indefinido.⁷¹ Para evitar escapatórias, até mesmo os carcereiros eram

⁶⁵ KEETON, George Williams. Shakespeare and his legal problems. London: A \$ C. Black, 1930. p. 10.

⁶⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Equidade em Shakespeare. In: ALQUÉRES, José Luiz; NEVES, José Roberto de Castro (Org.). Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados. Rio de Janeiro: Janeiro, 2017. p. 150.

⁶⁷ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Os dois corpos do rei: o jogo da legitimidade. In: ALQUÉRES, José Luiz; NEVES, José Roberto de Castro (Org.). Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados. Rio de Janeiro: Janeiro, 2017.p. 21.

⁶⁸ Expressão usada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Ibid. p. 21.

⁶⁹ “Enquanto representante de Deus na Terra, o rei emprestava algo da natureza de Cristo: o corpo natural, submetido às vicissitudes da vida e o corpo místico ou político, de onde vinha a legitimidade do poder real.” Ibid. p. 22.

⁷⁰ Construída em 1197 às margens do Rio Fleet. <<http://www.british-history.ac.uk/old-new-london/vol2/pp404-416>> acesso em 08 out. 2017.

⁷¹ De acordo com George Keeton, não era diferente na Roma ou Grécia. Nestes locais, também o devedor poderia ser empriionado por seus credores. KEETON, George Williams. Op. cit., p. 86. O Direito romano ganha destaque nesse quesito. Ainda que a redução do devedor à escravidão tenha sido abolida com a Lex Poetelia Papiria, restaram resquícios de um sistema onde o devedor era pessoalmente obrigado pelas dívidas. De acordo com Caio Mário, o conceito de obrigação já era bastante apurado nos primeiros tempos romanos e foi logo nitidamente formulado como um iuris vinculum hábil a prender um devedor a um credor. No período clássico, o poder do credor sobre o devedor (nexum) significava poder sobre o corpo de sentido de

pessoalmente responsáveis por seus prisioneiros, de modo que se alguém escapasse, seriam eles os obrigados pelas dívidas dos fugitivos.⁷²

Assim, havia grande simpatia por peças nas quais as personagens passavam por dificuldades financeiras em razão de dívidas. Eram, aliás, muito comuns, em razão da inexistência de mútuo por parte de instituições financeiras. Levando em conta também a experiência do próprio Shakespeare ao ver o pai lutar contra dívidas, não há grande surpresa que este seja um tema recorrente em suas obras, tendo em vista ser uma questão presente na vida dos ingleses. Para a audiência elisabetana, Shylock representa o praticante de usura do dia a dia, que levava o devedor à ruína.⁷³ Segundo Keeton, se fosse possível ver o rosto dos jovens nobres assistindo as peças no *Globe*, estaria refletido em seus olhares mais do que um calafrio apreensivo ao se verem em situações tão similares quanto a de Antônio.⁷⁴

O que Shakespeare fez foi transportar os problemas locais que conhecia para uma cidade pela qual demonstrava enorme fascínio: Veneza. A expansão do mercantilismo depois da Idade Média fez com que Veneza se tornasse uma das mais prósperas cidades no quesito mercantil.⁷⁵ Segundo Selma Ferreira Lemes, ao escolher a Sereníssima (como era conhecida a República de Veneza entre o século IX até meados de 1797, quando foi vencida por Napoleão⁷⁶), o dramaturgo elege como palco de suas histórias o início da Era Moderna, das invenções, dos descobrimentos científicos, dos exploradores, do Renascimento e do Humanismo, tendo como plano de fundo o mercantilismo.⁷⁷

Para compreender porque o dramaturgo transportou suas histórias para outra época e local, deve-se pensar na conexão entre a cartografia, a história,

escrivizar. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2. p. 9 - 10. De acordo com as lições de Eberto Viana Chamoun, o nexum, inicialmente um empréstimo, tornou-se mais tarde um processo para criar quaisquer obrigações em dinheiro, no qual o contrato por si só já tinha força executória. Autoriza o credor a prender o devedor em sua prisão doméstica por 60 dias, acorrentando-o e fazendo-o trabalhar. Se este prazo se esgotasse sem pagamento ou acordo, poderia o credor matar o devedor ou vendê-lo como escravo no rio Tibre. CHAMOUN, Ebert Viana. Instituições de Direito Romano. 3ªed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 358.

⁷² KEETON, George Williams. Op. cit., p. 80.

⁷³ Ibid. p. 16.

⁷⁴ Ibid. p. 16.

⁷⁵ A ilha de Chipre era uma colônia de Veneza e também foi escolhida pelo dramaturgo para ser palco de outra peça, "Oteló". LEMES, Selma Ferreira. Shakespeare e Veneza, o retrato do tempo. In: ALQUÉRES, José Luiz; NEVES, José Roberto de Castro (Org.). Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados. Rio de Janeiro: Janeiro, 2017. p. 121.

⁷⁶ <<http://metahistoria.com/novedades/venecia-ciudad-de-fortuna-rb/>> acesso em 08 out. 2017.

⁷⁷ LEMES, Selma Ferreira. Op. cit., p. 122.

a geografia e a humanística, não só em Veneza, mas também no ambiente no qual se inseria o próprio bardo. A questão comercial chamara a atenção de Shakespeare, pois era importante também na Inglaterra. O Bardo presenciou o surgimento da letra de câmbio, dos primeiros bancos e do Direito Mercantil representado na *Lex Mercatoria* e *Ius Mercatorum* (fundado na prática e costumes dos mercadores). Também teve início a arbitragem comercial internacional, influenciando a elaboração de regras mercantis mediterrâneas.⁷⁸

A introdução da moeda como novo personagem central, cercada pelas relações comerciais proporcionou novos dilemas em relação ao mercantilismo e à *Law Merchant*, que sucedeu a antiga *Lex Mercatoria* da Idade Média. À *Common Law* foram incorporadas práticas justas e uma nova forma de interpretação e aplicação legal, principalmente a partir do século XVI, quando o movimento *Equity* se cristalizaria como parte integrante da lei, dando verdadeiro sentido à expressão “*ex bono et aequo*”⁷⁹. Segundo José Alexandre Tavares a aplicação da equidade pelo Doge de Veneza representa uma concepção inovadora da ordem jurídica e é um dos altos momentos do teatro Shakespeariano.⁸⁰

Se estes já não fossem motivos suficientes para um cenário ideal, soma-se o fato de que Veneza era uma cidade verdadeiramente cosmopolita, com diversidade cultural e étnica suficiente para que fossem ouvidas várias línguas na rua, como o veneziano, turco, grego e alemão. Judeus, cristãos e muçumanos conviviam em uma mesma cidade, ainda que os venezianos fossem intolerantes com os judeus e mouros.⁸¹ Neste ambiente cultural multifacetado, somado às circunstâncias jurídicas decorrentes da insuficiência da lei escrita para a resolução dos conflitos interpessoais, foi onde nasceu o contexto perfeito para a trama entre Shylock e Antônio. Uma vez encontrado o cenário perfeito, a relação credor-devedor e o princípio *pacta sunt servanda* jamais seriam os mesmos⁸².

⁷⁸ Ibid. p. 122.

⁷⁹ Em tradução livre, “conforme o correto e válido”, ou seja, confere-se à decisão validade no julgamento pela equidade, desde que seja justa.

⁸⁰ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. cit., p. 147.

⁸¹ LEMES, Selma Ferreira. Op. cit., p. 123.

⁸² O que se aprende com Shakespeare pode não ser de grande surpresa para o direito contemporâneo, mas é preciso reconhecer que a obra, em pleno século XVI, trata de uma questão que traz repercussões complexas e atuais acerca da pactuação de direitos existenciais e da dignidade da pessoa humana. Como bem afirmou Italo Calvino, “O clássico não necessariamente nos ensina algo que não sabíamos; às vezes descobrimos nele algo que sempre soubéramos (ou acreditávamos saber) mas desconhecíamos que ele o dissera primeiro (ou que de algum modo se liga a ele de maneira particular). E mesmo esta é uma surpresa que dá muita satisfação, como sempre dá a descoberta de uma origem, de uma relação, de uma pertinência.”: CALVINO, Italo. Por que ler os clássicos. 2ª ed. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 12.

Após o reinado de Elizabeth I, que terminou em 1603, Shakespeare produziu várias outras peças brilhantes. Ainda que seja categorizado como um dramaturgo elisabetano, a maior parte de suas peças é produzida sob a monarquia de James I. A cadeia de tragédias merece atenção especial, dentre elas “Otelo”, “Rei Lear”, “MacBeth”, “Antônio e Cleópatra” e “Coriolano”. A partir de 1609 o número de peças escritas diminui consideravelmente e Shakespeare se retira para Stratford em 1612.⁸³

Existem registros de 1616 acerca das mudanças que Shakespeare fez em seu testamento, no mesmo ano de sua morte. São três folhas de pergaminho, trazendo seis das assinaturas conhecidas do dramaturgo, uma em cada página. Hoje, o testamento está depositado em uma sala especial nos Arquivos Nacionais Britânicos, em Kew, Londres.⁸⁴ Foram deixadas 350 libras em dinheiro, quatro casas e considerável quantidade de terra. Era um espólio respeitável para a época, mas nada realmente grande, apesar do inventário total ter perecido no Grande incêndio de Londres, em 1666.⁸⁵

A linhagem de Shakespeare não durou por muito tempo, morrendo junto com sua neta, em 1670.⁸⁶ Esta era uma pessoa que poderia ter preenchido algumas lacunas sobre a vida do bardo, se não fosse pelo fato de que a primeira tentativa de biografia do dramaturgo surgiu somente em 1709, por Nicholas Rowe.⁸⁷ Hoje, apesar da inquieta série de mistérios que ainda rodeiam sua figura, William encontra descanso na capela da Santíssima Trindade. É o mesmo local onde está o busto de tamanho natural produzido por Gheerart Janssen. A escultura retrata Shakespeare com caneta e papel em mãos, com o seguinte poema:

*“Stay passenger, why guest thou so fast?
Read, if thou canst, whom envious death hath placed
Within this monument: Shakespeare, with whom
Quick nature died, whose name doth check this tomb*

⁸³ Em 11 do mesmo ano, Shakespeare foi testemunha do caso Belott-Montjoy, onde o genro exigia do sogro o pagamento que lhe fora prometido. Na época em que a disputa se iniciou, 8 anos antes, o Bardo era inquilino de Christopher Montjoy. Documentos on-line do julgamento mostram uma das assinaturas conhecidas do dramaturgo: <<http://www.shakespearedocumented.org/exhibition/document/bellott-v-mountjoy-first-set-depositions-bellotts-behalf-including-shakespeares>> acesso em 06 nov. 2017.

⁸⁴ BRYSON, Bill. Op. cit., p 151.

⁸⁵ Ibid. p. 151.

⁸⁶ Ibid. p. 154.

⁸⁷ Ibid. p. 170.

Far more than cost, sith all that he hath writ

Leaves living art but page to serve his wit.”⁸⁸

Ao final, resta justificada a fascinação pelo menino de Stratford-upon-Avon que veio a ser um dos maiores dramaturgos de todos os tempos.⁸⁹ Tem-se em Shakespeare um dramaturgo sem igual, pois era indubitavelmente um mestre na arte de criar, moldar e construir, não somente poemas e peças, mas também gente. Sua fama foi e é alimentada pela capacidade de, através de personagens que refletiam as pessoas e a história que o cercavam, cultivar situações que entrelaçavam a tragédia e a comédia que é a vida cotidiana. Fazia tudo isso de maneira íntima e cativante. Shakespeare é Shakespeare porque suas obras são a imagem caricata da própria existência humana.

Para o Direito interessa profundamente a desordem shakespeariana por trás do mundo dos homens. Devido às relações destes surgem os conflitos e nasce a necessidade da instauração da ordem por meio da lei. Recai na essência conflituosa da condição humana o motivo pelo qual as obras do dramaturgo são impregnadas com o fascínio pelo jurídico e, ao mesmo tempo, é a razão pela qual os juristas se deleitam na expressão artística do Direito por meio da Literatura.

3. O MERCADOR DE VENEZA E O DIREITO

3.1 O mútuo

O enfoque dos problemas jurídicos é refletido nas peças de Shakespeare de tal maneira que muitos até acreditam que as obras tenham sido escritas por um autor conhecedor do Direito, ou seja, alguém que perseguia uma carreira jurídica. Ainda que não haja evidências suficientes para afirmar que Shakespeare foi, de fato, advogado, ou conectado com o Direito de maneira relacionada ao labor legal, pode-se dizer seguramente que muitas de suas obras são lastreadas de bagagem jurídica. “O Mercador de Veneza” é, sem dúvida, uma delas. No entanto, para compreender o aspecto jurídico da peça, deve-se, primeiro, abarcar a trama.

⁸⁸ “Alto, passante, por que marchas tão rápido? Lê, se podes, quem pôs a invejosa morte neste monumento: Shakespeare, com quem morre a natureza e cujo nome bem mais que ouro orna esta tumba, e o que escrevia faz da arte tábua rasa à sua sabedoria.” Tradução por Bill Bryson. *Ibid.* p. 177.

⁸⁹ Em resposta à indagação de Frank Halliday: “What then? What remained? Why all this pother about a provincial boy who made a fortune out of the theatre?” HALLADAY, Frank Ernest. *Shakespeare and his world.* 5ª ed. Londres: Thames & Hudson, 1979. p. 116. Tradução livre: Então o quê? O que restou? Por que toda a agitação sobre do menino provincial que fez uma fortuna com os teatros?

A primeira cena tem início com a seguinte frase: “Na verdade, eu não sei porque estou tão triste”⁹⁰. São estas as palavras de Antônio, um próspero comerciante da burguesia Veneziana do séc. XIV.⁹¹ O motivo de sua tristeza não é relacionado a seu trabalho, pois ele aguarda o retorno de seus navios mercantes lançados ao mar, que certamente lhe trariam, ao acostar, o lucro esperado. É certo que a frase de Antônio introduz os acontecimentos desafortunados que se desenrolam a partir desta primeira passagem.

A desventura tem início com a revelação que Antônio recebe de Bassânio, um grande amigo⁹². Bassânio precisa de dinheiro para cortejar Pórcia, uma dama que receberá pretendentes para tomar sua mão em casamento. Pórcia vem de uma família próspera e, casando-se com ela, Bassânio ficaria, sem dúvidas, bastante afortunado, mas, para isso, precisa viajar até Belmonte, onde está a moça e deveria ter dinheiro suficiente para cortejá-la.⁹³ Antônio explica que suas fortunas estão imobilizadas no mar, pois seus navios mercantes ainda não retornaram e que não possui dinheiro para realizar o mútuo. No entanto, procurando ajudar, diz a Bassânio que tente verificar quais empréstimos pode conseguir na cidade de Veneza, anunciando ele, Antônio, como seu fiador.⁹⁴ Promete, ainda, que não fará imposições à escolha de Bassânio.⁹⁵

⁹⁰ “In sooth, I know not why I am so sad” “O Mercador de Veneza”: Ato I, Cena I.

⁹¹ Na época, Veneza era uma das cidades mais prósperas do mundo, graças ao comércio. Daí o fascínio de Shakespeare pela cidade, que era a mais antiga da República da Europa, havendo o apogeu do comércio com a expansão do mercantilismo. Ainda mais, era o único Estado que dirigia as políticas de governo para fins econômicos. “Era uma cidade à frente de seu tempo”. LEMES, Selma Ferreira. Shakespeare e Veneza, o retrato do tempo. In: ALQUÊRES, José Luiz; NEVES, José Roberto de Castro (Org.). Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados. Rio de Janeiro: Janeiro, 2017. p. 119- 137.

⁹² Há certa confusão na relação entre Antônio e Bassânio e há teorias de que na verdade Antônio fosse apaixonado pelo amigo e por isso se arriscaria para ajudá-lo.

⁹³ Imprescindível destacar que o que impulsionava Bassânio não era o amor pela moça que sequer conhecia, e sim a fortuna desta jovem herdeira. Seu objetivo é puramente econômico: recuperar a riqueza que um dia tivera, mas que não soube administrar em meio à vida boêmia que o levou à ruína financeira.

⁹⁴ As garantias bancárias são hoje realizadas em grande escala. Vera Helena de Mello Franco explica em relação aos bancos, que as operações de crédito são realizadas em massa, com características constantes e uniformes, segundo tipos negociais estandardizados. FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: Direito civil e empresarial. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 227. A oferta de Antônio à Bassânio se aproxima da relação bancária e não é incomum para a época, uma vez que os próprios comerciantes realizavam estes empréstimos em larga escala, na falta de instituições financeiras como se tem hoje. Assim como as instituições bancárias, a posição de Antônio como fiador é confiável, uma vez que era conhecido por ser um próspero comerciante. Independente da época, o requisito essencial do fiador é, por óbvio, ter capacidade de pagar a dívida, caso o devedor não o faça, tal qual dispõe o art. 825 do Código Civil de 2002: “Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação”.

⁹⁵ É no momento desta promessa que Bassânio sela sua maior desventura. O perigo recai no fato da fiança

O azar de Antônio recai sobre o fato de que, ao procurar alguém que lhe emprestasse o dinheiro que precisava para viajar até Pórcia, Bassânio encontra Shylock.⁹⁶ O encontro dos dois tem início já com a discussão do preço e das condições do mútuo: três mil ducados⁹⁷ por três meses e Antônio como fiador. Shylock aceita os termos e a fiança, mas antes pede para falar com Antônio. Nesse momento, Bassânio sugere um jantar entre os três e é nessa hora que se compreende a rivalidade existente por trás do empréstimo. Apesar de Shylock aceitar Antônio como fiador, nega-se a juntar-se a eles para comer e o faz de maneira bastante rude⁹⁸.

Os motivos da rivalidade⁹⁹ entre Shylock e Antônio não podem ser calcados em um só acontecimento. São vários os fatores que contribuem para a disparidade entre as duas personagens: Shylock é judeu e Antônio é católico. Antônio faz empréstimos sem cobrar juros, o que prejudica os negócios de Shylock.¹⁰⁰ Além

amarrar credor e fiador, constituindo relação distinta daquela que se cria entre credor e afiado. Ao prometer que não se oporia ao credor escolhido, Antônio se propõe a firmar negócio jurídico com qualquer indivíduo na cidade de Veneza. É desatento para o fato de que, tal como o credor pondera minuciosamente a escolha do fiador, este também deveria se atentar à pessoa do credor. “A fiança conclui-se entre fiador e credor. O contrato principal, entre o credor e o afiado, constitui outra relação jurídica. Se é frequente o devedor procurar e solicitar quem lhe garanta a solvência, e se não é raro conter-se a fiança no corpo do contrato principal, como cláusula deste, não se descaracteriza subjetivamente. Pode, mesmo, ser estipulada na incidência e até contra a vontade do devedor, sem sofrer degradação e não tem o afiado a liberdade de recusá-la sob invocação do princípio *invito non datur beneficium* (não se faz benefício ao que não quer)” PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 258.

⁹⁶ O motivo pelo qual Bassânio não se dirigiu a uma instituição bancária para pedir o empréstimo é que estas ainda não existiam no século XIV. Jacques Heers explica que eram chamados “banqueiros” os homens de negócios que tinham um banco na praça pública, que recebiam depósitos de seus fregueses e concediam empréstimos. Segundo Heers, o homem de negócios nesta época se assemelha mais a um “manipulador do dinheiro” do que propriamente o chefe de empresa que se tem hoje. Ainda assim, é a figura mais aproximada do empresário contemporâneo. Trata-se um novo tipo de mercador, “o grande mercador”, que se distancia da figura do viajante que cruzada as estradas do mundo com suas mercadorias, que fiscalizava seus armazéns à espera dos navios. Havia uma nova mentalidade para dirigir os negócios através do dinheiro. HEERS, Jacques. O ocidente nos séculos XIV e XV: aspectos econômicos e sociais. Tradução de Anne Arnichand da Silva. São Paulo: Pioneira, 1981. p. 179.

⁹⁷ O ducado é uma moeda de ouro ou prata e seu valor pode variar. GREENWOOD, Cynthia. *The Complete guide to Shakespeare's plays*. Nova Iorque: Alpha, 2008. p 90.

⁹⁸ “I Will buy with you, sell with you, talk with you, walk with you, and so following, but I will not eat with you, drink with you, nor pray with you.” “O Mercador de Veneza”: Ato I, Cena III. Tradução livre: “Eu comprarei com vocês, venderei com vocês, falarei com vocês, andarei com vocês assim por diante, mas eu não comerei com vocês, não beberei com vocês, nem rezarei com vocês”.

⁹⁹ Tem-se uma rivalidade entre dois comerciantes: “O comerciante outro não é senão a mesma pessoa, natural, ou jurídica, apta para o exercício de direitos e obrigações de ordem privada, a praticar, habitual e profissionalmente, a atividade mercantil.” Significa que o distingue os comerciantes é a atividade profissional. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 5.

¹⁰⁰ I hate him for he is a Christian! But more, for that, in low simplicity, he lends out money gratis, and brings down the rate of usance here with us in Venice.” “O Mercador de Veneza”: Ato I, Cena III. Tradução livre: Eu o odeio porque é cristão! E mais, para isso, em baixa simplicidade, ele empresta dinheiro gratuitamente e reduz a taxa de usança aqui conosco em Veneza.

disso, Shylock expressa os maus tratos sofridos de todos aqueles que, como Antônio, inclusive este, o xingaram e zombaram em razão de ser judeu. Assim, Shylock o provoca, indagando se deve abaixar a cabeça e emprestar dinheiro àquele que “o chamara de cão tão somente na quarta-feira passada”.¹⁰¹ Antônio responde com ainda mais intolerância, afirmando que o faria de novo: xingaria, cuspiria e o desprezaria novamente.¹⁰²

Desse modo, a conversa sobre a fiança tem início com a exposição das inimizades e termina de maneira menos agradável ainda. Shylock convida Antônio a ir ao notário e lá selar o mútuo com a seguinte cláusula: se o montante não for pago no dia acordado, uma libra de carne de Antônio deverá ser cortada e dada como pagamento.¹⁰³ Tem-se, neste momento, a estipulação da cláusula penal assessória, que deveria ser cumprida caso a obrigação principal fosse inadimplida.¹⁰⁴ Analisando a atitude de Shylock, a cláusula penal

¹⁰¹ “O Mercador de Veneza”: Ato I, Cena III.

¹⁰² Harold C. Goddard se pergunta como poderia um dos espíritos mais tolerantes da história, que era Shakespeare, ter escrito uma peça centrada em um dos maiores preconceitos de todos os tempos que é o antissemitismo. CLARKE. Harold Goddard. The meaning of Shakespeare. 5ª ed. v. 1. Chicago: University of Chicago Press, 1965. p. 81. No século XIV, Veneza era uma cidade na qual os judeus sofriam muito preconceito, o que dificultava os negócios. Para sobreviverem, uma prática muito comum era o empréstimo com juros (usura), que era condenada pela igreja católica, visto como espécie de enriquecimento ilícito, pois não requeria nenhum esforço do comodante. Somente então, com o contexto da época, deve-se tomar conclusões sobre Shylock. Os métodos por este empregados ao longo da trama podem não ser justificados unicamente pelo tratamento recebido durante toda a vida (ao longo da peça, é chamado de “diabo encarnado”, “judeu ordinário”, “cão judeu”, “feroz judeu”, membro de uma raça “pagã”, como se fosse um sub-humano, digno de insultos durante toda a trama), mas são certamente explicados pela conformidade com o contexto histórico, com as práticas e costumes da época e, mais importante, com a lei vigente.

¹⁰³ Note-se que a operação ocorre de maneira semelhante ao mútuo bancário, definida como “operação pela qual o Banco entrega a terceiros uma certa soma em dinheiro para ser devolvida dentro de um prazo determinado, cobrando juros para tanto.” Mais ainda, “O mútuo bancário é, em princípio, um mútuo de destinação”, ou seja, possui finalidade específica. FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: Direito civil e empresarial. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164, 167. No lugar dos juros, movido pela arrogância, Shylock preferiu humilhar o fiador ao cobrar a libra de carne, o que não deixa de ser uma onerosidade acessória ao objeto principal. Quanto à destinação, esta consiste no investimento de Bassânio que, com objetivos financeiros, precisa ser financiado em sua viagem. José A. Engrácia Antunes designa por “empréstimo mercantil (“comercial loan”, Handelsdarlehen”, “prêt comercial”, “préstamo mercantil”) o contrato pelo qual uma das partes entrega ou se obriga a entregar à outra, dinheiro ou coisa fungível destinada a qualquer atividade comercial, ficando a última obrigada à respectiva restituição”, ficando o mutuante obrigado a aplicar tais quantias ou coisas em uma operação comercial concreta. ANTUNES. José A. Engrácia. Direito dos Contratos Comerciais. Coimbra: Almedina, 2009. p. 368. Importante destacar que as três personagens, Antônio, Shylock e Bassânio, possuem perspectivas econômicas diante desta transação. Antônio e Shylock são comerciantes e concedem empréstimos para os habitantes de Veneza enquanto Bassânio almeja se tornar rico novamente mediante um contrato de casamento, caracterizando o aspecto comercial de sua jornada até Pórcia.

¹⁰⁴ “No Código Civil de 1916, a cláusula penal encontrava-se inserida no capítulo das modalidades de obrigações. O Código Civil de 2002 consertou o equívoco para, corretamente, colocar esse tipo de estipulação no capítulo referente à inexecução. De fato, a cláusula penal apenas será eficaz diante da inexecução. Antes,

não tinha simplesmente o objetivo de assegurar e estimular o pagamento. Muito menos funcionava como pré-avaliação dos danos, fazendo liquidação prévia do montante indenizatório no caso de prejuízos ao credor oriundos da inadimplência. No fundo, Shylock desejava o inadimplemento e almejava a cobrança da cláusula acessória, ainda mais do que a principal.¹⁰⁵

Movido pela convicção de que conseguiria realizar o pagamento e, mais ainda, pela arrogância, não querendo recuar perante aquele que o desafiava, Antônio aceita os termos, certo de que nada de imprevisível aconteceria.¹⁰⁶ No entanto, estava enganado. A atitude precipitada de Antônio foi ignorar que a espécie de pacto a ser firmado seria semelhante ao contrato aleatório, uma vez que seus navios poderiam não retornar a tempo.¹⁰⁷ A opção por esta espécie contratual seria sua ruína devido à álea convencionada.¹⁰⁸ _

Enquanto para Bassânio o plano de cortejar Pórcia em Belmonte segue do jeito esperado, Antônio permanece em Veneza com um grande problema: Seus navios ainda não retornaram e o pagamento deve ser realizado. Assim, Antônio tenta falar com Shylock, que se recusa a ouvir qualquer explicação, demandando que

ela fica aguardando, em potência, para incidir somente se o devedor falhar no cumprimento de sua obrigação” NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 378.

¹⁰⁵ Nem todas as relações mercantis possuíam este condão negativo. Muitas operações se realizavam inclusive oralmente, pois os mercadores conheciam-se entre si e os negócios se estabeleciam a partir de confiança mútua. HEERS, Jacques. *Op. cit.*, p. 179.

¹⁰⁶ Apesar da relutância de Bassânio, que alerta Antônio a não firmar tal pacto em seu nome, este não teme o perigo. Antônio tinha a certeza de que seus navios mercantes ancorariam um mês antes do término do prazo e que retornariam então com muito mais do que a quantia de três mil ducados, de modo que teria dinheiro suficiente para pagar Shylock.

¹⁰⁷ “Sob o aspecto estrutural, os contratos aleatórios se caracterizam, em regra, pela indeterminação ab initio da prestação de uma ou ambas as partes em seu an ou quantum, de tal maneira que a existência ou a determinação física da prestação depende da ocorrência de evento incerto”. BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 254. Pensando em contratos mercantis, pode-se afirmar que o contrato por si só é um instrumento de alocação de riscos referentes à atividade econômica. As pactuações empresariais envolvem riscos pela própria natureza econômica do negócio, uma vez que o contrato é um empreendimento sobre o futuro. FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 136.

¹⁰⁸ “Pode-se afirmar que, no direito brasileiro, a álea consiste em elemento essencial aos contratos aleatórios e, por isso mesmo, consubstancia-se em traço distintivo de sua causa, determinando a disciplina jurídica que lhes é aplicável. Assim sendo, a álea deve ser compreendida pela incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto e incontrolável, embora previsto pelas partes”. BANDEIRA, Paula Greco. *Op. cit.*, p. 25. Pela perspectiva mercantil, se o contrato em questão for considerado entre dois empresários, a racionalidade limitada não é estranha. Segundo Paula Forgioni, o empresário não é capaz de prever todos os eventos futuros no curso da relação, tendo o direito mercantil sempre reconhecido a impossibilidade de detenção de todas as informações relacionadas à transação e ao futuro. FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 66, 69.

os termos pactuados sejam cumpridos conforme o acordado, ou seja, exigindo a libra de carne do fiador.¹⁰⁹ Dessa maneira, Shylock se mostra disposto a levar à questão ao Doge (maior autoridade jurídica de Veneza) para receber sua garantia.

Apesar de um dos amigos de Antônio lhe garantir que o Doge certamente não concederá a garantia, Antônio está certo de que o curso das leis não será impedido. Explica que, se assim o fosse, a justiça do Estado ficaria comprometida aos olhos de mercadores de outras nações, cujo comércio contribui para a riqueza na cidade de Veneza. Estava convencido de que seria condenado a garantia e reza para que Bassânio venha ao seu encontro e o presencie, sem dar importância ao que aconteceria depois.¹¹⁰

3.2. O julgamento

Bassânio, sabendo da cobrança da dívida, volta para Veneza a tempo do julgamento e, seja por ironia ou por coincidência, o título do ato seguinte é: “Veneza. Uma Corte de Justiça”. Aqui, estamos diante do ponto central da trama: o que seria fazer justiça diante de Antônio e Shylock?¹¹¹ O cumprimento do contrato exegeticamente, com a retirada da libra de carne do fiador ou a invalidade da cláusula que estipula o pagamento com parte do corpo, ao esgotar o prazo para o adimplemento?

A dúvida é fortalecida uma vez que o ordenamento jurídico veneziano não atrelava o exercício jurídico à realização de valores sociais. Ou seja, não restringia a livre iniciativa, nem lhe impunha limites externos ou condições de legitimação, como ocorre atualmente, onde o Direito Civil e especialmente o contratual devem se ajustar aos valores constitucionais.¹¹² Seja como for, o julgamento tem início

¹⁰⁹ “I’ll have my bond, speak not against my bond. I have sworn an oath that I will have by bond” “O Mercador de Veneza”: Ato III, Cena 3. Tradução livre: Eu terei minha garantia, não me impeça! Eu fiz um juramento que terei minha garantia!

¹¹⁰ “Pray God, Bassanio come to see me pay his debt and then I care not!” “O Mercador de Veneza”: Ato III, Cena IV. Tradução livre: Por Deus! Que Bassanio venha me ver pagar minha dívida e o que acontece depois eu não me importo.

¹¹¹ A resposta não é simples, pois, como exposto por Rawls, as pessoas dispõem de posições sociais diferentes às quais estão sujeitas desde o seu nascimento. Isso afeta suas expectativas de vida a partir da percepção de que algumas pessoas têm mais ou menos sorte que outras na distribuição das posições sociais. Isso influencia a perspectiva de cada um sobre a definição do que seria justo. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.101.

¹¹² “A centralidade do valor da pessoa humana, consagrado pela Constituição, impõe nova consideração sobre as relações patrimoniais, onde a tutela da saúde, o meio ambiente e a paisagem são indispensáveis para o

com a demonstração de solidariedade por parte do Doge de Veneza, que expressa o quanto sente por Antônio naquela situação¹¹³. Isso mostra que a invalidade ou validade da cláusula não estava em questão. A cláusula era válida e isso era de conhecimento de todos. Se restasse dúvida, não teria o Doge pedido a Shylock que mostrasse piedade.¹¹⁴

Apesar da misericórdia pleiteada pela Corte¹¹⁵, o julgamento prossegue com a oitiva de Shylock, que se mantém firme em sua posição, esperando nada a menos do que a garantia que lhe é devida. Mesmo quando Bassânio intervém (e agora era um homem rico em virtude do casamento com Pórcia), oferecendo seis mil ducados no lugar dos três mil originalmente acordados, Shylock recusa. A cada pedido de misericórdia e a cada oferta que recebe, almeja ainda mais a libra de carne, tendo sempre uma resposta para recusar que seja de outro modo.¹¹⁶

Shylock questiona, ainda, a segurança proporcionada pelos decretos de Veneza, caso não lhe seja entregue o que é seu por lei: “Se me negar, vergonha perante vossa lei! Não há vigor nos decretos de Veneza!”¹¹⁷ Essa é uma das passagens mais importantes deste ato, pois Shylock procura constranger o Doge perante o Tribunal e toda Veneza, protestando diante do fato de que, se não pudesse cobrar a garantia, então as leis daquela cidade não tinham validade.

Em termos jurídicos, Shylock questionava a eficácia do direito objetivo, ou seja, do cumprimento da lei, uma vez que via violado seu direito subjetivo como

total desenvolvimento da pessoa, movimento esse que vem se chamando despatrimonialização.” SANTOS, Deborah Pereira dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Atlas. 2016. p. 104.

¹¹³ “I am sorry for thee: though art come to answer. A stony adversary, an inhuman wretch” “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

¹¹⁴ “But, touch’d with human gentleness and love, forgive a moiety of the principal, glancing an eye of pity on his losses (...) we all expect a gentle answer, Jew” “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

¹¹⁵ A misericórdia pleiteada pela Corte tratava de remissão da dívida concedida somente ao fiador, de modo que o devedor continuaria obrigado e Shylock ainda assim poderia cobrar do afiançado. “Assim é que a remissão da dívida concedida ao devedor principal extingue a fiança; mas se for dada ao fiador, libera-o, sem fazer cessar a relação obrigatória fundamental” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 464.

¹¹⁶ Ele compara a garantia com a compra de um escravo, pois afirma que na compra de um escravo não se espera do dono que os liberte ou que o case com seus herdeiros. Do mesmo modo, a libra de carne pertence a quem a comprou. Tendo em vista que, à época, a escravidão era bastante comum, lícita e lucrativa (Ainda que Shakespeare tenha escrito a peça em 1596, a disputa entre Shylock e Antônio se passa na Veneza do séc. XIV): “The slaves are ours – so do I answer you: the pound of flesh is mine, which I demand of him, is dearly bought, ‘tis mine, and I will have it.” “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

¹¹⁷ “If you deny me, fie upon your law! There is no force in the decrees of Venice.” “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

credor.¹¹⁸ Mais especificamente, exigia a concretização do direito subjetivo relativo que permitia que exigisse de Antônio a garantia.¹¹⁹ O questionamento da validade das leis e o apontamento para uma questão de insegurança diante do seu cumprimento é o fator decisório que leva o Doge a dizer que finalizará ali a sessão, decidido a entregar a libra de carne a Shylock. No entanto, antes de terminar, o Doge pede para ouvir um jurista que chamara para ponderar sobre o caso. Ao contrário deste, no entanto, chega um jurista mais jovem, supostamente enviado em seu lugar. Este jurista é, na verdade, a esposa de Antônio, Pórcia, disfarçada.¹²⁰

Primeiro, Pórcia pergunta a Antônio se ele confessa ter feito o acordo. Sendo afirmativa a resposta, dirige-se a Shylock e diz que este deve ser misericordioso. Ela fala sobre a graça do perdão, a benção como atributo que pertence ao divino e a piedade que se curva à justiça. Pode-se perceber aqui o início da estratégia argumentativa de Pórcia. Ela ressalta a ideia do Direito Natural de origem divina, procurando persuadir Shylock e, indiretamente, a própria Corte.¹²¹ Isso não sensibiliza Shylock.

Nessa hora, Bassânio oferece novamente o dobro da quantia e, se não fosse suficiente, dez vezes a soma. Diz ainda que se Shylock recusasse estaria claro que a maldade se impunha à inocência e era preciso deixar de lado a lei, para realizar um bem maior. Em termos atuais, a lei não deveria prevalecer diante

¹¹⁸ “O direito subjetivo consiste exatamente nisso: o poder de exigir de outrem a prática de certa conduta; havendo, do outro lado, o dever de alguém seguir essa conduta. Poder e dever, eis o binômio do direito subjetivo”. NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. p. 8.

¹¹⁹ “Finalmente, o outro tipo de direito subjetivo relativo são as obrigações, ou seja, o poder de exigir de uma pessoa que adote certo comportamento em decorrência de um fato específico.” *Ibid.* p. 9.

¹²⁰ À época, não era permitido que mulheres atuassem em peças teatrais. Até meados de 1660, os papéis femininos das peças teatrais de Veneza eram feitos por homens fantasiados de mulheres. Uma mulher atuando em uma peça seria ultrajante e, mais grotesco ainda, seria uma mulher sustentando perante a Corte. A opinião de que Shylock fora injustiçado também recai sobre o fato de que o julgamento se encontra viciado. Pórcia, travestida do jovem jurista, oculta sua real identidade àqueles sob o julgamento da corte. Se esta suspeição já não fosse suficiente para viciar a sentença, sua imparcialidade se encontra maculada: O suposto jurista, ao contrário de realizar um juízo de ponderação do caso, almejando a conclusão final, calcada na lei, chega à Corte almejando um só resultado, prescindindo de revestimento legal: Salvar Antônio e lesar Shylock, sem que este receba coisa alguma em contrapartida do empréstimo. A intenção de Pórcia em prejudicar o credor, que evidencia ainda mais sua parcialidade, se manifesta claramente quando Shylock, vendo impossível a concretização do direito de obter a carne, revela que receberá então o dinheiro oferecido anteriormente por Bassânio. Nesse momento Pórcia alega que, tendo previamente recusado o direito de receber o dinheiro, ficaria, pela lei, impedido de reclamá-lo novamente.

¹²¹ Ditado por uma concepção de superlegalidade, “o direito natural sobrepára à norma legislativa, e, com este sentido, é universal e é eterno, integrando a normação ética da vida humana, em todos os tempos e em todos os lugares” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6.

do abuso do direito,¹²² vez que a recusa do credor em receber mais do que a quantia estipulada demonstraria ilegitimidade no interesse e, portanto, não seria o mesmo merecedor de tutela.¹²³ Apesar de compreensivos, os argumentos de Bassânio não teriam lugar naquela Corte, pois, àquela época, não eram regras, já que tratavam de princípios não estabelecidos na lei de Veneza.

Pórcia, vendo que o caminho vencedor não seria pela misericórdia ou supremacia de algum princípio sobre as leis, escolhe por não seguir o caminho do pleito de Bassânio.¹²⁴ A invés disso, percebendo que a argumentação a ser adotada deveria ser puramente jurídica, inicia uma estratégia para livrar Antônio da dívida. Se antes Pórcia começara sua argumentação com base em um direito de origem divina, agora ela procura esteio no Direito Positivo.¹²⁵

A jurista afirma que não haveria força em Veneza que pudesse alterar um decreto estabelecido, pois um precedente como esse deixaria margem para outros abusos da lei e isso não poderia acontecer. De início, parece que ela dá razão a Shylock¹²⁶, mas, ao contrário, prepara o terreno para introduzir sua tese sobre o caso: A garantia concede uma libra de carne, nos termos exatos do contrato, nada a mais e nada a menos. Portanto, a libra de carne era devida, mas somente ela. Deveria então o credor pegar o que lhe era seu por direito, mas se pagasse mais do que lhe era garantido pelo contrato, ou seja, se derramasse uma só gota de sangue, estaria violando as leis de Veneza e, por essa razão, suas terras e bens seriam confiscados pelo Estado.¹²⁷

¹²² “A liberdade de contratar não é concedida ao homem para que a use contra as instituições e, se ele a emprega nessa obra execrável, desvia-a de sua destinação, exerce anormal e abusivamente o seu direito, porquanto, contendo-se dentro de seus limites objetivos, transcende as fronteiras subjetivas.” ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do direito do comerciante à renovação do arrendamento. Minas Gerais: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940. p. 59.

¹²³ “Expurgada a teoria de todas as suas nuanças e sutilezas, resta o princípio, em virtude do qual o sujeito, que tem o poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste em cobrir todo o exercício que tenha como finalidade exclusiva causar mal a outrem.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I., 2011. p. 564.

¹²⁴ Bassânio, apesar de não utilizar a palavra “remissão”, procurou convencer Shylock a perdoar a dívida nos moldes do art. 285 do Código Civil de 2002, segundo o qual “A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação”

¹²⁵ “O direito positivo é o que está em vigor num povo determinado, e compreende toda a disciplina da conduta, abrangendo as leis votadas pelo poder competente, os regulamentos, as disposições normativas de qualquer espécie. Ligado ao conceito de vigência, o direito positivo fixa nesta o fundamento de sua existência” PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.5

¹²⁶ “You must cut this flesh from off his breast. The law allows it, and the court awards it”. “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I. tradução livre: Você deve cortar a carne de seu peito, pois a lei permite e a Corte consente.

¹²⁷ De acordo com a lei Veneziana, se um cidadão atentasse contra a vida de outro, seria condenado à morte e seus bens iriam para o Estado.

Shylock, que por diversas vezes ao longo do julgamento exclamara a sabedoria do jovem jurista, ao pensar que a sentença seria dada em seu favor, expressa nesse momento sua surpresa: “Essa é a lei?”, ele pergunta. Percebendo a situação em que se encontra, procura resgatar a oferta dos seis mil ducados, oferecida por Bassânio, que se mostra pronto para entregar o dinheiro. Pórcia intervém, afirmando que Shylock teria justiça, pois teria aquilo que fora acordado.¹²⁸ Ela repete que o contrato deve ser cumprido e por isso dinheiro algum pode substituir a libra de carne. Assim, incita o credor a tirá-la, mas lembra que só tem direito a uma libra, nada a mais e nada a menos, sob pena de confisco dos bens.

Shylock se viu em uma situação impossível. Não conseguiria realizar a cobrança da dívida como a lei previa, pois jamais conseguiria tirar a libra de carne sem retirar também um pouco (ou muito) de sangue. Shylock tenta, mais uma vez, receber o dinheiro¹²⁹, objeto principal do contrato, mas Pórcia nega-lhe a quantia, pois não se tratava do objeto principal e sim da garantia que era devida¹³⁰. Diante da cilada, e após tentar por diversas vezes receber o dinheiro no lugar da carne, Shylock, percebendo que não possuía saída, abre mão da garantia e, se ele achava que o julgamento acabaria ali, estava enganado.

Pórcia, que já conseguira libertar Antônio da dívida, sem permitir que Bassânio despendesse quantia alguma, ainda não estava satisfeita. Nesse momento, temos a fala de Pórcia que expressa bem as artimanhas do Direito e como as minúcias da lei podem pegar, desprevenidos, aqueles que não agem com precaução quanto aos detalhes do ordenamento: “Espera judeu, a lei ainda tem suas garras sobre você.”¹³¹ Ela ressalta que, pela lei de Veneza, se comprovado que um cidadão atenta contra a vida de outro, direta ou indiretamente, seus bens serão confiscados, metade indo para aquele que estava em perigo e a outra metade para o Estado. Enfrentaria ainda o acusado o juízo do Doge sobre sua vida, podendo ser condenado à pena de morte.¹³²

¹²⁸ Afinal, o dinheiro de Bassânio era também seu dinheiro, pois estavam casados. Seu objetivo, portanto, era livrar Antônio da cláusula, mas sem pagar nada a Shylock.

¹²⁹ “Give me my principal and let me go”. “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

¹³⁰ “Thou shalt have nothing but the forfeiture, to be so taken at any peril, Jew”. “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

¹³¹ “Tarry, Jew. The law has another hold on you”. “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

¹³² A drástica mudança de eventos é proposital. Evidente que a atitude de Pórcia era, desde o início, parcial e favorável a Antônio. Por esse motivo, pode-se alegar que o parecer de Pórcia era carregado de ilegalidade decorrente da parcialidade com que atuava. É claro que essa atitude não espanta, pois a atuação de Pórcia já tivera início no campo da ilegitimidade no momento em que se travestiu de jurista e atuou na Corte sem possuir autorização legal. Nesse caso, uma atuação imparcial seria contraditória. Não era de se esperar nada

A manifesta atuação parcial de Pórcia retira a atenção para outra ilegalidade: a parcialidade do próprio Doge. Essa, ao contrário daquela, é sutil e por isso passa despercebida. Desde o início, ele possuía posição favorável a Antônio. Ainda que não chegasse ao ponto de afastar a norma sem embasamentos legais, como desejava Bassânio, o Doge não esconde sua preferência pela não concretização da cláusula, mas não encontrava meios legítimos para negar a efetivação da mesma.

É por esse motivo que no momento em que Pórcia encontra um fundamento legalista capaz de livrar Antônio da garantia é imediatamente apoiada pelo Doge. Não foi somente a imparcialidade de Pórcia que condenou Shylock, mas também aquela do próprio Doge. Esta, no entanto, é mais grave do que aquela na medida em que o agente estatal é representante do próprio Estado e sua atuação personifica o agir do próprio Tribunal.¹³³

Para grande surpresa, quem concede “misericórdia” ao credor é Antônio, que sugere ao Doge que Shylock perca somente metade dos seus bens, sob a condição de que se converta ao catolicismo. O Doge aceita os termos e assegura que caso sejam descumpridos revogará o perdão que concedeu sobre a vida do credor que, sem escolha, concorda. Ao fim, como previsto por Pórcia, a lei ainda tinha suas garras sobre Shylock e estas são sempre bem afiadas.

3.3. A sentença

Esse não é um final que agrada a todos os estudiosos do Direito. Rudolf Von Ihering opina no sentido de que Shylock fora injustiçado quando, na sentença, o Tribunal de Veneza entendeu por não aplicar a lei.¹³⁴ Para Ihering, quando o Tribunal ponderou que a aplicação pura da lei poderia causar injustiça optou por uma interpretação equitativa. Nesta linha, o resultado seria o desvio do esteio legal, mas com o intuito de obedecer à vontade do legislador, perseguindo o preceito legal e o último objetivo do preceito. No final, escolheu-se a limitação da obrigatoriedade da lei, pois se entendeu ser ela menos prejudicial do que a

a menos do que uma atuação favorável ao devedor. Pórcia teria agido em evidente usurpação da função advocatícia. A atuação do advogado constitui *múnus público* e assim, está-se diante do exercício ilegal da profissão agravado pela usurpação do *múnus público* de suma importância para administração da justiça.

¹³³ “A imparcialidade, conquanto importantíssima, não é um valor em si própria, mas fatos para o culto de uma fundamental virtude democrática refletida no processo, que é a legalidade. Quer-se o juiz imparcial, para que de tratamento igual aos litigantes ao longo do processo e na decisão da causa.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 220.

¹³⁴ JHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. 17ª ed. Tradução de João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. xi-xiii.

vinculação estrita do juiz à letra da norma. O Doge ponderou os fatos e ajustou os interesses daqueles envolvidos no caso, afastando-se da subsunção formal da lei.¹³⁵ Ou seja, propositalmente, deixou-se de interpretar o texto a fim de extrair uma regra que se aplicasse ao caso concreto.¹³⁶

Para Ihering, na medida em que a lei reconhece o direito de cortar do corpo de Antônio uma libra de carne, reconhece também i) o direito ao sangue, sem o qual a carne não existe e ii) o direito de cortar menos do que 1 libra de carne.¹³⁷ O que ocorre na sentença é a negativa de ambos. Não poderia tirar a carne, nem cortar menos do que o estipulado. O mesmo Doge que proclamou o direito passa a frustrá-lo com, segundo Ihering, “uma astúcia tão miserável e tão nula que nem digna é de uma reputação séria”¹³⁸.

A artimanha da qual Pórcia fez uso para salvar Bassânio foi o afastamento da hermenêutica normativa e contratual. Seguiu-se à risca a letra do contrato, no sentido literal do que fora pactuado e se deixou de lado a interpretação do acordo firmado, relevando a vontade das partes no momento da firmação do pacto. Aproveitou-se a incompletude¹³⁹ do contrato, que não explicitava por

¹³⁵ “A subsunção implica apreciar-se como, da generalidade de um dever-ser, de suas implicações gerais, são obtidas as proposições completas desse dever-ser. Ultime essa operação é aplicar o direito. GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 71.

¹³⁶ Utilizou-se da suprassunção hegeliana para negar o derrame de sangue: retirando a interpretação extensiva determinou-se o alcance da norma, com a conseqüente impossibilidade de retirada da carne. Segundo Gauthier, em *Lógica hegeliana e formalismo*, *Diálogo*. Revista Canadense de Filosofia n. 5 (set. 1967), p. 152, a suprassunção consiste em colocar a parte na ou sob a totalidade. Nega-se e conserva-se para determinar o que faz parte do todo.

¹³⁷ Ihering, Rudolf Von. Op. cit., p. xiii.

¹³⁸ *Ibid.* p. xii.

¹³⁹ Por vezes, é possível que as partes propositalmente incluam termos vagos nos contratos celebrados, seja por vantagem econômica, ou por conveniência do acordo. Nesse caso, a incompletude do contrato provavelmente decorreu do esquecimento, por parte de Shylock, que não se preocupou em detalhar os termos da cobrança/retirada da libra de carne. Usualmente, as lacunas são preenchidas com regras que os contraentes teriam acordado se a tivessem preenchido. Dessa forma, a tendência natural e mais óbvia para sanar a lacuna é levar em consideração o que a maioria dos contraentes teria acordado. A proposta de dois estudiosos do campo do Direito e Economia, Robert Gertner e Ian Ayres, em 1989, consistia em penalizar os contratantes que levassem à Corte questões contratuais decorrentes de lacunas. Desse modo, ao invés de preencher a lacuna contratual com a regra que as partes teriam estabelecido quando pactuaram, far-se-ia o contrário: diante da omissão, a Corte estipularia uma regra que as partes não gostariam de incluir no contrato no momento de firmação do pacto: “The ‘would have wanted’ approach to gap filling is a natural outgrowth of the transaction cost explanation of contractual incompleteness.” GERTNER, Robert; AYRES, Ian. *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*. In: POSNER, Richard A.; Parisi, Francesco. *Economic Foundations of Private Law*. Massachusetts: Edward Elgar, 2002. p. 93. Tradução livre: A teoria do “o que as partes gostariam” para preencher as lacunas é um resultado natural da explicação dos custos contratuais para a incompletude dos contratos.

completo os termos da garantia. Assim tornou-se sem sentido a norma que estabelece o seu cumprimento, uma vez que se optou pela interpretação literal e esta impediu a concretização do pacto.¹⁴⁰

A frustração de Ihering seria facilmente resolvida se fosse reconhecido que, implicitamente, entregar a libra de carne significava também, em consequência, fazer sangrar o devedor. Com o objetivo de afastar a interpretação do contrato que possibilitaria seu cumprimento, foi preciso afastar as cláusulas implícitas. Foi nesse sentido que, séculos após a disputa entre Shylock e Antônio, o francês Pothier reuniu princípios de hermenêutica em um tratado de obrigações¹⁴¹, fixando regras interpretativas.¹⁴²

Ainda que não se falasse de hermenêutica e técnicas de interpretação na Veneza do século XIV, a opinião de Ihering se constrói de maneira imparcial perante o caso, pois leva em conta o contexto no qual se insere. É importante ter em mente que, na Veneza imaginada por Shakespeare, a liberdade de contratar beirava o absoluto. Preponderava a autonomia da vontade, entendida como o poder do indivíduo em estabelecer livremente determinado negócio jurídico com outro.¹⁴³ Assim, deveria o Estado somente garantir o cumprimento dos acordos entre particulares, pactuados com base na autonomia privada, sem neles interferir.¹⁴⁴ Impensável seria aplicar, por exemplo, o art. 13º do Código

¹⁴⁰ Ainda que a argumentação exegética baseada na literalidade e na incompletude do contrato tenha funcionado a favor de Pórcia, atualmente, poderia ser substituída pela observação dos deveres anexos ao contrato: boa-fé objetiva, correção, cuidado, cooperação e limitação do exercício de direitos subjetivos como o inciviliter agere, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana. Relevante será também invocar, segundo Caio Mario, os usos vigentes no lugar da celebração do negócio jurídico, no pressuposto de que as partes, de maneira geral, a eles se submetem implicitamente. Na divergência ao tempo da execução, invoca-los é bom adinimculo hermenêutico. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. p. 420.

¹⁴¹ Pothier, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Paris, 1942.

¹⁴² Utilizando a 1ª e a 9ª regra de interpretação de Pothier, a questão da cláusula implícita seria solucionada, uma vez que, segundo estas “Nos contratos, o que mais interessa é a intenção comum das partes e não o sentido literal das palavras” e “Os bens singulares estão englobados, formando uma universalidade”. Infelizmente para Shylock, as regras interpretativas de Pothier ainda não existiam na época da peça e o tratado seria publicado somente em 1761.

¹⁴³ “Detendo-nos um instante mais sobre o elemento vontade, frisamos que o princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador de efeitos jurídicos denomina-se autonomia da vontade, que se enuncia por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.400.

¹⁴⁴ Se se coloca em destaque a autonomia privada, entendida como capacidade dos particulares de dar normas a si próprios numa certa esfera de interesses, e se considerarmos os particulares como constituintes de um ordenamento jurídico menor, absorvido pelo ordenamento estatal, essa vasta fonte de normas jurídicas é concebida de preferência como produtora independente de regras de conduta, que são aceitas pelo Estado.

Civil brasileiro, segundo o qual, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes”.

Em uma posição desfavorável a Shylock, pode-se extrair da trama a ideia de abuso do direito¹⁴⁵. Quando Bassânio oferece a Shylock o dobro da quantia que era devida a ser paga no lugar da libra de carne, o credor ainda assim prefere executar a garantia. O motivo disto, dado a rivalidade entre o cristão e o judeu, não pode ser outro senão a sede por vingança. Os gestos e palavras de Shylock levam a crer que a justiça que clama perante o Tribunal seria movida não em nome do cumprimento do contrato, e sim pelo desejo de vingança pelos maus tratos que sofrera de Antônio ao longo do tempo.

A busca por vingança fica clara na passagem: “Chamaste-me de cão antes de ter motivo para fazê-lo; porém, visto que sou um cão, tenha cuidado com minhas presas. O doge me concederá justiça”¹⁴⁶. Se trazida essa questão para um contexto atual, a lei não poderia servir de instrumento utilizado por motivos fúteis, com a intenção de desvirtuar um direito, ainda que inicialmente legítimo. Isso porque não é protegido um direito que se valha para prejudicar outrem ou para atingir uma finalidade que contraria a lei.¹⁴⁷ Significa que, embora estivesse o credor no exercício de seu direito subjetivo, não é protegido o ato emulativo, ou seja, aquele que aparentemente exercido dentro da esfera legal, possui o objetivo de causar dano.¹⁴⁸

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p.40.

¹⁴⁵ O Código Civil/2002 prevê que: Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Ainda assim, “Não foi feliz, todavia, o legislador de 2002, ao definir o abuso de direito como espécie de ato ilícito (...) O art. 187 do CC, que define o abuso do direito como ato ilícito deve ser interpretado como uma referência a uma ilicitude lato sensu, no sentido de contrariedade ao direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente diversas” TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 1. p. 346.

¹⁴⁶ “O Mercador de Veneza”: Ato III, Cena III.

¹⁴⁷ “O abuso do direito consistirá nesse uso antissocial de um poder jurídico. A parte, vítima do abuso, poderá denunciar e legitimamente resistir à investida de quem se vale de um direito de forma desmesurada”. NEVES, José Roberto de Castro. Medida por Medida: O Direito em Shakespeare. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016. p.155.

¹⁴⁸ O caso Bayard (França, 1913) mostra como o titular de direito tem possibilidade de prejudicar outrem, quando o vizinho de um hangar de dirigíveis resolveu levantar em sua propriedade muro divisório com pontas de metal afiadas e com aptidão para estourar os dirigíveis, atrapalhando a atividade do proprietário do prédio vizinho. A corte francesa reconheceu o abuso do direito, determinando a demolição do muro, contribuindo para teoria do abuso do direito.

Ainda que seja possível reconhecer o abuso e a má-fé na exigência da garantia da libra de carne, essas premissas são utilizadas por Pórcia tão somente depois que Shylock abre mão de qualquer garantia. Ou seja, ela não utiliza o argumento do abuso do direito para salvar Antônio e isto provavelmente ocorre porque se trata de conceito subjetivo, que poderia ou não ser acolhido pelo Doge. Pórcia escolhe empregar um método objetivo para evitar a cobrança da garantia, de modo que não haveria meio de contra argumentar sua premissa. O que hoje é chamado de princípio da identidade das prestações proíbe, também em Veneza, que Shylock recebesse qualquer coisa diferente da garantia pactuada, impedindo que retirasse de Antônio outra coisa senão a exata uma libra de carne.¹⁴⁹ Interpretou-se o contrato de maneira estritamente literal, restringindo o objeto da prestação, a fim de frustrar a garantia.

A verdade é que Pórcia somente foi vitoriosa em sua argumentação objetiva, pois a lei Veneziana ainda estava distante da vigência do Código Civil Italiano, que seria publicado em 1942 e em cujo capítulo IV, da interpretação do contrato, encontra-se o art. 1.367 com a seguinte leitura: *“Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno.”*¹⁵⁰ Caso contrário, não seria possível argumentar pela interpretação literal do pactuado e haveria necessidade de recorrer ao abuso do direito, à intenção das partes e à existência de má-fé para sustentar vício no contrato.

Não só Shylock, mas também a própria Corte é vítima da artimanha empregada por Pórcia. O Doge, desde o início do julgamento, mantém-se firme na aplicação do princípio da obrigatoriedade do cumprimento do contrato e da força das obrigações pactuadas. Com isso, em um primeiro momento, impõe, sem ressalvas, a execução do contrato, afirmando que Shylock deve recolher a garantia. Contudo, depois da exposição de Pórcia, o Tribunal toma uma atitude contraditória. Depois de defender o cumprimento estrito do acordo, proíbe o credor de recolher a garantia, calcando-se no princípio da identidade das prestações. A conclusão da Corte permite dizer que, por causa da artimanha de Pórcia, não tinha a lei mais uma garra somente sobre Shylock¹⁵¹, mas também

¹⁴⁹ “Art. 314 CC/2002: Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou”.

¹⁵⁰ Tradução livre: Na dúvida, o contrato ou as cláusulas individuais devem interpretar-se no sentido em que possam ter qualquer efeito, ao invés de no sentido pelo qual não teriam efeito algum.

¹⁵¹ “Tarry, Jew. The law has another hold on you” “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

sobre a própria Corte. É o que leva José Roberto de Castro Neves a sugerir que, ao invés de “O Mercador de Veneza”, a peça poderia se chamar de “A Arditosa de Belmonte”.¹⁵²

Ao final, é difícil decidir qual personagem agiu de maneira mais capciosa: se Shylock, por querer vingança, usando-se da lei para uma finalidade ilegítima, ou Pórcia que, por querer deixar Shylock sem bens, valeu-se de artifícios tanto ilegais quanto argumentativos para manipular o julgamento. Esse, no entanto, é um fator essencial nesta peça para a aproximação com leitor. Aliás, é este o fator que mais enobrecer as obras de Shakespeare e esta, em especial: as personagens são boas e más ao mesmo tempo e é possível que o espectador se veja ora concordando com um, ora concordando com outro, sem saber, ao final, com certeza absoluta, quem tem a razão verdadeira, ou, mais importante, o que seria justo e injusto.¹⁵³

É precisamente a complexidade das personagens o motivo pelo qual permanece a dificuldade em saber se a sentença da Corte foi justa ou injusta. Essa complexidade também estende obstáculos à classificação da peça. Não é possível classificar esta obra facilmente como uma comédia. Quanto ao gênero, há uma intensa troca entre comédia e tragédia e tal metamorfose pode ser percebida desde o início até o fim, conforme a caracterização das personagens vai ficando mais densa.¹⁵⁴

Tal como permanece a dúvida quanto ao gênero, conserva-se a incerteza quanto à decisão da Corte. A reviravolta de eventos se dá de maneira tão sutil e tão coerente, devido à argumentação astuta de Pórcia que, quando mal se percebe, o autor virou réu, escapou da forca por “misericórdia” do devedor e se viu prestes a perder todos os seus bens. A demanda do réu contra o autor na mesma lide

¹⁵² NEVES, José Roberto de Castro. *Medida por Medida: O Direito em Shakespeare*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016. p. 165.

¹⁵³ As personagens são más no sentido de terem como objetivo único seus próprios egoísmos e boas porque defendem estes egoísmos, cada qual, baseada no direito que lhes parece ser protegido pela lei. Clamam por nada a mais, nada a menos, do que justiça, na concepção de cada uma delas. São vítimas e, ao mesmo tempo, aproveitadores. Vítimas porque possuem, cada qual, sua própria história, que leva a compreender o motivo pelo qual agem de certa maneira e aproveitadores pois tentam tirar a melhor vantagem possível da situação em que se encontram, ainda que isso prejudique outros.

¹⁵⁴ O vilão Shylock, por exemplo, avarento no começo, representa o típico vilão cômico, mas logo se torna complexo aos olhos do espectador, e vai ganhando novas feições. Por ser judeu, sofre pela conduta antissemita praticada pelos cristãos e, antes mesmo da sentença dada pelo Tribunal, já havia sido condenado pela própria sociedade e pela História. É por esse motivo que, inicialmente, Shylock era representado como uma figura cômica, mas na metade do séc. XVIII transformou-se em vilão. Depois, foi visto como vítima da tragédia, sobretudo durante a Alemanha nazista, onde o livro entrou para a lista negra e foi confiscado das livrarias.

tomou proporções extremamente desfavoráveis para o credor.¹⁵⁵ Longe de mera coincidência, o título “Veneza: Uma Corte de justiça” é certamente inclinado a uma reflexão sobre “a justiça” ali empregada. Afinal, a problemática central gira em torno da sentença ideal para o caso. O Doge, ignorando os pleitos de Bassânio para que se afaste a lei em nome do bem maior, não se apegava ao que seria justo ou injusto subjetivamente. Ele se atenta nos limites estritos da lei, declarando válida a cláusula penal acessória, mas impossibilitando seu recolhimento pelo credor, uma vez que não seria possível retirar a carne sem retirar o sangue.¹⁵⁶

A Justiça, para o Doge, estava em seguir a letra da lei. Para Shylock, era a entrega da garantia, uma vez que, implicitamente, estaria estipulada a retirada de sangue junto à carne, já que esta sem aquela, tornava a garantia incobrável. Para Bassânio, justiça seria realizar o pagamento em dinheiro, uma vez que a retirada da libra de carne ameaçaria a integridade física do devedor, pedindo à Corte que, somente uma única vez, afasta-se a aplicação da lei, fazendo um pequeno mal, em nome de um bem maior.¹⁵⁷ Para Pórcia, justiça seria salvar Antônio, sem diminuir a fortuna de Bassânio, que também era sua, e ainda mais, penalizar Shylock severamente. O Doge, ao optar por empregar a justiça por meio da legalidade extremista, seguindo à risca a letra da lei, acabou por também entregar à Pórcia aquilo que pretendia.

A expressão “Corte de Justiça” se mostra como uma caricatura da postura imprecisa dos Tribunais. A imprecisão provém da oscilação na postura da Corte, que inicia a sessão com um posicionamento e termina com outro inverso. No início do julgamento, o Doge lamenta por Antônio e fica claro, para todos ali presentes, que a cláusula é válida e sobre isso não há discussão. Essa “verdade” faz com que o julgamento tenda pela retirada da carne, até o momento que Pórcia toma a palavra. O Doge percebe que poderia chegar ao resultado que achava

¹⁵⁵ A reconvenção é demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado. É o contra-ataque que enseja o processamento simultâneo da ação principal e da ação reconvenicional, a fim de que o juiz resolva as duas lides na mesma sentença. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 13ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 1. p. 516.

¹⁵⁶ O Doge certamente realizou um prévio juízo de proporcionalidade e percebeu que se seguisse à risca a letra da lei e desse razão à Pórcia tornaria impossível a cobrança da garantia, o que trouxe insegurança jurídica sobre os decretos de Veneza. Vale lembrar as palavras de Eros Grau: “Por isso tenho medo dos juizes e dos tribunais que praticam esse inusitado controle de proporcionalidade e de razoabilidade das leis, legando-me incerteza e insegurança jurídica”. GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juizes: A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 24.

¹⁵⁷ “To do a great thing, do a little wrong. And curb this cruel devil of his will.” “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I. Tradução livre: Para realizar algo muito bom, faça algo um pouco ruim e livrai esse demônio cruel da sua vontade.

mais justo (a não retirada da carne), escondendo sua verdadeira intenção por trás do discurso ardiloso da jurista.

A reviravolta de eventos pela argumentação bem elaborada da farsante jurista revela que a Corte é não somente flexível, sendo possível realizar a ponderação das normas sobre o caso concreto, mas também maleável: mostrou-se suscetível de manipulação por um discurso jurídico astuto e artificioso, colocando em situação duvidosa a tão almejada “justiça”. Pode-se concluir que Shylock tinha parcialmente razão quando afirmou que não havia vigor nos decretos de Venezuela. Parcialmente porque o que faltava, na verdade, era segurança jurídica.

4. DIREITO, ECONOMIA E PACTA SUNT SERVANDA

4.1. Antônio, Shylock e o direito obrigacional

A maioria dos manuais jurídicos optam pela divisão didática e facilitadora dos direitos inerentes às relações do ser humano em valores da personalidade e direitos patrimoniais (direitos reais e obrigacionais). Segundo Álvaro Villaça Azevedo¹⁵⁸, esta catalogação se dá da seguinte maneira: os primeiros, sistematizados entre os art. 11 ao 21 do Código Civil, dizem respeito à vida, liberdade, decoro, nome, disposição do corpo, entre outros intrínsecos à pessoa, com fundamento principal na dignidade da pessoa humana. Os direitos patrimoniais, por sua vez, são exercidos fora da intimidade da pessoa humana, sobre bens jurídicos exteriores de valor econômico. Dentro deste, estão os direitos reais, que sujeitam a coisa à vontade do titular e também os obrigacionais, que dependem do cumprimento de uma prestação, vinculada a uma relação jurídica obrigacional.

Esta última ramificação do Direito Patrimonial tem como fundamento histórico primordial a autonomia da vontade. Assim, o ordenamento fixa teorias gerais e deixa à vontade dos indivíduos uma brecha para atuação conforme desejarem, limitados hoje pelos princípios gerais de direito, pela ordem pública, bons costumes, probidade, boa-fé, função social do contrato e dignidade da pessoa humana. Estes últimos princípios conformadores da “autonomia da vontade” aplicada à obrigação contratual surgem com a nova Ordem Constitucional de 1988. Antes, o que regia o Direito Obrigacional junto à “autonomia da vontade”

¹⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil. 12ª ed. Atlas. São Paulo. 2011. p. 2.

eram os dogmas da relatividade dos efeitos do contrato e intangibilidade do seu conteúdo, o que contribuiu para a fortificação da obrigatoriedade do pacto e da construção do postulado *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato seria como lei entre as partes.¹⁵⁹

Ao longo de toda a peça do Bardo, vários são os indícios de que a relação entre Shylock e Antônio¹⁶⁰ se fundamenta no princípio da força obrigatória dos contratos, acima de qualquer outro.¹⁶¹ Ambos são obrigados, nos limites da lei, àquilo que acordaram no momento da firmação acessório da fiança, ou seja, à manifestação de vontade.¹⁶² Diversos são os momentos em que se ressalta a vinculação das partes ao contrato como se este fizesse lei entre o credor e o fiador, aproximando-se da imutabilidade.

¹⁵⁹ “Compreende-se a importância sistêmica da força vinculante dos contratos, pois, na sua ausência, seria impossível a coibição do descumprimento da palavra empenhada e, conseqüentemente, o desestímulo de comportamentos oportunistas prejudiciais ao tráfico. Assim, o princípio do *pacta sunt servanda* mostra-se necessário ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos” FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81

¹⁶⁰ Segundo Paula Forgioni, são ditos contratos mercantis aqueles nos quais as partes têm no lucro o escopo da sua atividade. Ibid. p. 38. Para Fran Martins, obrigação comercial é a obrigação que resulta de um ato de natureza comercial. MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 9. A relação entre Antônio e Shylock se assemelha às relações entre empresários dos dias de hoje. Shylock é o típico mercador que empresta dinheiro com cobrança de juros e Antônio o usual comerciante à espera de seus prósperos navios. Em relação ao contrato de fiança, Carlos Alberto Bittar explica: “as garantias remontam ao direito antigo, estando já estruturadas à época clássica e ingressando depois nas codificações. Mas a fiança comercial apresenta certas peculiaridades em relação à fiança civil, sendo identificada a primeira pela inserção em atividade considerada como tal causa comercial e condição do afiançado como empresário comercial são os elementos que, em concreto, a qualificam.” BITTAR, Carlos Alberto. Contratos comerciais. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 97. Para o direito pós-moderno, pode o empréstimo concedido à Bassânio por Antônio não constituir elemento suficiente para caracterizar uma fiança comercial com Shylock, visto que o objetivo do afiançado era cortejar uma donzela. Engana-se o leitor que não enxerga na atitude de Bassânio a mentalidade empreendedora burguesa. Para a burguesia veneziana do século XIV a relação matrimonial poderia ser tipicamente comercial na medida em que o cortejo se voltava para a moça, mas almejada sua herança. Diversos foram os pretendentes que tentaram se casar com Pórcia. Nenhum passou no teste até Bassânio chegar e ela colocava defeito em todos da maneira que se põe defeito nos objetos de negociações mercantis. É ingênuo pensar que a fiança garantia uma relação de amor, quando na verdade garantia um negócio da qual ambas as partes pretendiam tirar vantagens econômicas: Bassânio precisava de dinheiro e Pórcia necessitava do matrimônio para poder mexer em sua fortuna sob a supervisão do marido.

¹⁶¹ O Doge de Veneza não pediria a Shylock que demonstrasse clemência desde o início do julgamento se não fosse clara a força obrigatória das manifestações de vontade no momento do pacto. Tampouco se poria a repetir Shylock que queria a garantia que lhe era devida, incansáveis vezes perante a Corte, se não fosse supremo o postulado da força obrigatória.

¹⁶² As definições de negócio jurídico pela gênese ou voluntaristas, fundamentadas na manifestação da vontade, são, sem dúvida, dominantes na doutrina brasileira. A força obrigacional oriunda da vontade particular, bem como as definições de negócio jurídico como ato de vontade são, segundo Antônio Junqueira “as mais antigas na ordem história e talvez se possa dizer que, até hoje, mesmo na doutrina estrangeira, são elas ainda as mais comuns.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia 4º ed. Saraiva, 2002. p. 5.

A expressão “*pacta sunt servanda*”, que significa “os pactos devem ser cumpridos”, é o foco jurídico central da peça, uma vez a problemática principal é criada pela força deste postulado, possuindo o julgamento somente duas saídas: mitigar a força que vincula as partes do contrato por algum outro argumento jurídico, desobrigando Antônio a pagar a garantia ou permitir que Shylock retire a carne do cristão, sob o fundamento de que o contrato faz lei entre as partes e que o acordo deve ser cumprido tal como estipulado no momento do pacto. Ao final, a Corte decide pela primeira opção.¹⁶³

A saída vitoriosa arquitetada por Pórcia se baseia na mitigação do postulado da força obrigatória, graças a argumentos hermenêuticos do contrato. Diante do contexto da peça, esta parece ser a única saída que permitiria Antônio a manter a libra de carne em seu corpo, uma vez que o desenvolvimento da trama leva a entender que a parte do corpo como objeto pactuado é claramente permitido entre contratantes. Sendo assim, na situação imaginada por Shakespeare¹⁶⁴, argumentos como dignidade da pessoa humana, função social do contrato e boa-fé não eram ferramentas valorizadas pelo ordenamento jurídico daquela época ou que pudessem livrar Antônio da garantia pactuada, sob o argumento de ser inválida diante de princípios sociais.¹⁶⁵

Advogar em nome de Antônio sob as regras do ordenamento jurídico vigente seguramente consistiria em trazer à tona os novos princípios. Esse é o motivo pelo qual este capítulo se dedicará a primeiramente a reconstruir o julgamento em “O Mercador de Veneza” sob a luz do ordenamento atual, contudo

¹⁶³ Fica a dúvida quanto ao fato de que se o elemento empresário fosse trazido à tona, a decisão teria sido diferente. Sendo ambas as partes comerciantes bem-sucedidos no exercício de suas atividades profissionais (empréstimo), haveria alguma diferença na decisão de uma Corte contemporânea? A resposta está no paradoxo da liberdade contratual. Fernando Araújo explica que a lógica econômica parece atingir sua perfeição máxima ao invocar o regime contratual com normas imperativas para a preservação da liberdade econômica. No entanto, a liberdade pode ser usada para comprometer ou destruir os seus próprios fundamentos: “Há que protegê-la contra ela mesma, ou melhor contra o seu uso abusivo. E assim, depois de uma tradição de apoio incondicionado à liberdade contratual, passou-se a uma fase de desconfiança perante os arranjos contratuais que podiam converter-se em veículos de desequilíbrio e de predação.” ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 434.

¹⁶⁴ Não se sabe ao certo se Shakespeare conheceu Veneza em algum ponto da sua vida, ou se tinha ciência das leis venezianas, uma vez que a distância entre as cidades era um empecilho à divulgação de informações. Desse modo, a análise jurídica da peça deve se basear somente nas informações fornecidas pelo autor, ao invés de buscar fundamento no ordenamento jurídico vigente à época.

¹⁶⁵ Tais princípios claramente funcionariam a favor de Antônio se o julgamento ocorresse à luz do ordenamento jurídico vigente, sob a perspectiva na nova ordem do direito civil constitucional pós 1988. Atualmente, perante o ordenamento brasileiro, não seria preciso fazer uso da ferramenta hermenêutica para driblar o postulado da força obrigatória daquele contrato, uma vez que é possível mitigá-lo com os novos princípios constitucionais aplicados ao direito contratual.

sem fazer uso dos princípios de cunho social. Serão utilizados argumentos de cunho econômico, prático e patrimonial para provar que a evolução do Direito Obrigacional se constrói e se desenvolve, não somente por meio dos aspectos sociais, mas também dos aspectos econômicos e que também são estes, em parte, os responsáveis pela mitigação do postulado *pacta sunt servanda*.

4.2. Direito das obrigações e mutabilidade

Para compreender o que influencia e alimenta o Direito Obrigacional, é necessário primeiramente buscar uma definição. A descrição de Direito das Obrigações pelos manuais de Direito envolve, obrigatoriamente, sujeitos passivos e ativos, normas legais e o dever pactuado. Nas palavras de Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “trata-se do conjunto de normas (regras e princípios jurídicos) reguladoras das relações patrimoniais entre um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo) a quem incumbe o dever de cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer”.¹⁶⁶

A obrigação contraída por duas ou mais partes pode ser vista como um liame economicamente funcional, uma vez que por meio dela “se efetiva a circulação de bens e direitos no comércio jurídico”.¹⁶⁷ Ainda mais, pode-se afirmar que a relação jurídica onde o dever possui natureza econômica consiste em uma obrigação na qual o credor pode exigir do devedor a prestação devida. Isso significa que a dinâmica da relação obrigacional se desenvolve em um ciclo, até se encerrar com o pagamento. As regras que determinam o desenvolvimento deste ciclo sofreram e continuam sofrendo mutações ao longo do tempo.

Primeiramente, é preciso esclarecer que Direito das Obrigações diz respeito a aspectos econômicos e sociais simultaneamente na medida em que as circunstâncias negociais somente são possíveis através da interação humana. A consequência desta combinação é o eterno dinamismo, ainda que lento, do Direito Obrigacional. Uma vez em que as relações entre os homens vão sendo moldadas através de princípios que se alteram ao longo da História, também se modificam os valores e hábitos sociais aplicados as relações negociais. Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo: “O Direito das Obrigações é o que menos se torna sensível às mutações sociais. Entretanto, não se pode dizer que seja

¹⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo, Novo curso de Direito Civil, 2017, 18ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017. p. 46.

¹⁶⁷ Ibid. p. 317.

ele imutável, pois o Direito não deixa de ser a própria vida social normatizada, regulamentada pelas normas”.¹⁶⁸

Essa dinâmica pode ser percebida desde o início da História do Direito. Se era comum no Direito Romano que o credor pudesse dispor do corpo do devedor inadimplente¹⁶⁹, hoje a obrigação não incide diretamente sobre a pessoa do devedor, mas sim sobre seu patrimônio.¹⁷⁰ A primeira codificação bem-sucedida a expressar o novo ponto de vista foi objeto de consolidação pelo Código Napoleônico em 1804, uma vez que este determinava serem os bens do devedor a garantia comum dos credores.¹⁷¹

Por ter sido compilado após a Revolução Francesa, é compreensível que haja imediata associação entre as regras compiladas no novo Código Civil francês e os princípios revolucionários que culminaram entre 1789 e 1799: Igualdade, Liberdade e Fraternidade. No entanto, não é plausível afirmar que foi com o único propósito de proteção do homem que se deslocou a garantia da pessoa do devedor para o seu patrimônio, nem que o Direito Obrigacional é hoje unicamente regido por princípios sociais como dignidade da pessoa humana e função social do contrato.

Ainda que a aplicação das novas principiologias pós-modernas aos negócios jurídicos decorra da alteração dos pilares que regem a relação entre os homens e que impactam diretamente nos instrumentos utilizados para reger tais relações, os novos princípios sociais não substituem por completo os dogmas que regiam as obrigações até então. Assim, a mudança drástica de centralização do patrimônio do devedor possui duas razões igualmente importantes: a mais evidente é a valorização da dignidade da pessoa humana e a menos óbvia consiste na concessão de um maior dinamismo dos objetos comercializados no âmbito jurídico¹⁷², uma vez que os bens de um indivíduo são “mais valiosos” para o comércio jurídico do que seus corpos.¹⁷³

¹⁶⁸ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Op. cit., p. 6.

¹⁶⁹ “Depois do terceiro dia de feira, será permitido dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quanto forem os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro”. Tábua Terceira, Lei das XII Tábuas.

¹⁷⁰ Ressalta-se que a exceção é a prisão civil do devedor de alimentos na forma do 528 §3º do CPC. Nesse caso, a ponderação dos princípios pós-modernos teve como resultado priorizar a dignidade do alimentado em detrimento da liberdade daquele que tem o dever de prover os alimentos.

¹⁷¹ Art. 2.093 “ les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers”.

¹⁷² Em relação à obrigação comercial, Fran Martins explica: “Sendo o Direito Comercial um Direito dinâmico, para bem atender às necessidades do comércio, esse fato se reflete nos contratos comerciais, que são os principais atos realizados pelos comerciantes no exercício de sua profissão. E esses atos, por que razão, requerem regras que muitas vezes divergem das estabelecidas na lei civil”. MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 62.

¹⁷³ “Tal modificação valoriza a dignidade humana ao mesmo tempo em que retira a importância central da

As mudanças de perspectiva sobre as relações negociais de cunho patrimonial passam a ser fundamentadas não somente sobre os ideais sociais, mas também sobre pilares econômicos. É este aspecto econômico que justifica a permanência do dogma da força obrigatória do pacto, ainda que o postulado *pacta sunt servanda* venha sofrer modificações frente a novas mudanças, novos princípios e hábitos sociais. A evolução do Direito Obrigacional é, portanto, o resultado da clara interseção entre os valores econômicos e sociais, sem que um seja mais importante do que o outro.

4.3. Liberalismo econômico e Vínculo obrigacional

Tal como expõe Álvaro Vilaça Azevedo, “a evolução do Direito das Obrigações está presa ao elemento econômico e se faz muito lentamente”.¹⁷⁴ Assim, a primeira grande mudança da força obrigacional do contrato veio com o triunfo do liberalismo econômico no séc. XIX, quando o formalismo contratual foi ofuscado pelo consensualismo, ou seja, deu-se máxima importância à manifestação da vontade, em detrimento de uma forma específica essencial à validade do contrato. Teresa Negreiros ressalta que,

*“O liberalismo econômico, também ele uma doutrina desenvolvida no século XVIII, inspira-se na valorização da vontade individual como elemento de garantia do equilíbrio econômico e da prosperidade. Na base desta doutrina econômica está a concepção de que a satisfação dos interesses individuais dá lugar, como consequência inexorável, à satisfação do interesse geral, que nada mais é do que a soma dos interesses individuais”*¹⁷⁵

O que fortalecia o vínculo obrigacional entre contratantes, portanto, eram os princípios que regiam suas ações no momento da declaração da vontade. Assim sendo, o respeito à vontade manifestada no ato da firmação do contrato faria justiça entre as partes.¹⁷⁶

Em meados do séc. XX, o postulado “*pacta sunt servanda*” e sua fonte principiológica de resguardo à declaração de vontade e consensualismo passa

obrigação do indivíduo no polo passivo, o que possibilitou, inclusive, a transmissibilidade das obrigações, não admitida entre os romanos.” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Op. cit., p. 47.

¹⁷⁴ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Op. cit., p. 7.

¹⁷⁵ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p 26.

¹⁷⁶ O postulado “*Qui dit contractuel dit juste*” é atribuído ao filósofo Alfred Fouillée, inspirado em Kant e na teoria da autonomia da vontade.

a ser mais profundamente analisado pelo estudo da interseção de direito e economia. Ainda que as primeiras análises da Escola “*Law and Economics*”¹⁷⁷ tenham recaído sobre áreas relacionados a tributos, empresas e regulação antitruste ou de mercado, a partir de 1960, a incidência da visão econômica sobre o Direito passa a iluminar outras áreas legais, incluindo responsabilidade civil, propriedade e contratos.¹⁷⁸

A obrigação contratual, por sua vez, surgiu como uma aplicação natural dos aspectos econômicos do Direito, uma vez que as leis contratuais determinam regras facilitadoras das transações no mercado e delimitam legalmente a atuação daqueles que desejam realizar negociações econômicas. Richard Posner afirma, nesta linha, que:

*“A economia provê o rigor analítico necessário para o estudo do extenso corpo legal de regras presentes no sistema legal da sociedade moderna. Essa revolução intelectual veio em um momento fortuito, quando a Academia legal procurava por uma ferramenta capaz de permitir uma apreciação crítica da lei, ao invés de simplesmente fortalecer as consistências dogmáticas no sistema.”*¹⁷⁹

A aplicação da visão econômica no Direito Contratual se dispõe a explorar, dentre outros¹⁸⁰, os elementos que tornam o contrato obrigatório, bem como as questões do inadimplemento. Em relação à exigibilidade dos termos contratuais, já no séc. XX a Escola do “Direito e Economia” se deparou com uma questão imediata: a exigibilidade estrita do contrato poderia desencorajar contratos futuros e, por outro lado, a falta de obrigatoriedade e não execução reduziria a confiabilidade e segurança dos contratantes.

¹⁷⁷ Segundo Richard Posner e Francesco Parasi, ainda que antecedentes notáveis sejam atribuídos a Adam Smith e a discussão dos efeitos econômicos na legislação e à teoria de Jeremy Bentham sobre legislação e utilitarismo, foi somente no séc. XX com o trabalho de autores como Henry Simon, Aaron Director, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Gordon Tullock e outros que a ligação entre o direito e a econômica se tornou objeto de estudo verdadeiramente perseguido pelos acadêmicos. POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco. *Economic Foundations of Private Law*. Massachusetts: Edward Elgar, 2002. p. ix.

¹⁷⁸ *Ibid.* p. ix.

¹⁷⁹ “Economics provided the analytical rigor necessary for the study of the vast body of legal rules present in a modern legal system. This intellectual Revolution came at a fortuitous moment, when the legal academia was actively searching for a tool that would permit a critical appraisal of the law, rather than merely strengthening the dogmatic consistencies in the system.” *Ibid.* p. ix.

¹⁸⁰ “A análise econômica do contrato pretende ser complementar à análise jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase invariavelmente, à deliberação de contratar, e fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza, que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades.” ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14.

Se um contrato realizado entre partes perfeitamente capazes, com objeto lícito, possível e determinado pode ser facilmente descumprido ou alterado sem maiores consequências ao usurpador não há confiabilidade no ordenamento jurídico¹⁸¹. Por outro lado, se o liame obrigacional for tão rígido a ponto de fazer prevalecer um pacto impossível ou que vá de encontro com o próprio ordenamento jurídico e seus princípios, a lei contratual se torna um empecilho ao invés de um mecanismo facilitador e confiável para reger relações pessoais.

Para garantir a força da obrigação contratual e encorajar o cumprimento do pacto, de maneira que o contrato constitua um instrumento confiável entre partes, a lei deve afastar interesses egoístas dos contratantes, levando os indivíduos a considerar os efeitos externos de suas decisões. Para tanto, foram estudados os mecanismos de incentivos ao adimplemento, bem como sanções em caso de não execução, sempre buscando concretizar a vontade manifestada no momento de firmação do contrato. O que se buscava, portanto, eram maneiras de se manter fiel à manifestação de vontade externada no momento do pacto, ou seja, a manutenção do vínculo jurídico entre credor e devedor tal qual exteriorizado na ocasião de manifestação das vontades.

O vínculo entre credor e devedor não somente inicia o ciclo obrigacional, como também se mantém durante todo o pacto, até o final, sendo a corrente que une os contratantes em suas palavras, promessas e dívidas. O início deste ciclo obrigacional pode se dar de maneiras distintas, uma vez que três podem ser as fontes dessa obrigação, segundo o ordenamento jurídico brasileiro: o ato unilateral, o ato ilícito ou o contrato. Esta última será o objeto de análise deste capítulo levando em consideração que, caso não ocorra o cumprimento, o devedor passa a ser responsável pelo inadimplemento contratual.¹⁸²

Os elementos que integram a relação jurídica deste ciclo obrigacional são: pluralidade de sujeitos, devedor e credor, o vínculo que os obriga mutuamente e a prestação objeto do pacto. Este segundo é o que mais importa para a análise da força obrigatória do cumprimento do contrato. O vínculo jurídico entre sujeito ativo e passivo é chamado de elemento abstrato ou espiritual da obrigação, por

¹⁸¹ Bem como expressou Shylock diante da possibilidade de não exigibilidade dos termos contratuais, se a lei não for cumprida e sua aplicação pela Corte for discricionária “não há força nos decretos de Veneza”.

¹⁸² Importante ressaltar a diferença entre os institutos da obrigação e da responsabilidade uma vez que a segunda ocorre quando a primeira não é cumprida, significando que “se a relação jurídica originária não for cumprida, ou seja, se o devedor, por ato espontâneo, não efetivar o pagamento da prestação jurídica a que se obrigou junto ao credor, surge, em razão desse descumprimento, desse inadimplemento obrigacional, a responsabilidade, com todas as suas implicações” AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Op. cit., p.19.

meio do qual fica o devedor obrigado a cumprir a prestação oriunda do fato jurídico. Para Álvaro Vilaça Azevedo,

“O elemento espiritual da obrigação é o vínculo jurídico, o liame, que liga os sujeitos, ativo e passivo, que participam da mesma, possibilitando àquele exigir deste o objeto da prestação. É um elemento imaterial, que retrata a coercibilidade, a juridicidade, da relação jurídica obrigacional. Ele garante, em qualquer espécie de obrigação, o seu cumprimento, porque, se este não se realizar espontaneamente, realizar-se-á coercitivamente, com o emprego da força, que o Estado coloca à disposição do credor, por intermédio do Poder Judiciário.”¹⁸³

É possível, no entanto, que ocorra o inadimplemento, seja ele culposo, fortuito ou relativo. Nesta hipótese, está-se diante do rompimento ou enfraquecimento do vínculo formado entre as partes contratantes na hora da firmação do pacto. Para que as normas legais que regem as obrigações não se mostrem frouxas em sua aplicação, é preciso que sejam dotadas de força normativa e sejam aplicadas no caso concreto, frente ao descumprimento. Por isto, cada ordenamento deve ser responsável pela criação de ferramentas e mecanismos capazes de impor aos contratantes o cumprimento das promessas feitas.

4.4. Inadimplemento, indenização e execução forçada

É precisamente o vínculo existente entre credor e devedor que faz com que o inadimplemento resulte na responsabilidade do devedor em compensar o credor que fica sem o pagamento ou sem o receber no tempo e modo convencional, seja por culpa daquele, ou porque o mesmo assumiu a responsabilidade pelos prejuízos. Por isso, pode-se concluir que este vínculo abstrato é a essência da força obrigacional na qual se funda o pacto. Desse modo, a compensação pela ruptura do mesmo tem como objetivo compensar a parte prejudicada para que sua situação após o descumprimento seja economicamente semelhante àquela em que se encontraria diante do adimplemento.

Inadimple culposamente o devedor que age com negligência ou mesmo dolo e esta atitude impossibilita o cumprimento da obrigação pactuada. Neste caso, deverá o mesmo indenizar o credor em perdas e danos.¹⁸⁴ O inadimplemento

¹⁸³ Ibid. p.16.

¹⁸⁴ Art. 389 CC/2002: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

fortuito, por sua vez, caracteriza uma inexecução que não pode ser imputada ao devedor, a não ser que este tenha assumido os riscos causados por caso fortuito ou força maior, assumindo os prejuízos.¹⁸⁵ Já o inadimplemento relativo acontece quando a obrigação não for cumprida no tempo, lugar e forma convencionadas previamente.¹⁸⁶

Descumprido o contrato, resta determinar os remédios legais para sanar o inadimplemento. Se a obrigação é o pagamento em pecúnia, não há maiores discussões para sanar o inadimplemento absoluto ou a mora, na medida em que se fará por meio da compensação. Por outro lado, no caso de obrigações cuja prestação consiste em fazer ou não fazer ou entrega de coisa, dois são os métodos possíveis para solucionar a não execução: perdas e danos ou execução forçada. O primeiro é o preferido pela tradição Anglo-Americana. Nesta tradição, portanto, a execução específica se mostra como uma medida excepcional, utilizada de maneira discricionária pelos tribunais e preterida em face da compensação por perdas e danos.¹⁸⁷

Na medida em que a força obrigacional despreendeu-se da seara pessoal do devedor e passou a recair sobre o patrimônio, isso poderia acarretar no enfraquecimento da imposição da execução forçada, dando lugar a um ordenamento contratual baseado na doutrina das perdas e danos. O resultado seria a intangibilidade da vontade e da liberdade humana como valor maior e a conversão de todas as obrigações inadimplidas, inclusive de fazer e não fazer em indenizações. Nesta linha,

“A visão tradicional do direito das obrigações, pelo seu cunho intrinsecamente patrimonialista, sempre defendeu que seria uma violência à liberdade individual da pessoa a prestação coercitiva de condutas, ainda que decorrentes de disposições legais e contratuais.”¹⁸⁸

Há quem defenda, no direito estrangeiro, que a execução forçada deveria ser tão valorizada e repercutida quanto o pagamento de perdas e danos, uma vez que se propõe como o método mais preciso de atingir o objetivo de compensar uma promessa que foi rompida de maneira tão satisfatória quanto seria se o

¹⁸⁵ Art. 393 CC/2002: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

¹⁸⁶ Art. 394 CC/2002: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

¹⁸⁷ POSNER, Richard A.; PARASI, Francesco. Op. cit., p. xxii.

¹⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Op. cit., p. 96.

contrato houvesse sido cumprido.¹⁸⁹ Na mesma linha, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também afirmam ser inaceitável que a resolução em perdas e danos seja a única consequência para o descumprimento de obrigações de dar, fazer e não fazer.¹⁹⁰

Ao contrário da tradição Anglo-Americana, o ordenamento brasileiro não alimentou a incoercibilidade da vontade humana a tal ponto que tenha virado um dogma inafastável. Relativizou-se o dogma segundo o qual “ninguém pode ser diretamente coagido a praticar ato a que se obrigara”¹⁹¹, em equilíbrio com os direitos fundamentais. Desse modo, pela leitura do art. 536¹⁹² do CPC de 2015, não se permitiu que o postulado do *pacta sunt servanda* cedesse completamente frente à incoercibilidade da vontade humana.

O artigo supracitado do Novo Código de Processo Civil propõe, portanto, uma leitura do artigo 248 do Código Civil de 2002¹⁹³, na medida em que a resolução da obrigação em perdas e danos só se dará quando não for possível executá-la, ainda que minimamente.

“Se, todavia, ainda é possível cumprir-se a obrigação pactuada, deve a ordem jurídica buscar satisfazer o credor com a efetiva prestação pactuada, proporcionando, na medida do praticamente possível, que quem tem um direito receba tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de receber, e não impor indenizações equivalentes, haja vista que isso não realiza o bem da vida pretendido”¹⁹⁴

Dessa maneira, a área de aplicação do instituto das perdas e danos se restringe a hipótese em que o autor próprio a requer ou se for impossível a tutela específica ou o resultado desta não for equivalente ao acordado, nos termos do art. 499 do

¹⁸⁹ “The remedy of specific performance should be as routinely available as the damages remedy.” SCHWARTZ, Alan. The Case for Specific Performance In: POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco, Economic Foundations of Private Law, Massachusetts: Edward Elgar, 2002. p. 385. Tradução livre: O remédio da performance específica deveria ser tão aplicado quando as perdas e danos.

¹⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Op. cit., p.96.

¹⁹¹ ” Nemo praecise cogi ad factum.”

¹⁹² “art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

¹⁹³ Art. 248 CC/2002: “Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.”

¹⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Op. cit., p. 100.

CPC/2015.¹⁹⁵ As mesmas regras serão aplicadas às obrigações de entregar coisa certa, nos termos do art. 498 e 538 do CPC/2015¹⁹⁶, prevalecendo, assim, a força obrigatória do pacto em detrimento da incoercibilidade da vontade.

Em relação à entrega de coisa, segue Álvaro Villaça Azevedo na mesma linha dos que entendem poder ser o devedor constrangido a fazê-lo. Contudo, em relação à obrigação de fazer ou não fazer, sua visão se mostra tendente à resolução do conflito por meio de perdas e danos:

“...aquele que se compromete a dar alguma coisa pode ser constrangido a entregá-la, por autoridade da justiça, quando a coisa se encontrar em seu poder, quer queira quer não queira o devedor. Já quem se obrigada a fazer alguma coisa não pode ser constrangido a fazê-la, resolvendo-se a obrigação em perdas e danos, quando não dor ela cumprida devidamente”¹⁹⁷

Nesta linha, a interpretação do art. 248 do CC 2002 seria a de que a obrigação de fazer não poderia ser executada com o constrangimento físico do devedor, resumindo-se a impossibilidade no cumprimento obrigacional em resolução da obrigação (em caso de não haver culpa do devedor) ou perdas e danos (no caso de culpa). Não parece ter sido esta a vertente adotada pelo Novo Código de Processo Civil, que optou por conceder força ao vínculo obrigacional formado no momento do pacto, em detrimento da intangibilidade da vontade humana.¹⁹⁸

4.5. Cláusula Penal e autonomia privada

Pensando na compensação pela ruptura do contrato e remetendo-se à ideia de finalizar o ciclo do contrato de maneira semelhante àquele que teria ocorrido

¹⁹⁵ Art. 499 CPC: “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”

¹⁹⁶ Art. 498 CPC: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.”

Art. 538 CPC: “Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.”

¹⁹⁷ AZEVEDO. Álvaro Vilaça. Op. cit., p. 48.

¹⁹⁸ Somente com este aspecto do ordenamento vigente, sem levar em consideração argumentos de cunho social, o julgamento seguiria a favor de Shylock. Uma vez que Antônio concordou em entregar uma libra de carne ou se submeter à retirada da mesma, a força obrigacional do pacto ao qual manifestou a favor sua vontade, seria suficiente para exigir que o fiador se entregasse ou se submetesse à retirada da garantia. Felizmente para Antônio, outros aspectos econômicos do pacto ainda deveriam ser analisados antes da sentença.

caso não houvesse o descumprimento, o ordenamento jurídico concede certa discricionariedade aos contratantes. Com fundamento no princípio da autonomia privada, é possível que credor e devedor estipulem um pacto acessório ao objeto principal do contrato, por meio do qual se antecipa a indenização devida em caso de inadimplemento. Este pacto é chamado de cláusula penal ou convencional, capaz de liquidar antecipadamente os danos na hipótese de descumprimento futuro. É exatamente o caso do contrato estipulado entre Antônio e Shylock. O objetivo de Shylock, ao sugerir a estipulação da Cláusula penal, era intimidar Antônio e ao mesmo coagi-lo a cumprir os termos da fiança.¹⁹⁹

Isso demonstra que, além da previsão legal de responsabilidade decorrente do inadimplemento contratual (culpa, caso fortuito ou mora), o ordenamento também concede liberdade entre os contratantes para determinar mais uma ferramenta de desestímulo ao descumprimento do pacto. Ao mesmo tempo que a cláusula penal possui função de liquidar previamente os danos decorrentes de um possível inadimplemento, também serve para estimular o devedor a honrar o vínculo obrigacional formado com o credor.

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho esta segunda função, não menos importante do que a liquidação dos danos, “atua muito mais no âmbito psicológico do devedor, influenciando para que ele não deixe de solver o débito no tempo e na forma estipulados.”²⁰⁰ Era precisamente o que Shylock pretendia: atuar no psicológico de Antônio, que, a cada dia que se passasse e os navios não retornassem, ficando mais próximo o dia do pagamento, dormiria e acordaria mais assustado com a possibilidade de efetuar a garantia.

No entanto, é justamente a estipulação da cláusula penal como pacto acessório de garantia da obrigação contratual principal que salvaria Antônio sob a luz do ordenamento vigente. A cláusula penal ou *stipulatio penae* deve ser passível de conversão pecuniária, ou seja, necessita de um valor econômico para que sua estipulação seja válida.²⁰¹ Ao contrário, na peça, quando Salarino, um dos amigos de Antônio e Bassânio pergunta ao credor para que ele usará

¹⁹⁹ No fundo, no momento do pacto, Shylock também se deliciava com a possibilidade de poder cobrar a garantia da libra de carne, mas não acredita que realmente poderia fazê-lo até descobrir que os navios de Antônio não haviam retornado, o que o tornaria inadimplente e permitiria a cobrança da cláusula.

²⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Op. cit., p. 375.

²⁰¹ “Essa penalidade pode consistir no pagamento de uma soma em dinheiro, ou no cumprimento, de qualquer outra obrigação seja de dar outro objeto, seja de realizar uma atividade, mas desde que exista a possibilidade de ela converter-se pecuniariamente.” AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Op. cit., p. 225.

a libra de carne, Shylock responde que a carne não lhe serve de nada. Diz que talvez sirva como isca para os peixes e se também não servir para alimentar coisa alguma, serviria para alimentar sua vingança.²⁰² Essa passagem mostra que, sob as regras legais de hoje, sem nem mesmo entrar na seara de dignidade da pessoa humana, é inválida a cláusula uma vez que o objeto da garantia não possui valor econômico. Assim, tangencia-se a questão da utilidade econômica do objeto pactuado.

Se as ideias de Cesare Beccaria²⁰³ pudessem ser moldadas a este caso, dir-se-ia que se trata mais de utilidade econômica do que de justiça social. Ainda que Beccaria se referisse à questão da pena de morte, argumentava que esta era desnecessária não porque era injusta, mas porque lhe faltava utilidade. Ao caso de Shylock e Antônio, a mesma ideia pode ser aplicada para afirmar que a cláusula penal que estipula o pagamento de uma libra de carne do devedor não deve preponderar, não devido à justiça, mas porque não possui utilidade para a circulação de bens do universo jurídico. A cláusula estipulada por Shylock tinha a intenção de satisfazer um sentimento vingativo, mas é também vazia de utilidade econômica.²⁰⁴

Ora, se Shylock negasse que havia dito a Salarino que a carne não lhe valia de nada ou se este não testemunhasse contra aquele, poderia Shylock cobrar a libra de carne, argumentado que possuía sim valor econômico? Não. Isso porque durante o julgamento, Bassânio oferece a Shylock três vezes o valor original do contrato para livrar Antônio da garantia, mas ele recusa, dizendo que não abriria mão da libra de carne.²⁰⁵ Isso significa que se a garantia tem valor econômico e

²⁰² Salarino: “What’s that good for?; Shylock: “To bait fish withal: if it will feed nothing else, it will feed my revenge”. “O Mercador de Veneza”: Ato III, Cena I.

²⁰³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 74 – 80.

²⁰⁴ Acerca da possibilidade de obrigações envolvendo cobrança de direitos existenciais (cujo objeto pactuado constitui um bem essencial ou um interesse existencial para uma das partes), Pietro Perlingieri afirma que “onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155. Desta forma, os contratos existenciais, por serem caracterizados pela essencialidade do objeto em relação à pessoa, permitem a atuação do intérprete de modo a preservar o mínimo existencial. Considerando a libra de carne objeto do contrato entre Antônio e Shylock como um direito individual, ter-se-ia que analisar a essencialidade do bem tal como interesse existencial, ao invés de sua utilidade puramente econômica.

²⁰⁵ Em virtude da unicidade da prestação, Shylock não era obrigado a aceitar coisa diversa da pactuada, sendo sua recusa legítima. Tampouco se está diante de uma prestação alternativa, onde poderia o devedor escolher se entregava pecúnia ou a libra de carne, uma vez que isto não foi disposto no contrato.

se o credor não aceita três vezes o contrato original em seu lugar, então o objeto do pacto acessório é mais valioso do que o objeto do contrato principal, o que não é permitido.

A garantia estipulada na cláusula penal não pode ser economicamente mais valiosa do que o próprio objeto do contrato principal, sendo também o motivo pelo qual o objeto da cláusula acessória precisa ser economicamente passível de estimação. Caberia ao Doge de Veneza então reduzir o montante da pena, tal como ordena o Código Civil de 2002, segundo o qual sendo a pena excessiva aos olhos da lei, deve o juiz reduzi-la.²⁰⁶ Assim sendo, com o objetivo de proteger as relações jurídicas de natureza econômica, a lei contratual se mune de um mecanismo, livremente pactuado pelas partes, a fim de impedir a ruptura do pacto.

Sendo a cláusula uma discricionariedade dos contratantes, ela não será válida se ofender princípios legais ou for contra a ordem pública, ainda que seu objetivo seja resguardar a força obrigacional do contrato. Além destas limitações, a cláusula penal também se depara com os limites de cunho econômico, como a possibilidade de conversão pecuniária do objeto da garantia e a impossibilidade de seu valor ser maior do que aquele do objeto principal. Com isso, garante-se equilíbrio à relação contratual e às expectativas do credor, ao mesmo tempo em que se mantém o devedor incentivado a cumprir o pacto, promovendo ainda a circulação de bens e direitos no comércio jurídico, encontrando limite na própria natureza econômica do contrato.

5. A CORTE DE VENEZA E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

5.1. O contrato como ferramenta das mudanças sociais

Uma vez realizada a análise do Direito Contratual fazendo uso somente da principiologia clássica fica evidente que esta, por si só, também é dotada de raciocínio jurídico capaz de levar a desfechos semelhantes àqueles que chegar-se-ia usando os princípios pós-modernos. Ainda que sob uma perspectiva funcional econômica, fica provado que seria possível analisar um pacto, mitigando a obrigatoriedade do mesmo por aspectos puramente econômicos, sem tocar na questão social, obtendo resultado parecido, ainda que por via distinta. Isso

²⁰⁶ Art. 413 CC/2002: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

quer dizer que os “novos” paradigmas contratuais (boa-fé, equilíbrio econômico e função social do contrato) garantem a funcionalização dos contratos a caminho do desenvolvimento de relações solidárias, mas é equivocado dizer que concedem racionalidade plena ao Direito Contratual e que evitam “injustiças”.

O Direito Contratual clássico não era irracional pelo fato de não dar ênfase ao aspecto social. Tampouco era injusto por representar os valores jurídicos que triunfaram com o liberalismo econômico no séc. XIX. Tal deve ser visto, não como antagonista do Direito Contratual contemporâneo, mas como uma etapa necessária na evolução deste instituto jurídico. Para analisar em que medida se deu esta evolução, neste capítulo, far-se-á uma releitura da peça “O Mercador de Veneza” sob a atual perspectiva Civil Constitucional. Assim, será possível medir até que ponto os “novos” princípios se sobrepõem aos dogmas clássicos fundadores da força obrigatória do contrato. O objetivo será constatar se aqueles sobrevivem conjuntamente ou em substituição a estes.

O Direito Contratual não possui uma única feição. Em sua dimensão jurídica, o conceito “contrato” engloba uma séria de princípios e regras de direito. Por outro lado, o conceito reflete também uma realidade exterior, entrelaçada por interesses, relações sociais e situações econômicas. Dessa maneira, para compreender o contrato, é necessário entendê-lo não como uma construção puramente jurídica, mas também como uma ferramenta evolutiva das operações socioeconômicas.²⁰⁷ O contrato, para o Direito, seria a formalização jurídica desta troca econômica, ou como conceituou Enzo Roppo, “Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas.”²⁰⁸

²⁰⁷ Esta evolução jurídica influencia sobretudo na autonomia de gêneros contratuais distintos. Ainda que o descaso com a diferenciação dos contratos civis e mercantis tenha dificultado o estudo daqueles como categoria realmente autônoma e diminuído a preocupação com a sistematização de uma teoria geral dos contratos mercantis, o direito comercial é regido por uma racionalidade e história próprias que construíram e reconstruíram seus princípios basilares através dos séculos. Em especial a boa-fé e a equidade contribuíram para a relação entre os comerciantes: “A partir do séc. XIV vários estatutos dos mercadores na Idade Média impunham aos juízes o dever de sentenciar conforme a boa-fé, bem como prescreviam que os mercadores deveriam manter em boa-fé os contratos e as promessas recíprocas. Os termos ‘boa-fé’ e ‘equidade’ teriam sido empregados para referir três condutas esperadas dos contratantes, ainda que não expressamente acordadas: i) cada um deveria manter sua palavra; ii) nenhuma deveria tirar vantagem da outra mediante sua indução em erro; e iii) ambos deveriam pautar seu comportamento de acordo com as obrigações de uma pessoa honesta.” FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 37 – 44, 107. Foi o contrato e a evolução dos institutos jurídicos que o permeiam e circundam que possibilitou o desenvolvimento da atividade mercantil rumo à atividade empresarial como se conhece hoje. Diz a absoluta verdade José Engrácia Antunes quando afirma que “para os comerciantes, o contrato representa um dos mais importantes, senão o mais importante instrumento de atividade empresarial”. ANTUNES. José A. Engrácia. Direito dos Contratos Comerciais. Coimbra: Almedina, 2009. p. 39-40.

²⁰⁸ ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. São Paulo: Almedina, 2009. p. 11.

Essas operações econômicas constituem um processo de evolução que se dá com o desenvolver da civilização, dos costumes e dos reflexos sociais e, segundo Antonio Carlos Wolkmer, “o Direito sempre é produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes de necessidades humanas”.²⁰⁹ Com isto, ainda que o contrato seja uma figura jurídica autônoma e um instrumento com finalidades econômicas, não é possível separá-lo das influências principiológicas do contexto social. Portanto, tomando como ponto de partida o contrato como reflexo da sociedade e da História²¹⁰, é possível compreender de que maneira o aspecto liberal dos contratos e a chamada autonomia da vontade cederam espaço para novos princípios norteadores da relação contratual. É preciso analisar, historicamente, o que, em primeiro lugar, tornava esses dogmas clássicos tão importantes.

Isso remete ao tempo do fim do apogeu das sociedades feudais²¹¹ e o início da consolidação da sociedade burguesa que, segundo Wolkmer, levou à produção de uma nova cultura jurídica ao longo dos séculos XVII e XVIII na Europa Ocidental.²¹² Com o término do sistema de privilégios feudais e a intensificação do comércio, surge a necessidade de imposição de ideologias que tocam a liberdade e a autonomia do indivíduo. Segundo Roppo, para a sociedade revolucionária burguesa, a liberdade de contratar elevava o contrato ao eixo fundamental da sociedade liberal, dos seus valores e dos seus princípios, em oposição ao modelo de privilégios corporativos e a economia fechada da sociedade feudal.²¹³ Isso fez com que o contrato assumisse um valor ideológico e político.

Em um momento onde as revoluções burguesas deram origem a sociedades liberais, buscava-se dar máxima importância à liberdade individual por meio do mecanismo contratual. Portanto, não houve espaço para limitações oriundas de

²⁰⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24.

²¹⁰ “Examinar e problematizar as relações entre a História e o Direito reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente”. *Ibid.* p. 11.

²¹¹ “Feudalismo é uma palavra muitas vezes carregada de um peso negativo que não é justo. Muitos, ao ouvi-la, lembram-se de atraso ou qualquer outro termo que possa ser empregado pejorativamente (...) é preciso entender que feudalismo é um sistema que não pode ser minimizado ou considerado apenas em parte. Esse sistema apoia-se no Direito e dele não pode se afastar, mas envolve meio de vida, força, fé, interesses, terra, divisão social e tudo quanto o ser humano é capaz de criar” CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 120 - 121.

²¹² “A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII na Europa ocidental, resultou de um complexo específico de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação de interesses liberal-individualistas e por uma estrutura estatal centralizada.” WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. p. 24

²¹³ ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 28.

conceitos como igualdade, justiça, ambos suprimos e assegurados pela própria liberdade de contratar e pela paridade dos cidadãos perante a lei.²¹⁴ Foi a autonomia individual refletida na vida privada, que concretizou a liberdade conquistada:

*“O liberal individualismo, enquanto princípio fundamental que surge das condições materiais emergentes e das novas relações sociais tornou-se proposta ideológica adequada às necessidades de um novo mundo, bem como à legitimação das novas formas e produção da riqueza e à justificação racionalista da era que nascia. O individualismo como expressão da moralidade social burguesa enaltece o homem como centro autônomo de escolhas econômicas políticas e racionais; faz do seu individual um valor absoluto.”*²¹⁵

Desde então, a relação do contrato jurídico com os valores ideológicos da sociedade se manteve indissolúvel na medida em que o Direito Contratual passou a ser utilizado com uma função ideológica.²¹⁶ Vigorava a ideia da liberdade de contratar, fundamentada na soberania individual de escolha e na plena autonomia, onde limites não eram bem vistos.²¹⁷ Os limites negativos eram tolerados até um certo ponto²¹⁸, concedendo-se máxima eficácia à liberdade contratual. O resultado era a absoluta liberdade para se contratar, mas uma vez feito isto, a palavra dada era irrevogável. Mais ainda, descumprir era mentir e isto constituía verdadeiro pecado.²¹⁹

A questão ideológica refletida no Direito Obrigacional um dia alimentara a liberdade como máxima do Direito Contratual pois, naquele momento,

²¹⁴ Esta paridade ou posição jurídica formal decorria do fato de que haviam sido abolidos os privilégios feudais. *Ibid.* p. 28.

²¹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 25.

²¹⁶ “O contrato é outro símbolo máximo do poder da vontade individual numa estrutura socioeconômica capitalista. O exacerbado individualismo da livre contratação e da autonomia da vontade funciona através do chamado negócio jurídico, um instrumento de auto-regulamentação dos interesses particulares.” *Ibid.* p. 29.

²¹⁷ “O mercado como sistema social e a liberdade das trocas imporá a obrigatoriedade das promessas (a individualização do contrato, com uma teoria da vontade e da autonomia da vontade, e da propriedade e sua livre aquisição e transferência)”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 165.

²¹⁸ Como exemplo, tem-se os limites à liberdade de contratar na tutela de sujeitos cujas condições psicofísicas lhes colocavam em situação de risco, como menores e doentes mentais. Uma maior resistência se dera diante da tentativa de introdução de limites destinados também a proteger os sujeitos cuja debilidade era socioeconômica. ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 33.

²¹⁹ “Por seu turno, os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão interpretavam as normas de Direito Romano animados de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, racionaram que o seu descumprimento era uma quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía peccatum, faltar ao obrigado atraía as penas eternas. Não podia ser, para os juristas canonistas, predominante a sacramentalidade clássica, mas sobretudo prevalecia o valor da palavra, o próprio consentimento. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3. p. 16.

era necessário que a autonomia individual fosse considerada como máxima nas relações. Hoje, ela impulsiona a função social do contrato e abre espaço para instrumentos sociais ligados ao Direito Contratual e à construção da solidariedade.²²⁰ Isso significa que o mecanismo jurídico chamado de contrato serviu como ferramenta para impor as mudanças sociais necessárias à evolução da sociedade e atualmente se destina à concretização de princípios constitucionais sociais e plúrimos.²²¹

Da mesma maneira que a ideologia revolucionária burguesa procurou firmar caminho para uma sociedade liberal, fazendo uso da liberdade contratual, a sociedade por trás da Constituição de 1988 procurou abrir passagem para o mundo jurídico pós-moderno, refletindo sua principiologia também no Direito Obrigacional. O novo modelo constitucional significou também uma “revolução”, com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito e a consequente ruptura com um regime constitucional autoritário, garantindo as relações democráticas entre o Estado e a Sociedade.

Se antes o Direito Civil e o Direito Constitucional se enquadravam em áreas diferentes do sistema jurídico e suas ideias não se tocavam, o novo aparato jurídico constitucional alongou-se para todas as áreas do Direito. A evolução aconteceu lentamente. Primeiro, houve a mudança decorrente da substituição do Estado Liberal pelo Estado Social²²², mas isso ainda não era suficiente para que a Constituição alcançasse o status normativo que tem hoje. Somente com o posterior reconhecimento da força normativa de toda a Constituição, em especial

²²⁰ “O homem natural, isolado, que nasce livre e independente dos outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência, é uma abstração alheia à realidade. De fato, o homem nasce membro de uma coletividade; viveu sempre em sociedade e só pode viver em sociedade, e o ponto de partida de qualquer doutrina sobre o fundamento do direito deve ser, sem dúvida, o homem natural; mas o homem natural não é o ser isolado e livre dos filósofos do século XVIII; é o indivíduo implicado nos laços da solidariedade social. “DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. São Paulo: Servanda, 2008. p. 15.

²²¹ Sob a perspectiva mercantil, ainda que seja a liberdade contratual responsável pelo impulsionamento do mercado, as regras que a limitam nos contratos e interferem no processo negocial, protegem as atividades econômicas de atitudes abusivas cometidas em nome desta mesma liberdade. Para Fernando Araújo, uma posição de pura sacralização da autonomia privada não permitiria a anulação de contratos com fins ilícitos ou que fizessem uso da escravidão voluntária, prisão ou servidão no caso de descumprimento. Também não permitiria a responsabilidade pré-contratual ou a avaliação do desequilíbrio de onerosidade das obrigações, vendando ainda a detecção de situações lesivas e gritantemente injustas. Por isso, explica o autor, “há uma margem de paternalismo que é, por assim dizer, inerradicável” ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p 442.

²²² “No paradigma do Estado Liberal, a Constituição não se imiscuia no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária, que gravitava em torno do Código Civil, centrado na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia. Com o surgimento do Estado social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado. (...) A Constituição se projetou no campo civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos”. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 49.

dos princípios, conceber-se-ia o ordenamento como uma unidade, estruturada pela Lei Maior.²²³

Como afirma Lenio Streck, a Constituição passa a ser o *topos*²²⁴ hermenêutico que conforma a interpretação do restante do sistema jurídico, alastrando-se para além do sistema propriamente constitucional.²²⁵ Assim, do mesmo modo que a Carta de 1988, sendo uma Constituição social, regulamenta a sociedade e objetiva o bem-estar social, também o fariam as demais áreas do sistema jurídico:

*“A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. Por isto, as constituições sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O plus normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade.”*²²⁶

Nesta linha, os princípios constitucionais pós-positivistas ganham tamanho espaço na desenvoltura da ordem jurídica que sua violação é mais grave do que a transgressão de uma regra.²²⁷ A força dos “novos” princípios constitucionais os torna capazes de mitigar dogmas anteriores, garantindo que os novos valores acompanhem a dinâmica da sociedade moderna. Portanto, do mesmo modo que fora preciso influenciar o sistema com a “autonomia da vontade” e, tendo como consequência a elevação do postulado *pacta sunt servanda* como máxima das relações, a partir de 1988 seria preciso concretizar os valores constitucionais por meio dos aparatos legais. A partir de então, a dificuldade consiste em encontrar o equilíbrio razoável entre a liberdade e a concretização dos direitos fundamentais.²²⁸

²²³ A Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional. Tal concepção vai acarretar uma verdadeira “virada de Copérnico” no Direito Privado, reunificando, em torno dos seus valores existenciais, um sistema que fora fragmentado pelo advento de um sem-número de leis especiais. Esses valores vão fecundar o Direito Privado com os ideais igualitários e solidarísticos enraizados no tecido constitucional, impondo uma releitura, sob nova ótica, de conceitos e institutos tradicionais, elaborados em outro contexto social e axiológico. *Ibid.* p. 50-51.

²²⁴ Em grego, significa uma máxima do senso comum.

²²⁵ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 311.

²²⁶ STRECK, Lenio. *Op. cit.*, p. 312.

²²⁷ Discordaria Eros Grau, que afirma: “A esta altura desejo observar que o princípio é um tipo de regra de direito. A afirmação de que seria mais grave violar um princípio do que uma violar uma norma consubstancia uma tolice” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 22.

²²⁸ Para Maria Celina Bodin o maior problema do Direito na atualidade “tem sido exatamente o de estabelecer

5.2. A Constituição de 1988 e o Direito Civil Constitucional

O Direito Civil Constitucional deve ser entendido como a constante releitura do Direito Civil à luz da constituição. É por este motivo que Maria Celina Bodin afirma que o Direito Civil Constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói o pacto de convivência coletiva, função que já foi exercida pelos Códigos Civis.²²⁹ Nesse mesmo sentido, Pietro Perlingieri afirma que o Código Civil perdeu a centralidade que um dia já teve e que, hoje, o papel de unificação do sistema jurídico é da Constituição.²³⁰ Isso porque, cada vez mais, percebe-se que respeitar os valores e princípios fundamentais da República é condição para a concretização de uma relação entre o Estado e os governados e entre os próprios indivíduos. Assim, surge o dever de refletir as situações jurídicas dando prioridade às normas constitucionais, devido a sua posição hierárquica. Para Perlingieri,

*“a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações objetivas, funcionalizando-as aos novos valores.”*²³¹

Segundo Maria Celina Bodin, os direitos fundamentais no Brasil, até a Constituição de 1988, serviam unicamente para que o indivíduo se defendesse de uma eventual ingerência do Estado.²³² Com a Constituição Cidadã de 1988 isso mudou. Se fosse possível extrair o espírito da Constituição brasileira de 1988 para identificar a característica mais almejada para a sociedade, a resposta seria solidariedade.²³³ A dignidade da pessoa humana²³⁴ e a expressa perspectiva

um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória individual.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 71.

²²⁹ Ibid. p. 70.

²³⁰ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 6.

²³¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 12.

²³² MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 70.

²³³ “Se o Estado de Direito, iluminista e racional, se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras em direção a opções mais seguras, nas quais os princípios da democracia, liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados” Ibid. p. 67.

²³⁴ O que seria essa “dignidade inerente à espécie humana? Maria Celina Bodin explica que, etimologicamente, a palavra vem do latim dignus, que, na Antiguidade, significava “aquele que merece estima e honra, que é importante.” Contudo, com o advento do Cristianismo, concebeu-se a ideia de uma dignidade atribuída a

do valor social do trabalho e da livre iniciativa como valores fundamentais²³⁵ mostram a preocupação com os aspectos sociais das relações sociais.

O objetivo fundamental da República em garantir o desenvolvimento nacional deve estar condicionado à prevalência de uma sociedade livre, justa e solidária.²³⁶ Assim, pode-se afirmar que a leitura do Direito Civil à luz do Direito Constitucional serve como instrumento de proteção da pessoa e de resguardo ao indivíduo à sociedade em seu aspecto solidário. Em especial, a proteção da pessoa humana, em substituição à liberdade individual e a tutela da autonomia privada, é o aspecto que desencadeia as transformações ocorridas no sistema jurídico.²³⁷

Na medida em que a autonomia privada deixou de ser a maior preocupação da sociedade, abriu-se lugar para valores sociais e aconteceu a releitura do Direito Civil, à luz dos novos fundamentos e objetivos constitucionais. Ou seja, nasceu um Direito “que não mais encontrava nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico”.²³⁸ O Direito Obrigacional, por sua vez, passou a ter como preocupação, não a máxima liberdade dos pactos, e sim a concretização da sociedade livre, mas que fosse justa e solidária, por meio novos princípios: boa-fé, equilíbrio econômico e função social do contrato.

Com isso, a “autonomia da vontade” foi mitigada para dar lugar a uma reconceituação do instituto contratual.²³⁹ Ou seja, o indivíduo atuando e pactuando em sua liberdade deixou de ser o foco do sistema, para dar lugar às questões relacionadas à dignidade da pessoa e a solidariedade social:

“Se, por um lado, a tutela da dignidade da pessoa difere da tutela do indivíduo, salientando aspectos sociais negligenciados pela ótica individualista, por outro, é precisamente o valor reconhecido à pessoa

cada indivíduo, que deveria olhar não somente em direção a Deus, mas a si mesmo, para tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível. Quanto ao fundamento jurídico, seria este em primeiro lugar na igualdade (tratamento não discriminatório), depois na integridade psicofísica, no direito à liberdade, e no direito-dever de solidariedade social. Ibid. p. 77-78, 86-117.

²³⁵ Art. 1^a, III e IV CF/88.

²³⁶ Art. 2^o I e II CF/88.

²³⁷ Segundo Maria Celina Bodin, essas transformações ocorreram não só no interior da ordem civil, mas também na aplicação da lei pelos juízes e, principalmente, na “consciência moral da sociedade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 73.

²³⁸ Ibid. p. 74.

²³⁹ “O homem vive em sociedade e só pode viver em sociedade; a sociedade subsiste apenas pela solidariedade que une os indivíduos que a compõe. Por consequência, uma regra de conduta impõe-se ao homem social pela própria força das coisas, e essa regra pode formular-se deste modo: nada fazer que atende contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas, e fazer tudo o que for de natureza a realizar e a desenvolver a solidariedade social.” DUGUIT, Léon. Op. cit., p. 23.

que impede que seja a mesma transformada em instrumento (ao invés de fim), ainda que sob a justificativa da proteção de interesses que, sendo públicos, pudessem sobrepor-se a interesses exclusivamente privados.”²⁴⁰

Assim, para ao Direito Obrigacional, a releitura dos pactos em função do Direito Civil Constitucional significou mudanças radicais: o equilíbrio econômico trouxe a questão da paridade entre contratantes, a fim de garantir que as prestações pactuadas não fossem maculadas por desproporcionalidade. A função social elevou o contrato para fora da ótica individualista, impedindo que seja visto como uma relação que interessa unicamente aos contratantes, como se não refletisse na sociedade que o cerca e fosse intocável por ela. A boa-fé objetiva, por sua vez, modificou os critérios de interpretação de conduta das partes, impondo deveres conexos à relação contratual e limitando o exercício abusivo de um direito.

Isso não significa que os princípios que alimentavam o *pacta sunt servanda* foram esquecidos ou totalmente preteridos em razão dos princípios pós-modernos. Estes novos princípios não substituem os dogmas anteriores, mas passam a conviver com os princípios da autonomia privada, intangibilidade do conteúdo do contrato e a relatividade dos seus efeitos. Ambas as princiologias convivem lado a lado, aplicando-se ou deixando de se aplicar dependendo da natureza ou do objeto contratual por meio da ponderação.²⁴¹ Na medida em que a colisão entre princípios não gera necessariamente a invalidade de um deles, é preciso utilizar um instrumento para definir qual prevalecerá no caso de conflito. Assim, na hipótese de uma aparente antinomia principiológica contratual é possível fazer uso de um instrumento para determinar a princiologia aplicável caso específico: O paradigma da essencialidade.

O paradigma da essencialidade pode ser explicado como uma ferramenta utilizada para medir a extensão de aplicação de cada princípio a um caso específico. Para isso, é preciso pesar todos os elementos e circunstâncias essenciais ao contrato e contrabalancear a melhor princiologia aplicável à questão em

²⁴⁰ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38.

²⁴¹ “A ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.” ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 164- 165.

análise.²⁴² Não se trata, portanto, de maximizar os princípios sociais para cumprir o objetivo fundamental da República, deixando a liberdade individual nas sombras do Direito. Trata-se de alcançar o equilíbrio entre a valorização da pessoa, nas suas relações em sociedade e a liberdade da vontade individual.

5.3. O paradigma da essencialidade

O eventual choque entre princípios não significa que o ordenamento seja incoerente. A pluralidade de princípios distintos serve justamente para conferir coerência ao sistema jurídico. Uma possível colisão é somente o caminho para atingir o fim, pois o que se chama de paradigma da essencialidade nada mais é do que o exercício de uma ponderação de valores, objetivando o fim pretendido pelo legislador. Reconhecido o valor mais relevante para determinada situação, resolve-se o conflito de maneira a aplicar o princípio mais relevante ao caso concreto, levando em consideração a natureza do objeto em questão.

A questão da natureza do objeto leva em consideração que a visão exclusivamente patrimonialista da autonomia privada é incompatível com um ordenamento que valoriza a pessoa humana. Isso significa que os contratos atingem também valores não patrimoniais, possibilitando a existência de relações jurídicas existenciais. Como afirma Pedro Marcos Nunes Barbosa, está ultrapassado o dogma da indisponibilidade dos valores existenciais.²⁴³ Neste sentido, contribui Teresa Negreiros:

“Os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar- ampliando-se, correlatamente, o campo de aplicação dos novos princípios. Ao revés, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos, destinados a satisfazer preferências que não configuram necessidades básicas da pessoa, tais contratos são compatíveis com uma disciplina

²⁴² Segundo Humberto Ávila, várias são as fases para a ponderação: a primeira delas é a preparação, com a análise de todos os argumentos, o mais extensivamente possível. A segunda é a realização da ponderação, fundamentando a relação entre os elementos objeto de sopesamento. No caso da ponderação de princípios, essa fase indica a relação de primazia entre um e outro. A terceira etapa é a reconstrução da ponderação, por meio da formulação de regras de relação, com a pretensão de validade para além do caso em questão.” Ibid. p. 165 – 166.

²⁴³ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A autonomia negocial nos contratos e impactos de natureza existencial: Alguns tópicos Polêmicos. Revista Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região. Rio de Janeiro, v. 14. p. 179 – 202, nov. 2010.

mais liberal, o que vale dizer que devem sofrer maior influência dos princípios clássicos.”²⁴⁴

Para a análise principiológica no caso de “O Mercador de Veneza”, quanto ao aspecto da retirada da libra de carne do devedor ou garantidor da dívida encontra-se um impasse: no contexto do ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição de 1988, a proteção da pessoa humana sob a perspectiva da tutela psicofísica²⁴⁵ seria suficiente para resguardar a integridade física do devedor. Por isso, para possibilitar o exame dos princípios de natureza obrigacional ao caso em questão, deve-se contextualizar o julgamento em um cenário semelhante à Veneza do século XIV, onde era pactuável a parte do corpo como garantia. Sem admitir que a libra de carne seja objeto lícito, em nome da dignidade da pessoa humana, o conflito se resolveria aí e não seria preciso ponderar os princípios norteadores da obrigação contratual. Por uma questão de honestidade acadêmica, portanto, é preciso considerar que, no contexto histórico do julgamento, a pactuação da libra de carne é lícita, consistindo em um objeto de natureza existencial.

Tendo em mente um contrato com objeto admissível, mas levando em conta a sua natureza existencial, resta utilizar o paradigma da essencialidade para pesar os princípios aplicáveis ao caso, começando pela contraposição principiológica entre o equilíbrio das prestações e “autonomia da vontade”. Aqui, o julgador se depararia com o desafio de analisar a proporção entre 3 mil ducados e uma libra de carne. Considerando a carne do corpo um objeto pactuável, restaria a dificuldade de determinar o valor de uma libra de carne humana, tendo em vista a inexistência de parâmetro no qual se basear.²⁴⁶ Somente com a desproporção

²⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 32.

²⁴⁵ Ainda que no caso em questão a questão da integridade física seja literal, o direito a integridade psicofísica vai além, em razão da velocidade crescente da tecnologia. “Tradicionalmente, apenas o direito de não ser torturado e de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis e etc. Na esfera, cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade, pessoal) (...) atualmente, as maiores perplexidades em torno do tema dizem respeito ao extraordinário desenvolvimento da biotecnologia e suas consequências sobre a esfera psicofísica do ser humano. Assim, por exemplo, no âmbito do que começa a se configurar como um novo ramo, o do Biodireito, ainda sem regulamentação jurídica adequada, estão problemas decorrentes da reprodução assistida.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 93 – 96.

²⁴⁶ Aqui, a interseção entre o direito e a economia, levando em conta o equilíbrio econômico das prestações, será de pouca ajuda. Segundo Fernando Araújo, a Microeconomia associava ao contrato algumas condições para a eficiência do mercado, qual seja, a ideia de uma fundamental equivalência entre o preço e demais condições nas trocas e condições de preço mais favoráveis, almejando a formação de um padrão objetivo de normalidade contratual, capaz de aferir a justiça nas trocas. ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 38. Aqui a análise econômica encontra seu limite, na medida que valores existenciais passaram a integrar o mecanismo contratual.

seria possível mitigar a liberdade de contratar, de se vincular ao pacto e do objeto contratado. Aqui, o paradigma da essencialidade não ajudaria a pesar definitivamente o princípio mais aplicável ao caso, em razão da impossibilidade de se afirmar o valor da libra de carne.²⁴⁷

Passando à análise da função social do contrato em oposição à relatividade dos seus efeitos, a resposta é mais definitiva. A função social surge como um convite ao intérprete do Direito Civil, a fim de reler o ordenamento de modo a fazer com que a função social do contrato transcenda os interesses egoístas dos contratantes, impedindo que o Direito Contratual seja governado pela máxima de que o contrato só faz efeitos entre as partes:

“A função social surge, sob esta ótica, como um ponto de referência da maior relevância na reformulação do princípio da relatividade. É com base na função social que ganha força a ideia de que o contrato não encerra uma relação posta entre parênteses, encapsulada, de interesse exclusivo para as partes que se encontram vinculadas contratualmente.”²⁴⁸

A função social é um princípio de mão-dupla, onde de um lado se encontram os contratantes e do outro, terceiros estranhos à manifestação de vontade. No “meio”, tem-se a sociedade. As partes devem pactuar pensando no desenvolvimento social ou, pelo menos, limitando-se a não o retardar. Deve-se inibir qualquer prejuízo eventual à coletividade, em virtude da relação estabelecida.²⁴⁹ Quanto aos terceiros, estes, devem agir de maneira a não desprezar o acordo firmado pelos contratantes em nome da solidariedade almejada pelo constituinte.

Considerando que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”²⁵⁰ e que a função social atua de modo a

²⁴⁷ É preferível descaracterizar a aplicação da revisão do pacto em virtude da proteção da parte contratante mais frágil, sendo esta uma das possíveis interpretações do princípio do equilíbrio econômico. Ainda que as prestações fossem desproporcionais (uma libra de carne em garantia de 3 mil ducados), não há situação de necessidade do credor, fiador ou do devedor. Há somente interesses supérfluos. Antônio era responsável por uma garantia que servia para possibilitar que seu amigo cortejasse uma dama, não existindo perigo ou ameaça à existência econômica de nenhum dos dois. Essa situação não justificaria a diminuição do poder negocial dos contratantes, sendo a necessidade elemento essencial para a revisão contratual com base na fragilidade de algum dos pactuantes.

²⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.2. p. 14.

²⁴⁹ É o que Paulo Nalin chama de perfil extrínseco e intrínseco da função social. Segundo o autor, este perfil tem como finalidade a coletividade e preocupa-se com suas repercussões no campo das relações sociais. NALIN, Paulo. Função social do Contrato no futuro código civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 841 – 853.

²⁵⁰ Art. 421 CC/2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

concretizar a construção da solidariedade social, incabível seria permitir a retirada de uma libra de carne como garantia.²⁵¹ Uma vez que a finalidade contratual não está restrita aos contratantes e possui repercussão na sociedade, o uso do corpo como garantia daria margem a uma série de contratos semelhantes.²⁵² Uma vez que a finalidade das relações entre indivíduos não se reduz à vontade de quem a emite e sim à função desempenhada pelo contrato em sociedade, impensável seria permitir a construção de uma sociedade baseada em tais relações contratuais.²⁵³ De acordo com Teresa Negreiros,

“Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma reação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele afetadas.”²⁵⁴

À luz dos sistemas constitucionais cujo objetivo fundamental é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária²⁵⁵, a principiologia da função social é acompanhada pela boa-fé objetiva²⁵⁶, que passa a ser elemento essencial das relações jurídicas. Este é o último ponto a ser pesado para definir se a libra de

²⁵¹ É necessário encarar o princípio da função social do contrato sem levar em conta questões como dignidade da pessoa humana ou a proibição legal de dispor do próprio corpo como pagamento, que por si só já maculariam a cláusula estipulada por Shylock e Antônio.

²⁵² Bem como uma sociedade de mutilados.

²⁵³ Proibição semelhante foi dada pela Lex Poetelia Papiria da República Romana, que aboliu o nexum ou a escravidão por dívida, fazendo com que o devedor fosse atrás do patrimônio do devedor e não do corpo. O nexum era o acordo pelo qual o devedor dava como garantia de um empréstimo a escravidão de si mesmo ou de um membro da família. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a transformação principiou com a Lex Poetelia do ano 356 a.C, a qual ditou várias normas atenuadoras do sistema então vigente, a saber: a) proibiu a morte e o acorrentamento do devedor; b) institucionalizou o que antes era simples alternativa oferecida ao credor, ou seja, a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados; c) permitiu que o executado se livrasse da manus injectio, repelindo a mão que o prendia mediante o juramento de que tinha bens suficientes para satisfazer o crédito e acima de tudo d) extinguiu o nexum, passando então o devedor a responder por suas obrigações com o patrimônio que tivesse, não mais com o próprio corpo.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 44-45. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a abolição da execução sobre a pessoa do devedor, constituiu verdadeira evolução no conceito obrigacional, uma vez que a responsabilidade se projetaria sobre os bens (pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse). PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2. p. 10.

²⁵⁴ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 208. Nesta mesma linha, Joseph Raz, afirma que o direito à liberdade econômica e contratual não existe em oposição à coletividade. Muito pelo contrário. Não é o objetivo da liberdade restringir a coletividade, pois ela depende de ao menos um de seus valores coletivos: a liberdade de mercado. RAZ, Joseph. The morality of freedom. Oxford: Clarendon Press, 1986. p. 253.

²⁵⁵ Art. 3º, I, CF/88.

²⁵⁶ Enquanto a boa-fé subjetiva diz respeito às circunstâncias psicológicas do agente, o boa-fé objetiva é o princípio que restringe o exercício de direitos, por meio de normas de conduta que devem ser respeitadas.

carne poderia ser cobrada. Para isso, deve-se analisar se a boa-fé objetiva, neste caso, mitigaria a máxima da obrigatoriedade contratual. A relação entre os contraentes deve passar por um último filtro de cooperação entre as partes, de conduta e de exercício conforme, não abusivo de um direito:

“Na promoção de uma ética de solidariedade contratual, o princípio da boa-fé opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase da negociação à fase posterior à sua execução, constituindo-se em fonte de deveres e de limitação de direitos de ambos os contratantes”²⁵⁷

O texto legal do Código Civil de 2002 aborda a questão da boa-fé objetiva em três dispositivos, cada qual manifestando o princípio de forma distinta.²⁵⁸ Ora serve como critério de interpretação da declaração de vontade, ora como valoração da abusividade no exercício de um direito e, por vezes, também serve como regra de conduta entre contratantes.²⁵⁹ Todas estas ramificações têm, segundo Teresa Negreiros, “um sentido e fim éticos, segundo os quais a relação contratual deve ser compreendida como uma relação de cooperação, impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes”²⁶⁰

É justamente em uma relação mercantil como aquela formada entre Shylock e Antônio que a boa-fé tem uma função essencial e representa a ruptura com a maximização dos valores individualistas clássicos²⁶¹. Interessa, particularmente,

²⁵⁷ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 118.

²⁵⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁵⁹ No Código Civil do Consumidor a boa-fé também ganhou espaço nas relações envolvendo questões consumeristas (Art. 4, III e 51 IV), ainda que não sejam aplicáveis ao caso de Shylock e Antônio.

²⁶⁰ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 130.

²⁶¹ Indiferente, no caso em questão, estar-se diante de um contrato firmado entre dois empresários no exercício de seus labores. A obrigatoriedade contratual e a máxima da “autonomia da vontade” não podem ser invocadas para justificar situações de abuso sob o fundamento econômico de impulsionamento da dinâmica da atividade comercial e alimentação do mercado. O limite da liberdade opera, segundo Darcy Andrade, “a reação da cité contra o indivíduo, compelindo-o a se integrar na ordem social”, sendo ele ser atômico do organismo coletivo, que não poderia se afeiçoar aos seus egoísmos. ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do direito do comerciante à renovação do arrendamento. Minas Gerais: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940 p. 10. Significa que as variações da vida moderna, cada vez mais dinâmica, seja nas relações civis ou nas relações comerciais, se processam em ritmo acelerado a não podem mais ser conduzidas por fórmulas ultrapassadas. O homem, empresário ou não, tem função social a desempenhar e, quanto aos seus direitos, “se afiguram agora apenas poderes que dispõe para o desempenho do seu papel na comunidade”. Ibid. p. 13. Quanto às relações comerciais, “a tentativa de alcançar a segurança jurídica não pode passar pela imposição de um microsistema imune aos mandamentos constitucionais Aponta-se, então, como saída, a mudança de perspectiva: mais do que a busca incessante pela criação de um novo Código Comercial, como forma de

o art. 187 do atual Código Civil²⁶², que faz referência à ilicitude do exercício de direitos subjetivos²⁶³ que excedem limites impostos pela boa-fé, bons costumes, ou finalidade econômica ou social.²⁶⁴ Aqui, a boa-fé se une à teoria do abuso do direito para valorar o comportamento das partes, limitando o exercício discricionário de um direito individual. Assim, no contrato ora analisado, a boa-fé é fortemente violada na sua vertente integrativa e, sob a luz do ordenamento vigente, a Corte de Veneza poderia reprimir o abuso²⁶⁵ cometido por Shylock a fim de impedir que Antônio cedesse a libra de carne.

A necessidade de prever uma hipótese legal de abuso surge com o objetivo de reprimir aqueles atos que, ainda que tecnicamente de acordo com a lei, deixam de refletir a intenção do legislador.²⁶⁶ O que se busca, portanto, ao caracterizar o

regular específica e positivamente as relações jurídicas em busca da garantia das relações empresariais, o que se deve ter em mente é o pensamento sistemático que parta da Constituição e não se feche na existência de um setor ou de um microsistema isolado, permitindo-se a incidência dos valores e princípios constitucionais também nas relações entre empresários.” SOARES, Felipe Ramos Ribas; MATIELI, Louise Vago; DUARTE, Luciana da Mota Gomes de Souza. Unidade do ordenamento na pluralidade das fontes: uma crítica à teoria dos microsistemas. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Atlas. 2016. p. 85

²⁶² Quanto a vertente criativa da boa-fé representada no art. 422 do Código Civil, não houve violação, uma vez que os deveres secundários de conduta, como lealdade, transparência, cuidado e confidencialidade, foram mantidos. Em relação ao art. 113 também do Código Civil, entende-se não haver violação da função interpretativa da boa-fé, vez que nenhum padrão comportamental foi diretamente violado. Por essa razão, melhor se encaixa a função integrativa da boa-fé, que lhe propõe a identificar o exercício abusivo de um direito.

²⁶³ Segundo Léon Duguit, a diferenciação entre direito objetivo e subjetivo se dá da seguinte maneira: direito subjetivo é um poder do indivíduo que vive em sociedade que permite a obtenção do objeto social que pretende, quando o motivo determinante da sua vontade é considerado legítimo pelo direito objetivo. Este, por sua vez, é a norma de conduta que se impõe aos indivíduos que vivem em sociedade, sendo garantia do interesse comum e cuja violação determina reação coletiva contra o agente que a praticou. DUGUIT, Léon. Op. cit., p. 7.

²⁶⁴ Há clara inspiração no art. 334 do Código Civil Português: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

²⁶⁵ O abuso de poder é caracterizado quando se está diante de uma situação jurídica onde o exercício do direito se dá por meio de modalidades diferentes daquelas que derivam da função da situação subjetiva. Segundo Pietro Perlingieri, no entanto, o excesso de poder, diferentemente do abuso, “pode ser traduzido, outrossim, em um poder que, apesar de limitado, é de qualquer modo exercício além do limite consentido, isto é, à falta de uma objetiva justificação jurídica. O excesso, portanto – ao contrário do abuso – não postula uma relação com a função da situação.” PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 122 – 123.

²⁶⁶ Ou que violam o “espírito da lei”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 1. p. 345. “No Brasil, O CC 1916 não contemplava expressamente a figura do abuso de direito. Referia-se, todavia, ao exercício regular do direito como hipótese em que o prejuízo causado a outrem não era indenizável (art. 160). Dessa referência extraída a doutrina, a contrário sensu, interpretava que o exercício irregular (rectius: abusivo) de um direito era coibido, gerando o dever de indenizar.” TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 1. p. 346.

abuso do direito, é impedir o comportamento, diante de determinadas situações jurídicas, que seja contrário aos princípios do Direito Civil Constitucional. Para isso, diante da prática de um direito subjetivo²⁶⁷, busca-se valorar a conduta, almejando a validação do exercício diante da conformidade ou não com a finalidade que o ordenamento jurídico pretende para aquela situação.

Pode-se afirmar que sob a perspectiva Civil-Constitucional que hoje influencia o ordenamento brasileiro, a releitura de “O Mercador de Veneza” significa abordar o contrato a partir dos princípios pós-modernos. Isso não significa, no entanto, a superação dos dogmas clássicos e sim a mitigação e convivência das principiologias antigas e atuais, em equilíbrio graças ao paradigma da essencialidade. Deste modo, os princípios da boa-fé, função social e equilíbrio econômico são ferramentas que, em combinação com os dogmas clássicos mitigados (e não excluídos), a fim de funcionalizar a liberdade contratual a caminho da concretização dos objetivos sociais da Constituição.

Assim como *Equity* caminha lado a lado com a rigidez da *Common Law* para superar a “insuficiência ética”²⁶⁸ da lei europeia, o Direito Constitucional traça sua trajetória junto ao Direito Civil, incorporando os princípios da Constituição de 1988 para além das relações entre Estado e cidadão, nas relações interpessoais.²⁶⁹ O objetivo foi suprir carência principiológica do ordenamento em comportamento semelhante à mitigação do *ius strictum*²⁷⁰ europeu.²⁷¹ Do mesmo modo que “Shakespeare trouxe ao teatro toda a problemática da coexistência entre *ius strictum* e *ius aequum*, sendo que um não repele o outro”²⁷², o ordenamento brasileiro no que tange o Direito Obrigacional, é composto por

²⁶⁷ No caso de Shylock, temos um direito subjetivo, decorrente de uma violação de um direito (inadimplemento contratual). No entanto, não somente deve observar os limites do ordenamento o direito subjetivo, mas também o direito potestativo, que são aqueles concedidos pela lei e não precedidos de violação.

²⁶⁸ Expressão utilizada por José Alexandre Guerreiro. GUERREIRO. José Alexandre Tavares. Equidade em Shakespeare. In: ALQUÉRES, José Luiz; NEVES, José Roberto de Castro (Org.). Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados. Rio de Janeiro: Janeiro, 2017. p. 145.

²⁶⁹ Chegara-se a um momento em que a evolução da lei se tornara imprescindível, uma vez que o comércio marítimo se intensificara a partir do final do século XV e com isso fomentou-se também as trocas comerciais e a necessidade de integrar os usos e costumes à ordem jurídica. A isto, soma-se o fato de que a partir da Reforma, em 1517, começou a construção de um ser humano do ponto de vista antropológico, nas múltiplas facetas espirituais e sociais. *Ibid.* p. 146.

²⁷⁰ “Strict law” ou direito estrito.

²⁷¹ Pode-se exemplificar evolução do direito contratual partindo da literalidade da lei inglesa e do direito civil clássico brasileiro em direção à equidade e aos princípios do Direito Civil Constitucional utilizando duas peças shakespearianas: “Ricardo II” e “O Mercador de Veneza”. A primeira, peça histórica, se passa em uma sociedade feudal onde vigoravam os votos tipicamente medievais de fidelidade eterna do cumprimento do contrato. A segunda, por outro lado, situada em um ambiente pós-feudalismo, atribui ao contrato noções pós-modernas da relação entre contratantes, mitigando a obrigatoriedade estrita do pacto.

²⁷² GUERREIRO. José Alexandre Tavares. *Op. cit.*, p. 151.

princípios pós-modernos de natureza constitucional, o que não significa que os dogmas clássicos foram de todo substituídos.²⁷³

5. CONCLUSÃO

Por que Shakespeare importa para o Direito?²⁷⁴ É compreensível o questionamento acerca da contribuição pragmática da Literatura para o Direito: se a arte literária se traduz na manifestação humana do uso estético da linguagem²⁷⁵ e a elocução jurídica busca legitimidade em critérios de racionalidade, o que teriam os grandes nomes literários a ensinar para os juristas na aplicação prática da lei?

A Literatura quer seduzir.²⁷⁶ Há um objetivo por trás da exposição da essência humana nua e crua, que é o fascínio. A literatura não pode expor de todo o que quer dizer, pois se colocasse seu objeto às claras a mágica da imaginação desapareceria.²⁷⁷ O Direito quer regular. Sua concretização só pode ocorrer se for aplicado com clareza. O Direito não pode se dar “o luxo” de ser misterioso e obscuro, pois isso vai contra seus propósitos regulatórios.²⁷⁸

²⁷³ Tal como se posiciona o Doge de Veneza ao afirmar que os dois seguimentos da justiça (*ius strictum* e *ius aequum*) devem ser parte integrante do direito, também devem os dogmas antigos permanecer em convivência, ainda que mitigados, com os princípios do Direito Constitucional contemporâneo. *Ibid.* p. 151.

²⁷⁴ Reconhecida a evolução do Direito Civil Constitucional de modo semelhante com o que ocorreu no direito europeu com a construção da equidade e estudada esta evolução por meio da obra Shakespeariana, resta influir como o estudo da literatura pode verdadeiramente influenciar o sistema jurídico para além da mera ilustração histórica.

²⁷⁵ “A Língua é então, praticamente, a linguagem menos a Fala: é, ao mesmo tempo, uma instituição social e um sistema de valores. Como instituição social, ela não é absolutamente um ato, escapa a qualquer premeditação; é a parte social da linguagem; o indivíduo não pode, sozinho, nem criá-la nem modificá-la (...) Como sistema de valores, a Língua é constituída por um pequeno número de elementos de que cada um é, ao mesmo tempo, um vale-por e o termo de uma função mais ampla onde se colocam, diferencialmente, outros valores correlativos”. BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. 15ª ed. Tradução de Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 17-18.

²⁷⁶ Essa sedução se diferencia da sedução da “prudência” e “oportunidade” persuasiva do discurso jurídico sofista, na medida em que é, além de artificiosa, repleta de mistérios e penumbras propositais que querem dar “asas à imaginação”. Essa distinção de técnica de sedução é importante, pois, segundo Luiz Alfredo Garcia-Roza os sofistas já se valiam de instrumentos da linguagem para seduzir: “Os termos que melhor se aplicariam aos sofistas seriam ‘prudência’ e ‘oportunidade’. Jogando com a contingência dos fatos, os sofistas permanecem na horizontalidade dos acontecimentos, não pretendendo com a técnica da palavra nada mais do que a persuasão. Para eles, a palavra é um instrumento de persuasão e não um meio de se chegar à verdade.” GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade: Na filosofia antiga e na psicanálise*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 53.

²⁷⁷ Por isso seu empirismo se limita a lançar mão de uma “moral da história” ao final de uma fábula, mas evita-se reduzir as palavras à literalidade de modo que não percam seu mistério.

²⁷⁸ Relembrando a famosa frase do filósofo Ludwig Wittgenstein, “tudo o que pode ser dito, pode ser dito com clareza”.

A linguagem jurídica deve ser sempre franca²⁷⁹. Atualmente, a ponderação jurisprudencial de princípios repercute insegurança jurídica, revelando situações de absoluta incerteza.²⁸⁰ Segundo Eros Grau, a “promiscuidade”²⁸¹ dos valores é resultado das ponderações que os revalorizam reiteradamente feita pelos juízes com o objetivo de impor suas crenças por meio de discricionariedade²⁸². Assim sendo, o poder judiciário se converte em um “produtor de inseguranças”²⁸³, semelhante ao papel desempenhado pela figura de autoridade da Corte²⁸⁴ em “O Mercador de Veneza”.

²⁷⁹ Um exemplo de franqueza nas decisões judiciais ocorreu em *Jacobellis vs. Ohio*, onde o juiz Potter Stewart da Suprema Corte norte-americana será sempre lembrado por ter dito que não conseguiria descrever pornografia, mas que a reconhecia quando a via e, com esse fundamento, afastou no caso em questão a hipótese pornográfica: “But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that”. Tradução livre: Eu sei o que é quando vejo e o filme neste caso não é isso. <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/378/184>> Acesso em 22 out. 2017. Segundo Richard Posner, a sinceridade dessa decisão é o oposto das evasões das decisões judiciais de hoje, que fazem uso de um discurso que se esquivava de dizer a verdade “nua e crua”. Por isso, a franqueza no discurso desta decisão, segundo Posner, teria feito pela discussão legal da pornografia aquilo que George Orwell fez pela discussão literária da violência revolucionária. POSNER, Richard A., “Law and Literature: A Relation Reargued,” *Virginia Law Review*, Virginia, n. 8, nov. 1986. v. 72. p.1391. Aqui, não se vai contra a subjetividade decisionista utilizada no livre convencimento do julgador e sim da extrapolação da liberdade interpretativa da lei, ao ponto em que a decisão passa a adotar características discricionárias.

²⁸⁰ No HC 82.424. RS os ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes utilizaram a proporcionalidade para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu, alcançando decisões opostas. O primeiro optou por afirmar não ser razoável, adequado ou necessário restringir a liberdade de expressão pela publicação de livro antisemita enquanto o segundo considerou a restrição à liberdade de expressão medida adequada, necessária e proporcional. STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, 03 mar. 2004.

²⁸¹ Devido à emersão de uma “tirania de valores” é possível eleger um determinado valor de forma que este sobressaia a custo de todos os outros, ainda que não lhe sejam opostos. GRAU, Eros. Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.

²⁸² A discricionariedade é o reflexo da tendência de trazer o “ativismo judicial” para todo o ordenamento brasileiro. Essa expressão consta no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (Projeto de Lei nº 5.139/2009) como princípio norteador. Ainda que o objetivo dos princípios seja flexibilizar a aplicação rígida da lei, criando um norte a ser seguido pelos intérpretes, o abuso principiológico acarreta em insegurança jurídica, O uso dos princípios e postulados para chegar a uma decisão “justa” acaba por tomar “vida própria”, preterindo a própria letra da lei na escolha por fundamentação. Esta tendência do ordenamento jurídico brasileiro de afastar a rigidez legal e caminhar para um sistema principiológico é semelhante ao que ocorreu na Corte de Veneza na busca por justiça.

²⁸³ Expressão utilizada por Eros Grau. GRAU, Eros, Roberto. *Op. cit.*, p. 16. Esta insegurança fica exposta pela memorável frase de Shylock que se volta contra a possível negativa da garantia que lhe era devida, sem haver embasamento normativo para tanto: “If you deny me, fie upon your law! There is no force in the decrees of Venice.” “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

²⁸⁴ Ainda que o Doge não tenha feito uso de princípios e postulados como conhecemos hoje, utilizou um juízo de ponderação, proporcionalidade e razoabilidade implícito para prever de que maneira poderia chegar ao resultado que pretendia desde o início do julgamento, qual seja, a inaplicabilidade da garantia, por não a considerar razoável. As primeiras palavras do Doge para Shylock deixam claro sua posição de parcialidade. Ele claramente era favorável a Antônio: “Shylock, o mundo pensa, e eu também como todos, que tencionas persistir nessas provas de crueldade somente até à última hora do processo, depois do que, se diz, irás mostrar-nos doçura e consideração mais raras do que esse gesto de crueldade inculca. Em vez de, agora,

De modo semelhante ao que fez o Doge²⁸⁵, os Tribunais se valem da enunciação²⁸⁶ inapropriada de postulados para justificar o resultado pretendido. Parte-se do resultado almejado e busca-se o fundamento legal de cunho principiológico capaz de justificá-lo, quando dever-se-ia fazer o contrário.²⁸⁷ Princípios e postulados²⁸⁸ deveriam ser utilizados para chegar ao resultado justo e não como instrumento de escusa posterior que justifique a “justiça”²⁸⁹ no caso empregada. Sobretudo os postulados da proporcionalidade, razoabilidade e da ponderação²⁹⁰ se tornaram os utensílios mais empregados nesta estratégia.²⁹¹

a multa reclamares - uma libra de carne deste pobre mercador - não somente vais dizer-nos que o castigo dispensas, como, ainda, levado pelo amor e o sentimento de humanidade, perdoarás metade da dívida (...) todos esperamos uma resposta branda, judeu.” “O Mercador de Veneza”: Ato IV, Cena I.

²⁸⁵ Ao final, a razoabilidade que o Doge pretendia, na procura pela equidade, foi empregada, mas ficou mascarada por trás da aplicação literal do texto da lei, que tornou impossível a cobrança da carne, uma vez que impedia que também se retirasse sangue e também proibia que tirasse pouco mais ou pouco menos que uma libra. Essa atitude evidencia o que, segundo Bourdieu, consiste em “tirar o máximo partido da elasticidade da lei e mesmo das suas contradições, das suas ambiguidades ou das suas lacunas”, uma vez que, “os juristas e juízes dispõem todos, embora em graus muito diferentes, do poder de explorar a polissemia ou a anfibologia das fórmulas jurídicas”. BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 224.

²⁸⁶ “O poder simbólico como poder de construir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão de mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo”. Significa que a relação é determinada entre aqueles que “exercem o poder e os que lhe estão sujeitos”, o que transforma o poder simbólico em “uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível, transfigurada e legitimada”. Ibid. p. 14-15.

²⁸⁷ Ao invés da busca por um resultado, argumenta-se em favor de uma conclusão pré-existente. Para Noel Struchiner e Fábio P. Shecaira, argumentar é: “ato de produzir argumentos. Produzir um argumento é apresentar razões em defesa de uma conclusão”. SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. Op. cit., p. 11.

²⁸⁸ O grande problema também reside na diferenciação entre princípios e postulados, uma vez que estes últimos consistem em critérios de aplicação de outras normas. Os postulados não são normas finalísticas e sim metódicas, pois estruturam racionalmente a aplicação das normas. Segundo Humberto Ávila, “os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras.” ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 143-144.

²⁸⁹ Leia-se “discricionariedade”.

²⁹⁰ O problema, segundo Lenio Streck é: “é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da “ponderação” e da proporcionalidade (ou da razoabilidade)”. Segundo o autor, a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade se transformaram em enunciados performativos. Streck explica que a expressão “performativa” faz emergir a significação do enunciado com a simples enunciação do mesmo e, a partir disto, não pode mais receber críticas ou ser contestado. Quando a ponderação de valores, a proporcionalidade e a razoabilidade são submetidos ao uso performativo tem um forte poder de violência simbólica. Streck, Lenio Luiz. Op. cit., p. 55. Segundo Pierre Bourdieu, o poder simbólico é um poder invisível, “o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” e que procuram construir uma realidade, semelhante ao que fazem a arte, a religião e a língua. BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 7ª ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 8-9.

²⁹¹ A utilização inadequada destes três postulados na interpretação e aplicação das normas jurídicas ocorre quando servem como princípios justificadores da decisão judicial, como normas objeto finalísticas, ao invés de servir seu verdadeiro propósito, que é o de instrumento na aplicação de outras normas. Com isto, decisões são equivocadamente fundamentadas pelo “princípio da razoabilidade”, pelo “princípio da proporcionalidade”

Outra questão delicada diante da exorbitância principiológica contida nas decisões é a referência demasiada à dignidade da pessoa humana.²⁹² Ao longo dos anos que seguiram o advento do Direito Civil Constitucional este princípio se tornou banalizado pela carência de sua adequada densificação.²⁹³ A dignidade da pessoa humana virou um “coringa jurídico” a ser utilizado de prontidão nas fundamentações. Tornou-se uma “carta na manga” dos juristas que fazem uso do conceito para justificar qualquer tipo de decisão com um mero artifício retórico.²⁹⁴

Está-se diante da utilização desnecessária da dignidade da pessoa humana como fundamento decisório, em evidente abuso da invocação do referido princípio, como se fosse, nas palavras do Ministro Dias Toffoli, “uma panaceia para todos os males.”²⁹⁵ Segundo Toffoli, é preciso pôr fim à “principiolatria” desenfreada que culmina no uso exacerbado de um princípio tão importante. Deve-se evitar que este valor central do Direito Civil Constitucional se torne “um tropo oratório que tende à flacidez absoluta.”²⁹⁶

e pelo “princípio da ponderação” que ganham sentido próprio na discricionariedade judicial.

²⁹² Segundo José Alexandre Guerreiro, no direito europeu, “a equidade, na vida privada, entre cidadãos, tem sua correspondência com as exigências sociais do Estado”. Da mesma maneira, no Brasil, a imposição de limites à atuação das relações interpessoais foi uma exigência social do Estado e, pelo fundamento na dignidade da pessoa humana traz-se nova ótica para a aplicação do direito entre cidadãos. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. cit., p. 149.

²⁹³ Com o Direito Civil Constitucional, as situações jurídicas subjetivas patrimoniais passaram a ser tuteladas, não em si mesmas, mas na medida em que realizassem os valores constitucionais extrapatrimoniais. Substituiu-se “o patrimônio pela pessoa humana no vértice dos valores tutelados pela Constituição. O processo de despatrimonialização do direito civil é fortemente relacionado com o fenômeno da repersonalização, que postula, em síntese, a centralidade da pessoa humana considerada em concreto em detrimento do sujeito do direito abstrato”. CASTRO, Julia Ribeiro de; SOUZA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Atlas. 2016. p.162.

²⁹⁴ “Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta.” VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. Superior Tribunal de Justiça: Doutrina. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, 2009. p. 562

²⁹⁵ “...considero haver certo abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas, o que influencia certa doutrina, especialmente de Direito Privado, transformando a conspícua dignidade humana, esse conceito tão tributário das Encíclicas papais e do Concílio Vaticano II, em verdadeira panaceia de todos os males.” Segundo o Ministro, o descrédito deste princípio ocorre de modo semelhante ao processo de deformação da cláusula geral da boa-fé na jurisprudência francesa, pois “se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá”. STF, RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, Brasília, 02 jun. 2011.

²⁹⁶ “Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente. A dignidade da pessoa humana não pode esperar. É ela própria, a dignidade da pessoa humana, que se vê lesada quando a circulação viária das cidades não funciona impecavelmente 24 horas por dia. O inquilino se atrasou com os alugueres? Despejem-no o quanto antes: Fere a dignidade da pessoa humana

O que se descobriu foi que aquilo que os juristas podem aprender com uma história fictícia situada no séc. XIV, escrita por um dramaturgo do séc. XVI não é pouco. É importante não se deixar enganar por uma leitura pueril dos clássicos, pois eles têm muito a ensinar para aqueles capazes de transpor seus ensinamentos para a atualidade e aplicá-los ao mundo contemporâneo.²⁹⁷

Já fora o tempo no qual restavam dúvidas acerca da contribuição da Literatura para o Direito. Elas não podem mais existir. É perigoso negar a semelhança entre estes dois institutos das “ciências” humanas na medida em que as afinidades se desenvolveram para além da comparação teórica e refletem diretamente no plano prático. Talvez não seja aconselhável seguir os conselhos de William Shakespeare literalmente²⁹⁸, mas é possível extrair de suas obras conclusões significativas sobre o mundo dos homens, e a partir daí moldar os aparatos necessários na construção e evolução do formidável sistema regulatório das relações humanas que é o Direito.

ver-se o locador privado, ainda que por um só dia, dos direitos que a locação lhe assegura.” VILLELA, João Baptista. Op. cit., p. 562.

²⁹⁷ “O rendimento máximo da leitura dos clássicos advém para aquele que sabe alterná-la com a leitura de atualidades numa sábia dosagem”. CALVINO, Italo. Por que ler os clássicos. 2ª ed. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 14-15.

²⁹⁸ “The first thing we do, let’s kill all the lawyers”. “Henrique IV”, Parte II, Ato IV, Cena II. Grifo meu. Tradução livre: A primeira coisa que faremos: matar todos os advogados!

RESTRIÇÕES ÀS REIVINDICAÇÕES DE NOVOS USOS NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: REFLEXOS DE POLÍTICAS ERRÁTICAS RELATIVAMENTE À PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Rafael Bianchini Abreu Paiva, Analista no Banco Central do Brasil (BCB). Doutorando em Direito Comercial na Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Economia pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp)

Resumo: Este artigo visa discutir a patenteabilidade das reivindicações de novos usos e a exigência de anuência prévia da ANISA para produtos farmacêuticos. Conclui-se que a tentativa de restringir a patenteabilidade das reivindicações de novos usos exigência de anuência prévia da ANVISA, além de ineficiente e rechaçada pelos tribunais, foi um sintoma das dificuldades criadas pelas reformas na legislação de propriedade intelectual realizadas nos anos 90. O texto está dividido em 5 partes, além da conclusão: 1. TRIPs e Lei 9.279/96: modernização ou reiteração do subdesenvolvimento? 2. Reivindicações de novos usos ou patentes de segundo uso; 3. A exigência de anuência prévia da ANVISA nas patentes farmacêuticas; 4. A jurisprudência sobre reivindicações de novos usos e anuência prévia da ANVISA; 5. Sobre a efetividade da anuência prévia da ANVISA; Conclusões.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual; Reivindicações de novos usos; Patentes de segundo uso; ANVISA.

Abstract: This article aims to discuss secondary patents and the requirement of prior ANVISA's approval for pharmaceutical products. The attempt to restrict secondary patents

by means of ANISA's requirement of prior consent, in addition to being ineffective and overruled by the courts, is concluded to be a symptom of the difficulties created by the reforms in intellectual property legislation carried out in the 1990s. This paper is divided into 5 parts, in addition to the conclusion: 1. TRIPs and Law 9,279/96: modernization or reiteration of underdevelopment? 2. Secondary patents; 3. The requirement of ANVISA's prior approval in pharmaceutical patents; 4. Case law on secondary patents and ANVISA's role; 5. On the effectiveness of ANVISA's prior consent; Conclusions.

Key words: Intellectual Property; Secondary patents; ANVISA.

1. TRIPS E LEI 9.279/96: MODERNIZAÇÃO OU REITERAÇÃO DO SUBDESENVOLVIMENTO?

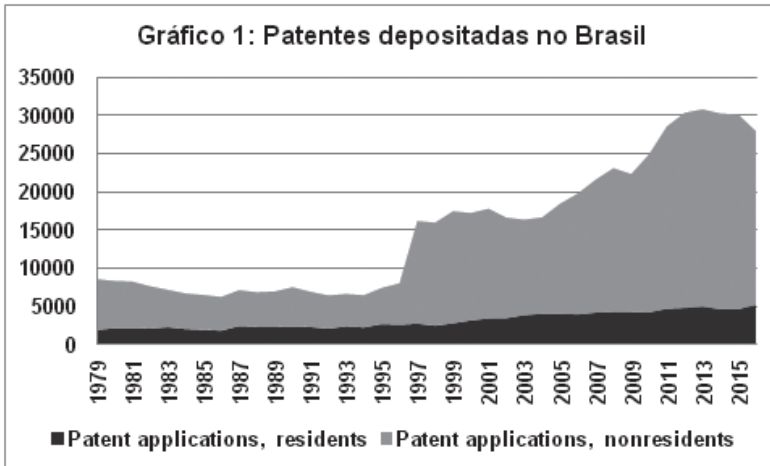
Durante a vigência do antigo Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772/71 ou CPI), a exemplo do que ocorria em diversos países subdesenvolvidos, os produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, não eram patenteáveis (art. 9º, c). O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (em inglês, TRIPs), incorporado no Brasil pelo Decreto 1.355/94, em seu artigo 27 enuncia que "*qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável*". O conflito entre o TRIPs e a lei nacional foi eliminado a partir da edição da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96 ou LPI), que passa a aceitar a concessão de privilégio para produtos e processos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos.

Além de compatibilizar a legislação brasileira ao TRIPs, os arts. 230 e 231 da LPI criaram uma regra de transição que permitiria, em até um ano após a publicação da LPI, o depósito de patentes vedadas pela Lei 5.772/71, art. 9º, c. Trata-se das patentes *pipeline* ou patentes de revalidação, instituto que visava a trazer ao Brasil as patentes solicitadas no exterior (art. 230) ou no Brasil (art. 231) que aqui não poderiam ser deferidas em decorrência da proibição do CPI. Para Denis Borges BARBOSA, o tratamento favorável conferido aos não residentes sem a devida exigência de reciprocidade pela jurisdição de origem do depositante da patente *pipeline* afrontaria aos princípios constitucionais da soberania nacional (art. 1º, I) e da igualdade (art. 5º) tornaria o art. 229 da LPI inconstitucional¹. Em que pese

¹ BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

esse respeitável entendimento, o Supremo Tribunal Federal (STF) não chegou a se pronunciar sobre o mérito do assunto², o que na prática permitiu o depósito de milhares de patentes *pipeline*.

A Lei de Propriedade Industrial aumentou estruturalmente o número de patentes depositadas. Em 1997 foram depositados 16.235 pedidos de patentes, aumento de 102% em relação ao ano anterior. Durante a segunda metade da década passada, o elevado crescimento econômico aumentou novamente o número de pedidos anuais de patente, com queda moderada em 2015 e 2016 devido à recessão. Os não residentes têm liderado o crescimento nos depósitos de patentes. Com isso, a participação dos não residentes no total de pedidos aumentou de 68% em 1996 para 81% em 2016 (Gráfico 1).



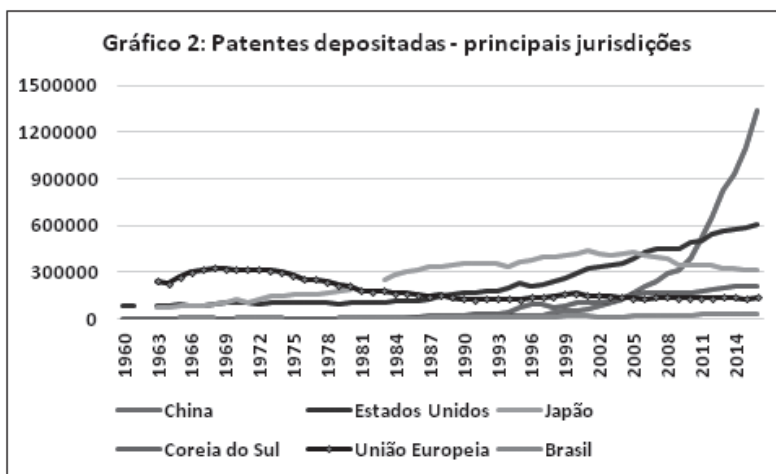
Fonte: WORLD BANK³

Em que pese esse expressivo crescimento nos pedidos de patentes, o Brasil ainda está distante de China, Estados Unidos, Japão, União Europeia e Coreia do Sul, as jurisdições com maior número de solicitação de patentes. Nessas jurisdições a participação dos não residentes no total de pedidos é significativamente menor, indo de 10% (China) a 51% (Estados Unidos) em 2016. A trajetória chinesa é especialmente interessante: no final dos anos 80, os pedidos de patente no Brasil representavam mais de 70% dos pedidos de patente da China, índice que

² STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 656103 / DF. Relator Min. Marco Aurélio, 1ª Turma. Julgamento: 14.02.2012. Acesso em 25.04.2018.

³ WORLD BANK. Open Data. Disponível em <http://data.worldbank.org/>. Consultado em 25.04.2018.

caiu para 2% em 2016 (Gráfico 2). Importante ressaltar que o salto Chinês se deu antes da adesão à Organização Mundial do Comércio (OMC) e ao TRIPs, um forte indício de que não há um único caminho para o desenvolvimento tecnológico.



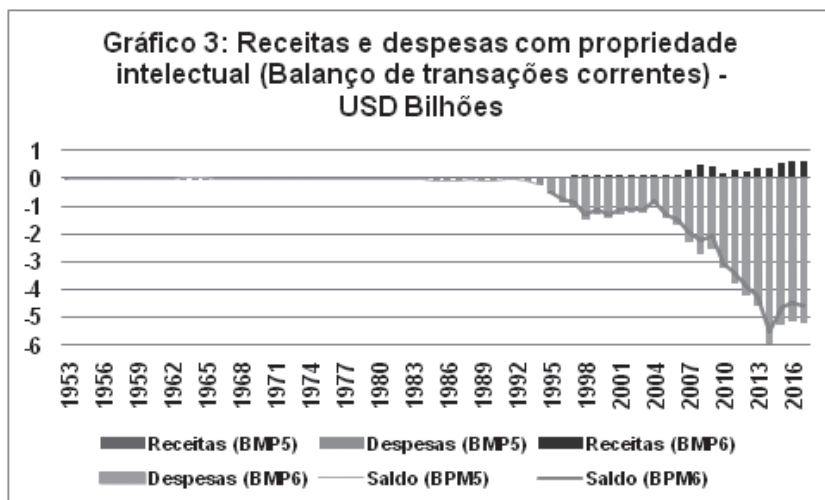
Fonte: WORLD BANK⁴

Como no Brasil os não residentes sempre lideraram os pedidos de patentes, o país apresenta um déficit estrutural nas transações com o exterior relativas à propriedade intelectual. De acordo com dados do Banco Central do Brasil (BCB)⁵, cuja série histórica se inicia em 1953, a conta de propriedade intelectual foi superavitária apenas em 1964⁶, apresentando déficit em todos os outros anos. Uma consequência do aumento nos depósitos de patente a que se seguiu à entrada em vigor da Lei 9.279/96 ter ocorrido principalmente entre não residentes foi o expressivo aumento no déficit externo de propriedade intelectual. Entre 1995 e 2014, as receitas com propriedade intelectual aumentaram de USD 32 milhões para USD 375 milhões, enquanto as despesas com propriedade intelectual aumentaram de USD 529 milhões para USD 5.923 milhões. Com isso, o déficit na conta de propriedade intelectual multiplicou-se por mais de 11 em vinte anos (Gráfico 3).

⁴ WORLD BANK, Op. Cit.

⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Sistema de séries temporais: <https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries> . Séries 7324, 4192, 2340, 2341, 2341, 22701, 22776, 22777 2 22778. Consultado em 01.02.2018.

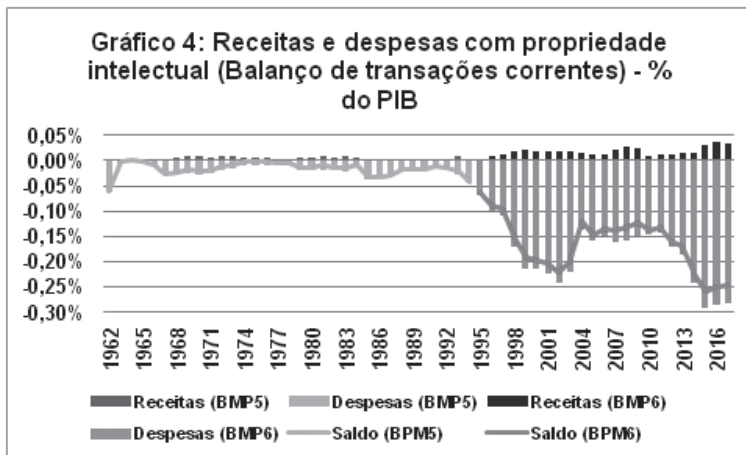
⁶ Em 1964 foi editada a Lei 4.390, que introduziu alterações na Lei 4.131/62 e aumentou as exigências para as remessas de divisas referentes a royalties e patentes, o que explica o único superávit externo da série.



Fonte: BCB (Sistema de Séries Temporais)⁷ e IBGE

A desvalorização do câmbio ocorrida em 2015 e a profunda recessão de 2015 e 2016 acarretaram redução de 91% no déficit em transações correntes, que foi de USD 9,8 bilhões em 2017, contra USD 104,2 bilhões em 2014. No mesmo período, o déficit na conta de propriedade intelectual caiu apenas 18%, pois é um déficit estrutural, relativamente inelástico à taxa de câmbio e ao ciclo econômico. Desse modo, em 2017, o déficit em propriedade intelectual representou 47% do déficit em transações correntes brasileiro, contra 5% em 2014 e 3% em 1995. Como proporção do Produto Interno Bruto (PIB), o déficit em propriedade intelectual, que antes da adesão ao TRIPs e da entrada em vigor da Lei 9.279/96 era de menos de 0,05% do PIB, saltou para 0,20% do PIB no final dos anos 90 e atualmente se encontra em cerca de 0,25% do PIB (Gráfico 4).

⁷ Na metodologia antiga (BMP5) a nomenclatura utilizada era de receitas e despesas com “royalties e licenças”. A metodologia atual (BPM6), com dados a partir de 1995, utiliza conceito mais amplo de receitas e despesas com propriedade intelectual.



Fonte: BCB (Sistema de Séries Temporais)⁸

2. REIVINDICAÇÕES DE NOVOS USOS OU PATENTES DE SEGUNDO USO

A criação de novas moléculas na área químico-farmacêutica é um empreendimento de alto risco e retorno. Após as pesquisas básicas, a eficácia e os efeitos colaterais das substâncias devem ser testados em fases sucessivas, com envolvimento de milhares de pessoas em diversos países. Se uma das fases identificar que a substância não tem a eficácia necessária ou que os efeitos colaterais são intoleráveis, os testes voltam à fase inicial e em última instância a molécula simplesmente é descartada. Por essa razão, um percentual muito baixo das substâncias testadas acaba resultando em produtos comercialmente viáveis.

Uma alternativa utilizada pela indústria farmacêutica para maximizar o retorno relativo à criação das moléculas comercialmente viáveis é pela reivindicação de diferentes usos, que muitas vezes são identificados nas fases de testes. A principal vantagem disso é as pesquisas necessárias para a identificação de novos usos são suficientemente mais baratas que a criação de novas moléculas.

Se por um lado isso a possibilidade do registro de reivindicações de novos

⁸ Em 1962, o déficit na conta de patentes e royalties teve elevação atípica em decorrência da entrada em vigor da Lei 4.131, que regulamenta a aplicação de capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior.

usos permite diluir em diversas patentes os custos de criação de moléculas, de outro ela pode limitar o acesso a medicamentos, encarecer compras governamentais e, nos países em que o registro de patentes é majoritariamente feito por não residentes, pode contribuir para aumento do déficit externo. O registro reivindicações de novos usos também pode configurar estratégia para prolongar indefinidamente as patentes (efeito *evergreen*), litando, com isso, a concorrência. Nesse caso, deve-se lembrar de que a Lei 12.529/11, art. 36, § 3º, inciso XIX tipifica o exercício abusivo de direitos de propriedade industrial como infração à ordem econômica.

A Lei 3.129/1882, ao trazer a expressão “*aplicação nova de meios já conhecidos*”⁹, reconhecia explicitamente a patenteabilidade de novos usos. Ainda que as leis que a sucederam não mencionassem as reivindicações de novos usos, Denis Borges BARBOSA¹⁰ entende que as reivindicações de novos usos continuaram sendo aceitas no Brasil. Durante a vigência da Lei 5.772/71, a patenteabilidade de novos usos deixou de ser uma questão relevante, pois isso é mais comum na indústria farmacêutica e, como já mencionado na Seção 1, o Código de Propriedade Industrial de 1971 não admitia a patenteabilidade de produtos farmacêuticos. O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (em inglês, TRIPs), incorporado no Brasil pelo Decreto 1.355/94, embora determine a patenteabilidade de produtos farmacêuticos, é silente quanto ao patenteamento de novos usos, o que foi reproduzido na Lei 9.279/96.

Denis Borges BARBOSA¹¹ ensina que, embora a Lei 9.279/96 não mencione as reivindicações de novos usos, a elas são aplicáveis os requisitos de patenteabilidade do art. 8º da LPI: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, com a diferença que nas reivindicações de novos usos os requisitos da novidade e atividade inventiva devem ser mais rígidos que nos usos originais. Em

⁹ Art. 1º A lei garante pela concessão de uma patente ao autor de qualquer invenção ou descoberta a sua propriedade e uso exclusivo. § 1º Constituem invenção ou descoberta para os efeitos desta lei:

1º A invenção de novos productos industriaes;

2º A invenção de novos meios ou a aplicação nova de meios conhecidos para se obter um producto ou resultado industrial;

3º O melhoramento de invenção já privilegiada, si tornar mais facil o fabrico do producto ou uso do invento privilegiado, ou si lhe augmentar a utilidade.

Entendem-se por novos os productos, meios, applicações e melhoramentos industriaes que até ao pedido da patente não tiverem sido, dentro ou fóra do Imperio, empregados ou usados, nem se acharem descriptos ou publicados de modo que possam ser empregados ou usados. (...)

¹⁰ BARBOSA, Denis Borges. Reivindicações de uso e a questão do segundo uso. In BARBOSA, Denis Borges. Usucapião de Patentes e outros estudos de Propriedade Intelectual. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹¹ BARBOSA (2006), Op. Cit.

outras palavras, os novos usos não devem representar meros efeitos colaterais já conhecidos ou descoberta a partir dos usos já patenteados e a atividade inventiva deve refletir a necessidade de conceder privilégio a pesquisas específicas ao uso que se pretende patentear. Para a comprovação da atividade inventiva, o relatório descritivo de que trata o inciso II do art. 19 da LPI é fundamental, pois é nele que se verifica a comprovação dos passos necessários para a identificação das relações de causa e efeito, dosagens ideais e eventuais associações.

É importante mencionar também que as patentes de segundo uso não se confundem com métodos terapêuticos ou de diagnóstico, que não são considerados invenções patenteáveis (LPI, art. 10, inciso VIII). Denis Borges BARBOSA esclarece que eventuais efeitos colaterais e efeitos nocivos acarretados pelo mau uso não tornam uma substância contrária à saúde pública, o que resultaria em vedação à patenteabilidade (LPI, art. 18, I).

3. A EXIGÊNCIA DE ANUÊNCIA PRÉVIA DA ANVISA NAS PATENTES FARMACÊUTICAS

O art. 196 da Constituição Federal enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado e a Lei 8.080/90 regulamenta as políticas da saúde, que envolvem, entre outros programas, ações voltadas à produção e à distribuição gratuita de medicamentos. Neste sentido, a patenteabilidade de medicamentos introduzida pela adesão ao TRIPs e pela Lei de Propriedade Industrial, bem como a concessão de patentes *pipeline* em decorrência exclusiva da LPI, além de contribuírem para aumentar o déficit em transações correntes (Seção 1), encarecem as políticas públicas de saúde.

Visando ao menos mitigar os efeitos negativos da patenteabilidade de medicamentos, a Medida Provisória 2.006/99, posteriormente convertida na Lei 10.196/01, introduziu o artigo 229-C na Lei 9.279/96, segundo o qual "*a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA*". O fato da exigência de anuência prévia ter sido insculpida nas disposições transitórias junto dos artigos relativos às patentes *pipeline* é um indício de que tal exigência foi uma tentativa de se mitigar os resultados negativos decorrentes das patentes *pipeline*.

A exigência de anuência prévia da ANVISA para a concessão de patentes

de produtos farmacêuticos criou um conflito com o INPI: enquanto o escritório de patentes considerava patenteáveis as reivindicações de novos usos, o órgão de vigilância sanitária entendia que, pelo fato das moléculas já terem sido descobertas, as reivindicações de segundo uso careceriam dos critérios de patenteabilidade previstos no art. 8º da LPI e seriam contrários ao interesse público¹². A divergência entre as autarquias criou dúvidas quanto à constitucionalidade do art. 229-C e aos limites de atuação de cada órgão.

De acordo com o inciso XXIX do art. 5º da Constituição Federal, cabe à lei ordinária a regulamentação da propriedade industrial:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Para Denis Borges BARBOSA, o art. 229-C da LPI deve ser interpretado conforme o texto constitucional, não cabendo à ANVISA denegar pedidos de patente de maneira discricionária, tampouco analisar os requisitos de patenteabilidade do art. 8º da LPI, pois isso seria assunto de competência do INPI em decorrência do art. 2º da Lei 5.648/7013. A interpretação mais adequada seria a de conferir à ANVISA o poder-dever de elaborar relatórios técnicos que auxiliem o INPI na análise dos pedidos de patente médico-farmacêuticas.

Em 16 de outubro de 2009, por meio do Parecer 210, a Procuradoria-Geral Federal (PGF) fixou entendimento próximo ao de Denis Borges BARBOSA no sentido que a ANVISA teria um dever de cooperação com o INPI, sem poder se sobrepôr à sua competência de análise dos requisitos de patenteabilidade:

(...) as atribuições institucionais do INPI e da ANVISA são específicas e próprias, não havendo como ser confundidas ou mesmo sobrepostas. A PGF concluiu que não é atribuição da ANVISA promover, por ocasião do exame de anuência prévia, análise fundada nos critérios de patenteabilidade (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial), porquanto essa seria uma atribuição própria e única do INPI, conforme estabelecido na Lei 5.648/70. Restou ainda fixado no referido parecer

¹² <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/142010.html> Acessado em 25.04.2018.

¹³ Lei 5.648/70, art. 2º (redação dada pela Lei 9.279/98) O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

que a ANVISA deve, na análise da anuência prévia, atuar nos limites de sua competência, ou seja, orientada para impedir a produção e a comercialização de produtos e serviços potencialmente nocivos à saúde humana.¹⁴

Em 12.04.2017, o impasse entre o INPI e a ANVISA foi devidamente resolvido por meio de uma Portaria Conjunta que delimita as competências dos dois órgãos. Segundo esse normativo, a análise dos requisitos de patenteabilidade cabe exclusivamente ao INPI, que, quando necessário, pode ser auxiliado pela ANVISA. A anuência prévia da ANVISA deve levar em conta exclusivamente o impacto na saúde pública, matéria de competência da Agência. A referida portaria também determina que as autarquias criem um Grupo de Articulação Interinstitucional (GAI) com o objetivo de analisar e sugerir mecanismos, procedimentos e possíveis instrumentos formais para articulação entre as instituições.

4. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE REIVINDICAÇÕES DE NOVOS USOS E ANUÊNCIA PRÉVIA DA ANVISA

Como tanto o INPI quanto a ANVISA são autarquias federais, os temas relativos à controvérsia entre as autarquias e à concessão de denegação e patentes são matéria de competência da Justiça Federal (CF, art. 109, I¹⁵). A pesquisa de jurisprudência foi realizada nos endereços eletrônicos dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) com os termos de busca “patente de segundo uso” e “patentes de segundo uso”. Foram encontrados quatro acórdãos, todos no TRF da 2ª Região, sendo que três deles dizem respeito à controvérsia a respeito da patenteabilidade da *tomoxetina*, substância inibidora do neurotransmissor *norepinefrina*, cujos efeitos neurológicos são conhecidos desde a década de oitenta. O laboratório Eli Lilly, que já utilizava a substância para tratamento de depressão de desordens no trato urinário, teve pedido de reivindicação de uso para tratamento de transtorno de hiperatividade e déficit de atenção (THDA) denegado pelo INPI.

O IPNI entendeu que, pelo fato da substância e seus efeitos neurológicos

¹⁴ PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. Parecer 210/2009. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/26999727> Acessado em 25.04.2018.

¹⁵ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)

serem conhecidos há décadas não estariam presentes os requisitos da novidade, ou seja, a substância já faria parte do estado da técnica (LPI, art. 13), e atividade inventiva. Por essa razão, tratar-se ia de mera descoberta de método terapêutico, que sequer seria considerado invenção. Na primeira decisão sobre o assunto, a 2ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região não só ratificou a decisão do INPI, mas também considerou que as reivindicações de segundo uso não seriam patenteáveis no Brasil, pois a elas faltaria o requisito da novidade, bem como trouxe o argumento consequencialista do risco de se prolongarem indefinidamente as patentes já existentes:

Ementa: APELAÇÃO - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - PATENTE DE SEGUNDO USO - FALTA DE REQUISITOS DE PATENTEABILIDADE - RECURSO PROVIDO I - Diz o art. 8º da Lei nº 9.279/96: "É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial"; e, ainda, o art. 11: "A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos pelo estado da técnica". II - Do cotejo dos dispositivos extrai-se: primeiro, que a patente de segundo uso não atende ao requisito básico de novidade, à vista do segundo uso da mesma substância já pertencer ao estado da técnica. Segundo, o fato de uma mesma substância ser utilizada para outra finalidade não resulta em matéria patenteável por não envolver um passo inventivo (de acordo com o TRIPs) ou atividade inventiva (de acordo com a lei brasileira). No máximo estaremos diante de uma simples descoberta de um novo uso terapêutico, que não é considerado invenção nos termos do art. 10º da lei nº 9.279/96. III - Ademais, a concessão de um novo monopólio - para um segundo uso de substâncias já conhecidas - prolongaria indefinidamente os direitos privados do titular da patente sobre uma matéria que não apresenta os requisitos, internacionalmente aceitos, de patenteabilidade e, em contrapartida, reduziria o direito público de acesso aos novos conhecimentos pela sociedade brasileira, e impediria que pesquisadores nacionais desenvolvessem novas formulações e novos medicamentos. IV - Por fim, se dúvida houvesse de que a patente em questão possui os requisitos do art. 8º, restariam dirimidas com a simples leitura das respostas dos quesitos dos réus, especialmente, 13, 15, 16, 17, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35. V - Apelação e Remessa Necessária providas.¹⁶ (grifos nossos)

Em decorrência da divergência nos votos, alguns anos depois o mesmo caso foi julgado pela 1ª Seção Especializada do TRF da 2ª Região, que novamente ratificou

¹⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação Cível 2005.51.01.507811-1. 2ª Turma Especializada. Relator Des. Messod Azulay Neto. 22.09.2009.

a decisão do INPI, mas mudou o entendimento quanto à patenteabilidade das reivindicações de novos usos. Ainda assim, os requisitos de novidade e atividade inventiva seriam mais rígidos nos novos usos em relação ao primeiro uso. Para comprovação da novidade, não pode restar dúvida que não houve mero aproveitamento de efeitos já conhecidos de uma substância para tratamento de doenças diferentes. Já a atividade inventiva deveria ser comprovada por meio da documentação dos passos exatos para a determinação de efeitos empíricos nos seres humanos e a dosagem ideal:

*PROPRIEDADE INDUSTRIAL - REGISTRO DE PATENTE DE SEGUNDO USO - POSSIBILIDADE EM TESE – NÃO PREENCIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 8º DA LEI 9.279/96 NO CASO CONCRETO. 1 - O Brasil contempla a propriedade intelectual privada desde a Constituição, mas de acordo com os incisos XXIX, XXII e XXIII do art. 5º, sendo certo que na legislação vigente, no que concerne às patentes, em regra vige o sistema genérico de classificação onde **tudo que não está relacionado de forma expressa na Lei como não patenteável, em princípio seria passível de proteção, o que em tese autorizaria o registro das denominadas patentes de segundo uso.** 2 – Necessidade de aferição, caso a caso, dos requisitos de patenteabilidade. 3 - Novidade se vê esvaziada na medida em que embora não tenha sido anteriormente descrito o uso da substância para o TDAH e não tenha havido notícias de pesquisas sobre ela para uso em tal doença a **substância já era conhecida como inibidora de substância que interferia em outra doença neurológica, não parecendo de todo impossível a um técnico derivar sua utilização também para outras doenças do mesmo gênero.** 4 - Inventividade que não se pode extrair dos autos, na medida em que não bem demonstrados os passos dados para a determinação da dosagem, **os efeitos empíricos no ser humano etc.** 5 - Embargos infringentes conhecidos e improvidos.¹⁷ (grifos nossos)*

Finalmente, nos embargos de declaração restou definitivamente afastado o entendimento de equiparação das patentes de segundo uso às descobertas, esclarecendo-se que as patentes de segundo uso, embora admitidas, possuem requisitos de patenteabilidade mais rígidos:

(...) O fato do julgado ter afirmado que a “patente de segundo uso” não é expressamente vedada na Lei 9.279/96, não significou, como sustenta a embargante, que o julgado afastou a possibilidade do segundo uso ser considerado uma mera descoberta. Na verdade,

¹⁷ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Embargos Infringentes 2005.51.01.507811-1. 1ª Seção Especializada. Relator Des. Abel Gomes. 25.04.2013.

o julgado embargado foi cristalino no sentido de que a denominada «patente de segundo uso», ainda que não esteja vedada em Lei, tem que preencher os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. E mais, o julgado ora impugnado ressaltou, ainda, que a análise dos requisitos legais no caso da «patente de segundo uso» deve ser mais rigorosa, na medida em que: «... se trata de partir de alguma coisa já conhecida (no caso o conjunto substância e processo), ambos no estado da técnica, para que se lhe estenda um outro monopólio» (...)»¹⁸ (grifos nossos)

Desde 2010 há precedente relativo ao alcance do art. 229-C da LPI e da delimitação de competências do INPI e da ANVISA. No acórdão, assentou-se a interpretação que o disposto no art. 229-C da LPI não significa que a ANVISA tenha competência para analisar os requisitos de patenteabilidade, mas tão somente um poder-dever de pronunciar-se previamente no que se refere à sua esfera de competência. Diferentemente da decisão de 2009, o precedente de 2010 admite que patentes de segundo uso podem atender aos requisitos de patenteabilidade:

APELAÇÃO - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - CONCESSÃO DE PATENTE - ANVISA - ANUÊNCIA PRÉVIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 229-C DA LEI 9.279/96. I - Foge ao bom senso pensar que os requisitos de uma patente farmacêutica necessitem de dupla análise e por dois órgãos públicos distintos, traduzindo-se isso em burocracia desnecessária, com prejuízos conceituais, econômicos e humanos. II - A vingar o entendimento de que o artigo 229-C passou a conferir a ANVISA poderes para decidir sobre requisitos de patenteabilidade é o mesmo que subtrair do INPI toda a sua independência e autonomia, para subordiná-lo a ANVISA, resultando isso em inarredável contrassenso. III - Claro está que a única interpretação possível para o artigo 229-C não importa em nenhuma nova atribuição para ANVISA, (de análise de requisitos de patenteabilidade), mas sim na oportunidade, dada pelo legislador, de antecipar sua atuação administrativa de vigilância sanitária, pronunciando-se sobre eventual riscos à saúde antes só ocorria com a efetiva comercialização do produto no mercado, podendo agora fazê-lo antes da concessão da carta-patente. IV - De outro lado, não se nega nos autos que a patente da empresa apelada é de segundo uso, assim denominada por objetivar a aquisição de novos títulos privilegiáveis com base em princípio ativo já conhecido, ao argumento de que as buscas por novas moléculas se tornaram economicamente proibitivas, levando os laboratórios a investirem em novos efeitos terapêuticos da mesma substância

¹⁸ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Embargos de Declaração 050781109.2005.4.02.5101. 1ª Seção Especializada. Relator Des. Abel Gomes. 23.10.2014.

química. V - Forçoso reconhecer que o fato de uma patente ser de segundo uso não importa necessariamente em carência de novidade, sendo possível que novos efeitos terapêuticos se originem de pesquisas e estudos em tal sentido, de caráter absolutamente inovador, sem que se configurem em meras descobertas oriundas de uso do medicamento. VI - O corre que a patente em questão, por ser do tipo pipeline, nunca teve os requisitos de patenteabilidade analisados pelo INPI, inexistindo nos autos qualquer tipo de prova que ateste a novidade inarredável, ou tampouco as análises, pesquisas e investimentos realizados na tentativa de demonstrar que o segundo uso se caracteriza em uma nova invenção, como afirmado na peça inicial. VII - De sorte, não havendo nos autos prova de novidade da patente, e estando diante de patente de segundo uso referente a fármacos que, utilizados primeiramente para uma determinada doença, passam a ser empregados para combater outra enfermidade, aliado ao fato de que os requisitos do bem nunca foram objeto de análise, pelo INPI, não há como confirmar a sentença sob pena de concessão de monopólio sem os devidos requisitos legais. VIII - Apelação e Remessa Necessária providas.¹⁹ (grifos nossos)

5. SOBRE A EFETIVIDADE DA ANUÊNCIA PRÉVIA DA ANVISA

Conforme mencionado na Seção 2, o Acordo TRIPs é silente quanto ao patenteamento de novos usos, o que em tese permitiria que cada país impusesse restrições às reivindicações de novos usos. Reforça essa interpretação o fato de outros acordos multilaterais, a exemplo do Acordo de Associação Transpacífico, estabelecerem limites objetivos quanto à restrição de patentes de segundo uso.

A fim de verificar eventuais disparidades de tratamento quanto ao patenteamento de segundo uso em diferentes jurisdições, Bhaven N. SAMPAT & Ken SHADLEN²⁰ selecionam uma amostra de patentes realizadas simultaneamente (“gêmeas”) nos Estados Unidos, União Europeia, Japão, México, Brasil, África do Sul, Índia e Argentina sob a disciplina do Tratado de Cooperação em matéria de

¹⁹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação 2005.51.01.500427-9. 2ª Turma Especializada. Relator Des. Messod Azulay Neto. 25.05.2010.

²⁰ SAMPAT, Bhaven N. & SHADLEN, Ken. The Effects of Restrictions on Secondary Pharmaceutical Patents: Brazil and India in Comparative Perspective. Harvard University/ Department of Economics, March 2016: EC 2888r Economics of Science and Engineering, Disponível em http://economics.harvard.edu/files/economics/files/sampat-bhaven_effects_of_restrictions_on_secondary_pharma_patents_brazil_and_india_3-4-16.pdf Acessado em 25.04.2018.

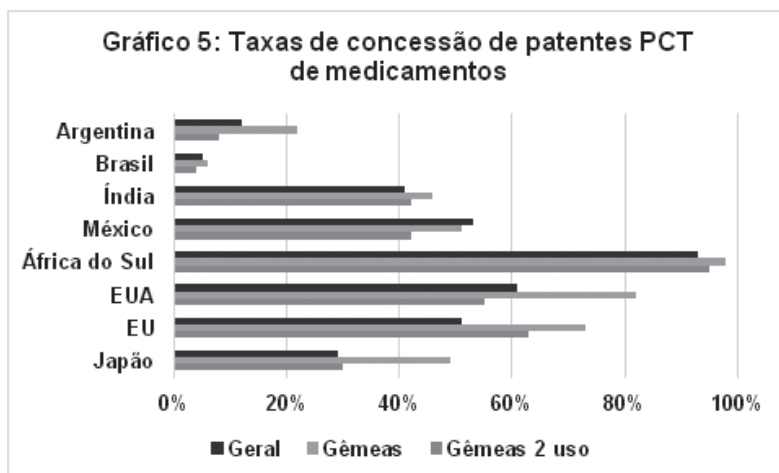
Patentes (em inglês, PCT²¹). Os autores observam que as patentes mais nobres, das moléculas, tendem a ser realizadas nos países centrais, enquanto nos países emergentes há maior proporção de patentes de segundo uso. Ainda assim, tem se verificado crescimento dos pedidos de patente de segundo uso em todas as jurisdições pesquisadas.

Ao comparar as legislações, os autores constatam que embora Estados Unidos, União Europeia, Japão e México não imponham restrições específicas às patentes de segundo uso, a judicialização tem sido utilizada como alternativa *ex-post* para se denegar este tipo de patente. Na Índia e na Argentina a restrição é explícita: os novos usos presumem-se não patenteáveis, a não ser quando empreguem ao menos uma nova substância em relação à patente original, resultando em um novo produto.

No Brasil, a restrição às reivindicações de novos usos decorria de interpretação da ANVISA. A análise dos requisitos de patenteabilidade por mais de um órgão seria semelhante ao modelo adotado por outros países emergentes como Paraguai, Egito e Filipinas. Na amostra analisada por SAMPAT & SHADLEN (2016), um percentual ínfimo de pedidos de patentes de segundo uso foram concedidos no Brasil, o que poderia indicar **êxito** nas restrições ao patenteamento de segundo uso. Entretanto, essa comparação não é adequada, pois no Brasil o percentual de patentes concedidas é excepcionalmente baixo.

Uma análise mais apurada deve comparar a concessão de patentes de segundo uso *vis-à-vis* o percentual geral de patentes e o percentual das “gêmeas” de primeiro uso. Com exceção do México, o percentual de patentes concedidas tende a ser maior que média geral nos pedidos realizados simultaneamente em todas as jurisdições, o que pode decorrer tanto de uma influência recíproca exercida pelos diversos escritórios de patentes, quanto do fato de que as inovações de melhor qualidade tendem a ser depositadas em diversos escritórios de patentes. Observa-se também que em todas as oito jurisdições analisadas o percentual de patentes de segundo uso concedidas é significativamente inferior às “gêmeas” de primeiro uso (Gráfico 5), o que reflete a exigência de requisitos de patenteabilidade mais rígidos para reivindicações de novos usos, mesmo quando a lei não cria restrições explícitas a essas reivindicações.

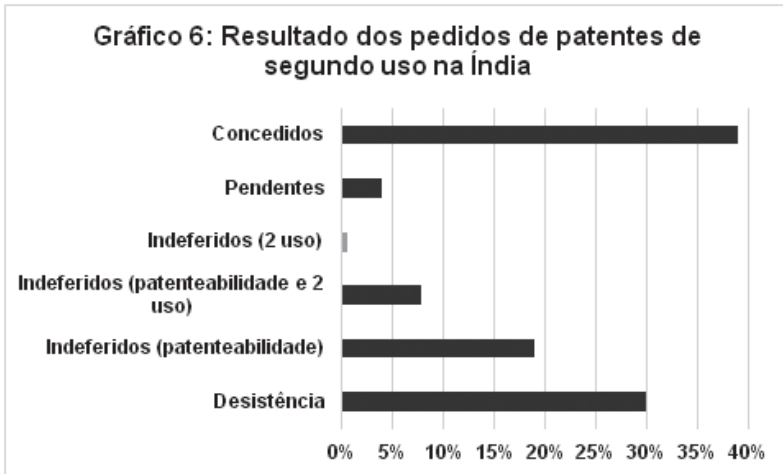
²¹ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT). Concluído em Washington em 19 de Junho de 1970, modificado em 28 de Setembro de 1979, em 3 de Fevereiro de 1984 e em 3 de Outubro de 2001. Disponível em http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/pt/pct/trt_pt_001.pt.pdf. Acessado em 25.04.2018.



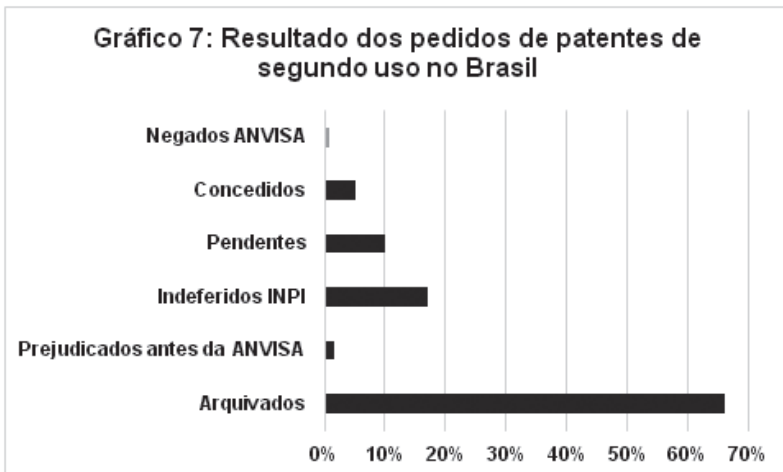
Fonte: SAMPAT & SHADLEN (2016)

Ao analisarem as razões para a denegação de pedidos de patentes de segundo uso, os autores verificam que as restrições impostas às reivindicações de novos usos são pouco efetivas tanto na Índia, quanto no Brasil. Na Índia (Gráfico 6), menos de 1% dos pedidos de patentes de segundo uso foram denegados com base exclusivamente na presunção de não patenteabilidade de novos usos. Além de um alto índice de desistência nos pedidos depositados, a maioria dos indeferimentos foi justificada pela falta dos requisitos de patenteabilidade, sendo que em alguns casos a presunção de não patenteabilidade de novos usos apenas reforçou a ausência de um ou mais requisito de patenteabilidade.

No Brasil (Gráfico 7), cerca de dois terços dos pedidos foi arquivada antes da análise, o que provavelmente resultou da demora do INPI analisar as reivindicações. Mesmo entre os pedidos de patente denegados, a maioria decorreu de decisões do próprio INPI. Em outras palavras, a exigência de anuência prévia da ANVISA foi pouco efetiva em limitar a patenteabilidade de novos usos, pois a maior restrição ao registro de patentes tem sido o prazo que o INPI leva para analisar os pedidos.



Fonte: SAMPAT & SHADLEN (2016)



Fonte: SAMPAT & SHADLEN (2016)

CONCLUSÕES

Uma das características centrais do subdesenvolvimento econômico é a dependência tecnológica, que resulta em um déficit estrutural nas contas externas relativas à propriedade intelectual. Durante a maioria do século XX, o Brasil adotou um modelo de desenvolvimento econômico com forte papel do Estado na economia e uma ênfase relativamente pequena na proteção à propriedade intelectual e isso resultou em elevado dinamismo econômico:

De 1901 a 2000, o PIB per capita brasileiro cresceu quase 12 vezes, com crescimento geométrico médio de 2,5% ao ano, um feito que poucas economias conseguiram superar, destacando-se Japão, Taiwan, Finlândia, Noruega e Coréia. Nas duas primeiras décadas, quando o café ainda era a atividade econômica predominante, o PIB per capita permaneceu estagnado. De 1920 a 1980, no entanto, a urbanização e a industrialização fizeram o PIB per capita praticamente dobrar a cada 20 anos. Já nas duas últimas décadas do século, a economia estagnou novamente. Neste período, o PIB per capita aumentou pouco mais de 1,1 vez, apresentando quedas drásticas em alguns anos. A crise de 1981/1984 foi a mais severa, com queda de 12% do PIB per capita enquanto a de 1988/1994, a mais prolongada. Ao longo do século o PIB real ampliou-se 100 vezes e a população pouco menos de 10 vezes.²²

No modelo de desenvolvimento do século XX, o Brasil seguia diversos países ao restringir os produtos e processos patenteáveis. Nos anos 90, tanto em decorrência do esgotamento do modelo de substituição de importações, quanto da promoção ostensiva de políticas liberalizantes por meio do “*Consenso de Washington*”, o Brasil procurou adotar políticas de cunho liberalizante. Dentre essas mudanças, é de especial interesse para o propósito deste artigo ressaltar a precoce adesão à OMC e, por conseguinte, ao TRIPS. Além de ampliarmos o rol de produtos e processos patenteáveis, passamos a admitir o registro de patentes *pipeline*, exigência que não consta do TRIPS.

Embora o número de patentes depositadas tenha tido aumento expressivo e estrutural, os maiores beneficiários da LPI foram as pessoas não residentes, o que acabou resultando em considerável aumento do déficit, que já era estrutural, nas transações com o exterior relativas à propriedade intelectual. A ampliação dos produtos e processos patenteáveis não foi acompanhada de

²² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do Século XX. Setembro de 2003. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxhtml.shtm>. Acessado em 25.04.2018.

ampliação na capacidade de análise de INPI, que não tem conseguido analisar tempestivamente as reivindicações submetidas à sua análise. Ainda assim, o número de patentes depositadas junto ao escritório de patentes brasileiro é ínfimo quando comparado a outros *players* globais, com destaque para a China, que há três décadas recebia anualmente pedidos de patente em quantidade similar à do Brasil.

Como reação às consequências negativas da ampliação do rol de produtos e processos patenteáveis que ocorreu em diversos países que aderiram ao TRIPs, alguns países como passaram a restringir as patentes de segundo uso. No Brasil, as distorções acarretadas pelo TRIPs foram agravadas pela regra de transição relativa às patentes *pipeline*.

As restrições às reivindicações de novos usos se deram por meio da exigência de anuência prévia da ANVISA nas patentes de medicamentos. Além de gerar conflitos com o INPI, procuramos demonstrar que tal exigência foi rechaçada pela jurisprudência, muito embora tenha apresentado reduzida efetividade em denegar os pedidos de patente.

Parece-nos equivocado concluir pela inconstitucionalidade das *patentes pipeline* ou pela interpretação conforme à Constituição do art. 229-C da LPI, pois o texto constitucional é suficientemente aberto quanto à concessão de privilégio temporário. Devido à exigência de reserva legal, o legislador ordinário tem liberdade tanto para ampliar, quanto para restringir aquilo que pode ser patenteado. Escolhas ineficientes não são necessariamente inconstitucionais. Acima de tudo, a tentativa de se impor restrições às reivindicações de novos usos por meio da anuência prévia da ANVISA reflete uma tentativa de mitigar a ampliação da tutela da propriedade intelectual que resultou das reformas legislativas dos anos 90.

BIBLIOGRAFIA

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Sistema de séries temporais*: <https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>. Séries 7324, 4192, 2340, 2341, 2341, 22701, 22776, 22777 2 22778. Consultado em 01.02.2018.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Restrições às reivindicações de novos usos na indústria farmacêutica: reflexos de políticas erráticas relativamente à propriedade industrial

- BARBOSA, Denis Borges. Reivindicações de uso e a questão do segundo uso. In BARBOSA, Denis Borges. Usucapião de Patentes e outros estudos de Propriedade Intelectual. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARBOSA, Denis Borges. Tratado da propriedade intelectual: patentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARBOSA, Denis Borges. Da nossa posição quanto à anuência prévia da ANVISA aos procedimentos de patentes. Ensaios e estudos de Propriedade Intelectual 2014-2015, Volume II. Disponível em http://www.nbb.com.br/pub/denis/ensaios_estudos_pi_patentes.pdf . Acessado em 25.04.2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do Século XX. Setembro de 2003. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003e_statisticasecxhtml.shtm . Acessado em 25.04.2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Sistema de Contas Nacionais Trimestrais: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/pib/defaultcnt.shtm> . Consultado em 05.04.2018.
- LEITE, Márcio de Oliveira Junqueira. O patenteamento do invenções de segundo uso no Brasil. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-10092012-161643/pt-br.php> . Acessado em 25.04.2018.
- PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Parecer 210/PGF/AE/2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/26999727>. Acessado em 25.04.2018.
- PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Parecer 337/PGF/EA/2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/26999593>. Acessado em 25.04.2018.
- SAMPAT, Bhaven N. & SHADLEN, Ken. The Effects of Restrictions on Secondary Pharmaceutical Patents: Brazil and India in Comparative Perspective. Harvard University/ Department of Economics, March 2016: EC 2888r Economics of Science and Engineering, Disponível em http://economics.harvard.edu/files/economics/files/sampat-bhaven_effects_of_restrictions_on_secondary_pharma_patents_brazil_and_india_3-4-16.pdf . Acessado em 25.04.2018.
- STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 656103 / DF. Relator Min. Marco Aurélio, 1ª Turma. Julgamento: 14.02.2012.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação Cível 2005.51.01.507811-1. 2ª Turma Especializada. Relator Des. Messod Azulay Neto. 22.09.2009.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação 2005.51.01.500427-9. 2ª Turma Especializada. Relator Des. Messod Azulay Neto. 25.05.2010.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Embargos Infringentes 2005.51.01.507811-1. 1ª Seção Especializada. Relator Des. Abel Gomes. 25.04.2013.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Embargos de Declaração 050781109.2005.4.02.5101. 1ª Seção Especializada. Relator Des. Abel Gomes. 23.10.2014.

WORLD BANK. Open Data. Disponível em <http://data.worldbank.org/> . Consultado em 25.04.2018.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT). Concluído em Washington em 19 de Junho de 1970, modificado em 28 de Setembro de 1979, em 3 de Fevereiro de 1984 e em 3 de Outubro de 2001. Disponível em http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/pt/pct/trt_pct_001pt.pdf. Acessado em 25.04.2018.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). Study on Pharmaceutical Patents in Chile. Geneva, 2015.

PANORAMA GERAL DAS LICITAÇÕES NA LEI 13.303/2016 (LEI DAS ESTATAIS)

Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende apresentar o panorama geral das licitações realizadas por empresas estatais a partir da Lei 13.303/2016.

Após, aproximadamente, 18 anos de espera, finalmente foi elaborado o estatuto jurídico das estatais. Ao regulamentar o art. 173, §1º da CRFB, alterado pela EC 19/1998, a Lei 13.303/2016 estabelecer normas sobre regime societário, licitações, contratos e controle das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, exploradoras de atividades econômicas, ainda que em regime de monopólio, e prestadoras de serviços públicos.

Após a apresentação de proposta de interpretação da Lei 13.303/2016 em conformidade com a Constituição de 1988, o ensaio destacará as principais características do regime jurídico das licitações instituído pela referida Lei.

2 – PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DA LEI 13.303/2016

Com efeito, a Lei 13.303/2016 fixou normas homogêneas de licitação para

¹ Pós-doutor pela Fordham University School of Law (New York). Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo do IBMEC, da EMERJ e do CURSO FORUM. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. www.professorrafaeloliveira.com.br

toda e qualquer empresa estatal, sem distinção entre o tipo de objeto prestado: serviço público e/ou atividade econômica.

A ausência de assimetria normativa no tratamento da licitação entre as diversas estatais, a partir das respectivas atividades desenvolvidas, pode ser questionada sobre diversos aspectos.

Em primeiro lugar, os Tribunais Superiores, o TCU e parcela da doutrina sempre apresentaram distinções quanto ao regime jurídico das estatais a partir da atividade desenvolvida, aproximando, com maior intensidade, o regime das estatais econômicas, que atuam em regime de concorrência no mercado, ao regime das demais empresas privadas. Mencione-se, por exemplo: a) o reconhecimento da imunidade tributária para estatais prestadoras de serviços públicos ou exploradora de atividades econômicas em regime de monopólio; a impenhorabilidade de bens afetados à prestação dos serviços públicos e necessários à sua continuidade; a responsabilidade civil objetiva das estatais de serviços públicos, na forma do art. 37, §6º da CRFB.²

No campo das licitações, o entendimento tradicional também sustentava a necessidade do tratamento diferenciado entre as estatais a partir dos respectivos objetos sociais. Enquanto as empresas estatais prestadoras de serviços públicos seriam tratadas como as demais entidades da Administração Pública Direta e Indireta, submetendo-se à Lei 8.666/1993 e legislação correlata, as estatais econômicas estariam autorizadas a celebrar contratações diretas para exploração de suas atividades econômicas, aplicando-se às demais contratações as normas de licitação existentes até o advento do regime próprio exigido pela Constituição.³

Vale dizer: as estatais econômicas não precisariam realizar licitação para o desempenho de suas atividades econômicas finalísticas, mas apenas para contratações relacionadas às suas atividades instrumentais.

² Sobre o regime jurídico das empresas estatais, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 4. Ed., São Paulo: Método, 2016, p. 117/129; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Administração Pública, concessões e terceiro setor, 3. Ed., São Paulo: Método, 2016, p. 155/182.

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos, 5. ed., SP: Método, 2015, p. 57/60; JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 24-26; FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 431-438; TCU, Plenário, Acórdão 121/1998, Rel. Min. Iram Saraiva, DOU 04.09.1998. Note-se, contudo, que alguns autores criticam a distinção entre atividade-fim e atividade-meio por ser de difícil operacionalização. Segunda essa visão doutrinária, as estatais competitivas não se submetem à Lei 8.666/1993 (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. RDA, n. 245, maio 2007).

A referida assimetria no tocante às licitações era justificada em razão da necessidade de maior celeridade na exploração das atividades econômicas, uma vez que as estatais, ao contrário das demais entidades administrativas, concorrem com empresas privadas que, por sua vez, não se submetem às regras da licitação.

Isto porque as estatais econômicas são como o Deus romano Jano, possuem duas faces que olham para direções opostas: de um lado, a face privada da sua personalidade jurídica e da exploração da atividade econômica, que exigem a adoção do regime próprio das empresas da iniciativa privada; e, de outro lado, a face pública que reside especialmente no controle societário estatal, o que justifica a aplicação de normas de direito público (exs.: concurso público; controle pelas Cortes de Contas; teto remuneratório, com a exceção das estatais não dependentes etc.).

Há uma busca incessante pelo equilíbrio entre a busca da lucratividade, por um lado, especialmente por parte das sociedades de economia mistas, que possuem sócios privados investidores, e, por outro lado, da efetividade do interesse público que justificou a instituição da estatal.

Não é por outra razão que, no campo das contratações, o art. 173, §1º da CRFB, alterado pela EC 19/1998, remeteu ao legislador ordinário a tarefa de elaborar o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica que deveria dispor, dentre outros temas, sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”. O objetivo foi estabelecer regime distinto daquele aplicado às demais entidades da Administração Pública, na forma dos arts. 21, XXVII, e 37, XXI, da CRFB.

Não obstante o art. 173, §1º da CRFB dispor sobre as estatais econômicas, inclusive por se encontrar no Capítulo I do Título VII da Constituição, que trata dos “princípios gerais da atividade econômica”, verifica-se que a Lei 13.303/2016 extrapolou, em certa medida, para englobar, ainda, as estatais que atuam em regime de monopólio e as que prestam serviços públicos.

Não se questiona, aqui, a complexidade cada vez maior em identificar e caracterizar, nos objetivos sociais das diversas empresas estatais, as respectivas atividades como serviços públicos ou atividades econômicas. O desafio decorre, em grande medida, da própria dificuldade da conceituação do serviço público que também pode ser considerada, ao lado da atividade econômica em sentido estrito, espécie de atividade econômica em sentido lato.

O problema é amplificado no caso das estatais que exploram as duas atividades, tal como ocorre no caso da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT). Não obstante a questionável decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da APF 46/DF,⁴ quando a Corte afirmou que, em princípio, o serviço postal é serviço público, não se pode olvidar – e isso foi afirmado no próprio julgado em comento – que alguns serviços postais seriam considerados atividades econômicas e seriam prestados em regime concorrencial, o que dificulta, em nosso juízo, a homogeneização de regimes jurídicos.

De lado a dificuldade na distinção entre as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos, não se pode desconsiderar que a Constituição da República consagrou a referida distinção ao exigir normas próprias de licitação apenas para estatais exploradoras de atividades econômicas que atuam em regime concorrencial.

Em resumo, a distinção relativa ao objeto da estatal influencia decisivamente no respectivo regime licitatório. Enquanto a atividade econômica encontra-se submetida ao princípio da livre concorrência, a prestação do serviço público é de titularidade estatal.

É verdade, contudo, que, mesmo na prestação de serviços públicos, a Administração deve promover a concorrência, na forma do art. 16 da Lei 8.987/1995, o que poderia justificar a submissão às regras diferenciadas de licitação.

O que não parece razoável é a fixação de normas homogêneas de licitação para toda e qualquer empresa estatal, independentemente da atividade desenvolvida (atividade econômica ou serviço público) e do regime de sua prestação (exclusividade, monopólio ou concorrência).

E preciso levar a sério a personalidade jurídica de direito privado e a atuação concorrencial por parte das estatais.

Assim como as pessoas jurídicas de direito privado não devem ser submetidas ao idêntico tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público da Administração Direta e Indireta, não seria prudente fixar o mesmo tratamento jurídico para pessoas jurídicas de direito privado que atuam em exclusividade (ou monopólio) e em regime concorrencial.

⁴ STF, ADPF 46/DF, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe-035 26/02/2010.

A possível solução é a interpretação conforme a Constituição da Lei 13.303/2016 para que as suas normas de licitação sejam aplicadas às empresas estatais que exploram atividades econômicas *lato sensu* em regime concorrencial, excluindo-se da sua incidência as estatais que atuam em regime de monopólio e na prestação de serviços públicos em regime de exclusividade.

Fica a impressão de que o legislador perdeu uma grande oportunidade de inovação na fixação de normas diferenciadas de licitação voltadas às estatais exploradoras de atividades econômicas em regime concorrencial.

De fato, a grande demora na regulamentação do art. 173, §1º, da CRFB, aumentou as expectativas nos operadores do direito e gestores públicos no tocante à qualidade do estatuto jurídico das estatais econômicas.

Talvez, por isso, verifica-se, com certa decepção, que o legislador foi pouco criativo ao tratar da licitação na Lei 13.303/2016, limitando-se a estabelecer uma colcha de retalhos de normas já existentes em outros diplomas normativos, notadamente a Lei 10.520/2002 (pregão) e a Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

Não se discute a qualidade das normas do pregão e do RDC – certamente melhores que as normas excessivamente formalistas da Lei 8.666/1993 –, mas a opção legislativa de colocar no mesmo balaio entidades administrativas que, por imposição constitucional, deveriam ser tratadas de forma diversa.

Apesar dos notáveis avanços na relativização das influências políticas na gestão das estatais, com a limitação da discricionariedade e moralização das nomeações dos dirigentes, bem como na fixação de normas relativas ao controle institucional e social, a Lei 13.303/2016 foi tímida ao dispor sobre as normas relacionadas às licitações.

No tradicional conflito entre as faces estatal x privada das estatais econômicas, o primeiro tem vencido com ampla margem de vantagem, colocando em risco a concorrência no respectivo mercado, influenciado, certamente, pela reação formalista e estatizante do legislador aos escândalos revelados na operação “Lava Jato” que tiveram a Petrobras no foco.

Cabe ressaltar que a Lei 13.303/2016 entrou em vigor na data da sua publicação, que ocorreu no dia 01.07.2016 (art. 97 da Lei), mas as estatais já existentes terão o prazo de 24 meses para promoção das adaptações necessárias

à adequação ao disposto na nova Lei, e durante esse prazo as licitações e os contratos continuarão regidos pela legislação anterior (art. 91, *caput* e § 3.º da Lei).

Destaque-se, ainda, que até o advento da Lei 13.303/2016, algumas estatais utilizavam procedimentos simplificados de licitação, previstos em regulamentos. Os regulamentos deverão ser revistos para se adaptarem à nova legislação; No caso específico da Petrobras, o Decreto 2.745/1998, que estabelecia o regime simplificado de licitação, não poderá mais ser utilizado após a revogação da norma legal que lhe dava fundamento. Com efeito, o art. 67 da Lei 9.478/1997, que remetia ao decreto presidencial a definição do procedimento licitatório simplificado na Petrobras, foi revogado pelo art. 96, II, da Lei 13.303/2016.

3 – O REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES NA LEI 13.303/2016

Independentemente da crítica lançada à Lei das Estatais e em atenção ao princípio da presunção relativa de sua constitucionalidade, serão apresentadas, a seguir, as principais características das licitações previstas na Lei 13.303/2016:

a) âmbito federativo (lei nacional): a Lei das Estatais contém normas gerais aplicáveis às estatais da União, Estados, DF e Municípios, na forma do art. 22, XXVII, da CRFB (art. 1.º da Lei 13.303/2016);

b) destinatários: não obstante as críticas apresentadas anteriormente, o Estatuto, em sua literalidade, incide sobre estatais, prestadora de atividades econômicas, em regime de concorrência ou monopólio, e de serviços públicos (art. 1.º da Lei 13.303/2016);

c) objeto dos contratos: a exigência de licitação aplica-se aos contratos de prestação de serviços, inclusive de engenharia e de publicidade, aquisição, locação de bens, alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como implementação de ônus real sobre tais bens, ressalvadas as hipóteses de contratação direta previstas na Lei das Estatais (art. 28 da Lei 13.303/2016);⁵

d) as licitações devem observar o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte pelos arts. 42 a 49 da LC 123/2006 (art. 28, § 1.º, da Lei 13.303/2016);

⁵ As normas de licitações e contratos da Lei das Estatais são aplicáveis, também, aos convênios e contratos de patrocínio celebrados com pessoa física ou jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento da marca da estatal (art. 27, § 3.º, e art. 28, § 2.º, da Lei 13.303/2016).

e) inaplicabilidade da licitação (licitação dispensada): e.1) comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas estatais, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais (atividades finalísticas); e e.2) casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo (art. 28, § 3.º, I e II, da Lei 13.303/2016);⁶

f) licitação dispensável (art. 29 da Lei das Estatais), nos seguintes casos taxativos: f.1) para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; f.2) para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 e para alienações, nos casos previstos na Lei das Estatais, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez (Em razão dos referidos valores, deve ser considerado derogado o § 1.º do art. 24 da Lei 8.666/1993 na parte relativa às estatais);⁷ f.3) licitação deserta, quando, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a estatal, desde que mantidas as condições preestabelecidas; f.4) quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; f.5) para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas, quando as necessidades de instalação e localização condicionarem a escolha do imóvel, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; f.6) na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;⁸ f.7) na contratação de instituição brasileira incumbida

⁶ De acordo com o art. 28, § 4.º, da Lei 13.303/2016, consideram-se oportunidades de negócio “a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente”.

⁷ Os valores estabelecidos nos incisos I e II do art. 29 da Lei podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da estatal, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade (art. 29, § 3.º, da Lei 13.303/2016).

⁸ Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nas mesmas condições do contrato encerrado, a empresa estatal poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento

regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; f.8) para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; f.9) na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; f.10) na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público; f.11) nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social; f.12) na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública; f.13) para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pelo dirigente máximo da empresa pública ou da sociedade de economia mista; f.14) nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3.º, 4.º, 5.º e 20 da Lei 10.973/2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes; f.15) em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que

estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório (art. 29, § 1.º, da Lei 13.303/2016).

possam ser concluídos no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;⁹ f.16) na transferência de bens a órgãos e entidades da Administração Pública, inclusive quando efetivada mediante permuta; f.17) na doação de bens móveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação; e f.18) na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem;

g) licitação inexigível ou “contratação direta” (art. 30 da Lei das Estatais), quando houver inviabilidade de competição, nos casos seguintes exemplificativos:¹⁰ g.1) aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; g.2) contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização,¹¹ vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: (i) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; (ii) pareceres, perícias e avaliações em geral; (iii) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (iv) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; (v) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (vi) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; (vii) restauração de obras de arte e bens de valor histórico;¹²

h) nos casos de dispensa ou inexigibilidade (contratação direta) de licitação, o processo será instruído, no que couber, com os seguintes dados: h.1) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; h.2) razão da escolha do fornecedor ou do executante; h.3) justificativa do preço (art. 30, § 3.º, da Lei 13.303/2016). Na hipótese de comprovação, pelo órgão de controle externo, de sobrepreço ou

⁹ No caso de contratação emergencial, sem licitação, deverá ser promovida a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa a situação emergencial, inclusive no tocante à improbidade administrativa (art. 29, § 2.º, da Lei 13.303/2016).

¹⁰ Entendemos que o legislador deveria ter utilizado a nomenclatura “licitação inexigível” ou inexigibilidade de licitação”, consagrada em outros diplomas legislativos. Isso porque a expressão “contratação direta” envolveria toda e qualquer contratação sem licitação prévia, abarcando, por isso, também os casos de dispensa.

¹¹ De acordo com o art. 30, § 1.º, da Lei 13.303/2016: “Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

¹² Os serviços técnicos enumerados no art. 30 da Lei das Estatais devem ser considerados, em nossa opinião, exemplificativos, tal como ocorre na interpretação do art. 13 da Lei 8.666/1993.

superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços (art. 30, § 2.º, da Lei 13.303/2016);

i) fundamentos e princípios: as licitações destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo (art. 31 da Lei 13.303/2016);

j) Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): possibilidade de adoção do procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com o intuito de atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas (art. 31, § 4.º, da Lei 13.303/2016). Nesse caso, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela estatal caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos patrimoniais e autorais do projeto (art. 31, § 5.º, da Lei 13.303/2016);

k) Diretrizes (art. 32 da Lei 13.303/2016): k.1) padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos; k.2) busca da maior vantagem competitiva para a estatal, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância; k.3) parcelamento do objeto, visando ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos para dispensa (art. 29, I e II, da Lei); k.4) adoção preferencial do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns; k.5) observação da política de integridade nas transações com partes interessadas;

l) função regulatória da licitação que deve respeitar (art. 32, § 1.º, da Lei 13.303/2016): l.1) disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; l.2) mitigação dos danos ambientais

por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; l.3) utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais; l.4) avaliação de impactos de vizinhança; l.5) proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por estatais; l.6) acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Caso se verifique potencial impacto negativo sobre bens tombados, a contratação dependerá de autorização da esfera de governo encarregada da proteção do respectivo patrimônio, devendo o impacto ser compensado (art. 32, § 2.º, da Lei 13.303/2016);

m) sigilo do orçamento: o valor estimado do contrato será sigiloso, salvo para os órgãos de controle, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas (art. 34, *caput* e § 3.º, da Lei 13.303/2016);¹³

n) sociedades impedidas de participar de licitação promovida por estatais (art. 38 da Lei 13.303/2016): n.1) sociedade cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% do capital social seja diretor ou empregado da estatal; n.2) suspensa pela estatal; n.3) declarada inidônea pelo ente federado a que está vinculada a estatal, enquanto perdurarem os efeitos da sanção; n.4) constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea; n.5) cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea; n.6) constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção; n.7) cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção; n.8) que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.¹⁴

¹³ O sigilo do orçamento não se aplica às licitações que adotarem o critério de julgamento “maior desconto”, quando o valor estimado será informado no instrumento convocatório, bem como no julgamento “melhor técnica” em que o valor do prêmio ou remuneração será incluído no edital (art. 34, §§ 1.º e 2.º, da Lei 13.303/2016).

¹⁴ O impedimento para participar de licitações das estatais também se aplica aos seguintes casos: a) à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante; b) a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro

Nas contratações para obras e serviços, a Lei 13.303/2016 prevê os seguintes regimes: a) empreitada por preço unitário, nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários; b) empreitada por preço global, quando for possível definir previamente no projeto básico, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; c) contratação por tarefa, em contratações de profissionais autônomos ou de pequenas empresas para realização de serviços técnicos comuns e de curta duração; d) empreitada integral, nos casos em que o contratante necessite receber o empreendimento, normalmente de alta complexidade, em condição de operação imediata; e) contratação semi-integrada, quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias; e f) contratação integrada, quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.¹⁵

A contratação integrada é a única hipótese em que a licitação não será precedida de projeto básico, mas é necessária a elaboração de anteprojeto de engenharia, com elementos técnicos que permitam a caracterização da obra ou do serviço e a elaboração e comparação, de forma isonômica, das propostas a serem ofertadas pelos particulares (art. 42, § 1.º, I, a, e 43, § 1.º, da Lei). A execução de obras e serviços de engenharia, em qualquer caso, exige projeto executivo (art. 43, § 2.º, da Lei).

Não podem participar, direta ou indiretamente, das licitações para obras e serviços de engenharia (art. 44 da Lei das Estatais): a) pessoa física ou jurídica que

grau civil, com: b.1) dirigente de estatal; b.2) empregado de estatal cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação; b.3) autoridade do ente público a que a estatal esteja vinculada; c) cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva estatal promotora da licitação ou contratante há menos de 6 meses (art. 38, parágrafo único, da Lei 13.303/2016).

¹⁵ A contratação semi-integrada envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 42, V, da Lei das Estatais). A contratação integrada envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 42, VI, da Lei das Estatais). A contratação semi-integrada será utilizada preferencialmente para obras e serviços de engenharias contratados por estatais, salvo se a estatal justificar a adoção de outro regime de execução (art. 42, § 4.º).

tenha elaborado o anteprojeto ou o projeto básico da licitação; b) pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do anteprojeto ou do projeto básico da licitação; c) pessoa jurídica da qual o autor do anteprojeto ou do projeto básico da licitação seja administrador, controlador, gerente, responsável técnico, subcontratado ou sócio, neste último caso quando a participação superar 5% do capital votante.¹⁶

Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato (art. 45 da Lei das Estatais).

É possível a divisão do objeto contratado, mediante justificativa expressa e desde que não implique perda de economia de escala, com a celebração de mais de um contrato para executar serviço de mesma natureza quando o objeto puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado (art. 46 da Lei das Estatais).

Na contratação que tenha por objeto a aquisição de bens pelas estatais, as licitações poderão: a) indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses: a.1) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; a.2) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato; a.3) quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”; b) exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação e na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade de sua apresentação; c) solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada. Além disso, o edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, a adequação às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou a certificação da qualidade do produto por instituição credenciada pelo Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro) (art. 47, *caput* e parágrafo único, da Lei das Estatais).

¹⁶ As duas últimas vedações (b e c) não impedem que a pessoa física ou jurídica participe, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da estatal interessada (art. 44, § 2.º, da Lei).

Na alienação de bens, as estatais deverão efetuar (i) a avaliação formal do bem contemplado e (ii) a licitação (art. 49 da Lei das Estatais).¹⁷

As licitações realizadas pelas estatais, independentemente do objeto a ser contratado, observarão a seguinte sequência de fases (art. 51 da Lei das Estatais): a) preparação; b) divulgação; c) apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; d) julgamento; e) verificação de efetividade dos lances ou propostas; f) negociação; g) habilitação; h) interposição de recursos; i) adjudicação do objeto; j) homologação do resultado ou revogação do procedimento.

O procedimento segue a tendência já consagrada na legislação do pregão e em outras normas específicas, com a realização da habilitação após o julgamento.

Todavia, a habilitação poderá, excepcionalmente, anteceder a fase de apresentação de lances e as fases subsequentes, desde que expressamente prevista no instrumento convocatório (art. 51, § 1.º, da Lei).

Ainda inspirada na legislação do pregão, a Lei das Estatais dispõe que o procedimento deverá ser preferencialmente eletrônico, com divulgação dos avisos dos resumos dos editais e dos contratos no Diário Oficial do ente federado e na internet (art. 51, § 2.º, da Lei).

Nas licitações das estatais, poderão ser adotados os modos de disputa aberto, inclusive com a admissão de lances intermediários, ou fechado (arts. 52 e 53 da Lei 13.303/2016).¹⁸

Na etapa de julgamento, a estatal não levará em consideração vantagens não previstas no instrumento convocatório e os critérios de julgamento (tipos de licitação) que poderão ser utilizados são: a) menor preço; b) maior desconto;¹⁹ c)

¹⁷ A avaliação formal não é necessária em dois casos que envolvem, inclusive, dispensa de licitação: a) transferência de bens a órgãos e entidades da Administração, inclusive quando efetivada mediante permuta; e b) compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem. A licitação para alienação de bens das estatais não é exigida nos casos em que a licitação é dispensada pela própria Lei, na forma do art. 28, § 3.º, da Lei das Estatais. As regras para alienação e os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação são aplicáveis à atribuição de ônus real a bens integrantes do acervo patrimonial de estatais (art. 50 da Lei das Estatais).

¹⁸ Consideram-se intermediários os lances: a) iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta; e b) iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento (art. 53, parágrafo único, da Lei).

¹⁹ O critério “maior desconto” terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, estendendo-se o desconto oferecido nas propostas ou lances vencedores a eventuais termos aditivos. No caso de obras e serviços de engenharia, o desconto incidirá de forma linear sobre a totalidade dos itens constantes do orçamento estimado, que deverá obrigatoriamente integrar o instrumento convocatório (art. 54, § 4.º, da Lei).

melhor combinação de técnica e preço;²⁰ d) melhor técnica; e) melhor conteúdo artístico; f) maior oferta de preço; g) maior retorno econômico;²¹ h) melhor destinação de bens alienados²² (art. 54, *caput* e § 3.º, da Lei).

Em caso de empate, serão utilizados, nesta ordem, os seguintes critérios de desempate (art. 55 da Lei): a) disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento; b) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído; c) os critérios estabelecidos no art. 3.º da Lei 8.248/1991 e no § 2.º do art. 3.º da Lei 8.666/1993; e d) sorteio.

Após o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a sua efetividade, que poderá se restringir aos que tiverem melhor classificação, promovendo-se a desclassificação daqueles que: a) contenham vícios insanáveis; b) descumpram especificações técnicas constantes do instrumento convocatório; c) apresentem preços manifestamente inexequíveis; d) se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação; e) não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigida pela estatal; f) apresentem desconformidade com outras exigências do instrumento convocatório, salvo se for possível a acomodação a seus termos antes da adjudicação do objeto e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes (art. 56, *caput* e § 1.º, da Lei).

Confirmada a efetividade do lance ou proposta mais bem classificada, inicia-se a fase de negociação de condições mais vantajosas (art. 57 da Lei das Estatais). Caso o preço do primeiro colocado permaneça acima do orçamento estimado, a estatal deverá negociar com os demais licitantes, observada a ordem de classificação, e, se não for obtido preço igual ou inferior ao referido orçamento, a licitação será revogada (art. 57, §§ 1.º e 3.º, da Lei).

Na etapa seguinte, a estatal verificará a habilitação do primeiro colocado a partir dos seguintes parâmetros: a) exigência da apresentação de documentos

²⁰ Nesse critério de julgamento, a avaliação das propostas técnicas e de preço considerará o percentual de ponderação mais relevante, limitado a 70% (art. 54, § 5.º, da Lei).

²¹ No critério “maior retorno econômico”, os lances ou propostas terão o objetivo de proporcionar economia à estatal, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada (art. 54, § 6.º, da Lei).

²² Nesse último critério de julgamento, será obrigatoriamente considerada, nos termos do respectivo instrumento convocatório, a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente. O descumprimento dessa finalidade resultará na imediata restituição do bem alcançado ao acervo patrimonial da estatal, vedado o pagamento de indenização em favor do adquirente (art. 54, §§ 7.º e 8.º, da Lei).

aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante; b) qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório; c) capacidade econômica e financeira; d) recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço (art. 58 da Lei).²³

O procedimento licitatório possui, em regra, fase recursal única, e o recurso, que poderá discutir questões relacionadas à habilitação, ao julgamento e à efetividade dos lances e propostas, será interposto no prazo de cinco dias úteis após a habilitação (art. 59, § 1.º, da Lei). Excepcionalmente, quando houver a inversão de fases, com a realização da habilitação anterior à etapa de julgamento, serão admitidos recursos após a habilitação e a verificação da efetividade dos lances ou propostas (art. 59, § 2.º, da Lei).

A homologação do resultado acarreta o direito do licitante vencedor à celebração do contrato, sendo vedada a celebração de contrato com preterição da ordem de classificação ou com pessoas estranhas à licitação (arts. 60 e 61 da Lei).

Admite-se a revogação da licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável (art. 62 da Lei).²⁴

Na hipótese de ilegalidade, quando não for possível a convalidação, a licitação será anulada pela estatal de ofício ou por provocação de terceiros (art. 62 da Lei).

A nulidade da licitação ou do procedimento de contratação direta induz à do contrato e não gera obrigação de indenizar (art. 62, §§ 1.º, 2.º e 4.º, da Lei).

Entendemos que a nulidade decretada no curso da execução do contrato não pode afastar o dever de indenização por tudo aquilo que foi executado até aquele momento, salvo comprovada má-fé da contratada, tendo em vista a presunção de boa-fé e a vedação do enriquecimento sem causa.

²³ Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados. Nesse caso, reverterá a favor da estatal o valor de quantia eventualmente exigida no instrumento convocatório a título de adiantamento, caso o licitante não efetue o restante do pagamento devido no prazo para tanto estipulado (art. 58, §§ 1.º e 2.º, da Lei).

²⁴ A revogação também é possível quando a proposta apresentada, mesmo após a fase de negociação, for superior ao valor do orçamento estimado (art. 57, § 3.º), bem como na hipótese em que o licitante vencedor convocado pela estatal não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos (art. 75, § 2.º, II, da Lei).

A revogação e a anulação efetivadas após a fase de apresentação de lances ou propostas deverão ser precedidas do contraditório e da ampla defesa (art. 62, § 3.º, da Lei).

O art. 63 da Lei das Estatais prevê os seguintes procedimentos auxiliares das licitações: a) pré-qualificação permanente; b) cadastramento; c) sistema de registro de preços; e d) catálogo eletrônico de padronização.

O procedimento de pré-qualificação, com prazo de validade de até um ano, será público e permanentemente aberto à inscrição de qualquer interessado, com o objetivo de identificar (a) fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, nos locais e nas condições previamente estabelecidos; e (b) bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração (art. 64, *caput* e §§ 1.º e 5.º, da Lei).

A estatal poderá restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento (art. 64, § 2.º, da Lei).

A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores, bem como poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes (art. 64, §§ 3.º e 4.º, da Lei).

No tocante ao cadastramento, os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por um ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo (art. 65 da Lei).

Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados que serão admitidos segundo requisitos previstos em regulamento (art. 65, §§ 1.º e 2.º da Lei).

No registro cadastral, será anotada a atuação do licitante no cumprimento das obrigações assumidas, admitindo-se a alteração, a suspensão ou o cancelamento, a qualquer tempo, do registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências estabelecidas para habilitação ou para admissão cadastral (art. 65, §§ 3.º e 4.º, da Lei).

Quanto ao Registro de Preços, que será regulado por decreto do Poder Executivo, o procedimento deverá respeitar as seguintes disposições (art. 66, *caput*, §§ 1.º, 2.º e 3.º, da Lei): a) possibilidade de adesão ao registro de qualquer estatal, independentemente da atividade desenvolvida; b) realização prévia de ampla pesquisa de mercado; c) seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento; d) rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados; e) definição da validade do registro; f) inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais; g) a existência de preços registrados não obriga a estatal a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo facultada a realização de licitação específica, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições.

Por fim, o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, que poderá ser utilizado nas licitações com critério de julgamento menor preço ou maior desconto, consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela estatal que estarão disponíveis para a realização de licitação (art. 67, *caput* e parágrafo único, da Lei).

4 – CONCLUSÃO

É fácil notar que a Lei das Estatais foi fortemente influenciada por normas já existentes em nosso ordenamento jurídico, com destaque, por exemplo, para a Lei 10.520/2002 (pregão) e Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

Existe o mito, criado pelo senso comum, de que os remédios para solução dos momentos de crise seriam o aumento do formalismo e da burocracia da máquina pública. Costuma-se afirmar, sem maior rigor técnico, que a flexibilização da gestão pública seria, em grande medida, causa para a prática de atos de corrupção.

Ora, basta uma análise pragmática e comprometida da nossa realidade para se perceber que não é o excesso de formalismo e de burocracia que resolverão o problema dos desvios éticos nas licitações. Ao contrário, como demonstra o velho ditado popular, em muitos casos o agente ímprobo “cria dificuldades para vender facilidades”.

Ao invés de adotar as soluções de licitação, pensadas e voltadas para entidades administrativas que não atuam no cenário concorrencial, o legislador poderia ter discutido a instituição de modelo verdadeiramente novo e apropriado para entidades estatais que são, na essência, diferentes pelo simples fato de explorarem atividades econômicas, em regime concorrencial, e possuírem personalidade jurídica de direito privado.

Em suma, o legislador perdeu uma grande oportunidade de inovação na fixação de normas diferenciadas de licitação voltadas às estatais exploradoras de atividades econômicas em regime concorrencial.

Independentemente das críticas apresentadas, certo é que a partir de agora as empresas estatais devem observar o novo regime de licitação inserido pela Lei 13.303/2016.

DA JUSTA REMUNERAÇÃO DA MAGISTRATURA: UM PONTO DE VISTA

*Reis Friede**

Resumo: O presente artigo analisa a questão referente ao *reajuste* dos subsídios dos Magistrados, considerando todas as especificidades e limitações que o cargo impõe, bem como se levando em conta, ainda, a extensão acadêmica da quase totalidade dos membros da Magistratura, o que certamente garantiria um salário infinitamente superior na iniciativa privada.

Palavras-chave: Magistratura, Magistrado, subsídio, reajuste.

Abstract: This article analyzes the question of the readjustment of Magistrates' allowances, considering all the specifics and limitations that the position imposes, as well as taking into account the academic extension of almost all members of the Judiciary, which would certainly guarantee a infinitely higher salary in the private sector.

Keywords: Judiciary, Magistrate, allowance, readjustment.

I. INTRODUÇÃO

Não há nada de errado em se defender melhores ganhos salariais (desde que nos estritos termos da lei). Muito pelo contrário, pois quem reivindica aumento de retribuição pecuniária é porque, de fato, vive (e sobrevive) do seu trabalho honesto, e não dos frutos da corrupção endêmica que lamentavelmente dominou o nosso país.

* Reis Friede é Desembargador Federal, Diretor do Centro Cultural Justiça Federal (CCJF), Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/>. E-mail: reisfriede@hotmail.com

Destarte, o objetivo deste trabalho acadêmico é levantar e debater as questões que norteiam o aumento dos subsídios dos Magistrados, traçando um panorama realista e racional sobre o assunto, com base, outrossim, na legislação vigente.

II. DAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO EXERCÍCIO DA MAGISTRATURA

É fato conhecido que um Juiz Federal (substituto), em início de carreira, com menos de 30 anos de idade (em média), muito provavelmente recebe um salário muito acima da média do funcionalismo público, - algo em torno de R\$ 17.000,00 líquidos -, com alguns (mas nem todos, frise-se) acumulando outros R\$ 4.000,00, a título de auxílio-moradia¹. Porém, também resta incontestável que um Desembargador Federal, em final de carreira, com mais de 60 anos de idade em média, percebe uma soma de apenas 10% a mais sobre estes valores (lembrando, por oportuno, que os membros do Poder Judiciário *não* recebem gratificação por tempo de serviço, em forma de quinquênios, triênios ou anuênios), totalizando um salário líquido de menos de R\$ 22.000,00 (já incluídos todos os benefícios da carreira, ou seja, o *auxílio-saúde*, no valor de R\$ 215,00, e o *auxílio-alimentação*, na cifra de R\$ 884,00).

Este montante pode até parecer exagerado, pois significa cerca de 22 (vinte e dois) salários mínimos. Mas, para alguém, nesta faixa etária, normalmente com mais de 30 (trinta) anos de serviço público, que não pode receber *hora extra* (embora seja extremamente comum as sessões dos Tribunais se alongarem muito além do fim do expediente, e se encerrarem, não poucas vezes, após as 20 horas. Além disso, não se pode olvidar que, mesmo após este período, o Magistrado ainda tem que atender a verdadeiras filas de advogados, encerrando seu horário de trabalho, muitas vezes, após as 22 horas), bem como não pode ter nenhum outro *vínculo empregatício* público ou privado (exceto um cargo de professor, - sabidamente uma das profissões mais mal remuneradas do Brasil -, conforme dispõe o artigo 95, parágrafo único, inciso I da Constituição Federal); cabe questionar se realmente o subsídio dos Magistrados se constitui em uma remuneração tão elevada (e atrativa) como pode parecer *prima facie*.

Vale lembrar, por oportuno, que além da proibição quanto ao exercício de qualquer outra atividade profissional (de qualquer natureza), ao Juiz, igualmente, é defeso exercer o *comércio* ou participar de *sociedade comercial*, inclusive de economia mista, exceto como *acionista* ou *quotista* (artigo 36, inciso I, da **Lei Complementar nº 35/79** - Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN),

sendo-lhe vedado, ainda, exercer *cargo de direção* ou *técnico* de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e *sem remuneração* (artigo 36, inciso II, da **Lei Complementar nº 35/79** - Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN), bem como dedicar-se a *atividade político-partidária* e *lecionar* em mais de uma universidade pública, além de ser obrigado (em conjunto com a sua família) a residir na respectiva *comarca* de seu exercício funcional (artigos 93, VII c/c 95, parágrafo único da Constituição Federal).

Utilizando-se da notável (e rara) inteligência, equilíbrio e serenidade do General VILLAS BOAS, novel Comandante do Exército Brasileiro (Revista Direito Militar nº 126, set-dez de 2017, p.5), é perfeitamente defensável (ainda que não desprovido de críticas verdadeiramente democráticas), a remuneração (apenas aparentemente elevada) dos integrantes da Magistratura Federal (a exemplo também da dos militares de alta patente que lhe são, em certa medida, equivalentes), em função das peculiaridades da carreira judicante. Como é sabido, os Juízes Federais são proibidos de participar de atividades políticas; não podem se sindicalizar ou fazer greve; são movimentados em função de promoções da carreira (o que provoca efeitos colaterais para a família, como perda de emprego do cônjuge, troca constante de escola dos filhos, etc), além de estarem sujeitos a uma possibilidade punitiva mais ampla (pelas Corregedorias locais, pela Corregedoria do Conselho da Justiça Federal - CJF e pela Corregedoria Nacional do CNJ), além de um controle complementar pelo Tribunal de Contas da União - TCU, para onde devem entregar cópias de suas declarações de renda (IR) entre outras características da profissão.

Além disso, são proibidos de acumular empregos (exceto um cargo de magistério), têm dedicação exclusiva e disponibilidade permanente; não têm direito a horas extras de trabalho ou pagamento pelo trabalho noturno nos diversos serviços, inclusive plantões obrigatórios. Como consequência dessas peculiaridades da carreira, há estudos (a exemplo dos militares) que mostram que o número de horas trabalhadas pelo Magistrado em 30 anos de serviço equivale, em média, a 45 anos de serviço público convencional, considerando uma jornada diária de 8 horas de trabalho.

Caso o Juiz recebesse o pagamento de horas-extras e adicional noturno, direitos básicos garantidos aos demais trabalhadores (sem contar o direito ao FGTS), sua remuneração seria, a exemplo dos militares, no mínimo, 115% maior (REIS FRIEDE; fragmentos da palestra proferida sobre o Poder Judiciário, na Escola de Guerra Naval - EGN)

Destarte, se considerarmos que o Magistrado sequer pode ser *síndico* de seu

próprio prédio (o que usualmente o faria isento da taxa de condomínio), além de um rol quase interminável de restrições laborais paralelas remuneradas, pode não parecer, em indispensável reforço ao já consignado, um salário tão elevado assim.

III. DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DOS INTEGRANTES DA MAGISTRATURA

Além disto, é importante entrever, em contraponto, que praticamente a totalidade dos integrantes da classe tem, normalmente, além da graduação em Direito (obrigatória), outro curso superior, - normalmente em Administração -, acrescido de Especialização, Mestrado e Doutorado (contando, portanto, mais de 15 anos de estudo para formação profissional), estando, em uma comparação honesta e descontaminada de vícios ideológicos, pelo menos, no mesmo nível gerencial exigido em empresas paraestatais, ou mesmo em sociedades privadas e, com certeza, acima da maioria dos funcionários públicos estaduais (distritais e municipais), que desempenham atividades com muito menos exigência de formação acadêmica.

O pessoal do Exército que conduz a intervenção federal na segurança ficou espantado com alguns números da folha salarial da PM do Rio. Existem coronéis ganhando praticamente o teto de R\$ 33 mil. (Senhor Coronel, O Globo, 07/03/2018, p.12)

Trata-se, portanto, de verificar qual é o *paradigma* comparativo mais acertado. Se é em relação ao próprio Juiz Federal de primeira instância (que recebe, em média, *apenas* 10% a menos); se é em relação a qualquer gerente ou diretor de entidades paraestatais (que percebem remuneração em muitos casos acima dos R\$30.000,00, sempre ponderados em termos "líquidos"); ou mesmo se é em relação a executivos de empresas privadas (que somam salários e vantagens que, em grande parte, ultrapassam os R\$100.000,00 mensais), - todos, em regra, com graduação técnico-acadêmica inferior aos exigidos para a atuação na Magistratura -, a fim de que possamos discutir o assunto com sobriedade.

Considerando a perspectiva apresentada, um Desembargador, com 30 anos de serviço público, é certamente muito mal remunerado, ainda mais se levarmos em conta a imensa responsabilidade que o cargo exige. Entretanto, se a comparação for com um agente administrativo, um escriturário e outras tantas (importantes) categorias profissionais (inclusive desprovidas de diploma

de ensino superior) que percebem, muitas vezes, apenas quatro ou cinco salários mínimos por mês, mesmo contando com idênticos 30 anos de serviço, não há como deixar de reconhecer que o salário de um Desembargador possa parecer realmente elevado.

Porém, se o argumento central deste importante (e necessário) debate é a eventual existência de algum Juiz, nos estados-membros, percebendo *subsídios* (o nome técnico dos salários da Magistratura) em valores distintos dos aqui mencionados (e sem qualquer amparo legal), - ou mesmo se há Magistrados estaduais percebendo benefícios (auxílio saúde e alimentação) diversos dos contemplados em Lei, ou em valores excedentes aos tetos (respectivamente de R\$ 215,00 e R\$ 884,00) atribuídos aos Magistrados Federais (que se constituem em natural paradigma) -, a *história* (e o correspondente enredo) é outra: trata-se (por óbvio) de fato gravíssimo e que deve ser apurado, - a exemplo de qualquer outro servidor do Estado -, com extremo *rigor*, especialmente (ainda que não exclusivamente) pelo órgão de controle externo do Poder Judiciário, qual seja, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), inclusive em defesa da Instituição da Magistratura, cuja reputação social precisa ser (sempre e a todo custo) preservada.

IV. DA PREOCUPANTE REDUÇÃO DE CANDIDATOS APTOS À APROVAÇÃO NOS RECENTES CONCURSOS PARA A MAGISTRATURA

Divergências à parte há, contudo, um fato que resta (absolutamente) incontestável e que deve ser, em indispensável adição, muito bem esclarecido (com plena e completa) *transparência, lucidez e isenção*. Se alguém (realmente) acredita que o salário de um Juiz Federal, em início de carreira, é excepcionalmente atraente, por que razão simplesmente não se submete ao concurso público (que, inclusive, é realizado atualmente não mais pelo próprio Poder Judiciário, e sim por empresas especializadas, contratadas por licitação, e com mecanismos de controle externo, com fiscalização pelo CNJ, provendo absoluta e total transparência) e passa (simplesmente) a auferir o tão almejado salário?

Afinal, é sabido que em todos os concursos para Juiz, - sem exceção e em qualquer parte do Brasil -, há historicamente excedentes de vagas (existem, neste exato momento, cerca de 5.000 cargos de Juízes aguardando candidatos que possuam uma competência intelectual mínima para a correspondente aprovação

nos inúmeros concursos públicos que se repetem dia a dia), fazendo com que seja reconhecidamente incontestável o *mérito* daqueles poucos que logram aprovação, obtendo em todas as disciplinas a nota mínima exigida².

É deveras preocupante constatar que, nos dias atuais, os melhores alunos nos cursos de graduação em Direito não visam (de forma estatisticamente comprovada) a carreira da Magistratura, percebendo-a, ao contrário do senso comum, como um trabalho extremamente *desgastante* e relativamente *mal remunerado* e, portanto, pouco atraente em relação aos elevados ganhos da advocacia, razão primaz da permanente dificuldade em se preencher as vagas ofertadas em todos os concursos para a Judicatura (em virtual prejuízo para a sociedade, que tem que conviver com um constante *déficit* no quantitativo de Magistrados em atividade, mesmo em um ambiente de reconhecido declínio quanto à exigência da qualidade técnica dos concursados nos últimos anos)³.

Ainda assim, é cediço concluir que o debate em tela é extremamente salutar e deve ser realizado por todo o conjunto da sociedade, que, afinal, é quem, - em última análise -, paga os salários de todos os servidores públicos.

Entretanto, resta absolutamente fundamental que qualquer discussão sobre o tema seja (necessariamente) pautada e, particularmente, conduzida com indispensável *seriedade* e *honestidade*, até porque é sabido que o desempenho do trabalho do Magistrado se faz, em regra, com grande sacrifício pessoal (bem como de seus familiares), - fato que é corroborado pelo grande número de Juízes que se encontram *adoentados* (devido ao constante estresse a que são submetidos) -, correspondendo, estatisticamente, ao maior índice de enfermidades entre todas as classes de servidores públicos.

Vale também destacar o elevado número de Juízes que não usufruem de férias há mais de três anos e tantos outros (importantes) dados estatísticos que merecem ser revelados para que os cidadãos possam fazer um julgamento *justo e imparcial* (e, sobretudo, *não contaminado por desvios ideológicos*) sobre a adequação ou não dos salários pagos à Magistratura pelo conjunto da sociedade. E, ainda, qual é exatamente o Poder Judiciário que a sociedade realmente deseja construir⁴.

V. DAS FALÁCIAS ORQUESTRADAS PELA MÍDIA

O que parece incorreto (e até mesmo desonesto), todavia, é esse estranho e pouco explicável *foco* (recente) nos salários dos Juízes⁵ (em particular), - com exibição (aparentemente intencional) de contracheques com valores excepcionalmente *ampliados*, mormente em função de específicos recebimentos

de 13º salário, retribuição pecuniária por férias vencidas (e não usufruídas por imperiosa necessidade do trabalho), ou mesmo outras singularidades (típicas da Lei laboral brasileira e inerentes à ampla maioria das carreiras, além de expressamente previstas em lei) e que beneficiam, em regra, todos os demais trabalhadores, seja do setor público ou do setor privado -, sobretudo nesse especial (e extraordinário) momento histórico em que os integrantes do Poder Judiciário estão combatendo, com extrema dedicação (travando uma luta sem tréguas, e trabalhando exaustivamente em um expediente de mais de 12 horas por dia, incluindo sábados, domingos e feriados), a corrupção ímpar na história deste país, colocando atrás das grades, pela primeira vez após a proclamação da República, pessoas extremamente poderosas e empresários imensamente ricos que, inclusive de forma audaciosa, vêm, velada, ou mesmo ostensivamente, ameaçando a vida dos integrantes da Magistratura (e de seus familiares), aumentando a sobrecarga de estresse, além de obrigá-los a efetuar excepcionais gastos pessoais com segurança, em face da própria (e reconhecida) impossibilidade do Estado prover as necessárias condições ideais de trabalho.

Nós tememos que aconteça no Brasil o que aconteceu na Itália. Lá houve esse mesmo procedimento (de desvalorização da Magistratura) quando fizeram a Operação Mãos Limpas. (ROBERTO VELOSO; A Crise só Vale para Juízes, O Globo, 16/03/2018, p.3)

Não é segredo que existem diversas categorias do serviço público, nos dois outros Poderes e, particularmente, nas empresas paraestatais, em que muitos dos seus integrantes acumulam *cargos e funções* que ultrapassam em muito o teto constitucional estabelecido para Ministros do Supremo Tribunal Federal. Por que não obrigar o chamado Portal da Transparência, em obediência ao princípio constitucional da isonomia, a também consignar (publicamente) os ganhos de todos os empregados das mais de 400 empresas estatais federais, estaduais, distritais e municipais, que também percebem seus vencimentos pelos cofres públicos?⁶ E mesmo porque também não expandir tal exigência para a iniciativa privada?⁷

E por que também não registrar, - tornando claro e expresso, para todo o conjunto da sociedade -, que a maioria das categorias do funcionalismo público pode *acumular* legalmente o seu cargo público com o desempenho de atividades privadas, inclusive comerciais (fazendo de seu labor público muitas vezes apenas um “bico”), aumentando em muito o resultado final de sua remuneração mensal?

Afinal, se o julgador derradeiro é o titular do poder político, - ou seja, o povo -,

é obrigação da Imprensa e dos Meios de Comunicações (com os indispensáveis atributos da impessoalidade, imparcialidade e isenção) instruir o conjunto da sociedade, completa e corretamente, com todos os dados e informações para que esta possa chegar, sem induções (muitas vezes dolosas), às suas próprias conclusões quanto à necessidade de *redução* ou, até mesmo, de eventual *elevação* de salários de determinadas categorias, corroborando, em conclusão, o objetivo finalístico de se construir uma verdadeira *justiça salarial*⁸.

VI. CONCLUSÃO

O presente trabalho realizou uma análise geral no que concerne à política de *reajuste* dos subsídios dos Magistrados, levando em conta todas as especificidades e limitações que o cargo impõe.

Embora um Juiz Federal (substituto), em início de carreira, com menos de 30 anos de idade (em média), receba um salário muito acima da média do funcionalismo público, tratar tais valores como excessivos nada mais é do que uma *falácia*, considerando a *impossibilidade* de recebimento de *horas extras*, bem como de se vincular a outro *vínculo empregatício* público ou privado (exceto um cargo de professor, conforme dispõe o artigo 95, parágrafo único, inciso I da Constituição Federal).

Além da proibição quanto ao exercício de qualquer outra atividade profissional, ao Juiz, igualmente, é defeso exercer o *comércio* ou participar de *sociedade comercial*, inclusive de economia mista, exceto como *acionista* ou *quotista*, sendo-lhe vedado, ainda, exercer *cargo de direção* ou *técnico* de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e *sem remuneração*, bem como dedicar-se a *atividade político-partidária* e *lecionar* em mais de uma universidade pública, além de ser obrigado (em conjunto com a sua família) a residir na respectiva *comarca* de seu exercício funcional.

Por outro lado, é importante salientar que praticamente a totalidade dos integrantes da classe tem, normalmente, além da graduação em Direito (obrigatória), outro curso superior, acrescido de Especialização, Mestrado e Doutorado (contando, portanto, mais de 15 anos de estudo para formação profissional), estando, pelo menos, no mesmo nível gerencial exigido em

empresas paraestatais, ou mesmo em sociedades privadas e, com certeza, acima da maioria dos funcionários públicos, que desempenham atividades com muito menos exigência de formação acadêmica.

O que se revela peculiar, é esse estranho e pouco explicável *foco* (recente) nos salários dos Juízes (em particular), com exibição de contracheques com valores excepcionalmente *ampliados*, mormente em função de específicos recebimentos de 13º salário, retribuição pecuniária por férias vencidas (e não usufruídas por imperiosa necessidade do trabalho), sobretudo nesse especial (e extraordinário) momento histórico em que os integrantes do Poder Judiciário estão combatendo, com extrema dedicação, a corrupção ímpar na história deste país, colocando atrás das grades, pela primeira vez após a proclamação da República, pessoas extremamente poderosas e empresários imensamente ricos que, inclusive de forma audaciosa, vêm, velada, ou mesmo ostensivamente, ameaçando a vida dos integrantes da Magistratura (e de seus familiares), aumentando a sobrecarga de estresse, além de obrigá-los a efetuar excepcionais gastos pessoais com segurança, em face da própria (e reconhecida) impossibilidade do Estado prover as necessárias condições ideais de trabalho.

É necessário, portanto, prover este importante debate de um mínimo de *seriedade, equilíbrio* e, acima de tudo, *correção, honestidade, ética e moral*, para que o povo brasileiro, refletida e corretamente, conclua racionalmente sobre os salários públicos e a correspondente adequação quanto à seleção de seus servidores⁹.

NOTAS COMPLEMENTARES:

1. Auxílio-Moradia

Recentemente, muito se tem discutido a respeito do denominado *auxílio moradia* concedido aos magistrados.

Apesar de ser equivocadamente chamado de *benefício*, o auxílio moradia – ainda que muitos o considerem, a exemplo de qualquer outra fonte de rendimento, um “acréscimo salarial *indireto*”, amparado em lei e, de certa forma, extremamente comum no serviço público, uma vez que é pago a diversas categorias de servidores públicos civis e militares, em todas as esferas estatais (Federal, Estadual, Distrital e Municipal) – configura, a bem da verdade, uma efetiva *contraprestação* pecuniária aplicável exclusivamente às hipóteses de eventual não cumprimento, por parte do Estado, da determinação legal de se prover residência oficial (próprio nacional) às categorias que, por lei, estão obrigadas a residir

nos estritos limites geográficos da comarca e/ou município em que desempenham suas respectivas atividades laborais.

Segundo assevera CONRADO HÜBNER MENDES (*O Discreto Charme da Magistratura*, Revista Época, 5 mar. 2018, p. 34), existem – de forma geral, porém não necessariamente técnica – em prol da defesa do pagamento de auxílio moradia aos magistrados, três tipos de argumento: “(i) o institucional, que examina qual é a política salarial adequada para um Judiciário competente e independente, ou seja, que atraia gente preparada, vocacionada e que não se renda às tentações materiais da corrupção; (ii) o moral, que determina o que é um salário justo no contexto da desigualdade brasileira, não em abstrato; e (iii) o jurídico, que olha a lei e verifica quem tem direito a qual remuneração”.

Em amparo ao aludido argumento *institucional*, há a comprovação fática, e não apenas simples evidências concretas, de que o atual *nível salarial* – apesar de, em determinadas comparações *seletivas*, parecer elevado – não tem se mostrado capaz de atrair candidatos tecnicamente capacitados para o desempenho da judicatura, considerando não somente o frequente não preenchimento das vagas ofertadas, como também o reconhecido e contínuo declínio do nível intelectual (e do indispensável conhecimento jurídico) dos novos juízes, fator que se associa a um desastroso processo de juvenilização da Magistratura, com o comprovado desinteresse de potenciais postulantes ao cargo, dotados de maior experiência profissional pretérita, maturidade jurídica, equilíbrio emocional e, sobretudo, aprofundado conhecimento da legislação, bem como de sua correta hermenêutica.

Apesar dos estudos conduzidos pelo professor LUIZ WERNECK VIANA (especialmente o Corpo e Alma da Magistratura Brasileira, publicada em 1997) apontar uma pretensa melhora no nível socioeconômico e institucional da Magistratura brasileira, a verdade é que a respeitável pesquisa epigrafada tomou por base uma suposta unicidade da justiça verde e amarelo, desconsiderando a estratificação do Poder Judiciário, caracterizada pelas suas diferentes ramificações. Portanto, se tais conclusões podem até ser, em parte, consideradas válidas para o Poder Judiciário Estadual (ainda que com muitas ressalvas em função das inúmeras especificidades de cada estado membro da federação), é fato que o mesmo, à toda evidência, não se aplica às Justiças estaduais carioca e paulista e, sobretudo, à Justiça Federal, cuja densidade intelectual e mesmo socioeconômica de seus membros tem, em regra, visivelmente declinado, desde os anos 90.

(REIS FRIEDE; Fragmento de palestra proferida na Escola de Guerra Naval sobre o Poder Judiciário do Século XXI, em 19 jul. 2017)

No que concerne ao referido argumento *moral* mencionado por CONRADO HÜBNER MENDES, cumpre destacar as comparações (descabidas, diga-se de passagem) entre o

trabalho dos juizes e de outras categorias do serviço público, as quais, embora possam auferir, em uma comparação direta, salários menores, possuem carga de trabalho efetivamente inferior a dos magistrados, podendo, inclusive, desempenhar, em paralelo, outras atividades remuneradas, quer pela ausência de restrições legais para tanto, quer sob a ótica de maior disponibilidade de tempo.

Finalmente, no plano da argumentação de *cunho jurídico*, deve ser assinalada a existência de expressa previsão legal que permite o pagamento de auxílio moradia aos juizes (a exemplo de outras carreiras públicas), sendo imperativo uniformizar a interpretação quanto ao *alcance* e à *aplicabilidade* efetiva do dispositivo normativo autorizador.

Ademais, e a par de todos os argumentos assinalados, é importante destacar que, sob a ótica rigorosamente técnico-legal, a normatividade regulatória do auxílio moradia, em particular para os magistrados, não somente estabeleceu um limite máximo (teto) para efeito de pagamento do coloquial e equivocadamente chamado *benefício* (de caráter *indenizatório*), como também – e o que é mais importante – disciplinou a *finalidade* precípua do auxílio moradia, que deve ser concedido (obrigatória e exclusivamente) *a todos aqueles que residem em locais em que o Estado não disponibiliza residência oficial*, exatamente o quadro legal aplicável aos juizes, os quais, por determinação constitucional (art. 93, VII, da CF/1988), são obrigados a residir na comarca onde prestam a tutela jurisdicional.

Desse modo, a concessão da verba em questão assenta na específica qualidade de *contraprestação* à excepcional obrigatoriedade que a legislação regente impõe a determinadas categorias de servidores públicos (inclusive aos magistrados), no sentido de residir (*exata e precisamente*) no município em que desempenham suas funções, independentemente de o juiz possuir (ou mesmo vir a adquirir, com recursos próprios) qualquer tipo de imóvel (e, eventualmente, optar por nele residir).

Nesse sentido, dispõe a Resolução nº 199, de 7 de outubro de 2014, do Conselho Nacional de Justiça:

[...]

CONSIDERANDO o caráter nacional do Poder Judiciário, a unicidade da magistratura e a necessidade de se estabelecer parâmetros seguros ao cumprimento da aludida decisão;

CONSIDERANDO que a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979) prevê o direito à “ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do magistrado” (art. 65, II);

CONSIDERANDO que a referida ajuda de custo vem sendo paga por diversos tribunais em patamares díspares, acarretando injustificável tratamento diferenciado entre magistrados;

CONSIDERANDO o conteúdo da Resolução 13, de 21 de março de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que exclui da incidência do teto remuneratório constitucional a ajuda de custo para moradia, entre outras verbas (art. 8º, I, "b");

CONSIDERANDO o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.783-RO, que reconheceu o caráter indenizatório da ajuda de custo para moradia, desde que não haja residência oficial, e, ainda, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADI 3854-1 e na ADI 3.367;

CONSIDERANDO a deliberação do Plenário do CNJ no Pedido de Providências 0004500-56.2011.2.00.0000 e o que consta no Pedido de Providências 0001110-78.2011.2.00.0000;

CONSIDERANDO o disposto no Processo de Comissão 0006164-25.2011.2.00.0000, reunido ao Processo de Comissão 0005452-35.2011.2.00.0000;

CONSIDERANDO a decisão do Plenário do Conselho Nacional de Justiça, na 196ª Sessão Ordinária, realizada em 7 de outubro de 2014;

RESOLVE:

Art. 1º A ajuda de custo para moradia no âmbito do Poder Judiciário, prevista no art. 65, II, da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979, de caráter indenizatório, é devida a todos os membros da magistratura nacional.

Art. 2º O valor da ajuda de custo para moradia não poderá exceder o fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O valor devido a título de ajuda de custo para moradia não será inferior àquele pago aos membros do Ministério Público.

Art. 3º O magistrado não terá direito ao pagamento da ajuda de custo para moradia quando:

I - houver residência oficial colocada à sua disposição, ainda que não a utilize;

II - inativo;

III - licenciado sem percepção de subsídio;

IV - perceber, ou pessoa com quem resida, vantagem da mesma natureza de qualquer órgão da administração pública, salvo se o cônjuge ou companheiro(a) mantiver residência em outra localidade.

Art. 4º A ajuda de custo para moradia deverá ser requerida (e não

automaticamente concedida) pelo magistrado, que deverá:

I - indicar a localidade de sua residência;

II - declarar não incorrer em quaisquer das vedações previstas no art. 3º desta Resolução;

III - comunicar à fonte pagadora da ajuda de custo para moradia o surgimento de quaisquer dessas vedações.

Art. 5º As despesas para o implemento da ajuda de custo para moradia correrão por conta do orçamento de cada Tribunal ou Conselho, gerando a presente Resolução efeitos financeiros a partir de 15 de setembro de 2014.

Art. 6º A percepção da ajuda de custo para moradia dar-se-á sem prejuízo de outras vantagens cabíveis previstas em lei ou regulamento.

Art. 7º Ficam revogadas as disposições regulamentares em contrário.

Art. 8º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Com efeito, o objetivo do preceito previsto no art. 65, II, da Lei Complementar nº 35/79, - que trata das vantagens que podem ser concedidas aos magistrados (em particular, a “ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do magistrado”), assim como dos atos administrativos normativos correlatos -, é prover, em última análise, uma *residência oficial* (custeada pelo Poder Público) a todos aqueles que, por *imperativo legal*, sujeitam-se a uma especial *obrigação* (decorrente de peculiaridades inerentes às suas funções públicas) *de residir no mesmo local* (município) *em que desempenham suas atividades*, desobrigando-os de incorrer em uma situação *ilegítima* de ter de *custear*, com seus próprios recursos, uma moradia em local não voluntariamente escolhido – e mesmo eventualmente indesejado –, porém determinado por imposição cogente, traduzida por uma exigência especial (muitas vezes contrária aos interesses particulares e familiares do titular do cargo público) prevista em lei.

Exatamente por isso, o equivocadamente denominado *benefício* – mas que na verdade caracteriza uma nítida *contraprestação* à obrigação especial imposta pelo Estado – não pode, não deve e nem é extensível, de forma indeterminada, a todos os funcionários públicos, aos quais, em regra, é permitido residir em municípios diversos daqueles em que desempenham suas atribuições, obviamente desde que consigam, comprovadamente, cumprir o respectivo expediente funcional. Assim, é perfeitamente possível que um servidor público resida no município de Três Rios/RJ e trabalhe em Juiz de Fora/MG (ou seja, não somente em Municípios distintos, como em Estados federados diferentes). Da mesma forma que nada impede que um servidor do Estado de São Paulo trabalhe na capital paulista e resida no Rio de Janeiro (não obstante a distância geográfica de mais de 400 quilômetros), - desde que, igualmente, logre provar conseguir cumprir o horário laboral -, a exemplo de muitos trabalhadores dos setores público e privado.

Destarte, nesse contexto de maior densidade cognitiva e correta exegese do regramento que rege a concessão do auxílio em comento, forçoso reconhecer que a única forma de se desobrigar o Estado de conceder *residência oficial* (ou, em sua eventual ausência, custeá-la em forma de *auxílio moradia*, de caráter indenizatório) seria por meio da *revogação* da atual norma impositiva (direcionada a determinadas categorias de servidores públicos, tais como juizes, membros do Ministério Público, militares, etc), e que consiste na inafastável e cogente obrigação de residir na mesma comarca (ou município) em que desempenham suas funções, liberando esses servidores também do regime de “plantões” obrigatórios (inclusive aos sábados, domingos e feriados, sem qualquer remuneração), bem como do dever de se submeter a *expedientes estendidos* e sem o competente pagamento de horas extras (razão maior da exigência legal de residência na comarca ou município).

Cumprir registrar, nesse contexto, que a adoção de tal medida (revogação da norma regente) seria extremamente difícil (para não dizer impossível) de ser implantada em locais remotos, tais como as comarcas do interior. Entretanto, mesmo nas capitais dos estados federados, tal *retrocesso* não seria recomendável (ainda que plenamente possível), em função das vicissitudes dessas carreiras públicas.

De qualquer forma, tal decisão é de exclusiva iniciativa do titular do Poder Político – cuja vontade livre e não viciada deve ser exteriorizada, na forma de lei, pelos respectivos representantes, especialmente do Poder Legislativo –, a quem compete, de acordo com o seu exclusivo critério, revogar o atual *regramento legal* que impõe a determinados agentes públicos o dever de residir na comarca e/ou município em que desempenham suas atividades laborais, afastando, por conseguinte, a correspondente *contraprestação* (dirigida ao Estado) de lhes prover residência oficial ou, na sua ausência, conceder-lhes o auxílio moradia.

O que não se admite, por evidente afronta aos princípios constitucionais vigentes, é a imposição de *obrigações* excepcionais a servidores públicos, bem como a qualquer cidadão brasileiro, sem lhes prover as correspondentes *compensações* de igual natureza.

Portanto, da mesma forma que não se pode, de modo leviano, fazer uma defesa apaixonada e desarrazoada em prol do pagamento do auxílio moradia, igualmente não se admite *conceber* e/ou *manter* obrigações laborais especiais e extraordinárias sem a devida compensação.

Trata-se, a toda evidência, de uma questão de *coerência lógica*, e não apenas, como desejam alguns – dolosamente ou por simples desconhecimento –, de um assunto permeado por argumentos de naturezas *institucional, moral* ou *jurídica*.

O que, todavia, resta inadmissível, é o pagamento de auxílio moradia a qualquer categoria do serviço público sem o perfeito enquadramento legal e em caráter contraprestacional, em odioso desvio de finalidade, ou mesmo em situações limítrofes

que não estejam absolutamente previstas em lei ou através de interpretações “elásticas” que distorcem a natureza jurídica e finalística do instituto epígrafado.

A título de exemplo, a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, por determinação prevista em Lei Estadual de 1980, gasta cerca de R\$ 4,8 milhões mensais para efeito de pagamento de auxílio moradia a 2.365 oficiais, chegando os de maior patente (coronéis) a receber salários brutos na ordem de R\$ 49 mil por mês (*O Globo*, 24 fev. 2018, p. 8), acima, portanto, do teto constitucional.

Ainda especificamente nessa Corporação, segundo a mesma fonte jornalística citada, há comandantes de batalhão que *residem em imóveis funcionais* e, simultaneamente, *recebem auxílio moradia*, o que, evidentemente, constitui, no mínimo, uma grave *irregularidade*, por se tratar de *contraprestações necessariamente excludentes*.

2. Do Amplo Acesso Público ao Cargo de Juiz Federal

Vale reafirmar que o *acesso* (diferenciado e amplamente facilitado) ao cargo de Juiz Federal, - de forma diversa dos cargos eletivos de Vereador, Deputado Estadual, Deputado Distrital, Deputado Federal e Senador, no âmbito do Poder Legislativo; ou dos cargos eletivos de Prefeito, Governador e Presidente da República, na esfera do Poder Executivo; e mesmo dos cargos de Secretários Municipais, Distritais e Estaduais ou de Ministros do Governo Federal, ou ainda dos cargos e funções de livre nomeação associados aos Poderes Legislativo e Executivo; praticamente inacessíveis a maior parte da população -, se perfaz com elevadíssimo grau de *acessibilidade* (ampla e democrática), e, de maneira diametralmente oposta a grande parcela dos demais empregos públicos, *completamente franqueável* a todos os brasileiros, de qualquer origem, gênero, etnia, raça, orientação, identidade ou opção sexual, credo, ideologia política, etc; bastando, apenas e tão somente, ostentar a graduação em Direito, o que pode ser facilmente obtida nas mais de 1.240 instituições de ensino jurídico espalhadas pelo território nacional [lembrando que o Brasil é o país que possui o maior número de faculdades de direito no mundo, dispondo, sozinho, de mais unidades do que todos os demais países somados, cujo montante é de 1.100 (Disponível em: <https://goo.gl/JdQX5L>, Acesso em: 07 mar. 2018)], incluindo quase 100 instituições *públicas* e *totalmente gratuitas*, além de inúmeras outras particulares, providas com bolsas governamentais no contexto do projeto PROUNI [oportuno registrar que apenas na região metropolitana do Rio de Janeiro existem 4 (quatro) Universidades Públicas: UFRJ, UNIRIO, UERJ e UFRRJ, cada qual com pelo menos, duas turmas iniciais de direito, totalizando oito cursos jurídicos permanentes, concomitantes e subsidiados pela sociedade].

Portanto, todo e qualquer cidadão que desejar (sincera e honestamente) auferir os tão propalados (e supostos) salários elevados (e mesmo exagerados) que são pagos à Magistratura, estão totalmente livres e aptos a conquistá-los, - de forma extremamente democrática pela via do concurso público universal -, demonstrando claramente as diferenças fundamentais (que não são noticiadas) entre o cargo de Juiz Federal e os

inúmeros outros (com remunerações, inclusive, muito mais atraentes e custeadas pelos mesmos cofres públicos) cujos acessos são, de um certo modo, negados (ou, no mínimo, extremamente dificultados) à ampla maioria da população.

Oportuno consignar que expressiva parcela dos atuais integrantes da Magistratura, advém das camadas sociais mais humildes do país, a exemplo do Ministro JOAQUIM BARBOSA, de reconhecida origem pobre, que logrou atingir por concurso público (era membro originário do Ministério Público antes de ingressar no STF), única e exclusivamente pelos seus méritos, à mais alta hierarquia do Poder Judiciário, na qualidade de Presidente do Supremo Tribunal Federal.

O problema que deve ser destacado pela mídia, portanto, não é propriamente os subsídios dos Magistrados (que estão amplamente acessíveis e passíveis de serem conquistados por qualquer brasileiro), mas, em sentido completamente oposto, à exagerada remuneração que é paga a diversos outros cargos, cujo acesso se dá, quase que exclusivamente, por “apadrinhamento” ou “financiamento eleitoral” (com recursos inacessíveis ao brasileiro comum), ou mesmo por “indicações políticas” e que nem sempre trabalham (ou são fiscalizados por órgãos de controle, como o CNJ e o CNMP). É exatamente nesse espectro (tão pouco difundido) que se encontra a verdadeira “sangria” dos cofres públicos e que, por esta razão, devem ser investigados com todos os rigores necessários.

3. O Melhor Caminho para o Futuro da Magistratura

Resta indiscutível que todo poder emana do *povo* e em seu nome é exercido, consoante o disposto no **parágrafo único** do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

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:*

Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

Portanto, não há qualquer margem para dúvidas no que concerne à absoluta (e necessária) obediência a todos aos ditames populares, incluindo, nesta seara, - como não poderia deixar de ser -, a questão referente não somente ao *nível remuneratório* da Magistratura, como igualmente ao *modelo de Justiça* que o *povo* deseja construir em nosso país.

Porém, ao que tudo indica, a opção que o povo consignou *expressamente* na atual Carta Magna foi o *fortalecimento* (gradual) *da Magistratura*, seguindo os exemplos da maioria dos países *democráticos*, assegurando, a esta categoria (diferenciada) de servidores públicos, especiais *prerrogativas* em correspondente *compensação* às singulares *vedações* e extraordinárias (e diferenciadas) *obrigações* laborais.

(...) Tem surgido uma nova elite na Magistratura (brasileira). Em 1970, somente 20% dos Juízes tinham pais com formação universitária. Ao tempo da pesquisa (1997), eles eram 40%. Mais da metade eram filhos de funcionários públicos de empresas paraestatais. (...)

O Judiciário brasileiro (de um modo geral) está mudando, para melhor, com uma velocidade maior que a do Executivo e do Legislativo. Não se conhecem casos de corrupção envolvendo essa geração de servidores (muito provavelmente em decorrência da ampliação das prerrogativas e das correspondentes vedações previstas na Constituição Federal de 1988). (LUIZ WERNECK VIANA; Corpo e Alma da Magistratura Brasileira, O Globo, 25/03/2018, p.6)

Nesse contexto analítico, importante destacar que, no que concerne à Justiça Federal, em particular, deve ser destacado que a mesma foi *recriada* em 1966, através da Lei nº 5.010, após ter sido (simplesmente) *extinta* na ditadura VARGAS, pelo artigo 90 da Constituição Federal de 1937, que, ao determinar quais seriam os órgãos do Poder Judiciário, suprimiu expressamente a Justiça Federal, mencionando apenas o Supremo Tribunal Federal; os Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; bem como os Juízes e Tribunais militares, *verbis*:

Art 90 - São órgãos do Poder Judiciário:

a) o Supremo Tribunal Federal;

b) os Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

c) os Juízes e Tribunais militares.

Oportuno esclarecer que, com o fim do Estado Novo e com a correspondente promulgação da Constituição de 1946, - muito embora a Justiça Federal não tenha sido *propriamente* recriada (mas tão somente o seu órgão de segunda Instância: o Tribunal Federal de Recursos - TFR) -, a nova ordem constitucional *restabeleceu* aos Juízes as prerrogativas que lhes foram concedidas pela Constituição de 1891 (artigo 6º, inciso II, letra "i") e que também haviam sido retiradas pela Constituição de 1937, - em especial a *inamovibilidade*, a *vitaliciedade* e a *irredutibilidade* dos vencimentos -, *verbis*:

Art 95 - Salvo as restrições expressas nesta Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes:

I - vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judiciária;

II - inamovibilidade, salvo quando ocorrer motivo de interesse público, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do Tribunal superior competente;

III - irredutibilidade de vencimentos, que, todavia, ficarão sujeitos aos impostos gerais (art. 15, nº IV).

Destarte, se, de fato, este é o caminho que a sociedade brasileira deseja continuar trilhando, no sentido do fortalecimento do Poder Judiciário, não tem qualquer sentido o debate sobre os *supostos* salários elevados da Magistratura, uma vez que, ao revés, a valorização da carreira, através da remuneração, vem justamente ao encontro do objetivo de possibilitar um recrutamento mais efetivo, atraindo mentes brilhantes para essa importante função, ao mesmo tempo afastando a mediocridade de eventuais candidatos, que somente desejam um abrigo seguro contra as dispensas imotivadas, típicas do labor privado, e não um comprometimento sério com o jurisdicionado.

Nessa toada, a sociedade brasileira deveria estar pensando, salvo melhor juízo, não propriamente em reduções dos subsídios dos Juízes, - que não ostentam salários tão elevados quanto o que o senso comum popular imagina -, mas, ao reverso, *ampliar* as restrições e vedações dos Magistrados no desempenho de seu importantíssimo mister jurisdicional, compensando-os em relação a estas novas (e especiais) obrigações.

Por exemplo, ao Magistrado deveria ser vedado, - *em qualquer hipótese* -, o exercício da advocacia *mesmo após a sua aposentadoria*, posto que tal possibilidade, em muitos aspectos, prejudica a imagem do próprio Poder Judiciário.

Ou seja, todas as vedações que se aplicam a Magistratura em sua *atividade*, deveriam também ser aplicadas em sua *inatividade*, considerando que é extremamente prejudicial à nação que Juízes, mesmo após uma *quarentena*, possam advogar, muitas vezes nos mesmos Tribunais em que outrora foram Juízes, Desembargadores e mesmo partícipes de sua administração, na qualidade de Corregedores, Vice-Presidentes e Presidentes.

Trata-se de uma questão *ética e moral* que deve ser considerada a luz de uma realidade efetiva, compensando-se, todavia, por dever de coerência *contraprestativa*, tal *restrição* com a concessão de uma excepcional e extraordinária aposentadoria integral (incluindo uma também excepcional *paridade* entre subsídios percebidos na atividade e na inatividade), que, neste caso, não deveria ser concedida (como na atualidade) aos demais servidores que não ostentariam, em tese, a título de exemplo, impedimento ao exercício da advocacia, ou de qualquer outra atividade e natureza.

Portanto, ao que tudo indica, o caminho deve ser (segundo vontade manifesta da sociedade organizada) o de *fortalecimento* da Magistratura e, em especial, da Justiça Federal, mormente por se tratar de uma instituição cujo objetivo transcende a simples prestação do serviço judiciário, servindo como efetivo instrumento de *estabilidade político-institucional*, estando, nessa condição, por todos os motivos elencados, seus titulares acima dos demais servidores públicos e, conseqüentemente, com mais *prerrogativas* (mas também com maiores *restrições*), permitindo, em última análise, que o povo brasileiro desfrute de uma Magistratura de verdadeira e genuína qualidade, como aparentemente o povo, livre e conscientemente, expressou desejar desde a Constituição Federal de 1946, com ênfase a partir da Carta Política de 1967 e, particularmente, após a reforma do Judiciário conduzida pela Emenda Constitucional nº 7 de 1977, ratificada pela Constituição Federal de 1988.

4. Poder Judiciário como Simples Prestador de Serviços Judiciários

Se a sociedade brasileira não deseja um Poder Judiciário com o atual grau de capacitação (de seus membros), - importante conquista que se cristalizou apenas nos últimos 30 anos -, é seu incontestável direito repensar a Justiça como simples prestadora de serviços jurídicos, liberando os Juizes para o livre exercício da *advocacia* (evidentemente em áreas distintas de sua atuação: por exemplo, Juizes estaduais laborarem na Justiça do Trabalho) e para outras *atividades privadas*, inclusive sociedades mercantis, etc (a exemplo de tantas outras categorias de servidores públicos).

Resta oportuno consignar que os membros do Ministério Público (antes das vedações impostas pela Lei Complementar 40/1981) podiam advogar, e inclusive ser contratados por empresas privadas.

Supostamente, o grande “salto” qualitativo, tanto dos Juizes como dos membros do Ministério Público, se fez justamente ao impedir que seus integrantes pudessem desempenhar outras atividades laborais remuneradas (exceto o magistério) permitindo, por fim, uma salutar dedicação exclusiva. Porém, este vínculo somente foi possível no passado (e será sustentável no futuro) com remuneração adequada (e com as prerrogativas previstas na Constituição, principalmente a irredutibilidade *real* de seus subsídios), impedindo que o recrutamento (com tantas restrições e exigências legais) acabe por selecionar, em regra, apenas os piores, dentre os formandos das Universidades de Direito.

5. Creche da Mediocridade

Em uma verdadeira *democracia* sempre prevalece o postulado fundamental segundo o qual “todo o poder emana do povo” (e, em seu nome, é exercido). Neste contexto, a decisão última e derradeira a respeito, entre outros, da *remuneração* (no sentido amplo da expressão) dos *agentes públicos* e, em particular, daqueles vinculados, direta ou indiretamente, à prestação da tutela jurisdicional (Juizes, membros do Ministério Público e Autoridades Policiais) é de exclusiva *competência* do *conjunto de nacionais* dotados de capacidade política (*cidadãos*), através de uma efetiva *opção* livre.

Por efeito consequente, não se discute a incontestável titularidade do *povo* (e do conjunto da sociedade), na tradução acima descrita, para, de forma soberana, decidir, em primeira e última instância, o *nível salarial* (ou a própria conveniência quanto à existência de *remuneração*) para os integrantes da *Magistratura* (e demais operadores públicos do direito); o que se impõe, todavia, é que esta decisão seja inexoravelmente *livre* e *consciente*, e verdadeiramente *transparente* a respeito de suas naturais consequências, e não seja, portanto, um simples resultado impensado ou, mesmo, fruto de inaceitável manipulação dos meios de comunicação, muitas vezes dominados pelo simples desconhecimento ou, em certos casos, até mesmo por interesses (e intenções) inconfessáveis.

Não obstante não ser o *nível remuneratório* o único *móvel* na opção final pelo ingresso

na *carreira da Justiça*, sem dúvida este fator exerce uma decisiva influência, contribuindo, sobremaneira, para a qualidade do recrutamento, particularmente em uma *área profissional* em que jovens de 25 a 30 anos têm oportunidades reais de auferir retribuição pecuniária mensal superior a faixa dos 50 (cinquenta) mil reais, - e advogados com maior experiência na faixa entre 100 e 200 mil reais -, conforme amplamente divulgado pelos meios de comunicação na atualidade, constatando uma realidade que, de certa forma, sempre ocorreu no Brasil, ao longo dos anos, conforme, inclusive, noticiado no final do século XX, na respeitável *Gazeta Mercantil*, em extensa matéria publicada em sua edição de 09.12.1998 (p. 8).

Não é por outro motivo, que percebendo remuneração total inferior aos 20 mil reais (líquidos) por mês, o processo seletivo dos juízes em todo o Brasil se encontra em uma lamentável situação de insuperável *comprometimento*, impedindo, simplesmente, que os mais preparados venham a ter qualquer interesse em participar (como comprovam os constantes *não preenchimentos* de vagas oferecidas), atraindo, em regra, apenas aqueles que, sem uma chance maior de triunfo profissional, optaram pelo “abrigo seguro” da atividade pública. Afinal, qual o jovem (e, com mais razão, o experiente advogado já estabelecido), com real *capacidade laboral* (e correspondente *densidade intelectual*), que, em sã consciência trocaria, em tese, uma promissora e rentável atividade profissional liberal de sucesso (financeiro) praticamente certo, para abraçar uma carreira reconhecidamente espinhosa, que requer grandes sacrifícios pessoais, para, ao final, perceber *vencimentos* (agora eufemística e legalmente rotulados como *subsídios*) equivalentes, em certa medida, até mesmo a de determinadas categorias (específicas) de técnicos de nível escolar secundário.

Por outro prisma, muito embora seja verdadeiro afirmar que alguns *jovens realmente brilhantes* (por incontestável vocação) tenham ingressado na Magistratura nos últimos tempos, é flagrante *equivoco* supor que as atuais condições de acesso sejam, como o foram, em alguma medida no passado -, rigorosamente difíceis, selecionando, por conseguinte, candidatos verdadeiramente de alto nível, considerando, acima de tudo, que o núcleo central do problema repousa exatamente no perceptível *desinteresse* dos mais competentes, independentemente, neste caso, de suas respectivas faixas etárias.

Afinal, com *percepção remuneratória* inicial de menos de US\$ 5.500,00 (equivalente a patamares inferiores a R\$ 20.000,00) mensais (líquidos), como já consignamos, é, de fato, muito difícil, em termos de mercado, que alguém, com mais de 25 anos de idade, e com (real) potencial de auferir, no mínimo dez vezes mais, se interesse verdadeiramente por uma carreira tão contaminada por restrições (é oportuno lembrar que aos Juizes, entre tantas outras limitações legais, é vedado exercer o *comércio* ou *participar de sociedade comercial*; *exercer qualquer cargo de direção* ou *técnico*; *dedicar-se a atividade político-partidária* e *lecionar* em mais de uma universidade pública, além de ser obrigado a residir na respectiva *comarca* de seu exercício funcional (arts. 93, VII c/c 95, par. único da CF/88 e art. 36 da LC -35/79) e tantos outros sacrifícios pessoais (e familiares), além de arcar

com uma carga desumana de trabalho (cada juiz é responsável, em média no Brasil, por, pelo menos, 4.000 processos) e uma permanente (e muitas vezes, pouco compreensível) cobrança social.

Nesse diapasão analítico resta praticamente irreversível o triste (e desastroso) processo de *juvenilização* da Justiça, com o contínuo ingresso, em seus quadros, de cada vez mais Juízes, Promotores e Delegados em idades incompatíveis com o grau de maturidade exigidos para as respectivas funções, e, ainda pior, com um nível de conhecimento técnico-jurídico cada vez mais comprometido, o que vem sendo verificado por uma constante e progressiva dificuldade de preenchimento de todas as vagas ofertadas nos mais diversos segmentos da Instituição da Justiça.

As *consequências*, desta autêntica empreitada (que pode ser, sem qualquer exagero, rotulada como *suicida*), por seu turno, aparecem, no dia a dia, e, cada vez mais com maior ênfase, causando *surpresa*, *perplexidade* e até mesmo *indignação*. Nessa linha de constatação fática, verifica-se, com nítida clareza, ter sido, simplesmente, incorporado ao cotidiano, inúmeros procedimentos policiais e judiciais, fundamentados com base no mais simples e absurdo *desconhecimento da lei*.

A guisa de exemplo, vale mencionar que, recentemente, um *Delegado de Polícia* prendeu, em suposto *flagrante delicto*, por *homicídio doloso*, um cidadão que, em situação de inequívoca *legítima defesa*, matou um marginal com extensa folha policial, mesmo após o atirador prestar-lhe o necessário socorro (somente após a chegada da ambulância, providenciada pela vítima da tentativa de roubo, o agente veio a falecer) e, ainda, posteriormente, de forma voluntária e espontânea, ter comparecido à Delegacia Policial para narrar o fato.

Outras situações análogas, que chegam a beirar o *ridículo* (se não fosse a tamanha gravidade de suas consequências), como em caso emblemático (no final dos anos 90) em que um juiz condenou uma empresa aérea ao montante de quatro bilhões de dólares (ou seja, quase 1% do PIB brasileiro à época), ou mesmo um outro, no qual o Magistrado determinou o *arrombamento* do cofre do Banco do Brasil, onde somente existiam moedas, para pagar dívida não transitada em julgado; além do verdadeiro *carnaval* de medidas *liminares*, concedidas ao *arrepio da lei* (que lamentavelmente tem se constituído em prática constante, em virtual prejuízo da Nação), somente vêem a corroborar o baixíssimo grau de qualidade técnica (e conhecimento jurídico) de grande parcela dos integrantes da Magistratura, em virtual prejuízo dos jurisdicionados que aguardam, muitas vezes por anos a fio, para a obtenção de decisões completamente equivocadas e desconexas com os ditames das leis, repercutindo nos inúmeros recursos e na própria eternização das demandas judiciais.

O conjunto da sociedade civil deve, portanto, despertar, o mais depressa possível, para esta flagrante e preocupante *realidade*, optando, livre e conscientemente, pelo tipo de *Justiça* que deseja para o nosso País e concluindo, de forma categórica, se realmente

interessa transformar o *Poder Judiciário*, em última análise, no que poderíamos denominar de uma verdadeira *creche da mediocridade*.

6. Da Necessidade de uma Completa Transparência sobre o Destino dos Recursos Públicos em Matéria Remuneratória

Se é plenamente consensual a imperiosa necessidade de uma (total e completa) transparência no que concerne a correta (e adequada) aplicação dos recursos públicos quanto ao pagamento dos mais diversos tipos de remuneração dos funcionários públicos (v.g. salários, vencimentos, proventos, subsídios, e todos os demais tipos de retribuição pecuniária de qualquer espécie e independentemente de complexas designações, quando oriundas, direta ou indiretamente, dos cofres públicos), resta imperativo, por imposição de inafastável coerência lógica, que não somente os subsídios da Magistratura e de algumas categorias dos funcionários públicos sejam publicitadas, através do Portal da Transparência (ou de qualquer outro instrumento de caráter informativo), ao povo brasileiro (na qualidade de titular incontestado do poder político e, conseqüentemente, do dinheiro que, incontestavelmente, lhe pertence, através da institucionalização do Estado brasileiro), posto que toda e qualquer forma de remuneração que advenha, explícita ou implicitamente, dos cofres públicos, para qualquer brasileiro, deve ser de pleno e amplo conhecimento de todos os patricios, sem restrições de qualquer natureza e independentemente de quaisquer outras considerações, particularmente de natureza ideológica.

Nesse sentido, não pode haver argumento (legal, moral e ético), minimamente sustentável, que exclua (expressa ou tacitamente) a obrigação de revelar os valores (bem como a natureza e as razões do correspondente recebimento) de remunerações de todos aqueles que, de alguma forma (ainda que camuflada ou dissimulada), percebam valores (totais ou parciais) com algum tipo de origem pública.

É o caso dos *empregados públicos* que, - ainda que regidos por legislações trabalhistas comuns (CLT), nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista -, se recusam, pelas mais variadas motivações, a revelar (de forma totalmente translúcida ao povo brasileiro, que, em última análise, é quem paga a sua remuneração) os seus, muitas vezes, *estratosféricos* vencimentos, em regra, muitas vezes acima do teto constitucional (que, também, sem qualquer razão plausível, e, portanto, incompreensivelmente, não os atinge).

De idêntica forma, resta inadmissível que empregados, - mesmo que de empresas privadas -, que percebem salários muito acima dos R\$ 200.000,00 mensais, e que possuem contratos com entes públicos, não sejam igualmente obrigados a revelar publicamente, no mesmo Portal da Transparência, esses valores, assim como a *forma* e a *natureza* de seus respectivos recebimentos, considerando que indiretamente são custeados pelo Tesouro Nacional, em virtude de *contratos* (de suas empresas ou entidades) com entes estatais, envolvendo verbas públicas (e que, - mais grave ainda -, muitas vezes se encontram *superfaturados*), ainda que sejam pagos por essas empresas, com o pretensível viés de "remuneração oriunda de dinheiro privado".

Não é possível sustentar dentro de um contexto (verdadeiramente) democrático, que só uma parcela de servidores públicos, no seu sentido amplo, sejam obrigados a publicitar sua remuneração, quando tantos outros (direta ou indiretamente) também percebem seus salários (e/ou suas retribuições pecuniárias) pelos mesmos cofres públicos.

Afinal, ou se deseja ter (e efetivamente se constrói) uma completa e total transparência, ou vamos apenas e tão somente *iludir* o povo (dolosa ou culposamente) com “meias verdades” sobre a real dimensão das remunerações pagas, de alguma forma, com o dinheiro que, em última análise, lhe pertence.

Nesse sentido não é razoável admitir, por exemplo, que diretores de grandes e conhecidas empresas nacionais, de incontestada natureza privada, mas cujo faturamento advém, em sua esmagadora maioria, de contratos públicos, - e, portanto, de dinheiro do povo brasileiro, - estejam percebendo remuneração muitas vezes superiores a dez vezes o teto constitucional (algo em torno de R\$ 300.000,00 mensais), sem que o *legítimo dono* desses recursos tenha, no mínimo, conhecimento do exato montante, e das variadas formas e modalidades pelas quais as mesmas são efetivamente pagas.

Com esta atual *pseudo* (e arbitrária) divisão entre remuneração de origem *pública* e *privada*, não há como o titular do dinheiro público realizar um julgamento justo sobre a remuneração dos Magistrados (e de outras carreiras específicas do funcionalismo público), sem que lhe sejam dados todos os elementos e informações de forma clara, isenta, honesta e desprovida de matizes ideológicas, excluindo-se eventuais falácias, tão comumente propagadas, principalmente por parte de determinados setores da mídia.

Pelo princípio da razoabilidade, - e por imperativo dever de coerência -, os únicos salários que devem ser (completamente) protegidos pelo princípio da *intimidade* e da *privacidade* são aqueles pagos por entidades privadas que auferem seu faturamento exclusivamente através de atividades que não tenham qualquer relação com o Estado (e com as correspondentes verbas públicas), sendo certo que estas são as únicas formas de remuneração que não podem (e nem devem) ser utilizadas como parâmetros comparativos com os subsídios da Magistratura ou com o de quaisquer outros cargos públicos.

7. Os Megassalários da Elite Burocrata

Reconhecidamente existe uma linha *tênue* entre salários públicos e privados, considerando que, em certo aspecto, a fonte pagadora, direta ou indiretamente, é sempre a mesma. Os caminhos é que são eventualmente diferentes, não obstante as permanentes resistências, por parte de uma casta de privilegiados do setor privado, em reconhecer tal fato.

Segundo GIL CASTELLO BRANCO (*Os Megassalários da Elite Burocrata*, O Globo, 21/03/2017) é conhecida a história de HENRY FORD, engenheiro americano que revolucionou a indústria automobilística, e criou a 'linha de montagem', *umentando a*

produtividade, reduzindo custos e democratizando o automóvel. Embora pagasse bem aos seus funcionários, repetia com frequência: *‘Não é o empregador quem paga os salários. Ele só os entrega. Quem paga os salários é o cliente.’* O “cliente” é, em última análise, o povo de uma nação que se obriga a adquirir produtos que entendem importantes (ou mesmo indispensáveis) para as suas vidas, pelo preço determinado pelo produtor (o que inclui, inexoravelmente, a remuneração de sua classe dirigente), ainda que a força do mercado possa regular eventuais excessos.

Na Administração Pública (em seu sentido ampliado, a incluir, além do Executivo, o Legislativo e o Judiciário) o mesmo fenômeno ocorre. É a sociedade organizada quem, em última análise, sustenta a remuneração de seus servidores, através do pagamento de tributos e outras obrigações pecuniárias (limitando, de forma análoga, a *arrecadação*, os aumentos salariais passíveis de serem concedidos).

Portanto, de forma diversa do que muitos pretensos estudiosos defendem, é igualmente grotesco os *megassalários* recebidos por uma minoria de privilegiados, quer na iniciativa pública, quer também na iniciativa privada.

O artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal determina, no que concerne especificamente à retribuição pecuniária dos servidores públicos, que as remunerações nos Três Poderes, bem como os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Nos municípios, o teto é o salário do prefeito. Nos estados, o subsídio do governador para o Executivo e dos desembargadores para o Judiciário, aplicável aos membros do Ministério Público, procuradores e defensores.

Todavia, como qualquer texto legal (e em qualquer país democrático do mundo), o texto constitucional precisa ser interpretado para que se traduza, corretamente, a vontade da sociedade no que tange ao pagamento dos servidores públicos. Dessa forma, é considerada “extrateto” uma série de retribuições indenizatórias legalmente instituídas.

Tal fato, entretanto, nem sempre consegue evitar que certos servidores públicos, - que não são necessariamente regidos pelos limites contratuais (como, por exemplo, os servidores de empresas paraestatais: sociedades de economia mista e empresas públicas) -, possam auferir salários extremamente elevados, - tais quais muitas remunerações de empresas privadas -, todos pagos (direta ou indiretamente) pela sociedade brasileira, ainda que com denominações distintas: “contribuintes” e “clientes”.

Esta assertiva nos conduz, portanto, a uma questão extremamente relevante. É de suma importância que todas as fontes pagadoras (sejam públicas ou privadas) divulguem os salários dos seus funcionários, auferidos em suas respectivas empresas, principalmente as monopolistas, a exemplo do que parcela dos funcionários públicos já o fazem através do denominado “Portal de Transparência”.

Se é verdade, como afirma GIL CASTELLO BRANCO, que *não é o governo quem paga os salários dos funcionários públicos, ele apenas os transfere; quem paga são os contribuintes*, é também fato de que são os “clientes”, conforme dito por HENRY FORD, e não o empregador, que, igualmente, suporta os megassalários da iniciativa privada.

Ou seja, de uma forma ou de outra, é o *povo* quem paga a conta e estes a quem todos, sem exceção, de forma transparente, permitir saber o exato valor. (GIL CASTELLO BRANCO; *Os Megassalários da Elite Burocrata*, O Globo, 21/03/2017).

8. Das Irredutibilidades Remuneratórias Real e Nominal

A questão remuneratória dos integrantes da Magistratura precisa ser urgentemente *contextualizada*.

Se é certo que a escolha individual pela carreira de Juiz é uma questão privada, resta evidente que a *política salarial*, em contrapartida, é uma imposição de ordem pública e que se sujeita, necessariamente, ao debate democrático (maduro e sereno), a ser realizado através (particularmente) dos inafastáveis parâmetros da *legitimidade* e da *legalidade*.

A carreira é uma escolha privada de cada juiz; a política salarial, ao contrário, deve estar sujeita ao debate democrático. (CONRADO HÜBNER MENDES; O Discreto Charme da Magistratura, Revista Época, 05/03/2018, p.34).

Nesse diapasão, se o inarredável *respeito* ao texto constitucional (princípio da *legalidade*) deve ser adicionado à incontestabilidade de sua feição democrática, amparada na realização escrita dos anseios e da vontade livre do povo (princípio da *legitimidade*), não há como deixar de concluir que o titular do poder político, através de seus representantes, na Assembléia Nacional Constituinte que deu origem à Constituição Federal de 1988, expressa e inequivocamente alçou a Magistratura nacional a uma posição de destaque especial, dotando-a de uma importância maior em relação às demais classes de servidores públicos (por esta razão, muito bem classificados os Juizes como *agentes políticos* e não como *funcionários públicos* propriamente ditos), outorgando aos mesmos uma série de *garantias* e *prerrogativas* (todas previstas expressamente na Carta Magna vigente), - mas com severas *contrapartidas*, traduzidas por *vedações* e *restrições* comprovadamente muito mais rigorosas do que as impostas aos demais segmentos do serviço público -, tornando a judicatura uma carreira diferenciada de todas as demais, mesmo em relação àquelas classificadas como carreiras típicas de Estado.

Senão, vejamos; aos Magistrados, segundo o disposto no artigo 95, é concedida uma série de prerrogativas singulares, destacando-se a *irredutibilidade remuneratória* (inciso III). Portanto, não há qualquer dúvida ou controvérsia (doutrinária ou jurisprudencial, ou mesmo de qualquer outra natureza) de que a remuneração dos Magistrados, por *especial* (e destacada) garantia constitucional é absolutamente *irredutível*.

Como o disposto no artigo 7º, inciso VI, na parte geral da Constituição Federal, também confere *irredutibilidade salarial*, outorgada a todos os trabalhadores, indistintamente, - e partindo-se da premissa que a correta interpretação dos textos legais afasta qualquer hipótese de “redundância legislativa”, - não há como deixar de concluir que a *irredutibilidade remuneratória* da Magistratura (prevista em norma especial) é conferida em termos *reais* (recompondo-se plenamente o poder de compra, em relação ao nível salarial originariamente concedido quando da promulgação do texto constitucional e, sempre e necessariamente na previsão orçamentária anual), ao passo que a dos demais trabalhadores é conferida apenas em termos *nominais*.

Destarte, a correta exegese jurídica dispõe que não se verifica tautologia entre textos de mesma hierarquia, - como é o caso desta hipótese, uma vez que tanto o artigo 95, inciso III, quanto o 7º, inciso VI, ambos ora em análise, estão elencados na mesma Constituição Federal de 1988 -, eis que, em que pese o primeiro dispositivo seja especial em relação ao primeiro, não alude a uma *irredutibilidade nominal*, que é comum a todos os servidores e trabalhadores, e sim a uma *irredutibilidade* em termos *reais*, ou seja, o Magistrado teria uma *garantia especial* outorgada pela sociedade (na qualidade de titular do Poder Constituinte) em função da importância inafastável que se reveste a prestação da tutela jurisdicional, como mediadora dos conflitos sociais.

Tal preceito se justifica, considerando que a *irredutibilidade*, em sentido *real*, significa dizer que o dispositivo referente aos Magistrados não é e nem poderia ser *redundante*, mas tão somente *singular*.

Esta questão não é propriamente inédita e já foi objeto de deliberação hermenêutica, mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, - uma vez que o texto da Constituição Federal de 1967 (como bem assim da Emenda Constitucional 1/69) também deliberava, de igual forma, - concluindo-se no sentido da existência de uma garantia especial (de irredutibilidade salarial, em termos *reais*) para a Magistratura, ao lado de tantas outras especiais (e singulares) garantias para o livre (isento, imparcial, independente e impessoal) exercício da atividade judicante, alcançando esta, de forma geral, nos diversos textos constitucionais, a uma condição de importância excepcional.

Muito embora possa ser considerado correto afirmar, em termos amplos e genéricos, que o Magistrado - no desempenho de seu mister - possua uma determinada condição, em princípio, acima da própria autoridade pública, de modo geral, por exercitar mais diretamente - agindo como Estado em nome do próprio Estado - o poder estatal, através da jurisdição, em nenhuma hipótese tem o magistrado uma autoridade e um poder que não esteja nitidamente previstos e limitados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais que com ela convergem. (REIS FRIEDE; Vícios de Capacidade Subjetiva do Julgador, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p.1)

O Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da correta interpretação da

vontade do povo, expressa na Carta Constitucional, já, por diversas vezes, se manifestou neste sentido, determinando ao poder Executivo que, em sinérgica obediência à Lei Constitucional, *anualmente*, recomponha (em termos reais) os *subsídios* dos Magistrados, compensando as reduções salariais incidentes provocadas pelo fenômeno inflacionário, *verbis*:

A irredutibilidade de vencimentos, prevista na Constituição Federal - artigos 7º, inciso VI, 37, inciso X, e 39, § 2º-, implica a manutenção do poder aquisitivo do valor satisfeito, estando, assim, ligado ao quantitativo real e não, simplesmente, nominal. (STF; RE 193285, Min. MARCO AURÉLIO, DJU 16/12/1997)

O princípio da irredutibilidade de vencimentos deve ser observado mesmo em face do entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico. (STF; RE-AgR 387849, Min. EROS GRAU, DJU 04/09/2007)

Todavia, a norma constitucional (e a própria decisão do Supremo Tribunal Federal) vem sendo permanentemente descumprida pelas mais diversas razões, e, mais grave ainda, também, de forma ilegal, vem, constantemente, se atrelando o salário de outras categorias à remuneração da Magistratura (que em seu mais alto grau de Ministro do Supremo Tribunal Federal, corresponde ao teto remuneratório que não somente não pode ser ultrapassado, como também sequer pode servir de base para aumentos salariais de outras categorias, por se tratar de remuneração específica de Juiz, estabelecida, de forma específica, em norma especial).

Agora, se a vontade soberana do povo brasileiro na atualidade é diversa daquela manifestada quando da edição da Constituição Federal de 1988, devem ser tais dispositivos legais revogados (em parte ou em sua totalidade), através de competente Emenda Constitucional, retirando esta garantia (quanto à irredutibilidade real de subsídios) e (mesmo) outras, em respeito ao próprio regime democrático; e jamais se estabelecendo um odioso (e perigoso) descumprimento da norma constitucional vigente, independentemente de outras considerações de qualquer natureza (justiça social, ideologia, etc).

(...) se o reajuste automático (e anual) tivesse sido garantido (consoante o texto constitucional vigente) desde 2005, os subsídios (dos Juizes) estariam hoje no patamar de 47 mil reais (GUILHERME FELICIANO; A Crise só Vale para Juizes, O Globo, 16/03/2018, p.3)

Por fim, vale também consignar que, em um regime verdadeiramente democrático, muito embora o (permanente) debate seja extremamente salutar, a dolosa campanha difamatória (eis que denegridora dos dispositivos constitucionais, tradutores da vontade livre de um povo), orquestrada por alguns setores, notadamente por razões ideológicas ou de revanchismo em relação ao protagonismo do Poder Judiciário no combate à corrupção, - desviando-se dos aspectos fundamentais da estreita legalidade dos subsídios da Magistratura -, devem ser rechaçados, pois em nada contribuem para a honesta e

isenta formação da opinião pública e, conseqüentemente, para uma correta “tomada de decisões” (por parte do povo e de seus representantes legislativos) quanto a

esta importantíssima questão que vem afetando (como veladamente desejam todos aqueles que encontram-se em situação de desagrado com as decisões moralizantes da Justiça brasileira) a credibilidade da Instituição da Justiça, de modo geral, e do Poder Judiciário de forma particular, em evidente desbenefício da sociedade brasileira a quem os Juizes, por obrigação institucional, sempre serviram, servem e continuarão (apesar de todos os percalços) a servir.

(Sobre a situação salarial da Magistratura e do Ministério Público), há uma doce vingança contra Juizes e Procuradores devido às investigações de corrupção, principalmente da Lava-Jato: não existe outra razão para essa situação que não seja retaliação (JOSÉ ROBALINHO; A Crise só Vale para Juizes, O Globo, 16/03/2018, p.3)

9. Do Recente Posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU)

O Tribunal de Contas da União (TCU) decidiu, no dia 14/03/2018, pela *absoluta legalidade* quanto à *acumulação* de salários no serviço público, para remuneração de cargos distintos. A decisão se refere a uma consulta pública encaminhada pela Câmara dos Deputados em 2012. No entendimento do órgão, o teto salarial dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), de R\$ 33 mil, deve ser aplicado, separadamente, em cada um dos salários auferidos, e não na soma deles.

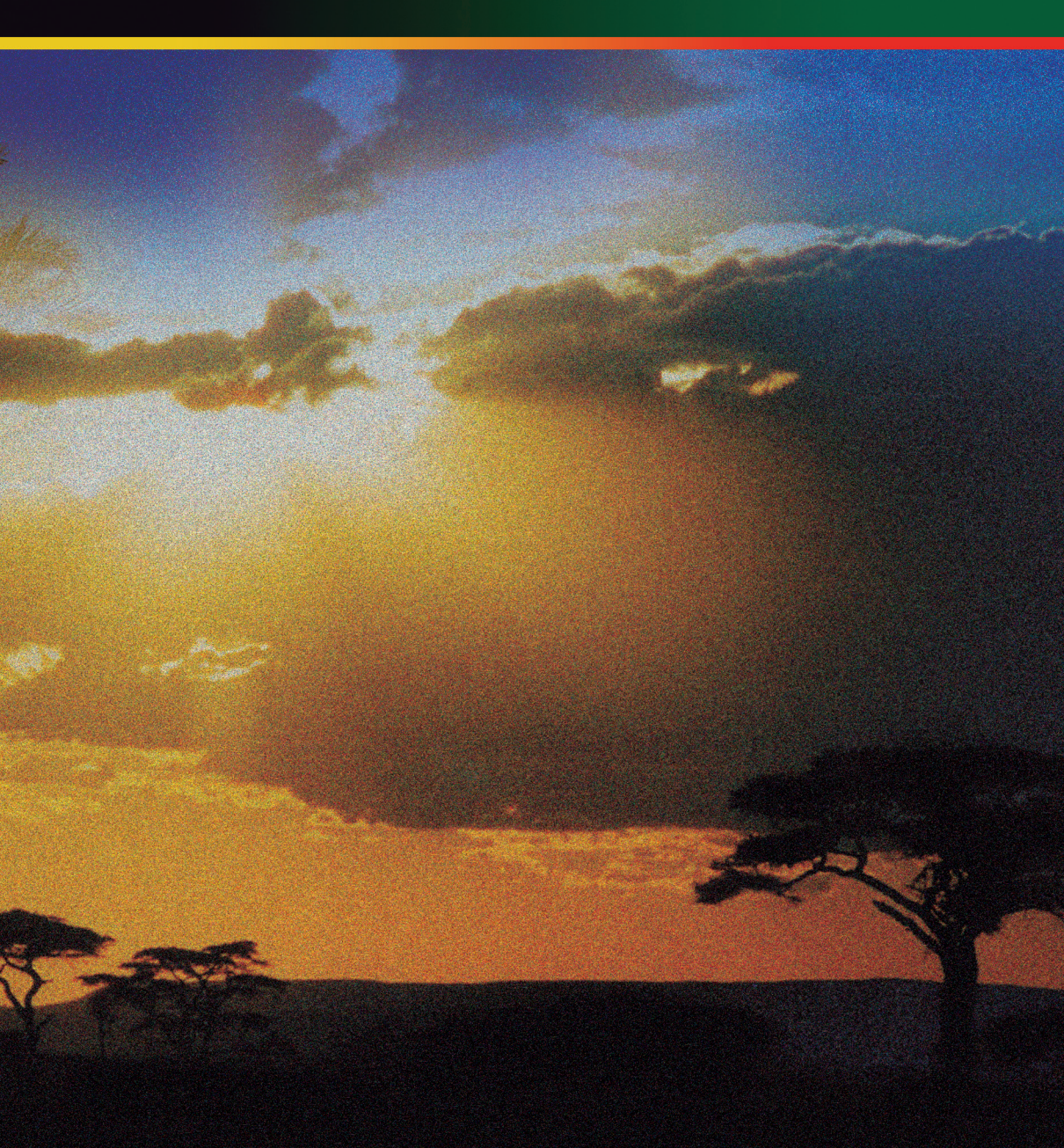
Com isso, o TCU está endossando decisão já tomada pelo STF em 2017, que vai na mesma linha, ao permitir o chamado (pejorativamente) “teto duplex”. O processo foi relatado pelo Ministro MARCOS BEMQUERER, cujo posicionamento foi seguido pelos demais Ministros.

O acórdão da decisão do TCU decidiu que a acumulação vale para salários e aposentadorias nos casos específicos previstos na Constituição, como de professor e médico. Nos demais casos, a acumulação não pode ultrapassar o teto. *“Nas situações em que houver acumulação de proventos de inatividade em dois cargos distintos ou acumulação de proventos com remuneração de cargo público, aplica-se à soma dos rendimentos o teto remuneratório”,* diz o texto.

Segundo o Tribunal, a falta de um sistema integrado de dados de todos os Poderes não é impeditivo para aplicação do teto, *“sobretudo em situações de extrapolação já conhecidas pela Administração”.*

O TCU decidiu ainda que nas situações em que a extrapolação do teto ocorrer pela soma da aposentadoria e da remuneração, o abatimento da parcela excedente deverá incidir sobre o benefício previdenciário. Os recursos resultantes deste corte serão destinados ao orçamento do respectivo órgão (GERALDA DOCA; *TCU Autoriza Acumulação de Salários para Servidores Públicos*, O Globo, 15/03/2018, p.8).

Impressão e acabamento:
COPGRA/ACOI
TRF 2ª Região



Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site/>

