

METEOROLOGIA JURÍDICA

Alfredo Portinari Maranca

Trata o presente texto da questão de previsibilidade das mutações do Direito. Neste momento conturbado, em que carregadas nuvens plúmbeas fecham o céu, seria interessante saber se, com todo o conhecimento jurídico, político, sociológico e filosófico que o humanidade alcançou, podemos ou não prever uma ruptura constitucional, uma degradação lenta ou uma melhoria da qualidade do nosso Direito.

1 Fatos observáveis e indícios de temporais

Para tratar da previsões jurídicas, é fundamental antes descobrir uma forma de observar o Direito, uma forma de apreciá-lo para acompanhar as suas transformações. Acompanhar mutações no Direito pode não ser tão fácil, pois nada compraz mais ao jurista do que aderir a uma tradição vetusta e imutável. Os professores de Direito Romano estão aí para nos provar que o Direito pode atravessar séculos mantendo a sua natureza. Até mesmo os valores do Direito Romano são até hoje apreciados e úteis no seu limite de aplicação.

O modelo básico de reduzir uma situação econômica e social ao conflito entre Caio e Tício, a ser resolvido por um pretor segundo regras consolidadas, é extremamente tentador e enquanto este modelo puder resolver os conflitos, nenhum problema adicional surge. Os conceitos tradicionais romanistas são positivados em um Código Civil e os intérpretes sabem preencher as lacunas com conceitos que por algum motivo não foram positivados e assim o Direito Civil tradicional se aplica mesmo nos dias de hoje.

Observa-se mudança jurídica, porém, quando os valores em jogo não mais podem ser mapeados nessa simbólica relação bilateral entre Caio e Tício e, principalmente, os valores não puderem ser reduzidos a um mero pagamento financeiro, que liquidaria o litígio. Essa relação financeira bilateral é o verdadeiro átomo indivisível do Direito, o máximo de simplificação da situação social.

Um exemplo de momento histórico de mutação ocorreu na década de 1930, poucos anos após o Brasil ter superado o escravagismo legalizado, com a polêmica sobre a natureza contratual das relações de emprego, quando Orlando Gomes, com todo seu talento, tentou ampliar o Direito Civil fundando a teoria contratualista do direito do trabalho. Do desenvolvimento desta abordagem civilista do direito do trabalho, desprende-se um verdadeiro Direito do Trabalho, reconhecendo que não basta o empregado e o empregador contratarem com suas livres vontades, é necessária uma tutela do Estado sobre esse contrato em particular.

Nas palavras de Luiz Blanc, citado por Ataliba Nogueira (1945), “A Liberdade não é apenas o direito, é também o poder de ser livre”. A liberdade de contratar é reconhecida no direito do trabalho não como um direito teórico, mas dependendo do indivíduo poder ser livre, num regime que coloca a vida do operário à mercê da oferta e da procura, que o entrega, com toda sua família, aos rigores da concorrência.

Objeto de toda uma biblioteca de direito trabalhista, a relação de emprego caracteriza-se pela desproporção entre os contratantes.

Ao reconhecer que Caio é bem diferente de Tício, a relação meramente civil se desequilibra e se torna objeto de um vigoroso direito trabalhista. Verdade é que, nesses nossos tempos pós-celetistas, essa perspectiva histórica da tutela do direito trabalhista retrocedeu. Assim ocorre no âmbito das mutações históricas do Direito, os institutos vêm e vão como nuvens passageiras, mas assim é o clima, às vezes ensolarado, às vezes sombrio.

2 Causas dos ventos jurídicos

Assim como para entender o fenômeno meteorológico é necessário se entender as circunstâncias que causam os ventos, a rotação da Terra e as forças de Coriolis, para se entender as mutações do Direito é necessário saber ao sabor do quê o Direito muda e um fator de inegável influência é a política, ou melhor, os ideais políticos da população na época. A relação entre Direito e Política é de causalidade controversa e um exemplo instrutivo é a trajetória intelectual de José Joaquim Gomes Canotilho, autor da Constituição Dirigente, em defesa de uma Constituição que vincule e direcione o legislador. Com a ideia de constituição dirigente surge a ideia de que a Constituição causa a política, o que não pareceu correto posteriormente nem mesmo ao próprio Canotilho, que abandonou a obra, por entender que ela estava sendo interpretada como a possibilidade de uma Constituição desenhar uma utopia qualquer e tão somente o fato da Constituição desenhar essa utopia a tornaria possível. Em fortes palavras, Canotilho julga que as constituições “carregadas de pragmatismo”, enumerando a Constituição mexicana de 1918, a brasileira de 1988 e a portuguesa de 1976, “estão em um `fosso`, sob o olhar implacável de muitos escárnios e mal-dizeres”.

Também não é verdade que o Direito não muda, não pode evoluir, nem que o legislador ou intérprete não pode se inspirar em suas utopias.

Quando uma pessoa quer parar de fumar, evidentemente não basta dizer que parará. É preciso que essa intenção se torne uma prática e que a prática perdure, fazendo com que a norma “não fumarei” se consolide em realidade. É o que prevê Miguel Reale com a historicidade tridimensional do Direito, a lei inicialmente é palavra, surgida de intenções legislativas, mas aplicada ao fato, reiteradamente, torna-se norma. Até mesmo sem alteração legislativa uma evolução da norma pode ocorrer. A mutação se inicia quando valores e fatos se cristalizam em uma norma, que por si mesma gera valores e fatos, que geram outra norma e assim por diante. Essa evolução interpretativa pode ocorrer até o que Reale denomina limite da “elasticidade normativa”. É neste sentido que Anna Ferraz (2015) escreve sobre as mudanças informais ocorridas na própria Constituição, apesar da autora não destacar a política como força motora dessas mudanças.

É preciso, porém, estudar e classificar as utopias políticas que geram os valores do Direito, como um meteorologista classifica as nuvens para saber como o tempo mudará.

3 Utopia e Direito

O Direito vigente em um Estado, em determinada época, é fruto do pensamento político daquele Estado e para entender bem as mutações do Direito é preciso entender o que as pessoas acreditam que estão fazendo naquele Estado, mesmo que não seja efetivo resultado das ações dessas pessoas. É importante entender a cesta de ideologias políticas da nação e que utopias as pessoas crêem ser possíveis. Utopias socialistas, liberais, anarquistas, individualistas, totalitárias, teocráticas.

Ao dizer utopia, não pretendemos que sejam ideais e paradisíacas, podem mesmo ser infernais, o que importa é que sejam modelos simplificados de pensar o Estado. A nomenclatura é confusa e variável ao longo do tempo. Por exemplo, um cidadão nos Estados

Unidos do século XIX que fosse transportado para hoje acreditaria que o seu país está vivendo um socialismo, com saúde parcialmente pública, assistência social e previdência controlada pelo Estado. O que hoje se chama liberalismo é muito diferente do que se entendia por liberalismo em meados do Século XX.

Ataliba Nogueira, em seu imortal livro “O Estado é Meio e Não Fim”, passa pelas mais diversas teorias que diferem pelo que entendem que seja a finalidade do Estado. Entre as várias ideologias que rejeitam o Estado, o liberalismo não aparece, pois para o liberal é necessária a existência de polícia para garantir a liberdade individual. Aparece a anarquia, com seus defensores da liberdade individual, como Bakunin e os ideais totalitários que se caracterizam pela imposição de uma política moral de costumes.

Assim como os outros nomes mudam ao longo do tempo, a anarquia do século XXI é totalmente diferente. Não é mais possível um Estado de natureza, pois a sociedade não é mais ingenuamente espontânea. A sociedade no século XXI é feita por programas de computador, modelados para criar um ambiente individual de conforto e consumo. Zuboff (2019) faz uma magnífica e profunda análise dessa nova forma de poder, instrumentalizando a comunicação humana, do ponto de vista tecnológico e social. Longe do humano isolado estar em um Estado de natureza, está em uma rede social artificial e gerida por interesses financeiros de impulsionamento. O indivíduo convive e dialoga com essa sociedade, sozinho em seu celular, sem suspeitar que seus interlocutores são escolhidos por um programa de computador e, por vezes, são programas de computador. Em muitos sentidos, a anarquia contemporânea acaba se identificando com o que se denomina de individualismo.

O individualismo, como teoria política, iniciou seu desenvolvimento no plano econômico e, segundo Ataliba Nogueira, apareceu como reação ao absolutismo de Estado e, ironicamente, contra o poder de certas corporações. Ironicamente, pois no Século XXI o

individualismo se tornou a rendição às corporações mantenedoras das redes sociais.

É desconcertante tentar classificar o pensamento político na segunda década do Século XXI, pois a grande demanda por uma pauta moralista é totalmente incompatível com a rejeição do Estado e de sua estrutura. Só o pan-estatismo, sob a forma de nazismo, fascismo, comunismo, fundamentalismo teocrático, pode impor uma moral aos indivíduos e esse é exatamente cerceamento da liberdade que mais horroriza os liberais. Essa combinação de pauta moralista com ideal individualista de negação do Estado, é característica do começo do Século XXI e mereceria um novo nome, como magicismo, pois assim como um ilusionista chama a atenção para uma mão enquanto manipula as cartas com a outra, o político acena com ideais moralistas para agir de maneira individualista.

Se o pan-estatismo moralista é apenas ilusionismo, sendo o substrato verdadeiro e real de individualismo, podemos desde já trazer a previsão do tempo, transcrevendo o que Ataliba Nogueira prevê para uma nação individualista:

“É pois o individualismo destruidor da moralidade pública. Ainda mais, se os cidadãos são vítimas de calamidades públicas, como forte e prolongada crise econômica, epidemias, etc.; se arrastam vida de sofrimento e penúria; se jazem na ignorância e na miséria, isso pouco importa ao Estado, uma vez que haja desempenhado e continue desempenhando o único papel atribuído a ele pela teoria, que também o faz indiferente quanto ao modo por que os indivíduos desfrutam da liberdade, se na prática do bem e da virtude, se na do mal e dos vícios. Uma vez salva a igual liberdade de todos, não se pode ele opor ao adultério, à bigamia, à imoralidade, à pornografia e demais aspectos da licença e da libertinagem.”

Difícilmente o discurso de Ataliba Nogueira poderia ser afastado como de esquerda, ou “comunista”, como habitualmente ocorre na polarização ideológica usada para impedir o diálogo político.

Se por um lado o ideal, seja ele qual for, propõe soluções, a redução dos ideais a um bipolarismo esteriliza o diálogo e as idéias e impede qualquer ação. Em vez de propor uma solução diferente, o crítico simplesmente “é contra”, ou “apoia”, sem necessidade de raciocínio ou desenvolvimento da ideia.

Outro bom exemplo de reducionismo instrumental do direito, ocorre no Direito Tributário. Para discutí-lo, iremos introduzir Kelsen na reflexão.

4 Previsão no Direito Tributário

Miguel Reale (1996) sintetiza o grande legado kelseniano como um fenômeno ocorrido na segunda metade do Século XX, como a tentativa de libertar a Jurisprudência de uma cidadela, em que o Direito era cercado por todos os lados por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada um desses profissionais tentava se apropriar da Jurisprudência, “transpor os muros”, nas palavras de Miguel Reale, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios. Kelsen tentava “purificar” o direito, torná-lo livre dos elementos que eram classificados como metajurídicos, externos ao Direito.

No direito das obrigações, a vontade jurídica foi destituída de seus elementos psicológicos e filosóficos, na criação de um instituto jurídico da “vontade”, arbitrário e simples, lógico e acessível, funcional apesar de arbitrário filosoficamente. É a concepção da norma jurídica como entidade lógico-hipotética, para qualificar ou constituir juridicamente a experiência social.

Poucas áreas do Direito sofreram um empobrecimento tão grande com essa abordagem quanto o Direito Tributário. A relação social tributária é uma rica e complexa relação social, entre um Estado tributante e uma relação econômica que como tal é complexa e multidimensional.

Para operacionalização do Direito Tributário, o positivismo kelseniano impôs uma supersimplificação tão poderosa quanto o de transformar o paradoxal e neurótico desejo humano que gera um contrato em uma “vontade jurídica”, suposta e arbitrária. A ferramenta usada no direito tributário para reduzir a pó o caráter econômico, humano e social da tributação de uma relação jurídica é o chamado “lançamento” definido pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional como “o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

A redução do direito tributário à análise dos lançamentos é mais do que um artifício instrumental, é uma forma de apagar toda a influência que o direito tributário exerce sobre as forças econômicas da sociedade. Desaparece do interesse jurídico toda a elaboração de normas, toda a sofisticação das obrigações acessórias, que têm a função de trazer transparência para as relações econômicas da sociedade. Sendo o lançamento pago, há uma aura de licitude, não se cogitando da lavagem de dinheiro que ali pode estar efetivamente ocorrendo. Observa-se tão somente a relação privada entre sujeitos fictos, uma empresa e o Estado, pouco importando quem realmente paga o imposto e de quem é tirado o recurso que é destinado ao Estado. A complexa relação social e econômica é precificada, tecnicamente liquidada. O lançamento, essa fotografia caricata de uma complexa relação jurídica, é criado para ser disforme e defeituoso, pronto a servir de matéria-prima para um inevitável processo tributário, se houver interesse financeiro para tanto. O processo tributário explora as fragilidades inevitáveis dessa simplificação até que se esgote o interesse de anular o lançamento realizado.

Essa artificial, senão inocente, ideia de se colapsar toda uma relação humana em uma relação bilateral e um valor devido, poderia

ser usada no Direito de Família para se expôr o seu absurdo. Um casal com seus familiares, amigos e filhos, suas relações financeiras e bens, decide terminar uma vida em comum. Para solucionar juridicamente essa questão, uma solução kelseniana positivista poderia ser buscar um ser iluminado que lançaria esse divórcio, estabelecendo o montante do valor devido, identificando o sujeito passivo e, sendo caso, propondo a aplicação da penalidade cabível. Imaginando que essa solução jurídica pode pacificar algum conflito. Há algo de definitivamente individualista em se limitar a relação ao resultado do lançamento.

O lançamento tributário reduz a relação jurídica pontual a um pó solúvel, mas não tem o condão de atender às necessidades jurídicas da relação real e, principalmente, não toca nos reais valores que fundamentam a relação social e econômica humana subjacente. Apenas cria uma relação simples financeira bilateral, fundada em uma montanha de arbitrariedades discutíveis judicialmente.

É importante que se reconheça a complexidade econômica e social da relação tributária, não confundindo esse problema com o efeito desertificante do lançamento.

5 Direitos Difusos

Uma grande alteração deste paradigma civil bilateral, também durante o Século XX, foi o reconhecimento de que existem relações mais complexas que podem ser tratadas pelo Direito, a defesa dos Direitos Difusos.

Em verdade, todo direito tinha em sua origem fática alguma característica transindividual e difusa. Alguns, porém, por conveniência, são aceitos pela sua simplificação bilateral.

Uma compra e venda de um medicamento é uma relação bilateral. Há, porém, um interesse público em que o medicamento seja adequado, que o destinatário do medicamento (não necessariamente

o comprador) seja beneficiado, que o vendedor seja acompanhado de um farmacêutico responsável e que esse mesmo medicamento tenha sido aprovado por algum órgão fiscalizador de sua eficiência e do controle de seus efeitos colaterais. Importante é que o preço não seja exorbitante, uma vez que o doente não tem grandes condições de negociar com o fabricante esse preço e que aquele medicamento não seja falsificado. O pagamento é feito com um meio de uma transação que deve estar incluída no controle monetário do Banco Central e é de se esperar que a empresa pague seus tributos nessa operação.

Por outro lado, porém, alguém pode ver Caio recebendo o remédio de Tício e retornando um preço.

Assim também em uma compra e venda de uma terra ocupada por índios ou ao comprar um terreno na mata ciliar de um rio para construir uma indústria. Ver o direito como difuso é prerrogativa de um Estado sofisticado e desenvolvido.

6 Conclusão

O direito tributário e o direito romano são exemplos de como é possível desenhar uma relação bipessoal nuclear, mensurável em dinheiro, que é um átomo de relação jurídica. A redução de uma relação social real e multifacetada a este átomo desertifica e tira o caráter humano da relação real, mas muitas vezes pode ser funcional para determinadas finalidades.

Dependendo do substrato ideológico de uma sociedade, pode o Direito se reduzir mais ou menos a esse chão, desertificando o aspecto social na norma. A ideologia individualista costuma conduzir notoriamente a esse tipo de simplificação: o problema da previdência, por exemplo, não é a necessidade de tutelar quem não mais pode trabalhar por seu desgaste durante uma vida difícil, mas um problema meramente orçamentário.

Quando a imposição desta simplificação não pode ser apresentada, é necessário lançar mão do magicismo político, em que um ilusionista chama a atenção para um problema social moral e humano, sem a menor intenção de resolvê-lo, apenas para que neste mesmo tempo, com a outra mão, opere com cruas relações econômicas. Acena com uma pauta moralista, mas tira qualquer chance do Estado cumprir as promessas de melhores condições, pois a rejeição do Estado e de sua estrutura opera para substituir o poder de polícia do Estado (núcleo essencial do liberalismo, pois permite a tranquilidade necessária para o exercício da liberdade individual) pelo cada um por si que não mais se identifica com o anarquismo, mas pretende se apresentar como liberalismo mágico, ou magicismo.

Findo o espetáculo, a sociedade sujeita ao magicismo não se acalenta com o crescimento do PIB enquanto se vê em uma desigualdade social cada vez mais degradante.

Desconsiderando os fogos de artifício do magicismo e observando apenas os efeitos reais da política implementada, tem-se uma aplicação galopante de uma política individualista, determinando a catastrófica previsão de Ataliba Nogueira na década de quarenta para uma nação que se entrega ao individualismo. Por mais que se queira relativizar a meteorologia, com esse acúmulo de nuvens plúmbeas, a tempestade é quase certa.

Referências

ATALIBA NOGUEIRA, J. C., “O Estado é meio e não fim”, Editora Saraiva, 1945

CANOTILHO, J.J. Gomes, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, E. Coimbra, 2001

FERRAZ, A. C. da C., “Processos Informais de Mudança da Constituição”, 2ª Edição, EDIFIEO 2015

HEGEL, G.W.F., “Wissenschaft der Logik”, Editora Felix Meiner, 1999

REALE, Miguel, Filosofia do Direito, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996.

ZUBOFF, S., “The Age of Surveillance Capitalism”, Ed. Public Affairs, 2019