



MALÊ DE ARAGÃO FRAZÃO

**Entre a Atualização e a Tradição: Disputas Sobre o
Conceito de "Tempo" em um Caso-Paradigma do
STF**

**UNIVERSIDADE
FEDERAL
FLUMINENSE**

**NITERÓI
2013**

MALÊ DE ARAGÃO FRAZÃO

Entre a Atualização e a Tradição: Disputas Sobre o Conceito de "Tempo" em um Caso-Paradigma do STF

Dissertação de Mestrado a Ser Apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – PPGDC/UFF como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Professor **Marcus Fabiano Gonçalves da Silva**

Niterói
2013

FRAZÃO, Malê de Aragão

Entre a Atualização e a Tradição: Disputas Sobre o Conceito de "Tempo" em um Caso-Paradigma do STF/Malê de Aragão Frazão, UFF/ Faculdade de Direito – Niterói, 2013 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal Fluminense, 2013

1. filosofia do direito 2. hermenêutica 3. tempo
4. memória 5. expectativa 6. supremo tribunal federal

Entre a Atualização e a Tradição: Disputas Sobre o Conceito de "Tempo" em um Caso-
Paradigma do STF

Dissertação de Mestrado a Ser Apresentada ao
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito Constitucional da Universidade Federal
Fluminense – PPGDC/UFF como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito Constitucional.

Aprovada em 27 de Março de 2013.

Banca Examinadora

Professor Dr. Marcus Fabiano Gonçalves da Silva
Universidade Federal Fluminense

Professor Dr. Ronaldo Joaquim da Silveira Lobão
Universidade Federal Fluminense

Professor André Ricardo Cruz Fontes
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Niterói
2013

Ao meu filho Davi, Senhor Supremo do meu Tempo.

A Ronaldo Lobão e Rogério Nascimento, grandes mestres e amigos diletos.

Agradecimentos

Como sempre é difícil agradecer a todos que contribuíram para minha chegada até este ponto. Um trabalho inglório que por vezes desagrade amigos, familiares e pessoas próximas de todo o tipo em virtude de algum esquecimento não-intencional. Por este motivo começo do fim: mostro minha gratidão a todos que, de alguma forma, direta ou indiretamente, me ajudaram a alcançar este estágio da minha vida em suas múltiplas dimensões: acadêmica, profissional e pessoal. Contudo, no que minha memória puder discriminar neste momento, enumerarei diversas pessoas determinantes em minha jornada.

Agradeço, primeiramente, à minha família. Como defendo que o tempo é uma instituição internalizada pelo aprendizado, minhas concepções em muito devem mérito a ela. Além disso, sem a minha família não teria empreendido tanto esforço na minha trajetória de vida. Com eles aprendi, amadureci e inventei. Alguns me impulsionaram, outros diminuíram meu fardo diário, outros simplesmente me suportaram o quanto puderam.

Agradeço à minha mãe Eliane, minha avó Raimunda (*in memoriam*), minha madrasta Divina, meu pai Luis Carlos (*in memoriam*) e meu padrasto Marcos Alex por terem me criado e educado, ensinado valores e virtudes, possibilitado a observação de exemplos e contra-exemplos nos mais variados setores da minha existência moral, intelectual, espiritual e social. Também merecem ser lembrados aqui meus queridos irmãos Ranielly, Caiã, Raoni, Salomão, Daros e Andra.

Agradeço à minha esposa Claudiane pela amizade, parceria, dedicação e, sobretudo, paciência. Da mesma forma, manifesto minha gratidão pelo apoio incondicional e constantes preces da minha sogra, Altiná, dos meus cunhados, Leonardo e Tatiana e do meu sobrinho Guilherme, assim como do carinho da minha madrinha, Zezé, que abrilhantou o segundo aniversário do meu filho com sua presença após tantos anos de distância temporal e espacial. Ao meu filho Davi dedico tudo. Com ele minha vida ganhou um outro sentido, uma outra direção, uma nova filosofia e um outro Tempo. A ele agradeço simplesmente por existir, por seus risos e sorrisos, caretas e choros, por estar crescendo com tanta saúde, enfim, por ser ele e nada mais.

Deixo minha gratidão e declaro meu amor incondicionais a todos os bravos guerreiros componentes da primeira turma do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, que hoje são queridos e mais que amados amigos, que espero levar em meu coração e convivência por toda a vida. Todos são pessoas

únicas e muito especiais para mim. Juntos rimos, choramos, comemos, bebemos, estudamos e trilhamos este caminho que foi o mestrado. Aqui faço menção nominal a todos eles: Ilana Aló, Tatiana Carvalho, Raquel Almeida, Jeane Moreira, Taísa Bittencourt, Lívia Maioli, Alessandra Freixo, Juliana Moreira, André Fontes, Daniel Moraes, Felipe Renault, Luiz Gomes, Eduardo Lipus, Henrique Vianna, Siddharta Legale, Adriano de Sousa, Carlos Victor, Devisson França e Valter Carvalho.

Da mesma forma, agradeço o empenho e comprometimento de todos os professores do PPGDC-UFF que abraçaram este ambicioso projeto de construção de um mestrado em direito constitucional, a começar pelo meu orientador, Marcus Fabiano Gonçalves, por ter me acompanhado durante todo este tempo banhando-me com erudição e ensino intensivo de filosofia e, acima de tudo, pela paciência com um orientado que deu bastante trabalho. A ele também deixo públicas desculpas por ruídos e faltas que eu tenha cometido e também um especial agradecimento pelo espaço dado com as Turmas de Hermenêutica e Argumentação Jurídica da Graduação do Direito-UFF dos últimos três semestres quando do cumprimento do Estágio-Docência, assim como pelos ensinamentos sobre a atividade docente.

Outros professores do Programa merecem ser aqui mencionados porque sem o empenho diuturno deles nosso mestrado não estaria prosperando como prospera: nosso Coordenador, Rogério Dultra, incansável gestor e executor, nosso Vice-Coordenador, Eduardo Val, pelo engajamento e ampla visão do ensino, da pesquisa e da extensão, bem como os professores Gustavo Sampaio, Roberto Kant de Lima, Lênin Pires, Mônica Paraguassú, Evandro Carvalho, Rodrigo Costa e Helena Elias, que dispuseram de seu tempo para nos ministrar as disciplinas do curso com todo o carinho e empenho.

Agradeço também ao professor Ronaldo Lobão pela eterna orientação acadêmica e por sempre estar aberto a me ouvir, seja como amigo, seja como mestre. A ele devo grande parte da minha formação intelectual ao longo destes últimos oito anos de UFF e, principalmente, por ter aprendido a pensar “fora da caixa”.

Também deixo um abraço carinhoso para os secretários do PPGDC, Cláudio e Ana Paula, por todas as alegrias e a amizade que me dedicaram. Sem dúvida duas das pessoas sem as quais este mestrado não teria saído do papel.

Da mesma forma agradeço ao amigo e professor Rogério Nascimento por ter igualmente contribuído para minha formação nos ensinamentos diários no Ministério Público Federal e, principalmente, por ter me concedido a honra de voltar a trabalhar com ele como

seu assessor, onde descobri parte da minha vocação e realização profissional, e onde também descobri um amigo da vida com o qual aprendo não apenas a ser um jurista ou pensador melhor, mas também um homem melhor. Também não posso deixar de ser grato pela flexibilidade no meu horário de expediente que me possibilitou terminar o mestrado.

Também devo gratidão aos meus colegas da Procuradoria Regional da República na Segunda Região, que acompanharam essa minha jornada e suportaram minhas manias e nervosismos, assim com me confiaram a honraria de dividir a rotina comigo, dentre os quais menciono aqui Rafael Medina, Gabriel Albernaz, Alexandre Paredes, Cristiane Albuquerque e Bruno Pires.

Agradeço finalmente a Deus, porque por sua vontade e providência permaneço vivo, saudável e pensante. Sem ele e sua bênção e amor, mesmo a uma ovelha desgarrada como eu, não teria ido tão longe.

"Ele tem dois adversários: o primeiro acossa-o por trás, da origem. O segundo bloqueia-lhe o caminho à frente. Ele luta com ambos. Na verdade o primeiro ajuda-o na luta contra o segundo, pois quer empurrá-lo para frente e, do mesmo modo, o segundo o auxilia na luta contra o primeiro, uma vez que o empurra para trás. Mas isto é apenas teoricamente. Pois não há ali apenas os dois adversários, mas também ele mesmo, e quem sabe realmente de suas intenções? Seu sonho, porém, é em alguma ocasião, num momento imprevisto – e isso exigiria uma noite mais escura do que jamais o foi nenhuma noite –, saltar fora da linha de combate e ser alçado, por conta de sua experiência de luta, à posição de juiz sobre os adversários que lutam entre si".
(Franz Kafka)

RESUMO

Nesta dissertação de mestrado trato do tempo inserido na problemática da tensão entre tradição e atualização utilizando-se para tal desiderato do estudo de um caso paradigmático na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir da análise dos votos compuseram o acórdão, buscou-se isolar as diversas dimensões do fenômeno temporal nos debates em torno do caso sob exame.

A questão decidida no acórdão era acerca do caráter absoluto ou relativo da antiga presunção de violência no crime de estupro quando da vítima era menor de 14 anos. Por meio da decomposições de diversos conceitos utilizados pelos ministros, como “criança”, “precocidade”, “maturidade”, “hoje” e “risco”, dentre outros, identificou-se hipóteses de como a pré-compreensão da subjetividade dos intérpretes pressupunha também uma base no tempo.

Nesse sentido, defende-se o tempo como instituição social conformadora de identidades, de modo que a manipulação do presente, do passado e do futuro consubstancia-se em instrumento de poder.

Tomando por base tais premissas, examinou-se o acórdão dividindo seus prismas de análise no exercício dos poderes de *passado* (onde se insere a tradição, a segurança jurídica e seus tabus), de *presente* (que revela a dinâmica complexa da operação interpretativa e a influência da conjuntura cultural e social da época do julgamento sobre os juízes votantes), e de *futuro* (onde a preocupação com a *velocidade* do passar do tempo e as consequências dos atos de poder dos Ministros estão em evidência, principalmente na análise da categoria do *risco*).

Ao final, reúno estes caracteres para mostrar a figura cujo rótulo é um juiz *senhor do tempo*.

ABSTRACT

In this Master of Laws paperwork I deal with the time issues within the tension between tradition and actualization. In order to do that I make use of a paradigmatic case judged by Brazilian Supreme Court (“Supremo Tribunal Federal”). Starting from the analysis of Judge’s arguments, I intended to isolate from them the different dimensions of time phenomenon within the debates under the case.

The issue submitted to the Court is about the absolute or relative character of the former violence presumption in rape cases when the victim has less than 14 years old. Between decompositions of various concepts used by the Court’s Judges, like “child”, “precociousness”, “maturity”, “nowadays”, “risk”, among another, I identified hypothesis of how interpreter’s subjectivity pre-comprehension presupposes also a time basis.

Besides that, I assume that “time” as a social institution that build identities, in order that the manipulations of present, past and future are empowerment tools.

With this premises in mind, I’ve made an examination of the judgment splitting its different dimensions in uses of the past (where tradition, law stability and taboos are inserted), present (which reveals the complex dynamic of interpretative operation and the preview judgment’s cultural and social institutions that influences the Judges) and future powers (where the concerning regarding time speed and the consequences of power acts of Judges are in evidence, especially in “risks” analysis).

In the end of the work, I put together this elements to show the painting which title is “the Judge master of time”.

SUMÁRIO

Introdução.....	P. 13
1 – Capítulo 1: Passado.....	P. 18
1.1 – A Proposta de “Ruptura” – Uma Nova Tradição.....	P. 40
1.2 – A Divergência – Manutenção da Tradição e da “Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	P. 51
2 – Capítulo 2: Presente	P. 60
2.1 – A “Mudança dos Costumes” Assentada pela Maioria.....	P. 73
2.2 – O “Hoje”, nas Palavras da Minoria Vencida.....	P. 76
3 – Capítulo 3: Futuro.....	P. 81
3.1 – As Duas Velocidades do Futuro: Entre a Precocidade e o “Tempo Amigo da Sabedoria”.....	P. 93
3.2 – O “Perigo da Impunidade”: O “Risco” para a minoria vencida.....	P. 103
Conclusão.....	P. 119
Bibliografia	
Anexos:	
Anexo 1: Inteiro Teor do HC nº 73662-9/MG	
Anexo 2: Currículos dos Ministros votantes no Julgamento	
Anexo 3: Matéria da Revista “Caras”: “As Filhas do Ministro Francisco Rezek”	
Anexo 4: Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado Federal nº 253/2004, que deu origem à Lei nº 12.015/2009	

INTRODUÇÃO

Nesta dissertação de mestrado escrevo, em última análise, sobre o tempo. Um dos aspectos fascinantes sobre o tempo é o fato de que ao longo da história da civilização ocidental intelectuais de diversas áreas se debruçaram sobre o tema. Filósofos e físicos de todos os *tempos* visaram diversos aspectos da temporalidade, assim como a antropologia analisa o tempo em um determinado contexto cultural (cf. PIRES, 2010 e LOBÃO, 2011): um acúmulo de séculos a fio na produção do conhecimento sobre o tema. Ao mesmo *tempo*, a pluralidade de tratamentos sobre tal objeto demonstra sua fluidez e opacidade: invisível e enigmático é o tempo, de múltiplas faces e difícil apreensão. Por tais características não é por acaso que desde os gregos o tempo está ligado à cosmologia e à ideia de divindade. RICOEUR (2010) afirmou categoricamente a impossibilidade de uma fenomenologia pura sobre ele. Estudar algo que não se vê, mas está *presente*, e, mais que isso, ambíguo.

A polissemia do conceito de tempo sumariamente sintetizada é o ponto de partida deste trabalho. A multiplicidade de sentidos adjudicados ao vocábulo “tempo” e seus correlatos (“passado”, “presente”, “futuro”, “antigo”, “novo”, “atual”, etc) dá conta de que, como afirma ELIAS¹, o tempo é uma instituição social representada simbolicamente por um instrumento de mediação consubstanciado em uma síntese entre dois eventos no qual um deles representa uma sucessão regular de acontecimentos. A densidade da síntese está correlacionada com a pressão externa social à conformação desta aliada à coerção interna do indivíduo que busca ou não se conformar à instituição social do tempo. Para o próprio autor, isto é uma marca de um *processo civilizador*.

1

"Os relógios não medem o tempo? Se eles permitem medir alguma coisa, não é o tempo invisível, mas algo perfeitamente passível de ser captado, como a duração de um dia de trabalho ou de um eclipse lunar, ou a velocidade de um corredor na prova de cem metros. Os relógios são processos físicos que a sociedade padronizou, decompondo-os em sequências-modelo de recorrência regular, como as horas ou os minutos. Essas sequências podem ser idênticas em toda a extensão de um país, ou até de vários, quando a evolução da sociedade o exige ou autoriza. Os relógios, assim, permitem comparar a velocidade de aviões que sobrevoam regiões muito diferentes, mas que percorrem a mesma distância. Graças a eles, é possível comparar a duração ou a velocidade de processos que se desenrolam sucessivamente e que, por isso mesmo, não podem ser diretamente comparados - como a duração de dois discursos, proferidos um após o outro" (ELIAS: 1998, P. 7)

No Direito, por sua vez, como salienta OST (2005), partindo das considerações de ELIAS, o caráter instituinte do tempo ressalta seu contorno normativo: o direito é condicionado temporalmente, e, simultaneamente, institui temporalidades enquanto normatividade, assentida ou coativamente imposta, bem como definidora de aspectos determinantes da *sensibilidade judicial* (GEERTZ: 1994) que norteará a administração de conflitos mantenedora, em última instância, da coesão comunitária. Em síntese, o tempo condiciona em certa medida o valor de alguns bens simbólicos no campo jurídico (BOURDIEU: 2006): satisfação de expectativas, estabilização de situações sociais e, o que aqui nos interessa, o respeito ou não à tradição (ou tradições), são *trunfos* utilizados nos *lances de linguagem* para prevalência de certos aspectos, valores, “visões de mundo”, objetivos políticos, ou determinadas políticas públicas em si.

Não obstante esta pragmática do tempo seja uma forma de sua manifestação no Direito, estes elementos temporais do jurídico por vezes se ocultam nas estruturas impessoais do sistema jurídico: as expectativas são projetadas na lei, ao mesmo tempo que a lei cristaliza a memória coletiva sobre determinado assunto; doutrina e jurisprudência antecipam sentidos e alcances de textos normativos diversos e, simultaneamente, os perpetuam ou renovam; tudo parece advir de uma estrutura que funciona fora do si ou do outro. Mas a *performance* jurídica tem atores humanos, e o impessoal oculta as subjetividades destes atores, o que levou LUPPETTI BATISTA (2010) a afirmar que “quanto mais hermenêutica eu sei, mais eu afirmo minha subjetividade”.

E justamente uma visão hermenêutica do tempo na decisão judicial é o tema-chave deste trabalho. É na chamada *pré-compreensão da subjetividade do intérprete* (GONÇALVES: 2002) que a dialética instituinte-instituído entre tempo e direito (OST, 2005) é sintetizada e transformada em condicionante da interpretação e aplicação das normas jurídicas e concepção das decisões judiciais: o que para o sujeito é já-sido, sendo e será, na norma de decisão torna-se deveria, deve e deverá ser, entrando no sistema por seus *inputs* institucionais para efetivar-se enquanto *realidade* (LUHMAN: 2009). A parte desta “zona gris” no que tange à afirmação de concepções e modos subjetivos de temporalidade passível de mapeamento é o objeto sobre o qual me debruçarei.

Mais precisamente o olhar se debruçará na vista desta *temporalidade subjetiva do intérprete* em ação nas pessoas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que compuseram a turma julgadora do *Habeas Corpus* nº 73.662-9/MG, assim ementado:

EMENTA: COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco

contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior.

ESTUPRO – PROVA – DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerando o fato de serem praticados em a presença de terceiros.

ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal.

O caso citado versa, em síntese, sobre a possibilidade de relativização da então vigente² presunção de violência no delito de estupro quando a vítima é menor de 14 anos, mas comprovadamente (de acordo com os elementos constantes dos autos) apresenta “discernimento” decorrente de uma vida afetiva e sexual “precoce” (este vocábulo é bastante utilizado nos votos dos Ministros) que a tornem apta a manifestar “consentimento válido”, afastando, conseqüentemente, o núcleo do tipo objetivo do art. 213 do Código Penal, qual seja: o verbo “constranger”.

Salienta-se desde já que não me interessa como objeto as questões de índole sociológica, antropológica e notadamente psicológica envolvendo a construção da personalidade da criança e do adolescente enquanto indivíduo em formação, se ele tem ou não capacidade, até os 14 anos, de decidir validamente sua sexualidade ou qualquer outro assunto³. Minha análise está voltada para o que o estudo analítico dos votos dos Ministros Marco Aurélio Mello, Francisco Rezek, Maurício Corrêa, Carlos Velloso e Néri da Silveira deixa entrever sobre seus conceitos subjetivos de “tempo” e como esta *temporalidade subjetiva* pressuposta influi na maneira como estes intérpretes em particular conceituam e operam com o “costume”, o “presente”, o “passado”, a “realidade” para fundamentar suas

2 A Lei nº 12.015, de 2009, reformulou o título do Código Penal intitulado “Dos Crimes Contra os Costumes”, transformando-o no hoje título de nome “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, extinguindo a figura jurídica da presunção de violência prevista na antiga redação do art. 224, “a”, que acarretava a incidência no tipo penal do estupro (art. 213) na ocorrência de conjunção carnal com menina menor de 14 anos, substituindo-a por um tipo penal autônomo do estupro situado no art. 217-A, cujo *nomen juris* é “estupro de vulnerável”, cujo preceito primário consiste em “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Não obstante esta alteração legislativa seja significativa em termos de mudanças de caráter eminentemente temporal na legislação penal (como por exemplo o deslocamento da tutela penal voltada à consagração do passado sintetizada no vocábulo “costume” para a polissêmica, indeterminada, fluida e aparentemente atemporal expressão “dignidade sexual”), toma-la dentro do objeto de análise foge ao escopo desta dissertação, que preocupa-se mais com a construção do precedente a partir da confluência das pré-compreensões subjetivas dos intérpretes no aspecto temporal do que com as modificações da tradição via legislativa no fluxo do devir.

3 Sobre o tema, cf. LOWENKRON: 2008.

posições e a sua interação com as manifestações da “tradição jurídica”, principalmente a tradição doutrinária e a jurisprudencial.

A construção da memória viva coletiva de uma comunidade de intérpretes está diretamente ligada ao lugar no *campo jurídico* que um determinado entendimento doutrinário e um precedente (ou conjunto de precedentes) ocupam, isto é, seu grau de influência na *pré-compreensão jurídica* (GONÇALVES: 2002). Em outras palavras, diversas tradições (ou concepções de tradição) estão em permanente disputa pela prevalência no campo. Contudo as mesmas são construídas por essas subjetividades cristalizadas nas normas de decisão, e aquelas tem maior prestígio a medida que o enunciador da interpretação ocupa um lugar mais alto na hierarquia judiciária.

Por este motivo um precedente do STF (como o aqui analisado) assume uma força simbólica apta a conquistar o assentimento imediato de parte da comunidade de intérpretes, ou seja, a *pré-compreensão subjetiva* dos ministros vencedores serve de orientação para outros atores competentes do campo, que não somente terão o potencial de reproduzir, por exemplo, a referência semântica adotada pelo Ministro para o vocábulo “hoje”, ligado fortemente ao vocábulo “realidade” (que no caso do *Habeas Corpus* é uma premissa fundamental tanto da tese vencedora como da vencida), como poderão citar o livro de doutrina que reproduz ou legitima esta visão. Aí se vê a temporalidade de Ministros do Supremo Tribunal Federal adquirindo uma relativa normatividade.

Noutro giro, vê-se também a importância de uma análise das temporalidades subjetivas cristalizadas na decisão, que tenderão a seguir uma tradição jurisprudencial, respeitar ou ignorar os precedentes anteriores da Corte sobre a matéria, citar este ou aquele autor da dogmática ou deixando de cita-los em um silêncio de certa forma eloquente. Onde se depreende que, como salientou LOBÃO (2010), a disputa em torno do conceito de tempo é, no fundo, uma disputa de poder, pois a definição da temporalidade prevalecente também define a cultura, a tradição, a identidade e a norma em uma determinada cultura.

O trânsito por estes *tempos* dos ministros por meio da análise do *habeas corpus* citado visa responder ao seguinte problema: como se estabelece a tensão entre as temporalidades subjetivas dos intérpretes na possibilidade de escolha entre reproduzir uma tradição ou recriá-la no processo de construção da norma de decisão?

Alcançar este problema exigirá um exame das argumentações constantes nos votos dos ministros a partir dos paradigmas da análise do discurso e da *hermenêutica genealógica* (GONÇALVES, 2002), eleitos como método para tratamento do objeto e, por

meio deles, dissecar os votos tendo em vista uma subdivisão da temática do tempo em “passado” (capítulo 1), “presente” (capítulo 2) e “futuro” (capítulo 3).

Num primeiro momento, vocábulos (ou definições) passíveis de agregação sob as três manifestações do tempo serão isolados nos votos, na busca por um sentido aqui tido como “genético”, isto é, a partir da lógica interna dos textos que dará aos mesmos uma referibilidade semântica em primeiro nível. Após, outros termos e definições, alusivos ou não ao tempo, serão incorporados na análise em relacionamento com os vocábulos anteriormente isolados, ampliando-se o referencial e dando espaço ao aspecto sintático.

Em um terceiro nível de análise, contextualizarei os termos e referenciais destacados dos votos para explicitar o lugar da fala, as condições de produção dos enunciados, visando aí delinear com maior precisão uma parte da temporalidade subjetiva dos intérpretes. Nesse sentido, os contextos serão delimitados em uma perspectiva interna ao campo e externa a ele pelo exame das trajetórias de vida dos Ministros, suas influências, assuntos em que se engajam, bem como alguns dados sobre o estado cultural do ano do julgamento (no caso, o ano de 1996) que por acaso foram entrevistados como elementos a serem levados em consideração em virtude da argumentação dos votos (como, por exemplo, as novelas da época, cuja influência na conceituação do “costume” é ressaltada em mais de um voto).

Toda esta análise será acompanhada de uma reflexão teórica sobre termos-chave extraídos implícita ou explicitamente dos argumentos dos Ministros, como o conceito de “tradição” (abordado principalmente no Capítulo 1), a tematização do presente enquanto visão de “realidade” pensando-se em um contexto social marcado pela *condição pós moderna* como o espaço virtual de construção da decisão no *instante* do processo interpretativo (tratado com vagar no Capítulo 2) e a influência da categoria do “risco” como antevisão de consequências advindas do julgamento e caracterização de uma sociedade mergulhada na entropia da incerteza e da probabilidade (mais esmiuçado no Capítulo 3).

A transposição desta temporalidade subjetiva para a despersonalização possibilitada pela lavratura do *acórdão* e a constituição de um *julgado do Tribunal* será abordada quando da recapitulação do problema na conclusão, em que se desenhará a construção da norma de decisão no choque dos tempos das *pré-compreensões da subjetividade dos intérpretes* na tensão entre tradição e atualização.

1 – CAPÍTULO 1: Passado

Já de partida a nebulosidade desta forma de temporalidade salta aos olhos. O vocábulo “passado” já é em si uma metáfora de índole espacial apropriada como categoria definitiva. Na língua portuguesa representa uma substantivação do verbo “passar” em sua forma de particípio. Um substantivo que indica um movimento de dirigir-se de um lugar ao outro. A imaginação intuitiva logo nos remete à figura de uma pessoa qualquer ao fim do movimento de “passar” por nós: uma ação executada enquanto movimento de transposição da nossa frente para então basear-se às nossas costas.

Transplantada para a compreensão social do tempo, nota-se o mesmo “deslocar-se” evanescente: os acontecimentos⁴, os momentos, uma vez encerrada sua manifestação, “passaram”, deixam o campo ontológico do “corpo presente” e se envolvem em uma bruna cognitiva cuja compreensão é facilitada pela analogia com o movimento, representada pela flexão verbal “passado”. Tal desvanecer das ocorrências fenomênicas do mundo da vida, agregado à ação, também conecta-se ao seu encerramento: aquilo que acabou, “passou”.

HEIDEGGER (2005) verá nessa manifestação a simbologia da finitude do *ser-aí*: não obstante toda a teoria temporal do autor estar fundamentalmente assentada na ideia de futuro (representada nas três *ek-stases* constitutivas da temporalidade no nível superior), o sentido último deste enquanto *ser-para-a-morte* é que, após o fim da existência, o que resta é justamente *passado*, chamado pelo autor (nas traduções mais correntes) de *tendo-sido*.

Outros pensadores, antes e depois dele, também verão o passado como algo que já existiu e que não existe mais, em oposição ao futuro, que ainda não existiu. Por exemplo, AGOSTINHO (2011), às voltas com a definição de sua *medida do tempo* declarará que não existe passado em si, mas sim uma qualidade de passado dada ao presente. Da mesma forma o dirá HUSSERL (1980 e 1989) ao tentar fazer o tempo *mostrar-se* em suas essências, pois a

4 Aqui estou usando o vocábulo “acontecimento” no sentido do senso comum, sem que isso implique filiação a nenhuma corrente da historiografia relativo ao referencial semântico que esta dá ao vocábulo.

consciência íntima do tempo também intenciona o agora. Mais adiante no tempo, LUHMAN (2009) igualmente afirmará, a partir da sua tese do “tempo como construto do observador”, que o que existe é presente, sendo o passado e o futuro um produto de uma distinção da observação. Estabelece-se uma espécie de consenso acerca da não atribuição de um caráter ontológico do passado.

Por este motivo, LUHMAN e AGOSTINHO especificamente conceituam esta manifestação temporal como uma qualidade de operação sobre o presente.

Para o primeiro, o lado do *antes* da diferenciação resultante da produção de tempo pela observação do *simultâneo que não pode ser visto enquanto simultâneo* ganha relevo na operação intrassistêmica da decisão. Para o sistema jurídico, tal função é estruturante de sua dinâmica interna, já que por meio dela se cria direito e não-direito. O passado torna-se uma soma de possibilidades contingentes (muitas delas produtos de decisões anteriores, o que é importante para a caracterização que será feita posteriormente acerca da “autoridade da tradição” e do “tabu da coerência” no que tange aos “precedentes judiciais”) que podem servir de ponto de partida para a tomada destas mesmas decisões. E a forma como este produto temporal da observação vira substrato acoplado no *input* do sistema jurídico é por meio da *memória*, que, por sua vez, opera no *medium* esquecer/recordar:

O passado é reconstruído por sua própria memória de função, que discrimina entre esquecer e recordar. A função mais importante da memória é reprimir os eventos passados, isto é, esquecer o que não é relevante e, desse modo, liberar a capacidade do sistema para realizar novas operações; no entanto, essa repressão traz a si mesma a finalidade de condensar e generalizar a identidade que pode ser útil para conectar o passado com o futuro. (2009, 221-222)

Nesse sentido, uma decisão criadora de direito, a partir do uso da função de *memória* (aqui ainda em sentido luhmaniano) pode levar em consideração o acontecimento já ocorrido como sua premissa por meio da *recordação*, ao mesmo tempo em que pode desprezá-la na operação por meio do *esquecimento*. Essa díade, na dinâmica do acórdão que analiso, será uma das chaves de compreensão dos atos de operação dos intérpretes-aplicadores com o passado, que se desdobrarão nos atos de adesão e ignorância em relação à tradição jurídica de referência e que marcarão a disputa de poder sobre o conceito de tempo que norteará o resultado do julgamento do *habeas corpus*. Mas nos detenhamos, por enquanto, para outros caracteres da reflexão sobre o passado que comporão a teia de análise.

AGOSTINHO, por sua vez, afirma que prestamos “testemunho” do passado no presente por meio da narração, do “contar uma história”. Fala-se, no agora, de “coisas passadas”. Falar de tais coisas implica em uma espécie de recuperação deste *que-já-não-*

existe-mais a partir do que sabemos sobre ele e, como o olhar da mente humana é parcial, uma imitação, o que se *recupera* são *vestígios* do passado consistentes nas *palavras* que o evocam⁵ e que estão guardados em nossa *memória*. RICOEUR o sintetiza:

Narração, diremos, implica memória, e previsão implica expectativa. Porém, o que é lembrar-se? É ter uma *imagem* do passado. Como isso é possível? Porque essa imagem é um vestígio deixado pelos acontecimentos que permanece fixado na mente. (2010, 22)

O próprio RICOEUR, com a construção de seu *tempo narrado* a partir da *tripla mimesis*⁶ desenvolve este pensamento ampliando o conceito de *memória* para além da reconstrução de vestígios de acontecimentos, mas também um ato criativo de construção de passado pela ficção. A história se configura na narrativa na atividade mimética agregando interpretações sobre *o que de fato ocorreu* e o que *imaginamos ter ocorrido*, ou seja, um *entrecruzamento entre história e ficção*:

A interpretação que proponho aqui do caráter “quase histórico” da ficção evidentemente coincide com aquela que proponho do caráter “quase fictício” do passado histórico. Embora seja verdade que uma das funções da ficção, misturada com a história, é liberar retrospectivamente certas possibilidades não realizadas do passado histórico, é por meio de seu caráter quase histórico que a própria ficção pode exercer *a posteriori* sua função libertadora. O *quase passado* torna-se assim o detector dos *possíveis escondidos do passado efetivo*. O que “poderia ter acontecido” - o verossímil segundo Aristóteles - abarca tanto as potencialidades do passado “real” como possíveis “irreais” da pura ficção. Essa profunda afinidade entre o verossímil da pura ficção e as potencialidades não realizadas do passado histórico talvez explique, por sua vez, por que a liberação da ficção das imposições da história - imposições resumidas na prova documentária - não constitui, como foi dito acima (pp. 263-5), a última palavra no que concerne à *liberdade* da ficção. (...). Para concluir, o *entrecruzamento* entre história e ficção na refiguração do tempo repousa, em última análise, nessa sobreposição recíproca, com o momento quase histórico da ficção trocando de lugar com o momento quase fictício da história. Desse entrecruzamento, dessa sobreposição recíproca, dessa troca de lugares, procede o que se

5 “Ainda que se narrem os acontecimentos verídicos já passados, a memória relata não os próprios acontecimentos que já decorreram, mas sim as palavras concebidas pelas imagens daqueles fatos, os quais, ao passarem pelos sentidos, gravaram no espírito uma espécie de vestígios. Por conseguinte, a minha infância, que já não existe presentemente, existe no passado que já não é. Porém, a sua imagem, quando a evoco e se torna objeto e se torna objeto de alguma descrição, vejo-a no tempo presente, porque ainda está na minha memória”. (AGOSTINHO: 2011, 300)

6 A *tripla mimesis* é o construto teórico de RICOEUR no qual resolve-se, segundo o autor, de forma poética as aporias reveladas pela fenomenologia do tempo. Seus três momentos referem-se a um processo interpretativo-criativo que envolve uma dinâmica pré-compreensiva (desdobrada em uma semântica e uma sintática da ação adicionadas a uma mediação simbólica e à intratemporalidade - o *ser-dentro-do-tempo* heideggeriano - *mimesis I*), o *agenciamento dos fatos* em um espaço virtual de uma *dialética viva* que representa a “capacidade da história de ser acompanhada” a partir da distensão (conjunto de acontecimentos sucessivos no tempo com relação de exterioridade entre si - dimensão episódica) e intenção (“sucessão dos fatos em uma totalidade significativa” que reúne os acontecimentos - dimensão configurante) o qual culmina em um fechamento (“senso do ponto final”), com vistas a gerar verossimilhança (*mimesis II*), e, por fim, um contexto de aplicação no qual a virtualidade da composição mimética se concretiza em ação prática no mundo do leitor, ou seja, realiza uma comunicação persuasiva do auditório e passa a integrar o “campo da referência” (*mimesis III*), adentrando novamente no plano pré-compreensivo.

convencionou chamar de *tempo humano*, onde se conjugam a representância do passado pela história e as variações imaginativas da ficção, tendo como pano de fundo as aporias da fenomenologia do tempo. (2010, 327-328)

Daí que não se parte do *ser-do-que-já-foi*, mas sim de sua simbologia no social, que é o importante na construção do direito e, mais especificamente, de uma decisão judicial. O passado é, nesse sentido, uma *representação*, uma *versão* trazida ao interior do sistema jurídico por seus atores que funciona como uma espécie de meta-conceito, uma premissa a ser utilizada em operações posteriores (tanto enquanto passado como quanto não-passado, como memória e como esquecimento). Sobre o conceito, GEERTZ:

A esquematização dos fatos, a redução destes às qualidades genéricas dos avisos judiciais, são em si mesmos, e como já se disse, um processo inevitável e necessário. Mais se faz cada vez mais tênue à medida do aumento da complexidade empírica (ou, o que constitui uma distinção fundamental, a sensação de complexidade empírica) e o temor ante essa complexidade, um fenômeno que inquieta seriamente tanto a um grande número de juristas proeminentes, desde o já mencionado Juiz Frank a Lon Fuller e John Noonan, como, e não me surpreenderia que com maior seriedade, a um número muito maior de demandantes e demandados que constatarem subitamente que diga o que diga o direito, este nunca contempla toda a trama. (...). Se as “configurações de fatos” não são simplesmente coisas localizadas em desordem no mundo e apresentadas conjuntamente ante o tribunal, ao mais puro estilo “mostrar e informar”, senão diagramas fechados da realidade que produz o próprio processo de equivalências, então todo o fenômeno resulta pouco menos que um ato de prestidigitação. Mas, por suposto, não se trata de prestidigitação, o em todo caso não o é usualmente, senão de um fenômeno bem mais fundamental, sobre o qual o fato descansa toda cultura: isso é, o da representação. A versão dos fatos que se apresenta com o fim de que possa ser defendida pelos advogados, escutada pelos juízes e valorada pelos jurados são apenas isso, uma versão: como qualquer outro ofício, ciência, culto ou arte, o direito, que é um pouco todas essas coisas, propõe um fundo no qual tenham sentido suas descrições. (1994, 201-202, tradução livre⁷)

A representação do *tendo-sido*, a partir de seus performativos criativos ligados às oscilações entre recordar e esquecer constroem a identidade do intérprete em cada operação

7 Texto original: “La esquematización de los hechos, la reducción de éstos a las cualidades genéricas de los avisos judiciales, son en sí mismos, y como ya he dicho, un proceso inevitable y necesario. Pero se hace cada vez más tenue en tanto aumentan la complejidad empírica (o, lo que constituye una distinción fundamental, la sensación de complejidad empírica) y el temor ante esa complejidad, un fenómeno que ha inquietado seriamente tanto a un gran número de pensadores legistas prominentes, desde el ya mencionado Juez Frank a Lon Fuller e Juhn Noonan, como, y no me sorprendería que con mayor seriedad, a un número mucho mayor de demandantes y demandados que constataron súbitamente que diga lo que diga el derecho, éste nunca contempla toda la trama. (...). Si las <<configuraciones de hechos>> no son simplemente cosas localizadas en desorden en el mundo y presentadas conjuntamente ante el tribunal, al más puro estilo <<mostrar e informar>>, sino diagramas cerrados de la realidad que produce el propio proceso de equivalencias, entonces todo el fenómeno resulta poco menos que un acto de prestidigitación. Pero, por supuesto, no se trata de prestidigitación, o en todo caso no lo es usualmente, sino de un fenómeno bastante más fundamental, sobre el que de hecho descansa toda cultura: esto es, el de la representación. La versión de los hechos que se presenta con el fin de que pueda ser defendida por los abogados, escuchada por lo jueces y valorada por los jurados es sólo eso, una versión: como cualquier otro oficio, ciencia, culto o arte, el derecho, que es un poco todas esas cosas, propone un fondo en el que tengan sentido sus descripciones”.

específica e visam influenciar na instituição de uma identidade social a partir do jurídico, cujas construções temporais oscilam na mesma díade:

Pelo ato de memória, as sociedades buscam responder à questão da origem que não cessa de interpelá-los: *unde?*, de onde vem?, de onde falam?, a que título agem? Assim se amontoa, por essas confusões de respostas formuladas, na fronteira entre o imaginário e o racional, um passado “memorável” - digno de memória – onde se enraíza a identidade coletiva. Sobre esta base de lembranças decretadas, comuns e fundadoras, erige-se a consciência coletiva, na falta da qual não haveria, pura e simplesmente, qualquer ação social possível, nem no presente, nem, *a fortiori*, no futuro. Sem alimentar, por esse trabalho obscuro de carvoeiro, as lareiras da memória, a sociedade continuaria em pane, sempre em busca de sua identidade. (OST: 2005, 49,50)

Estes prismas do passado enquanto *memória/esquecimento* então desembocam no papel da chamada *tradição jurídica* na operação interpretativa criadora da norma de decisão. A tradição está intimamente ligada à reunião de *memórias selecionadas* construtoras da identidade na linha do acima asseverado: um conjunto de *topoi* existenciais e instrumentais sobre o qual se assenta uma parte do potencial temporal-instituente do direito sobre a sociedade:

No centro de uma temporalidade que pretende “ligar o passado”, encontra-se necessariamente a tradição, este elo lançado entre as épocas, esta continuidade viva de crenças e de práticas. Mais ainda que qualquer outra disciplina, o direito é tradição, ele se constitui através de sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de maneira genealógica de argumentos e de razões autorizadas em um momento ou outro do passado. Por outro lado, se com Éric Weil, concordamos em dizer que o Estado organiza uma “comunidade histórica”, será preciso notar o papel essencial do direito do Estado na institucionalização da tradição nacional, esta identidade narrativa e simbólica, este conjunto de normas e de símbolos que definem a nação na sua continuidade histórica. A primeira função do estado é, a esse respeito, garantir a existência durável desta comunidade histórica, inscrever sua ação numa história que lhe seja própria e contribuir, assim, para a realização da “ideia de direito” de que esta nação é portadora. (...). Dois traços caracterizam de chofre a tradição: a continuidade e a conformidade: há, por um lado, reatamento com uma fonte dada de anterioridade; de outro, há alinhamento a um foco provido de autoridade. A tradição é uma anterioridade que cria autoridade; ela é um código de sentido e de valores transmitidos de geração em geração; ela constitui uma herança que define e mantém uma ordem: “ela ordena, em todos os sentidos da palavra”. O essencial da tradição é, pois, a autoridade reconhecida ao passado para reger, ainda hoje, as questões do presente. (OST: 2005, 61-62)

Nesta linha de ideias, no *recordar criativamente* vislumbra-se um ato de fidelidade para com a tradição prevalecente matizada pelas outras determinações temporais componentes da *pré-compreensão subjetiva do intérprete* (que geralmente estarão ligadas com os motivos supostos no contexto de enunciação do discurso para o ato de adesão). É

nesse sentido que, no ato de performar os argumentos da decisão, o julgador se torna uma espécie de guardião da memória⁸, uma função que OST atribui precipuamente ao jurista:

Esta missão de guardião da memória social foi, todos os tempos, confiada aos juristas. Não tanto, ou não somente, a título de arquivistas ou notários, conservadores dos atos passados; não tanto, ou não somente, como cérebros ciumentos das portas da legalidade; não tanto, ou não somente, como servidores apressados dos príncipes: o direito, bem o sabemos, nunca causou repugnância, nem à reescrita dos textos, nem ao deslocamento das fronteiras do proibido, nem mesmo à fabricação de novas legitimidades. Muito mais fundamentalmente, os juristas assumem seu papel de guardiães da memória lembrando que, através mesmo de todas estas operações de deslocamento, opera alguma coisa como uma lei comum e indisponível que foi utilizada num dado momento do passado. Não uma injunção inicial e sagrada – se é que, na história do direito “a lei comum é indisponível” tenha muito frequentemente assumido esta forma religiosa –, mas antes a consciência muito clara de que só se institui o novo com base no instituído – dito de outro modo: há sempre uma parte de indisponível, na medida mesma em que nenhuma instituição é absolutamente nova. (2005, 50)

Duas formas de manifestação da tradição jurídica terão papel de destaque no julgamento do *habeas corpus* analisado na dissertação: a relativa à doutrina (ou tradição doutrinária) e a da jurisprudência (ou tradição jurisprudencial).

Ao revés, no *esquecer criativamente* a operação interpretativa se dá pela orientação desta mesma *pré-compreensão subjetiva* que inocular uma nova temporalidade que se abre para o improvável e se conecta com o *futuro*⁹.

Esta posição simultânea de guarda e filtro da memória dos juristas reforça a ideia aqui trabalhada de um performativo no passado. Contudo, não existe apenas uma tradição jurídica, mas tradições jurídicas, que se subdividem em “correntes”, “escolas” e outras categorias classificatórias diversas.

Em cada decisão são *invocadas* tradições para não somente garantir a autoridade do argumento, mas para legitimar no *campo jurídico* as “visões de mundo” de cada julgador: a resultante disso ao final do julgamento se incorpora ou suplanta memórias anteriores e, com

⁸ Vale citar que um julgador enquanto guardião da memória adjudica sentido de forma profunda aos objetos do seu visar. Se o passado persuade sobre uma origem e constrói identidade, ele define pessoas e coisas, condiciona raciocínios e influencia em efeitos diversos em sua operação, isto é, a representação do *tendo-sido* gera uma espécie de representação de segunda ordem, condicionada pela primeira, de caráter definitório sobre os objetos sob seu juízo (e define porque classifica). Esta dimensão definitória da concepção do passado é elemento de construção da cultura, e pode se manifestar de várias formas. Exemplo disso é o relato de LÉVI-STRAUSS sobre uma função social atribuída a alguns membros da comunidade iroquesa: “Os iroqueses tem ‘guardas’ da memória, a quem confiam o repertório dos nomes clânicos, e que conhecem, a qualquer momento, o estado dos nomes disponíveis. Quando uma criança nasce, o ‘guarda’ é convocado para dizer quais são os nomes ‘livres’”. (2007, 219). Quem “guarda a memória” pode definir uma parte do “ser” do destinatário da norma/decisão. Esta parte pode ser mais ou menos determinante a depender do objeto da decisão (caso posto em Juízo) e sua amplitude (*inter pars* ou *erga omnes*). No exemplo narrado por LÉVI-STRAUSS, os “guardiães” definem o nome, que, para os iroqueses é importante na constituição da representação social do indivíduo nomeado, já que a nomenclatura nesta sociedade é uma forma de classificação.

⁹ Tal conexão será trabalhada detalhadamente no capítulo 3.

a repetição, passam a integrar *pré-compreensão jurídica* e o *habitus* do jurista¹⁰, posto que tornam-se memória (esta enquanto *genealogia*)¹¹.

Este *poder de passado* do direito, não obstante possa ser performado em contexto de relativa ruptura (como já explicitado), serve na maioria das vezes a propósitos eminentemente conservativos: não somente alude a um conteúdo supostamente “invariável” do direito (uma ideia-limite ao caráter reversível do tempo jurídico), mas também a uma das formas pelas quais os juristas se posicionam em relação aos efeitos de sua intervenção na sociedade. O uso majoritário do *topos* das tradições na disputa pelos resultados interpretativos no seio do *campo jurídico* pressupõe a produção de direito a partir de um olhar voltado para o *tendo-sido*. Desenha-se assim uma temporalidade circular cujo principal efeito é *desacelerar* o tempo social de dentro do direito. Esta circularidade traduz-se em um fetiche: baseando-se

10 A dialética entre *pré-compreensão jurídica* e *pré-compreensão da subjetividade dos intérpretes* cunhada por GONÇALVES (...) tem como um de seus pressupostos o ferramental epistemológico-metodológico da chamada *hermenêutica genealógica*. Tal conceito nutre-se em parte das noções de *habitus* e *campo*, tal como conceituadas por BOURDIEU: “Sendo as minhas posições próximas das de Chomsky que elaborava, por então, e quase contra os mesmos adversários, a noção de *generative grammar*, eu desejava pôr em evidência as capacidades <<criadoras>>, ativas, inventivas, do *habitus* e do agente (que a palavra *hábito* não diz), embora chamando a atenção para a ideia de que este poder gerador não é o de um espírito universal, de uma natureza ou de uma razão humana, como em Chomsky – o *habitus*, como indica a palavra, é um conhecimento adquirido e também um *haver*, um capital (de um sujeito transcendental na tradição idealista) o *habitus*, a *hexis*, indica a disposição incorporada, quase postural -, mas sim o de um agente em ação: tratava-se de chamar a atenção para o <<primado da razão prática>> de que falava Fichte, retomando ao idealismo, como Marx sugeria nas *Teses sobre Feuerbach*, o <<lado ativo>> do conhecimento prático que a tradição materialista, sobretudo com teoria do <<reflexo>>, tinha abandonado” (2006, 61). Sobre *campo*: “Assim, para construir realmente a noção de *campo*, foi preciso passar para além da primeira tentativa de análise do <<campo intelectual>> como universo relativamente autônomo de relações específicas: com efeito, as relações imediatamente visíveis entre os agentes envolvidos na vida intelectual – sobretudo as interações entre os autores ou entre os autores e os editores – tinham disfarçado as relações objetivas entre as posições ocupadas por esses agentes, que determinam a forma de tais interações. (...). Com efeito, mediante uma crítica da visão interacionista das relações entre os agentes religiosos proposta por Weber que implicava uma crítica retrospectiva da minha representação inicial do campo intelectual, eu propunha uma construção do campo religioso como *estrutura de relações objetivas* que pudesse explicar a forma concreta das interações que Max Weber descrevia em forma de uma *tipologia realista*”. (*idem*, 65-66)

11 Um conceito aproximado e complementar a estes dois, e de valia nas análises realizadas ao longo dessa dissertação é o *senso comum teórico dos juristas*: “Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo, compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, lembranças, ideias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns dos componentes chaves para aproximar-nos da ideia 'senso comum teórico dos juristas'. A expressão serve para chamar a atenção sobre o fato de que, nas atividades efetuadas pelos diversos juristas de ofício, existe também uma relação imaginária com as mesmas, que determina um campo de significado (um eco de representações e ideias), através do qual determina-se a aceitabilidade do real. É o tempo imaginado da história. (...). Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componentes políticos da investigação de verdades. Por conseguinte canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder”. (WARAT: 1994, 13-15)

no passado para operar, o direito decide no presente realocando o resultado (*output*) nesse mesmo passado (*re-entry*).

Só ele (o passado) ensina e somente dele provém as resoluções que administram conflitos e resolvem incertezas, e por isso precisa ser duplamente reificado: tanto na referência quanto na confirmação pelos efeitos da decisão tomada. A história se torna então fio condutor de acontecimentos que sempre se repetem: uma *história mestra da vida*¹². A este fetiche coletivo, este mito que engloba em si o invariável e o circular com pretensões conservativas do social o direito chama *segurança jurídica*.

Na forma de mito autônomo¹³, a *segurança jurídica* assegura uma relativa imutabilidade de resultados interpretativos ou então uma relativa constância nas premissas sociais componentes da *pré-compreensão subjetiva*. Ligado a ele está o brocardo no qual *as coisas devem ser como sempre foram*. Em termos sistêmicos, pode-se afirmar que a *segurança jurídica* nesse caso é um elemento *neguemtrópico* do sistema jurídico, pois estabiliza seu comportamento a partir de uma parcial *trivialização*¹⁴.

Ao mesmo tempo, como já dito, ele serve de “tabu” que limita as possibilidades de reversão dos acontecimentos do passado social pelo direito (como, por exemplo, pela regra da irretroatividade da lei nova sobre situações jurídicas pretéritas e consolidadas). GUIMARÃES situará o mito como conceito complementar ao de “positividade do direito”:

Por outro lado, existe uma íntima relação entre a ideia de positividade e o conceito de segurança jurídica como um dos pilares de qualquer sociedade organizada. Ainda que todas as coisas tendam a se dissolverem na

12 “No calor dos debates sobre o saneamento das dívidas da Prússia, Raumer arrisca uma mentira: sabia que os antigos jamais conheceram papel-moeda. Usou a mentira – recorrendo de maneira retórica à erudição de seu oponente – porque podia calcular o efeito dela. Esse efeito nada mais é do que a afirmação do velho *topos* de que a história é a mestra da vida. O conselheiro apegava-se a essa fórmula, e não a um argumento: *Historia magistra vitae*. (...) Qualquer que seja o ensinamento que subjaz à nossa fórmula, há algo que sua utilização indica de modo inegável. Seu uso remete a uma possibilidade ininterrupta de compreensão prévia das possibilidades humanas em um *continuum* histórico de validade geral. A história pode conduzir ao relativo aperfeiçoamento moral ou intelectual de seus contemporâneos e de seus pósteros, mas somente se e enquanto os pressupostos para tal forem basicamente os mesmos. Até o século XVIII, o emprego de nossa expressão permanece como o indício inquestionável da constância da natureza humana, cujas histórias são instrumentos recorrentes apropriados para comprovar doutrinas morais, teológicas, jurídicas ou políticas. Mas, da mesma forma, a perpetuação de nosso *topos* aludia a uma constância efetiva das premissas e pressupostos, fato que tornava possível uma semelhança potencial sobre os eventos terrenos. E quando uma transformação social ocorria, era de modo tão lento e em prazo tão longo, que os exemplos do passado continuavam a ser proveitosos. A estrutura temporal da história passada delimitava um espaço contínuo no qual acontecia toda a experimentação possível” (KOSELLECK: 2011, 41, 43)

13 Na dinâmica atual de uma *condição pós-moderna* e uma *sociedade de risco*, como será melhor visto no capítulo 3, o mito da *segurança jurídica* perdeu sua autonomia, e serve de *acoplamento estrutural* para processamento no direito das informações relativas às operações marcadas pelo *risco*.

14 LUHMAN (2009), ao delimitar sua ideia de sistema, faz a diferenciação entre máquinas triviais e máquinas não-triviais. A primeira representa um sistema no qual a estrutura interna estabelece que, para um *input* específico, haverá sempre e invariavelmente um mesmo *output*, independentemente o estado deste mesmo sistema. As máquinas não-triviais, por sua vez, representam sistemas cuja relação entre *inputs* e *outputs* variava conforme os diferentes estados das estruturas por meio das quais as operações eram realizadas.

temporalidade, é necessária a crença num conjunto de princípios que garantam a vigência das relações jurídicas e a permanência de seus efeitos, a despeito de todas as contingências a que estão submetidas o “estado de coisas” e a condição humana. O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são exemplos nucleares de princípios firmados no bojo da crença na ideia de positividade articulada com a indispensável segurança jurídica. (*in*, SANTOS e ANDREA, *in* EMARF: 2009, 126)

De acordo com a doutrina constitucional corrente, a *segurança jurídica* é princípio explícito no art. 5º da Constituição e deriva da cláusula do Estado Democrático de Direito do art. 1º e tem diversos desdobramentos. Para citar alguns: o princípio da anterioridade da lei penal (*nullum crime nulla poena sine praevia lege* – art. 5º, inciso XXXIX), a garantia de irretroatividade da lei penal (art. 5º, inciso XL), a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI).

Este mito, ao visar a estabilização de expectativas a partir da utilização do passado como referência, integra-se à força da autoridade da tradição com o objetivo de diminuir a oscilação de interpretações normativas sobre casos semelhantes, e por esse motivo foram destacadas as manifestações ditas “doutrinárias” e “jurisprudenciais” da tradição¹⁵.

Os “doutrinadores” definem “doutrina” como estudos sistemáticos do ordenamento jurídico feitos por intelectuais que pensam o direito sob a perspectiva do direito posto (*de lege lata*) e do direito a ser posto (*de lege ferenda*) e que propõem interpretações específicas dos textos normativos, conceituam institutos e sugerem situações práticas de aplicação do direito a hipóteses passíveis de ocorrência no mundo da vida. O objetivo desta espécie de *opinio doctorum* na construção da tradição é influenciar os intérpretes autênticos a *aderirem* às suas postulações, fazendo-as valer no processo de criação de direito. Ínsita à “tradição doutrinária”, que deteve importância na Alemanha do século XIX, reside uma cultura jurídica pensada para garantir o acesso ao direito apenas a especialistas¹⁶.

15 MAXIMILIANO agrega tais manifestações sob a forma de método interpretativo que chama de “interpretação doutrinal”, considerada por ele como o ato de interpretar propriamente dito: “Rigorosamente só a *doutrinal* merece o nome de interpretação, no sentido técnico do vocábulo; porque esta deve ser, na essência, um ato livre do intelecto humano. Divide-se em *judiciária* ou usual, e *doutrinal* propriamente dita, privada ou científica, ambas obtidas pelos mesmos processos e resultantes da aplicação das mesmas regras. A primeira origina-se nos tribunais, a segunda é o produto das lucubrações dos particulares, das pesquisas dos eruditos – *communis opinio doctorum*. Uma e outra adquirem grande prestígio quando uniformes, duradouras e confirmadas ou defendidas, por jurisconsultos de valor, com acento no pretório ou brilhantes advogados, catedráticos, escritores”. (2011, 76)

16 “In contrast to the essentially revolutionary, rationalistic, and non-technical character of the Code Napoléon, the German Civil Code of 1896 (effective in 1900) was historically oriented, scientific and professional. A large share of the credit (or blame) for the differences between the German and the French civil codes is owed to Friedrich Karl Von Savigny, one of the most famous names in the history of the civil law tradition. (...) Under the influence of Savigny and others of the historical school, many German scholars turned their energies to the intensive study of legal history. (...) The components of the German legal system, in their historical context, came to be thought of by certain successors of Savigny as something like natural data. Just as natural data in biology, chemistry, or physics could be studied in order to determine the more general principles of which they were specific manifestations, so the data of German law could be studied in order to identify and extract form

Por esta forma de manifestação da *traditio* a constância dos resultados seria em tese garantida pela consagração de alguns “doutores” a posições proeminentes no campo em virtude de seu “notório saber” ou “acentuada especialização” (que o senso comum denomina “boa doutrina”). Discordar da opinião destes “doutrinadores” acarretaria a assunção de uma posição desvantajosa no campo. MAXIMILIANO, ressaltando o elemento de passado no uso da doutrina, explicita seu caráter conservativo:

Na verdade, seria perigoso seguir logo o primeiro livro que se abrisse; pior ainda obedecer às cegas ao espírito de inovação, preferir tudo quanto é ou parece novidade. Sobretudo, o juiz deve aplicar a boa doutrina, porém depois de vencedora pelo menos nas cátedras escolares e entre tratadistas; a solução teórica definitiva, que o maior número é obrigado a conhecer para se orientar na prática e evitar os litígios. Adotar logo a primeira novidade é estabelecer a surpresa nos julgamentos e revelar injusto desdém pelas vantagens decorrentes da *certeza* do Direito. Fica bem ao magistrado aludir às teorias recentes, mostrar conhecê-las, porém só impor em aresto a sua observância quando deixarem de ser consideradas ultra-adiantadas, semirrevolucionárias; obtiverem o aplauso dos moderados, não *misonéistas*, porém prudentes, *doutos e sensatos*¹⁷. (2011, 160 – grifos do original)

Invocá-los, por sua vez, confere autoridade ao fundamento de decidir e torna mais “defensável” o argumento aventado. O problema conhecido do direito a respeito da “doutrina” é sintetizado pela anedota comumente contada pelo estudante de direito de nosso tempo em relação às reflexões dos “doutores” no campo do Direito Penal: “Sempre existem três correntes”. Mesmo dentre os chamados “consagrados” existe uma pluralidade de entendimentos que esvazia o objetivo estabilizador inicialmente idealizado.

Mesmo assim recorrer à doutrina é *invocar* um passado a servir como fator de legitimidade da posição adotada *dentro* do direito. Os “doutrinadores”, como também refletem *pré-compreensivamente* o direito posto e pressuposto, seus *pré-conceitos* também se introjetam em seus exemplos e na categorização de institutos legais. Pensando no acórdão que analiso nesta dissertação, nota-se que juntamente com a “disputa” do julgamento em torno da presunção de violência do crime de estupro, se absoluta ou relativa, existe paralelamente uma

them those inherent principles of the German legal order of which they were specific expressions. Hence the proposed reconstruction of German legal system was to be a *scientific* reconstruction. (...). Finally, the Germans were convinced that it was neither desirable nor possible to rid the world of lawyers. The idea that the law should be clearly and simply stated so that it could be correctly understood and applied by the popular reader was expressly rejected. The German view was that lawyers would be needed, that they would engage in interpreting and applying the law, and that consequently the code they prepared should be responsive to the needs of those trained in the law” (MERRYMAN: 1969, 31-32)

17 O autor prossegue o argumento descrevendo um doutrinador consagrado, logo após apresentar seu ideal de ciência do direito, uma ciência em sintonia com as demais: “Os grandes juriconsultos têm algo de estadistas e muito de sociólogos; sofreram todos uma preparação prévia nos vários ramos de conhecimentos humanos e continuaram a cultivar com amor alguns, em regra os mais relacionados com o Direito. Os homens de ilustração variada e sólida, sobretudo nos tribunais superiores, dão melhores juizes, de vistas mais largas, do que os meros estudiosos do Direito Positivo, que infelizmente constituem maioria”. (*idem, ibidem*)

“discussão entre doutrinadores”: enquanto os “vivos” debatem, o mesmo fazem os “mortos” no entrecchoque das *memórias* e *esquecimentos* dos julgadores.

A jurisprudência (com “j” minúsculo) como elemento da tradição jurídica guarda algumas semelhanças com a doutrina em relação à pretensão de influência nos resultados interpretativos. Início trazendo a conceituação primeira do senso comum: a jurisprudência é um compêndio sucessivo de decisões judiciais ao longo de um período histórico em que, diante de casos semelhantes, uma mesma interpretação da norma jurídica é aplicada para solucioná-lo.

A partir deste conceito preliminar pode-se ir além: a “tradição jurisprudencial” se constrói na *adesão reiterada* dos juízes do presente de premissas (teses preliminares no raciocínio de resolução do caso), processos (métodos, técnicas e modos de utilização dos mesmos) e resultados interpretativos constantes de decisões judiciais anteriores (do mesmo Tribunal ou de Tribunais de Hierarquia superior, que, justamente pela posição hierárquica, conferem maior autoridade a seus argumentos).

O *poder de passado* aqui está na construção de uma *memória de pares*: os precedentes (cujo sentido primeiro é justamente “passado”, “anterior”), não obstante sejam entendimentos exarados por “especialistas” (no sentido de detentor de suficiente domínio da linguagem e das categorias jurídicas, oposto ao “leigo”¹⁸), não tem nestes especialistas necessariamente a qualidade de “jurisconsultos” atinente á tradição doutrinária. O efeito de estabilidade deste elemento estruturante do direito reside em sua repetição constante, que garante a relativa *trivialização* do sistema.

A autoridade do precedente deriva de ter sido ele decorrente de uma experiência de julgar anterior de um outro juiz, ainda mais se esta experiência for trazida por um juiz de maior hierarquia, já que a *adesão* ao entendimento pode garantir visibilidade para o desenvolvimento na carreira, ou seja, garante uma melhor posição no *campo jurídico*. Citá-lo para corroborar o argumento do intérprete significa situar-se em relativa vantagem no debate judiciário.

18 “Impôs-se, de modo relativamente pacífico, a compreensão generalizada do direito como uma linguagem especial, aquela falada no mundo jurídico. A gramática desse mundo linguisticizado de uma maneira tão específica não poderia continuar a ser a mesma do mundo das coisas não-jurídicas, sob pena de se comprometer essa própria distinção útil à não-dissolução do sistema jurídico. Descobriu-se aí, dito no jargão sistêmico, que a própria autonomia do direito, em grande medida, dependia do cuidado de seu código comunicativo. (...). Assim, a linguagem do direito passa a incorporar as diferenças dialetais na vastidão de um mundo jurídico cada vez mais linguisticizado por regiões. Porém, quanto mais cresce e se especifica a linguagem jurídica, mais opaca se torna a pré-compreensão jurídica para quem dela não consegue partilhar. Incrementa-se a incomunicabilidade entre os iniciados e os profanos. Mais largo torna-se o fosso kafkiano. Todavia, simultaneamente a isso, mais sofisticadas se tornam as decisões jurisdicionais e mais exatos os empregos terminológicos administrados pelas dogmáticas especializadas”. (GONÇALVES: 2002, 265)

Este “relativamente” tem ligação com outra característica da tradição “jurisprudencial”: diferentemente da doutrina, o assentamento do Poder Judiciário dá-se em uma estrutura vertical escalonada da carreira que coincide com as instâncias recursais. O sistema recursal garante uma relativa coercibilidade no que tange à obediência por parte dos intérpretes situados em posição inferior, decorrente da deslegitimação do mesmo no *campo* por sucessivas reformas de suas decisões. Esta característica, inclusive, é uma das ressaltadas por GONÇALVES para justificar a jurisprudência como um dos receptáculos da *pré-compreensão jurídica* (2002).

Não obstante, o mesmo autor observou (no que concordo com ele), que o Supremo Tribunal Federal (órgão de interesse por ter sido o prolator do acórdão analisado), enquanto intérprete-aplicador autêntico de maior posição na hierarquia e com o poder de “dizer o que diz a constituição”, não é atingido pelos efeitos de uma coercibilidade hierárquica dos precedentes. A ideologia de obediência aos julgados anteriores na Corte Constitucional ressalta, mais que outros tribunais, o caráter temporal revestido de *poder de passado* da tradição jurisprudencial.

Na minha vivência como ator no *campo jurídico*, assistindo sessões do Plenário do Supremo e debatendo-as com colegas de trabalho, do meio acadêmico e amigos com carreira no direito, aliado às reflexões desta dissertação sobre o tempo e sobre o *habeas corpus* em análise, identifiquei um caractere moral-cultural que emerge principalmente nas discussões mais acaloradas e que sugestiona os Ministros a seguirem a jurisprudência da Corte, que chamo de “tabu da incoerência”¹⁹.

Ressalte-se que o referido “tabu” não ostenta *status* jurídico a não ser na força obrigatória do precedente firmado em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou cristalizado em súmula vinculante, diferentemente do modelo da cultura da *Common Law*, no qual predomina a regra da *stare decisis*, qual seja: firmado um precedente paradigmático, sua razão de decidir deve ser aplicada a todos os casos análogos²⁰.

19 Saliente desde já que estudos sobre coerência na construção da jurisprudência no que tange a um controle dos resultados interpretativos proferidos dos intérpretes autênticos são vários e constituem uma escola de peso na circulação mundial do conhecimento jurídico. O pensamento jurídico sistemático, que culmina no método de interpretação com o mesmo nome, elege a coerência como um pressuposto de constituição do direito (CANARIS, 1989; MAXIMILIANO: 2011). BOBBIO, da mesma forma, entendia que a coerência é um dos pilares do ordenamento por meio de seu postulado da *plenitude da ordem jurídica* (1999). Outra corrente que trata do tema é a chamada “Tópica Jurídica”, cujos autores analisam sob a perspectiva da retórica o caráter problemático da interpretação no direito, visto como mera *doxa* que se busca afirmar a partir da persuasão do possível destinatário, operando-se com diretrizes retóricas (VIEHWEG: 1979).

20 A regra do *stare decisis* ou mesmo relevância do precedente na *Common Law* não são objeto de pesquisa desta dissertação porque o sistema jurídico brasileiro (ainda) se assenta na matriz cultural da *Civil Law*. Contudo, faz-se, para não deixar o ponto completamente a descoberto, menção sobre a *Common Law* como “direito dos juizes”: “We in the common Law world know what a judge is. He is a culture hero, even something of a father

Não obstante, não é por não ser reconhecido como norma coercitivamente imposta pelo estado que não detém certa normatividade. A considerar que nos últimos dois anos a maioria das discussões mais acaloradas no Plenário do STF se deu pela exposição pública (falsa ou verdadeira) da quebra do mesmo, a força normativa do tabu fica mais acessível aos olhos do pesquisador. Este consiste em uma regra de obediência à jurisprudência firmada da Corte, um *respeito ao passado* no qual sua inobservância sem cautelas argumentativas pode ocasionar desconfortos perante os demais ministros e junto à comunidade jurídica brasileira, uma espécie de *vergonha moral*. GONÇALVES também observou esta regra quando do tratamento da problemática da coincidência nos ministros do STF das *pré-compreensões jurídica e da subjetividade do intérprete*:

Os membros de uma Corte Constitucional normalmente dispensam grande atenção à história pregressa das interpretações semelhantes, embora não estejam por elas estritamente vinculados. Também é essa atenção ao passado jurisprudencial do campo constitucional que demarca o círculo exterior da pré-compreensão jurídica atinente aos mais elevados intérpretes-aplicadores da Constituição. (2002, 288)

Segundo SANTOS e ANDREA, Gehart Husserl, em sua obra fenomenológica sobre o direito e o tempo também salientou a importância dos precedentes para manutenção da racionalidade na aplicação do direito:

G. Husserl, ademais, sustenta que, independentemente de entendimento pessoal, o juiz deve agir em consonância com a jurisprudência dominante; por uma questão de procedimento racional de aplicação do direito, situações idênticas não podem ter resultados diferentes, mas, sempre, garantindo o poder de interpretação, característica fundamental da atividade exercida pelo Juiz. (*In*. EMARF: 2009, 127)

Pode-se dar um exemplo recente de discussão fomentada em acusação de incoerência em relação a precedentes da própria Corte, mas não especificamente daquele

figure. Many of the great names of the common law are those of judges: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. We know that our legal tradition was originally created and has grown and developed in the hands of judges, reasoning closely from case to case and building a body of *law* that binds subsequent judges, through the doctrine of *stare decisis*, to decide similar cases similarly. We know that there is an abundance of legislation in force, and we recognize that there is a legislative function. But to us the common law means the law created and molded by the judges, and we still think (often quite inaccurately) of legislation as serving a kind of complementary function. (...). We also know where our judges came from. We know where our judges come from. We know that they attend law school and then have successful careers either in private practice or elected to judicial positions on the basis of a variety of factors, including success in practice, their reputation among their fellow lawyers, and political influence” (MERRYMAN: 1969, 35). Cita-se também uma análise voltada ao estudo do tempo no que tange à *stare decisis*: “É, sem dúvida, uma temporalidade muito próxima que caracteriza a instituição do precedente, central no direito anglo-americano. Segundo a doutrina do *stare decisis* as Cortes e os Tribunais são obrigados a respeitar, no futuro, as decisões que adotaram anteriormente. (...). A autoridade do precedente não deve, contudo, ser superestimada, tanto quanto no direito continental não é conveniente hipoestasiar a força da lei escrita, que continua sempre sujeita à interpretação. De um lado, não é tudo o que diz a jurisdição que cria autoridade, mas somente a *ratio decidendi*: a razão fundamental que explica a decisão. Por outro lado, se o precedente se impõe em casos semelhantes, o advogado imaginativo dedicar-se-á em ‘distinguir’ o caso atualmente em discussão do precedente invocado, cujo alcance se achará assim progressivamente limitado”. (OST: 1999, 106-107)

ministro (que aqui chamo de “incoerência externa”) e outro exemplo cuja “rusga” iniciou-se por imputação de desrespeito a precedentes de relatoria do próprio ministro prolator do voto (que chamo aqui de “incoerência interna”): o primeiro deu-se no julgamento do Recurso Extraordinário no qual se discutiu a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 (“lei da ficha limpa”) no qual o Ministro Ayres Britto afirma que o Ministro Gilmar Mendes estaria fundamentando seu voto em “precedentes superados” (além da acusação de manipular o sentido dos demais precedentes); o segundo foi a afirmação do Ministro Luiz Fux, em seu voto na Ação Penal nº 470 (“Ação Penal do Mensalão”) no qual insinuou que o Ministro Dias Tóffoli estava julgando naquele caso de forma dispare a outros julgados em que fora relator tratando das mesmas teses²¹.

A função do “tabu da incoerência” é, então, conservativa, o que o aproxima da *segurança jurídica*: é a jurisprudência garantindo a circularidade de um passado que, vinculado à tradição jurídica, *desacelera* o presente social pela manutenção duradoura de determinados entendimentos, o que significa manutenção de determinadas *pré-compreensões*, e, nelas, também preconceitos. Um *tempo longo* que, para se alongar, *reverte* e por vezes *congela* artificialmente o relógio social na perpetuação de uma memória social *tornada* jurídica.

Todos estes fenômenos mostram a dinâmica jurídica do passado enquanto memória e tradição na interpretação do direito em tese, ou seja, a apreciação da chamada *quaestio juris*. Contudo, este jogo de manipulação temporal no *tendo-sido*, que considero inserido em um processo de construção da norma de decisão operado *horizontalmente*, não é a única forma de manifestação do passado na resolução do caso. Existe a chamada “premissa fática”, ou *quaestio facti*, que encerra outro ponto de interseção entre o tempo do direito e o tempo social, cujo processo se dá *verticalmente*.

Tratei esta questão sob outro enfoque em artigo produzido em co-autoria com CAVALCANTI (FRAZÃO e CAVALCANTI: 2012) sobre a suscetibilidade do Direito Penal e presunções de índole processual para fins de prolação de sentença penal condenatória, quando, naquela oportunidade, a fim de refutar o que lá ficou caracterizado como “mito da verdade real”, tratei sobre a interpretação de fatos em um caso penal salientando os aspectos linguísticos do “debruçar-se sobre os autos” por parte do julgador, quando trouxe o conceito de “livro-autos” e tratei sobre os limites à atividade interpretativa dos fatos subjacentes ao caso penal.

²¹Ambos os vídeos da sessão estão disponíveis do canal do STF no sítio “Youtube”: <www.youtube.com/user/STF>, acesso em 21/03/2013.

Trabalhando a partir da ontologia hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica filosófica gadameriana, fiz uma crítica à verdade real como impossível de ocorrência em virtude da projeção das *pré-compreensões jurídica e subjetiva do intérprete* sobre o caso penal em Juízo, de modo que o que está à disposição do magistrado é no máximo uma “verdade de segunda mão” (verdade aqui como visão pura e neutra dos fatos tal como efetivamente ocorreram). Nisso propus, em concordância com as ideias de KHALED JR. (2009) uma concepção de análise da prova no processo penal fundada em um princípio de *verossimilhança qualificada ou significativa*:

Segundo KHALED JR. (2009: 250-353, *passim*) o princípio da verossimilhança significativa enquanto unificador do saber sobre a prova no processo penal é um sistema complexo reunido sob a reificação do conceito romano de *veritas*, em oposição ao de *aletheia*, que norteia a verdade real e sistema inquisitivo, e que este, por sua dimensão de verdade problemática, seria adequado a substituir a base histórica da verdade real e fundamentar um conceito de verossimilhança realizador da justiça e da democracia no processo penal. Tal sistema postula a construção de uma sabedoria prática (*phronesis*) da prova, consciente da dimensão interpretativa da atividade de proferir sentenças condenatórias (o juiz como ator processual inserido no círculo hermenêutico)²², sendo a sentença uma narrativa construída com ambição de verdade e pretensão de aceitabilidade, sendo, portanto retórica. A *phronesis* neste campo seria possível no reconhecimento da dimensão retórica do discurso judicial no sentido aristotélico, fundado em provas. A hermenêutica atuaria em auxílio à sabedoria prática desenvolvida no cotidiano judiciário no reconhecimento do magistrado como parte integrante da construção da compreensão, e, portanto, do sentido gerado na forma de resultados interpretativos a fim de evitar “o primado das hipóteses sobre os fatos”²³. (FRAZÃO E CAVALCANTI: 2012,7457)

Desenvolvendo as ideias de *verossimilhança qualificada* e a caracterização dos autos processuais como “um livro a ser lido”²⁴, trabalhei a dimensão temporal da operação da

22 “Ao juiz cabe uma tarefa eminentemente prática e interpretativa, motivo pelo qual a virtude aristotélica da prudência e a hermenêutica – enquanto arte da interpretação – podem ser extremamente úteis ou até mesmo essenciais para o bom desempenho de sua função. São estas virtudes que o aproximarão da verdade, entendida em seu sentido problemático: *veritas*. A introdução da *phronesis* e da hermenêutica – enquanto orientações capazes de auxiliar na atuação do juiz – não deve ser entendida de forma equivocada: não se trata de substituição à legalidade, mas sim, de acréscimo de sentido”. (KHALED JR: 2009, 276)

23 “A partir deste reconhecimento, a compreensão guiada por uma intenção não buscará simplesmente confirmar suas antecipações, mas tomar consciência delas e as controlar, para assim obter uma compreensão das próprias coisas. A ideia é impedir a mera confirmação das próprias hipóteses e antecipações. Na hermenêutica, há uma tendência à verdade problemática que é inerente ao seu próprio sentido enquanto arte da interpretação. Com isso procura-se, de alguma forma, fazer frente ao problema colocado pela opacidade do subconsciente e pelo próprio pertencimento a uma tradição. Percebe-se assim como a hermenêutica está preparada para resistir aos perigos apontados por Cordero. Isto é visível na hermenêutica de Heidegger, onde há sempre uma determinação pelo círculo antecipatório da pré-compreensão. Aí é que entra a tradição. No entanto, a hipótese prévia que daí surge deve ser constantemente revisada. Dessa forma, a objetividade está na elaboração da opinião prévia para contrastá-la constantemente com a realidade”. (KHALED JR.: 2009, 287)

24 “Partindo da adoção do princípio da verossimilhança significativa como unificador do regime probatório dos autos de um processo, reconhece-se as provas dos autos de uma ação penal (devidamente submetidas aos crivos de correção aludidos no item anterior) como manifestações linguísticas produzidas em relação de conflito, ou como adverte Khaled Jr. (2009), intriga. Quando da fabricação da decisão judicial sobre o caso penal, o magistrado produz enunciação de índole narrativa em que, harmonizando-se o quanto possível esta intriga sem

projeção do entendimento judiciário sobre o processo redundando na condenação ou na absolvição:

A narrativa da sentença deve ser consciente de que desempenha uma operação temporal complexa, pois extrai significado de fatos passados na construção do presente a partir da postulação de uma quase-unidade de sentido oriunda da situação de intriga decorrente de um processo penal contraditório o máximo possível, e, por isso, deve entender que a operação de simplificação contida na narrativa da sentença de modo algum pode olvidar desta complexidade da intriga. (*idem*, 7458)

Outra formulação decorrente da verossimilhança está na caracterização dos autos pela sua *passividade*, uma vez que são vestígios de um fato ocorrido no passado:

Outra postulação da verossimilhança significativa gira em torno do reconhecimento de que os elementos cognitivos dos autos residem em sua *passividade*, ou seja, são representação sempre incompleta e imperfeita do passado, de modo que o que está a disposição para julgamento são rastros. Os rastros seriam, portanto, a “matéria prima do conhecimento histórico, suas evidências” (2009: 252). (*idem, ibidem*)

Como naquela ocasião meu foco de preocupação era sobre o ato de exame dos fatos trazidos ao processo pelo julgador apenas citei a existência do processo interpretativo *horizontal* já caracterizado anteriormente e afirmei que a resolução de um caso implicava uma complexa operação de dupla interpretação: “interpretação dos fatos” e “interpretação da norma”. A segunda corresponde à referida *dimensão horizontal da temporalidade na construção hermenêutica*, enquanto a primeira, cujas reflexões iniciais feitas naquele trabalho foram sintetizadas acima, referem-se à *dimensão vertical*.

A conjura do *passado* na forma de *memória/esquecimento* desdobrado na tradição, seus mitos e tabus, clarifica a manipulação temporal cruzada dentro do direito. A *reconstrução criativa do tendo-sido*, longe de apenas significar adesão a teses, premissas e valores que determinarão o sentido e alcance de uma norma, também mostram como o tempo social é *juridicizado*²⁵ e, após, *processado e trabalhado* dentro do direito a fim de ganhar um

descurar de sua complexidade, reconta o fato passado retratado de forma limitada pelos autos. Obviamente que, na realização desta operação, o juiz parte do pressuposto de que isto é possível. Isto significa que ressaltar o caráter do conjunto probatório é reconhecer que se pressupõe o potencial de harmonização das provas a fim de considerá-las um todo único. A verossimilhança significativa, ante o até aqui exposto, permite fundamentar esta pressuposição. Isto permite concluir que o acervo probatório de uma ação penal pode ser tomado na generalidade como manifestação linguística análoga a um “livro a ser lido” pelo juiz na fabricação da sentença”. (FRAZÃO E CAVALCANTI: 2012, 7459)

25 Digo *juridicização* no sentido de GONÇALVES: “Essas observações preliminares sobre linguagem e o direito indicam como a distinção operacional entre o mundo jurídico e mundo social não pode ser estabelecida sem alguns acautelamentos. Tal distinção, procedida do ponto de vista interior à pré-compreensão jurídica, reclama a concessão a alguns postulados. O primeiro deles é o de que nem tudo que é social torna-se imediatamente relevante para o ponto de vista jurídico. Deve existir então uma espécie de membrana porosa selecionando o conjunto de coisas ingressáveis na cognição especificamente jurídica. O filtro dessa membrana é tradicionalmente apresentado como sendo a própria incidência normativa, tal como essa ideia é elaborada por teorias como a do fato jurídico. Essa incidência provocaria uma ressignificação de determinados eventos sociais como eventos a serem considerados como juridicamente relevantes. (...). Apresentando-se agora a juridicização como um fenômeno linguístico-hermenêutico, o mundo jurídico passa a ser percebido como um universo de

determinado *sentido*. Esse *sentido* se tornará a *versão* que não somente implicará uma determinada manipulação do fluxo do devir pelo direito dentro do processo como também a que já foi pensada para se *adequar* a interpretação da norma jurídica do *contexto horizontal*. A esta operação interpretativa que *produz a quaestio facti* eu chamo aqui de *recorte*.

O *locus* de origem de onde transpus o conceito de *recorte* foi do sentido mais superficial utilizado na metodologia da pesquisa em geral, sinônimo de “delimitação do objeto”. Ao selecionarmos um tema de pesquisa e um objeto para exame, isolamos uma ou várias de suas dimensões do restante de sua completude. Isto não é meramente arbitrário e parte de nossa visão sobre este objeto (o ato inicial de delimitação), tendo em vista que o *recorte* não deixa de ser uma operação interpretativa, reside em caracteres de nossa *pré-compreensão* que são projetados nele.

Na antropologia, este *visar* é objeto de recorrente preocupação, a fim de evitar o máximo possível os efeitos do *etnocentrismo* que pode influenciar o pesquisador. Uma das técnicas mais utilizadas para manter em máxima vigência a *alteridade* do pesquisador é o uso da comparação por contraste: ressaltando-se as diferenças culturais, é possível maximizar o *afastamento entre o si e o outro*, fazendo este *outro* sobressair-se. Na fenomenologia, a ideia de *redução eidética* ou *epoché* tem uma função parecida: suspender provisoriamente os juízos

sentido específico, vale dizer, como mais um problema da condição humana. Nesse universo humano figura a atividade de escolha pelo legislador de certas palavras com o intuito de que produzam na realidade social certos efeitos. Porém, a escolha pelo legislador dessas certas palavras e mesmo desses certos efeitos não é em muitos casos diretamente operativa na realidade social. A relação entre as palavras e os efeitos produzidos na realidade social depende da mediação interpretativo-concretizante feito pelo sistema jurídico-aplicativo ao especificar o universo de referibilidade dessas palavras atinentes a certas coisas. Mantém-se assim em permanente negociação o compromisso precário estabelecido entre as palavras escolhidas pelo legislador e as coisas as quais efetivamente elas se referem, determinadas na e pela atividade de interpretação aplicadora. A mediação desse compromisso entre as palavras e as coisas modula o tom da orquestração do sentido normativo”. (2002: 263-278)

a fim de que os objetos mostrem-se em sua mesmidade²⁶, com o objetivo de afastar o sujeito em um primeiro momento.

Não obstante, FABIAN (1983) explicita de forma veemente o caráter de *tentativa* desta valorização do *outro* com fins de estudo. No que me interessa, ele denuncia que os antropólogos, ao interpretarem e descreverem a comunidade etnografada, realizam um deslocamento temporal desta, pondo-a “fora do tempo”, o que prejudica o ato de *estranhamento* e identificação das categorias nativas enquanto vivas, humanas. O autor afirma que a pesquisa antropológica deve então *temporalizar* seu objeto, pondo-o de forma *coetânea* em relação ao outro²⁷.

Não se pode afirmar, que existam de fato mecanismos jurídicos epistemologicamente ancorados que realizem esta tentativa de *afastamento* no ato de julgar. O que existem são alguns performativos do *campo* que realizam um *ocultamento* desta impossibilidade ao mesmo tempo que encobrem as *pré-compreensões subjetivas dos intérpretes*. GONÇALVES (2002, 247-263), desenvolvendo a intuição de KELSEN (2011, 387-397) evidencia os métodos de interpretação cunhados pela dogmática tradicional; LUPPETI BATISTA (2010), ao dedicar sua obra a uma etnografia judiciária com vistas à

26 “A fenomenologia é uma atitude e não um método propriamente dito. Como atitude, o pensar fenomenológico visa a descoberta dos sentidos e significados dos objetos, independente de todas as categorias explicativas. Como? Pela via da intuição e descrição das suas essências e suas conexões de sentidos. Isto não significa abandonar as categorias explicativas utilizadas pelas ciências positivas, mas suspender a sua vigência para atingir o objeto naquilo que ele é, como um complexo de sentidos. (...). O ver fenomenológico não tem pressuposto. É o ver direto proporcionado pela intuição como 'princípio dos princípios' que possibilita originariamente ver e descrever a estrutura das essências ou sentidos dos fenômenos. Intuir quer dizer estar dentro dos fenômenos, dentro dos objetos (do latim *intus* = dentro de). Esse estar dentro de significa a força genética da consciência doadora de sentidos aos objetos, descobrindo neles um potencial infinito de variações significativas. O objeto é mera referência dos seus sentidos e significados. São estes que definem o que ele é, o seu ser verdadeiro. Mas é bom desde logo deixar claro que o ser do Direito é o que vemos e intuimos no aparecer do fenômeno jurídico. A lei, o contrato, a lesão aos bens tutelados, a ofensa à honra, o homicídio e tantos outros fenômenos abrigados no mundo jurídico estão aí, aparecem, são visíveis e se mostram no campo das nossas vivências na temporalidade. É deles que deve tratar uma teoria fenomenológica do Direito e não de considerações desvinculadas dos propósitos de melhor compreender a concretude da vida jurídica. O ser do Direito não se oculta e lugar nenhum, estando presente tanto no lidar empírico da sua operacionalidade quanto nas formulações a priori que iluminam todas as nossas ações”. (GUIMARÃES, In. EMARF 2ª Região: 2010, 15-16)

27 “Já se disse que a construção do Outro, o objeto da Antropologia, foi realizada à custa da manipulação da temporalidade. Tanto pelas formas como o Tempo é percebido nas diversas sociedades humanas, quanto em suas implicações recíprocas (FABIAN, 1983). Nesta concepção, o principal mecanismo para o estranhamento antropológico não foi o afastamento espacial, e sim o temporal. (...). Nesse sentido, ao Outro teria sido negada uma perspectiva temporal coetânea. Haveria um tempo do sujeito distinto do tempo de seu objeto. O tempo do outro era um ‘não tempo’! (...). O conhecimento produzido pelos antropólogos possui uma contradição fundamental: de um lado a Antropologia está baseada em uma pesquisa de campo, que consiste em uma prolongada interação com o Outro. Mas a construção do conhecimento utiliza-se de um discurso sobre o Outro, fundado em uma distância temporal e espacial. A presença empírica do Outro se transforma em uma ausência teórica, para a qual as equações, ‘estar lá [...] estar aqui’ (GEERTZ, 2002) ou ‘olhar, ouvir e escrever’ (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2000) não dão conta. Em ambas é o Tempo contido nos afastamentos que está mediando o surgimento do Outro”. (LOBÃO: 2010, 158-159)

delimitação do princípio da imparcialidade, identifica-o enquanto mito que também realiza a mesma função.

Tal *ocultamento* performativo apenas confere aos intérpretes-aplicadores maior legitimidade em usar o poder jurídico que lhe é conferido, o que ressalta a projeção da *pré-compreensão subjetiva* na construção da *quaestio factii*. Ao “delimitar o objeto” sob julgamento, há simultaneamente um resultado interpretativo normativo para ela. O *recorte* não apenas formata o caso: transforma-o em uma peça de quebra-cabeça, que, na formação do silogismo retórico durante a fundamentação da decisão, já tem uma interpretação de norma, ou seja, já tem seu encaixe correspondente no quadro da decisão.

Além disso, se a apreciação do caso posto nos autos é um ato eivado de *passeidade* que visa a *reconstrução criativa* do fato ocorrido no mundo da vida dentro do processo, a operação de *recorte* não apenas isola hermeneuticamente o fato (com seus atores, cenário e história) de sua *representação* quando do ato de julgar como também lhe confere um novo sentido temporal.

Ao inserir a *quaestio* na elaboração da decisão, esta já foi alocronizada (posta fora do tempo) e, por vezes, novamente temporalizada em algum momento determinado dentro do tempo jurídico do processo pela necessidade lógica do encadeamento da fundamentação do resultado interpretativo, e isto é facilitado pela reversibilidade inerente à artificialidade da cronologia jurídica. O tempo social é assim apropriado pelo tempo do direito para produzir direito, que busca, após, torná-lo novamente social.

Em termos sistêmicos, DE GIORGI também ressalta essa característica do sistema jurídico em acoplar-se à temporalidade social, transformando-a em seus processos internos de produção:

Enquanto máquina histórica, o direito transforma a temporalidade da sociedade na temporalidade do sistema, processualizando-a. Mediante suas operações o direito moderno atualiza contínuas transformações na semântica da sociedade: isto é, transforma os fundamentos materiais em *artificiais* e os fundamentos necessários em *contingentes*. (1998, 77 – grifos no original)

Daí também se extrai o recorte alocronizante sintetizado na palavra *caso*, ou *questão (quaestio)*, enquanto operação própria da temporalidade jurídica. Todavia, isto não significa que o desligamento do tempo jurídico em relação ao tempo social seja a única operação possível: como já dito, o inverso também é viável, a reabertura do tempo social para modificar o âmbito de compreensão da *quaestio*. Ou, nas palavras de LUHMAN, reacoplando-se ao meio social para seccioná-lo e adequar seu *input* a esta seção, observando-a enquanto sucessão, adjudicando-lhe *tempo*, para, no *output*, incorporar esse produto ao meio do sistema, integrando-o à operação de decisão.

Tanto a dimensão *passada* da interpretação da norma enquanto *memória* criadora de tradição e esta, manifestada na doutrina e na jurisprudência (*contexto horizontal*), quanto a *passividade* da interpretação dos fatos no ato de *recorte* (*contexto vertical*) podem ser vistas nos debates dos Ministros transmitidos por seus votos no julgamento do *habeas corpus* em estudo. Para focar esta dimensão do tempo, assim como para as demais, também tive de fazer meus próprios *recortes*. Os mesmos estão sistematizados na seleção de trechos constantes da tabela abaixo e sobre estes é que a análise deste capítulo se deterá.

<u>Número de Referência</u>	<u>Trecho do Acórdão</u>
1	<u>Min. Marco Aurélio</u> : No caso dos autos, ouvida em Juízo, esclareceu que vinha saindo de motocicleta com o Paciente, sempre indo a lugar deserto para troca de beijos e carícias. Apontou que o mesmo já fizera com um dos amigos do Paciente, entre outros rapazes. A seguir, noticiou que o Paciente pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal, e que se recusara, de início, mas cedera em face às carícias. Retornando à residência, pedira ao Paciente que a deixasse longe de casa, visando a fugir à fiscalização do genitor, que, por falta de sorte, viu-a descer da motocicleta. Ao que tudo indica, a ação penal em que condenado o Paciente surgiu única e exclusivamente da reação do pai da vítima. (fls. 315)
2	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Diante de tais colocações, forçoso e concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de ‘constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça’. A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações como Paciente de livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. (fls. 316)
3	<u>Min. Marco Aurélio</u> : A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação dos costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. (fls. 316)
4	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. (fls. 317)
5	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez. (fls. 317-318)
6	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Na doutrina encontra-se a corroboração a esta tese. Consoante ensina Magalhães Noronha, a presunção inscrita na letra “a” do artigo 224 do Código Penal, podendo ser excluída pela suposição equivocada do agente de que a vítima tem

	idade superior a quatorze anos: “Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé” (Direito Penal, 4ª e., vol. 3/221). Também Heleno Cláudio Fragoso, em “Lições de Direito Penal”, afirma que a presunção em comento não é absoluta, “pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção. (fls. 318-319)
7	<u>Min. Francisco Rezek</u> : A única coisa que dependeria de alguma análise de prova é a questão de saber em que medida a vítima induziu a relação, ou consentiu simplesmente. Isso, no fundo, faz pouca diferença. O que está claro é que se cuidou de relacionamento consentido; e depois, à conta não da vontade de M.A.N., mas do desígnio de seu pai, abriu-se o inquérito que resultou no processo penal conducente, enfim à condenação por estupro. (fls. 323-324)
8	<u>Min. Francisco Rezek</u> : Volto a dizer que poderia, numa situação variante desta dos autos, entender que houve algum constrangimento, e que por isso, em razão da idade da vítima, presumiremos a violência, se qualquer elemento circunstancial contribuísse nesse sentido. Por exemplo, se não fosse o réu um jovem operário, tão simples quanto a vítima sob todos os aspectos, exceto a menoridade dela; se houvesse uma relação hierárquica qualquer; se fosse ele o chefe, o tutor, o parente, o empregado, o professor, o filho do patrão, o guru, o astro pop, o líder da banda... Nada disso. O que temos aqui é uma hipótese de sexo entre dois jovens (ela jovem demais) não vinculados por nenhum fator que pudesse, de algum modo, contaminar a vontade de um deles, significando uma forma, ainda que incomum de constrangimento. (fls. 325-326)
9	<u>Min. Maurício Corrêa</u> : Creio que, sobre esses elementos, em confronto com a estrutura teleológica do writ, em determinadas situações especialíssimas, raras, inusitadas, inusuais, sobretudo quando o condenado também é um jovem, patente as circunstâncias em que se viu envolvido, convidado, provocado e incentivado a manter relações sexuais com menor de 14 anos de idade, não podem ser desconsiderados, dada a natureza específica do caso, com suas características excepcionais, tão somente em homenagem à construção de certa doutrina de antanho em flagrante descompasso com os dias hodiernos, para, et pour cause, ignorar, deixar ao oblívio da apreciação, a grave e exacerbada condenação a que se viu submetido, para cumprir prisão em regime fechado por tão longo tempo, sem que se lhe ensejasse algum remédio com o qual pudesse se valer para a derradeira postulação de ver examinada sua pretensão, e portanto, de depositar sua última esperança nas mãos da Corte Suprema. (fls. 327-328)
10	<u>Min. Maurício Corrêa</u> : Prefiro entender, a meu ver, a exata exegese do artigo 213 do CP, quando admite que o estupro se dá quando há violência ou grave ameaça, e não na hipótese desses autos, em que tais circunstâncias inexistem, sobejamente comprovado que a relação foi consentida, que a jovem já não era mais virgem e que já havia mentido relações sexuais com outros parceiros, além de outros elementos informativos sobre a sua vida pregressa, e ademais que não conseguia ser contida sequer pelo pai, de quem não gostava. (fls. 329)
11	<u>Min. Maurício Corrêa</u> : Ora, é preciso levar em conta também a condição humana do paciente, examinar os aspectos em que o fato se verificou, a sua participação completa no evento, a ambiência, enfim, criada no momento exato da relação, para se aferir se naquele instante deveria ou não julgar ou estimar se se tratava de menor de 14 anos ou não – moça já formada e que aparentava ser maior de idade!! (fls. 329)
12	<u>Min. Maurício Corrêa</u> : Perdoem-me, mas não posso, pela forma em que ocorreram os fatos afirmados nesta impetração e provados nos autos, que não deva levar em conta a inexistência de qualquer violência, para aplicar friamente o que contém o artigo 224, da Lei Penal, entendendo tratar-se de presunção absoluta, deixando passar despercebido o verdadeiro quadro de como se realizou essa relação de que teria resultado o estupro. É bem verdade que se trata de menor, mas seria possível, diante

	do que aconteceu, também não se anotar a essencialidade do comando do artigo que define o estupro, para só se aplacar o complemento desse comando que fala sobre a menoridade? Assim, admito que o tipo do crime deve ser considerado e compreendido, tendo-se em vista o seu complemento, que define a presunção de violência (art. 224), mas que a subjetividade dessa presunção não pode ir além da relatividades das circunstâncias em que o estupro se verificou. (fls. 329-330)
13	<u>Min. Maurício Corrêa</u> : Seria insensibilidade, a meu ver, distante dos verdadeiros contornos em que o fato se deu, para não vislumbrar que aqui a presunção é relativa e não absoluta, já que a possibilidade de ser a vítima alienada ou débil mental, restou afastada. (fls. 330)
14	<u>Min. Carlos Velloso</u> : A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer. Li, enquanto votava um dos eminentes Colegas, as declarações que foram prestadas pela menor, em Juízo. Vou ler, Sr. Presidente, para os Srs. Ministros tais declarações (lê). Na verdade, a menor afirmou que “pintou vontade” de realizar o coito. Quando, entretanto, teria “pintado essa vontade”? Montaram na motocicleta, pararam, passaram a trocar beijos, o ora paciente a passar a mão em seu corpo. Ora, menina-moça, de 12 anos, depois disso, teria que ter vontade de realizar o ato sexual. Não “pintaria vontade” se ela não fosse humana, quase mulher. O paciente é que, com vinte e quatro anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações, foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias. (fls. 332-333)
15	<u>Min. Néri da Silveira</u> : Estou trazendo à Turma a proposta, porque, em realidade, pelo estudo que fiz, verifiquei que há o risco de a Turma divergir da posição anterior adotada por esta Turma e a Primeira Turma. Dessa maneira, penso que matéria de tal natureza deva ser apreciada amplamente pelo Tribunal, hoje com composição diferente da que possuía ao serem tomadas as precedentes decisões. (...). O Supremo Tribunal Federal é um Tribunal que define princípios. Assim, se esta matéria tem o relevo que realmente possui, o que já se depreende do noticiário sobre o início do julgamento pela Turma, importante é que a decisão seja tomada pelo Plenário. (fls. 337)
16	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Senhor Presidente, como Relator, poderia ter acionado o Regimento Interno e afetado, de imediato, este processo ao Plenário, como venho procedendo toda vez que discutimos a questão a envolver tema de estatura maior, versado em reiterados processos e, preferencialmente, de índole constitucional. Não o fiz, porquanto me vi diante de um caso no qual, considerada a tese que sustentei, encontramos não só encontramos corrente doutrinária de peso, Heleno Fragoso e Magalhães Noronha, como também provimentos emanados de outros tribunais, revelando que a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal é relativa, quando a vítima tem menos de quatorze anos. (fls. 338)
17	<u>Min. Maurício Correia</u> : Senhor presidente, data vênia, também acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, rejeitando a proposta de remessa ao Pleno, porque a votação já havia iniciado, com 4 votos já proferidos, até mesmo para a segurança das partes que integral esse habeas corpus. (fls. 341)
18	<u>Min. Carlos Velloso</u> : Em segundo lugar, peço licença para deferir a proposta de V. Exa., Sr. Presidente, tendo em vista que a decisão não seria inédita. V. Exa. Esclareceu que há precedente no sentido de, não encerrado o julgamento, ser possível a afetação da questão ao Plenário. A decisão não seria, portanto, desarrazoada, dado que o órgão fracionário, a Turma, integra o Colegiado. Então, por que não permitir que toda a Corte se Manifeste? (fls. 343)
19	<u>Min. Néri da Silveira</u> , citando os precedentes colacionados na sentença penal condenatória: Vejamos o que diz a jurisprudência: “Age com dolo eventual quem

	<p>mantém conjunção carnal com menor de 14 anos, na suposição de ter ela idade superior a essa”. RT 522/358; “Quem age na dúvida, age por sua conta e risco. Somente circunstâncias capazes de gerar fundada e séria convicção por parte do agente podem ser atendidas”. RJTESP 38/264; “A presunção de violência não cede ante o fato da vítima aparentar mais idade. Sobre ser enganoso tal critério, a lei presume que o menor de 14 anos é incapaz de consentir, seja qual fora a aparência física, levando em conta o desenvolvimento mental...” RT 499/310; “O erro do agente, no que se refere à idade da vítima de estupro, é indiferente, valendo notar que a simples dúvida não exclui a presunção de violência, posto que, nessa hipótese subsiste o dolo eventual”. RT 492/310; “A incapacidade de consentir é o elemento que identifica a violência ficta no caso de estupro de menor de 14 anos”. DJU 23.06.1983, p. 4.429. Finalmente, 'exatamente por serem as jovens menores de 14 anos mais sujeitas, por sua inexperiência, a ceder aos primeiros impactos amorosos, é que dá a lei maior proteção. A sua deficiente resistência é característica normal da insegurança de sua idade, em que o psiquismo se acha alterado ante as razões biológicas que o impulsionam e que lhes abrem um novo campo de visão da vida”. RT 407/106. (fls. 346)</p>
20	<p><u>Min. Néri da Silveira</u>: Ensina, no particular, Nelson Hungria (“op. Cit.”, págs. 227/228): “O que decorre é o seguinte: no caso da letra 'a', a simples dúvida (dolo eventual) quanto à idade da vítima não exclui a presunção de violência (...). Se nem mesmo a ciência pode fornecer dados positivos ou seguros para o cálculo da idade em certos períodos, e se é de experiência comum que nada mais enganoso que a avaliação de idade pela aparência da pessoa, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela dúvida (que é o princípio de sabedoria). Ora, quem age na dúvida, age por sua conta e risco e, como dizem os italianos, <i>chi arrischia, vuole</i>”. (...). Nesse sentido, escreveu também Paulo José da Costa Júnior: “Não invalida o crime o fato de a ofendida não ser mais virgem, ser leviana, fácil e namoradeira, ou tiver liberdade de costumes”, referindo, no particular, numerosas fontes jurisprudenciais (Comentários ao Código Penal, Parte Especial, 1989, vol. 3, pág. 130). (fls. 348 e 353)</p>
21	<p><u>Min. Néri da Silveira</u>: A posição adotada pela sentença e pelo acórdão guardam conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso Extraordinário Criminal nº 116.649 – PR, a Primeira Turma, por votação unânime, relator o ilustre Ministro Octávio Gallotti, decidiu em aresto assim ementado (RTJ 127/343): (...). Cuidava-se, então, de hipótese em que as decisões de primeiro e segundo grau, referindo, também, lições de Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso, sustentavam tratar-se de presunção relativa a da alínea “a” do art. 224, do Código Penal. Na sentença, o magistrado havia afirmado, com a confirmação da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, acerca dos fatos (RTJ 127/347): (...). Pois bem, a Primeira Turma conheceu do recurso extraordinário, por divergência do aresto recorrido com julgados do STF e de outros Tribunais, e lhe deu provimento para condenar o recorrido. Começou por invocar aresto desta Segunda Turma, no Habeas Corpus nº 51.500 (STJ 68/375), assim ementado: (...). No precedente referido desta Turma, adotara-se este fundamento (RTJ 68/376): “4. Por outro lado, como também apontado pela veneranda decisão condenatória, irrelevante se apresenta, na espécie, o consentimento da menor ou a conclusão dos peritos sobre a atividade sexual anterior da ofendida, pois tanto 'não ilide a tipicidade do crime em tela, máxime considerando que o apelado por mais de uma vez possuiu a menor e o fato de, eventualmente, antes de alcançar a idade de doze anos, ter sido ela vítima de outros estupros o nada o beneficia”. Em seu voto no RECr nº 116.649-PR, o ilustre relator Ministro Octávio Gallotti ainda anotou (RTJ 127/353), “<i>verbis</i>”: (...). Idêntica orientação seguiu a Primeira Turma, no RECr nº 108.267 – PR, relator o ministro Sydney Sanches (RTJ 130/803-817), a 21.3.1989. Proclamou, com inteira adequação à teleologia da norma em exame, o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São paulo, relator o Des. Tomaz Carvalhal (“in' Revista dos Tribunais, vol. 348, págs. 81 a</p>

83). (...). Nessa linha decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: (...). O Superior Tribunal de Justiça, à sua vez, no Recurso Especial nº 15414, relator Ministro Pedro Aciole, decidiu em aresto assim ementado: (...). Com a devida vênua, mantenho a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque é a que melhor atende aos objetivos da lei, à exigida proteção social aos menores de quatorze anos e aos interesses maiores da sociedade. (fls. 348/355)
--

1.1 – A Proposta de “Ruptura” - uma Nova Tradição

O *poder de passado* é exercido inicialmente pelo Relator:

No caso dos autos, ouvida em Juízo, esclareceu que vinha saindo de motocicleta com o Paciente, sempre indo a lugar deserto para troca de beijos e carícias. Apontou que o mesmo já fizera com um dos amigos do Paciente, entre outros rapazes. A seguir, noticiou que o Paciente pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal, e que se recusara, de início, mas cedera em face às carícias. Retornando à residência, pedira ao Paciente que a deixasse longe de casa, visando a fugir à fiscalização do genitor, que, por falta de sorte, viu-a descer da motocicleta. Ao que tudo indica, a ação penal em que condenado o Paciente surgiu única e exclusivamente da reação do pai da vítima. (fls. 315)

Tem-se aqui em ação o *recorte* do passado social e sua conseqüente transfiguração no tempo jurídico do processo interpretativo por meio da reconstrução narrativa dos vestígios. A *memória* transforma-se aqui em *quaestio factii*. Mas não somente isso: a narrativa do Ministro Marco Aurélio servirá de premissa para seu argumento e, por isso ela foi *mimetizada* (RICOEUR, 2010) de modo que seu efeito sobre o auditório (*mimesis III*) fosse o de internalizar em seus destinatários a desenvoltura e liberalidade da menina-moça de doze anos e seu comportamento harmônico com o do jovem de 24 anos que com ela manteve conjunção carnal.

Na *memória* vivificada pelo Ministro Relator em seu voto, autor do fato e vítima ficam assim nivelados em mente, espírito e vontade. O passado é em primeiro lugar, cindido: o *tendo-sido* da menor é diferente daquele do maior. No capítulo 3 veremos que esta cisão contém ínsita uma operação de *futuro*, ligada a uma desigualdade de velocidades entre os tempos de cada um, assim como um juízo de valor diferenciado a depender do futuro e da velocidade: o “tempo da precocidade” contra o “tempo amigo da sabedoria”.

Após, pela contação retórica da história do caso, a cisão desaparece da superficialidade do texto e o passado de ambos passa a ser um só novamente (repise-se: para fins da elaboração da premissa fática sobre a qual se construirá o argumento do voto). Um fato então considerado criminoso para as instâncias inferiores se mostra a nós como uma “pequena aventura” entre dois jovens equalizados temporalmente em suas capacidades de manifestação de vontade. O juízo de insignificância desta “pequena aventura” aparece com

mais força no arremate: tal fato tornado insignificante pela configuração argumentativa do passado consubstanciada no ato de *recorte* ganhou uma dimensão desproporcional em relação ao acontecimento narrado pelo ato de um “terceiro” que aqui também está encerrado em um passado específico: um passado onde pais tentam salvar a honra de suas filhas de quem as “deflora” pelo acionamento do sistema jurídico em suas operações mentais. O Ministro Francisco Rezek, em seu voto, igualmente aponta a questão:

A única coisa que dependeria de alguma análise de prova é a questão de saber em que medida a vítima induziu a relação, ou consentiu simplesmente. Isso, no fundo, faz pouca diferença. O que está claro é que se cuidou de relacionamento consentido; e depois, à conta não da vontade de M.A.N., mas do desígnio de seu pai, abriu-se o inquérito que resultou no processo penal conducente, enfim à condenação por estupro. (fls. 323-324)

Este é um dos deslocamentos da responsabilidade pelo ocorrido conduzidos pela argumentação do Ministro Marco Aurélio: se ao longo do voto será destacado o protagonismo da vítima para ocorrência do ato, neste momento o ator provocador do conflito é o pai, que traz o problema às “portas da lei”. As citações dos depoimentos da menina tem como uma de suas funções corroborar esta *memória* da menina nivelada em existência com o jovem mais velho e o pai “exagerado e delator”. A premissa estabelecida neste trecho redundará nas afirmações do trecho seguinte, no qual o nivelamento do passado cindido de autor do fato e vítima criminaliza esta última e vitimiza o primeiro, invertendo-se hermenêuticamente as posições processuais estabelecidas pela acusação. No processo penal quem confessa é réu, e não vítima, por exemplo. Apelando ao dito popular, no caso da menina “seu passado a condena”, e, ao mesmo tempo, redime seu consorte maior de idade:

Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de ‘constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça’. A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações como Paciente de livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. (fls. 316)

Prossegue, então, o relator:

A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação dos costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. (fls. 316)

As operações temporais realizadas no processo interpretativo consubstanciado no voto do Ministro Relator (em passado, presente e futuro) levam à enunciação de uma nova tradição. O então jovem Ministro afirma a necessidade de que um novo passado norteie os julgamentos em casos como este na comunidade jurídica: um passado que leve em conta a

dimensão da *velocidade* com que o *por-vir* chega, o *sendo* desvanece-se e o *tendo sido* se acumula cada vez mais fragmentariamente. Em linguagem sistêmica, uma nova memória juridicizada servirá de acoplamento estrutural para operações posteriores, a antiga, da forma como era utilizada pela estrutura, é descartada ou transformada pelo *esquecimento*. Altera-se, assim, os *inputs* dos processos de decisão realizados dentro do sistema jurídico, o que acarreta novos *outputs*. E, como já vimos, o *precedente*, como fragmento da *tradição jurisprudencial* serve a tal propósito.

Mas não é só. Um passado aparentemente liberador da inauguração de uma nova tradição, justamente por se manifestar na díade *memória/esquecimento*, tem, na maioria das vezes, um poder limitado de ruptura. Toda tradição visa conservar algo. Este “algo” pode ser diferente do anterior ou nem tão diferente assim. Toda esta construção do passado social no processo pelo *recorte*, ao nivelar as temporalidades de autor do fato e vítima, criou, por outro lado, um desnivelamento no tratamento valorativo do julgador em relação a ambos. Um paradoxo bem ao gosto de LUHMAN e sua escola: uma igualdade pressuposta entre idades, oportunidades e padrões de conduta gerou uma nova desigualdade, que, por sua vez, está parametrizada pelo tempo do homem (autor do fato).

Este marco de referência altera a distribuição das exigências morais sobre um e outro: da menina é exigido, aos doze anos, uma conduta esperada de uma mulher de vinte e quatro anos, o que acarreta a diminuição do peso da moralidade sobre o jovem. Isto fica evidenciado nos claros e escuros da fala do Ministro: o autor do fato não é alvo de adjetivos, apenas pela impessoal designação que lhe dá a lei ao regular o rito do *habeas-corpus*, “paciente”. A vítima, por sua vez, compõe um quadro “estarrecedor”, levava vida “promíscua”.

A consequência disso é vista no tratamento do futuro pela argumentação: a anulação do conceito de “criança” ligado ao gênero feminino. O passado da menina, impregnado da *velocidade* da nova tradição, é, na verdade, um *não-passado* se comparado à temporalidade mais *distendida* do paciente. A desigualdade produzida pelo nivelamento das *memórias* relacionadas a ambos os atores da *quaestio* pode mostrar-se fruto de uma tradição diferente da então dominante na *pré-compreensão jurídica* quanto ao resultado, mas entre eles há um elemento comum, e este é a manutenção de uma posição privilegiada do homem sobre a mulher nas relações sociais. Tal argumentação é igualmente desenvolvida no voto do Ministro Francisco Rezek:

Volto a dizer que poderia, numa situação variante desta dos autos, entender que houve algum constrangimento, e que por isso, em razão da idade da

vítima, presumiremos a violência, se qualquer elemento circunstancial contribuisse nesse sentido. Por exemplo, se não fosse o réu um jovem operário, tão simples quanto a vítima sob todos os aspectos, exceto a menoridade dela; se houvesse uma relação hierárquica qualquer; se fosse ele o chefe, o tutor, o parente, o empregado, o professor, o filho do patrão, o guru, o astro pop, o líder da banda... Nada disso. O que temos aqui é uma hipótese de sexo entre dois jovens (ela jovem demais) não vinculados por nenhum fator que pudesse, de algum modo, contaminar a vontade de um deles, significando uma forma, ainda que incomum de constrangimento. (fls. 325-326)

Como será mais detalhado nos capítulos posteriores, em uma pós-modernidade centrada na instantaneização do presente guiada pelo paradigma do risco, o processo acentuado de individualização da nova sociedade capitalista flexibilizada estende à mulher o acesso à dinâmica das relações de trabalho da modernidade, e isto repercutirá na desintegração do foco de reminiscência do parâmetro estamental de sociedade presente no ideal da *família nuclear*.

O problema surge porque esta *modernidade bisseccionada* era natural ao homem, e a consequência disso é a sobrecarga de papéis sobre a figura da mulher, estes antinômicos para elas. As mudanças por parte dos homens, então, são motivadas exogenamente pela alteração da postura feminina no interior da família, e aí se instaura um conflito, no qual existe em um primeiro momento uma resistência masculina advinda do *estranhamento* da nova condição feminina como protagonista moderna da pós-modernidade, e não uma coadjuvante tradicional na modernidade industrial tipicamente novecentista. Hipotizo ao longo desta dissertação que este conflito seja um dos contextos de enunciação dos discursos dos ministros neste acórdão. Sob este ponto de vista, a utilização por parte do Relator do seu *poder de passado* para cindir as temporalidades de autor do fato e vítima e novamente reuni-las sob o *médium* moralizante do tempo masculino tem por consequência a criação de uma “nova tradição” que perpetua a desigualdade baseada em gênero.

No trecho a seguir o argumento entra em uma nova dimensão do passado:

Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. (fls. 317)

Aqui o Min. Marco Aurélio invoca o contexto de surgimento do Código Penal ainda vigente, a década de 40, como forma de comparativo entre o *ontem* e o *hoje* caracterizado no trecho imediatamente anterior²⁸. A este Código está conectado o adjetivo

28 “A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação dos costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e

“glorioso” e a expressão adjetivante “símbolo da modernidade e liberalismo” e, ao mesmo tempo, ao vocábulo “vetusto”, que não somente significa “antigo”, mas também “deteriorado pelo tempo²⁹”.

A descrição do código e de sua época de concepção se assemelha à estima que temos com roupas velhas que consideramos como “roupas da sorte”: “meias da sorte”, “camisas da sorte”, etc., às quais tornamos símbolos *presentes* de algumas de nossas *memórias*, por sua vez constitutivas da parte de nossa identidade que julgamos como *boa*, no sentido aristotélico (ARISTÓTELES: 2009). Algumas palavras-chave deste trecho deixam entrever a possibilidade de uma idealização desta época: a “camisa da sorte” sempre veste bem, não importa quando. A tal idealização (tomando como pressuposto que existe uma idealização dos “idos dos anos 40”) está ligado o conceito de “criança” do ministro, que, ao que parece, englobava as então “crianças de doze anos”, o que é diferente dos dias de hoje³⁰.

A diferença, como melhor se verá ao longo desta dissertação, é a *velocidade* com a qual o tempo passa para este passado-padrão e o *presente* (a “realidade” dita no voto). A “criança” (leia-se “menina-criança”, já que o caso versa sobre estupro, que, na antiga redação do Código Penal, somente poderia ter como vítima uma mulher) era “despreparada” e “indefesa” porque o início, a frequência e a forma de sua experiência sexual era *dilatada* temporalmente³¹, neste passado distante, glorioso e ideal em que o Código surge, reina para o Ministro uma espécie de regra de inocência.

Esta regra, que faz parte do rol de sentidos adjudicados à nossa metáfora da “camisa da sorte”, assim como esta queda-se em farrapos, da qual a beleza está tão-somente na projeção de nossa *memória* sobre o objeto. Da mesma forma o passado-padrão torna-se parâmetro comparativo pelo seu valor de *tendo-sido que não mais é*. Para o Relator, no atual estágio do desenvolvimento social e comportamental não há possibilidade do retorno às “velhas práticas”.

saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural”. (fls. 317)

29 Segundo o dicionário MICHAELLIS.

30 Como já dito, a caracterização dos “dias de hoje” está conectada a operações temporais realizadas sob as rubricas do *presente* e do *futuro* e simbolizadas principalmente pelo termo *precocidade*, ligada ao *tempo vertiginoso* que caracteriza o desenvolvimento das meninas-moças do presente.

31 Esta visão de um passado no qual a passagem do tempo da sexualidade era lenta parece de certa forma impregnar o senso comum. Minha esposa, com seus trinta anos, por exemplo, diz com frequência que “essas meninas de hoje querem envelhecer rápido demais: desde muito novas se produzem e se maqueiam como mini-adultas e com quatorze anos, quando eu ainda era fissurada por brincar de bonecas, elas já querem arrumar namorado. Se não tem muita instrução, acabam botando logo um filho no mundo”.

O tempo é, então, irreversível e de tendência entrópica, diferente da *historia magistra vitae* e sua circularidade ou da história individual-coletiva fundada no motor do *progresso* (KOSELLECK: 2011): os “idos dos anos 40” e sua idealização são um paradigma comparativo para desqualificar moralmente a vítima como pertencente a uma sociedade que lentamente se degenera no *caos* e na *velocidade*.

Na língua portuguesa o tempo verbal do *futuro do pretérito* traduz este *dever-ser* como *tendo-sido*: é o *quando* da expectativas natimortas, existiram apenas imaginariamente, um futuro que nunca se presentificou, um futuro-já-passado. As expectativas valorativas que permeiam a *pré-compreensão subjetiva do intérprete* nesse caso são compostas de *nostalgias*: a menina *deveria ser* criança, *deveria* não se iniciar sexualmente tão cedo, *deveria* seguir certos padrões de decoro que são metaforizados na idealização do simultaneamente “glorioso” e “vetusto” “idos dos anos 40”. Donde se conclui que o próprio juízo moral sobre o fato por parte do Ministro toma como premissa o *passado* e, mais do que isto, um *passado que não volta*.

Isto é um dos diferenciais de sua argumentação em relação aos ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira, que dele divergem, e será melhor abordado na análise do voto sob o prisma do futuro, já que, para entender completamente este *tendo-sido sepultado* as noções de *risco* e *velocidade do instante* devem ser melhor desenvolvidas. Para o atual nível de análise, basta reconhecer esta utilização parametrizadora de um *passado que não mais existe*³².

O próximo trecho desenvolve as mesmas ideias, mas abordando o deslocamento do conceito de “liberdade”. Para uma abordagem sobre o passado, aqui a dimensão ressaltada do trecho seguinte é a que cria o ponto de partida moral no que já foi. As comparações entre os conceitos de *ontem* e *hoje*, aparentemente descrições, na verdade são juízos de valor sobre o caso, tornado *presente* pelo ato de julgamento, com os parâmetros morais de *antigamente*:

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele

32 Tal fato transparece também no trecho seguinte ao ora analisado, que será melhor explorado nos capítulos seguintes: “Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria”. (fls. 317)

de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez. (fls. 317-318)

Após, afirma o Ministro Marco Aurélio:

Na doutrina encontra-se a corroboração a esta tese. Consoante ensina Magalhães Noronha, a presunção inscrita na letra “a” do artigo 224 do Código Penal, podendo ser excluída pela suposição equivocada do agente de que a vítima tem idade superior a quatorze anos: “Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé” (Direito Penal, 4ª e., vol. 3/221). Também Heleno Cláudio Fragoso, em “Lições de Direito Penal”, afirma que a presunção em comento não é absoluta, “pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção. (fls. 318-319)

Neste excerto o Ministro Relator invoca a tradição doutrinária que quer ver dominante no julgamento e como *precedente*, a qual afirma que a presunção é relativa pela possibilidade de erro quanto a idade da menina. Há aqui uma dimensão diferente de exercício do *poder de passado*: aqui, por meio da doutrina, o Ministro traz autoridade ao seu argumento pela coincidência com a *communis opinio doctorum*. Os trechos escolhidos repetem a tese jurídica eleita pelo Relator para resolução do caso, assim como aduzem genericamente sobre a “possibilidade de erro quanto à idade”.

Os trechos citados são uma espécie de guarda-chuva semântico passível de aplicação em várias *quaestios* diferentes: basta que o *recorte* seja persuasivo o bastante para convencer da tese de erro quanto à idade e assim fazer incidir a relativização da presunção violência prevista no então art. 224, “a” do Código Penal. Donde justifica-se o esforço multidimensional do Ministro nos campos do *passado*, *presente e futuro* com o qual justifica sua posição no caso, o porquê a menina “promíscua”, “precoce”, dentre outras adjetivações mais ou menos sofisticadas fundadas em considerações morais, visões sobre a sociedade e as relações familiares, não pode ser albergada sob o abrigo simbólico do termo “criança”, estando assim nivelada no âmbito do *tendo-sido* temporalmente a seu consorte, donde justificável uma exigência que implicitamente traz o “estranhamento” do homem em relação à emancipação feminina típica da pós-modernidade e o aumento de peso sobre o papel social das mulheres daí decorrente, cujo efeito é reforçar uma hierarquização de gêneros por parâmetros de nascimento.

O Ministro Maurício Corrêa manifesta-se na mesma linha de raciocínio que os Ministros Marco Aurélio e Francisco Rezek, como se denota do trecho abaixo, objeto de análise a seguir:

Creio que, sobre esses elementos, em confronto com a estrutura teleológica do writ, em determinadas situações especialíssimas, raras, inusitadas, inusuais, sobretudo quando o condenado também é um jovem, patente as

circunstâncias em que se viu envolvido, convidado, provocado e incentivado a manter relações sexuais com menor de 14 anos de idade, não podem ser desconsiderados, dada a natureza específica do caso, com suas características excepcionais, tão somente em homenagem à construção de certa doutrina de antanho em flagrante descompasso com os dias hodiernos, para, et pour cause, ignorar, deixar ao oblivio da apreciação, a grave e exacerbada condenação a que se viu submetido, para cumprir prisão em regime fechado por tão longo tempo, sem que se lhe ensejasse algum remédio com o qual pudesse se valer para a derradeira postulação de ver examinada sua pretensão, e portanto, de depositar sua última esperança nas mãos da Corte Suprema. (fls. 327-328)

Em primeiro lugar, depreende-se deste trecho múltiplas características temporais, em passado e futuro. Aqui, seguindo à risca a metodologia de exposição do tema, somente o passado interessa. O Ministro Maurício Corrêa segue a princípio a mesma linha de raciocínio transfigurativo do tempo que os Ministros que o precederam. Contudo, aborda a questão por performativos diferentes.

Começa distinguindo o caso analisado dos demais: o *tendo-sido* retratado nos autos é *diferente* dos que consubstanciaram os casos anteriormente analisados. A *memória* advinda do *recorte* realizado demanda valoração diversa e em virtude da diferença mesma com relação às outras *memórias* que sustentam a tradição doutrinária e jurisprudencial então predominante. A mudança proposta pelo Ministro torna-se, então, mais sutil. Não é uma ruptura declarada em uma guerra de tradições, mas uma suspensão do entendimento anterior em favor das “circunstâncias especialíssimas” do caso, um *esquecimento provisório*.

Esse exercício de hermenêutica temporal não deixa de ser um descarte (para dizer em termos sistêmicos) de estruturas condicionantes das operações anteriores, mas o descarte é disfarçado de sobrestamento. O objetivo deste performativo, hipotizo eu, principalmente levando em consideração a longa carreira de político e jurista do Ministro, é guardar a tradição anterior como *lance* possível diante da regra dos jogos de linguagem no Supremo Tribunal Federal consubstanciada no *tabu da incoerência*, transitando assim entre uma tradição e outra. Pode-se dizer que a atuação do Ministro Corrêa equivale ao dito popular argentino *sí, pero no mucho*: a presunção de violência é, em princípio absoluta, mas me reservo a considerá-la relativa dependendo do *recorte* que eu fizer.

A *distinção*, ao nível do caso, é operada pela sucessão intensa de adjetivos, todos ligados ao substantivo “situações”: “especialíssimas”, “raras”, “inusitadas”, “inusuais”. Todos estes adjetivos tem como sentido a dotação de um caráter único ao *recorte* dado, que foge à normalidade, mediocridade, medianidade e, por este motivo, não pode ser objeto do juízo normal, ordinário, medíocre ou mediano (adjetivos utilizados aqui sem a conotação jocosa que lhes é agregada pelo senso comum).

A “premissa” assentada pelos adjetivos desdobra-se na conclusão “situações únicas, soluções únicas”. O próprio Ministro reforça esta ideia em outro trecho:

Perdoem-me, mas não posso, pela forma em que ocorreram os fatos afirmados nesta impetração e provados nos autos, que não deva levar em conta a inexistência de qualquer violência, para aplicar friamente o que contém o artigo 224, da Lei Penal, entendendo tratar-se de presunção absoluta, deixando passar despercebido o verdadeiro quadro de como se realizou essa relação de que teria resultado o estupro. É bem verdade que se trata de menor, mas seria possível, diante do que aconteceu, também não se anotar a essencialidade do comando do artigo que define o estupro, para só se aplacar o complemento desse comando que fala sobre a menoridade? Assim, admito que o tipo do crime deve ser considerado e compreendido, tendo-se em vista o seu complemento, que define a presunção de violência (art. 224), mas que a subjetividade dessa presunção não pode ir além da relatividades das circunstâncias em que o estupro se verificou. (fls. 329-330)

Baseando-se nas compilações de PERELMAN, pode-se afirmar que o Ministro Maurício Corrêa operou uma distinção retórica pelo uso do *topos* da qualidade³³⁻³⁴. Em seguida à utilização do *topos*, ele descreve seu *recorte*, semelhante ao dos Ministros Marco Aurélio e Francisco Rezek. Primeiro, ele realiza a *cisão* dos passados da menina-moça e do “jovem” utilizando o *medium* da *velocidade* para equalizar seus estágios de desenvolvimento emocional e psíquico, inverter os papéis desempenhados por ambos e transformar vítima em autor do fato e vice-versa.

O “jovem”, agora retratado como vítima pela *reconfiguração narrativa do passado* “se viu”, então, “envolvido”, “convidado”, “provocado” e “incentivado” pela

33 “Los lugares de la cualidad aparecen en la argumentación y son los que mejor se comprenden, cuando se cuestiona la eficacia del número (...). Lo verdadero no puede sucumbir, cualquiera que sea el número de los adversarios: estamos en presencia de un valor de un orden superior, incomparable. Los protagonistas del lugar de la cualidad no pueden dejar de resaltar dicho aspecto; un último término, el lugar de la cualidad desemboca en la valorización de lo único, que, así como lo normal, es uno de los pilares de la argumentación. Lo único está vinculado a un valor concreto: lo que consideramos un valor concreto nos parece único, pero lo que creemos único se nos vuelve valioso. (...). Para G. Marcel, el valor de un encuentro con un ser nace porque es <<unique en son genre>> (único en su género). Lo que es único no tiene precio, y su valor aumenta por el mero hecho de ser inapreciable. (...). El valor de lo único puede expresarse por su oposición con lo común, lo banal, lo vulgar, valores que constituirían la forma despectiva de lo múltiple opuesto a lo único. Lo único es original, se distingue, y, por consiguiente, destaca y agrada incluso a la multitud”. (PERELMAN: 1989, 153-156)

34 Este performativo também está na base na chamada “técnica da distinção”, importada da *common law*: “Em um sentido estrito a distinção só tem lugar nas hipóteses em que o novo caso e as soluções decorrentes do preceito vinculante podem ser tidos como parte de um mesmo âmbito normativo e o preceito está sendo afastado porque o caso novo traz circunstâncias peculiares, as quais autorizam um tratamento de exceção. A distinção permite reconhecer uma exceção que confirma a regra geral. (...). Na doutrina a distinção estaria autorizada: a) quando houver concorrência com outras regras derivadas de outros precedentes vinculantes que não tenham sido revogados; b) quando a regra se baseou em um claro e inadvertido erro; c) quando a corte vinculada se defrontar diante de situações que claramente a corte vinculante não queria abranger quando fixou a regra; d) quando houver um desenvolvimento posterior do direito. Com base na distinção o órgão jurisdicional de base, que tem a missão de fazer justiça no caso concreto e que trava contato direto com as alegações de um amplo universo de potenciais afetados pela forma, e com uma vasta gama de efeitos, nem sempre perceptíveis nos contornos de controle abstrato ou no precedente, pode enriquecer a jurisprudência indicando novos rumos”. (NASCIMENTO, in. PRADO: 2005, 297-298)

menina-moça de 12 anos que, agora, é capaz de exercer poder de persuasão equivalente ao autor do fato, de 24 anos.

Prossegue então em seu voto:

Prefiro entender, a meu ver, a exata exegese do artigo 213 do CP, quando admite que o estupro se dá quando há violência ou grave ameaça, e não na hipótese desses autos, em que tais circunstâncias inexistem, sobejamente comprovado que a relação foi consentida, que a jovem já não era mais virgem e que já havia mentido relações sexuais com outros parceiros, além de outros elementos informativos sobre a sua vida pregressa, e ademais que não conseguia ser contida sequer pelo pai, de quem não gostava. (fls. 329)

Aqui o Ministro aprofunda o exercício de seu *poder de passado* para, a partir dele, *definir* a vítima. A *memória* sobre a menina-moça mesma é cindida em duas: a primeira caracterizada na “vida pregressa” que, na argumentação do Ministro, determina sua identidade a partir de uma série de rótulos que permitem hipotizar a comparação com um *tipo-ideal* de menor de 14 anos (ligado, provavelmente, ao ideal de família nuclear), tais como “já não era mais virgem”, “já havia mantido relações sexuais com outros parceiros” (uma semi-redundância com a expressão anterior), “não conseguia ser contida sequer pelo pai” e “não gostava” do pai. A segunda *memória* é resultado do silogismo das premissas assentadas na primeira: sua caracterização como “moça formada” (termo usado no trecho seguinte) e, então, passível de consentir com o ato, de modo que não se aplica a presunção de violência e, como não há violência de fato, o réu deve ser absolvido.

Tal premissa é necessária para introdução do novo nível de argumento, sintetizado no trecho a seguir:

Ora, é preciso levar em conta também a condição humana do paciente, examinar os aspectos em que o fato se verificou, a sua participação completa no evento, a ambiência, enfiam, criada no momento exato da relação, para se aferir se naquele instante deveria ou não julgar ou estimar se se tratava de menor de 14 anos ou não – moça já formada e que aparentava ser maior de idade!! (fls. 329)

A *construção* da “moça formada” é contraposta então à “condição humana do paciente” neste trecho, no qual o Ministro fundamenta o *recorte* realizado, em explicação ao anterior. É preciso conhecer com detalhes a *cena* para se chegar a uma boa análise da *trama*, e uma das formas de fazê-lo é por meio do conhecimento sobre os *personagens* e é deste último elemento que o Ministro Maurício Corrêa realiza sua *reconstrução*. A narrativa, então, ganha pretensões de convencimento, o que habilitará o Ministro a elevar sua *versão* ao *status* de *verdade* momentos depois:

Seria insensibilidade, a meu ver, distante dos verdadeiros contornos em que o fato se deu, para não vislumbrar que aqui a presunção é relativa e não absoluta, já que a possibilidade de ser a vítima alienada ou débil mental, restou afastada. (fls. 330)

1.2 – A Divergência – Manutenção da Tradição e da “Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Após o voto dos três Ministros já citados no tópico anterior, o Ministro Carlos Velloso inaugura divergência:

A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer. Li, enquanto votava um dos eminentes Colegas, as declarações que foram prestadas pela menor, em Juízo. Vou ler, Sr. Presidente, para os Srs. Ministros tais declarações (lê). Na verdade, a menor afirmou que “pintou vontade” de realizar o coito. Quando, entretanto, teria “pintado essa vontade”? Montaram na motocicleta, pararam, passaram a trocar beijos, o ora paciente a passar a mão em seu corpo. Ora, menina-moça, de 12 anos, depois disso, teria que ter vontade de realizar o ato sexual. Não “pintaria vontade” se ela não fosse humana, quase mulher. O paciente é que, com vinte e quatro anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações, foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias. (fls. 332-333)

Este trecho desenvolve a ideia do primeiro parágrafo. Caracterizando a vítima como “criança”, o Ministro Carlos Velloso entende que o momento da transformação da menina em mulher é marcado pela “imaturidade” e pela predominância do “instinto sexual”, fato que impede o “livre discernimento”³⁵. Todos estes elementos levam à classificação da vítima como “em formação”. O Ministro, com os mesmos elementos dos autos dos que o precederam (como, por exemplo, as declarações da menina) realizou um *recorte* diverso: os *personagens* tem *caracteres* diferentes. A começar pela vítima, já desde o início caracterizada como alguém “que não sabe querer”, passível de se entregar ao “instinto sexual” e, por isso “humana”. Aliás, interessante reparar que o reconhecimento da humanidade tanto na maioria que votou anteriormente quanto na divergência que se inaugura serve a uma caracterização retórica do sujeito processual que se quer proteger e está associado à sua vitimização.

Ao revés, o paciente (aqui em momento algum tido como “jovem” ou “humano”) é que teria “induzido” a menina à prática do ato, por meio de “beijos, abraços e outras carícias”. O autor do fato passa a ser *ator principal* da nova narração enunciada no uso do *poder de passado*: do folhetim com ares rodriguianos que mostra uma pré-adolescente portando-se ao estilo “lolita” e, arditamente, seduzindo o “jovem” incauto, passa-se a outro

35 Sobre o conceito de “discernimento” e “imaturidade” e da noção de “instinto sexual” do Ministro Carlos Velloso, remete-se o leitor às reflexões do Capítulo 3.

folhetim completamente diferente, que conta a história de uma criança incauta que, ardilosamente seduzida por um homem mais velho e mais experiente, entrega-se aos seus “instintos” e contrai relações com ele.

A menina-moça continua encerrada no *tendo-sido*, mas agora seu ponto no fluxo do *dever* é desigualado em relação ao paciente, o que, por sua vez, implica em uma equiparação das *velocidades* de suas trajetórias no tempo. O duplo passado, antes utilizado pelo Ministro Maurício Corrêa para aproximar a menina de seu suposto ofensor, agora serve para distanciá-la dele, deslocando o peso do Juízo de reprovação moral para o autor do fato, ao qual é atribuído o encargo de “pensar duas vezes” ao realizar a ação. O *poder de passado* também é utilizado aqui para igualmente encerrar o autor do fato no *recorte* da *quaestio*, diferentemente da temporalização operada pelos ministros que compõem a posição majoritária, como será melhor desenvolvido no capítulo 2.

O referido entendimento resguarda a concepção tradicional de família, ou seja, a forma tradicional de desassimetriação da mulher. Veremos mais adiante que o estabelecimento de desigualdades com base em critérios de gênero é uma espécie de consenso silencioso no seio da divergência. A diferença é que, na posição majoritária, serão predominantes as formas de hierarquização típicas do contexto caracterizado pela concepção pós-moderna, enquanto a minoria, da qual é parte o Ministro Velloso, defenderá a permanência do modelo de *família nuclear*, no qual a mulher é enquadrada em um nível hierárquico inferior pelo seu distanciamento em relação ao mundo do trabalho e, com ele, das vicissitudes da modernidade, como a *aceleração*. Um tempo mais lento para a mulher representa o reconhecimento da ausência de diversas experiências que lhe confeririam uma maior *compreensão* do mundo que a cerca, aproximando-as do *homem racional* e afastando-as da *animalidade instintiva*. Estes são alguns elementos do contexto de enunciação do discurso do Ministro que explicam a *recontação* da história dos autos a partir de um *recorte* diverso e que, por isso, o fazem defender o caráter absoluto da presunção de violência do art. 224, “a”, do Código Penal.

Depois do voto do Ministro Carlos Velloso, o Ministro Néri da Silveira ventila proposta de remessa do processo ao Pleno do Tribunal:

Estou trazendo à Turma a proposta, porque, em realidade, pelo estudo que fiz, verifiquei que há o risco de a Turma divergir da posição anterior adotada por esta Turma e a Primeira Turma. Dessa maneira, penso que matéria de tal natureza deva ser apreciada amplamente pelo Tribunal, hoje com composição diferente da que possuía ao serem tomadas as precedentes decisões. (...). O Supremo Tribunal Federal é um Tribunal que define princípios. Assim, se esta matéria tem o relevo que realmente possui, o que

já se depreende do noticiário sobre o início do julgamento pela Turma, importante é que a decisão seja tomada pelo Plenário. (fls. 337)

A questão de ordem proposta pelo Ministro Néri da Silveira, consistente na afetação do processo ao Plenário do STF, marca o recurso do mesmo à tradição para fundamentar sua posição. Aqui, como ao longo de todo o seu voto, há uma defesa da legitimidade e, simultaneamente, uma obediência ao *tabu da coerência* conceituado *supra*. O próprio pedido de remessa ao Pleno, que normalmente é feito pelo Relator e não pelo Presidente da Turma e muitas das vezes antes do julgamento, é sustentado pela alusão a anteriores “decisões do Supremo Tribunal Federal”.

Aqui também se nota a presença do *tempo lento* da tradição; a remessa ao Plenário serve a vários objetivos, e o que mais sobressai do discurso do Ministro é manter a jurisprudência anterior ou modificá-la e, em caso de mudança, com maior grau de legitimidade e aparência de continuidade. O *poder de passado* agora não é mais utilizado para manipular o tempo dentro do processo em julgamento, mas para moldar o próprio julgamento do colegiado, já que também é mais difícil divergir dos precedentes na presença de mais ministros. O Pleno é um lugar onde o *tabu da coerência* ganha mais estatura, ao mesmo tempo em que uma decisão do órgão máximo do Tribunal o reforça, já que existe um constrangimento maior em *esquecer* um julgado do Plenário do que o de uma Turma.

Da mesma forma posicionou-se o Ministro Carlos Velloso, inclusive retomando afirmação do Ministro Marco Aurélio (adiante citada) de que a proposta do Ministro Néri seria desarrazoada:

Em segundo lugar, peço licença para deferir a proposta de V. Exa., Sr. Presidente, tendo em vista que a decisão não seria inédita. V. Exa. Esclareceu que há precedente no sentido de, não encerrado o julgamento, ser possível a afetação da questão ao Plenário. A decisão não seria, portanto, desarrazoada, dado que o órgão fracionário, a Turma, integra o Colegiado. Então, por que não permitir que toda a Corte se Manifeste? (fls. 343)

O Ministro Marco Aurélio, ao abrir a divergência quanto ao pedido de afetação a Plenário, o faz também invocando a tradição:

Senhor Presidente, como Relator, poderia ter acionado o Regimento Interno e afetado, de imediato, este processo ao Plenário, como venho procedendo toda vez que discutimos a questão a envolver tema de estatura maior, versado em reiterados processos e, preferencialmente, de índole constitucional. Não o fiz, porquanto me vi diante de um caso no qual, considerada a tese que sustentei, encontramos não só encontramos corrente doutrinária de peso, Heleno Fragoso e Magalhães Noronha, como também provimentos emanados de outros tribunais, revelando que a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal é relativa, quando a vítima tem menos de quatorze anos. (fls. 338)

Ele cita a mesma *corrente* que mencionou no voto em relação ao mérito, mas desta vez para tentar diminuir a força do argumento do Ministro Néri, que se assenta nestas bases. Em contraponto à “jurisprudência da Primeira e Segunda Turmas do STF”, ele invoca “corrente doutrinária de peso” e “provimentos emanados de outros tribunais” a fim de, em primeiro lugar, igualar seu *lugar de fala* em relação ao do Presidente da Turma e, em segundo lugar, enfraquecer a caracterização de “controvertida” dada à *quaestio juris* analisada no caso.

O Ministro Maurício Corrêa acompanha a corrente pelo indeferimento da remessa do feito ao Pleno:

Senhor presidente, data vênha, também acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, rejeitando a proposta de remessa ao Pleno, porque a votação já havia iniciado, com 4 votos já proferidos, até mesmo para a segurança das partes que integral esse habeas corpus. (fls. 341)

O Ministro utiliza a *segurança jurídica* como sustentáculo para o acompanhamento da divergência junto com o Ministro Marco Aurélio. Como pontuarei no Capítulo 3, aqui não mais se trata da *segurança* como mito ligado precipuamente ao *tendo-sido*, mas à sua subserviência ao novel mito do *risco*, conectado ao *por-vir*. Não obstante, isto não esvazia todo o *poder de passado* contido na alusão ao mito, já que sua função é impor barreiras ao caráter reversivo do tempo jurídico.

Expor um resultado já consolidado³⁶ a uma possibilidade de reviravolta no Plenário é visto pelo Ministro como uma reversão prejudicial às “partes que integram este *habeas-corpus*” (não se sabe se ele se refere a autor do fato e vítima ou se somente ao paciente, já que o mais próximo do conceito processual de parte que se pode chegar no que tange ao *writ* são as posições de impetrante – ocupada pela defesa do acusado – autoridade coatora – o Tribunal que confirmou sua condenação – e paciente – o próprio condenado). Aqui há a “ativação” do princípio-mito como um recurso retórico cujo objetivo é gerar um certo constrangimento em quem adota a posição contrária e atenta contra a conservação operada pelo performativo.

36 Como será melhor explicitado no Capítulo 2, no tempo do Direito, enquanto o julgamento colegiado não se encerrar, ele não existe de fato *enquanto* julgamento do caso: a deliberação, independentemente do número de sessões que tomar, é considerada evento único, só perfectibilizando-se quando anunciado pelo presidente o resultado. A prolação dos votos é um *presente continuado* que somente adquire força de resolução do caso levado a exame quando torna-se *passado, julgado*. Na arena virtualizada da *duração* os Ministros podem tomar uma determinada posição e mudá-la logo após, podem acompanhar alguma questão de ordem que obsta o exame de mérito ou condiciona-o, alterando completamente o desenlace até então realizado. No tempo social, contudo, são pessoas bastante vaidosas de sua posição e erudição que constroem aquele campo *virtual* onde se perpetua um *gerúndio jurídico*, e estas pessoas, comumente, não mudam de posição *durante* aquela sessão. Alguns até se convencem dos argumentos contrários, mas os aplicam em julgamentos posteriores. Ciente desta *praxe*, hipotizo eu, é que o Ministro Maurício Corrêa toma por encerrada a questão com a formação da maioria de três votos, já tomados quatro dentre os cinco a serem proferidos.

Noutro giro, vê-se que o Ministro Néri da Silveira inicia sua argumentação “recontando a história” do caso até sua chegada ao STF. Ele temporaliza o processo em sua sucessão de eventos conformativos da convicção do Juiz de primeiro grau e do Tribunal (leia-se: conjunto de atos concatenados em sequência que “calibram a pré-compreensão” dos intérpretes chamados a decidir) a fim de sustentar qual a “versão dos fatos” assentada nas instâncias inferiores. A reconstrução retórica operada pela narrativa tem objetivo causar um primeiro embaraço na votação da maioria: a de que o entendimento então vencedor estaria ignorando o “tempo intra-processual”, o que implica que “ficou no passado” do processo (nas instâncias inferiores) a prerrogativa interpretativa dos fatos, uma vez que é senso comum teórico (WARAT) que nem por *habeas corpus* cabe ao STF reavaliar a *quaestio facti*, conferindo nova versão sobre o acontecimento do mundo da vida *mimetizado* (RICOEUR, 2010) nos autos³⁷.

Tal entendimento funciona como uma barreira ética intra-sistêmica (em outras palavras, um “tabu” existente na cultura jurídica) ao exercício do poder jurisdicional de produção de direito ao buscar dotar o tempo jurídico intra-processual de certa irreversibilidade, ou seja, conferir *status* “passado” ao caso. *Tendo sido* assim, não poderá ser de outra forma. Ocorre que, como já afirmado, as certezas que constituem a “verdade” do Direito tem como base adjudicações de sentido (ou seja, decisões) a fatos e normas por parte de pessoas investidas de poder e posicionadas de forma hierárquica no campo. Quanto mais alta a posição na hierarquia, mais facilmente a pré-compreensão subjetiva insere-se na pré-compreensão jurídica (GONÇALVES: 2002), ou, em outras palavras, uma autoridade “maior” pode fazer afirmações que são tomadas por “verdade” apenas em virtude desta autoridade³⁸.

Isto implica que, a despeito do esforço do Ministro Néri em “embaraçar” o entendimento majoritário ao dizer que o mesmo “revolve os fatos do caso penal” por meio da temporalização intra-processual, basta o que estes Ministros fizeram (afirmar que “não

37 Vale aqui reafirmar a máxima de RICOEUR (2010, 140) de que “o passado só pode ser reconstruído pela imaginação”, e a “imaginação judicial” é um *locus* da pré-compreensão subjetiva do intérprete, de modo que por ela são introduzidos caracteres temporais que condicionam os tempos social e processual. Esta não deixa de ser a intenção por detrás do argumento do Ministro Néri da Silveira.

38 “Há três tipos de meios de persuasão supridos pela palavra falada. O primeiro depende do caráter pessoal do orador; o segundo, de levar o auditório a uma certa disposição de espírito; e o terceiro, do próprio discurso no que diz respeito ao que demonstra ou parece demonstrar. A persuasão é obtida graças ao caráter pessoal do orador, quando o discurso é proferido de tal maneira que nos faz pensar que o orador é digno de crédito. Confiamos em pessoas de bem de modo mais pleno e mais prontamente do que em outras pessoas, o que é válido geralmente, não importa qual seja a questão, e absolutamente válido quando a certeza exata é impossível e há divergência de opiniões” (ARISTÓTELES: 2011, 45). Os “mitos” sustentadores do campo jurídico conferem autoridade ao argumento do intérprete pelo fato tão somente de sua autoridade no campo, sendo, alguns deles (os que aqui interessam): a imparcialidade (conforme aponta LUPETTI BATISTA, 2010), e o “notório saber jurídico” e a “reputação ilibada” pressupostos em relação a um ministro do STF, já que são requisitos constitucionais de admissão de um cidadão no Pretório Excelso.

revolviam os fatos”) para que isto possa ser aceito, principalmente após a cristalização do caso julgado como precedente, já que isto despersonaliza o aresto. Não são mais os Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Correa que afirmam (com ou sem razão, não importa) que “não revolvem fatos”, é a ”maioria votante” do colégio julgador que aqui passa a referendar suas afirmações pela “autoridade” da Turma, ou seja, estatuir discursivamente que não estão quebrando o “tabu”³⁹.

A emersão deste “embate temporal” também mostra o caráter reversível do tempo jurídico, que implica na possibilidade de adoção de diferentes pontos de partida para a tomada de decisão, uma espécie de *topos* temporal presente na operação hermenêutica. Na verdade, a adoção de um ou outro *topos* desta natureza é uma operação determinante na construção da decisão para este caso em específico. E este ponto de partida é multidimensional, pois assenta-se em um determinado *locus* no tempo intra-processual e, além disso, permite ou não a entrada dos caracteres do tempo social no processo interpretativo pela operação de *recorte*.

Ativar o *tabu da reavaliação dos fatos* em sede de *habeas corpus* não é a única função da *recontação* da história do processo realizada pelo Ministro Néri. Este performativo também tem a função de legitimar o *recorte* feito pelo próprio Ministro, uma vez que a *reconstrução narrativa* da *quaestio* feita por ele é coincidente com a das instâncias inferiores, de sorte que sua incorporação aos argumentos do voto cria uma retro-referência com o assentado pelo Juiz em 1º grau e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em grau de apelação.

A *memória* constitui a estrutura, o recurso e o produto da operação de produção de direito realizada pela exposição do Ministro Néri. E *presentá-la* é simultaneamente o substrato textual, o *topos* e o paradigma pré-compreensivo. Ao final de seu voto ele declaradamente afirma a utilização de seu *poder de passado* para “manter a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. A criação de um *mundo da memória* dentro do voto com o fim de perpetuar sua força coativa dentro do *campo jurídico* é reforçada pela própria pessoa do Ministro, o mais velho daquela composição e que, ironicamente, rivaliza neste julgamento com o então mais jovem Ministro da Corte em idade, o Relator Marco Aurélio.

José Néri da Silveira ostenta diversas distinções em nível social que atraem para si a semântica da “velhice” ou da “antiguidade”. Recebeu inclusive uma homenagem em comemoração aos cinquenta anos dedicados ao serviço público (como consta em seu currículo publicado no sítio do Supremo Tribunal Federal e que está em anexo a este trabalho). Por isso

39 Tal postura permite simultaneamente, a inobservância do “tabu” e a sua reafirmação como válido perante a cultura jurídica.

fiz uma alusão ao termo *mundo da memória* como algo que não somente designava seu voto em vários âmbitos de análise, mas também constituía para ele sua identidade. Aqui o utilizo na forma como delineado poeticamente por BOBBIO:

O mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória. Dizemos: afinal somos aquilo que pensamos, amamos, realizamos. E eu acrescentaria: somos aquilo que lembramos. Além dos afetos que alimentamos, a nossa riqueza são os pensamentos que pensamos, as ações que cumprimos, as lembranças que conservamos e não deixamos apagar e das quais somos o único guardião. Que nos seja permitido viver enquanto as lembranças não nos abandonarem e enquanto, de nossa parte, pudermos nos entregar a elas. A dimensão na qual o velho vive é o passado. O tempo do futuro é para ele breve demais para dedicar seus pensamentos àquilo que está por vir. A velhice, dizia aquele doente, dura pouco. Mas justamente porque ela dura pouco é que devemos empregar o tempo menos para fazer projetos para um futuro distante ao qual já não pertencemos, e mais para tentar entender, se pudermos, o sentido ou a falta de sentido de nossa vida. Concentremo-nos. Não desperdicemos o pouco tempo que nos resta. Percorramos de novo nosso caminho. As recordações virão em nosso auxílio. No entanto, as recordações não aflorarão se não as formos procurar nos recantos mais distantes da memória. O relembrar é uma atividade mental que não exercitamos com frequência porque é desgastante ou embaraçosa. Mas é uma atividade salutar. Na rememoração reencontramos a nós mesmos e a nossa identidade, não obstante os muitos anos transcorridos, os mil fatos vividos. (1997, 30-31)

Com a tenacidade de quem teima em existir e persistir, avança em seu argumento o Ministro Néri da Silveira com uma sucessão de citações que contam e recontam a história de inúmeros *recortes* iguais ao que faz neste julgamento, que é o mesmo que fez anteriormente na ação penal o Juiz e a Turma Julgadora do TJ-MG. Assim o procede, quando faz um dupla citação: ao transcrever a sentença que condenou o paciente, reproduz a transcrição de inúmeros precedentes que fundamentaram o recurso jurídico-penal utilizado para proferir a decisão condenatória, que é o dolo eventual

Vejamos o que diz a jurisprudência: “Age com dolo eventual quem mantém conjunção carnal com menor de 14 anos, na suposição de ter ela idade superior a essa”. RT 522/358; “Quem age na dúvida, age por sua conta e risco. Somente circunstâncias capazes de gerar fundada e séria convicção por parte do agente podem ser atendidas”. RJTESP 38/264; “A presunção de violência não cede ante o fato da vítima aparentar mais idade. Sobre ser enganoso tal critério, a lei presume que o menor de 14 anos é incapaz de consentir, seja qual fora a aparência física, levando em conta o desenvolvimento mental...” RT 499/310; “O erro do agente, no que se refere à idade da vítima de estupro, é indiferente, valendo notar que a simples dúvida não exclui a presunção de violência, posto que, nessa hipótese subsiste o dolo eventual”. RT 492/310; “A incapacidade de consentir é o elemento que identifica a violência ficta no caso de estupro de menor de 14 anos”. DJU 23.06.1983, p. 4.429. Finalmente, 'exatamente por serem as jovens menores de 14 anos mais sujeitas, por sua inexperiência, a ceder aos primeiros impactos amorosos, é que dá a lei maior proteção. A sua deficiente resistência é característica normal da insegurança de sua idade, em que o

psiquismo se acha alterado ante as razões biológicas que o impulsionam e que lhes abrem um novo campo de visão da vida”. RT 407/106. (fls. 346)

Assim também o faz quando, em meio a uma citação de precedente, invoca a tradição doutrinária que referenda sua posição:

Ensina, no particular, Nelson Hungria (“op. Cit.”, págs. 227/228): “O que decorre é o seguinte: no caso da letra 'a', a simples dúvida (dolo eventual) quanto à idade da vítima não exclui a presunção de violência (...). Se nem mesmo a ciência pode fornecer dados positivos ou seguros para o cálculo da idade em certos períodos, e se é de experiência comum que nada mais enganoso que a avaliação de idade pela aparência da pessoa, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela dúvida (que é o princípio de sabedoria). Ora, quem age na dúvida, age por sua conta e risco e, como dizem os italianos, *chi arrischia, vuole*”. (...). Nesse sentido, escreveu também Paulo José da Costa Júnior: “Não invalida o crime o fato de a ofendida não ser mais virgem, ser leviana, fácil e namoradeira, ou tiver liberdade de costumes”, referindo, no particular, numerosas fontes jurisprudenciais (Comentários ao Código Penal, Parte Especial, 1989, vol. 3, pág. 130). (fls. 348 e 353)

Prosseguindo na enumeração da tradição jurisprudencial a qual se incumbiu em seu construto argumentativo a manter, dispõe as citações de julgados em um fluxo crescente em matéria de posição hierárquica ocupada pelo órgão prolator do aresto:

A posição adotada pela sentença e pelo acórdão guardam conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso Extraordinário Criminal nº 116.649 – PR, a Primeira Turma, por votação unânime, relator o ilustre Ministro Octávio Gallotti, decidiu em aresto assim ementado (RTJ 127/343): (...). Cuidava-se, então, de hipótese em que as decisões de primeiro e segundo grau, referindo, também, lições de Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso, sustentavam tratar-se de presunção relativa a da alínea “a” do art. 224, do Código Penal. Na sentença, o magistrado havia afirmado, com a confirmação da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, acerca dos fatos (RTJ 127/347): (...). Pois bem, a Primeira Turma conheceu do recurso extraordinário, por divergência do aresto recorrido com julgados do STF e de outros Tribunais, e lhe deu provimento para condenar o recorrido. Começou por invocar aresto desta Segunda Turma, no Habeas Corpus nº 51.500 (STJ 68/375), assim ementado: (...). No precedente referido desta Turma, adotara-se este fundamento (RTJ 68/376): “4. Por outro lado, como também apontado pela veneranda decisão condenatória, irrelevante se apresenta, na espécie, o consentimento da menor ou a conclusão dos peritos sobre a atividade sexual anterior da ofendida, pois tanto 'não ilide a tipicidade do crime em tela, máxime considerando que o apelado por mais de uma vez possuiu a menor e o fato de, eventualmente, antes de alcançar a idade de doze anos, ter sido ela vítima de outros estupros o nada o beneficia”. Em seu voto no RECr nº 116.649-PR, o ilustre relator Ministro Octávio Gallotti ainda anotou (RTJ 127/353), “*verbis*”: (...). Idêntica orientação seguiu a Primeira Turma, no RECr nº 108.267 – PR, relator o ministro Sydney Sanches (RTJ 130/803-817), a 21.3.1989. Proclamou, com inteira adequação à teleologia da norma em exame, o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São paulo, relator o Des. Tomaz Carvalhal (“in’ Revista dos Tribunais, vol. 348, págs. 81 a 83). (...). Nessa linha decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: (...). O Superior Tribunal de Justiça, à sua vez, no Recurso Especial nº 15414,

relator Ministro Pedro Acioli, decidiu em aresto assim ementado: (...). Com a devida vênia, mantenho a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque é a que melhor atende aos objetivos da lei, à exigida proteção social aos menores de quatorze anos e aos interesses maiores da sociedade. (fls. 348/355)

O Ministro Néri realiza então comentários sobre um julgado da Primeira Turma, de modo a ativar o *tabu da incoerência* em face do *esquecimento* performado pelo Ministro Marco Aurélio. Enquanto o faz, com as devidas citações, enumera julgados de Tribunais de Justiça, mencionando os Desembargadores que ostentam boa posição no *campo*.

Após, com vistas a acentuar a infringência por parte do relator do já mencionado *tabu*, comenta precedente da própria Segunda Turma (aludindo, com isto, indiretamente, seu inconformismo com a derrota na questão de ordem que decidiu a não-afetação do processo ao Plenário) no qual, inclusive, é citado um “doutrinador” utilizado pelo Ministro Marco Aurélio em sentido contrário. Por fim, enumera julgado do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, agregando à sua as demais *posições objetivas* representadas na tradição jurisprudencial, para, ao final, arrematar: “mantenho a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

Sobre o contexto de enunciação ao qual está a serviço toda esta “elegia da conservação e da memória”, o que já foi dito acerca do apego à noção tradicional de família e do respectivo papel da mulher nesta ideologia quando do comentário ao voto do Ministro Carlos Velloso aqui se aplica. Muito sobre este ponto ainda será abordado nos Capítulos seguintes, quando esmiuçar-se-á as concepções sobre o *presente* e os lugares do *futuro* nos discursos da maioria votante, onde ficará mais acentuado um outro nível da divergência, sobre como se posicionar em face da *fluidéz* deste *sendo* cada vez mais compacto, denso, flexível e volátil. E é nesta *atualidade* a qual passarei a concentrar minha visão.

2 – CAPÍTULO 2: Presente

Vai acontecer...aconteceu! A manifestação temporal trabalhada neste capítulo está nas reticências. Se o passado é nebuloso pela impossibilidade de apreensão total de seu sentido, o presente “escorre pelas mãos”, de modo que é difícil analisá-lo. Quando o antevemos, ainda é futuro; quando se desenrola na ação e no acontecimento, logo se torna passado. O presente lembra as partículas subatômicas cuja observação em aceleradores motivou a criação da chamada “teoria da imprevisão”: como tais partículas minúsculas estão à velocidade da luz, não é possível determinar simultaneamente sua velocidade e posição, mas apenas um ou outro.

Disse no capítulo anterior que o *passado* se manifesta e opera no jurídico com base na díade *memória/esquecimento* que dá ensejo aos desdobramentos constantes da tradição e a visada primeira do caso no *recorte*. Direi no próximo que o *futuro* se mostra e integra a construção interpretativa da decisão com base na *expectativa* que desdobra-se em *risco* e projeção de *efeitos* gerativos de novas probabilidades. Estas duas dimensões são assim retratadas porque o ato de interpretar enquanto ação se dá no presente da emanção da decisão judicial.

AGOSTINHO, em sua teoria da *distentio animi* via o tempo como um triplo presente medido na passividade de um espírito (*anima*) que o estende ao mesmo tempo em que ativamente o intenciona, distendendo-o: a atenção do espírito que *torna presente* o passado pela memória e o futuro pela expectativa⁴⁰.

HUSSERL, na sua *fenomenologia da consciência íntima do tempo* caracterizará o presente no tempo subjetivo como um agora que se perpetua pelo seu *alongamento* por meio

40 “Com efeito, não haveria futuro que diminui, passado que cresce, sem um ‘espírito que faz essa ação (*animas qui illud agit*)’ (28,37). A passividade acompanha com sua sombra três ações, agora expressas por três verbos: o espírito ‘espera (*expectat*) e está *atento (adten dit)* [esse verbo lembra a *intentio praesens*] e ele se lembra (*meminit*)’ (*ibid*). Fazer passar também é passar. Aqui, o vocabulário não cessa de oscilar entre a atividade e a passividade. O espírito espera e se lembra, no entanto a expectativa e a memória estão ‘na alma’, na condição de imagens-vestígios e de imagens-sinais. O contraste se concentra no presente. Por um lado, na medida em que se passa, reduz-se a um ponto (*in punto praeterit*): é a expressão mais extrema da ausência de extensão do presente. Mas, na medida em que se faz passar, na medida em que a atenção ‘encaminha (*pergat*) para a ausência o que será presente’, deve-se dizer que ‘a atenção tem uma duração contínua’ (*perdurat attentio*). (...). É na alma, portanto, a título de impressão, que a expectativa e a memória de extensão residem. Mas a impressão só está na alma na medida em que o espírito *age*, isto é, espera, presta atenção e se lembra. Em que consiste então a distensão? No próprio contraste entre as três tensões. (...). A teoria do triplo presente, reformulada em termos de tripla intenção, faz brotar a *distentio* da *intentio* fragmentada”. (RICOEUR: 2010, 36-37)

da *retenção do imediatamente passado* e a *antecipação* do futuro caracterizado pela *duração*, caracterizada por ele pelo verbo “ser” no gerúndio; *sendo*:

No tocante à *recordação*, ela não é coisa tão simples e já oferece, entrelaçadas umas com as outras, diferentes formas de objectalidade e do dar-se. Poderia assim fazer-se referência à chamada *recordação primeira*, à *retenção* necessariamente interligada com cada percepção. A vivência, que agora vivemos, torna-se objectal na reflexão imediata, e continua nela a expor-se o mesmo objecto: o mesmo som, que fora ainda há pouco um agora efetivo, sempre o mesmo, mas retrocedendo e constituindo nele o mesmo ponto objetivo do tempo. E se o som não cessa, mas dura e, enquanto dura, se expõe, quanto ao conteúdo, como o mesmo ou variando, porventura não pode apreender-se com evidência (dentro de certos limites) que ele dura ou varia? E, por seu turno, não se deve a isto que o ver *vá além* do puro ponto do agora, portanto, consiga reter intencionalmente, no novo agora respectivo, o que já não existe agora, e que consiga estar certo de um trecho de passado de dado evidente? E novamente se distingue aqui, por um lado, o objectal respectivo, que é e era, que dura e varia e, por outro, o correspondente fenômeno de presente e passado, de duração e variação, que é respectivamente um agora e, no seu perfil (*Abschattung*), que ele contém, e, na permanente variação, que experimenta, traz ao fenômeno, à manifestação, o *ser temporal*. O [elemento] objectal não é nenhum pedaço ingrediente do fenômeno, na sua temporalidade tem algo que não se deixa encontrar no fenômeno e nele se dissolver e que, no entanto, se constitui no fenômeno. Expõe-se nele e está nele evidentemente dado como <<sendo>>⁴¹. (1989, 97-98)

O presente também é central na conceituação do tempo na Teoria dos Sistemas. Como já adiantado, este é produto de uma observação que distingue as operações vistas como *antes/depois*⁴². Sendo assim, o tempo não é condição estrutural do sistema, e muito menos do sistema jurídico.

As operações intrassistêmicas autopoiéticas, fundadas no *fechamento operativo*, se não pressupõem *tempo*, somente são concebidas em sua simultaneidade. Por este motivo que LUHMAN afirma que “todo acontecimento sucede pela primeira e última vez” (2009, 215). Tudo *acontece*: a ação é presente, o *observador* é que pode antevê-la em expectativas (que tanto LUHMAN como DE GIORGI chamam de *futuros presentes*) ou distingui-la de outra ação a partir de referências recursivas a outras operações em caráter sucessivo pela

41 “A alteridade característica da mudança que afeta o objeto no seu *modo* de escoamento não é uma diferença exclusiva de identidade. É uma alteração absolutamente específica. A aposta de Husserl foi ter buscado no ‘agora’ uma intencionalidade de um tipo particular que não se volta para um correlato transcendente, mas para um agora que escoou ‘neste mesmo instante’, e cuja virtude consiste inteiramente em retê-lo de modo tal que gere a partir do ‘agora’ pontual da fase que está escoando o que Granel chama de o ‘o grande agora’ (*op. Cit.*, p. 55) do som em toda sua duração”. (RICOEUR: 2010, 46-47)

42 “A tese então fundamental da Teoria dos Sistemas sobre o tempo diz: *o tempo é um mero construto do observador*. (...). O tempo, situado na perspectiva do observador, é uma operação que se realiza de modo concreto. Não é uma dimensão preexistente, colocada ali de modo substancial – como o pensa a ontologia –, mas emerge somente no momento em que se efetua uma observação. Portanto, o tempo: a) é uma operação que se realiza de maneira concreta; e b) por ser uma observação, consiste na *utilização de uma distinção*. Ao iniciar uma observação, o observador impulsiona o tempo”. (LUHMAN: 2009, 211)

*memória*⁴³. Por ser o ponto de partida da observação do tempo, o *presente* enquanto simultaneidade *atemporal* é justamente o que o observador não pode observar, neste caso, seu “ponto cego”.

Um pequeno parêntesis: salienta-se que, de acordo com a concepção de *observador* adotada pela Teoria dos Sistemas, este pode realizar distinções e atribuir relações de causalidade a processos e efeitos no sistema, sobre outros sistemas ou sobre o meio, mas o *observador* está limitado pelo fato de que sua perspectiva, ou seja, o ponto onde se situa para observar, não pode ser visto por ele mesmo. Para isto, terá de realizar um tipo diferente de observação centrada neste *observar a si mesmo*, chamada *observação de segunda ordem*.

Retomando-se o ponto, o *presente* é o ponto cego da observação que *temporaliza* (ou *sincroniza*, no dizer de LUHMAN). Deste *lócus*, pode-se, a partir das distinções, comparações e operações de causalidade efetuadas, pode-se descrever a distância entre passado e futuro atribuída a um acontecimento, que pode contrair-se ou distender-se, o que LUHMAN dá o nome de *duração*:

Assim, do ponto de vista da operação, atemo-nos à ideia de que tudo o que acontece, ocorre simultaneamente. O que também significa dizer que tudo o que acontece, sucede pela primeira e última vez. Um observador, certamente, pode constatar semelhanças, reconhecer repetições, distinguir entre antes e depois (para encontrar, por exemplo, distâncias temporais, ou para conectar efeitos a causas), mas só pode fazê-lo com auxílio das diferenciações que utiliza, e ainda sob a estrita condição da simultaneidade de suas próprias operações de observação com tudo o que acontece. A simultaneidade não pode produzir efeitos causais. Toda causalidade pode e deve ser “assimetrizada” no tempo, precisamente pelo fato de que este não pode produzir nenhum efeito causal. *O tempo somente é um esquema que serve para a sincronização.* (...). Em outras palavras: a contração da atualidade ao momento em que perdura o acontecimento – cuja duração só pode ser descrita por um observador – é compensada mediante a construção de tempo sob a diferença entre atualidade/inatualidade, ou futuro/passado. Passado e futuro só existem graças ao presente. O tempo se *contraí* – para usar uma expressão de Nicolau de Cusa – no presente, para poder se diferenciar de *passado* e *futuro*. (2009: 218)

Mas tais distinções são realizadas no âmbito da observação, que, por sua vez, podem servir de referência recursiva (*re-entry*) para outras operações. O sistema opera sem pressupor necessariamente uma característica temporal: apenas quando este sistema *observa*, aí realizando uma *distinção*, que emerge *passado* e *futuro*. Por este motivo DE GIORGI

43 “A autorreferência, como princípio de autoimplicação, não é uma propriedade exclusiva do ser vivo. Ela é um princípio de constituição das estruturas e de seu operar na simultaneidade. (...). Distintamente do que pensam os leitores apressados da teoria da autopoiese, a teoria não apenas produz vazios, hiatos de realidade, mas apresenta-se como a única estrutura da reflexão que permite que se apreenda conceitualmente a historicidade específica da sociedade moderna. Esta historicidade, repetimos, consiste no fato de que o sistema da sociedade, que só supõe a si próprio, em suas operações reativa a memória de suas operações, ou seja começa sempre por si mesmo e em seu presente constrói cada vez os seus futuros presentes”. (DE GIORGI: 1998, 22)

afirmará que o direito, sistema autopoietico centrado na tomada de decisões que transformam incerteza em certeza, opera em “um tempo que não é tempo”:

Uma decisão imposta pelos fatos – como se costuma dizer – constrange à tomada de outra decisão, que compensa a anterior, desenha um novo horizonte e delinea novos riscos, remediáveis somente com outras decisões, que dão início a um novo processo decisório. É o tempo que não tem tempo. Aquilo que obstinadamente chamamos de presente nada mais é do que a contínua reproposição da diferença entre passado e futuro. (1998, 39-40)

As operações de tomada de decisão, em sua maioria recursivas e prospectivas, podem então utilizar-se de elementos contingentes e construir assim no presente artificialidades. Daí chegamos no ponto que levantamos no capítulo anterior quando da explicitação do conceito de *recorte*: as decisões do sistema jurídico, criadoras de direito, podem ter em seus elementos constitutivos inúmeras e diferentes observações, que estabelecem outro sem número de causalidades e *durações*.

Dentro do tempo do direito, a temporalidade social pode ser revertida, adiantada, “congelada” ou “reabastecida” de elementos do social. E a Teoria dos Sistemas também permite vislumbrar que esta tomada de decisão não ocorre em outro lugar senão no *agora*. Por este motivo LUHMAN salienta que nas decisões é no *presente* (e somente nele) onde reside a liberdade, onde pode-se optar e visualizar as consequências, rejubilar-se ou comiserar-se:

O presente é o ponto fundamental que sempre acarreta uma decisão da qual é possível arrepender-se depois, ou então, lamentar a falta de algo que, na ocasião, deveria ter sido decidido. O presente é a única possibilidade de agir com liberdade, já que nem no passado ou no futuro é possível fazê-lo. (2009, 223)

O tempo-espaço de uma decisão (e mais especificamente, de uma decisão judicial), enquanto *decidindo*, se encontra na virtualidade do *iter* da elaboração. Aqui, conceitos tão diferentes de *duração* como os de HUSSERL e LUHMAN se aproximam: no presente representado neste conceito, tudo é tempo e tudo não é tempo, sua medida é relativa à perspectiva (enquanto intencionalidade para HUSSERL e enquanto observação para LUHMAN⁴⁴) e pode contrair-se ou distender-se.

44 Vale a observação: estou apenas refletindo sobre pontos de contato entre os diferentes conceitos de *duração* dos dois pois cada um concebeu de um jeito diferente a capacidade oscilativa do presente, mas ambos diagnosticaram esta oscilação. Sei que HUSSERL busca a mostração do tempo enquanto puro objeto manifestado na intencionalidade, por isso descarta o chamado *tempo objetivo* e preocupa-se com o *tempo subjetivo* e sua *consciência íntima do tempo*. LUHMAN descarta qualquer possibilidade de uma ontologia na identificação dos sistemas sociais. Os sistemas não *são*, e sim *operam autopoieticamente*, isto é, se caracterizam enquanto *função*, o que está intimamente ligado, como visto, à ideia de tempo como construção da observação. Deixo aqui o registro da crítica do segundo em relação ao primeiro no que tange ao conceito de tempo: “Com a tese de que tudo o que acontece sucede simultaneamente, afirma-se que todo acontecimento sucede pela primeira e última vez. Helga Nowotny, em contrapartida, argumenta que a característica da sociedade moderna consiste em uma espécie de alargamento do tempo presente. A Teoria dos sistemas, mediada pela construção teórica do observador, afirma precisamente o contrário: não é possível reter o que fazemos e, por isso mesmo, estamos então conectados com um futuro do qual não podemos dispor nem planejar. Assim como o *instante* no pensamento clássico de Platão e na filosofia no mundo, mas que, como tal, chegou a se converter em algo

A *duração* remonta à *distentio animi* de AGOSTINHO, mas a “medida do tempo” aqui não toma por base o referencial do espírito ou da eternidade, toma por base tão somente aqueles que tomam a decisão, ou seja, concebem o “tamanho” da distensão do presente. Liberdade de decidir, no direito (como em outros sistemas), traduz-se em *vontade e poder*. E esta *vontade* está na confluência entre *pré-compreensão jurídica* e *pré-compreensão da subjetividade dos intérpretes* e o poder no ato de interpretação que cria a norma de decisão⁴⁵.

Tais considerações ganham complexidade ao incluírem em seu filtro de análise a estrutura de decisão colegiada de um Tribunal (no caso específico, do Supremo Tribunal Federal). Como já tivemos a oportunidade de ressaltar, a sessão de julgamento é um entrechoque de “visões de mundo”, Sua resultante no acórdão pode representar a visão de um (na unanimidade que adere ao voto do relator) ou de uma maioria coesa ou não-coesa (quando tem de se usar a resolução do *voto-médio*), o que pode resultar em consolidação de diferentes “arranjos temporais” nos quais uma balbúrdia cronológica é de alguma forma unificada em uma única solução para o caso.

As nuances relativas ao *presente/duração* do julgamento são várias: ele pode se resolver em um resumo explicativo de um minuto pelo relator, pode durar várias horas ou dias, ter intervalos para descanso ou não. Pode ter pedidos de vista para que o membro do colegiado “pense melhor e mais profundamente no caso” ou pode ter a chamada “vista em mesa”, um rápido perscrutar dos autos que ocasiona uma ligeira interrupção da sessão.

A *duração* aqui é aleatória e contingente, pode ser longa ou curta. O acórdão enquanto ato interpretativo-criador pode seguir *construindo* de forma indeterminada. No *habeas-corpus* analisado, precisou-se de três sessões para finalizá-lo. Após o voto do Relator, o Ministro Francisco Rezek pediu vista, trazendo seu voto quase um mês depois do início do julgamento. Votaram depois os ministros Maurício Correa e Carlos Velloso, e, após, o Ministro Néri da Silveira pediu nova vista e trouxe os autos na sessão da semana seguinte, quando o julgamento foi encerrado. O resultado interpretativo a ser objeto de redação do acórdão, neste caso, demorou exatos trinta e cinco dias para ser produzido. O tempo do direito

excepcional. Atualmente o presente se descreve como o ‘ponto cego’ que possibilita que o observador possa observar o tempo, mediante o esquema temporal antes/depois, ou passado/futuro, para observar o mundo por meio de uma distinção”. (2009: 215-216)

45 “Assim que a subjetividade, a significação e a pertinência entram em jogo, não se pode mais considerar uma única extensão ou uma cronologia uniforme, mas uma quantidade de tipos de espacialidade e duração. *Cada forma de vida inventa seu mundo* (do micróbio à árvore, da abelha ao elefante, da ostra à ave migratória) e, com esse mundo, um espaço e um tempo específicos. O universo cultural, próprio aos humanos, estende ainda mais essa variabilidade dos espaços e das temporalidades”. (LÉVI: 2011, 22)

aqui desacelerou-se em relação ao tempo social: um dia de julgamento *duraram* trinta e cinco dias no *tempo físico* (FABIAN, 1983)⁴⁶.

Por isso que mencionei anteriormente que o movimento de volatilidade do volume do *presente* na *duração* representava uma virtualidade, um espaço do *como se* dentro do qual qualquer configuração temporal (seja em seu contexto horizontal, seja em seu contexto vertical, seja inclusive no *iter* da criação interpretativa da solução) é viável, e isto se agrava na decisão colegiada, onde se adiciona o ingrediente da disputa cronológica. Tal espaço permite tanto cristalizar uma solução nos paradigmas da tradição (usando seu *tempo lento* para administrar mudanças em transições homeopáticas) quanto relativiza-la visando uma perspectiva de futuro (em uma inserção no *tempo vertiginoso*).

Ambas as providências são presentificadas na produção do resultado interpretativo, mas enquanto uma tem caráter conservativo, a outra tem pretensões de impor maior flexibilidade ao tratamento temporal de questões. Como a *virtualização* é um movimento voltado para o reconhecimento de potências (e, por isso de futuro), o conceito lhe é mais aproximado. Seria mais adequado trazer este termo mais à frente, quando do exame do *futuro*. Mas é preciso introduzi-lo aqui para ressaltar uma manifestação importante da presentificação: a *atualização*, como movimento que “resolve o virtual” (LÉVI: 2011, 17).

A *virtualização* traz as observações, cognições e juízos para o imagético do potencial, tudo é relativizado em um espaço onde os sentidos e estruturas são passíveis de deslocamento e desconstrução, onde tudo é problematizado:

Mas o que é a *virtualização*? Não mais o virtual como maneira de ser, mas a virtualização como dinâmica. *A virtualização pode ser definida como*

46 O problema da variabilidade da *duração* da produção da interpretação que resolve o caso também existe quando a questão é decidida por apenas um juiz: ele pode demorar horas, dias ou semanas para redigir sua sentença. Novamente aqui, o *presente criador é distendido*. LUPPETI BATISTA narra um depoimento de seu caderno de campo em que o magistrado afirmou que há casos em que “deixa o processo decantando”: “Sobre se afastar do processo para ter mais racionalidade, que é um dado que aparece na fala do desembargador, destacada acima, registro que vários outros juízes me falaram sobre a importância desse exercício de distanciamento antes de julgar. ‘Quando está difícil decidir, você deixa quieto. Deixa ali. Espera...uma hora você vai ter a resposta. Tem que deixar amadurecer. Como, aliás, todo processo de decisão. Até na vida funciona assim.’ (...) E outro juiz chamou este exercício de ‘processo de decantação’: “É uma linha tênue e muito complicada, que a gente tenta racionalizar, faz um discurso todo acadêmico e tal, não sei o quê, mas que, na verdade, a gente vai na tentativa de erro e acerto, todo dia. Quando eu acho que a decisão é muuuito complicada, e eu vejo que ela não é muito urgente, eu faço um negócio que eu chamo de processo de decantação...eu analiso o processo, às vezes, eu rascunho alguma coisa, e depois eu fecho tudo e eu deixo ali...e isso de deixar ali varia de acordo com a matéria ou com o nível de urgência. Quando é um negócio que não tem urgência nenhuma, às vezes fica um mês ou dois...e aparentemente eu esqueci aquilo. Quando eu pego de volta, aquilo estava na minha cabeça e eu já vislumbro aquilo de uma outra forma. Claro, quando tem muita urgência, não dá para fazer isso...às vezes você deixa ali por uma hora...sempre dá para dar uma decantada. Às vezes não na liminar, mas na sentença dá...ai você já deferiu a liminar, o cara já não morreu...você vai analisar com mais calma aquilo, dá uma decantada...mudou? não mudou? Como é que você tá vendo aquilo? Eu tento criar uns artificios de uma certa depuração daquele negócio. Eu não acho que o cara tem que ser uma máquina de julgar. Ao contrário, até falei ainda agora, eu acho que se ele for uma máquina ele não vai julgar.” (2011, 369-370)

movimento inverso da atualização. Consiste em uma passagem do atual ao virtual, em uma “elevação à potência” da entidade considerada. A virtualização não é uma desrealização (a transformação de uma realidade num conjunto de possíveis), mas uma mutação de identidade, um deslocamento do centro de gravidade ontológico do objeto considerado: em vez de se definir principalmente por sua atualidade (uma “solução”), a entidade passa a encontrar sua consistência essencial num campo problemático. Virtualizar uma entidade qualquer consiste em descobrir uma questão geral à qual ela se relaciona, em fazer mutar a entidade em direção a essa interrogação e em redefinir a atualidade de partida como resposta de uma questão preliminar. (LÉVY: 2011, 17-18)

A *atualização*, por sua vez, é seu complementar e contrário: é uma solução de um problema que extrapola as possibilidades iniciais de sua proposição, a partir da mesma relativização do todo inerente ao virtual:

A atualização aparece então como uma solução de um problema, uma solução que não estava contida previamente no enunciado. A atualização é criação, invenção de uma forma a partir de uma configuração dinâmica de forças e de finalidades. Acontece então algo mais que a dotação de realidade a um possível ou que uma escolha entre um conjunto predeterminado: uma produção de qualidades novas, uma transformação das ideias, um verdadeiro devir que alimenta de volta o virtual. (*Idem*, 16-17)

Aqui o presente se relaciona com a transgressão da tradição já citada no capítulo anterior: pela *atualização* se dá novo conteúdo a interpretações anteriores, desloca-se o referencial semântico de normas e institutos, impondo à tradição um relativismo transformador que a díade *memória/esquecimento* de certa forma já antevia. Esta flexibilização da lei no tempo foi tratada por Gehart Husserl como uma das prerrogativas do juiz como intérprete dos fatos na busca de uma solução justa, como explicam SANTOS e ANDREA:

O juiz realiza uma conexão entre o passado e o presente, pelo que deve possuir certa flexibilidade para a aplicação da lei. A sua liberdade de ação, entretanto, não possui a mesma medida daquela concedida ao administrador, pois os comandos jurídicos editados no passado, em certa contextura social, formam a base do julgamento, que tem lugar no presente, muitas vezes em outra conjuntura social, necessitando, por conseguinte, de pequenas adaptações; o juiz como intérprete dos fatos, com sensibilidade, capta o sentimento de sua época e é capaz, respeitando o direito vigente, quando da solução dos conflitos, de editar brilhantes decisões, as quais inspiram o legislador em futuras modificações normativas. (...). Como salienta Mario Bretone, o Direito, para Gehart Husserl, é uma estrutura temporal, com a norma jurídica parecendo fugir ao curso do tempo; mas pela interpretação e aplicação há a temporalização do Direito. Com a interpretação, aparece o sentido do hoje, o seu significado para a comunidade jurídica. (*In*. EMARF: 2009, 127, 129)

Mas a operação temporal realizada no marco zero do presente interpretativo não somente define o *recorte* ou a direção do feixe pré-compreensivo na interpretação normativa (seja que *duração* esse julgamento tenha): o presente social cobra seu lugar no processo

criativo de decisões judiciais também por meio de *representações* deste inseridas nas *pré-compreensões subjetivas dos intérpretes*: é a maneira como este, *grosso modo*, “enxerga a realidade”. Esta é uma outra face do “agora” que merece atenção, pois integra o que a análise do discurso chama de *contexto de enunciação*. E tal contexto tem muito do *presente* como determinante: trata-se do paradigma da chamada *pós-modernidade*, cujos desdobramentos também permearão um imaginário do futuro assentado na mitologia do *risco*, objeto do próximo capítulo. Aqui também será importante a noção de *atualização* que introduzi acima.

Falemos, contudo, do “agora”, já que dele é que aqui tratamos.

A pós-modernidade é caracterizada por LYOTARD (2011) como uma “crise dos relatos”: as transformações ocorridas no final do século XIX e durante o século XX minaram as bases de legitimação do conhecimento, da ciência e das relações sociais cunhadas na modernidade sob os ideais da “evolução” e do “progresso” a partir do processo de “informatização da sociedade e do saber⁴⁷”, que, por sua vez submete o regime de aquisição, difusão e uso do saber à lógica do mercado, no qual haverão “fornecedores de conhecimentos” e “consumidores de conhecimentos”⁴⁸.

Este saber assentado em bases mercadológicas, por sua vez, será o objeto das disputas de poder, e a ciência é cada vez mais acentuadamente capturada pela política⁴⁹.

As “grandes narrativas” (dentre estas as que tratam dos dois ideais retromencionados) do homem em direção a um futuro conhecido (seja o “futuro passado” dos conservadores, ou a história singular coletiva do ponto de luz da esperança do iluminismo, ou mesmo o caminho inevitável da revolução proletária na construção de um comunismo) foram esvaziadas pela visão fragmentária da biografia do novo homem individualista determinado pelo local.

47 “O saber científico é uma espécie de discurso. Ora, pode-se dizer que há quarenta anos as ciências e as técnicas ditas de vanguarda versam sobre a linguagem: (...). Parece que a incidência destas informações tecnológicas sobre o saber deve ser considerável. Ele é ou será afetado em suas duas primeiras funções: a pesquisa e a transmissão de conhecimentos. (...). Nessa transformação geral, a natureza do saber não permanece intacta. Ele não pode se submeter aos novos canais, e tornar-se operacional, a não ser que o conhecimento possa ser traduzido em quantidades de informação. Pode-se então prever que tudo o que no saber constituído não é traduzível será abandonado, e que a orientação das novas pesquisas se subordinará à condição de tradutibilidade dos resultados eventuais em linguagem de máquina”. (LYOTARD: 2011, 3-4)

48 “Pode-se então esperar uma explosiva exteriorização do saber em relação ao sujeito que sabe (*sachant*), em qualquer ponto que este se encontre no processo de conhecimento. O antigo princípio segundo o qual a aquisição do saber é indissociável da formação (*Bildung*) do espírito, e mesmo da pessoa, cai e cairá cada vez mais em desuso. Esta relação entre fornecedores e usuários do conhecimento e o próprio conhecimento tende e tenderá a assumir a forma que os produtores e os consumidores de mercadorias têm com estas últimas, ou seja, a forma valor” (*Idem*, 4-5)

49 “Mas este aspecto não deve fazer esquecer outro que lhe é complementar. Sob a forma de mercadoria informacional indispensável ao poderio produtivo, o saber já é e será um desafio maior, talvez o mais importante, da competição mundial pelo poder”. (*Idem, ibidem*)

O progresso das ciências, em primeiro momento fundadas nestes metarrelatos, na sua especialização e desenvolvimento desenvolvem uma pragmática do saber baseada em *consensos provisórios* que se impõe como novos saberes de índole igualmente fragmentária. Contudo, em uma época caracterizada pela pluralidade de jogos de linguagem, a vantagem está com quem bem utiliza tais “partículas de linguagem” (chamada por LYOTARD de *heterogeneidade dos elementos*).

Ao mesmo tempo, tal progresso colocará o senso comum e *experts* frente ao problema que o próprio avanço tecnológico pode acarretar a tomada de decisões que podem prejudicar as condições de existência da humanidade, o que aumenta a intensidade do trato com a incerteza e a probabilidade (e, conseqüentemente, com o *risco*).

Uma das características da condição pós-moderna é a transformação das relações de trabalho. O progresso tecnológico possibilitou a abstração do tempo e do espaço no mercado pela integração em rede e a globalização. A maior mobilidade e flexibilidade implicou em mais intensidade e desagregação de um componente cultural comum (LYOTARD, nesse sentido, falará em declínio da grande narrativa constitutiva na “nação”) em um proceso que LEVÍ chama de *virtualização do corpo* (2011).

Esta flexibilização com simultânea intensificação das relações de trabalho no contexto pós-moderno implicará também em uma mudança sobre a percepção social do tempo: a história monolítica baseada no progresso inaugurada pelo iluminismo e aprofundada pelo projeto emancipatório marxista dará lugar a uma visão hiperindividualista marcada pela valorização exacerbada do *agora*: ao mesmo tempo em que a velocidade do fluxo do devir aumenta, ganha mais força o *viver o presente* e, daí, o *viver para si*.

SENNETH identificará este fenômeno e suas implicações na dissolução dos valores éticos e comunitários que relacionam-se com o potencial gregário do ser humano, fenômeno este por ele conceituado como *corrosão do caráter*. A narrar a história de seu interlocutor “Rico” o autor ressalta as características citadas acima na vida e nas escolhas pessoais dele e de sua esposa, e as compara com a de outros interlocutores seus: os pais de “Rico”.

A flexibilização das relações de trabalho na pós-modernidade desburocratizaram a vida laboral em que se ressalta o *si* dentro da *equipe*, sua dispersão fora de uma cadeia de

comando (*em rede*)⁵⁰ e a instantaneização da experiência temporal são sintetizados em um trabalhador-empendedor altamente individualizado cujo mote é “não há longo prazo”:

O sinal mais tangível dessa mudança talvez seja o lema “Não há longo prazo”. No trabalho, a carreira tradicional, que avança passo a passo pelos corredores de uma ou duas instituições, está fenecendo; e também a utilização de um único conjunto de qualificações no decorrer de uma vida de trabalho. Hoje, um jovem americano com pelo menos dois anos de faculdade pode esperar mudar de emprego pelo menos onze vezes no curso do trabalho, e trocar sua aptidão básica pelo menos outras três durante os quarenta anos. (2009, 21-22)

Em decorrência desse retrato da cultura do “curto prazo”, não há perspectiva para o homem que trabalha e vive a pós-modernidade maior do que o agora e o logo após. O presente é encurtado e esfacelado, subdividido e compartimentalizado. Em uma dinâmica social onde todas as certezas se esvaem em acontecimentos que, anteriormente programados para durar “uma vida toda” são apenas mais um detalhe nas biografias, este “novo homem” protege o *si* afrouxando os laços de lealdade e comprometimento do trabalho, e isto, aos poucos, transplanta-se para as relações sociais⁵¹. SENNETH caracteriza esta flexibilização como uma “deriva no tempo”.

Mas a maior preocupação de “Rico” não era com a sua situação, mas de seus filhos. Os que vivem sob esta pauta não buscam, na maioria das vezes, criar seus filhos nela, querem-nos como receptáculo de valores éticos que consideram importantes para a vida comunitária, mas que não conseguem se reproduzir enquanto prática e exemplo⁵². Esta

50 “A ordem de ‘longo prazo’ sob a mira do novo regime, deve-se dizer, teve ela mesma vida curta – as décadas que abrangem os meados do século vinte. O capitalismo do século dezenove tropeçou de desastre em desastre nas bolsas de valores e nos investimentos empresariais irracionais; as loucas oscilações do ciclo comercial pouca segurança ofereciam às pessoas. Na geração de Enrico, após a Segunda Guerra Mundial, essa desordem foi de algum modo posta sob controle na maioria das economias avançadas; sindicatos fortes, garantias do estado assistencialista e empresas em grande escala combinaram-se e produziram uma era de relativa estabilidade. Esse período de mais ou menos trinta anos define o ‘passado estável’ hoje contestado por um novo regime. Uma mudança na moderna estrutura institucional acompanhou o trabalho a curto prazo, por contrato ou episódico. As empresas buscaram eliminar camadas de burocracia, tornar-se organizações mais planas e flexíveis. Em vez das organizações tipo pirâmide, a administração quer agora pensar nas organizações como redes”. (SENNETH: 2009, 22-23)

51 “Vejam a questão do compromisso e lealdade. ‘Não há longo prazo’ é um princípio que corrói a confiança, a lealdade e o compromisso mútuo. A confiança pode, claro, ser uma questão puramente formal, como quando as pessoas concordam numa transação comercial ou dependem do que as outras observem as regras de um jogo. Mas em geral as experiências mais profundas de confiança são mais informais, como quando as pessoas aprendem em quem podem confiar ou com quem podem contar ao receberem uma tarefa difícil ou impossível. Esses laços sociais levam tempo para surgir, enraizando-se devagar nas fendas e brechas das instituições. O esquema de curto prazo das instituições modernas limita o amadurecimento da confiança informal. (...). Se uma organização, nova ou velha, opera como uma estrutura de rede flexível, frouxa, e não com um rígido comando de cima para baixo, a rede também pode afrouxar os laços sociais”. (*Idem*, 24-25)

52 “O comportamento que traz o sucesso ou mesmo apenas a sobrevivência no trabalho, portanto, pouco dá a Rico para oferecer como modelo paterno. Na verdade, para esse casal moderno, o problema é exatamente o contrário: como podem eles evitar que as relações familiares sucumbam ao comportamento a curto prazo, ao espírito de reunião, e acima de tudo à fraqueza da lealdade e do compromisso mútuo que assinalam o moderno local de trabalho? Em lugar dos valores de camaleão da nova economia, a família – como Rico a vê – deve enfatizar, ao contrário, a obrigação formal, a confiança, o compromisso mútuo e o senso de objetivo. Todas essas

contradição motiva a enunciação por parte destes atores um discurso conservador a fim de não se despedaçarem de vez na fragmentação ética que os acomete. Mas este discurso é tão somente um performativo para compensar a ausência deste mesmo conservadorismo na prática – este presente finge viver de um passado:

Ele sabe que seu conservadorismo é apenas isso – uma comunidade simbólica idealizada. Não tem verdadeira expectativa de trancar crianças em orfanatos. Certamente teve pouca experiência, como adulto, do conservadorismo que preserva o passado; por exemplo outros americanos o trataram, toda vez que se mudou, como se a vida estivesse apenas começando, o passado entregue ao esquecimento. O conservadorismo cultural que defende forma um testamento à coerência que sente faltar em sua vida. E no que se refere à família, seus valores não são simples questão de nostalgia. (...). Todos os valores específicos que citou são regras fixas: o pai diz não; a comunidade exige trabalho; a dependência é um mal. As incertezas das circunstâncias estão excluídas dessas regras éticas – afinal, é das incertezas aleatórias que Rico quer se defender. Mas é difícil pôr em prática essas regras atemporais. (*Idem*, 28-29)

SENNETH, então, chega a uma conclusão semelhante à de LYOTARD no que tange à falta de grandes narrativas que integrem o “ser fragmentado e esquecido” em um mundo dominado pela incerteza da relativização absoluta da *virtualização*:

O que falta entre os polos opostos experiência de deriva e afirmação estática é uma narrativa que organize essa conduta. As narrativas são mais simples que as crônicas dos fatos; dão forma ao movimento adiante do tempo, sugerindo motivos pelos quais tudo acontece, mostrando suas consequências. Enrico tinha uma narrativa para a sua vida, linear e cumulativa, uma narrativa que fazia sentido num mundo altamente burocrático. Rico vive num mundo caracterizado, ao contrário, pela flexibilidade e o fluxo a curto prazo; esse mundo não oferece muita coisa, econômica ou socialmente, para a narrativa. As empresas se dividem ou fundem, empregos surgem e desaparecem, como fatos sem ligações. A destruição criativa, disse Schumpeter, pensando nos empresários, exige pessoas à vontade em relação a não calcular as consequências da mudança, ou a não saber o que virá depois. A maioria das pessoas, porém, não se sente à vontade com a mudança desse modo indiferente negligente. (...). As condições de tempo no novo capitalismo criaram um conflito entre caráter e experiência, a experiência do tempo desconjuntado ameaçando a capacidade das pessoas transformar seus caracteres em narrativas sustentadas. (*Idem*, 31-32)

Recapitulando, não é só *no* presente que o direito constrói suas decisões e interpretações, mas a atividade interpretativa, por diversos meios, dele se alimenta. Estas

são virtudes de longo prazo. Esse conflito entre família e trabalho impõe algumas questões sobre a própria experiência adulta. Como se podem buscar objetivos de longo prazo numa sociedade de curto prazo? Como se podem manter relações sociais duráveis? Como pode um ser humano desenvolver uma narrativa da identidade e história de vida numa sociedade composta de episódios e fragmentos? As condições da nova economia alimentam, ao contrário, a experiência com a deriva no tempo, de lugar em lugar, de emprego em emprego. Se eu fosse explicar mais amplamente o dilema de Rico, diria que o capitalismo de curto prazo corrói o caráter dele, sobretudo aquelas qualidades de caráter que ligam os seres humanos uns aos outros, e dão a cada um deles um senso de identidade sustentável”. (*Idem*, 27)

considerações serão observadas na análise dos trechos selecionados para este capítulo, sintetizados na tabela a seguir (a exemplo do Capítulo 1).

<u>Número de Referência</u>	<u>Trecho do Acórdão</u>
1	<u>Min. Marco Aurélio</u> : A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. (fls. 316-317)
2	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. (...). Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. (fls. 317)
3	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. (fls. 317-318)
4	<u>Min. Marco Aurélio</u> : A condenação do Paciente não interessa, a esta altura, à sociedade. Por tais razões, tendo em conta até mesmo a passagem do tempo, já que o episódio ocorreu há mais de cinco anos, quando solteiro o Paciente, estando ele hoje casado, com família, tendo vida irrepreensível, concedo a ordem para absolvê-lo, potencializando a proteção à própria família prevista no artigo 226 da carta de 1988. (fls. 320)
5	<u>Min. Maurício Correa</u> : Não sei se o juiz deveria ficar infenso ao fenômeno social de profundas transformações que tem sofrido a sociedade brasileira, com influência direta sobre a juventude, que não mais pode ser contida em casa, mesmo com a vigilância permanente e pessoal dos pais, sem se agitar e mesmo se excitar com a profusão de informações que recebe, com a prodigalidade com que os meios de comunicação e a informática transmitem e veiculam as imagens e cenas de toda ordem, provocando e incentivando a que os jovens não se confinem em suas casas – situação hoje impossível de ser controlada pelos pais ou responsáveis, com poucas exceções -, para se liberarem para bares, “danceterias”, “choperias”, festivais de toda ordem, “boites”, clubes, praias e tantos outros locais que funcionam, como verdadeiros chamarizes, onde deságuam e realizam as suas fantasias. (fls. 328)
6	<u>Min. Carlos Velloso</u> : O Supremo Tribunal Federal está tomando, neste caso, decisão das mais importantes, dado que, <u>de lege lata</u> , a menor tem a proteção da lei, proteção, aliás, em casos como este, que decorre da própria Constituição Federal, que estabelece, no § 4º do art. 227, que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Hoje, sabemos todos, a imprensa noticia, organizações não governamentais nacionais e internacionais reclamam do governo brasileiro medidas e providência rigorosas contra a prostituição infantil, contra a exploração sexual de menores. (fls. 334-335)
7	<u>Min. Néri da Silveira</u> : Tenho questão preliminar a submeter à Turma. Como já deliberou a Turma, em outras oportunidades, é possível, regimentalmente, no curso do julgamento, afetar ao Plenário a causa. Cuida-se, aqui, efetivamente, de matéria da maior importância. Sobre ela, há decisões do Supremo Tribunal Federal, em casos

	semelhantes, com julgamentos de ambas as turmas. Estou trazendo à Turma a proposta, porque, em realidade, pelo estudo que fiz, verifiquei que há o risco de a Turma divergir da posição anterior adotada por esta Turma e a Primeira Turma. Dessa maneira, penso que matéria de tal natureza deva ser apreciada amplamente pelo Tribunal, hoje com composição diferente da que possuía ao serem tomadas as precedentes decisões.(fls. 337)
8	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Iniciamos o julgamento; fiz um relatório circunstanciado; e cheguei, porque V. Ex ^a . Me autorizou a tanto, a proferir voto sobre o pedido formalizado na inicial do habeas-corpus. Creio que o voto também se mostrou circunstanciado, fundamentado. V. Ex ^a . Aparteou-me, inculcando-me, talvez, o reexame da matéria probatória na via estreita do habeas; e surgiu, àquela altura, uma discussão, no âmbito da Turma, um pouco mais acalorada, quando o Ministro Francisco Rezek antecipou-se e pediu vista dos autos. S. Ex ^a . Levou-os para estudo; trouxe-os posteriormente, proferindo voto acompanhando o Relator. Seguiu-se o voto do Ministro Maurício Corrêa, em idêntico sentido, alcançando-se, com isso, por maioria, a concessão do habeas-corpus. V. Ex ^a . Tomou o voto do Ministro Carlos Velloso, que foi no sentido de indeferir a ordem pleiteada, e pediu vista do processo, creio, para nos brindar com voto fundamentado sobre o assunto. (...). Não me sentiria à vontade em acolher a proposta formulada por V. Ex ^a ., para deslocar este processo ao Pleno em face ao quadro até aqui patente: a Turma, por três votos a dois, está concedendo a ordem. Há seis anos neste Tribunal, foi o primeiro processo que me foi distribuído versando sobre essa matéria. Aliás, muitos são os habeas corpus e perdemos as terças-feiras, praticamente, apenas os julgando, o que, sob a minha óptica, impede a apreciação de processos que deveriam merecer atenção maior do Tribunal. Tenho mesmo, na bancada, processos que praticamente há um ano estão aguardando pregão. Isso tudo acontece porque persiste o entendimento de que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, ainda que não possua a qualificação de superior. (fls. fls. 338-339)
9	<u>Min. Carlos Velloso</u> : Em segundo lugar, peço licença para deferir a proposta de V. Exa., Sr. Presidente, tendo em vista que a decisão não seria inédita. V. Exa. Esclareceu que há precedente no sentido de, não encerrado o julgamento, ser possível a afetação da questão ao Plenário. A decisão não seria, portanto, desarrazoada, dado que o órgão fracionário, a Turma, integra o Colegiado. Então, por que não permitir que toda a Corte se Manifeste? (fls. 343)
10	<u>Min. Néri da Silveira, citando voto do Min. Octávio Gallotti no RECr nº 116.649-PR</u> : A lamentável realidade de que novelas e outros espetáculos transmitidos por televisão abordem, com naturalidade, cenas reprováveis – como anotado pela sentença – não pode conduzir à descriminalização desses fatos pelo Juiz, até mesmo porque, a prevalecer essa permissividade, os meios de comunicação já teria derrubado considerável parte da legislação penal, no capítulo referente aos costumes e em outros domínios. Mas, aos meios de comunicação, ainda não é dado o poder de revogar as leis do País (fls. 329)
11	<u>Min. Néri da Silveira</u> : Tal interpretação, “data venia”, - além de negar o texto da lei, sua finalidade que é a proteção ao menor de quatorze anos, - não contribuiria, de outra parte, para a solução do gravíssimo problema da infância e da adolescência de nosso tempo, a qual não se restringe a mero amparo material a legiões de meninos e meninas que perambulam pelas ruas de nossas cidades, mas, simultaneamente, exige, dos Poderes Públicos e das instituições privadas, a assistência moral e espiritual, em ordem a que possam participar dos valores da cidadania e se integrar nos caminhos da dignidade humana. O Poder Judiciário é co-responsável nessa obra da nacionalidade, cumprindo-lhe, destarte, não dar às leis interpretação que, aparentemente, atenderia a uma época de liberação sexual, mas que, em verdade, conduzirá à impunidade em crimes dessa natureza e isso implicará, assim, concorrer, na aplicação da lei, para a

2.1 – A “Mudança dos Costumes” Assentada pela Maioria

Novamente iniciamos pelas palavras do Ministro Marco Aurélio:

A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. (fls. 316-317)

Neste trecho duas palavras se destacam: “realidade” e “modificação dos costumes”. Elas estão intimamente relacionadas. O vocábulo “realidade” representa a caracterização do “hoje” em relação à orientação moral geral da juventude. O olhar de passado do Relator já foi abordado no capítulo anterior, e o sentido das palavras “mudança”, “precocidade”, etc., será melhor exposta no capítulo seguinte. Não obstante, o passado enquanto “estranhamento” se alia a estes conceitos ligados ao *por-vir* e fundamenta a crítica aos “costumes atuais”. Em outro trecho, o Ministro caracterizará tais modificações sociais como “revolução comportamental”. Tais “mudanças” seriam capitaneadas por uma mídia “irresponsável” que propaga informações despreocupando-se da influência que as mesmas poderiam ter na juventude e, principalmente, em uma juventude tida por heterogênea.

A heterogeneidade mencionada no trecho parece estar relacionada com uma diferenciação em nível de escolaridade, instrução ou educação. A falta de uma conscientização acerca da sexualidade, aliada à “ausência de medianos e saudáveis critérios” de profusão da informação acarretaria a antecipação da experiência sexual e a sua *naturalização* em uma faixa etária que, no *passado*, não estaria sujeita a tais experimentações, levando à conclusão parcial do trecho abaixo:

Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. (...). Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. (fls. 317)

A “mudança” é o centro da caracterização do “hoje” do Ministro Marco Aurélio. A convenções morais as quais a juventude *atual* estaria submetida se *flexibilizaram*, assim como a economia, a ciência e as relações de trabalho na sociedade operante no paradigma da *pós-modernidade*. A *deriva* de SENNETH (2009) pode ser depreendida do quadro delineado pelo ministro. Uma das causas de tal fenômeno, que compõe a problemática geral da *corrosão do caráter* é a flexibilidade dos limites espaciais e temporais relativos às relações

sociais. No mundo do trabalho isto é chamado de *flexitempo*. Este regime de gestão da temporalidade, ao contrário do que propugnaram alguns pensadores, como Adam Smith, citado por SENNETH, esvazia o cultivo de virtudes morais:

Na revolta contra a rotina, a aparência de nova liberdade é enganosa. (...). O tempo da flexibilidade é o tempo de um novo poder. Flexibilidade gera desordem, mas não livra das limitações. A versão iluminista da flexibilidade de Smith imaginava que ela enriqueceria tanto ética quanto materialmente as pessoas; seu indivíduo flexível é capaz de súbitas explosões de simpatia pelos outros. Uma estrutura de caráter bastante diferente surge entre os que exercem o poder dentro desse complicado regime moderno. Eles são livres, mas é uma liberdade amoral. (2009, 69)

Para o ministro Marco Aurélio, esta flexibilização, representada na “mudança” e na nova “realidade” dissolve as fronteiras entre as gerações como igualmente o presente, cada vez mais instantaneizado e contraído, reduz as distâncias entre o passado e o futuro. O Ministro Maurício Corrêa posiciona-se da mesma forma:

Não sei se o juiz deveria ficar infenso ao fenômeno social de profundas transformações que tem sofrido a sociedade brasileira, com influência direta sobre a juventude, que não mais pode ser contida em casa, mesmo com a vigilância permanente e pessoal dos pais, sem se agitar e mesmo se excitar com a profusão de informações que recebe, com a prodigalidade com que os meios de comunicação e a informática transmitem e veiculam as imagens e cenas de toda ordem, provocando e incentivando a que os jovens não se confinem em suas casas – situação hoje impossível de ser controlada pelos pais ou responsáveis, com poucas exceções -, para se liberarem para bares, “danceterias”, “choperias”, festivais de toda ordem, “boites”, clubes, praias e tantos outros locais que funcionam, como verdadeiros chamarizes, onde deságuam e realizam as suas fantasias. (fls. 328)

Prosseguindo na análise do voto do Relator, este “hoje” é diferente da “realidade” que motivou o estabelecimento da presunção de violência, por isso que esta deve “ceder”, isto é, *flexibilizar-se* da mesma forma. A *atualização* é a forma de superação do “anacronismo” do Código Penal criticado no trecho abaixo:

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. (fls. 317-318)

Quanto ao contexto de enunciação, a visão do presente como *flexibilização* das diferenças entre gerações em matéria sexual não decorre apenas das questões relacionadas ao mundo do trabalho ou da economia. A “crítica da mídia” feita pelo Ministro Marco Aurélio e reforçada pelos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa pode ter como elemento de convicção algumas manifestações culturais veiculadas pelas emissoras de televisão no ano do julgamento.

Diversas produções de TV daquele ano tinham forte apelo sexual ou tratavam da satisfação de desejos de tal natureza. Pode-se citar, por exemplo, a mini-novela das 20 horas

que foi ao ar na Rede Globo de Televisão entre 6 de maio de 1996 e 15 de junho de 1996 (lembrando-se que o julgamento durou de 16 de abril 1996 a 21 de maio de 1996) intitulada “O fim do mundo”, bem como a versão televisiva do grupo de crônicas do escritor Nelson Rodrigues cujo título é “A vida como ela é”.

A primeira trazia uma história que se passava em uma cidade imaginária chamada “Tabacópolis” na qual um vidente, interpretado pelo Ator Paulo Betti, cujo “núcleo familiar” era composto dele e suas três esposas (no final da novela, passaram a ser quatro esposas), afirmara que o fim do mundo ocorreria em um intervalo de aproximadamente três meses. A cidade passa a acreditar na visão do médium após a ocorrência de uma séria de desastres naturais, e seus habitantes, então, decidem realizar seus mais pungentes desejos, e muitos destes referiam-se ao abandono de convenções e normas em matéria de sexualidade: um dos personagens decide estuprar a própria cunhada e outra personagem, que se esforçava em manter a virgindade, resolve abandoná-la simultaneamente traindo seu noivo com outro homem, para citar alguns exemplos.

Já “A vida como ela é” trazia diversas crônicas de Nelson Rodrigues e foi exibida inicialmente como um quadro do programa “Fantástico” cuja polêmica geralmente residia em desejos sexuais que destoavam da moralidade tradicional centrada no ideário da família nuclear e da submissão da mulher às correspectivas convenções⁵³.

Desenvolvendo sua argumentação, o Relator invoca outro sentido para o “hoje”, adjudicando-o ao paciente:

A condenação do Paciente não interessa, a esta altura, à sociedade. Por tais razões, tendo em conta até mesmo a passagem do tempo, já que o episódio ocorreu há mais de cinco anos, quando solteiro o Paciente, estando ele hoje casado, com família, tendo vida irrepreensível, concedo a ordem para

53“Durante dez anos, de 1951 a 1961, Nelson Rodrigues escreveu sua coluna A vida como ela é... para o jornal Última Hora, de Samuel Wainer. Seis dias por semana, chovesse ou fizesse sol. A chuva podia ser como a do quinto ato do Rigoletto e o sol, daqueles de derreter catedrais, segundo ele. Todo dia, com uma paciência chinesa e uma imaginação demoníaca, Nelson escrevia uma história diferente. E quase sempre sobre o mesmo assunto: adultério. Desse tema tão simples e tão eterno, ele extraiu quase 2 mil histórias. Os ficcionistas que fingem se levar a sério precisam de toda uma aura de mistério para criar. Nelson dispensava esse mistério. Chegava cedinho à redação, acendia um cigarro e, na frente dos colegas, entre miríades de cafezinhos, escrevia A vida como ela é... As histórias saíam de casos que lhe contavam, da sua própria observação dos subúrbios cariocas ou das cabeludas paixões de que ele ouvira falar quando criança. Mas principalmente da sua meditação sobre o casamento, o amor e o desejo. O cenário dos contos de A vida como ela é é o Rio de Janeiro dos anos 50. Uma cidade em que casanovas de plantão e mulheres fabulosas flertavam nos ônibus e bondes; em que poucos tinham carro, mas esse era um Buick ou um Cadillac; em que os vizinhos vigiavam-se uns aos outros; e em que maridos e mulheres viviam sob o mesmo teto com as primas e os cunhados, numa latente volúpia incestuosa. Uma cidade em que, como não havia motéis, os encontros amorosos se davam em apartamentos emprestados por amigos — donde o pecado, de tão complicado, tornava-se uma obsessão. E uma época em que a vida sexual, para se realizar, exigia o vestido de noiva, a noite de núpcias, a lua-de-mel. E em que o casal típico — e, de certa forma, perfeito — compunha-se do marido, da mulher e do amante”. Disponível em: <<http://www.ocabidefala.com/search/label/A%20VIDA%20COMO%20ELA%20%C3%89...>>, acesso em 25/03/2013.

absolvê-lo, potencializando a proteção à própria família prevista no artigo 226 da carta de 1988. (fls. 320)

Já explicitarei como a operação de *recorte* está ligada a uma hermenêutica do *tendo-sido* por meio da *reconstrução narrativa* do caso consubstanciado na *questio*. Contudo, no tempo jurídico este *recorte* não é estanque em relação aos vestígios trazidos durante o processamento da ação penal e que foram interpretados e destemporalizados do fluxo social.

O intérprete-aplicador, resolvendo o caso, pode *temporalizar* o *recorte* com elementos extra-processuais, como fez o Ministro Marco Aurélio. Ele incorporou como motivo determinante para a concessão da ordem de *habeas corpus* a vida do paciente no “hoje”: “casado, com família, tendo ele conduta irrepreensível”.

Isto serve como um reforço da inversão de papéis processuais já apontada anteriormente: o autor do fato é caracterizado como um jovem de moralidade elevada (a moralidade aqui invocada é a ligada ao ideal de manutenção da família), o qual os rigores da lei não podem ser aplicados pura e simplesmente levando-se em conta o caráter da menina-moça (que, repise-se, não é mais considerada “criança” pelo Ministro), esta mantida como *alócrona* pelo *recorte* primitivamente operado. Só o paciente tornado vítima é integrado ao fluxo do *devir*.

2.2 – O “Hoje”, nas Palavras da Minoria Vencida

Em contraponto, um outro aspecto do “hoje” é salientado pelo Ministro Carlos Velloso:

O Supremo Tribunal Federal está tomando, neste caso, decisão das mais importantes, dado que, de lege lata, a menor tem a proteção da lei, proteção, aliás, em casos como este, que decorre da própria Constituição Federal, que estabelece, no § 4º do art. 227, que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Hoje, sabemos todos, a imprensa noticia, organizações não governamentais nacionais e internacionais reclamam do governo brasileiro medidas e providência rigorosas contra a prostituição infantil, contra a exploração sexual de menores. (fls. 334-335)

O Ministro traz como referência do julgamento o combate à prostituição infantil, salientando uma possível imagem negativa do país no que tange ao tema perante a comunidade internacional. Como será melhor explorado no capítulo seguinte, conceder a ordem seria uma espécie de incentivo à prostituição infantil em virtude de reduzir o âmbito de

proteção da norma penal que estatui a presunção de violência quando a relação é mantida com menor de 14 anos, gerando impunidade⁵⁴.

Após o voto do Ministro Carlos Velloso, como já visto no capítulo anterior, o Ministro Néri da Silveira apresenta questão de ordem para afetar o julgamento do habeas-corpus ao Plenário:

Tenho questão preliminar a submeter à Turma. Como já deliberou a Turma, em outras oportunidades, é possível, regimentalmente, no curso do julgamento, afetar ao Plenário a causa. Cuida-se, aqui, efetivamente, de matéria da maior importância. Sobre ela, há decisões do Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes, com julgamentos de ambas as turmas. Estou trazendo à Turma a proposta, porque, em realidade, pelo estudo que fiz, verifiquei que há o risco de a Turma divergir da posição anterior adotada por esta Turma e a Primeira Turma. Dessa maneira, penso que matéria de tal natureza deva ser apreciada amplamente pelo Tribunal, hoje com composição diferente da que possuía ao serem tomadas as precedentes decisões.(fls. 337)

Aqui os debates de mérito são suspensos a fim de se decidir se o julgamento prossegue na Turma ou vai ao Pleno do STF. Tal questão a ser decidida dentro do julgamento mostra o lugar do *presente* na operação de produção de direito pelo sistema e, simultaneamente, o cenário de disputa do poder sobre o tempo neste julgamento.

Como já adiantado, o tempo do direito é marcado pela artificialidade. Diferentemente do tempo social ou outras dimensões temporais, ele é passível de reversões, saltos e reconfigurações das mais variadas espécies. Definir a temporalidade predominante em um julgamento é criar Direito afirmando a prevalência de um determinado local de poder, uma visão de mundo específica.

54 Já que aqui se discute o presente, vale abrir um parênteses para mencionar que, no mesmo sentido do voto dos Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira posicionou-se a CPMI sobre a violência e exploração sexual de crianças ao editar o projeto de lei que tornou-se posteriormente a Lei nº 12.015/2009, que, por sua vez, aboliu a presunção de violência, elevando-a a tipo autônomo descrito no art. 217-A atual, cuja ementa denomina-o “estupro de vulnerável” (anexo): “O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescente com idade até 14 anos anos, mas também que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática. Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais. Não é demais lembrar que, para a convenção da ONU, criança é toda pessoa até a idade de 18 anos. Entretanto, a considerar o gradual desenvolvimento, respeita-se certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 18 anos”.

A questão de ordem traz à lume o choque entre as diversas concepções que buscam predomínio quando do resultado do julgamento. Por isso que salientei nas considerações de caráter mais teórico o desenvolvimento do resultado interpretativo em um espaço virtual *distendido*, em uma *duração*. Neste *iter* desenvolve-se o debate entre os ministros e surge a concorrência de diversas *observações*.

O Ministro Néri busca com a afetação a plenário reiniciar a apreciação do mérito do habeas-corpus, revertendo o curso do processo até este ponto, em que já há uma maioria formada que acompanha as manifestações da *pré-compreensão* subjetiva do Ministro Marco Aurélio, que é dissonante com a do Presidente da Turma. De maioria para concessão da ordem em um caso “em julgamento” o feito transforma-se em “ainda não julgado”.

Apaga-se, para fins de decisão, tudo o que já era *passado* no fluxo do tempo social e físico, justamente porque a elaboração do acórdão é um *instante distendido*, que ainda não se perfectibilizou, não tornou-se *passado jurídico* ou *precedente*: continua *sendo* um julgamento em curso, nada mais. Da possibilidade de manipulação desse *instante* é que se vale o Ministro Néri como última técnica para provocar uma reviravolta e denegar a ordem. Nesse mesmo sentido posiciona-se o Ministro Carlos Velloso:

Em segundo lugar, peço licença para deferir a proposta de V. Exa., Sr. Presidente, tendo em vista que a decisão não seria inédita. V. Exa. Esclareceu que há precedente no sentido de, não encerrado o julgamento, ser possível a afetação da questão ao Plenário. A decisão não seria, portanto, desarrazoada, dado que o órgão fracionário, a Turma, integra o Colegiado. Então, por que não permitir que toda a Corte se Manifeste? (fls. 343)

Contudo, com ela não concorda o Ministro Marco Aurélio:

Iniciamos o julgamento; fiz um relatório circunstanciado; e cheguei, porque V. Ex^a. Me autorizou a tanto, a proferir voto sobre o pedido formalizado na inicial do habeas-corpus. Creio que o voto também se mostrou circunstanciado, fundamentado. V. Ex^a. Aparteou-me, inculcando-me, talvez, o reexame da matéria probatória na via estreita do habeas; e surgiu, àquela altura, uma discussão, no âmbito da Turma, um pouco mais acalorada, quando o Ministro Francisco Rezek antecipou-se e pediu vista dos autos. S. Ex^a. Levou-os para estudo; trouxe-os posteriormente, proferindo voto acompanhando o Relator. Seguiu-se o voto do Ministro Maurício Corrêa, em idêntico sentido, alcançando-se, com isso, por maioria, a concessão do habeas-corpus. V. Ex^a. Tomou o voto do Ministro Carlos Velloso, que foi no sentido de indeferir a ordem pleiteada, e pediu vista do processo, creio, para nos brindar com voto fundamentado sobre o assunto. (...). Não me sentiria à vontade em acolher a proposta formulada por V. Ex^a., para deslocar este processo ao Pleno em face ao quadro até aqui patente: a Turma, por três votos a dois, está concedendo a ordem. Há seis anos neste Tribunal, foi o primeiro processo que me foi distribuído versando sobre essa matéria. Aliás, muitos são os habeas corpus e perdemos as terças-feiras, praticamente, apenas os julgando, o que, sob a minha óptica, impede a apreciação de processos que deveriam merecer atenção maior do Tribunal. Tenho mesmo, na bancada, processos que praticamente há um ano estão

aguardando pregão. Isso tudo acontece porque persiste o entendimento de que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, ainda que não possua a qualificação de superior. (fls. fls. 338-339)

Este invoca ao julgamento a irreversibilidade do tempo social para impedir a reviravolta. Para isto, narra a história das sessões precedentes, tratando-as como *passado*, como etapas findas que não podem ser alteradas. A fim de reforçar seu argumento, afirma que não haveria relevância suficiente ao caso para que se afetasse a plenário, revertendo-se a seta do tempo intraprocessual para um ponto anterior (início do julgamento). Para tal desiderato, ele não se serve apenas da tradição doutrinária (como já explicitado no Capítulo 1), mas também da conjuntura, isto é, do *presente*, das atividades do Tribunal, cuja pauta, acusa o Ministro, encontra-se abarrotada de habeas-corpus que supostamente impedem a resolução de casos “mais importantes”.

Em outras palavras, o Ministro deixou entrever em sua fala de que o caso ali julgado, por seu um habeas-corpus, carecia de “estatura” para ser afetado a plenário, ou seja, ser alvo de uma operação de manipulação temporal de igual “estatura”, que apelido aqui, tomando de empréstimo o vocabulário da informática, de “apertar o *reset button*” do caso. Como já visto, sua posição é acompanhada pela maioria e o julgamento é retomado com o voto de mérito do Ministro Néri da Silveira:

A lamentável realidade de que novelas e outros espetáculos transmitidos por televisão abordem, com naturalidade, cenas reprováveis – como anotado pela sentença – não pode conduzir à descriminalização desses fatos pelo Juiz, até mesmo porque, a prevalecer essa permissividade, os meios de comunicação já teria derrubado considerável parte da legislação penal, no capítulo referente aos costumes e em outros domínios. Mas, aos meios de comunicação, ainda não é dado o poder de revogar as leis do País (fls. 329)

Neste trecho de citação o Ministro endossa o argumento do Ministro Carlos Velloso a fim de desconstruir a predominância do *presente* social sobre a construção legislativa. Para ele, apesar de preocupante, é irrelevante para a proteção do Direito Penal a *corrosão do caráter* que acompanha o contexto da *sociedade de risco* marcada pela *pós-modernidade*. Enquanto for programa do Estado a proteção dos “costumes”, as modificações da dinâmica social não afetam a política criminal prevalecente. Tais razões denotam que o *presente*, como caracterizado pela maioria votante, revela-se como inaceitável para o Ministro.

Isto o levará a afirmar que é um compromisso do Poder Judiciário reverter a amпуlheta do tempo social e alterar tal “lamentável realidade”, por ser ela responsável pela “dissolução dos costumes”:

Tal interpretação, “data venia”, - além de negar o texto da lei, sua finalidade que é a proteção ao menor de quatorze anos, - não contribuiria, de outra parte, para a solução do gravíssimo problema da infância e da adolescência de nosso tempo, a qual não se restringe a mero amparo material a legiões de meninos e meninas que perambulam pelas ruas de nossas cidades, mas, simultaneamente, exige, dos Poderes Públicos e das instituições privadas, a assistência moral e espiritual, em ordem a que possam participar dos valores da cidadania e se integrar nos caminhos da dignidade humana. O Poder Judiciário é co-responsável nessa obra da nacionalidade, cumprindo-lhe, destarte, não dar às leis interpretação que, aparentemente, atenderia a uma época de liberação sexual, mas que, em verdade, conduzirá à impunidade em crimes dessa natureza e isso implicará, assim, concorrer, na aplicação da lei, para a crescente dissolução dos costumes. (fls. 354-355)

Para o Ministro, deixar os “meninos e meninas que perambulam pelas ruas de nossas cidades” sem uma distância geracional segura para seu desenvolvimento é fomentar a prostituição sexual de crianças e adolescentes, potencializando o *flexi-tempo* a patamares em que o relativismo temporal impede a sucessão de etapas que, na visão do Ministro, marca a construção da “obra de nacionalidade” consistente na “assistência moral e espiritual” para integrar as crianças “nos caminhos da dignidade humana”.

O *mundo da memória* do Ministro Néri serve à transformação de um *presente* que se projeta de forma sombria em direção a um *futuro* cada vez mais caótico e incerto. Um *porvir* que a *pós-modernidade* e o encurtamento do *instante* transforma em fator altamente entrópico. Emerge a *sociedade de risco*. O olhar dirige-se ao binômio provável/improvável de uma narrativa dissolvida em pequenos trechos não-unificáveis. Assim, operando na instabilidade, a hermenêutica do tempo centra-se no *futuro*, que trataremos mais detidamente a seguir.

3 – CAPÍTULO 3: Futuro

A concepção pós-moderna, como salientou LYOTARD (2011), é caracterizada pelo aumento da volatilidade do instante. O movimento agostiniano do *por-vir* para o *ido* se encurta, e a semântica das temporalidades se transforma e uma pragmática da imediatidade baseada no *esquecimento* de princípios fundantes de uma história longa e a valorização de micropartículas superdensas de *acontecimentos*.

No campo do passado, o *imemorial* se torna *ontem*, e a tradição sofre um deslocamento de sentido do movimento lento da sedimentação para a figura rápida da precipitação. No campo do futuro, por sua vez, esta supervalorização da instantaneidade característica da condição pós-moderna realiza sua poda nas projeções (*projectum*) e torna um disparo longo de flecha em um tiro a queima roupa. O curto prazo é privilegiado em detrimento do futuro longo. LYOTARD aponta nesse sentido a queda dos “grandes relatos” em benefício de uma pragmática do saber científico baseada em consensos provisórios⁵⁵, e uma temporalidade voltada para as pequenas regularidades e não para as grandes linearidades (a prevalência do *metro* sobre o *acento*). Utilizando-se de uma metáfora literária, pode-se afirmar que a condição pós-moderna substitui o romance pelas crônicas (ou, mais radicalmente, pelas “notinhas”).

Dentro desta problemática é que se trabalha aqui o futuro. Este caractere temporal é trabalhado por diversos autores (v.g. AGOSTINHO, 2011, RICOEUR, 2010) sobre a perspectiva da apropriação do “ainda-não-é” pela consciência como expectativa (*espectare*), algo que se anseia em ser, a fixação de um objetivo, ou seja, o futuro enquanto expectativa possui uma dimensão teleológica. HEIDEGGER (2005) verá a expectativa como manifestação do *ser-aí* enquanto compreensão do fluxo da existência em direção ao *ser-para-a-morte*, que *presenta* (no sentido de tornar presente) o *por-vir* do *estiramento* entre este e o *tendo-sido*, deslocando a síntese do fenômeno temporal para o futuro.

Destas reflexões decorre que esta expectativa-perspectiva-projeção coloca o si, em primeiro plano, na posição de presentificador do futuro, podendo pautar-se de modo a que este vir-a-ser chegue ao nível do ser, ou seja, que a expectativa torne-se acontecimento, o

55 Esta subversão performativa da epistemologia cartesiana em favor de um “entendimento” tem diversas manifestações na dinâmica de disputa política interna e internacional em torno da pauta “meio ambiente”, que serão referenciadas ao longo deste capítulo. Por ora, cita-se como exemplo o décimo primeiro princípio da Declaração do Rio de 1992: “Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser amplamente aplicadas pelos Estados. Em casos de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica não deve servir como pretexto para postergar a adoção de medidas efetivas, visando prevenir a degradação do meio ambiente”. Um “ambiente” favorável à difusão e assimilação do mito do risco.

movimento ínsito na presença se torne *presente*, em um sentido ontológico. Se é justa a expectativa, dentro do nível teleológico, torna-la realidade para o si pressupõe imputar-se uma obrigação de seguir os passos (*odos*) considerados necessários, antecipando-se o caminho enquanto normatividade, deôntica e deontologicamente. O vir-a-ser, na consciência do si e na apreensão do outro, para *ser* primeiro *deve ser*.

No campo inter-relacional necessário à satisfação da conformação dialógica do si, ou seja, na comunicação com os *outros*, tanto no degrau face-a-face quanto no institucional, o caráter deontológico do futuro-expectativa também está presente. E neste ponto assenta um elemento da normatividade jurídica: a mediação institucional concretizada pela lei cristaliza uma determinada expectativa de como meus concidadãos se comportarão em relação a mim e às coisas, transforma a finalidade do “ser justo que este ‘vir-a-ser’ venha a ser de fato posto que é bom que assim seja” em uma obrigação de vir-a-ser, isto é, um dever-ser-vir-a-ser. Tal assim se caracteriza a estrutura prospectiva da expectativa.

Para a Teoria dos Sistemas, por outro lado, o futuro não tem características ontológicas (na verdade a Teoria dos Sistemas é avessa a qualquer ontologia, mas pode-se dizer, por exemplo, que as operações e elementos estruturantes do sistema existem, pois sem eles não haveria sistema autopoietico e, nesse sentido, *grosso modo* haveria caracteres ontológicos na constituição dos sistemas sociais) uma vez que, como o tempo é “um mero construto do observador” (LUHMAN: 2009, 211) e, portanto, operação que realiza distinção. O futuro seria um “produto” da observação que, como toda operação desta natureza, tem um *ponto cego* (a impossibilidade de enxergar a si mesmo), que reside justamente no fato de que toda a operação de observação ocorre na simultaneidade das demais operações do sistema, ou seja, no presente (como já visto no capítulo anterior). Quando o futuro (ou mesmo o passado) é “vislumbrado” (no sentido de observado), este já é decorrência de uma distinção na simultaneidade baseada na díade *antes/depois*.

Não obstante, a apropriação deste *produto* pelo sistema jurídico para criação de direito (ou de não-direito) e realização de suas operações é o que interessa, motivo pelo qual os empecilhos de ordem epistemológica entre quem confere caráter ontológico ao futuro e quem não confere não afetam a substância deste trabalho.

O direito, por suas operações, estabiliza determinadas expectativas pela produção normativa, ao mesmo tempo em que instabiliza nos “espaços vazios” de sua atuação. Nesse sentido, o ferramental sistêmico chega ao mesmo ponto já afirmado antes: o direito é eminentemente deontológico e, por isso, atua com grande intensidade no futuro. A produção

da norma (seja a norma legislativa, seja a norma regulamentadora, seja a norma-provimento judicial, como a aqui analisada) visa a redução da instabilidade do *por-vir* a partir de uma tomada de *decisão*. As tomadas de decisão, para a teoria dos sistemas, são estruturas operativas que reduzem a complexidade no meio do sistema, ao mesmo tempo em que a ampliam no *output*, ou seja: são imediatamente negentrópicas e mediatamente entrópicas. Assim, sua função no direito é antecipatória. Sobre o tema, LUHMAN:

O futuro é o outro lado da distinção e está reconstruído a maneira de um oscilador funcional; ou seja, somente quando se introduz uma distinção, passa a ser possível mover-se de um lado da forma ao outro. A perspectiva de futuro do oscilado traz insegurança a forma específica; não torna o futuro previsível, mas tem função de copiar eventos imprevisíveis. Substitui o desconhecido por uma distinção binária: e isto ajuda a transformar a irritação em informação, enquanto transcorre o tempo, para manter e ampliar as possibilidades de decisão (...). Nesse sentido, a decisão constrói futuro; mas não pode determinar seu futuro, pois este se afasta quando procura aproximar-se dele. No entanto, é possível fixar, para o tempo que transcorre, o marco ou a forma com que se apresenta o futuro no presente. (2009, 222)

DE GIORGI também ressaltou essa “função de futuro” característica do direito:

Pode-se indagar: como um sistema constrói suas seguranças em relação ao ambiente? Ou ainda: como ele constrói suas estabilidades? São diversas as estratégias possíveis e, de toda sorte, são todas elas vinculadas ao fato de que o espaço das operações do sistema é constituído pelo horizonte do presente. Em consequência, no âmbito dessas diversas possibilidades, a mais relevante é a da predisposição de vínculos para o futuro. Neste sentido, uma estratégia há muito convalidada consubstancia-se na estabilização de estruturas normativas. O Direito é a estrutura de um sistema que estabiliza expectativas normativas (1998, 26-27)

Nesta linha de ideias, a *condição pós-moderna* já delineada anteriormente opera, por sua vez, uma reificação da expectativa, impregnando-a de uma alta densidade normativa, ao mesmo tempo que a ressignifica sob o pálio da cultura da instantaneidade: do horizonte da lei, guardiã da *segurança jurídica*, passa-se à proximidade provável e veloz da construção mutante das normatividades privadas do contrato e dos atos unilaterais, no que o *risco* representará o mito fundante deste culto da probabilidade, por sua vez fruto da agorização das expectativas que, no dizer de JONAS (2006) e BECK (2010), impedem a remediação de males por vezes irreversíveis, posto que o “o tempo é curto demais para isso”. O *futuro passado* da *historie* de KOSELLECK (2011) é dividido em níveis subatômicos nos quais *amanhã* e *ontem* se confundem ao olho humano com o hoje⁵⁶.

LUHMAN, ao caracterizar o tempo como observação e a simultaneidade do mundo, admite o caráter de imprevisibilidade do futuro (que, a princípio, para ele, não existe

56 “E, se no cômputo da experiência subjetiva, o futuro parece pesar aos contemporâneos por ele afetados, é porque um mundo técnico e industrialmente formatado concede ao homem períodos de tempo cada vez mais breves para que ele possa assimilar novas experiências, adaptando-se assim a alterações que se dão de maneira cada vez mais rápida”. (KOSELLECK: 2011, 16)

de fato) e reforça o *risco* enquanto mito, já que atribui a este caráter estrutural ao mesmo tempo em que se mostra cético com qualquer possibilidade de “planejamento”, ou seja, conferir “certeza” ao improvável:

A Teoria dos Sistemas, mediada pela construção teórica do observador, afirma precisamente o contrário; não é possível reter o que fazemos e, por isso mesmo, estamos então conectados com um futuro do qual não podemos dispor nem planejar. Assim como o *instante* no pensamento clássico de Platão e na filosofia estoica, o *presente* se converteu em uma posição sem nenhum lugar no mundo, mas que, como tal, chegou a se converter em algo excepcional. (...). A sociedade moderna expressa o tempo sob a forma de *passado/futuro*, porque as estabilidades diminuíram a tal ponto, que só permanece um futuro concebido como instável. O invariável ficou tão reduzido, que já nem sequer se considera o ser humano como fator de estabilidade para o futuro: ele se suicida, ou nós o julgamos capaz de exterminar o gênero humano, ou, talvez, ele mesmo seja superado pela tecnologia genética que formulou. Surge, então, a pergunta: de que quantidade de tempo genuinamente humano podemos ainda dispor? Na sociedade moderna, tudo é possível: o cenário mais dramático, ou também aquele em que simplesmente nada aconteça. (2009, 215-216, 219)

Da mesma forma, DE GIORGI afirma o caráter estrutural do risco na sociedade contemporânea:

A observação da estrutura desses sistemas permite-nos ver como na sociedade moderna se produz a abundância do que é possível. Torna também observável como esse excesso de possibilidades se condensa em uma realidade secundária, na qual tememos possa verificar-se. Chamamos risco a probabilidade de que verifique um dano futuro que uma outra decisão teria podido evitar. Se o evento indesejado ocorrer, poderá ser imputado a alguma decisão. Disto decorre a falsa impressão de que a moral pudesse ser de alguma valia diante do risco. Na realidade, o risco descreve uma condição estrutural da ação dos sistemas na sociedade moderna. (...). Consideramos o risco como um vínculo com o futuro, como uma estratégia de construção do futuro. (1998, 14)

Também para BECK o *risco* também é uma condição estrutural de uma sociedade que passou pelo processo de radicalização dos caracteres da modernidade típicos da chamada *sociedade industrial*:

Em oposição à evidência tangível das riquezas, os riscos acabam implicando algo *irreal*. Num sentido decisivo, eles são simultaneamente *reais* e *irreais*. De um lado, muitas ameaças e destruições já são reais: rios poluídos ou mortos, destruição florestal, novas doenças etc. De outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside nas *ameaças projetadas no futuro*. São, nesse caso, riscos que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a ela se torna impossível e que, já como suposição, como ameaça futura, como prognóstico sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa. O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no *futuro*. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como “causa da vivência e da atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas e crises do amanhã ou do depois de

amanhã, para tomar precauções em relação a eles – ou então justamente não. (...). Na discussão com o futuro de lidar com uma “variável projetada”, como uma “causa projetada” da atuação (pessoal e política) presente, cuja relevância e significado crescem em proporção direta à sua incalculabilidade e ao seu teor de ameaça, e que concebemos (temos de conceber) para definir e organizar nossa atuação presente. (2011, 40)

O mito do *risco* transformou a *segurança jurídica*, uma categoria deontológica ligada ao passado e à manutenção da tradição, em um produto dos sentidos assentados em si relativos ao futuro. De um mito autônomo ligado à fórmula “as coisas devem continuar como sempre foram” passa a um elemento de mito maior ligado à fórmula “as coisas devem permanecer como são porque as consequências de serem de outro modo são trágicas”. A *segurança* serve ao *risco* em sua relação com o direito como um *acoplamento estrutural*.

As reflexões de BECK sintetizam esta relação entre *risco* e *segurança* com funções míticas e normativas:

Ainda que a expressão política seja incerta, as consequências políticas são ambíguas. Na transição da sociedade de classes para a de risco, começa a diferenciar-se a *qualidade da solidariedade*. Dito de maneira esquemática, sistemas axiológicos inteiramente diversos são alavancados nesses dois tipos de sociedades modernas. Em sua dinâmica evolutiva, as sociedades de classes continuam referidas ao ideal de *igualdade* (em suas várias formulações, da “igualdade de oportunidade” até as variantes de modelos socialistas de sociedade). Não é o caso da sociedade de risco. Seu contraprojeto normativo, que lhe serve de base e impulso, é a *segurança*. O lugar do sistema axiológico da sociedade “desigual” é ocupado assim pelo sistema axiológico da sociedade “*insegura*”. Enquanto a utopia da igualdade contém uma abundância de metas conteudístico-positivas de alteração social, a utopia da segurança continua sendo peculiarmente *negativa* e *defensiva*: nesse caso, já não se trata de alcançar efetivamente algo “bom”, mas tão somente de *evitar* o pior. O sonho da sociedade de classes é: todos devem *compartilhar* do bolo. A meta da sociedade de risco é: todos devem ser *poupados* do veneno. (2011, 59-60)⁵⁷

O caráter mítico do *risco* transparece também na teoria de JONAS (2006), filósofo que, segundo FERRY (1994), tem sua obra tomada como fundamento das ações do movimento *ecologista profundo* ou ecocêntrico. JONAS (2006) supõe o que ele mesmo chama de uma “metafísica da catástrofe”, que, por sua vez, inspira uma “ética da responsabilidade”. O “princípio responsabilidade” consiste em *antecipar* a possibilidade de

57 Não pode passar despercebido a acidez como DE GIORGI trata a hipótese de BECK: “Este é um dos produtos mais requisitados e mais vendidos no mercado de pulgas da sociologia contemporânea. Entulhos desse gênero encontram compradores tanto na Europa como na América”. Ocorre contudo, que o autor não aponta em quais bases as duas visões são incompatíveis. Pela maneira como o raciocínio de BECK está estruturado em sua obra, a influência da Teoria dos Sistemas não é só perceptível como em alguns momentos explícita. O autor complementa esse diagnóstico com as consequências relativas à apropriação desta estrutura social em um contexto de disputa de poder, mas isto não tira o fato de que primordialmente o *risco* de BECK opera em um *médium* de probabilidade/improbabilidade. A objeção de DE GIORGI me parece apenas de caráter retórico e, por isso, está aqui observada, mas será ignorada, já que estabeleço e fundamento os pontos de diálogo entre os dois autores.

ocorrência de efeitos intensamente danosos das ações realizadas no presente, vislumbrando-se sempre o pior cenário possível e, assumindo a autoria das mesmas, não realiza-las caso haja a mínima possibilidade do resultado apocalíptico imaginado concretizar-se no futuro.

Todas estas considerações poderiam ser sintetizado em um meta-conceito conciliador destas diferentes visões e aqui utilizado como ponto de partida para as reflexões sobre este mito: *o risco seria, portanto, uma radicalidade ético-normativa do por-vir que, fixando-se em uma visão arbitrária (porque derivada da imaginação em contexto de decisão e fruto da observação que, em última análise, adjudica sentido ao observado) do futuro, induz à paralisação do devir no “agora”*.

Além disso, sem esquecer das observações de LOBÃO (2010), este conceito-mito, enquanto manipulador do futuro, tem em sua apropriação pelos atores sociais como foco de disputa⁵⁸. Quem define suas proposições pelo risco, define parte da temporalidade projetada na ação, o que, em última instância, é um instrumento de poder. Vale adiantar, inclusive, que, como será explicitado na análise “futurística” dos votos dos Ministros no julgamento do *habeas-corpus*, efetivamente ocorrem disputas em torno do conceito de risco.

É importante, contudo, após demonstrar a submissão da “nova” segurança jurídica ao risco, abrir um breve parênteses e situar-se perante a afirmação de DE GIORGI de “enquanto a sociedade representa para si própria o futuro como risco e o vincula por intermédio do direito, o risco mesmo não se deixa juridicizar” (1998, 80). Não se posicionar quanto a esta afirmação peremptória pode implicar em incoerência em relação aos demais marcos teóricos. O que a análise dos votos deste capítulo deixam transparecer é que, mesmo a partir das premissas da Teoria dos Sistemas, no operar do direito este acopla estruturalmente com o risco e produz *outputs* a partir dele. Uma das formas é com a mediação da *segurança jurídica*, que faz a ponte da díade provável/improvável com a operação de decisão que baseada no código direito/não-direito. Outra é acomodar a díade do risco no *iter* do processo interpretativo, seja a partir de categorias da dogmática (como o caso do dolo eventual), seja por raciocínios específicos.

Retomando-se o tema, esse futuro instantâneo, esse presente *curto* e esse passado “sepultado”, que remetem a diferentes velocidades do *movimento*, estão presentes nas argumentações da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal que concederam a ordem de *habeas corpus* no acórdão estudado nessa dissertação. As noções de “maturidade”,

58 “Representar, de fato, significa fazer presente, tornar visível o conteúdo material, tomar da ideia e do símbolo e submeter à percepção, materializar, em um certo sentido, concretizar, como dizia Hegel. É precisamente isto o que se quer dizer quando se afirma que a normatividade do Direito e do Estado são contrafactuais. Direito e Estado resistem ao tempo porque mediante o controle do presente, controlam o futuro”. (DE GIORGI: 1998, 67)

“precocidade” e a constante relativização de categorias trabalhadas no discurso da maioria votante caminha para a caracterização da sociedade como vivendo sob o pátio desta representação do tempo.

Ocorre, contudo, que existe uma outra *velocidade temporal* que permeia o debate entre os ministros: a tradição reivindica seu espaço de *permanência* subjacente a uma concepção de *tempo lento* (LOBÃO, 2008) que não somente consta dos votos da minoria. Não obstante, seu reconhecimento tem consequências diversas a depender do Ministro que o expõe. A multiface do *futuro*, se agora um *presente de ruptura* ou se uma *renovação do passado*, terá seu espaço no palco da discussão sobre se a presunção de violência prevista no art. 224, *a*, do Código Penal, é absoluta ou relativa.

É importante observar que em todos os votos abaixo examinados predomina um consenso tácito sobre o “tempo da mulher”, que consiste em uma espécie de perplexidade decorrente da extensão da “liberdade” (em sentido moderno) ao gênero feminino, bem examinada por BECK como um dos caracteres da *sociedade de risco* e decorrência direta do fenômeno da *individualização da desigualdade social*⁵⁹.

Tal fenômeno está ligado ao processo de atomização do trabalhador no contexto da luta de classes, onde a resultante do aperfeiçoamento de uma economia baseada na oposição entre capital e trabalho retira a percepção do indivíduo do caráter coletivo da luta de classes⁶⁰, bem como às contradições do Estado Social baseado em uma lógica de endividamento que desestabilizaram o ideal do “pleno emprego” a partir do *desemprego em massa* gerativo de uma *nova pobreza*. A partir daí a representação social do agente na “luta de

59 “A lógica distributiva dos riscos da modernização, conforme desenvolvimentos no capítulo anterior, é uma dimensão crucial da sociedade de risco, mas é apenas *uma* de suas dimensões. As situações globais de risco surgidas dessa maneira e a dinâmica de conflito e desenvolvimento social e político nelas contida são algo novo e considerável. Entretanto, sobrepõem-se-lhes riscos e inseguranças sociais, biográficas e culturais que rarefizeram e reconverteram a estrutura social imanente da sociedade industrial – classes sociais, formas familiares, posições de gênero, casamento, paternidade, profissão – e a obviedade dos modos de conduzir a vida nela entranhados. (...) É a junção dos dois aspectos, a soma dos riscos e inseguranças, sua intensificação ou neutralização recíproca, que constitui a dinâmica social e política da sociedade de risco. A suposição teórica assumida por ambas as perspectivas pode ser assim formulada: na virada para o século XXI, o processo de modernização desencadeado não apenas superou a suposição de uma natureza contraposta à sociedade, como também fez desmoronar o sistema intrassocial de coordenadas da sociedade industrial: sua compreensão da ciência e da tecnologia, os eixos entre os quais se estende a vida das pessoas: família e profissão, a distribuição e a separação entre política democraticamente legitimada e subpolítica (no sentido de economia, tecnologia e ciência)”. (BECK: 2011, 107)

60 “Estamos indicando assim um conceito de classe cuja marca distintiva central consiste na impossibilidade de ser invocado *apenas como um conceito científico oposto* à auto-compreensão da sociedade. Pelo contrário, referimo-nos a uma situação no qual somente se pode falar de classes nos termos de uma *duplicação social e científica*. A sociedade entende-se e ordena-se a si mesma em 'classes', e o conceito sociológico assume isso, reflete a respeito e critica as suposições ali contidas. Isto não precisa, nem mesmo pode suceder de forma congruente. Entretanto, ao deixar de ser socialmente perceptível, por conta do desenvolvimento socioestrutural, o conceito de classe torna-se *solitário*, desgraçadamente solitário”. (*idem*, 130)

classes” assemelha-se ao “estado de natureza” hobbesiano mediado pelo mercado. O que alguns chamam de “barbárie neoliberal” inclui este fenômeno em que aquele que aliena sua força de trabalho se vê sozinho na batalha social em face do capital (e agora dos outros trabalhadores).

Esta individualização da desigualdade adentra a casa das pessoas, alterando sua perspectiva sobre família e desenvolvimento privado: o ponto de partida é o *ego* e suas necessidades:

Nos anos cinquenta e sessenta, as pessoas respondiam clara e inequivocamente à questão sobre que objetivos buscavam: nos termos de uma vida 'feliz' com a família, com planos para a casa própria, o carro novo, uma boa educação para as crianças e com a elevação do padrão de vida. Hoje muitos falam uma outra língua, que – forçosamente vaga – se revolve em torno da “realização pessoal”, da “busca da própria identidade”, com objetivos tais como “o desenvolvimento das potencialidades das pessoas” ou “estar sempre em movimento”. Isto não se aplica de modo algum a todos os grupos populacionais na mesma medida. (...). Para muitos, os símbolos convencionais de sucesso (renda, carreira, status) já não saciam as novas demandas de autodescoberta e autoafirmação, sua ânsia por uma “vida plena”. A consequência é que as pessoas acabam, de forma sempre mais gritante, caindo no labirinto do autodesconcerto, da autoindagação e da autoasserção. (...). Na busca por autorrealização, as pessoas seguem os catálogos de turismo até os cantos mais remotos da Terra. Desfazem os melhores casamentos e partem rapidamente para novos relacionamentos. Fazem-se reciclar. Jejuam. Correm. Passam de um grupo de terapia a outro. Possuídos pelo objetivo da autorrealização, arrancam-se a si mesmos da terra para comprovar se suas raízes são realmente sadias. Esse sistema de valores da individualização contém ao mesmo tempo indícios de uma nova ética, que repousa sobre os princípios dos “deveres para consigo mesmo”. (BECK: 2011, 144-145)

A mudança de percepção sobre a família e a vida privada passa, então, a mudar a própria família. Ao mesmo tempo em que a cultura baseada na desigualdade da propriedade dos meios de produção gerativa da cultura de classes e fundada na alienação do trabalho, devidamente matizada pelas conquistas das lutas trabalhistas no Estado Social, encerrava com o paradigma estamental fundado no privilégio conferido pelo nascimento, esta mesma cultura estamental ainda residia no seio do ideário de *família nuclear*: a assimetriação entre homens e mulheres era determinada precipuamente pelo gênero, ou seja, era uma desigualdade fundada no nascimento.

Na *sociedade industrial* esta desigualdade foi escamoteada pelo estilo de vida moderno a partir de performativos como a “ausência de capacitação necessária”. O agravamento do projeto da modernidade na constituição da *sociedade de risco* excluiu paulatinamente estes performativos (por diversos motivos, dentre eles o aumento da

escolaridade), as mulheres passaram a também almejar posições no mercado e abandonar sua função de cuidadora e trabalhadora doméstica.

Isto, aliado à característica central do *risco* de amplificação da improbabilidade dos efeitos da conduta humana frente às suas próprias condições de existência (como já mencionado anteriormente), bem como à resistência do gênero masculino de abandonar o favorável modelo familiar estamental que se harmonizava com a cultura da modernidade baseada no mercado e nas relações de trabalho, gerou um ambiente de conflitos de gênero no seio da vida privada⁶¹, o que implicou enfraquecimento do ideal da *família nuclear*. Daí observa-se a emersão da “perplexidade masculina”:

Os confrontos entre os sexos, no entanto, não se curvam *nem* ao esquema dos modernos confrontos de classe, *nem tampouco* constituem um mero resquício tradicional. São algo distinto. São, assim como os confrontos entre capital e trabalho, *produto* e *fundamento* do sistema industrial, pois que trabalho remunerado *pressupõe* trabalho doméstico e as esferas e formas de produção da família foram separadas e *criadas* no século XIX. Ao mesmo tempo as posições assim surgidas de homens e mulheres sustentam-se em *atribuições* de nascença. Nessa medida, são um híbrido bizarro: “*estamentos modernos*”. Com eles estabelece-se na modernidade uma hierarquia *socioindustrial* estamental. Seu potencial explosivo e sua lógica conflitiva são extraídos da *contradição* entre modernidade e antimodernidade na sociedade industrial. Assim, as atribuições e confrontos estamentais de gênero não surgem como confrontos de classe, na fase inicial da modernização industrial, mas em sua fase *tardia*, num momento, portanto, em que as classes sociais já foram destradicionalizadas e a modernidade já não se detém diante dos portões e formas da família, do casamento, da paternidade e do trabalho doméstico. No século XIX, o estabelecimento da sociedade industrial cunha as formas da família nuclear que atualmente são por sua vez destradicionalizadas. (...). Assim, sob o formato da reprodução da família e da produção vinculada ao mercado, são soldadas no projeto da sociedade industrial duas épocas distintas – modernidade e antimodernidade. Com princípios organizativos e sistemas axiológicos contrapostos, elas complementam-se, condicionam-se e contradizem-se. (...). Do ponto de vista da teoria e da história social, aquilo que surge e é lamentado como “terror da intimidade” são, portanto, as *contradições de uma modernidade bisseccionada no projeto da sociedade industrial*, que desde sempre fragmentou os indivisíveis princípios da modernidade – liberdade individual e igualdade, para além das limitações de nascença – e, desde o nascimento, atribuiu-os a um dos sexos, vedando-os ao outro. (*idem*, 163-164)

61 “Os confrontos entre os sexos surgidos com a destradicionalização da família emergem fundamentalmente na vida em comum, têm seu cenário de disputa na cozinha, na cama e no quarto das crianças. Seu ruído de fundo e seus signos são as eternas discussões sobre a relação ou a muda confrontação no casamento; refugiando-se na solidão e refugiando-se dela; perdendo a confiança no outro, que de repente já não se pode compreender; sofrendo com a separação; deificando as crianças; lutando por uma porção de vida própria, que deve ser arrancada ao outro e, ainda assim, com ele dividida; percebendo a opressão no ridículo do dia a dia, a opressão que é para si mesmo. Dê-s a isto o nome que se queira: 'entrincheiramento dos sexos', 'recuo à subjetividade', 'era do narcisismo'. Este é precisamente o modo pelo qual uma *forma social* – a trama estamental da sociedade industrial – implode no âmbito privado”. (BECK: 2011, 163)

Aqui, na dicotomia entre modernidade das relações sociais do mundo do trabalho assalariado e a contramodernidade da estrutura familiar estamental reside uma possível origem (e não causa, frise-se) da diferenciação do tratamento temporal dado a acusado e vítima no julgado aqui estudado. Seu desdobramento é a *atualização* no tempo da figura do homem e a *cristalização* da mulher-menina-moça fora dele. Esse *contexto de enunciação*, que permeia todos os votos, favoráveis ou contrários à concessão da ordem de *habeas-corpus*, não necessariamente é elemento intencional do discurso, mas pode ser inferido das biografias de alguns dos Ministros. Na análise pormenorizada dos argumentos por vezes em referirei a estas considerações (que podem gerar desdobramentos na questão de gênero dita pós-moderna).

Assim como nos capítulos anteriores, abaixo há uma tabela com os trechos dos votos selecionados para exame. Não obstante estarem aqui sumarizados, serão repetidos ao longo da análise empreendida neste capítulo.

<u>Número de Referência</u>	<u>Trecho do Acórdão</u>
1	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. (fls. 317)
2	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais diversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir. (fls. 317)
3	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.
4	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis não?
5	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a – cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente. (fls. 318)
6	<u>Min. Francisco Rezek</u> : Temos aqui uma hipótese de atividade sexual consentida, absolutamente espontânea, e isso é incontroverso. Expressões usadas pela vítima M.A.N., que o voto do relator reproduziu, o deixam claro: cuida-se de exercício demasiadamente precoce da liberdade sexual – eu o diria precoce mesmo agora, à aproximação do século XXI, embora reconhecendo que não se cuida mais de fenômeno raro. (...). O caso é de sexo precoce, mediante consentimento expreso. (fls. 322-323)

7	<u>Min. Francisco Rezek</u> : O que me leva, embora muito consternado, a acompanhar o voto do Ministro Relator, concedendo a ordem de habeas corpus, é a convicção de que não concedê-la significa proferir no Supremo Tribunal Federal, uma tese jurídica de extremo risco: a de que a máquina judiciária está dispensada de raciocinar quando a pura e simples consideração da idade das partes transforma o sexo consentido em estupro. Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sentimental precoce, decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove. Essa situação, não tão rara, seria, entretanto, pelos defeitos da nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça criminoso hediondo o rapaz. (fls. 324)
8	<u>Min. Francisco Rezek</u> : Falta em nossa lei penal uma figura mais flexível e abrangente, que enquadrasse condutas reprováveis como o assédio sexual (sobretudo no ambiente de trabalho), e as várias formas de abuso resultante da falta de escrúpulos, como o envolvimento consentido com menor de 14 anos: condutas que não tem, contudo, a gravidade do estupro, nem se ajustam ao molde legal da sedução e da corrupção do menor. (fls. 324)
9	<u>Min. Francisco Rezek</u> : Penso que a condenação por estupro, à vista do artigos 213 e 224 do Código Penal, não faz justiça no caso concreto. A questão de saber se podemos ou não partir para a presunção de violência depende da premissa, que é saber se houve constrangimento, e constrangimento é tudo aquilo que estes autos não retratam. Constrangimento, eu o veria num quadro minimamente próximo daquele da corrupção de menor, ou daquele da sedução. Abro aqui parênteses para dizer que não estou entre os críticos da subsistência desse tipo no código Penal brasileiro, visto que aquilo que o crime de sedução penaliza não é, na realidade, a atividade sexual, mas a fraude. (...). É o fato de, num mundo de tantas e tantas pessoas liberadas, aproximar-se alguém de um núcleo familiar conservador, e aí, fraudulentamente, usando do discurso conservador, a promessa de casamento ou algo semelhante, obter intimidades que, afinal, não conduzirão ao prometido. (fls. 324-325)
10	<u>Min. Francisco Rezek</u> : Nas circunstâncias deste caso, que certamente nos dividirá e que é penoso para todos, não me parece apropriado proclamar uma tese de alto risco, porque lança cidadãos comuns, acaso irresponsáveis ou pouco escrupulosos, mas seguramente incapazes de cometer um verdadeiro crime de estupro, na categoria dos criminosos hediondos. (fls. 326)
11	<u>Min. Maurício Corrêa</u> : Deveria ou deverá o juiz estar algidamente circunscrito a vetustez de um ordenamento penal obsoleto, distante da atualidade e das inovações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias, ou deveria ou deverá emprestar a interpretação que a sua consciência ditar, em razão desses fenômenos, já que o processo legislativo às vezes age rapidamente, quando há conveniência, mas que, a despeito da reformulação da legislação penal, caminha a passos de tartaruga?! (fls. 328-329)
12	<u>Min. Carlos Velloso</u> : A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer. (fls. 332)
13	<u>Min. Carlos Velloso</u> : Quem presta tais declarações não é capaz de decidir, é uma imatura. Na verdade, uma jovem de 12 anos não é ainda uma mulher, não sabe discernir a respeito dos seus instintos sexuais. Essa imaturidade, que impede a compreensão do exato sentido do ato, revela-se, justamente, nas declarações que foram prestadas, em que a menina-moça se preocupa e parecer mulher de vida livre. Isto decorre, repito, da imaturidade. Fosse ela mulher feita, pudesse ela discernir como adulta, e suas declarações seriam outras, ela tentaria se defender, parecer moça austera, circunspecta. (fls. 333)

14	<u>Min. Carlos Velloso, citando o Des. Alves Braga</u> : É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer. O seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida de perspectiva de vida. Nem sempre o menor sabe querer, pouco importando o acúmulo de informações mal dirigidas que lhe endereça aquilo que se convencionou chamar de moderna civilização. (fls. 334)
15	<u>Min. Carlos Velloso</u> : A norma inscrita no § 4º do art. 227, da Constituição Federal – 'a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente' – determinação do legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 224, a, do Cod. Penal, a maior amplitude. (fls. 335)
16	<u>Min. Néri da Silveira</u> : Estou trazendo à Turma a proposta, porque, em realidade, pelo estudo que fiz, verifiquei que há o risco de a Turma divergir de posição anterior adotada por esta Turma e a Primeira Turma. Dessa maneira, penso que matéria de tal natureza deva ser apreciada amplamente pelo Tribunal, hoje com composição diferente da que possuía ao serem tomadas as precedentes decisões. (fls. 337)
17	<u>Min. Marco Aurélio</u> : Senhor Presidente, cabe, aqui, indagar: é razoável – e este é um princípio constitucional implícito – pensarmos, com três votos concedendo a ordem, no deslocamento deste habeas-corpus para o Pleno? Isso gerará perplexidade, tendo em vista que o Impetrante e, também, o meio acadêmico, em virtude da veiculação do caso pelos jornais, pelos periódicos, vêm acompanhando o julgamento com uma certa expectativa. (fls. 339)
18	<u>Min. Maurício Correa</u> : Senhor presidente, data vênua, também acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, rejeitando a proposta de remessa ao Pleno, porque a votação já havia iniciado, com 4 votos já proferidos, até mesmo para a segurança das partes que integral esse habeas corpus. (fls. 341)
19	<u>Min. Néri da Silveira, citando a sentença</u> : Assim agindo, assumiu o risco supondo e acreditando que a menor tivesse 16 anos de idade. Agiu com dolo eventual. (fls. 345-346)
20	<u>Min. Néri da Silveira, citando uma citação do voto do Min. Octávio Gallotti no RE 116.649-PR</u> : O que faz presumir a violência não é nenhuma presunção de inocência. A inocência, assim como a honestidade, não é elemento do crime de estupro. Até a mulher de porta aberta pode ser o sujeito passivo dele. A ausência de consentimento é o que caracteriza. (fls. 350)
21	<u>Min. Néri da Silveira, citando acórdão do TJ-SP, citado por sua vez no RE nº 108.267, Primeira Turma</u> : De qualquer modo, como bem observa Magalhães Noronha, 'até 14 anos, o menor, via de regra, não tem capacidade para avaliar o ato incriminado. Acha-se em uma fase em que está operando a transição fisiológica da puberdade, em que o organismo passa por uma série de mutações e perturbações, acarretando-lhe não só a instabilidade física, como psíquica. O temperamento é vário e versátil; o caráter ainda não se formou. Nesse estado de metamorfismo, a personalidade está por se definir, sendo a menor presa fácil, um brinquedo nas mãos do adulto. Ainda que este seja provocado, embora seja a menor que o incite e o convide ao ato, sobram razões para não se aceitar aquele procedimento como plenamente consciente e válido, traduzindo, destarte, um querer espontâneo, livre e cabal. Seria inadmissível a impunidade do indivíduo lascivo que mantivesse coito carnal com menor de 14 anos, porque provou ser ela fácil e namoradeira. Não será o bastante. Mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, essa menor merece toda a proteção legal'. Conclui, mais adiante, o mestre: 'prove o réu que foi seduzido, se a menor não ultrapassou os 14 anos, não fugirá à pena. (fls. 352)
22	<u>Min. Néri da Silveira</u> : De todo o exposto, tenho, pois, que a exegese conducente a afastar a incidência do art. 224, letra 'a', do Código Penal, quando a menor de quatorze anos manifestar consentimento em ato sexual, levaria a tornar impunes ações socialmente reprováveis, inaceitáveis e mesmo abjetas de elementos inescrupulosos

	<p>que buscariam satisfação sexual com pobres crianças, já desprotegidas, em razão da miséria material e do abandono moral e intelectual, que cercam a prostituição infantil. Bastaria, a seguir, para a impunidade, que a infeliz vítima, em razão de dinheiro ou de favores outros do sujeito ativo, ou mesmo por medo de represália, afirmasse com consentira na prática da conjunção carnal ou que provocara, para isso, o agente do ilícito. Tal interpretação, 'data venia', - além de negar o texto da lei, sua finalidade que é a proteção ao menor de quatorze anos, - não contribuiria, de outra parte, para a solução do gravíssimo problema da infância e da adolescência de nosso tempo, a qual não se restringe a mero amparo material a legiões de meninos e meninas que perambulam pelas ruas de nossas cidades, mas simultaneamente, exige, dos Poderes Públicos e das instituições privadas, a assistência moral e espiritual, em ordem a que possam participar dos valores da cidadania e se integrar nos caminhos da dignidade humana. O Poder Judiciário é co-responsável nessa obra da nacionalidade, cumprindo-lhe, destarte, não dar às leis interpretação que, aparentemente, atenderia a uma época de liberação sexual, mas que, em verdade, conduziria à impunidade em crimes dessa natureza e isso implicará, assim, concorrer, na aplicação da lei, para a crescente dissolução dos costumes. A lei quer dar proteção ao que não é maior de quatorze anos; não é cabível, destarte, conferir-lhe interpretação que terá como destino, evidentemente, favorecer os que buscam dar satisfação a seus instintos sexuais, fora do matrimônio ou de relação familiar estável nos termos da Constituição, procurando menores, quase sempre desamparados, ou fruto da liberação dos costumes, os quais, por sua imaturidade, seriam, ainda uma vez, vítimas da própria sociedade. (fls. 352-353)</p>
--	--

3.1 – As Duas Velocidades do Futuro: Entre a Precocidade e o “Tempo Amigo da Sabedoria”

As considerações atinentes ao futuro constantes do voto do Ministro Marco Aurélio Mello são inauguradas no trecho abaixo:

Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. (fls. 317)

Esse excerto inicia a comparação do presente com o passado retratado no período imediatamente posterior (“crianças de hoje” *versus* “idos dos anos 40” - excerto trabalhado na análise do passado) e introduz o conceito de “precocidade” cunhado pelo Min. Marco Aurélio ao longo do seu voto. Esta “precocidade” seria consequência do “irrestrito acesso à mídia”, mídia esta amplamente criticada nos dois períodos imediatamente anteriores⁶², por não selecionar os conteúdos transmitidos, principalmente pela televisão, com base em critérios “medianos” e “saudáveis”. Os meios de comunicação seriam, para o Ministro, o carro-chefe

⁶² “A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação dos costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças” (fls. 316-317)

da “modificação de costumes” que gera a “precocidade”, esta última entendida no que marca todas as análises posteriores: o *encurtamento* da distância entre presente e futuro pelo aumento da intensidade do *movimento*, uma *aceleração*, o que lhe leva a concluir parcialmente:

Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais diversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir. (fls. 317)

Aqui o centro argumentativo reside nas expressões “precocemente (advérbio modal funcionando como adjunto adnominal) amadurecidas (adjetivo)” e “discernimento bastante”. Como a função da fundamentação do relator é justificar e convencer da necessidade de relativização da presunção de violência prevista no art. 224, “a”, do CP, à qual certa “tradição” doutrinária e jurisprudencial liga justamente a impossibilidade de escolha consciente em virtude da falta de discernimento, a ruptura com esse *passado* (depreciado exaustivamente, conforme melhor visto à frente) demanda reconhecer o contrário, ou seja, ao menos um discernimento relativo, ou, no dizer do relator, “bastante” (que, no contexto, é sinônimo de outros adjetivos sintaticamente relativos como “ótimo”, “suficiente”).

O que possibilita o “discernimento bastante” é justamente a “precocidade” do “amadurecimento”, o que justifica a máxima inicial (“Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos”): o futuro chega mais veloz para as “crianças-moças” do Relator em decorrência da fugacidade do presente, que, *vertiginosamente*, reduz seu *estiramento* entre o *por-vir* e o *tendo-sido*. O *passado* é dono do *tempo lento*; o *presente*, do *tempo rápido* (pelo menos para as meninas): as “meninas-outrora-crianças” vislumbradas pelo Min. Marco Aurélio, assim como o desenrolar de seu discurso (conforme as outras análises dos capítulos anteriores e deste capítulo), tem o passado às suas costas devidamente sepultado, e o futuro compulsivamente buscado à sua frente⁶³.

63 A *aceleração* da experiência do tempo é uma implicação da compreensão e experiência da história no caminho do homem em direção a um futuro incerto próprio da modernidade e radicalizado no contexto pós-moderno: “De que consiste o caráter comum da nova experiência, que até aqui foi determinada pelo processo de temporalização da história em sua singularidade? Quando Niebuhr anuncia, em 1829, suas conferências sobre os últimos quarenta anos, ele reluta chamá-las de ‘História da Revolução Francesa’, pois, segundo ele, ‘a revolução é ela própria um produto da época (...). Não possuímos uma palavra para designar a época em geral e, por essa falta, tendemos a chamá-la de época da Revolução. Sob essa insuficiência oculta-se o reconhecimento de que um tempo genuíno da história manifestava-se, acima de tudo, como algo diferenciado e passível de diferenciação. No entanto, a experiência necessária para que se possa diferenciar o tempo em si é a experiência da aceleração e do retardamento. A aceleração, primeiramente compreendida como uma previsão apocalíptica do encurtamento da distância temporal que antecede a chegada do Juízo Final, transformou-se, a partir da segunda metade do século XVIII, em um conceito histórico relacionado à esperança. Mas, com os processos de disseminação da técnica e a Revolução Francesa, essa antecipação subjetiva de um futuro desejado – e, por isso, deve ser acelerado – adquiriu, inesperadamente, um rígido teor de realidade”. (KOSELLECK: 2011, 58)

Tomando de empréstimo as lições de FABIAN (1989), o tempo do Outro (ou da Outra) passa em uma dimensão diferente do *tempo físico*: o “amadurecimento” da intencionalidade enquanto projeção de um fim deduzido ou dedutível (*telos*) é destacado tanto do amadurecimento do corpo enquanto estrutura fisiológica quanto do amadurecimento moral advindo da *phrónesis*. A “moça” do relator “sabe o que está fazendo”, mesmo que lhe falte “integridade” (nos sentidos fisiológico e moral) ou mesmo a “experiência” que lhe conferirá “juízo”⁶⁴.

Esse “discernimento bastante” advindo do modo “precoce” como se deu o “amadurecimento” descrito pelo Min. Marco Aurélio pode ser interpretado como um juízo de valor sobre o futuro da “moça-não-criança”, um futuro que *é o que não deveria ser*, uma forma decaída de futuro, parafraseando ARISTÓTELES. Isso fica mais claro no trecho adiante citado, quando da exposição do conceito de tempo do Relator, assim como do trecho imediatamente antecedente, que trata da suposta relação da “moça-não-criança” com a sexualidade (uma das premissas do “discernimento bastante” e uma vertente da “precocidade”):

Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria. (fls. 317)

A “integridade” já mencionada, ou “discernimento pleno” (expressão antônima implícita ao “discernimento bastante”), são pertencentes a outra temporalidade, cuja *velocidade* é menor, um tempo mais *lento* e, porque lento, *bom*. Este *tempo bom* confere “lucidez” á pessoa, é o mediador do que é “bem-vindo” por meio do *quando*. O conceito de “tempo” do Min. Marco Aurélio é coerente com a estrutura argumentativa de seu voto, que, em momentos de forma implícita, em outros explicitamente, confere desvalor moral ao *tempo vertiginoso* da “precocidade”, como na sua caracterização do *hoje*. Não obstante, o “amadurecimento precoce” é, para o Ministro, *fato consumado*. Como se analisa mais detidamente em momento posterior da explanação, a projeção do *ser* em direção ao *por-vir*, nos dizeres do Relator, é irresistível: o ser humano deve voltar seus olhos para frente, superando o passado.

64 O esvaziamento do conceito de “criança” tem uma de suas possíveis condicionantes o fenômeno da individualização da *sociedade industrial de risco* (já melhor conceituado anteriormente), que desinstitui o modelo tradicional da *família nuclear*: “No acabado modelo de mercado da modernidade, está pressuposta uma sociedade *sem* família ou casamento. Cada um tem de ser autônomo, disponível para as demandas do mercado, para ser capaz de garantir economicamente sua existência. No mercado, em última análise, o sujeito está sozinho, é um indivíduo sem qualquer ‘impedimento’ decorrente de parceiro, cônjuge ou família. Da mesma forma, a sociedade de mercado estabelecida é também uma sociedade *sem* crianças – a não ser que as crianças sejam criadas por pais e mães móveis, solteiros”. (BECK: 2011, 176)

É o momento em que o voto chega em uma espécie de clímax:

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis não?

Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a – cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arqui-conservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente. (fls. 318)

O Min. Marco Aurélio opera uma “elegia do futuro” neste trecho. Ele (o excerto) é uma resposta direta à pergunta retórica que inicia a citação: Partindo do pressuposto de que leis sim envelhecem, isto é, ficam lentas, fracas, frágeis, deslocadas no sentido geral do fluxo semântico e sintático do tempo *historial* (HEIDEGGER e RICOEUR), só conseguem *estirar-se* no *por-vir*, alongando a realização de sua finitude de *ser*, *atualizando-se* (LÉVI: 2011).

A temporalidade absoluta da intimidade do *ser* enquanto *ser-para-a-morte*, para o Ministro, deve ser desprezada: por meio do intérprete, a Lei projeta-se infinitamente, aproximando-se do devir cósmico, do universal; enfim, a “evolução” implica o necessário *esquecimento do ser* da Lei em sua acepção dita literal (não que o caráter “literal” de uma interpretação não possa ser radicalizado a uma máxima relatividade, como fazem, de um lado, os desconstrucionistas, e, de outro, os pragmatistas); o texto normativo imortaliza-se na permanente *atualização* capitaneada pelo intérprete: para sempre “adequada”, para sempre “oportuna”.

Pode-se hipotizar, ainda, que, subjacente à ideia de “evolução”, ligada em sua acepção mais *vulgar* a uma biologia progressista, haja um deslocamento de sentido: do biológico, vivo, que envelhece, “obnubila” e “desprotege”, “evolui-se” para uma espécie de “progressismo” calcado em uma automação (mecânica e informacional) que “flexibiliza-se”, serve “a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada”: tomando de empréstimo as categorias de LÉVI (...), diríamos que a ideia defendida no excerto é que a Lei seja permanentemente *virtualizada*, isto é, seja em si uma eterna problemática que, dinamizada pelo social (na verdade, pelo *tempo social* subjetiva e *etnocentricamente* apreendido pelo intérprete, como se viu no estudo do *presente* no capítulo anterior, e na esteira de FABIAN), resolve-se criativamente pela resolução do problema aventado na mão-dupla da circularidade interpretativa: adjudicação de sentido da lei por parte do intérprete (virada 1)/adjudicação de sentido do social por parte do intérprete (virada 2 – “evolução dos costumes”).

Em outras palavras, após a *virtualização* do texto normativo, o intérprete procede à sua *atualização*, estabelece um sentido temporalmente situado a partir da caracterização do *hoje* da virada 2: o problema do que *é apresentado* encontra sua resolução em uma pura deontologia ontologizada, um giro completo entre por-vir/dever-ser/por-vir, performado na *atualização*.

A questão do que “verdadeiramente” significa “segurança” neste contexto (sempre segundo o que se infere do voto do Min. Marco Aurélio), a fim de evitar o “sofisma” que o texto imputa como ferramenta do “despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão” pode ser pensada nestes termos: a estabilização de expectativas sobre a ação do direito sobre o social (aqui pensada nos resultados interpretativos transformados em normas de decisão) não mais se volta para o passado de onde emerge a “tradição” (as coisas são como tem sido), e, conseqüentemente, à ideia de *real e possível*, mas fixa-se no por-vir de uma solução paradoxalmente última e provisória (as coisas serão como são ou são como serão, mas não são como tem sido) na forma da *atualização* que temporariamente resolve o *virtual*. Esta dinamização do conceito de “segurança” torna-se um terreno onde simultaneamente pode-se tanto mudar o referencial semântico do termo, como mudar o próprio termo juntamente. Daí o ingresso paulatino do *risco* na ciranda linguística que a manifestação da temporalidade.

Quanto ao contexto de enunciação, retomando a ideia dos fenômenos privados caracterizadores da *sociedade de risco*, é possível hipotizar que os conflitos de gênero oriundos da progressiva emancipação feminina e sua inclusão na lógica da sociedade industrial (a “perplexidade masculina”) sejam elemento constitutivo da vida familiar do Ministro Marco Aurélio. De acordo com seu currículo, ele foi o único ministro votante neste julgamento que não se formou em instituições de ensino confessionais e se criou em uma cidade de caráter mais cosmopolita (o Rio de Janeiro).

Este dado se une ao fato de que sua atual esposa, Sandra de Santis, também de acordo com o currículo dela, igualmente carioca, foi colega do Ministro na Faculdade Nacional de Direito (vinculada à Universidade Federal do Rio de Janeiro), ingressou por meio de concurso na carreira da magistratura do Distrito Federal, ostentando hoje o cargo de Desembargadora no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. A Desembargadora é uma destas mulheres que “abandonou a cozinha” e adentrou ao mundo do trabalho. Mais do que isso, Sandra não só integra a dinâmica do mercado (mesmo considerando as peculiaridades de uma carreira pública com garantia de vitaliciedade) como neste ostenta poder e prestígio como autoridade judiciária.

A “perplexidade” do homem (ou mais especificamente, do “homem Marco Aurélio”, se levada a sério a hipótese aqui levantada) advém de sua posição no “conflito de gênero” já delineada anteriormente: ao contrário da mulher, que se redefine socialmente e passa por processos de contradição em relação à sua posição definida pelo modelo estamental da *família nuclear* (a mobilidade do mercado, por exemplo, entra em conflito com maternidade), para o homem as duas faces da *modernidade bisseccionada* são complementares, e tal complementaridade é acentuada com o processo de *individualização*:

A situação dos *homens* é inteiramente diversa. Enquanto as mulheres afrouxam os antigos vínculos com uma 'vida dedicada aos outros' e têm de buscar uma nova identidade social *também* por causa das garantias econômicas, para os homens as garantias econômicas de uma existência *autônoma* e os antigos papéis identitários *coincidem*. (...). Na paternidade jamais residiu qualquer impedimento ao desempenho profissional, pelo contrário: nela reside a obrigação de busca-lo. Noutros termos: todos os componentes que *desprendem* as mulheres de seus papéis femininos tradicionais simplesmente *inexistem* para os homens. Nos contextos masculinos de vida, paternidade e profissão, autonomia econômica e existência na família não são contradições que tenham de ser obtidas *apesar* das condições prevaletentes na família e na sociedade; pelo contrário, sua compatibilidade é dada e assegurada pelos papéis masculinos tradicionais. Isto quer dizer entretanto: a individualização (no sentido de uma existência mediada pelo mercado) *reforça* o comportamento tipicamente masculino. (BECK: 2011)

Essa relação de complementaridade entre a *meia-modernidade* e a *meia-antimodernidade* que, pelo processo de *individualização* reforça o comportamento masculino tradicional acarreta uma certa insensibilidade em relação à situação da mulher, o que reforça a desigualdade “sentida”, ao invés de minorá-la:

No entanto, os homens encontram-se numa outra situação. A palavra “equiparação” tem para eles um outro significado. Não significa – como para as mulheres – *mais* educação, *melhores* oportunidades profissionais, *menos* trabalho doméstico, mas sim, pelo contrário: *mais concorrência, renúncia à carreira, mais trabalho doméstico*. A maioria dos homens entregam-se à ilusão de que o bolo pode ser comido duas vezes. Assumem como compatíveis, sem mais problemas, a equiparação da mulher e homem e a preservação da antiga divisão do trabalho (especialmente no próprio caso). (BECK: 2011, 159-160)

Seguindo esta premissa, a “liberação” de mulheres como a Desembargadora Sandra, gerativa desta “perplexidade masculina”, pressiona de certa forma a redefinição do papel do homem de forma heterônoma uma vez que este choque entre concepções, força

motriz do conflito intrafamiliar, por vezes dissolve uma família em específico⁶⁵. Toda esta dinâmica conflitiva é passível de ocorrência no lar do Ministro Relator.

Sob esta perspectiva percebe-se que uma das interpretações possíveis de um sujeito que vive um contexto como este é de enxergar uma dualidade temporal clivada pelo gênero, em que o volume de transformações e a velocidade com que ocorreram no seio social *contamina* a visão sobre a velocidade do “tempo do homem” e do “tempo da mulher (moderna)”. Confortavelmente, seguindo esta linha de raciocínio, pode-se enxergar o vetor de aceleração que redundava na “precocidade sexual” em relação diretamente proporcional com a intensificação da libertação feminina de seus papéis tradicionais, e a recíproca é verdadeira (o “tempo lento” - “amigo da sabedoria” - em relação direta com a proximidade em relação aos papéis familiares tradicionais).

Seguindo a mesma linha o julgamento prossegue com o voto do Ministro Francisco Rezek, que assim adentra em seu argumento:

Temos aqui uma hipótese de atividade sexual consentida, absolutamente espontânea, e isso é incontroverso. Expressões usadas pela vítima M.A.N., que o voto do relator reproduziu, o deixam claro: cuida-se de exercício demasiadamente precoce da liberdade sexual – eu o diria precoce mesmo agora, à aproximação do século XXI, embora reconhecendo que não se cuida mais de fenômeno raro. (...). O caso é de sexo precoce, mediante consentimento expreso. (fls. 322-323)

Neste trecho, apesar de concordar com o Relator no cerne do argumento (de que é possível uma atividade sexual precoce e consentida, espontânea, “natural” por parte de uma menina de 14 anos), o Min. Rezek ressalva uma diferença quanto ao ponto de partida: a “elegia do futuro” do Min. Marco Aurélio contrapõe a “precocidade” em relação a um *tendo sido*, afirmando-a na *atualidade* enquanto *fato social*: existe uma depreciação implícita no “precoce” do Relator, mas está associada a um contexto de consternação em relação à irreversibilidade do *hoje*, ao qual a lei deve “adequar-se para proteger” (isso abstraindo-se da pergunta sobre o *quem* se protege com essa “adequação”); o mesmo conformismo não existe para o Min. Rezek, para o qual o *tendo sido* do Min. Marco Aurélio continua *sendo* (“precoce mesmo agora, á aproximação do século XXI”).

O “precoce” do Min. Rezek possui, então, uma sutil diferença de sentido: também significa “apressadamente”, “antes da hora [certa]”, mas em relação à sociedade do *hoje*, não

65 “Entretanto, impulsos decisivos para a libertação dos papéis masculinos não são imanentes, mas, pelo contrário, são *induzidos de fora* (por meio das alterações ocorridas com as mulheres), num duplo sentido. Por um lado, os homens livram-se do jugo do papel de *único* provedor através do crescente envolvimento profissional das mulheres. Assim, afrouxa-se a obrigação circunstancial de submeter-se numa profissão a vontade e objetivos alheios *por causa* da esposa e dos filhos. Como consequência, surge a possibilidade de um novo tipo de envolvimento na profissão e na família. Por outro lado, a 'harmonia familiar' fragiliza-se. O lado da existência masculina determinado pelas mulheres torna-se desproporcional”. (BECK: 2011, 171)

à sociedade do *ontem*, aquela do “inexorável despotismo dos arquiconservadores de plantão” do Min. Marco Aurélio.

Neste momento o Ministro muda a perspectiva do argumento:

O que me leva, embora muito consternado, a acompanhar o voto do Ministro Relator, concedendo a ordem de habeas corpus, é a convicção de que não concedê-la significa proferir no Supremo Tribunal Federal, uma tese jurídica de extremo risco: a de que a máquina judiciária está dispensada de raciocinar quando a pura e simples consideração da idade das partes transforma e sexo consentido em estupro. Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sentimental precoce, decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove. Essa situação, não tão rara, seria entretanto, pelos defeitos da nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça criminoso hediondo o rapaz. (fls. 324)

O argumento da consideração da presunção de violência como absoluta implica a *generalização* (LUHMAN: 2009) de uma operação específica no sistema jurídico, e, como toda *generalização*, visa reduzir a complexidade do sistema a partir da produção de direito em todos os acionamentos do *input* “conjunção carnal com menor de 14 anos”. O Ministro Rezek aponta que esta simplificação geraria uma desproporcionalidade entre o fato e sua resposta penal: já que a “precocidade” sexual da mulher é uma “realidade”, o fato do jovem-homem se engajar em atividades sexuais neste contexto não pode merecer o rótulo de “hediondo” associado ao “estupro”, e sim uma punição mais branda (uma vez que também julga moralmente reprovável a conduta do autor do fato, mas em menor grau):

Falta em nossa lei penal uma figura mais flexível e abrangente, que enquadrasse condutas reprováveis como o assédio sexual (sobretudo no ambiente de trabalho), e as várias formas de abuso resultante da falta de escrúpulos, como o envolvimento consentido com menor de 14 anos: condutas que não tem, contudo, a gravidade do estupro, nem se ajustam ao molde legal da sedução e da corrupção do menor⁶⁶. (fls. 324)

O exemplo hipotético traz pistas sobre sua *pré-compreensão subjetiva*: o tempo é utilizado aqui como parâmetro de desigualdade entre homem e mulher, já que, da mesma forma que o Ministro Marco Aurélio, o “tempo vertiginoso” é adjudicado à menina-moça cujo “tipo” se encaixa no perfil da suposta vítima. Tomando como elemento do contexto de enunciação do discurso as características da pós-modernidade e da *sociedade de risco* nota-se que a radicalização da *aceleração* que perpassa a compreensão do “tempo da mulher” tem

⁶⁶ Ao final de seu argumento, inclusive, o Ministro abordará novamente a ideia de risco relacionando a operação de estabilização proporcionada pela *generalização* da presunção absoluta de violência com a situação paradoxal desta gerar, na verdade, mais improbabilidades e instabilidades no sistema jurídico e em outros sistemas sociais: “Nas circunstâncias deste caso, que certamente nos dividirá e que é penoso para todos, não me parece apropriado proclamar uma tese de alto risco, porque lança cidadãos comuns, acaso irresponsáveis ou pouco escrupulosos, mas seguramente incapazes de cometer um verdadeiro crime de estupro, na categoria dos criminosos hediondos”. (fls. 326)

ligação com a perplexidade masculina decorrente da extensão dos elementos da modernidade à mulher e ao seio da família⁶⁷. A consequência desse pensamento é uma inversão de papéis no processo. O discurso do Ministro Rezek transforma (também nesta perspectiva) a vítima em agente do crime, e o autor do fato em vítima da “provocação da menina-moça”.

A única exceção é acaso a menina siga uma “moral conservadora” (provavelmente voltada ao ideal da *família nuclear*) e tanto ela como sua família foram “enganadas” pelo autor do fato, realizando aqui um deslocamento de sentido do verbo “constranger”, sinônimo de “obrigar”, para abrigar em seu referencial semântico o sentido dos verbos “iludir” ou “enganar”, o que reforça sua adesão à tese de “discernimento bastante” do Ministro Marco Aurélio:

Penso que a condenação por estupro, à vista do artigos 213 e 224 do Código Penal, não faz justiça no caso concreto. A questão de saber se podemos ou não partir para a presunção de violência depende da premissa, que é saber se houve constrangimento, e constrangimento é tudo aquilo que estes autos não retratam. Constrangimento, eu o veria num quadro minimamente próximo daquele da corrupção de menor, ou daquele da sedução. Abro aqui parênteses para dizer que não estou entre os críticos da subsistência desse tipo no código Penal brasileiro, visto que aquilo que o crime de sedução penaliza não é, na realidade, a atividade sexual, mas a fraude. (...). É o fato de, num mundo de tantas e tantas pessoas liberadas, aproximar-se alguém de um núcleo familiar conservador, e aí, fraudulentamente, usando do discurso conservador, a promessa de casamento ou algo semelhante, obter intimidades que, afinal, não conduzirão ao prometido. (fls. 324-325)

Este exemplo hipotético ganha um colorido especial quando nota-se a preferência regular do Ministro Rezek por mulheres bem mais jovens que ele. Sua primeira esposa, Mireya, era dez anos mais nova que ele e, a partir de 1995 (época próxima ao julgamento do *habeas corpus* aqui analisado, julgado em 16 de abril de 1996 e encerrado em 21 de maio de 1996), foi paulatinamente substituída pela nova namorada do Ministro, sua então aluna de Direito Internacional na UNB, Ana Flávia Velloso, filha do Ministro Carlos Velloso (que

67 Como aponta BECK, a modernidade *biseccionada* característica da sociedade industrial, à medida que vai sendo suplantada pela incorporação da mulher à dinâmica das relações entre trabalho e capital gera um cenário de conflito no seio da família e desmobiliza o ideário da *família nuclear* pela explicitação da hierarquização da relação entre o papel de marido e o de esposa, o que gera uma perplexidade para o homem, já que, ao contrário da situação de incompatibilidade entre o contexto público moderno e o privado tradicional que marca a mudança de pensamento feminino, a modernidade *biseccionada* sempre foi conciliável e complementar com o papel de esposo: “De um lado, consumaram-se alterações de dimensões históricas – em especial nos âmbitos da sexualidade, do direito e da educação. No conjunto, porém, (com exceção da sexualidade) são mudanças na *consciência* e no *papel*. De outro lado, há uma *constância na relação e nas posições* de homens e mulheres (especialmente no mercado de trabalho, mas também na seguridade social). Isto gera do efeito – aparentemente paradoxal – de que o ganho em igualdade torna ainda mais evidente à consciência as desigualdades que seguem existindo e aumentando. Essa situação historicamente surgida, essa miscelânea de nova consciência e velhas situações é explosiva num duplo sentido: as mulheres jovens construíram – com a equiparação educacional e com a conscientização de sua situação – expectativas de mais igualdade e companheirismo no trabalho e na família, que se chocam com desenvolvimentos *em sentido contrário* no mercado de trabalho e no comportamento dos homens. Por sua vez, os homens cultivaram uma *retórica da igualdade*, sem que suas palavras sejam seguidas por atos”. (2011, 149-150)

proferiu, como já se sabe, voto em tese contrária neste julgamento) e 26 anos mais nova que ele...

Prosseguindo nas análises, o terceiro voto em favor da tese de relativização da presunção de violência no crime de estupro é proferido pelo Ministro Maurício Corrêa:

Deveria ou deverá o juiz estar aligidamente circunscrito a vetustez de um ordenamento penal obsoleto, distante da atualidade e das inovações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias, ou deveria ou deverá emprestar a interpretação que a sua consciência ditar, em razão desses fenômenos, já que o processo legislativo às vezes age rapidamente, quando há conveniência, mas que, a despeito da reformulação da legislação penal, caminha a passos de tartaruga?! (fls. 328-329)

Na linha do Min. Marco Aurélio, o Min. Maurício Corrêa pressupõe uma policronia centrada no movimento: o tempo *acelerado* da sociedade de *hoje* caracterizada pela dinamicidade da dominação da juventude pelas “pulsões” contraposto ao *tempo lento* das transformações na tradição legislativa penal. Esta *policronia* impõe um *dever ser* ao julgador: a observância do “presente social” como premissa obrigatória da interpretação da Lei Penal. O papel do Juiz, segundo se pode inferir deste argumento, é de *atualizar* o sentido adjudicado aos vocábulos que compõem determinado texto normativo.

Com outras palavras, o Min. Maurício Corrêa retoma a ideia implícita de *virtualidade* da norma (LÉVI: 2011): novamente o direito se vê radicalmente relativizado pela transformação das certezas do *passado* em *problematizações do presente* com vistas a um *futuro*, realizado na *atualização* semântica que cria novos sentidos deontologicamente enunciados, aproximando o Direito Penal das “inovações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias”.

Essa *dentologia do virtual e do atual* serve ao discurso do Ministro para também depreciar a juventude de hoje, “que não mais pode ser contida”. Na verdade, considerando-se os dois trechos imediatamente posteriores ao ora analisado, é a juventude feminina que não pode mais ser contida⁶⁸. É preciso recorrer ao relativismo inerente à noção de *virtual* e à potência criadora da *atualização* para reconhecer o fim do “confinamento” e o início da

68 “Entendo que não. Prefiro entender, a meu ver, a exata exegese do artigo 213 do CP, quando admite que o estupro se dá quando há violência ou grave ameaça, e não na hipótese desses autos, em que tais circunstâncias inexistem, sobejamente comprovado que a relação foi consentida, que a jovem já não era mais virgem e que já havia mantido relações sexuais com outros parceiros, além de outros elementos informativos sobre a sua vida progressa, e ademais que não conseguia ser contida sequer pelo pai, de quem não gostava. Ora, é preciso levar em conta também a condição humana do paciente, examinar os aspectos em que o fato se verificou, a sua participação completa no evento, a ambiência, enfim, criada no momento exato da relação, para se aferir se naquele instante deveria ou não julgar ou estimar se se tratava de menor de 14 anos ou não – moça já formada e que aparentava ser maior de idade!!” (fls. 329)

“liberação” das jovens aos locais “onde deságuam e realizam as suas fantasias” para abrandar o rigor do tipo penal.

As “meninas-não-crianças”, se não podem ser “contidas” (pois não são mais “virgens”, já haviam “mantido relações sexuais com outros parceiros, além de outros elementos informativos de sua vida pregressa”), podem “consentir” validamente, induzindo a erro “meninos-jovens” (estes meninos) sobre sua “maturidade” (Oh, a “condição humana do paciente”!). Lembrando as palavras do Relator: “não existem mais crianças, mas moças de 12 anos”.

A maioria formada pelos Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa vê (pelo menos no que ficou em seus votos) a ruptura do costume do “recato feminino” como a consumação de um futuro decaído em relação ao passado: o *tendo-sido*, que não mais *é*, cedeu lugar a um *por-vir* decaído e, ao mesmo tempo, paradoxal: as maravilhas do progresso, da tecnologia e da criatividade, de um lado, e a consternação com a perda da “integridade” advinda da “liberação sexual”.

3.2 – O “Perigo da Impunidade”: O “Risco” para a minoria vencida

Ao revés, o Ministro Carlos Velloso inaugura a divergência apresentando a tese central da “incapacidade de decidir” da menor:

A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer. (fls. 332)

Este trecho do primeiro voto divergente mostra um sentido do vocábulo “maturidade” oposto ao adjudicado pela maioria. Como já visto na análise dos conceitos relacionados ao *passado* no capítulo 1, o referencial semântico da palavra tal como utilizada pelo Ministro pode ser classificado como “tradicional”: ligada ao *tempo lento* de forma monolítica, ou seja: não existe “precocidade” geradora de “discernimento bastante”. O *tempo rápido* da “precocidade” tal como definida explícita e implicitamente pelo Min. Marco Aurélio e os que o acompanharam não existe para o Min. Carlos Velloso, ou seja, é um *não tempo*.

A argumentação do Ministro visa a conferir maior *distensão* ao presente da criança ao qualificá-la como “em formação”; ao mesmo tempo, restaura dignidade ao *tendo-*

sido ao lhe conferir nova existência *enquanto apresentado* (HEIDEGGER: 2005), isto é, transformando-o em *realidade viva*.

Pode-se hipotizar que existe um conceito de *consciência* co-implicado à “maturidade”, derivado da ideia de *racionalidade*. A formação da criança para *querer* forma um *durante* entre o passado do “instinto sexual” (citado em trecho elencado no Capítulo 1) e o futuro do “discernir livremente”, que pressupõe uma *razão* apta a *projetar* seus atos e *antecipar* suas consequências, ou seja, ser *previdente*. Também pode-se falar de um conceito de *liberdade* subjacente, também ligado ao *por-vir* pela sua condição necessária de um *poder*: o de escolher seu futuro. Por isso o Ministro, a seguir, salienta a declaração da suposta vítima de que “não tem medo de pegar AIDS” como prova da predominância do “instinto sexual” e, conseqüentemente, do *status* de “criança”, situado no *passado* vivendo em *presente distendido*. E assim prossegue:

Quem presta tais declarações não é capaz de decidir, é uma imatura. Na verdade, uma jovem de 12 anos não é ainda uma mulher, não sabe discernir a respeito dos seus instintos sexuais. Essa imaturidade, que impede a compreensão do exato sentido do ato, revela-se, justamente, nas declarações que foram prestadas, em que a menina-moça se preocupa e parecer mulher de vida livre. Isto decorre, repito, da imaturidade. Fosse ela mulher feita, pudesse ela discernir como adulta, e suas declarações seriam outras, ela tentaria se defender, parecer moça austera, circunspecta. (fls. 333)

Este excerto é um desenvolvimento do conceito de “maturidade” já objeto da análise feita acima. Somente neste trecho, o adjetivo “imatura” ou o substantivo “imaturidade” aparecem 3 vezes. Aqui inaugura-se outra oposição: entre “menina-moça” e “mulher-feita”. Esta reforça a díade “criança”/“adulta” e ainda *projeta* um arquétipo de “adulta” como quem “parece moça austera, circunspecta”. Daí vislumbra-se um aspecto da concepção de *futuro* do ministro como renovação da tradição, o *por-vir imita* o passado desenvolvendo-se em uma temporalidade circular, fluindo em torno do *real* e do *possível* (LÉVI: 2011), ao contrário da “precocidade” aventada pelo Min. Marco Aurélio e referendado pela maioria, que orbita entre o *virtual* e o *atual* (LÉVI: 2011).

O Ministro prossegue, citando o Desembargador Alves Braga, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer. O seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida de perspectiva de vida. Nem sempre o menor sabe querer, pouco importando o acúmulo de informações mal dirigidas que lhe endereça aquilo que se convencionou chamar de moderna civilização. (fls. 334)

Aqui há um enfrentamento mais direto da tese esposada pelos Mins. Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. É irrelevante o quadro de “massificação de

informação” da “mídia irresponsável”, pois a apreensão destas informações pela criança não tem o condão de *acelerar* sua “maturidade”, que somente *advém* quando do atingimento de um “grau normal”, após o fim da intensa “metamorfose” que, de acordo com o argumento, marca a *formação* da criança.

As metáforas utilizadas (“reunião de fragmentos”, dentre outras) transparecem o caráter metafórico da própria palavra *formação*, cujo espectro de referência pode ir desde o “tomar forma” de uma escultura, por exemplo, até a “montagem” de partes para chegar-se a um *todo*. A “criança” do Min. Carlos Velloso é um aglomerado de *partes* e não um *todo formado*. Um aglomerado de *partes* vê um mundo-caleidoscópico, já que não há a coerência e unidade constituintes do *todo*. Por isso “seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida de perspectiva de vida”.

Isto está diretamente ligado ao já examinado linhas atrás, pois aqui são reafirmadas as ideias de *liberdade* e *consciência*: o *ser adulto* só é se, e somente se, possuir *razão* para *compreender* a unidade do mundo, sendo esta submetida à temporalidade circular já explicitada anteriormente. Aqui ganham relevo as observações de FABIAN: a abstração e a generalização próprias do discurso jurídico tem por sob si a postura do Ministro de tornar o *outro* (no caso, a vítima) alócrono, tanto fora do tempo como sem-tempo: situado no *passado* e vivendo um *presente distendido, estirado*, que terá ou estará *no tempo* após internalizar a *consciência do futuro* enquanto previsão das consequências da ação. Daí o ministro conclui:

A norma inscrita no § 4º do art. 227, da Constituição Federal – ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’ – determinação do legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 224, a, do Cod. Penal, a maior amplitude. (fls. 335)

O parágrafo de encerramento da argumentação do Ministro retoma a ideia do *tempo circular*, cujo *futuro* confirma, reifica e mantém a *tradição*, operando um retorno ao passado subjetivado do julgador, o passado das “moças que parecem austeras, circumspectas”. O circuito se fecha: a aparente “liberalidade” da suposta vítima de 12 anos advém do fato de ser criança-caleidoscópico, sem visão do *futuro*, o que torna seu “querer” suscetível de manipulação, de modo que, se um *adulto* (como o autor do fato, outrora com 24 anos, já *formado*) compactuar com essa expressão do “instinto sexual” estará, em última instância, explorando sexualmente a criança, conduta a qual, na linha do dispositivo constitucional mencionado, deve ser *severamente* punida pela lei, implicando que presunção de violência é absoluta, e não relativa.

Último a votar, o então presidente da Segunda Turma Ministro Néri da Silveira faz a proposta de afetação a plenário, cujo debate também se centra em um embate de concepções sobre o futuro. Contudo, a exemplo das meditações sobre o *risco*, o olhar se volta para a produção de temporalidade jurídica extraprocessualmente:

Estou trazendo à Turma a proposta, porque, em realidade, pelo estudo que fiz, verifiquei que há o risco de a Turma divergir de posição anterior adotada por esta Turma e a Primeira Turma. Dessa maneira, penso que matéria de tal natureza deva ser apreciada amplamente pelo Tribunal, hoje com composição diferente da que possuía ao serem tomadas as precedentes decisões. (fls. 337)

Abstraindo-se do contexto do julgamento, o pedido de afetação regimental a plenário feito pelo Ministro Neri chama atenção por consistir, com já estudado, um “julgamento no julgamento”. Inaugura-se uma discussão atinente à função da decisão judicial enquanto fonte de direito e situa-se politicamente a famosa “reviravolta de jurisprudência”.

Como já antes mencionado, o direito volta-se para o futuro a partir da normatização de probabilidades eleitas por critérios vários, conferindo previsibilidade ao imprevisível estabilizando, assim, expectativas sociais (ou, como diriam LUHMAN e DE GIORGI, generalizando decisões acerca do improvável, reduzindo assim a complexidade do sistema). Uma das maneiras de conferir previsibilidade à decisão judicial é pelo “respeito ao precedente”, que, em última análise, diz respeito à força persuasiva da tradição.

Como já explicitado em capítulos anteriores, “invocar” a tradição para legitimar o resultado interpretativo é agregar à operação o sentido adjudicado ao passado, de modo que o *por-vir* torna-se condicionado pelo *tendo sido*, característica, por sua vez, típica de uma concepção circular do tempo (*historia magistra vitae*, KOSELLECK:2011), na qual existe um valor sistêmico de relevância, qual seja: a coerência, cuja forma de *tabu* já foi amplamente debatida no Capítulo 1.

Esse valor de base está ligado à tradição e ao tempo circular justamente porque seu contrário (incoerência) implica em desestabilização da previsibilidade das expectativas, gerando uma espécie de “vácuo normativo” entre o entendimento anterior e o posterior divergente, o que, de certa forma, deslegitima o direito enquanto guardião da ordem. A “incoerência” é uma consequência não desejável para o direito que recorre à tradição para suas operações estabilizadoras do futuro, e por isso “deve ser” mantida no campo do improvável, ou seja, em uma posição negativa em relação ao *risco* (note-se que o Ministro Néri utiliza a palavra “risco” relacionando-a à “incoerência” perante o “entendimento consolidado” ao dizer que “há risco de a Turma divergir de posição anterior adotada por esta turma e a Primeira Turma”).

A questão ganha relevo em virtude do caso concreto, que, por sua natureza, detém muito espaço discursivo perante os meios de comunicação e repercutir de forma ampla na opinião pública, o que atrai para o ponto de contato com o direito a política⁶⁹. Para o Min. Néri, “romper” com essa concepção para adoção de uma visão linear do tempo na projeção de um futuro adiante incerto implica na alteração da expectativa de resultado interpretativo, o que não pode significar perante a comunidade jurídica e outros campos do social uma “incoerência”, mas algo mais como uma “transição suave” entre um entendimento e outro. Para isso (na verdade, para o caso disso ocorrer, já que sua posição, como adiante será explicitado, é discordante da maioria) deve ser chamado o Plenário do STF para se pronunciar sobre o caso⁷⁰.

O Ministro Marco Aurélio, então, profere seu voto acerca da proposta de afetação a plenário, em discordância:

Senhor Presidente, cabe, aqui, indagar: é razoável – e este é um princípio constitucional implícito – pensarmos, com três votos concedendo a ordem, no deslocamento deste habeas-corpus para o Pleno? Isso gerará perplexidade, tendo em vista que o Impetrante e, também, o meio acadêmico, em virtude da veiculação do caso pelos jornais, pelos periódicos, vêm acompanhando o julgamento com uma certa expectativa. (fls. 338)

Este trecho é central na argumentação do Ministro Marco Aurélio contra a proposta de afetação à plenário do Ministro Néri da Silveira. Enquanto o segundo reflete sobre a função estabilizadora de expectativas da decisão judicial pela figura do precedente, o primeiro traz à baila tal função tendo como destinatários as partes envolvidas (mais especificamente, o paciente do *habeas corpus*) ao salientar o fato de que já há maioria formada em um sentido, faltando apenas colher o voto de um Ministro (o próprio Min. Néri).

No caso de não afetação a plenário, a ordem seria (em tese) concedida. Caso afetado o processo, a certeza do provimento favorável retorna ao *status* anterior de

69 “A violência em relação aos menores perturba o sentimento coletivo que tende a amplificá-la, no entanto o sentido comum tende a caracteriza-la através da visibilidade daqueles aspectos que os instrumentos da comunicação, mais facilmente acessíveis, devem necessariamente potencializar. Desta maneira se reduz a violência, por exemplo, à violência sexual praticada de forma prevalente no interior da família, ou melhor, às práticas de exploração do trabalho infantil, que na Europa são cada vez mais limitadas, enquanto se tende a outorgar escasso relevo à utilização da mão de obra dos menores por parte das organizações criminosas. Assim também se induz a delimitar a violência dos menores às manifestações que se possam encontrar nos espaços da ação dos grupos ou bandos, de modo que se reduz estes espaços ao horizonte circunscrito de formas determinadas da ação dentro de interações específicas”. (DE GIORGI: 1998, 167).

70 Isto é confirmado pelo próprio ministro na passagem seguinte: “Tenho considerado sempre de meu dever, como Presidente da Turma, zelar para que as questões de real importância, que nela se apreciem, sejam encaminhadas ao Plenário, ou, ainda, quando exista divergência efetiva entre as Turmas da Corte. Convém sempre, pelo reflexo do julgamento na sociedade e para esta, que o Plenário julgue a causa e trace a orientação do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal é um Tribunal que define princípios. Assim, se esta matéria tem o relevo que realmente possui, o que já se depreende do noticiário sobre o início do julgamento pela Turma, importante é que a decisão seja tomada pelo Plenário” (fls. 337).

probabilidade. De acordo com o argumentado, o Min. Marco Aurélio afirma que, neste contexto, conferir estabilidade à expectativa da pessoa diretamente afetada pela decisão é mais importante do que os efeitos da repercussão social da decisão, ou seja, o presente do julgamento, a concretização do *por-vir* no *sendo* deste processo em específico, tem maior relevância do que o respeito ao passado (o desvalor da incoerência intratextual prevalece sobre o desvalor da incoerência intertextual)⁷¹. Apesar das outras motivações para a posição adotada, não se pode deixar de notar que as ideias de “ruptura” com a tradição por parte do Relator constantes do voto do mérito aqui também estão elencadas.

Seguindo-se ao relator, o Ministro Maurício Correa manifesta-se:

Senhor presidente, data vênua, também acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, rejeitando a proposta de remessa ao Pleno, porque a votação já havia iniciado, com 4 votos já proferidos, até mesmo para a segurança das partes que integral esse habeas corpus. (fls. 341)

O voto do Ministro Maurício Correa sobre a afetação do processo a plenário segue, em linhas gerais, o sentido do voto do Relator sendo explícito quanto ao uso da palavra “segurança”, aqui utilizada no sentido de minimização do risco para as partes (mais especificamente, também, para o paciente), isto é, da redução das possibilidades de ocorrência de efeitos não previstos diante da dinâmica atual do julgamento que possam alterar de forma inesperada o resultado (de “liberdade do paciente” para “condenação do paciente”).

Vencido na proposta de remessa ao plenário para julgamento, prevalecendo, também neste ponto, a concepção de futuro capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio, o Ministro Néri da Silveira profere seu voto acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Carlos Velloso. Para iniciar a análise sobre seus argumentos, transcreve-se citação de trecho da sentença destacado pelo Ministro:

Assim agindo, assumiu o risco supondo e acreditando que a menor tivesse 16 anos de idade. Agiu com dolo eventual. (fls. 346)

Juridicamente, esta é uma das teses centrais para condenação do paciente. Este trecho sintetiza o conceito de “dolo eventual”. Este é um instituto de direito penal voltado para o futuro e que justamente tem em seu núcleo cognitivo o conceito de “risco”: o resultado criminoso não é somente possível, ele se reveste de relativa probabilidade⁷². Por um lado isto

71 Esta ideia é retomada ao final do argumento: “Não creio, Senhor Presidente, que haja repercussão maior; não creio que possamos colocar em jogo, suscitar um paradoxo, deslocando, após colhidos quatro votos, este processo ao pleno”. (fls. 340)

72 O dolo eventual é previsto no art. 18, inciso I, do Código penal (“Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”). Trata-se de uma figura equiparada ao dolo, pois admite que a assunção de riscos de produção de resultados por parte do agente como manifestação de sua intencionalidade cujo fim pode não ser diretamente desejado, mas é pressuposto na ação como provável de ocorrer: “é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. Por isso, a lei utiliza o termo ‘assumir o risco de produzi-lo’. Nesse caso, de situação mais complexa, o agente não quer o segundo

significa que a hipótese “crime” está contemplada na projeção do *por-vir* realizada pela consciência do agente enquanto expectativa, que, admitindo-a, pratica a ação⁷³. Por outro lado, em termos sistêmicos, pode-se dizer que, contrariamente ao que afirma DI GIORGI (1998, 198)⁷⁴, o instituto do dolo eventual é um dos *inputs* que transforma riscos em direito, uma vez que utiliza o *medium* probabilidade/improbabilidade para produzir uma determinada normatividade: adotar a tese do dolo eventual é condenar com base em uma probabilidade de ocorrência do fato aceita pelo sujeito ativo.

Além disso, também é um elemento que demonstra o deslocamento semântico da “segurança”, corroborando a tese de BECK, já que o “risco” torna-se elemento da operação de produção do direito dentro do sistema jurídico cujo resultado assume a forma de uma “certeza” que, como já vimos, pode tanto ser fator de estabilidade das expectativas em relação ao sistema jurídico por parte da sociedade em geral quanto somente em relação ao caso sobre o qual pende a decisão. Por óbvio que a tomada de decisão não acarreta em anulação ou minoração de riscos, já que cada escolha libera uma outra gama de possibilidades de seus desdobramentos, seja pela “recepção” do precedente ou no âmbito da eficácia da escolha adotada.

Ainda há outro prisma de compreensão do “dolo eventual”: é que, na maioria dos casos penais submetidos a julgamento, sua aplicação é possível a depender de como se interpreta o caso. Como o juízo feito pelo intérprete sobre os fatos refere-se ao reconhecimento de uma probabilidade pertencente ao âmbito de expectativas do agente, e como, na lógica de produção da decisão judicial, a “comprovação” argumentativa de uma probabilidade é mais simples que a “comprovação” de uma certeza (lembrando-se sempre que certeza e probabilidade aqui referem-se a intencionalidade do sujeito praticante do crime, e não da convicção do julgador), o instituto torna-se uma espécie de “coringa hermenêutico”, traduzindo-se em instituto de exercício do poder do juiz sobre o tempo⁷⁵, e, como já tivemos a

resultado diretamente, embora sinta que ele pode se materializar juntamente com aquilo que pretende, o que lhe é indiferente” (NUCCI: 2008, 197).

73 “O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor, mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas que a aceitação se mostre, no plano do possível, provável” (Resp 247263-MG. 5ª T. 05/04/2001, DJ 20/08/2001, p. 515, in NUCCI: 2008, 198)

74 “O risco é modalidade de distribuição dos 'bads' e não dos 'goods'. O risco baseia-se na suportabilidade, na aceitação e não na certeza das próprias expectativas; por isso, o riscos não podem ser transformados em direito, ainda que possam ser monetarizados. O risco sobrecarrega o direito: trata-se, no entanto, de estratégias de retardamento do risco, não de estratégias que evitam o risco”.

75 Evidente que não é nenhuma novidade tais conclusões. WARAT, por exemplo, tratou do problema também do ponto de vista semiótico sob a rubrica análise retórica dos fatos: “Uma exposição sobre os fatos está sempre vinculada a um juízo de valor. Decidir, por exemplo, se determinada ação caracteriza um delito autônomo ou um delito-meio ou de dado comportamento pode ser interpretado como signo de honestidade, não depende de uma verificação empírica: antes, está determinado por uma decisão valorativa. Assim, quando se afirma que se

oportunidade de salientar (LOBÃO, 2011), mecanismos de manipulação temporal conformam de modo determinante o social. Uma das repercussões é a norma implícita presente no instituto que pode ser assim sintetizada: “na dúvida, não aja, mesmo provocado”, o que reafirma seu pertencimento ao campo semântico do “risco”.

Outro trecho relevante do voto é uma citação de um precedente do próprio STF utilizado para corroborar o argumento (RE 116.649-PR, Rel. Min. Octávio Gallotti):

O que faz presumir a violência não é nenhuma presunção de inocência. A inocência, assim como a honestidade, não é elemento do crime de estupro. Até a mulher de porta aberta pode ser o sujeito passivo dele. A ausência de consentimento é o que o caracteriza.

Neste trecho o Ministro Néri corrobora a argumentação do Ministro Carlos Velloso contra a tese de “discernimento bastante” capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio. É para ele irrelevante a alteração de costumes atinente a um comportamento sexual mais “liberado” por parte da menina, uma vez que não se valora a “inocência” da mesma como componente de sua capacidade de realizar escolhas. Implicitamente se reafirma que é elementar para ocorrência do crime de estupro uma espécie de “vício de consentimento”, seja pelas circunstâncias do fato (emprego efetivo da violência ou da grave ameaça), seja pelas “qualidades intrínsecas ao sujeito passivo quando da sua prática” (pessoa menor de 14 anos ou que de forma transitória ou permanente não possa “oferecer resistência”, ou seja, escolher negativamente, como o retardo mental grave).

No trecho seguinte, na citação invocada pelo Ministro Neri segue-se afirmando que, não obstante na exposição de motivos do Código Penal justamente a “inocência” tenha sido o critério escolhido pelo legislador da época como parâmetro para determinar abstratamente a idade em que a pessoa (no caso do estupro, a mulher) tenha condições de

comprovou a desonestidade da vítima porque existe prova nos autos de que voltava tarde da noite para casa, está-se introduzindo, em nome da prova dos fatos, o valor 'voltar cedo para casa' como nota definitiva da honestidade. Percebe-se, então, que a valoração dos fatos ocorre sob a máscara de uma comprovação empírica, que permite a inclusão posterior desta suposta verificação como característica definitiva do termo posto em discussão. Ora, via de regra, os juízos de valor apresentam-se como afirmações sobre fatos. Consequentemente, os desacordos sobre os juízos de valor relativos aos fatos apresentam-se como mero desacordo sobre os mesmos. Quando um juiz entende que um conjunto de fatos configura uma situação normativa típica, alega sua comprovação empírica valorando os mesmos e argumentando sobre a possibilidade de valorá-los de outra forma. Reticamente, pois, para solucionar um problema ideológico, apelando à coisificação de seu juízo de valor, apresenta o juiz suas valorações como dados susceptíveis de uma apreciação empírica. Neste jogo, os fatos adquirem as propriedades descritivas convencionadas para os termos técnicos a que se recorre para interpretá-los, configurando-se um velado processo redefinitório. Lembre-se, enfim, que nas práticas judiciais, muitas vezes não existe qualquer desacordo sobre os fatos. Situações ocorrem onde todos os protagonistas do conflito social aceitam a existência dos mesmos fatos. Mas tal circunstância, por si só, não determina a superação do conflito. É que pode subsistir um desacordo relativamente ao modo pelo qual esses fatos são valorados. Ocorreria, assim, um desacordo sobre as consequências que se depreende destes fatos. Charles Estevenson chama aos aludidos desacordos valorativos 'desacordo sobre atitudes' e reserva a expressão 'desacordo sobre as crenças' para referir os desacordos relativos aos fatos. Seguindo sua terminologia, podemos dizer que na apreciação da prova, existe muitas vezes, um mero desacordo sobre atitudes". (1994: 46-47).

realizar escolhas válidas, o “limite da inocência”, por assim dizer, somente pode ser definido pelo legislador, e que a “lamentável realidade” não tem assim o condão de revogar a norma⁷⁶.

A construção argumentativa do Ministro Néri, assim, entra em outro pressuposto e realiza outra manipulação do tempo: anteriormente, por meio da tese de “insindicabilidade da matéria de fato em sede de *habeas corpus*” o processo foi temporalizado e o julgamento em curso situado no presente do processo em uma “interpretação dos fatos” componente de um passado irreversível (que, quanto ao tempo social, cristaliza o “recorte” realizado pelas instâncias ordinárias, “congelando” o caso penal na sua dimensão de *acontecimento* do mundo da vida); agora o texto normativo, no que tange à fixação da referida idade, é “destemporalizado”. A presunção de violência se torna absoluta porque um determinado conceito de “maturidade” é retirado de seu contexto histórico “tal como se concebeu” (na verdade, tal como o intérprete acha que se concebeu) e “transportado” para o agora.

A idade de 14 anos como critério definidor da “maturidade” (e, por via de consequência, da “criança” e da “adulta”) em matéria sexual está em posição *alócrona* em relação ao seu âmbito normativo e tal *alocronia* é sustentada pelo princípio da soberania legislativa, de sorte que o Juiz não poderia revogar a norma por via interpretativa. Usando as categorias de LEVI (2011) o texto normativo em questão estaria interdito à *problematização*, o que implica a sua *não-virtualização*, e, por via de consequência, a sua *desatualização*. A presunção torna-se absoluta porque seu preceito também se torna absoluto⁷⁷.

Após, o Ministro faz outra citação importante, do RE nº 108.267, Primeira Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, que, por sua vez, cita acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

76 “A consideração de que a elaboração da lei penal haja tomado 'como fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes' a 'innocentia consilii', como expresso no item 70 da respectiva exposição de motivos, não autoriza o magistrado a substituir a atividade do legislador, na avaliação desse pressuposto. Assim é, porque o Código fixou, ele próprio, a idade, e, de modo algum, deixou, ao critério aplicador, a aferição, em cada caso, da maturidade da menor. A lamentável realidade de que novelas e outros espetáculos transmitidos por televisão abordem, com naturalidade, cenas reprováveis – como anotado pela sentença – não pode conduzir à descriminalização desses fatos pelo Juiz, até mesmo porque, a prevalecer essa permissividade, os meios de divulgação já teriam derrubado considerável parte da legislação penal, no capítulo referente aos costumes e outros domínios. Mas, aos meios de comunicação, ainda não é dado o poder revogar as leis do País”. (fls. 351)

77 OST diria que o preceito legal foi “destemporalizado” pela figura da *nostalgia da eternidade*: “A primeira forma de recusa do tempo (entendido em seu sentido primeiro de mudança) é a nostalgia da eternidade: o refúgio em algum *erzats* de perenidade, ilusória compensação para a dura realidade de uma condição finita e mortal. Diante da eternidade, de fato, qual o peso do tempo? Que é ele senão mais que uma ‘ilusão’, como o sustentava Einstein, o físico; ‘a imagem móvel da eternidade’, como o pensava Platão, o metafísico? Dupla queda da eternidade divina, o tempo seria como a marca de um mundo imperfeito e o apanágio de criaturas mortais, condenadas a mudar, sem nunca poder fixar-se em uma identidade qualquer. As formas desta nostalgia de um tempo que não iria envelhecer são diversas, tal qual, entre outras, a concepção cíclica do eterno retorno que daria oportunidade ao tempo para que se reciclasse, em intervalo regular em *illud tempus* das origens”. (OST: 2005, 25).

De qualquer modo, como bem observa Magalhães Noronha, 'até 14 anos, o menor, via de regra, não tem capacidade para avaliar o ato incriminado. Acha-se em uma fase em que está operando a transição fisiológica da puberdade, em que o organismo passa por uma série de mutações e perturbações, acarretando-lhe não só a instabilidade física, como psíquica. O temperamento é vário e versátil; o caráter ainda não se formou. Nesse estado de metamorfismo, a personalidade está por se definir, sendo a menor presa fácil, um brinquedo nas mãos do adulto. Ainda que este seja provocado, embora seja a menor que o incite e o convide ao ato, sobram razões para não se aceitar aquele procedimento como plenamente consciente e válido, traduzindo, destarte, um querer espontâneo, livre e cabal. Seria inadmissível a impunidade do indivíduo lascivo que mantivesse coito carnal com menor de 14 anos, porque provou ser ela fácil e namoradeira. Não será o bastante. Mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, essa menor merece toda a proteção legal'. Conclui, mais adiante, o mestre: 'prove o réu que foi seduzido, se a menor não ultrapassou os 14 anos, não fugirá à pena. (fls. 352)

Neste ponto do voto, o argumento do Ministro Néri desloca-se para outro pressuposto, desenvolvendo uma ideia iniciada no trecho anterior sobre a irrelevância da “inocência da criança”. Partindo daí, o argumento segue na linha do voto do Min. Carlos Velloso, defendendo uma significação dos termos “criança” e “maturidade” diversos do sentido adjudicado pela maioria votante. Assim como o Min. Velloso, o Min. Néri confere à criança o *tempo longo*, associando o fluxo do devir entre a “imaturidade” e a “maturidade” a partir de um *estiramento* desta última com base em uma nova dimensão temporal: o tempo físico dos processos biológicos e das taxas hormonais ocupa o lugar do *tempo contraído ou vertiginoso* da “precocidade” social afirmada pelo Ministro Marco Aurélio, o que também é uma espécie de *desvirtualização*: operar com o código das ciências naturais significa condicionar a temporalidade da vítima à díade *real/possível* (LÉVI: 2011).

Em última instância, o *campo jurídico* utiliza discursivamente a mitologia constitutiva do *campo científico* para conferir maior persuasão ao argumento. As causalidades psíquico-hormonais trazidas à baila pelo Ministro Néri para fundamentar um conceito de “criança” que inclua em seu campo de referência semântica a “impossibilidade de escolher” visam mover a *crença* atinente ao funcionamento do *campo científico* para sustentar a temporalidade adjudicada à “vítima” (que, nesta altura no argumento, é uma menina genérica e abstrata, já que não importa para o argumento a menor “de carne e osso”, se a ideia do menor estiver congelada no passado social pela operação de *recorte*)⁷⁸.

78 “A questão que assim se coloca é a do grau de arbitrário social da crença que o funcionamento do campo produz e que é a condição de seu funcionamento ou, o que dá no mesmo, a questão do grau de autonomia do campo (em relação, primeiro, à demanda social da classe dominante) e das condições sociais, internas e externas, dessa autonomia. O princípio de todas as diferenças entre campos científicos – capazes de produzir e de satisfazer um interesse propriamente científico e de manter, assim, um processo dialético interminável – e campos de produção de discurso eruditos – onde o trabalho coletivo só tem por efeito e função perpetuar o campo idêntico a ele mesmo, produzindo, tanto dentro quanto fora, a crença no valor autônomo dos objetivos e

Em linguagem sistêmica, este trecho do argumento mostra uma operação de criação de direito mediante *acoplamento estrutural* com o sistema psíquico e o sistema biológico, mediada por uma *observação* que distingue entre o *antes* e o *depois* de forma *distendida*. Os efeitos desta *observação* consistem em afastar o futuro da “criança”, obstando a caracterização da “imaturidade” como *passado*⁷⁹.

Prossegue então o Ministro:

De todo o exposto, tenho, pois, que a exegese conducente a afastar a incidência do art. 224, letra 'a', do Código Penal, quando a menor de quatorze anos manifestar consentimento em ato sexual, levaria a tornar impunes ações socialmente reprováveis, inaceitáveis e mesmo abjetas de elementos inescrupulosos que buscariam satisfação sexual com pobres crianças, já desprotegidas, em razão da miséria material e do abandono moral e intelectual, que cercam a prostituição infantil. Bastaria, a seguir, para a impunidade, que a infeliz vítima, em razão de dinheiro ou de favores outros do sujeito ativo, ou mesmo por medo de represália, afirmasse com consentira na prática da conjunção carnal ou que provocara, para isso, o agente do ilícito. Tal interpretação, 'data venia', - além de negar o texto da lei, sua finalidade que é a proteção ao menor de quatorze anos, - não contribuiria, de outra parte, para a solução do gravíssimo problema da infância e da adolescência de nosso tempo, a qual não se restringe a mero amparo material a legiões de meninos e meninas que perambulam pelas ruas de nossas cidades, mas simultaneamente, exige, dos Poderes Públicos e das

dos objetos que ele produz – reside na relação de dependência pela aparência de independência em relação às demandas externas: os doxósofos, cientistas aparentes e cientistas da aparência, só podem legitimar o despojamento que eles operam pela constituição arbitrária de um saber esotérico inacessível ao profano e a delegação que eles exigem ao se arrogarem o monopólio de certas práticas ou a reflexão sobre elas, com a condição de imporem a crença de que sua falsa ciência é perfeitamente independente das demandas sociais e que ela só satisfaz tão bem porque afirma sua grande recusa de servi-las. (...). As estratégias da falsa ruptura exprimem a verdade objetiva de campos que só dispõem de uma falsa autonomia: com efeito, enquanto a classe dominante concede às ciências da natureza uma autonomia que se mede pelo seu grau de interesse nas aplicações das técnicas científicas na economia, ela nada tem a esperar das ciências sociais, a não ser, no melhor dos casos, uma contribuição particularmente preciosa para a legitimação da ordem estabelecida e um reforço do arsenal dos instrumentos simbólicos de dominação. O desenvolvimento tardio e sempre ameaçado das ciências sociais aí está para testemunhar que o progresso em direção à autonomia real – que condiciona e supõe, ao mesmo tempo, a instauração de mecanismos constitutivos de um campo científico auto-regulado e autárquico – se choca, necessariamente, com obstáculos desconhecidos alhures: e não pode ser de outro modo, porque o que está em jogo na luta interna pela autoridade científica no campo das ciências sociais, isto é, o poder de produzir, impor e inculcar a representação legítima do mundo social, é o que está em jogo entre as classes no campo da política. Segue-se daí que as posições na luta interna não podem jamais atingir o grau de independência com relação às posições nas lutas externas que se observa no campo das ciências da natureza. A ideia de uma ciência neutra é uma ficção, e uma ficção interessada, que permite fazer passar por científico uma forma neutralizada e eufêmica, particularmente eficaz simbolicamente porque particularmente irreconhecível, da representação dominante do mundo social”. (BOURDIEU: 1983, 147-148)

79 O voto segue com várias outras citações no mesmo sentido, a fim de conferir maior força persuasiva a este argumento, valendo citar um excerto selecionado do acórdão proferido no Recurso Especial nº 15414, Rel. Min. Pedro Acioli pelo Min. Néri da Silveira: “A falta de consentimento válido é a essencial circunstância que confere ao artigo 224 a presunção 'juris et de jure', buscada para ter-se como real a violência presumida. Não há como conceder que menores de quatorze anos, a quem não se permite validade de atos jurídicos tenha consciência plena para validar com o seu consentimento o ato em comento. É justamente a impossibilidade de o menor compreender em toda a sua extensão o ato praticado, que afasta o consentimento válido, para excluir a incidência da norma penal. Falta ao menor a maturidade, quer mental, quer física, para ter o alcance de avaliar com precisão o ato violador dos costumes. Não pode falar-se, portanto, em consentimento pleno e livre; a consequência é a violência presumida”. (fls. 353)

instituições privadas, a assistência moral e espiritual, em ordem a que possam participar dos valores da cidadania e se integrar nos caminhos da dignidade humana. O Poder Judiciário é co-responsável nessa obra da nacionalidade, cumprindo-lhe, destarte, não dar às leis interpretação que, aparentemente, atenderia a uma época de liberação sexual, mas que, em verdade, conduziria à impunidade em crimes dessa natureza e isso implicará, assim, concorrer, na aplicação da lei, para a crescente dissolução dos costumes. A lei quer dar proteção ao que não é maior de quatorze anos; não é cabível, destarte, conferir-lhe interpretação que terá como destino, evidentemente, favorecer os que buscam dar satisfação a seus instintos sexuais, fora do matrimônio ou de relação familiar estável nos termos da Constituição, procurando menores, quase sempre desamparados, ou fruto da liberação dos costumes, os quais, por sua imaturidade, seriam, ainda uma vez, vítimas da própria sociedade. (fls. 354-355)

Este extenso trecho fecha o voto do Ministro Néri da Silveira, que se centra em uma análise do futuro. A consequência da relativização da presunção de violência, para o Ministro, é a “impunidade” e o fomento à “prostituição infantil” que se abateria sobre as “pobres crianças”, as “infelizes vítimas”. Ao proceder-se à escolha da expectativa “presunção relativa”, nega-se estabilização de expectativas às “crianças”. A inclusão do paciente acarreta a exclusão da outrora menor. São os paradoxos inerentes à operação jurídica do risco que são salientados pelo Ministro Néri: a escolha diminui a incerteza pela fixação de um *horizonte de expectativa*, ao mesmo tempo em que aumenta esta mesma incerteza pelo agravamento da improbabilidade de seus desdobramentos. Tomando de empréstimo as categorias da Teoria dos Sistemas, se o sistema jurídico opera como código direito/não-direito, a produção de direito gerada pela escolha decisória acarreta a produção de mais não-direito⁸⁰.

No voto do Min. Néri, o paradoxo é descrito sob o argumento de que o aumento da “liberdade de costumes” gera maior constrição desta mesma liberdade pelo fomento à exploração sexual de crianças que a impunidade ocasionada por este entendimento geraria. Relativizar a “ignorância” da “criança” significa retirar as condições de existência da “infância”. Como já dito anteriormente, tal relativização esvazia o futuro da criança enquanto possibilidade, enquanto *vir-a-ser*, pois o que seria já foi: a criança não é mais criança, como dito ela agora é “moça” (e é de “moças” que estamos tratando, frise-se, pois as diferentes temporalidades em disputa nos votos não se afastam da questão de gênero).

80 “Os pontos que delineamos descrevem as condições nas quais o direito opera na sociedade contemporânea: eles nos permitem, assim, observar tanto as potencialidades quanto os limites do direito. A indeterminação, assim como a instabilidade, é característica dos estados nos quais o sistema se coloca por si mesmo na elaboração de sua própria complexidade. A certeza do direito, portanto, só tem sentido nessa perspectiva: é certeza de que haverá um direito; não é certeza dos êxitos decisórios, nem ao menos certeza dos direitos: esta certeza não é relativa aos fundamentos e, muito menos, aos fins. Além disso, a seletividade é uma característica da estrutura, ao mesmo tempo em que é resultado das operações. Isso significa que o direito discrimina, exclui, marginaliza. Aumento do direito é também aumento do ilícito: inclusão é sempre ao mesmo tempo exclusão”. (DE GIORGI: 1998, 76)

Tomando-se por base o contexto de enunciação caracterizado, por um lado, pela descrição da *sociedade de risco* que tomamos de empréstimo como ponto de partida da compreensão deste mesmo contexto, aliado à biografia do intérprete, este “paradoxo da liberdade” e este “risco da impunidade” são concebidos como prenúncio de um futuro onde o que *existe* é um *não-ser*.

José Néri da Silveira teve sua formação educacional em instituições confessionais, tendo inclusive cursado seu ensino médio em um internato Salesiano. Seu curso de direito também foi cursado em instituição confessional (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), onde também ministrou aulas. O período sob tutela dos valores, princípios, epistemologias e metodologias católicas tem presença destacada em sua vida e formação. Como o tempo representa uma dinâmica de poder (LOBÃO: 2011), na introjeção do *habitus* também estão presentes caracteres temporais, que, por se encontrarem no nível do *habitus*, são co-pressupostos da ação do sujeito no social. A influência da temporalidade do *campo religioso* na formação do *habitus* se fortalece em sua interseção com o *campo educacional*, uma vez que a estrutura dos sistemas de ensino trabalham com as chamadas *problemáticas obrigatórias*, que, por suas características, facilmente introjetam-se no agente social por sua consolidação no *habitus*⁸¹.

A visão do tempo do Ministro Néri, portanto, *contaminada* pelas *problemáticas obrigatórias* que auxiliaram na construção de seu *habitus*, ostenta elementos da concepção católica do tempo⁸². Um destes pode ser sintetizado na fórmula de *Eclesiastes* 3:1-15 sobre o “tempo providente” (aquele que projeta a existência em momentos determinados em que cada um comporta uma manifestação diversa da existência em um plano maior do projeto da salvação, que passa por *compreender* as épocas de ocorrência destes “momentos” a partir de

81 “Na verdade, embora a escola seja apenas um agente de socialização dentre outros, todo este conjunto de traços que compõem a 'personalidade intelectual' de uma sociedade – ou melhor, das classes cultivadas desta sociedade – é constituído ou reforçado pelo sistema de ensino, profundamente marcado por uma história singular e capaz de modelar os espíritos dos discentes e docentes tanto pelo conteúdo e pelo espírito da cultura que transmite como pelos métodos segundo os quais efetua esta transmissão. Inúmeras diferenças que separam os universos intelectuais – diferenças nos esquemas linguísticos e intelectuais (como por exemplo, as técnicas de composição e de exposição) e, sobretudo, no quadro intelectual de referência (perceptível, por exemplo, através de citações implícitas ou explícitas, facultativas ou obrigatórias) – poderiam ser associadas às tradições universitárias das diversas nações, ou melhor, à relação que cada criador intelectual mantém com sua tradição acadêmica nacional e que depende, fundamentalmente, de sua biografia escolar” (BOURDIEU: 2007, 227)

82 Outros elementos que dão conta de um engajamento explícito no movimento da Igreja Católica Apostólica Romana podem ser vistos em seu currículo no sítio do Supremo Tribunal Federal (em anexo), como, por exemplo, o fato de ter sido ele a proferir discursos em homenagem póstuma aos Papas Paulo VI e João Paulo I em 1978 como representante do extinto Tribunal Federal de Recursos sem ser o presidente, além de uma publicação na Revista Direito & Justiça, vinculada à Faculdade de Filosofia da PUC-RS intitulada “Missão do Jurista, segundo o Humanismo Cristão”.

uma contínua aproximação com Deus, que pertence a todos os tempos e ao mesmo tempo não pertence a nenhum):

Debaixo do céu há momento para tudo, e tempo certo para cada coisa: Tempo para nascer e tempo para morrer. Tempo para plantar e tempo para arrancar a planta. Tempo para matar e tempo para curar. Tempo para destruir e tempo para construir. Tempo para chorar e tempo para rir. Tempo para atirar pedras e tempo para recolher pedras. Tempo para abraçar e tempo para se separar. Tempo para procurar e tempo para perder. Tempo para guardar e tempo para jogar fora. Tempo para rasgar e tempo para costurar. Tempo para calar e tempo para falar. Tempo para amar e tempo para odiar. Tempo para a guerra e tempo para a paz. Que proveito o trabalhador tira da sua fadiga? Observei a tarefa que Deus entregou aos homens, para com ela se ocuparem: tudo o que ele fez é apropriado para cada tempo. Também colocou o senso da eternidade no coração do homem, mas sem que o homem possa compreender a obra que Deus realiza do começo até o fim. Então compreendi que não existe para o homem nada melhor do que se alegar e agir bem durante a vida. E compreendi também que é dom de Deus que o homem possa comer e beber, desfrutando do produto de todo o seu trabalho. Compreendi que tudo o que Deus fez dura para sempre. A isso nada se pode acrescentar, e disso nada se pode tirar. Deus fez assim para ser temido. O que existe, já havia existido; o que existirá, também já existiu. Deus busca aquilo que foge. (CNBB: 1990, 818-819)

Tal forma de *compreender* o tempo tem alguns desdobramentos vistos no voto do Ministro. Reificado pelo evangelho, o tempo cristão é marcado pela expectativa do Juízo Final, o presente é uma *distensão* do fluxo em direção a este futuro que é justamente o fim de si mesmo. O futuro, portanto, é *não-ser* na terra e na finitude imperfeita da Criação, é *ser* plenamente na eternidade, oposta ao tempo, este uma forma decaída deste *presente de Deus*⁸³. A jornada em direção a este futuro propriamente apocalíptico sofreu, ao longo da história, alargamentos e encurtamentos. Tais movimentos de *distensão* e *intenção* estavam correlacionados à velocidade com que o ser humano construía a estrutura de sentido consistente no *acontecimento*.

83 Esta concepção radical de futuro como fim dos tempos também está ancorada na contraposição do tempo com a eternidade feita por Santo Agostinho. Uma das funções deste contraste é situar a eternidade como “ideia-limite” do tempo, sua negatividade, conforme argumenta RICOEUR: “O que é posto, confessado, pensado, de um só lance, é o contraste entre a eternidade e o tempo. O trabalho da inteligência não se volta de forma alguma para questão de saber se a eternidade é. A anterioridade da eternidade com relação ao tempo – num sentido da anterioridade que ainda precisa ser determinado – está dada no contexto entre 'o ser que não foi criado e todavia existe' e o ser que tem um antes e um depois, que 'muda' e que 'varia' (4,6). Esse contraste é dado num brado: 'Existem, pois, o céu e a terra; bradam que foram criados, porque mudam e variam' (*ibid.*). E Agostinho sublinha: 'Sabemo-lo' (*ibid.*). Dito isso, o trabalho da inteligência resulta das dificuldades suscitadas por esta própria confissão da eternidade: 'Fazei com que eu ouça e compreenda como (*quomodo*) no princípio criastes o céu e a terra' (3, 5) (pergunta retomada no começo de 5, 7). Nesse sentido, dá-se com a eternidade o mesmo que com o tempo: que ela exista não constitui problema; como ela existe deixa perplexo. É dessa perplexidade que procede a primeira função da asserção da eternidade com relação à do tempo: a função de ideia-limite” (2010, 42-43)

O *tempo vertiginoso* era, então, interpretado como um sinal do fim dos tempos⁸⁴. O *estiramento* do presente adia o *por-vir* tendo em vista pretensões ontológicas, ao mesmo tempo em que prestigia o “futuro lento”, típico de uma pré-compreensão comprometida com a tradição, como já vimos ser o caso da do Ministro Néri, e mais precisamente, uma tradição matizada por caracteres ético-epistemológicos católicos. O “tempo lento” da “imaturidade distendida” da criança remete ao modelo cristão da *familia nuclear* que permaneceu em um primeiro estágio da modernidade (que BECK denomina *sociedade industrial*) caracterizada como *pela metade ou bipartida* que já teve a oportunidade de observar⁸⁵ e que se enfraquece na dinâmica da sociedade pós-moderna ou de risco a partir da expansão e consolidação

84 “A história da Cristandade, até o século XVI, é uma história das expectativas, ou, melhor dizendo, de uma contínua expectativa do final dos tempos; por outro lado, é também a história dos repetidos adiamentos desse mesmo fim do mundo. (...). Para Lutero, a abreviação do tempo é um sinal visível da vontade divina de permitir que sobrevenha o Juízo Final, o fim do mundo. (...). A igreja romana tinha por princípio dominante manter sob seu controle todos os visionários. Segundo decisão do Concílio Lateranense (1512 a 1517), era preciso uma autorização da Igreja para o anúncio de visões do futuro. A proibição da doutrina joaquimita do Terceiro Reino, o destino de Joana D’Arc, a qual, pela firme convicção de suas visões não autorizadas, teve de subir à fogueira, ou a morte por fogo de Savonarola podem servir de exemplo de como as profecias pós-bíblicas foram dizimadas. A existência da Igreja não podia ser ameaçada, sua unidade – assim como a existência do Império – era a garantia de ordem até que sobreviesse o fim do mundo. A Igreja é, em si mesma, escatológica. Entretanto, no momento em que as figuras do Apocalipse de João são aplicadas sobre acontecimentos ou instâncias concretos, a escatologia tem um efeito desintegrador. O fim do mundo só é fator de integração enquanto permanecer não determinável, do ponto de vista histórico e político. Assim, na qualidade de elemento constitutivo da Igreja e configurado como o possível fim do mundo, o futuro foi integrado ao tempo; ele não se localiza no fim dos tempos, em um sentido linear; em vez disso, o fim dos tempos só pôde ser vivenciado porque sempre fora colocado em estado de suspensão pela própria Igreja, o que permitiu que a história da Igreja se perpetuasse como a própria história da salvação”. (KOSELLECK: 2011, 24-26)

85 “A atribuição de caracteres de gênero é *basilar* para a sociedade industrial, e não uma relíquia tradicional de fácil renúncia. Sem a distinção dos papéis de mulheres e homens, não haveria família nuclear. Sem família nuclear, não haveria sociedade industrial em seu esquematismo de vida e trabalho. A imagem da sociedade industrial baseia-se numa mercantilização incompleta (ou, mais precisamente, *cortada pela metade*) da capacidade humana para o trabalho. Industrialização plena, mercantilização plena e família, com suas formas e atribuições tradicionais, excluem-se mutuamente”. (BECK: 2011, 162)

universal dos paradigmas da modernidade. E assim o “tempo vertiginoso” da modernidade⁸⁶ atinge a mulher⁸⁷.

Se atinge a mulher, como visto, esta adquire o atributo (pejorativo) da “precocidade” (como já explicitado na análise do voto do Ministro Marco Aurélio). A liberdade feminina, inclusive no campo sexual, vira símbolo da “liberação dos costumes” e o caractere da “aceleração” típico da modernidade (ou pós-modernidade) confere à mulher, agora desatrelada à família (o que transforma a certeza do futuro no casamento em total incerteza), o “ônus” (eis que os adjetivos dados à liberdade sexual feminina visam um reforço performativo da desigualdade entre gêneros) do já mencionado “discernimento bastante” no campo da iniciação sexual. Este também é um ponto de conflito presente na dinâmica da *sociedade de risco*.

Uma das soluções em debate (no momento e no local de onde escreve BECK) é restaurativa: visa a revivificação da *familia nuclear*⁸⁸. E a Igreja Católica (campo de militância

86 A “aceleração do tempo” mediante o “encurtamento do presente” é uma proposta temporal basilar da modernidade, inicialmente visando o ideal de “progresso”, e se contrapõe ao sentido pejorativo do “tempo rápido” dado pela ortodoxia cristã, observando-se que, enquanto no catolicismo buscava-se, mediante o poder simbólico da Igreja *distender* o presente, para o protestantismo o Juízo Final era tido como inevitável e relativamente próximo. A mudança de sinal (negativo para positivo) da aceleração temporal e do encurtamento do presente marca um ruptura entre a sociedade tradicional e pós-tradicional: “Lutero dizia frequentemente que o fim deveria ser esperado para o próximo ano, ou mesmo para o ano em curso. Entretanto, acrescentou ele em uma das *Conversas à mesa*, Deus, por amor aos escolhidos, abreviaria os últimos dias 'pois o mundo se apressava nessa direção, *quia per hoc decennium fere novum saeculum fuit* [porque ao longo dessa década foi quase um novo século]'. Lutero acreditava que os acontecimentos do novo século haviam sido comprimidos em uma única década, (...). Essa abreviação indicava que o fim do mundo se aproximava com grande velocidade, ainda que a data permanecesse oculta. Façamos uma pausa e contemplemos trezentos anos à frente; a transformação da estrutura temporal, nesse período, é o nosso tema aqui. Em 10 de maio de 1793, em seu famoso discurso sobre a Constituição revolucionária, Robespierre declara: 'É chega a hora de conclamar cada um para seu verdadeiro destino. O progresso da razão humana preparou esta grande Revolução, e vós sois aqueles sobre os quais recai o especial dever de acelerá-la'. A providencial fraseologia de Robespierre não é capaz de dissimular que o horizonte de expectativa alterou-se em relação à situação inicial. Para Lutero, a abreviação do tempo é um sinal visível da vontade divina de permitir que sobrevenha o Juízo Final, o fim do mundo. Para Robespierre, a aceleração do tempo é uma tarefa do homem, que deverá introduzir os tempos da liberdade e da felicidade, o futuro dourado”. (KOSELLECK: 2011, 25)

87 “Em todas as formas de vida em comum de homens e mulheres (antes, durante, à margem ou depois do casamento) explodem os *conflitos do século*. Mostram ali sempre a sua face privada, pessoal. Mas a família é *apenas o lugar* em que isto ocorre, e não a *razão* para que ocorra. (...). Com as decisões, os efeitos e os riscos, distintos e opostos para homens e mulheres, e consequentemente a *oposição de suas posições* tornam-se conscientes”. (BECK: 2011, 162)

88 “Com frequência, são falsos os pressupostos dos quais se parte quando o futuro 'da' família é questionado. A forma conhecida da família nuclear é confrontada ou subordinada a um estado evanescente qualquer de 'dissolução da família' que substitui a família nuclear por um outro tipo de família. É contudo mais provável – caso a análise apresentada esteja correta – que não seja um tipo de família que afasta um outro, mas que um *espectro mais amplo* de formas familiares e extrafamiliares de convivência surja e se imponha. (...). Entretanto, mesmo essa diferenciação e pluralização de formas de vida como resultado de processos 'naturais' de modernização é vivida e denunciada por muitos como uma ameaça aos valores culturais e aos fundamentos vitais do mundo moderno. A ruptura com o casamento e a família surge para muitos como um *individualismo desmedido*, que necessariamente se contrapõe política e institucionalmente, por meio de represálias calculadas, à preservação da família. Considerando que são especialmente as mulheres que buscam conquistar uma 'vida própria' a despeito dos papéis que lhe são atribuídos no trabalho doméstico e no sustento da família, seus

do Ministro Néri) é um agente articulador desta solução. Todo este contexto de enunciação permite hipotizar sobre a temporalidade inserta na pré-compreensão subjetiva do intérprete do Ministro: restaurar à mulher o *tempo lento*, re-situando-a em sua posição na hierarquia da *família nuclear* significa novamente *estirar* o presente feminino, e a consequência disso é *estirar* a amplitude semântica do conceito de “criança” para englobar a menina menor de 14 anos e fundamentar sua “impossibilidade de querer”, já que crianças, por “natureza” (esta determinada pelo *campo científico*, como vimos acima) não tem como mensurar racional e devidamente as consequências de seus atos.

Este caminho argumentativo, por sua vez, ao redundar no caráter absoluto da presunção de violência na conjunção carnal cometida contra menor de 14 anos, evita que estas “crianças” sejam “vítimas da sociedade”: já que “não sabem querer”, “não tem pleno discernimento acerca das consequências de seus atos”, e demandam a tutela dos “adultos” que as educarão no caminho da família (que pressupõe um caminho de virtudes, “em ordem a que possam participar dos valores da cidadania e se integrar nos caminhos da dignidade humana”), deve-se “dar tempo” a elas para realização da “obra de nacionalidade”. O contrário é, como já visto, o *não-ser* consiste na “dissolução dos costumes” pela dissolução das condições de possibilidade da *família nuclear*, uma vez que a “menina-mulher” estará exposta ao risco da “prostituição infantil” cuja causa é atribuída à “impunidade” gerada pela relativização da presunção de violência.

esforços privados e políticos esbarram em resistências, ceticismo e temores específicos. Assim, as medidas tomadas para salvar 'a' família orientam-se pela norma de padronização da vida conjugal surgida com a sociedade industrial do século XIX – o marido, que põe comida na mesa, a esposa, que a prepara, e duas ou três crianças à sua volta. Apesar de todas as tendências de individualização e desoneração já apontadas, existem também condições e desdobramentos que enfatizam socialmente a reivindicação 'de volta à cozinha!'. (BECK: 2011, 180)

CONCLUSÃO:

Ao longo desta dissertação busquei trazer as diferentes dimensões do fenômeno temporal na construção do julgamento do habeas-corpus objeto de análise. A divisão dos níveis de manifestação do fenômeno na operação interpretativa em *passado, presente e futuro* auxiliou na evidenciação de como uma hermenêutica do tempo na decisão judicial conflui diversos prismas temporais.

A partir da perspectiva do *passado*, pude trazer à baila como a resolução de um caso pressupõe sua delimitação enquanto objeto de análise e enquanto estrutura a serviço desta mesma análise pela realização do *recorte* e consequente delimitação da *quaestio factii*. O exemplo disso residiu na diferença entre os formas de vislumbrar a menina-moça que manteve relações com o jovem processado criminalmente. O uso do *poder de passado* ora a transformava em ré, ora em vítima, a depender da *velocidade* que se imprimia ao *tendo-sido* constitutivo da experiência da menina, se *vertiginoso* para *sincronizar* os passados de ambos; se *lento* para diferenciá-la.

Do ponto de vista externo ao caso plasmado no processo, quanto ao *passado* viu-se sua normatividade pelo mito da *segurança* jurídica e pelos diversos tabus cuja função é impor o respeito à tradição. O próprio referencial semântico da tradição estava em disputa no exercício da *passeidade*, tendo como vencedora a *corrente* capitaneada no julgamento pelo Ministro Marco Aurélio.

Já na perspectiva do *presente* analisei a forma como a conjuntura social e cultural que circunda os intérpretes-aplicadores pode exercer alguma influência sobre o julgamento e diante disso optei por utilizar como paradigma a *condição pós moderna*, fundamento da *sociedade de risco* e da *corrosão do caráter*. De igual forma, o *sendo* possui uma dinâmica própria quando de sua utilização na manipulação do tempo na operação interpretativa. Pode servir de premissa para a decisão. Nesse sentido, caracterizar o “hoje” era necessário à maioria para afirmar uma “modificação de costumes” apta a alterar o resultado interpretativo.

Pode também haver exercício do *poder de presente* no *iter* do julgamento. Nesse sentido, optei por salientar a construção do julgado inserto em uma *duração* como espaço virtual assemelhado a um *ground zero*, um ponto de partida. A temporalidade processual, como subespécie do tempo jurídico, pode ser acelerada, freada, revertida e saltada, e enquanto a decisão judicial estiver em construção na *duração*, é possível tentar alterar seu fim, principalmente em julgamentos colegiados, onde há um choque entre pré-compreensões subjetivas.

No acórdão analisado, a questão de ordem levantada pelo Ministro Néri da Silveira de afetação do processo a plenário tinha, hipotizei, este objetivo: funcionar como um *reset Button* do julgamento e possibilitar mais uma chance para que a solução com a qual o ministro concorde fosse a vencedora. Não obstante, a maioria fez prevalecer sua vontade e indeferiu a questão de ordem.

De igual forma, passando-se ao futuro, vê-se que as projeções dos Ministros que compuseram a maioria assentaram-se em uma visão pessimista do “hoje”, na qual viu-se a necessidade de novas ferramentas para manter a assimetria na relação entre homem e mulher: na dinâmica do futuro, a partir da conjuntura da *sociedade de risco*, busquei colocar em evidência que o agravamento das consequências da modernidade, ao mesmo tempo em que aumentava o campo de liberdades femininas, a reação masculina residia na atribuição de um peso cada vez maior ao papel da mulher nas relações privadas. Parte deste peso fez-se sentir no julgamento, em que foi negada a proteção da norma penal sob o fundamento de uma “crescente liberação”.

O *risco* também esteve presente em discussões sobre as repercussões do julgamento enquanto operação que cria direito e estabiliza expectativas. A realização de determinada escolha, como visto, acarreta, por um lado, mais estabilidade, e, por outro, mais instabilidade; por um lado, mais direito, por outro, menos direito. Ambos os lados que se confrontaram nesta operação hermenêutica alardearam as possíveis catástrofes implicadas na opção pela presunção absoluta ou relativa: por um lado, a “dispensa de pensar” aos juízes ou “condenar por crime hediondo de estupro conduta de menor importância”; por outro, a “impunidade” e o “fomento da prostituição infantil”.

Percebe-se também um certo consenso tácito na alocronização da vítima. Não importando a posição adotada, a menina-moça foi encerrada em sua *representação* no passado, ora criança, ora não-criança, pouco importando aos Ministros, por exemplo, se M.A.N., assim como o autor do fato, por acaso não constituiu família em Carmo de Minas, não trabalha, não tem filhos. Mesmo a *passeidade* em que foi encerrado o *recorte* da menina está descolado de seu contexto. Os Ministros preocuparam-se sobremaneira em enumerar a “lamentável realidade” na qual se insere o caso genericamente, mas não tiveram a curiosidade de entender os costumes locais da cidade natal da menina e do rapaz a fim de verificar o que significava aquele relacionamento entre os dois reputado como *precoce*.

O cenário de disputa aqui caracterizado enriqueceu o trabalho. Ficou evidenciado nos debates a polarização entre o *mundo da memória*, representado com mais vigor pelo

Ministro Néri da Silveira, e a *mudança dos costumes* capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio, a tensão entre a tradição que postulou permanência como paradigma normativo e referência comportamental dos juízes (integrando a pré-compreensão jurídica) e a atualização do entendimento pela substituição da antiga geração de precedentes por uma nova.

O resultado desta tensão será o paradigma que ostentará posição no *campo jurídico*, por vezes obliterando um dos resultados interpretativos, por vezes gerando sua coexistência, em igual nível ou em patamares diferentes. Ao final, há uma temporalidade que se afirma. Um tempo da subjetividade do intérprete que baseou a operação hermenêutica, a seleção da norma, a escolha na moldura e, noutro giro, a definição do *caso* pela adjudicação de sentido aos vestígios do livro-autos no *recorte*. Recortando e escolhendo: assim o juiz *senhor do tempo* exerce seu poder e luta por sua prevalência no *campo*.

Em cada caso concreto, parafraseando OST, poderá o juiz, em seu *poder temporal*, agir com o totalitarismo de *Chronos* ou com a prudência das *Horas*, mas verificar uma *justeza* ao tempo no direito foge ao escopo da minha análise. Fica então o questionamento, para posteriores aprofundamentos: no bojo de uma *teoria da decisão*, existe um tempo justo?

BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. *Confissões*. Trad. De J. Oliveira e A. Ambrósio de Pina. 25^a Ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. E Notas Edson Bini. 3ª Ed. Bauru: Edipro, 2009.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. E Notas Edson Bini. 3ª Ed. Bauru: Edipro, 2011.

ARISTÓTELES. *Órganon*. Trad. Edson Bini. 2ª Ed. Bauru: Edipro, 2010.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Tempo da Memória: De Sennecture e Outros Escritos*. Trad. Daniela Versiana. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Thomaz, São Paulo: Bertrand Brasil, 2006.

_____. *A Economia das Trocas Linguísticas: O que Falar Quer Dizer*. 2ª Ed. São Paulo: Edusp, 2008.

_____. *Campo Intelectual y Proyecto Creador*. In. *Campo de Poder, Campo Intelectual: Itinerario de un Concepto*. Argentina: Montessor, 2002.

_____. *Sistemas de Ensino e Sistemas de Pensamento*. In. *Economia das Trocas Simbólicas*. 6ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CNBB. *Bíblia Sagrada: Edição Pastoral*. São Paulo: Paulus, 1990.

DE GIORGI, Rafaelle. *O Risco nas Sociedades Contemporâneas*. Trad. De Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowski. São Paulo: Revista Sequência, junho/94, nº 28. pp. 45-54.

_____, LUHMANN, Niklas. *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ELIAS, Norbert. *Sobre o Tempo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

FABIAN, Johanes. *The Time and the Other: how anthropology makes its object*. New York: Columbia University Press, 1983.

FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica*. São Paulo: Ensaio, 1994.

FRAZÃO, Malê de Aragão, CAVALCANTI, Tatiana Carvalho. *Que Presunções (não) Toleram o Direito Penal?* In. Encontro Nacional do CONPEDI (21.: 2012: Uberlândia, MG). *Anais do [Recurso eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método Vol. 1: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 11ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

_____. *Conocimiento Local: Ensayos sobre la Interpretación de las Culturas*. Trad. De Alberto López Bargados. Buenos Aires: Paidós, 1994.

GONÇALVES, Marcus Fabiano, e **ARRUDA JÚNIOR**, Edmundo Lima de. *Fundamentação Ética e Hermenêutica – Alternativas para o Direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

GUIMARÃES, Aquiles Cortes. *Para uma Teoria Fenomenológica do Direito - I.* In. EMARF 2ª REGIÃO. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF – Fenomenologia e Direito.* Abril/Setembro – 2010. PP. 15-26.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, Parte I.* Rio de Janeiro: Vozes, 2005

HUSSERL, Edmund. *A Idéia da Fenomenologia.* Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1989.

_____. *On The Phenomenology of Consciousness of Internal Time.* Trad. de John Barnett Brough. Londres: Kluwer Academic Publishers, 1980.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

KHALED JR., Salah H.. *Ambição de Verdade No Processo Penal. Desconstrução Hermenêutica do Mito da Verdade Real.* Salvador: Jus Podivm, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado – Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos.* Rio de Janeiro: Editora Puc Rio, 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O Pensamento Selvagem.* São Paulo: Papyrus, 2007.

LOBÃO, Ronaldo Joaquim da Silveira. *Cosmologias Políticas do Neocolonialismo: como uma política pública pode se transformar em uma política do ressentimento.* Niterói: Eduff, 2010.

_____. *O Tempo Vertiginoso: Impossível de se Capturar na Lei?* Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, vol. 15, No. 22, PP. 171-189.

LOWENKRON, Laura. *Menina ou moça? Menoridade e consentimento em uma decisão do STF*. Trabalho apresentado na 26ª Reunião Brasileira de Antropologia. Porto Seguro: 2008.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Entre 'Quereres' e 'Poderes': Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial*. Rio de Janeiro: 2010, No prelo.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. *Sociedad de La Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition*. Califórnia: Stanford University Press, 1969.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares. *Aspectos Processuais da Súmula Vinculante: Reflexos na Efetividade da Defesa dos Direitos Fundamentais*. In. PRADO, Gerado Luiz Mascarenhas. *Acesso à Justiça e Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp 259-302.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado. 8ª Ed. Revista e Atualizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OST, Francois. *O Tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernantes. São Paulo: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2005.

PERELMAN, Chain. *Tratado de La Argumentación: La Nueva Retorica*. Trad. Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Gredos, 1989.

PIRES, Lenin dos Santos. *Arreglar não é pedir arrego - etnografias do mercado da venda ambulante em Buenos Aires e Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa Tomo I: A Intriga e a Narrativa Histórica*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Tempo e Narrativa Tomo II: A Configuração do Tempo na Narrativa de Ficção*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Tempo e Narrativa Tomo III: O Tempo Narrado*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROSEN, Lawrence. *Law as Culture: An Invitation* New Jersey: Princeton University Press, 2008.

SANTOS, Adriana, **ANDREA**, Eduardo. *Gehart Husserl: O Julgar “Hoje”, na Perspectiva Fenomenológica*. In. EMARF 2ª REGIÃO. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF – Fenomenologia e Direito*. Outubro/2008 a Março/2009. PP. 115-133.

SAVIGNY, Friedrich-Karl Von. *Metodologia de lo Juridico*. 2ª Ed. Cibernética. Argentina: Chantál López y Omar Cortés, 2006.

_____. *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación e para la Ciencia del Derecho*. Madrid: La España Moderna, 1992.

SENNETH, Richard. *A Corrosão do Caráter: Consequências Pessoais do Trabalho no novo Capitalismo*. Trad. Marcos Santarrita. 14^a Ed. Rio de Janeiro: Record, 2009

STEIN, Ernildo. *Aproximações Sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

VIEWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito, Vol. I: Interpretação da Lei. Temas para uma Reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

Sítio do Supremo Tribunal Federal na *Internet*. www.stf.jus.br.

Sítio do Canal do Supremo Tribunal Federal na *Internet*. www.youtube.com/user/STF.

WIKIPEDIA. *1996 na Televisão*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/1996_na_televis%C3%A3o> Acesso em 25/03/2013.

O CABIDE FALA. *Memória Globo*. Disponível em: <<http://www.ocabidefala.com/search/label/A%20VIDA%20COMO%20ELA%20%C3%89...>>, acesso em 25/03/2013.

ANEXOS

ANEXO 1

ANEXO 2

ANEXO 3

ANEXO 4