


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310
**SENTENÇA**

Processo nº: **1004625-23.2024.8.26.0001**  
 Classe - Assunto: **Embargos à Execução - DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Liquidação / Cumprimento / Execução - Efeito Suspensivo / Impugnação / Embargos à Execução**  
 Embargante: **Renan Regueiro da Silva Psicologia e outro**  
 Embargado: **Banco Bradesco S.A.**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Clovis Ricardo de Toledo Junior

Vistos.

**Renan Regueiro da Silva Psicologia e outro**, já qualificados nos autos, propuseram *embargos à execução* contra **Banco Bradesco S.A.**, também já qualificado nos autos, alegando, em síntese, que a execução se refere a cédula de crédito bancário, empréstimo, capital de giro, 15.854.903, número 20036962813, celebrada em 08/09/2022, no valor de R\$95.000,00, a ser pago em 45 parcelas de R\$4.053,17, sendo a primeira em 02/12/2022 e a última em 03/08/2026. Afirma que, como pessoa física, de modo a estabelecer garantia contratual, assinou como avalista e deu 10% do valor do crédito. Afirma que o embargado alega que o contrato está inadimplido desde 02/01/2023 e o saldo devedor é de R\$122.512,80, por vencimento antecipado. Afirma que, no contrato firmado, existem algumas abusividades. Afirma que a taxa contratada era de 2,42% ao mês, porém, o embargado informou ao Banco Central que estava cobrando a taxa de 2,13%. Afirma que no contrato há a cobrança de tarifas sem especificação, no valor de R\$2.850,00, além de venda casada de seguro, na quantia de R\$5.163,19, que somam, portanto, R\$8.013,19 de indébito. Afirma que não é possível a averbação premonitória da matrícula 114.295, já que, após separar-se da sua ex-esposa, o bem ficou para ela. Afirma que, no cálculo apresentado pela embargada na execução, não existe qualquer menção da baixa ou amortização da garantia estabelecida. Afirma que, conforme laudo realizado por profissional, o saldo devedor recalculado é de R\$85.429,10. Requereu, por fim, a procedência dos embargos, de modo a declarar o excesso de execução, expurgando-se a cobrança indevida de seguro e tarifas, afastando a capitalização diária do contrato sem substituição, ou substituindo-a pela capitalização mensal de juros, alterando a taxa de juros remuneratórios para a média estabelecida pelo Banco Central no período, determinando-se a repetição do indébito na forma simples ou a compensação de valores, de modo a readequar o valor executado.

Com os embargos foram juntados os documentos de págs. 20/189.

O embargado apresentou *impugnação aos embargos* (págs. 194/212), alegando, em breve síntese, que não houve ausência de amortização, uma vez que não foram resgatadas. Afirma que o embargante constava como proprietário do imóvel quando da distribuição da ação de execução de título extrajudicial. Afirma que, embora a taxa de juros seja elevada, encontra-se dentro da média do mercado. Afirma que os valores das tarifas cobradas, estas destinadas a serviços prestados pela instituição financeira ao



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

financiado, estavam expressas no contrato e, sendo assim, o embargante consentiu com sua cobrança. Afirma que o embargante tinha o conhecimento prévio do valor do seguro, e poderia discordar da contratação de tal serviço, mas não o fez. Afirma que o vencimento antecipado do contrato se deu exclusivamente por culpa do embargante. Requereu, por fim, a improcedência dos embargos.

O embargante manifestou-se em *réplica* (págs. 216/229).

**É O RELATÓRIO.**

**FUNDAMENTO E DECIDO.**

O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil, uma vez que as provas existentes nos autos são plenamente suficientes para a cognição da causa.

Segundo as provas coligidas durante a instrução da causa, os pedidos declaratório, desconstitutivo e condenatório contidos na petição inicial devem ser julgados *procedentes*.

Em um primeiro momento, não há direito do autor à fixação dos juros médios do mercado, pois, do contrário, não haveria um mercado. Os juros médios não são vinculantes, não obrigam à sua aceitação pelos emprestadores.

Quanto ao título de crédito apresentado, antes da criação da Lei n.º 10.931/04 houve um período de insegurança jurídica quanto à questão acerca de ser o contrato de abertura de crédito em conta corrente, ou não, um título executivo extrajudicial, havendo à época respeitáveis argumentos entre os oponentes.

Após muita celeuma prevaleceu na jurisprudência a impossibilidade da execução dos contratos de conta corrente, o que nos parece mais jurídico e razoável.

Contudo, na Terra de Vera Cruz, aquilo que não se consegue em juízo se modifica por meio de lei, tendo sido sacralizada a exigibilidade dos contratos de conta corrente, como se depreende pelo conteúdo do art. 26 e seguintes da Lei 10.931/04.

Nada obstante, não bastassem as questões trazidas pelos embargantes, mostrando a miscelânea jurídica que foi criada pela referida lei, que de uma só vez tratou de vários temas, em duvidosa e irregular técnica legislativa que contraria a própria Lei Complementar n.º 95/98, reguladora da questão legislativa, como se lê em sua ementa (*Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, e n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.*), existem outros problemas que precisam ser resolvidos.

Não há apenas uma irregularidade formal do ponto de vista da melhor técnica legislativa. Há uma irregularidade substancial, pois a nova lei fere a boa lógica processual.

O Legislador parece desconhecer, ou ignora pura e simplesmente, toda a dificuldade jurisprudencial de anos e anos no sentido de reconhecer que um contrato de conta corrente não pode ser líquido, certo e determinado, ressalvado para uma das partes, a quem os números imediatos beneficiam. Da mesma forma, não há um título de crédito



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

com relação ao qual o devedor é obrigado a aceitar os “cálculos” apresentados pelo credor.

Com o devido respeito, o disposto no **art. 28, caput (especialmente** a seguinte questão: “[...] *seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos de conta corrente [...]*”), e **nos §§ 1.º e 2.º (especificamente:** “Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados: *os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação; os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei; os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida; os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido; quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia; as obrigações a serem cumpridas pelo credor; a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º; outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei”. E, ainda, “Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que: os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos *extratos* da conta corrente ou nas *planilhas* de cálculo, que serão *anexados à Cédula*, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a *incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto*”), da referida lei representam uma **carta branca ao credor**, e somente a ele, de estipular o quanto quiser, segundo seus próprios cálculos, seus próprios extratos, suas próprias planilhas, seus próprios encargos.*

Nada mais inadequado à *teoria geral do contrato*. Ou o contrato passou a ter apenas um ator, *superpoderoso*, transformando o contrato naquilo que os antigos chamavam de **leonina societas**? Também nada mais inadequado à *teoria geral do processo executivo*.

E mais, tais estipulações são feitas antes ou depois da dívida já estar elevada? A lei estabelece, por exemplo, que se trata de um título de crédito *emitido* em



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

favor de uma instituição financeira, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade (art. 26).

Onde fica a *autonomia da vontade* se a assinatura da Cédula for feita para consagrar uma dívida já existente e não para estipular um crédito inicial?

De tudo quanto foi dito, o problema maior é a alienação à instituição financeira do poder de concretizar a dívida isoladamente, segundo seus cálculos, planilhas e extratos, sem a participação do devedor.

A crítica contundente é feita pelos professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, no sentido de que: “Continuam e persistem os mesmos defeitos verificados quanto àqueles contratos de abertura de crédito: a) o título, nada obstante a norma conferir-lhe eficácia executiva, não é executivo porque lhe falta liquidez; b) a liquidação do título, feita por planilha ou juntada de extratos, continua a ser unilateral, apenas por parte do credor; c) a lei admite liquidação unilateral quando se tratar de título judicial (CPC, 475-N), que já pode aparelhar, diretamente, ação de execução – que se efetiva por meio do instituto do *cumprimento da sentença* (CPC 475-I) –, porquanto não mais existe a liquidação de sentença por cálculo do contador: o credor, assim reconhecido por sentença judicial, pode elaborar a planilha e dar início à execução. Esse sistema, entretanto, só é válido para a sentença, depois de ter havido intervenção judicial e ampla defesa, mas não pode ser válido para títulos extrajudiciais, deixando-se nas mãos do credor, unilateralmente, a criação do *conteúdo* do título.”<sup>1</sup>

Da mesma forma, há, segundo os citados professores, inconstitucionalidade *formal e material*. A primeira por ofensa ao devido processo legislativo, nos termos da Lei Complementar n.º 95/98. E a segunda, por transformar, por meio de uma abstração, um título flagrantemente ilíquido em líquido por definição<sup>2</sup>, ou, como se dizia no Brasil mais antigo, fazendo-o *por decreto*.

Não se pode ignorar que integram os tipos de contrato em exame a existência de uma *conta corrente* na qual ficam estipulados o uso efetivo do crédito, mediante execução continuada de entradas e saídas, ingressos e egressos, que ficam definidos no extrato da conta, registrando uma relação de dever e haver. Na coluna dos deveres estão incluídos os valores egressos, que estavam à disposição do cliente, mais as comissões e juros remuneratórios do contrato. Para que o contrato fique exatamente caracterizado como título executivo, seria necessário que, além do extrato da conta corrente, reprodução gráfica dos deveres e haveres, da assinatura de duas testemunhas, estejam definidos previamente todos os encargos a que está sujeita a remuneração do contrato, de maneira insofismável, sem insegurança para os contratantes.

Ou, como dizem os professores: “Só será título *legitimamente* líquido se contiver valor certo em seu corpo (e não em extratos e demonstrativos criados unilateralmente pelo credor), e tiver sido assinado em preto pelo devedor.”<sup>3</sup>

É uma quimera acreditar que os extratos fornecidos pelo Banco respeitem estes mandamentos de segurança e de certeza. É preciso que a remuneração seja certa, predeterminada, insofismável, não sujeita a oscilações, que lhe retirem a certeza quanto aos encargos e a liquidez quanto ao débito.

<sup>1</sup> Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 10ª edição, 2007, São Paulo, RT, p. 988.

<sup>2</sup> *Idem*, pp. 988/989.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 989.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

Não se pode compactuar com a insegurança no plano do processo de execução, que exige que o título contenha especificação de pagar quantia determinada.

De onde se retirar liquidez de contratos com remuneração tão incerta, tão duvidosa quanto ao objeto do direito.

Se não há liquidez decorrente de simples cálculos aritméticos feitos por uma única parte, mas insegurança no tocante à incidência dos encargos remuneratórios ou moratórios. Para Araken de Assis, “quanto ao título executivo extrajudicial, ele ou é líquido, e, portanto, título; ou não é líquido, e, por isso, refoge ao gabarito de título executivo.”<sup>4</sup>

Não basta que exista um registro da conta corrente, pura e simplesmente, é curial que o registro exprima, mostre com exatidão os encargos, o seu substrato, sem possibilidade de dúvidas. E que ele não exprima apenas a visão de uma das partes.

No mais, com efeito, do ponto de vista objetivo, a questão *sub judice* estaria limitada à possibilidade, ou não, de capitalização dos juros bancários, impugnado indiretamente, em especial no que toca ao contrato feito entre as partes, uma *cédula de crédito bancário* (págs. 112/127).

Por isso, mesmo que o *thema decidendum* seja aparentemente restrito, é necessária uma análise da questão pela exposição minuciosa de cada uma das partes que a compõe, como pugnava o poeta Ezra Pound em seu “manual da didática poundiana”<sup>5</sup>. Para Pound,

“O MÉTODO adequado para o estudo da poesia e da literatura é o método dos biólogos contemporâneos, a saber, exame cuidadoso e direto da matéria e contínua COMPARAÇÃO de uma 'lâmina' ou espécime com outra.”<sup>6</sup>

Às questões de direito nos parece de muita relevância o referido método, para que seja possível deslindar ou desnudar as várias faces de que se reveste o conflito jurídico. Várias são as lâminas para olhar o fato e a relação jurídica. Não foi possível estudar todas existentes, só as reputadas essenciais. No final, ver-se-á que a questão da medida provisória será determinante para o resultado da causa.

Dentre as lâminas estão a *revisão contratual*, a *natureza do contrato* e a sua *remuneração*, a veiculação por uma *cédula de crédito bancário*, os *princípios do direito contratual*, e os *juros compostos*, sua introdução no ordenamento jurídico por meio de uma *medida provisória* jamais convertida em lei, a sua *inconstitucionalidade*, as irregularidades constitutivas da *norma*, a falta de *causa jurídica*, e, por fim, o relevante tema da *justiça econômica*.

Os temas são vastos e complexos. Tentei ser braquilógico no exame de cada um. Não consegui. Todos precisam ser esmiuçados e esclarecidos. Os vários assuntos não terão a mesma profundidade, pois o momento não é oportuno para esgotá-los.

<sup>4</sup> Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, Editora Revista dos Tribunais, 5.ª edição, São Paulo, 1998, p. 125.

<sup>5</sup> Augusto de Campos, “As antenas de Ezra Pound”. In: POUND, Ezra. *Abc da literatura*. Editora Cultrix, São Paulo, organização e apresentação da edição brasileira de Augusto de Campos, tradução de Augusto de Campos e de José Paulo Paes, p. 9.

<sup>6</sup> Ezra Pound, *Abc da literatura*. Editora Cultrix, São Paulo, organização e apresentação da edição brasileira de Augusto de Campos, tradução de Augusto de Campos e de José Paulo Paes, p. 23.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

Em primeiro lugar, olhando as lâminas à nossa disposição para o exercício da *prudentia* (*phrônesis*, para os gregos) a **revisão contratual por meio de embargos à execução** é possível, como forma de modificar os termos abusivos do contrato.

Não apenas por ser uma relação jurídica tutelada pelo *direito do consumidor*, nos termos dos arts. 1.º, 2.º, 3.º, § 2.º, 6.º, V, e 51, da Lei 8.078/90, mas também por justificativas doutrinárias seculares, além de constitucionais, legais e jurisprudenciais que afastam a rigidez da regra *pacta sunt servanda* em busca de equidade, equilíbrio e justiça na elaboração e no cumprimento do contrato, conforme as *teorias da imprevisão* e da *onerosidade excessiva*<sup>7</sup>, e base nos “ditames da justiça social”, observados os princípios da “função social da propriedade” e da “defesa do consumidor”, nos termos do art. 170 da Constituição Federal.

A *cláusula da imprevisão*, atribuída a Bártolo de Sassoferrato, entre os séculos XIV a XVI fixada, pode ser resumida assim: “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”<sup>8</sup>.

Em verdade, as regras *rebus sic stantibus* e *pacta sunt servanda* não estão muito distantes no tempo. Foram os *canonistas medievais* que inventaram a regra *pacta sunt servanda*<sup>9</sup>. Da pré-história contratual manifestada na *aliança* e na *troca*, desconhecido no *direito romano*, onde se forjou a noção de contrato, o *respeito à palavra dada* passou de regra moral cristã a conceito jurídico preciso. Sua formulação inicial era *pax servetur, pacta custodiantur*.

“Foi no século XIII que essa regra moral se transformou em obrigação jurídica. Em 1212, a *Glossa Ordinaria* do Decreto de Graciano atribui uma força jurídica à obrigação de respeitar as simples convenções e a acompanhou de uma ação”<sup>10</sup>, segundo Alain Supiot. Frente ao Deus não é possível mentir. Do antigo adágio romano *ex nudo pacto, actio non nascitur*, passou-se a outro rifão *ex nudo pacto, actio oritur*. O Garante universal da palavra dada será o Deus dos cristãos. Só a partir das Luzes é que o Estado passará a ser o Terceiro garantidor das trocas. Conforme Supiot, “Passamos de uma cultura religiosa, em que a palavra do fiel era colocada sob a égide da lei divina, para uma cultura laica em que o indivíduo racional se compromete sob a égide do Estado.”<sup>11</sup>.

O Estado é, portanto, o garantidor dos contratos e a lei feita por ele “funde a personalidade daqueles que contratam”, dando “força à palavra deles”<sup>12</sup>.

Contudo, embora a **palavra** mereça respeito, a **justiça** dos contratos é ainda mais digna de reverência. Gostaríamos que este fosse o cume da *civilidade jurídica*, mas enormes forças do retrocesso tentam nos conduzir para o que Pierre Legendre chamou de *refeudalização dos vínculos sociais*, e dos contratos<sup>13</sup>.

Pretende-se o enfraquecimento do **Estado** e da **lei** usando o **Estado** e a **lei**, para que não sejam os garantes da *igualdade*, da *liberdade* e da *personalidade jurídica do*

<sup>7</sup> Orlando Gomes, “Introdução ao problema da revisão dos contratos”, *Transformações gerais do direito das obrigações*, Editora RT, São Paulo, 1967, pp. 45/63.

<sup>8</sup> Darcy Bessone, *Teoria geral do contrato*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 275.

<sup>9</sup> Alain Supiot, *Homo juridicus - Ensaio sobre a função antropológica do direito*, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2007, pp. 114/115.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>11</sup> *Idem*, pp. 117/118.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 119.

<sup>13</sup> *Idem*, pp. 124/135.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

*homem*, e “questões (que) há pouco tempo (estavam) a cargo da lei são remetidas ao contrato e à negociação. As leis se esvaziam de regras substanciais em proveito de regras de negociação.”<sup>14</sup>

Conforme Alain Supiot, “o Estado hoje se destaca, na cena internacional, como obstáculo para as trocas. Instituições novas disputam com ele esse papel de Garante quando se trata de dizer a lei das trocas ou de guardar a moeda. As instituições internacionais que têm a identidade e a missão garantidas por um credo econômico (OMC, OCDE, Banco Mundial, Banco Europeu, FMI, Comissão de Bruxelas) adquiriram o essencial do poder material (conceder créditos) e espiritual (propagar a fé nas virtudes da livre-troca). Sob a égide delas, a liberdade de contratar mais além das fronteiras precede ao respeito devido às leis nacionais. E os Estados são convidados a dismantelar todas aquelas que, por organizar solidariedades 'locais' (serviços públicos, mútuos, auxílios públicos), parecem ser um obstáculo para a livre-troca dos produtos, dos serviços e dos capitais. As organizações encarregadas do 'social' (OIT, Unesco, OMS etc) não têm, em compensação, de distribuir dinheiro nem certezas e não param de revisar suas ambições para baixo. Ontem ainda se tratava de fazer todos os homens terem acesso ao bem-estar ocidental; hoje se concentram nas reivindicações mínimas que foram as dos primeiros filantropos sociais do século XIX: isolar as epidemias, proibir o trabalho forçado, limitar o trabalho infantil...”<sup>15</sup>

Enquanto “O contrato, sob a forma canônica, vincula pessoas iguais que subscrevem livremente a obrigações geralmente recíprocas”<sup>16</sup>, o modelo pretendido, com diversas alterações, produz a “emergência de contratos de um novo tipo. Seu objeto primordial não é trocar determinados bens nem selar uma aliança entre iguais, mas legitimar o exercício de um poder. A dinâmica do princípio da igualdade, que sustenta o Ocidente há dois séculos, leva a substituir, na medida do possível, o exercício unilateral do poder pelo contrato, o unilateral pelo bilateral, o heterônimo pelo autônomo. Mas, invadindo as terras da heteronomia, o Direito Contratual se impregna delas e se torna instrumento de sujeição das pessoas.”<sup>17</sup>

É bom esclarecer desde o início que a cláusula *rebus sic stantibus* não pode se submeter ao mero cálculo de utilidade como na teoria do *efficient breach of contract*<sup>18</sup>. A revisão do contrato não se dá por um cálculo de interesses individuais por conveniência, que desconsidere simplesmente a palavra dada para pagar *perdas e danos* e só, mas para trazer *justiça* a uma convenção que não a viu ou que a perdeu durante a sua execução.

A Medida Provisória 2.170-36/2001 está inserida nesta senda de *deslegitimação da lei e desconfiguração do Estado* como Terceiro garantidor das trocas econômicas por meio de *leis igualitárias*. Ele abandona o dever de preservar “aspectos incalculáveis da vida humana”<sup>19</sup> como a *igualdade*, a *dignidade*, a *democracia* e a *república laica*, os *direitos e garantias fundamentais*, o *meio ambiente*, a *infância*, a *liberdade de pensamento crítico*, os *direitos culturais locais*, a *solidariedade*, a *confiança entre pessoas e instituições*, e, atualmente, a *emancipação de mulheres, transexuais e*

<sup>14</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>15</sup> *Idem*, pp. 124/125.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 129.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 129.

<sup>18</sup> *Idem*, pp. 134/135.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 127.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

gays, a preservação dos *caracteres genéticos* e das *características antropológicas únicas dos povos originários, das plantas e dos animais preexistentes, o direito de defesa, a privacidade dos investigados, a humanidade dos presos* e, porque não, a *desmilitarização da política interna e externa*, além de outros direitos que acrescem cotidianamente o rol dos Direitos Humanos, os quais, contudo, após inventados<sup>20</sup>, jamais retrocederão até que seja materializada a *Aufklärung* desenvolvida na *oitava proposição* da filosofia da história de Immanuel Kant (“*Pode-se considerar a história da espécie humana, em seu conjunto, como a realização de um plano oculto da natureza para estabelecer uma constituição política (Staatsverfassung) perfeita interiormente e, quanto a este fim, também exteriormente perfeita, como o único estado no qual a natureza pode desenvolver plenamente, na humanidade, todas as suas disposições.*”<sup>21</sup>). Uma *polisfera*, situada entre a *noosfera* inventada por Pierre Teilhard de Chardin<sup>22</sup> e a *biosfera* constatada por Vladimir I. Vernadsky<sup>23</sup>.

É certo que Kant admitiu o uso da guerra para se atingir a paz duradoura que ele preconizava<sup>24</sup>. E que, hoje, muitos fazem desta sua “*inocência transcendental*”<sup>25</sup>, uma mola para forçar o fim da história por meio de decretos imperiais, e, assim, implantar no mundo um “*estado de emergência* como objetivo da paz perpétua”<sup>26</sup>, como se vê na tirada orwelliana certa (palavras de Paulo Arantes) de Gore Vidal: *Perpetual war for perpetual peace*<sup>27</sup>.

Temos plena consciência das dificuldades e do elevado grau de ingenuidade da proposta<sup>28</sup>. Mas, e se a Constituição universal vier pelo amor, pelo saber e pelo sabor? E se vier pela cultura, arte e ciência, e não pela “*regressão do estado de direito em nome do direito*”<sup>29</sup> e a “*banalização da injustiça social*”<sup>30</sup>? Temos alternativas? Ou “*só nos resta esperar que o outro dos dois 'Poderes Celestes', o eterno Eros, desdobre suas forças para se afirmar na luta com seu não menos imortal adversário. Mas quem pode prever com que sucesso e com que resultado?*”<sup>31</sup>

Para isso, os educadores devem ser educados na prática transformadora para

<sup>20</sup> Lynn Hunt, *A invenção dos direitos humanos; uma história*, tradução de Rosaura Eichenbert, Editora Companhia das Letras, São Paulo, 2009.

<sup>21</sup> Immanuel Kant, *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*, organização de Ricardo R. Terra, tradução de Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra, comentários de Ricardo R. Terra, Gérard Lebrun e José Arthur Giannotti, Brasiliense, São Paulo, 1986, p. 20.

<sup>22</sup> *O fenômeno humano*, Editora Cultrix Ltda., introdução, tradução e notas de José Luiz Archanjo, São Paulo, 1995.

<sup>23</sup> *The Biosphere*, A Peter N. Nevraumont Book/Copérnicus/Springer-Verlag, 1997, Complete annotated edition, traduzido para o inglês por David B. Langmuir.

<sup>24</sup> Immanuel Kant, *Começo conjectural da história humana*, Cadernos de Filosofia Alemã, n.º 13, jan.-jun., 2009, p. 122. Acesso em 7 de junho de 2017. Disponível em: <<http://ficem.ffe.usp.br/sites/ffe.usp.br/files/Comecoconjetural.Pdf>>

<sup>25</sup> Paulo Arantes, “Notícias de uma guerra cosmopolita”, *Extinção*, Boitempo, São Paulo, 2007, p. 86.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>27</sup> Gore Vidal, *Perpetual War for Perpetual Peace: How We Got to Be So Hated*, Nove Iorque, Thunder's Mouth Press/Nation Book, 2002.

<sup>28</sup> José Luís Fiori, “A 'grande transformação' do fim do século XX” e “Estranha forma de governar o mundo”, *O poder global*, Boitempo Editorial, São Paulo, 2007, pp. 49/53 e pp. 103/106.

<sup>29</sup> Paulo Arantes, *op. cit.*, p. 70.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 94.

<sup>31</sup> Sigmund Freud, *O mal-estar na civilização*, tradução de José Octávio de Aguiar Abreu, Rio de Janeiro, 1997, p. 112.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

poderem eliminar, com a experiência sensível, as contradições do conjunto das relações sociais, com o fim de gerar os frutos de uma nova “sociedade humana ou a humanidade socializada”<sup>32</sup>

Não há cálculo racional de apropriação sobre o humanamente incalculável. Os cálculos de utilidade do Capital não suprimem a densidade invariável desse “estranho ímpar” (poema *Igual-desigual*)<sup>33</sup> que é o homem, na qualidade de *homo juridicus*.

Alain Supiot nos recorda que, de acordo com Hannah Arendt, em *As origens do totalitarismo*, “o primeiro passo essencial na estrada que leva à dominação total consiste em matar no Homem a pessoa jurídica.”<sup>34</sup> Apenas um *Estado-garantia*, uma *lei-protetora* e um *povo-cidadão* que se defenda e proteja os dois primeiros podem evitar a barbárie do descrédito da política e do desvalor das leis<sup>35</sup>.

Vamos à lâmina das **medidas provisórias**.

Por uma via oblíqua, a possibilidade de capitalização dos juros bancários foi adotada pela Medida Provisória 1.963-17, que, após inúmeras reedições, redundou na Medida Provisória 2.170-36/2001, também reeditada várias vezes, e que até hoje não foi convertida em lei. Tudo o que é dito vale, também, para a Medida Provisória 2.160-25, de 23 de agosto de 2001, que, indevidamente, “criou” a cédula de crédito bancário.

Mas porque oblíqua?

Porque as *fontes primárias do direito positivo* são as **leis**, não as **medidas provisórias** enquanto tais, em razão dos seus pressupostos constitucionais de adoção, que possuem dimensões espaço-temporais delimitadoras. O art. 5.º, *caput*, e seu inciso II, da Constituição Federal, são provas irrefutáveis da escolha constituinte do Estado de Direito Brasileiro. *Todos são iguais perante a lei e ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. As justificativas utilitárias, calculadas no sentido de que o Governo precisa de instrumentos prontos para inovar o direito de acordo com as suas conveniências, que confunde as vontades de um Governo qualquer com as do “próprio Estado”<sup>36</sup>, são, *data venia*, desastrosas para a democracia material que temos para edificar. Coloca-se uma insegurança atroz para o cidadão e jurisdicionado. Passamos do *princípio da legalidade*, o “ponto de partida inegável” usado pelo jurista para “identificar o direito objetivamente”<sup>37</sup> a um inseguro, suspeito, incerto, obscuro, impreciso e equívoco *princípio da provisoriedade*, capaz de nos dar toda sorte de ingratas e dolorosas surpresas.

Se os poderes do Estado formam um indistinto “poder político que gera o Direito”<sup>38</sup>, pois, consorciados ou coligados ou conluiados, se confundiriam uns com os outros na maneira egoísta de ver o mundo, não há possibilidade de respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana expressos na **lei**, necessariamente genérica e abstrata, que passa a ser manipulada segundo o querer dos mandatários de plantão e não

<sup>32</sup> Karl Marx, “Teses sobre Feuerbach”, *Textos de Karl Marx e Friedrich Engels*, vol. 1, Edições Sociais, São Paulo, 1977, p. 120.

<sup>33</sup> Carlos Drummond de Andrade, *A paixão medida* (1980), *Poesia completa*, vol. II, Ed. Nova Aguilar, Rio de Janeiro, 2001, p. 1207.

<sup>34</sup> Supiot, *op. cit.*, pp. 124/125.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 135.

<sup>36</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*, Editora Malheiros, São Paulo, 2007, p. 207.

<sup>37</sup> Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 5.ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2007, pp. 94 e 95.

<sup>38</sup> Marco Aurélio Sampaio, *op. cit.*, p. 209.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

conforme o razoável e o justo. Desaparecem as “garantias institucionais” previstas na Constituição, “cuja existência e funcionamento representam, objetivamente, isto é, sem a atribuição necessária de direitos subjetivos, uma garantia do indivíduo perante o Estado, sobretudo o Estado legislador.”<sup>39</sup>

Foram descumpridos o *primado da lei* e a *separação de poderes*. Sem que o povo perceba e reaja democraticamente, os *mandatários* usurpam-lhe a *soberania*. Não há *direito positivado* regular, mas o abusivo *poder de fato* sobre o *fazer* e o *dizer* o *direito*.

Lei e medida provisória estão próximas, mas são coisas distintas. Embora façam parte do *processo legislativo* pela Constituição, há nítida inadequação tópica, como notou José Afonso da Silva. A inclusão no art. 59 da CF ocorreu indevidamente, após a aprovação do texto final<sup>40</sup>.

A *medida provisória* não se origina do processo legislativo. É um ato jurídico emanado do Poder Executivo (“tem natureza jurídica de ato de governo”<sup>41</sup> ou “ato político-normativo”<sup>42</sup>) que pode, ou não, ser convalidado, pois está submetido ao crivo do Congresso Nacional, e é proveniente do conceito de *estado de necessidade*<sup>43</sup>, além de rigorosa e severamente circundado pelo sintagma *relevância e urgência*.

Pela grave e amarga lembrança, não se pode esquecer que o *estado de necessidade* está ligado de forma umbilical ao conceito de *estado de exceção*. E que o *estado de exceção*, como fartamente visto no século passado e se vê no atacado e no varejo da política nacional e mundial, especialmente nas pesquisas de Giorgio Agamben<sup>44</sup>, não é um bom conselheiro legislativo. Muito ao contrário, não há mais dúvidas possíveis quanto a isso.

A “proteção” da democracia por meio de “exceções” redundante, no final, sempre, como sabido e a história tem mostrado, em regimes autocráticos, ditatoriais ou totalitários. Para Agamben, “uma ‘democracia protegida’ não é uma democracia”<sup>45</sup>.

Para que não seja só retórica, a democracia deve acatar a sugestão de Dante Alighieri, no *De monarchia*: “quem se propõe a alcançar o objetivo de direito, deve proceder conforme o direito [*quicumque finem iuris intendit cum iure graditur*]” (II, 5, 22). A ideia de que uma suspensão do direito pode ser necessária ao bem comum é estranha ao mundo medieval<sup>46</sup>, completa Agamben.

O conceito jurídico de *necessidade* possui uma longa história. O adágio *necessitas legem non habet* remonta também a um *Decretum* de Graciano. Trata-se de uma fórmula para tornar lícito o ilícito (*si propter necessitatem aliquid fit, allud licite fit: quia quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Item necessitas legem non habet*<sup>47</sup>). Para Giorgio Agamben, “Mais do que tornar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como

<sup>39</sup> Fábio Konder Comparato, *Direito público: estudos e pareceres*, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, p. 268.

<sup>40</sup> José Afonso Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, Editora Malheiros, São Paulo, 2004, p. 522.

<sup>41</sup> Marco Aurélio Sampaio, *op. cit.*, p. 22.

<sup>42</sup> Danilo Mansano Barioni, *Medidas provisórias*, Editora Pillares, São Paulo, 2004, p. 64.

<sup>43</sup> José Levi Mello do Amaral Júnior, “Comentário ao art. 62”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, 1.ª edição, pp. 1146/1148.

<sup>44</sup> Giorgio Agamben, *Estado de exceção*, tradução de Iraci D. Poleti, Editora Boitempo, São Paulo, 2004.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 40.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção.”<sup>48</sup> Segundo o pensador europeu, Tomás de Aquino interpretou a passagem como uma maneira de o príncipe dispensar a lei: “A teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação de observância da lei.”<sup>49</sup>

Por muito oportuno, é importante mencionar de forma rápida o papel de Graciano, doutor da Igreja e professor de direito em Bolonha, citado duas vezes não por coincidência. No início do capitalismo, a aliança entre o Papado com os grandes mercadores forjou, pelo estudo e recuperação dos vetustos estatutos do direito romano, a “ideologia jurídica dos mercadores”<sup>50</sup>.

Fechado o parêntese, em meio ao *zeitgeist* autoritário da época, muitos juristas contribuíram para o desenvolvimento de uma *teoria do estado de necessidade*. Como mostra Agamben<sup>51</sup>, Santi Romano teve precedência, dizendo até que a necessidade seria fonte do direito<sup>52</sup> em si, parte do *ius involuntarium*, junto com os princípios gerais e os costumes<sup>53</sup>. Com base no aforismo *salus rei publicae suprema lex*, não haveria limites para o *status necessitatis* “(como na fórmula *Not kennt kein Gebot*, usada pelo chanceler prussiano Bethmann-Hollweg e retomada no livro homônimo, de Josef Kohler [1915]), mas também para os juristas, de Jellinek a Duguit, que veem na necessidade o fundamento da validade dos decretos com força de lei emanados do executivo no estado de exceção.”<sup>54</sup>

Não é por outra razão que a Constituição autoritária de 1937 introduziu a *lei delegada* e o *decreto-lei* no ordenamento jurídico pátrio. Foi a época da redescoberta do letal “princípio autoritário”<sup>55</sup>, de baixa mística, conforme disse Albert Camus sobre o *Führerprinzip*, “qui restaure dans le monde du nihilisme une idolâtrie et un sacré dégradé.”<sup>56</sup> É oportuno observar que, conforme Agamben, no mesmo 1937 “um estudioso alemão”<sup>57</sup> escreveu que “o conceito fundamental do direito público em nossos Estados modernos autoritários, não só literalmente, mas também do ponto de vista do conteúdo, só é compreensível a partir do direito romano do período do principado (Venger, 1937-39, vol. I, p. 152)”<sup>58</sup>.

Mesmo após as várias tragédias provocadas pelo niilismo ocidental, o consórcio *poder econômico/poder político*, com seus soldados, incautos, ou não, apropriou-se do *princípio autoritário* para reprimir a democracia em seu fluir natural, em descrédito e em perigo, pois hoje é só formal. Seus pontos de apoio constitucional estão relativizados, o voto popular traído e os poderes selvagens liberados.

<sup>48</sup> *Idem*, pp. 40/41.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>50</sup> Michael E. Tigar e Madeleine R. Levy, *O direito e a ascensão do capitalismo*, tradução de Ruy Jungmann, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1978, p. 111.

<sup>51</sup> Agamben, *op. cit.*, p. 31.

<sup>52</sup> *Idem*, pp. 43/44.

<sup>53</sup> Santi Romano, *Princípios de direito constitucional*, tradução de Maria Helena Diniz, Editora RT, São Paulo, 1977, pp. 119/120 e 348/349.

<sup>54</sup> Agamben, *op. cit.*, p. 43.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 124.

<sup>56</sup> Albert Camus, *L'homme révolté*, Éditions Gallimard, 2007, p. 233.

<sup>57</sup> Agamben, *op. cit.*, p. 124.

<sup>58</sup> *Idem*, *ibidem*.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

Hoje a ficção da *auctoritas principis* foi juridicamente desmascarada. Não é mais possível simular cegueira. É o momento oportuno (*kairos*) da humanidade para que o *princípio democrático* recupere os espaços políticos e jurídicos perdidos, aproveitando o vácuo de legitimidade do sistema atual, sem revoluções violentas, mas com consciências apuradas para, em cada caso, identificar imediatamente e desarmar “l'appareil”<sup>59</sup> de Estado voltado contra nós e que nos impede o futuro. O Estado é para o *bem* e não para o *mal* dos humanos. É relativamente fácil identificar o *mal nas instituições*. Não é preciso ser um Mário Schenberg para vê-lo.

Conforme Agamben, “A contiguidade essencial entre estado de exceção e soberania foi estabelecida por Carl Schmitt em seu livro *Politische Theologie* (Schmitt, 1922).”<sup>60</sup> Disse Carl Schmitt: “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção.”<sup>61</sup> Para Agamben, esta contiguidade atingiu hoje o seu pleno desenvolvimento<sup>62</sup>. É nosso dever exigir *extremo cuidado* para se “decretar” o *estado de necessidade*, demonstrar com nitidez a presença de *relevância* e *urgência* para *medidas provisórias*. Uma democracia de verdade prescinde da indução artificial de *zonas de anomia no direito* para “tornar possível a normatização efetiva do real”<sup>63</sup>.

Em suas “análises em direção a uma teoria geral do estado de exceção”<sup>64</sup>, Agamben mostrou com extraordinária clareza que “o caráter original do poder”<sup>65</sup> biopolítico que tomou a Europa de assalto “deriva da suspensão ou da neutralização da ordem jurídica – isto é, em última instância, do estado de exceção.”<sup>66</sup>

As *medidas provisórias* brasileiras dão razão a Giorgio Agamben. Sem o *fato extraordinário prévio*, identificado na sua altitude, latitude, longitude e duração, elas suspendem a ordem constitucional com fundamento na ficção da *auctoritas*, e com isso neutralizam a garantia da *lei* e prescindem da *necessidade*.

Mantendo a sua base mítico-autoritária, para o filósofo, “O sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo e jurídico em sentido estrito – que podemos inscrever aqui, por comodidade, sob a rubrica de *potestas* – e um elemento anômico e metajurídico – que podemos designar pelo nome de *auctoritas*. O elemento normativo necessita do elemento anômico para poder ser aplicado, mas, por outro lado, a *auctoritas* só pode se afirmar numa relação de validação ou de suspensão da *potestas*. Enquanto resulta da dialética entre esses dois elementos em certa medida antagônicos, mas funcionalmente ligados, a antiga morada do direito é frágil e, em sua tensão para manter a própria ordem, já está sempre num processo de ruína e decomposição. O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última instância, articular e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indecidibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *potestas*. Ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia – sob a forma da *auctoritas*,

<sup>59</sup> Camus, *op. cit.*, p. 233.

<sup>60</sup> Agamben, *op. cit.*, p. 11.

<sup>61</sup> Carl Schmitt, *Teologia política*, tradução de Inês Lohbauer, Editora Scritta, São Paulo, 1996, p. 87.

<sup>62</sup> Agamben, *op. cit.*, p. 53.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 129.

<sup>66</sup> *Idem*, *ibidem*.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

da lei viva ou da força-de-lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida. Enquanto os dois elementos permanecem ligados, mas conceitualmente, temporalmente e subjetivamente distintos – como na Roma republicana, na contraposição entre Senado e povo, ou na Europa medieval, na contraposição entre poder espiritual e poder temporal –, sua dialética – embora fundada sobre uma ficção – pode, entretanto, funcionar de algum modo. Mas, quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal.”<sup>67</sup> Nesta advertência final reside o grande perigo do *princeps legibus solutus*.

A maior crítica que se pode fazer a certa doutrina<sup>68</sup> é a pregação que faz sobre a perversão constitucional que é o *presidencialismo de coalizão* para interpretar as medidas provisórias brasileiras. Ela colide frontalmente com as conclusões no sentido de que é justamente a “confusão entre atos do poder executivo e atos do poder legislativo” uma “das características essenciais do estado de exceção”<sup>69</sup>. Para o filósofo, “O caso limite dessa confusão é o regime nazista em que, como Eichmann não cansava de repetir, 'as palavras do Führer têm força-de-lei [*Gesetzeskraft*]’.”<sup>70</sup>

Com base na infausta experiência alemã, Friedrich Müller demonstrou que lá, “como no Brasil atual, *situação normal e situação de estado de sítio misturam-se* com a progressiva decadência do art. 48, § 3.º, da Constituição de Weimar, bem como do art. 62 da Constituição Brasileira – criando um sub-reptício estado de exceção que corre o risco de se tornar crônico.”<sup>71</sup>

A propósito da exceção institucionalizada, Walter Benjamin, uma das mais lúcidas vítimas do nazismo, na tese VIII do seu seminal *Sobre o conceito da história* nos coloca diante do mais grave problema político de nossa era. Algo que, segundo Michael Löwy, prenunciou os horrores de Auschwitz e Hiroshima<sup>72</sup>. O texto de Benjamin antecipa os grandes e os pequenos horrores de nossa época.

Na sua profética exploração, Benjamin demonstrou que, em verdade, “A tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção' em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX 'ainda' sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual

<sup>67</sup> *Idem*, p. 130/131.

<sup>68</sup> Marco Aurélio Sampaio, *op. cit.*

<sup>69</sup> Agamben, *op. cit.*, p. 60.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>71</sup> Friedrich Müller, “As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs”, *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 350.

<sup>72</sup> Michel Löwy, *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses Sobre o conceito de história*, tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, tradução das teses de Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller, Editora Boitempo, São Paulo, 2005, p. 87.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

emana semelhante assombro é insustentável.”<sup>73</sup>

O século XXI persistirá no erro? O esclarecimento de todos será, doravante, a vereda para o **não**.

Ao estudar a tese VIII de Walter Benjamin, Michael Löwy explica que ele confronta duas concepções de história. A “confortável doutrina 'progressista', para a qual o progresso histórico, a evolução das sociedades no sentido de mais democracia, liberdade e paz, é a norma, e aquela que ele afirma ser seu desejo, situada do ponto de vista da tradição dos oprimidos, para a qual a norma, a regra da história é, ao contrário, a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores.”<sup>74</sup> Para a primeira delas, o fascismo seria “uma exceção à regra do progresso, uma 'regressão' inexplicável, um parêntese na marcha avante da humanidade. Para a segunda, a expressão mais recente e mais brutal do 'estado de exceção permanente' que é a história da opressão de classe.”<sup>75</sup>

Então, o problema do fascismo, sem as “ilusões progressistas”<sup>76</sup>, segundo Benjamin, é que ele não é uma pausa pontual na marcha civilizatória dos homens, mas um problema intimamente ligado “à sociedade industrial/capitalista contemporânea”<sup>77</sup>, e para Benjamin, o “*verdadeiro* estado de exceção” é uma sociedade sem classes, sem a dominação de uns por outros.

A interpretação da *medida provisória* deve olhar *história e significado* do sintagma *força-de-lei* (muito de força, nada de lei), e outras mistificações do estado de exceção que Agamben explora, para que evitemos que as *peças autoritárias* assumam *poderes autoritários*, que dominem e ultrapassem o todo, que é representado pelo *povo soberano*, integrado e igual, sem a cisão biopolítica fundamental entre *incluídos*, com a vida protegida, e *excluídos*, submetidos à vida nua<sup>78</sup>.

Tomada a expressão de Jacques Derrida, é premente fazer a “crítica da ideologia jurídica”<sup>79</sup>. A interpretação dada às *medidas provisórias* e o esquecimento a respeito da história e significado do sintagma *força de lei*, a despeito de sua severidade, mostra que é verdadeira a visão generalizada de que há uma distância enorme que separa a cultura filosófica da cultura jurídica hoje, sendo visível a “decadência da segunda”<sup>80</sup>.

Giorgio Agamben nos esclarece que *força de lei* “vincula-se a uma longa tradição no direito romano e no medieval, onde (pelo menos a partir da *Dig. De legibus I, 3: legis virtus hac est: imperare, vetare, permittiere, punire*) tem o sentido geral de eficácia, de capacidade de obrigar. Na época moderna, no contexto da Revolução Francesa, ele começa a indicar o valor supremo dos atos estatais expressos pelas assembleias representativas do povo. No art. 6 da Constituição de 1791, *force de loi*

<sup>73</sup> Walter Benjamin, “Sobre o conceito de história”, *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*, tradução de Sérgio Paulo Rouanet, Editora Brasiliense, São Paulo, 1994, p. 226.

<sup>74</sup> Löwy, *op. cit.*, p. 83.

<sup>75</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 86.

<sup>77</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>78</sup> Giorgio Agamben, “O que é um povo?”, *Meios sem fim: notas sobre a política*, tradução de Davi Pessoa Carneiro, Autêntica Editora, 1.ª edição, Belo Horizonte, 2015, pp. 35/40.

<sup>79</sup> Jacques Derrida, “Do direito à justiça”, *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, tradução de Leyla Perrone-Moisés, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 23.

<sup>80</sup> Giorgio Agamben, *Estado de exceção*, p. 59.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

designa, assim, a intangibilidade da lei, inclusive em relação ao soberano, que não pode anulá-la nem modificá-la. Nesse sentido, a doutrina moderna distingue a *eficácia* da lei, que decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos, e *força de lei*, que, ao contrário, é um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei (como é o caso da constituição) ou de força inferior a ela (os decretos e regulamentos promulgados pelo executivo).<sup>81</sup>

Esclarece que “é determinante que, em sentido técnico, o sintagma 'força de lei' se refira, tanto na doutrina moderna quanto na antiga, não à lei, mas àqueles decretos – que têm justamente, como se diz, força de lei – que o poder executivo pode, em alguns casos – particularmente, no estado de exceção – promulgar. O conceito 'força-de-lei', enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua 'força'. Assim, quando, em Roma, o príncipe começa a obter o poder de promulgar atos que tendem cada vez mais a valer como leis, a doutrina romana diz que esses atos têm 'vigor de lei' (Ulp. D. I, 4, I: *quod principi placuit legis habet vigorem*; com expressões equivalentes, mas em que a distinção formal entre lei e constituição do príncipe é sublinhada, Gaio escreve: *legis vicem obtineat*, e Pomponio: *pro lege servatur*).<sup>82</sup>

É interessante que Hannah Arendt reconheça a tradição do Direito Romano, que pensava *potestas in populo, auctoritas in senatu*, e que o poder “no Império Romano não estava mais nas mãos do povo, tendo sido monopolizado pela família imperial”<sup>83</sup>, mas não una os pontos para o fato de que a tradição desviante da *auctoritas principis* ainda hoje burle a diferença crucial de origem, por meio da santimônia delusória da democracia formal.

Diz Agamben que, ainda “do ponto de vista técnico, o aporte específico do estado de exceção não é tanto a confusão entre os poderes, sobre o qual já se insistiu bastante, quanto o isolamento da 'força de lei' em relação à lei. Ele define um 'estado da lei' em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem 'força') e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua 'força'. No caso extremo, pois, a 'força-de-lei' flutua como um elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana). O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força-de-lei *(com um X sobre lei)*). Tal força-de-lei, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por meio da qual o direito busca se atribuir a sua própria anomia.”<sup>84</sup>

Temos o exemplo clichê no Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, de baixíssima mística, subscrito por só três ungidos<sup>85</sup>, o Comando Supremo da Nação. É o

<sup>81</sup> *Idem*, pp. 59/60.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 60.

<sup>83</sup> Hannah Arendt, “Que é autoridade”, *Entre o passado e o futuro*, tradução de Mauro W. Barbosa, Editora Perspectiva, São Paulo, 1972, p. 169.

<sup>84</sup> Agamben, *Estado de exceção*, p. 60.

<sup>85</sup> A Junta Militar, formada pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

lado místico da violência instituidora que “se legitima por si mesma”<sup>86</sup>, de “autoridades” sem “poder legítimo de estabelecer normas jurídicas”<sup>87</sup>. Ontem e hoje, o “direito pátrio” é profícuo em profligar o Direito por meio de atos com “força de lei”.

Agamben assevera quanto à questão, ao concluir sua pesquisa, que: “A política sofreu um eclipse duradouro porque foi contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se reduz simplesmente a poder de negociar com o direito. Ao contrário, verdadeiramente política é apenas aquela ação que corta o nexo entre violência e direito. E somente a partir do espaço que assim se abre, é que será possível colocar a questão a respeito de um eventual uso do direito após a desativação do dispositivo que, no estado de exceção, o ligava à vida. Teremos então, diante de nós, um direito 'puro', no sentido em que Benjamin fala de uma língua 'pura' e de uma 'pura' violência. A uma palavra não coercitiva, que não comanda e não proíbe nada, mas diz apenas ela mesma, sem relação com um objetivo. E, entre as duas, não um estado original perdido, mas somente o uso e a práxis humana que os poderes do direito e do mito haviam procurado capturar no estado de exceção.”<sup>88</sup>

É necessário um “contramovimento” de contrapoder popular que, sabedor do seu funcionamento, desarme a “ficção central” que articula e move a “máquina biopolítica” e, assim, restabeleça a “política”, nas palavras de Agamben postas num mosaico de sentido. Para o filósofo, “No campo das tensões de nossa cultura, agem, portanto duas forças opostas: uma que institui e que põe e outra que desativa e depõe. O estado de exceção constitui o ponto da maior tensão dessas forças e, ao mesmo tempo, aquele que, coincidindo com a regra, ameaça hoje torná-las indiscerníveis. Viver sob o estado de exceção significa fazer a experiência dessas duas possibilidades e entretanto, separando a cada vez as duas forças, tentar, incessantemente, interromper o funcionamento da máquina que está levando o Ocidente para a guerra civil mundial.”<sup>89</sup>

Da forma como caminhamos nos dias de hoje, o *Angelus Novus*, de Paul Klee, anuncia um novo desastre por vir, como viu Walter Benjamin. No papel de *anjo da história*, conforme a “projeção de seus próprios sentimentos”<sup>90</sup>, na tese IX, Benjamin o vê diante do horror, de olhos “escancarados”, “boca dilatada” e “asas abertas” frente a uma “tempestade” vindo em sua direção. Para Michel Löwy, é a alegoria que simboliza e que prenunciou Auschwitz e Hiroshima.

Walter Benjamin diz que “O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não

<sup>86</sup> Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1969.

<sup>87</sup> Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, Editora Polis, Universidade de Brasília, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 1991, p. 61. Bobbio não trata da questão discutida, mas a citação é válida para mostrar o sistema de produção da *norma jurídica normal*, digamos, não da *norma anormal* que temos produzido.

<sup>88</sup> Agamben, *Estado de exceção*, p. 133.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>90</sup> Löwy, *op. cit.*, p. 88.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso.”<sup>91</sup>

Estamos “condenados à eterna volta da mesma punição”<sup>92</sup>, como Sísifo e Tântalo? Talvez Jano<sup>93</sup> seja a melhor opção neste momento da história humana, para tirar do nosso horizonte a catástrofe anunciada. Para além de “poliarquias plenas”<sup>94</sup>, só relativa ou incompletamente democráticas, nos referimos a Arthur Koestler, que criou uma espécie de *Tractatus Logico Hierarchicus*, no qual Jano, o deus romano de duas faces, dotado de “rara prudência que tornava o passado e o futuro sempre presentes a seus olhos”<sup>95</sup>, é a vedete. Partindo das conclusões de Ludwig von Bertalanffy, fundador da Teoria Geral dos Sistemas<sup>96</sup>, no sentido de que “A organização hierárquica por um lado e as características dos sistemas abertos por outro são princípios fundamentais da natureza viva”<sup>97</sup>, Koestler pleiteia por uma *holarquia* de *holons* (entidades Jano, ou seja, bifrontes, que têm tanto as propriedades independentes do todo como as dependentes das partes), na qual cada pessoa deverá ser um *cybernitos* (timoneiro) autoconsciente em *coincidentia oppositorum* com os demais, na busca por equilíbrio entre as tendências sociais autoafirmativas e integrativas.

É oportuno dizer que para Hannah Arendt, no prefácio à primeira edição da sua obra espetacular, *As origens do totalitarismo*, no verão de 1950, pouco tempo depois da *catástrofe*, “sem a realidade fictícia dos movimentos totalitários, nos quais – pelo louvor da força por amor à força – as incertezas de nosso tempo acabaram sendo desnudadas com clareza sem par, poderíamos ter sido levados à ruína sem jamais saber o que estava acontecendo.”<sup>98</sup> Estamos hoje diante do mesmo e grave problema.

Valendo-se de uma grande massa de reflexões anteriores, dos fragmentos de Benjamin à desconstrução de Derrida e às conclusões de Agamben formou-se algo como a *síntese evolucionista* de 1940<sup>99</sup>, ou diríamos com Charles Sanders Pierce, que houve uma *terceiridade* (“aspecto compulsivo que se impõe a nós”<sup>100</sup>). Ernst Mayr, um dos artífices da *síntese evolucionista*, esclareceu que, “Embora Darwin tenha apresentado em 1859 com grande detalhe, em *Origem das espécies*, os princípios do darwinismo, foram necessários

<sup>91</sup> Benjamin, *op. cit.*, p. 226.

<sup>92</sup> Löwy, *op. cit.*, p. 90.

<sup>93</sup> Arthur Koestler, *Jano: uma sinopse*, tradução de Ayako Deola e Nestor Deola, Editora Melhoramentos, São Paulo, 1981, e *O fantasma da máquina*, tradução de Christiano Monteiro Oiticica e Hesiodo de Queiros Facó, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1969.

<sup>94</sup> Robert A. Dahl, *Poliarquia: participação e oposição*, tradução de Celso Mauro Paciornik, 1.ª edição, São Paulo, Editora USP, 2005, p. 31.

<sup>95</sup> P. Commelin, *Mitologia grega e romana*, Editora Martins Fontes, tradução de Eduardo Brandão, São Paulo, 1997, p. 165.

<sup>96</sup> Ludwig von Bertalanffy, *Teoria geral dos sistemas*, Editora Vozes, tradução de Francisco M. Guimarães, Petrópolis/RJ, 2008.

<sup>97</sup> Arthur Koestler, *Jano: uma sinopse*, p. 300.

<sup>98</sup> Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo*, tradução de Roberto Raposo, Companhia das Letras, São Paulo, 2012, p. 13.

<sup>99</sup> Ernst Mayr, *Biologia, ciência única*, tradução de Marcelo Leite, prefácio de Drauzio Varella, Companhia das Letras, São Paulo, 2005, p. 150. Ernst Mayr, *Isto é biologia: a ciência do mundo vivo*, tradução de Cláudio Ângelo, Companhia das Letras, São Paulo, 2008, pp. 260/262.

<sup>100</sup> Décio Pignatari, *Semiótica e literatura*, Ateliê Editorial, 6.ª edição, Cotia, São Paulo, 2004, p. 45.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

outros oitenta anos para que os biólogos o aceitassem plenamente”<sup>101</sup>.

Tal qual a compreensão darwiniana da evolução das espécies, antevista ao mesmo tempo por dois homens, Charles Robert Darwin e Alfred Russel Wallace, e a *síntese evolucionista* que se seguiu com a colaboração de muitos cientistas, o *fenômeno jurídico* que engendrou a grande catástrofe política mundial só foi compreendido após décadas, por uma sequência curta, lógica e direta de pensamentos.

Do ponto de vista gnosiológico, esta compreensão deverá ser vista como o fim do ciclo de vida do *mal nas instituições*. Não é mais admissível. Em três saltos de consciência, descortinou-se, inofismável, o fato indiscutível de que a suspensão da ordem jurídica é injustificável por todos os meios. A violência, real ou simbólica, que a instaura é anticonstitucional por natureza.

Benjamin anteviu as contradições do par *violência/poder* no direito. Derrida as adensou. E Agamben sepultou a *hybris* (“desmesura”<sup>102</sup>) institucional no contexto do autoritarismo, sendo compulsório esclarecer o papel da *pleonexia* (“desejo de possuir mais do que os outros, mais do que a parte que lhe cabe, de possuir a totalidade”)<sup>103</sup> no reaparecimento do princípio autoritário.

Doravante, os textos de Jacques Derrida e Giorgio Agamben serão usados para compreender e expor todas as provas deixadas por Walter Benjamin ao confrontar Carl Schmitt. Benjamin e Schmitt debateram à distância sobre o estado de exceção<sup>104</sup>. Agamben compreende a “teoria schmittiana da soberania como uma resposta à crítica benjaminiana da violência”<sup>105</sup>. Ele revela que em 1921, Walter Benjamin escreveu um artigo na *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, que Carl Schmitt lia e com a qual colaborava<sup>106</sup>.

O artigo, traduzido entre nós como “Crítica da violência: crítica do poder”<sup>107</sup>, diz o filósofo, tem o objetivo de “garantir a possibilidade de uma violência (o termo alemão *Gewalt* significa também simplesmente 'poder') absolutamente 'fora' (*ausserhalb*) e 'além' (*jenseits*) do direito e que, como tal, poderia quebrar a dialética entre violência que funda o direito e violência que o conserva (*rechtsetzend und rechtserhaltende Gewalt*). Benjamin chama essa outra figura da violência de 'pura' (*reine Gewalt*) ou de 'divina' e, na esfera humana, de 'revolucionária'. O que o direito não pode tolerar de modo algum, o que sente como uma ameaça contra a qual é impossível transigir, é a existência de uma violência fora do direito; não porque os fins de tal violência sejam incompatíveis com o direito, mas 'pelo simples fato de sua existência fora do direito' (Benjamin, 1921, p. 183). A tarefa da crítica benjaminiana é provar a realidade (*Bestand*)

<sup>101</sup> Mayr, *Biologia, ciência única*, p. 133.

<sup>102</sup> Jean-Pierre Vernant, *Origens do pensamento grego*, tradução de Manuela Torres, Editorial Teorema, Lisboa, 1987, p. 95.

<sup>103</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>104</sup> Agamben, *Estado de exceção*, pp. 83/98.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>106</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>107</sup> Walter Benjamin, “Crítica da violência – crítica do poder”, *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*, seleção e apresentação, de Willi Bolle, tradução de Celeste H. M. Ribeiro de Souza *et al.*, São Paulo, Cultrix, Ed. da USP, 1986, pp. 160/175.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

de tal violência:

Se à violência for garantida uma realidade também além do direito, como violência puramente imediata, ficará demonstrada igualmente a possibilidade de violência revolucionária, que é o nome a ser dado à suprema manifestação de violência pura por parte do homem. (Ibidem, p. 202)

O caráter próprio dessa violência é que ela não põe nem conserva o direito, mas o depõe (*Entsetzung des Rechts* [ibidem]) e inaugura, assim, uma nova época histórica. No ensaio, Benjamin não nomeia o estado de exceção, embora use o termo *Ernstfall* que, em Schmitt, aparece como sinônimo de *Ausnahmestand*. Porém, um outro termo técnico do léxico schmittiano está presente no texto: *Entscheidung*, decisão. O direito, escreve Benjamin, 'reconhece a decisão espacial e temporalmente determinada como uma categoria metafísica' (Ibidem, p. 189); mas, na realidade, esse reconhecimento só corresponde

a peculiar e desmoralizante experiência da indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos [*die seltsame und zunächst entmutigende Erfahrung von der letzten unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme*] (Ibidem, p. 196).<sup>108</sup>

Enquanto Benjamin “visava assegurar a existência de uma violência pura e anômica, para Schmitt trata-se, ao contrário, de trazer tal violência para um contexto jurídico. O estado de exceção é o espaço em que ele procura capturar a ideia benjaminiana de uma violência pura e inscrever a anomia no corpo mesmo do *nomos*. Segundo Schmitt, não seria possível existir uma violência pura, isto é, absolutamente fora do direito, porque, no estado de exceção, ela está incluída no direito por sua própria exclusão. O estado de exceção é, pois, o dispositivo por meio do qual Schmitt responde à afirmação benjaminiana de uma ação humana inteiramente anômica.”<sup>109</sup>

Agamben nos revela que em *Politische Theologie*, Schmitt abandonou a distinção entre poder constituinte e poder constituído, que “era a base da ditadura soberana, para substituí-la pelo conceito de decisão. A substituição só adquire seu sentido estratégico se for considerada como um contra-ataque à crítica benjaminiana. A distinção entre violência que funda o direito e violência que o conserva – que era o alvo de Benjamin – corresponde de fato, literalmente, à oposição schmittiana; e é para neutralizar a nova figura de uma violência pura, que escapa à dialética entre poder constituinte e poder constituído, que Schmitt elabora sua teoria da soberania. A violência soberana na *Politische Theologie* responde à violência pura do ensaio benjaminiano por meio da figura de um poder que não funda nem conserva o direito, mas o suspende. No mesmo sentido, é em resposta à ideia benjaminiana de uma indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos que Schmitt afirma a soberania como lugar da decisão extrema. Que esse lugar não seja externo nem interno ao direito, que a soberania seja, desse ponto de vista, uma *Grenzbegriff*, é a consequência necessária da tentativa schmittiana de neutralizar a violência pura e garantir a relação entre a anomia e o contexto jurídico. E assim como a violência pura, para Benjamin, não poderia ser reconhecida como tal através de uma decisão (*Entscheidung* [ibidem, p. 203]), também para Schmitt

é impossível estabelecer, com absoluta certeza, os momentos em que se está diante de um caso de necessidade ou representar, do ponto de vista do conteúdo, o que pode acontecer se realmente se trata do caso de necessidade e de sua eliminação (Schmitt, 1922, p. 12)

<sup>108</sup> Agamben, *Estado de exceção*, pp. 84/85.

<sup>109</sup> *Idem*, pp. 85/86.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

porém, por uma inversão estratégica, é justamente essa impossibilidade que funda a necessidade da decisão soberana.”<sup>110</sup>

Nesta *Luta de gigantes em busca de um vazio* entre Benjamin e Schmitt, na senda trilhada por Agamben, o diálogo prosseguiu, e resultou numa descoberta. Para o filósofo, “A descrição benjaminiana do soberano barroco no *Trauerspielbuch* pode ser lida como uma resposta à teoria schmittiana da soberania. Sam Weber observou com muita perspicácia como, no momento mesmo em que cita a definição schmittiana da soberania, Benjamin introduz-lhe uma 'ligeira, mas decisiva modificação' (Weber, 1992, p. 152). A concepção barroca da soberania, escreve ele, 'desenvolve-se a partir de uma discussão sobre o estado de exceção e atribui ao príncipe, como principal função, o cuidado de excluí-lo (*den auszuschliessen* [Benjamin, 1928, p. 245])'. O emprego de 'excluir' em substituição a 'decidir' altera sub-repticiamente a definição schmittiana no gesto mesmo com que pretende evocá-la: o soberano não deve, decidindo sobre o estado de exceção, incluí-lo de modo algum na ordem jurídica: ao contrário, deve excluí-lo, deixá-lo fora dessa ordem. O sentido dessa modificação substancial só se torna claro nas páginas seguintes, graças à elaboração de uma verdadeira teoria da 'indecisão soberana'; mas exatamente aqui se faz mais estreito o entrecruzamento entre leitura e contraleitura. Se, para Schmitt, a decisão é o elo que une soberania e estado de exceção, Benjamin, de modo irônico, separa o poder soberano de seu exercício e mostra que o soberano barroco está, constitucionalmente, na impossibilidade de decidir.

A antítese entre soberano [*Herrscher*] e a faculdade de exercê-lo [*Herrscher*] deu ao drama barroco um caráter peculiar que, entretanto, apenas aparentemente é típico do gênero, e sua explicação não é possível senão com base na teoria da soberania. Trata-se da capacidade de decidir do tirano [*Entschlussfähigkeit*]. O príncipe, que detém poder de decidir sobre o estado de exceção, mostra, na primeira oportunidade, que a decisão para ele é quase impossível (Ibidem, p. 250)

A cisão entre o poder soberano e seu exercício corresponde exatamente à cisão entre normas do direito e normas de realização do direito, a qual, no livro *Die Diktatur*, era a base da ditadura comissária. Ao contra-ataque com que Schmitt – ao responder, na obra *Politische Theologie*, à crítica benjaminiana da dialética entre poder constituinte e poder constituído – havia introduzido o conceito de decisão, Benjamin responde criticando a distinção schmittiana entre a norma e sua realização. O soberano, que, a cada vez, deveria decidir a respeito da exceção, é precisamente o lugar em que a fratura que divide o corpo do direito se torna irrecuperável: entre *Macht* e *Vermögen*, entre o poder e seu exercício, abre-se uma distância que nenhuma decisão é capaz de preencher. Por isso, por meio de um novo deslocamento, o paradigma do estado de exceção não é mais, como na *Politische Theologie*, o milagre mas, sim, a catástrofe. 'Como antítese do ideal histórico da restauração, frente a ele [ao barroco] está a ideia de catástrofe. E sobre esta antítese se forja a teoria do estado de exceção' (ibidem, p. 246).”<sup>111</sup>

Há uma “drástica redefinição da função soberana” da parte de Benjamin, que “implica uma situação diferente do estado de exceção”<sup>112</sup>. Em verdade, para Benjamin, “O barroco conhece um *eschaton*, um fim do tempo; mas, como Benjamin esclarece, imediatamente, esse *eschaton* é vazio, não conhece redenção nem além e

<sup>110</sup> *Idem*, pp. 86/87.

<sup>111</sup> *Idem*, pp. 87/88.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 89.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

permanece imanente ao século:

O além é vazio de tudo o que tem o menor sinal de um sopro de vida terrena, e o barroco lhe retira e se apropria de uma quantidade de coisas que escapavam tradicionalmente a toda figuração e, em seu apogeu, ele as exhibe claramente para que o céu, uma vez abandonado, vazio de seu conteúdo, esteja um dia em condições de aniquilar a terra com catastrófica violência. (Ibidem)

É essa 'escatologia branca' – que não leva a terra a um além redimido, mas a entrega a um céu absolutamente vazio – que configura o estado de exceção do barroco como catástrofe. E é ainda essa escatologia branca que quebra a correspondência entre soberania e transcendência, entre monarca e Deus que definia o teológico-político schmittiano. Enquanto neste último 'o soberano [...] é identificado com Deus e ocupa no Estado exatamente a mesma posição que, no mundo, cabe ao deus do sistema cartesiano' (Schmitt, 1922, p. 260), em Benjamin, o soberano 'fica fechado no âmbito da criação, é senhor das criaturas, mas permanece criatura' (Benjamin, 1928, p. 264).<sup>113</sup> Como se depreende da conclusão, o estado de exceção “não aparece mais como o limiar que garante a articulação entre um dentro e um fora, entre a anomia e o contexto jurídico em virtude de uma lei que está em vigor em sua suspensão: ele é, antes, uma zona de absoluta indeterminação entre anomia e direito, em que a esfera da criação e a ordem jurídica são arrastadas em uma mesma catástrofe.”<sup>114</sup>

Para Agamben, a tese VIII de Walter Benjamin é o “documento decisivo no dossiê Benjamin-Schmitt”<sup>115</sup>. Diz o filósofo: “Que o estado de exceção se tenha tornado a regra não é uma simples radicalização daquilo que, em *Trauerspielbuch*, aparecia como sua indecidibilidade. É preciso não esquecer que Benjamin, assim como Schmitt, estava diante de um Estado – o Reich nazista – em que o estado de exceção, proclamado em 1933, nunca foi revogado. Na perspectiva do jurista, a Alemanha encontrava-se, pois, tecnicamente em uma situação de ditadura soberana que deveria levar à abolição definitiva da Constituição de Weimar e à instauração de uma nova constituição, cujas características fundamentais Schmitt se esforça por definir numa série de artigos escritos entre 1933 e 1936. Mas o que Schmitt não podia aceitar de modo algum era que o estado de exceção se confundisse inteiramente com a regra. Em *Die Diktatur*, já afirmara que era impossível definir um conceito exato de ditadura quando se olha toda ordem legal 'apenas como uma latente e intermitente ditadura' (Schmitt, 1921, p. XIV). Realmente, a *Politische Theologie* reconhecia sem restrições o primado da exceção à medida que torna possível a constituição da esfera da norma; mas se a regra, nesse sentido, 'vive apenas da exceção' (Schmitt, 1922, p. 22), o que acontece quando exceção e regra se tornam indiscerníveis? Do ponto de vista schmittiano, o funcionamento da ordem jurídica baseia-se, em última instância, em um dispositivo – o estado de exceção – que visa a tornar a norma aplicável suspendendo, provisoriamente, sua eficácia. Quando a exceção se torna a regra, a máquina não pode mais funcionar. Nesse sentido, a indiscernibilidade entre norma e exceção, enunciada na oitava tese, deixa a teoria schmittiana em situação difícil. A decisão soberana não está mais em condições de realizar a tarefa que a *Politische Theologie* lhe confiava: a regra, que coincide agora com aquilo de que vive, se devora a si mesma. Mas essa confusão entre a exceção e a regra era exatamente o que o Terceiro Reich havia realizado

<sup>113</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>114</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>115</sup> *Idem, p. 90.*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

de modo concreto, e a obstinação com que Hitler se empenhou na organização de seu 'Estado dual' sem promulgar uma nova constituição é a prova disso (nesse sentido, a tentativa de Schmitt de definir a nova relação material entre Führer e o povo no Reich nazista estava condenada ao fracasso).<sup>116</sup>

A propósito, o fato de existir uma **medida provisória** com mais de 20 anos de idade configura o *estado de exceção* de corpo e alma.

Com a tese VIII, Benjamin desconstrói as teorias de Schmitt. “Toda ficção de um elo entre violência e direito desapareceu aqui: não há senão uma zona de anomia em que age uma violência sem nenhuma roupagem jurídica. A tentativa do poder estatal de anexar-se à anomia por meio do estado de exceção é desmascarada por Benjamin por aquilo que ela é: uma *fictio iuris* por excelência que pretende manter o direito em sua própria suspensão como força-de-lei (*com um X sobre lei*). Em seu lugar, aparecem agora guerra civil e violência revolucionária, isto é, ação humana que renunciou a qualquer relação com o direito.”<sup>117</sup>

Agamben ilumina o que “está em jogo no debate entre Benjamin e Schmitt sobre o estado de exceção”. Para o filósofo italiano, “A discussão se dá numa mesma zona de anomia que, de um lado, deve ser mantida a todo custo em relação com o direito e, de outro, deve ser também implacavelmente libertada dessa relação. O que está em questão na zona de anomia é, pois, a relação entre violência como código da ação humana. Ao gesto de Schmitt que, a cada vez, tenta reinscrever a violência no contexto jurídico, Benjamin responde procurando, a cada vez, assegurar a ela – como violência pura – uma existência fora do direito.”<sup>118</sup>

Nas palavras de Walter Benjamin, citado por Derrida, *etwas Morches im Recht* – há “algo de podre no âmago do direito”<sup>119</sup>. Indo além, Jacques Derrida diz que “Há algo de carcomido ou de podre no direito, algo que o condena ou o arruína de antemão. O direito está condenado, arruinado, em ruína, ruinoso, se pudermos arriscar uma sentença de morte com respeito ao direito, sobretudo quando se trata, nele, da pena de morte. E é num trecho sobre a pena de morte que Benjamin fala daquilo que está 'podre' no direito. Se há greve e direito de greve em toda interpretação, há também ali guerra e *pólemos*. A guerra é outro exemplo dessa contradição interna do direito. Há um direito de guerra (Schmitt se queixará de que ele já não seja reconhecido como a própria possibilidade da política). Esse direito comporta as mesmas contradições que o direito de greve. Aparentemente, sujeitos de direito declaram guerra para sancionar violências cujos objetivos parecem naturais (o outro quer apoderar-se de um território, de bens, de mulheres; ele quer minha morte, eu o mato). Mas essa violência guerreira, que se assemelha ao 'banditismo' fora da lei (*raubende Gewalt*), manifesta-se sempre *no interior* da esfera do direito. É uma anomalia *no interior* da juridicidade com que parece romper. A ruptura da relação é, aqui, a relação. A transgressão está diante da lei.”<sup>120</sup>

Derrida explora quando Benjamin invoca as sociedades ditas primitivas que celebravam o “tratado de paz”, o que desnuda o fato de “que a guerra não era um

<sup>116</sup> *Idem*, pp. 90/91.

<sup>117</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>118</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>119</sup> Jacques Derrida, “Prenome de Benjamin”, *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, tradução de Leyla Perrone-Moisés, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 90.

<sup>120</sup> *Idem*, pp. 90/91.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

fenômeno natural”<sup>121</sup> e que “Nenhuma paz se conclui sem o fenômeno simbólico de um cerimonial. Este lembra que já havia algo de cerimonial na guerra.”<sup>122</sup>. Ademais, “Depois da cerimônia da guerra, a cerimônia da paz significa que a vitória instaura um novo direito. E a guerra, que passa pela violência originária e arquetípica (*ursprüngliche und urbildliche*) visando a fins naturais, é de fato uma violência fundadora de direito (*rechtsetzende*). A partir do momento em que se reconhece o caráter positivo, estabelecido (*setzende*) e fundador de outro direito, o direito moderno recusa, ao sujeito individual, todo direito à violência. O frêmito de admiração popular diante do 'grande criminoso' se dirige ao indivíduo que porta em si, como nos tempos primitivos, os estigmas do legislador ou do profeta.”<sup>123</sup>

A diferença entre as violências (a *fundadora*, que decorre do “poder instituinte”, e a *conservadora*, proveniente do “poder mantenedor do direito”<sup>124</sup>) exige de Benjamin que leve a termo a crítica de ambas, debruçando-se sobre problemas jurídicos modernos, como a greve geral e o serviço militar.

Para Derrida, “Encontramos aqui um *double bind* ou uma contradição, que podemos assim esquematizar. Por um lado, parece *mais fácil* criticar a violência fundadora, já que ela não pode ser justificada por nenhuma legalidade preexistente, e parece portanto selvagem. Mas por outro lado, e nessa virada consiste todo o interesse desta reflexão, é *mais difícil*, mais ilegítimo criticar a mesma violência fundadora, já que não podemos fazê-la comparecer diante da instituição de nenhum direito preexistente: ela não reconhece o direito existente no momento em que funda um outro. Entre os dois termos dessa contradição, há a questão daquele *instante revolucionário* inapreensível, daquela *decisão excepcional* que não pertence a nenhum *continuum* histórico e temporal, mas no qual, apesar disso, a fundação de um novo direito *joga*, por assim dizer, com algo de um direito anterior que ela estende, radicaliza, deforma, metaforiza ou metonimiza, e essa figura é também uma contaminação. Ela apaga ou embaralha a distinção pura e simples entre fundação e conservação. Ela inscreve a iterabilidade na originariedade, e é o que chamarei de desconstrução em obra, em plena negociação: nas próprias 'coisas' e no texto de Benjamin. Enquanto não nos damos os meios teóricos ou filosóficos para pensar essa co-implicação da violência e do direito, as críticas habituais permanecem ingênuas e inconsequentes. Benjamin não esconde seu desdém pelas reclamações do ativismo pacifista e pelas proclamações de 'anarquismo pueril', que desejariam poupar ao indivíduo qualquer constrangimento. A referência ao imperativo categórico ('Age de tal modo que, em tua pessoa como na de qualquer outro, uses sempre da humanidade como fim, jamais como meio'), por mais incontestável que seja, não permite nenhuma crítica da violência. O direito, em sua própria violência, pretende reconhecer e defender a dita humanidade como fim, na pessoa de cada indivíduo. Uma crítica puramente moral da violência seria, pois, tão injustificada quanto impotente. Não se pode, pela mesma razão, criticar a violência em nome da liberdade, daquilo que Benjamin chama de 'informe liberdade' (*gestaltlose Freiheit*), isto é, em suma, uma liberdade puramente formal, uma forma vazia, segundo um veio hegeliano-marxista que está longe de estar ausente ao longo dessa meditação. Faltam pertinência e eficácia a esses ataques contra a violência, porque eles permanecem

<sup>121</sup> *Idem*, p. 91.

<sup>122</sup> *Idem*, pp. 91/92.

<sup>123</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>124</sup> Benjamin, “Crítica da violência – crítica do poder”, p. 166.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

estranhos à essência jurídica da violência, à 'ordem do direito'. Uma crítica eficaz deve incidir sobre o próprio corpo do direito, sua cabeça e seus membros, sobre as leis e usos particulares que o direito toma sob a proteção de sua potência (*Macht*). Essa ordem é tal que existe um único destino, um destino ou uma história únicas (*nur ein einziges Schicksal*). Este é um dos conceitos maiores, mas também dos mais obscuros do texto, quer se trate do próprio destino ou de sua absoluta unicidade. O que existe, o que tem consistência (*das Bestehende*) e o que ameaça, ao mesmo tempo, o que existe (*das Drohende*) pertencem 'inviolavelmente' (*unverbrüchlich*) à mesma ordem, e essa ordem é inviolável porque é única. Só pode ser violada *nela mesma*. A noção de ameaça parece aqui indispensável. Mas ela continua sendo também difícil de delimitar, pois a ameaça não vem de fora. O direito é, ao mesmo tempo, ameaçador e ameaçado por ele mesmo. Essa ameaça não é nem a intimidação nem a dissuasão, como creem os pacifistas, os anarquistas ou os ativistas. A lei mostra-se ameaçadora à maneira do destino. Para aceder ao 'sentido mais profundo' da indeterminação (*Unbestimmtheit*) da ameaça do direito (*der Rechtsdrohung*), será necessário meditar, mais tarde, sobre a essência do destino que está na origem desta ameaça.”<sup>125</sup>.

A crítica de Benjamin à violência-poder é para sublimar o direito, visto por ele “sob uma luz ética tão ambígua”<sup>126</sup>, com o fim de estabelecer uma não-violenta “regulamentação de interesses humanos conflitantes”<sup>127</sup>. Para Benjamin, as “relações entre pessoas particulares fornecem muitos exemplos. Um acordo não-violento encontra-se em toda parte, onde a cultura do coração deu aos homens meios puros para se entenderem. [...] A atenção do coração, a simpatia, o amor pela paz, a confiança e outras qualidades a mais são seu pressuposto subjetivo.”<sup>128</sup> E do ponto de vista objetivo, cremos, *demos* e *nomos*, isto é, a *soberania popular* e a *soberania da lei* precisam ocupar os seus devidos lugares na cultura jurídica do país.

Pedimos vênias pelas longas transcrições dos textos dos autores citados, mas as premissas lógicas, sociais e históricas da *força de lei* e do *estado de exceção* não são simples digressões sem finalidade prática, mas fatores essenciais para os propósitos da decisão. E não há meio de trazer as contribuições de tais autores sem que sejam expostas com todas as letras.

A forma como os *juros compostos* e a *cédula de crédito bancário* foram postos no *ordenamento jurídico* brasileiro são a demonstração cabal de que, como disse Benjamin, entre inúmeros outros exemplos do cotidiano institucional do país, de ontem e hoje, o *estado de exceção* é a *regra* entre nós.

Exemplos clássicos vêm da leitura de *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*<sup>129</sup>. Gilberto Bercovici relembra a frase de Otto Mayer, “o fundador do direito administrativo moderno na Alemanha”: “O direito constitucional passa, o direito

<sup>125</sup> Derrida, *op. cit.*, pp. 94/96.

<sup>126</sup> Benjamin, “Crítica da violência – crítica do poder”, p. 167.

<sup>127</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>128</sup> *Idem*, p. 168.

<sup>129</sup> Edson Teles e Vladimir Safatle, organizadores, São Paulo, Editora Boitempo, 2010.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

administrativo permanece' [*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht, besteht*]”<sup>130</sup>. Isso é uma regra desde o início da redemocratização à brasileira. Embora não escrita, tem sido a divisa do Brasil mais profundo. Estamos passando de uma redemocratização incompleta para uma desdemocratização acelerada, sem termos a oportunidade de sentir o gosto doce da *igualdade política e econômica* prometidas pela Constituição de 1988.

Com tais premissas históricas, com os olhos e os ouvidos postos no passado recente, voltemos à medida provisória *sub judice*.

No caso, há insofismável e inadmissível *dispensatio*. A medida não é lei nem é provisória. É um monstro mitológico do *hades* constitucional brasileiro. Ela não teve o *devido processo legislativo* para ser vista como lei. E, de outro lado, não ocorreram os pressupostos fáticos de *relevância* e *urgência* para ser adotada como provisória.

Em verdade, o art. 5.º da MP 2.170-36/2001 juntamente com o art. 2.º da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, lembram o conto *O barril de amontilhado*, de Edgar Allan Poe<sup>131</sup>. Fortunato (a democracia) foi emparedado vivo por seu vingativo ex-amigo, Montrésor (seus representantes). A soberania popular (*demos*) e a soberania da lei (*nomos*), felizes e embriagadas no Carnaval, foram pegadas de surpresa e enclausuradas vivas, em plena juventude. O executivo forneceu os tijolos, o legislativo a argamassa. A democracia? *In pace requiescat!*, diz Poe sobre o infeliz Fortunato.

Da forma como está, o art. 2.º da EC 32/01 é a *cláusula pétrea* dos *juros compostos*. Junto aos direitos e garantias individuais, ao voto direto, secreto, universal e periódico, à forma federativa e à separação dos poderes, os *juros compostos* estão salvos da fúria revisora do legislador desatinado. A impropriedade é visível. Sequer há sutilezas. A Emenda petrificou um *psefisma*, o que era impossível de ser feito, tornando-o *constitucional* por uma “decisão soberana”, contra a racionalidade do sistema. E, por soberana omissão, o legislativo não delibera há vários anos sobre questão que a princípio era urgente. Quanto ao judiciário? Agamben também se interroga: *Quare siletis juristae in munere vestro?*

A exceção no Brasil está naturalizada. A Escravidão, ontem, e a Ditadura, hoje, são os nossos moldes patéticos. Ainda não as sublimamos. O anormal institucional é o normal. Acredito não cometer um erro de avaliação ao adotar para os nossos dias o que o crítico literário Roberto Schwarz identificou como um “sistema de impropriedades”<sup>132</sup>. Do mesmo modo que o “fato 'impolítico e abominável' da escravidão”<sup>133</sup> (do atraso e da vergonha) não se coadunava com as ideias burguesas do século XIX (supostamente do universalismo e do progresso), que não podiam ser praticadas, nem descartadas, nosso *estado de exceção* não se conforma à Constituição de 1988. Nosso discurso jurídico não passa no “teste da realidade e da coerência”<sup>134</sup>. Palavra de Schwarz, adequada, temos um “torcicolo” jurídico. Com autoritarismo prático e constitucionalismo teórico, mantivemos

<sup>130</sup> Gilberto Bercovici, “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”, a persistência da estrutura administrativa de 1967”, *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*, organizadores Edson Teles e Vladimir Safatle, São Paulo, Editora Boitempo, 2010, p. 77.

<sup>131</sup> *Os melhores contos de Edgar Allan Poe*, tradução de José Paulo Paes, São Paulo, Círculo do Livro, 1987, pp. 39/45.

<sup>132</sup> Roberto Schwarz, “As ideias fora do lugar”, *Ao vencedor as batatas*, São Paulo, Duas Cidades; Ed. 34, 2000, p. 26.

<sup>133</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>134</sup> *Idem*, p. 19.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

do mundo machadiano o fato de as liberdades fundamentais serem caprichos das classes dominantes, que, como no caso do narrador de *Memórias póstumas de Brás Cubas*, “a todo momento postula e viola a norma”<sup>135</sup>, o que pode ser visto como uma laboriosa compreensão da suspensão da lei como regra de conduta. A propósito, explica Schwarz que “a complementariedade entre instituições burguesas e coloniais esteve na origem da nacionalidade e até hoje não desapareceu por completo.”<sup>136</sup>

Nos *juros compostos* é o que ocorre. Será preciso mudar o conceito de *lei geral* para que um mero *psefisma*<sup>137</sup> (decreto) seja visto como tal. Faz parte da exceção brasileira. Sísifos e Tântalos, como lamentou Nelson Rodrigues, não há nada “mais antigo que o passado recente”<sup>138</sup>. No caso, a falta constitucional é tão flagrante quanto o “lance de basquete” do ponta Wílton, no Fla-Flu de 13/10/1968, no Estádio Mário Filho, que só a “invisibilidade do óbvio” justificaria a omissão do competente árbitro, embora fosse “cego, surdo e mudo para a evidência estarrecedora” do “sublime descaro” do “ponta tricolor”, que, com a mão, tirou a bola do “goleiro adversário”, que “saíra antes e ia agarrar”<sup>139</sup>.

Democracia e República não admitem príncipes. *Medidas provisórias* e *leis* não são sucedâneas. Os institutos diversos da *iniciativa de leis* e da *adoção de medidas provisórias* são as provas incontestes da diferença inconciliável entre elas. Não são intercambiáveis, por óbvio. Observados o *sistema republicano* e o *regime democrático*, as *medidas provisórias* exigem *fato determinado* que demande *urgência* ante a *relevância* do ocorrido (“Em caso de...”). A exigir um espaço-tempo determinado, a doutrina<sup>140</sup>, embora correta sobre os pressupostos processuais de adoção das medidas temporárias, fica restrita à literalidade do sintagma *relevância* e *urgência*, sem dizer que o imprescindível é o *fato objetivo, concreto, anterior*, que a justifica e com o qual terá rigorosa *correlação*. É uma fórmula lógico-jurídica. Só aos fatos extraordinários se aplicam as réguas da *relevância* e da *urgência* para a *normatividade provisória*.

Exemplo tétrico é a tragédia de Mariana (agora também em Brumadinho e o rio Paraopeba, especialmente), Minas Gerais, onde o rio Doce e a vida de muitas pessoas foram destruídos pelas urgências do Capital e as omissões do poder público, e onde as *condições jurídicas* de restauração precisam de rápida concepção e pronta execução. Por certo, *relevância* não é *conveniência*, e *urgência* não é *oportunidade*. A medida provisória tem seu *kairos*, e o tempo de ocasião favorável<sup>141</sup> para o ato executivo é, necessariamente, *consequente* e *correlato* a uma situação certa, localizada e identificável.

<sup>135</sup> Roberto Schwarz, *Um mestre na periferia do capitalismo: Machado de Assis*, São Paulo, Duas Cidades; Ed. 34, 2000, p. 87.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>137</sup> “Decree passed by the Assembly or, in routine business only, by the Council. From 403/2 a *psefisma* was always an enactment specific in scope and/or of limited duration, in contrast to a law (*Nomos*), which was a general rule intended to be valid for all time.” (Mogens Herman Hansen, *The Athenian democracy in the age of Demosthenes: structure, principles, and ideology*, translated by J.A. Crook, University of Oklahoma Press, Norman, 1999, p. 404).

<sup>138</sup> Nelson Rodrigues, “A invisibilidade do óbvio”, *À sombra das chuteiras imortais: crônicas de futebol*, seleção e notas de Ruy Castro, São Paulo, Companhia das Letras, 1993, p. 135.

<sup>139</sup> *Idem*, pp. 135/136.

<sup>140</sup> Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp. 162/164 (tomado como padrão).

<sup>141</sup> Gilbert Romeyer Dherbey, *Les sophistes*, PUF, Paris, 1985, p. 12.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

Não é possível que um único político, munido de sua *libido dominandi*, e um único tecnocrata substituam as discussões e deliberações dos representantes do povo sobre um assunto que diz respeito a todos os consumidores do país. *Urgência* para quê? *Relevância* para quem? O executivo não cria *necessidades* onde elas não existem, para, com Francisco de Oliveira, fabricar um “consenso imposto, ao modo das ditaduras”<sup>142</sup>.

Em respeito à independência entre as *funções* de cada Poder, ao adotar a *medida provisória*, o executivo não tem permissão para criar direitos e obrigações entre pessoas e empresas. Isso leva à perversão, excrescência e disfunção do órgão produtor de leis, que vira um apêndice, um vassalo. Mais grave ainda se tais empresas financiaram as campanhas dos políticos. Informou o jornal *Folha de São Paulo*, de 26 de novembro de 1998, que os “Bancos e outras instituições financeiras foram os principais doadores de recursos para a campanha do presidente Fernando Henrique Cardoso, com a soma de R\$ 11,074 milhões (25,7% do total de R\$ 43,022 milhões arrecadados). Em 94, os bancos já haviam sido os maiores contribuintes”<sup>143</sup>. É a perversão do princípio democrático.

A propósito, se as majorias e as minorias devem ser ambas controladas para evitar possíveis “factious combinations”, conforme reconheceu James Madison<sup>144</sup>, com maior razão um só homem não pode *imperar* sobre os demais. Contra isso, Madison recomendava remédios republicanos, não o contrário.

O executivo só pode criar heteronomia provisória para socorrer humanos “Em caso de” fatos de consequências graves, geradores de insegurança e perigo para eles. Do contrário, a conduta enfraquece o legislativo e superestima o executivo. A cautelaridade precisa de *fato*. De ordinário, o legislativo deve ser dinâmico e agir seguro da importância de suas funções para garantir que as leis sejam discutidas e elaboradas com sinceridade, isenção e equilíbrio. Uma *decisão* isolada com *força de lei* e sem um fato que a justifique escancara as portas do inferno do chamado “princípio autoritário”<sup>145</sup>.

O Capital, os políticos profissionais e os *media* redescobriram, para nossa infeliz condição pós-tudo contemporânea, que, em conjunto, podem fazer chover crises sobre a população excluída das decisões que lhe dizem respeito, e, conscientemente, elegeram a arcaica, vetusta e obsoleta *auctoritas principis* para cooptar a estrutura e a proteção do Estado. À vontade e no seu novo nicho, o Behemoth espanta a civilidade e refunda o caos da *stasis* permanente (urgência, pressa, velocidade).

É oportuno notar que, em 1997, Francisco de Oliveira já entendera bem a “face real” de “totalitarismo”<sup>146</sup> na indistinção neoliberal entre o público e o privado. A *medida provisória* em questão é o rosto da supressão da política e da democracia enquanto instâncias de desentendimento, discussão e participação de todos. No caso da medida provisória, deu-se o “entendimento” por cima, antidemocrático e inconstitucional.

A deliberação sobre se os juros aplicados aos contratos bancários devem ser

<sup>142</sup> Francisco de Oliveira, “Privatização do público, destruição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal”. In: OLIVEIRA, Francisco e PAOLI, Maria Célia, organizadores, *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global*, Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania - NEDIC, Petrópolis, RJ, Ed. Vozes, Brasília, 1999, p. 80.

<sup>143</sup> <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc26119803.htm>. Acesso em 21 de fevereiro de 2017.

<sup>144</sup> James Madison, *The Federalist Papers*, number 10, Encyclopaedia Britannica, University of Chicago, Twenty-third printing, 1980, p. 52.

<sup>145</sup> Giorgio Agamben, “Polícia soberana”, *Meios e fins: notas sobre a política*, tradução de Davi Pessoa Carneiro, Autêntica Editora, Belo Horizonte, 2015, p. 124.

<sup>146</sup> Oliveira, *op. cit.*, p. 81.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

compostos, ou não, jamais foi discutida no Parlamento. Tudo está restrito à tecnocracia, aos donos da “mercadoria” e aos seus financiados políticos. Toda a “racionalidade das decisões é fundamentalmente privada”<sup>147</sup> e há “prevalência exclusiva do mercado”<sup>148</sup>. Os outros seres do mundo jurídico ficaram de fora do festim. Os consumidores não foram ouvidos, as pequenas empresas não tiveram voz. As grandes também. Só os financistas. Faltou política, democracia e constituição. Falta direito e justiça, sobrou a exceção!

Dos sacrifícios do *estado de exceção* e suplícios da *força de lei* impostos aos brasileiros, o príncipe do poder executivo é a mais completa tradução da “anulação da política”<sup>149</sup>. Francisco de Oliveira percebeu-o logo, com fundamento no pensamento de Jacques Rancière, que, por sua vez, deixa claro aos juristas as aparências políticas e falsidades democráticas de seu mundo kafkiano de decretos, portarias, enunciados e resoluções. O conflito político real e o objeto litigioso desapareceram. Incontáveis sujeitos democráticos estão alijados da política. Há um consenso forjado por geração política espontânea, uma aparência de política num simulacro de constituição.

Para o pensamento de Rancière, “O real e sua simulação são doravante indiscerníveis, o que equivale a despedir um real que não precisa mais acontecer, estando sempre antecipado em seu simulacro.”<sup>150</sup> Diz também que “É exatamente isso o que é operado pela conjunção da proliferação midiática do visível indiferente e da ininterrupta apuração das opiniões sondadas e dos votos simulados. À aparência em geral ela opõe um regime homogêneo do visível. E, à aparência democrática do povo, ela opõe estritamente sua realidade simulada.”<sup>151</sup>

Para o filósofo francês, “Fala-se muito da extensão do Estado de direito e do campo do direito como característicos dos nossos regimes. Mas, para além da concordância sobre a ideia de que a regra é preferível ao arbitrário e a liberdade à servidão, resta saber quais fenômenos são exatamente designados por esses termos. Como cada uma das palavras implicadas na política, a palavra 'direito' é o homônimo de coisas muito diferentes: disposições jurídicas dos códigos e das maneiras de pô-las em prática, ideias filosóficas da comunidade e do que a funda, estruturas políticas do dano, modos de gestão policial das relações entre o Estado e os grupos e interesses sociais. A simples celebração do Estado de direito entra então nas cómodas abreviações que permitem, em face do não-direito dos Estados arqui-policiais, unir todos esses 'direitos' heterogêneos num único reino não-questionado do direito, feito da harmonia feliz entre a atividade legislativa do poder público, os direitos dos indivíduos e a inventividade dos escritórios de advocacia.”<sup>152</sup>

De maneira apropriada, para Rancière, “A extensão do jurídico assume, de fato, nos regimes ocidentais, duas formas principais, para cima e para baixo do poder governamental. Para cima, desenvolve-se a submissão da ação legislativa a um poder jurídico especializado, a sábios/peritos que dizem o que está conforme ao espírito da

<sup>147</sup> *Idem*, p. 69.

<sup>148</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>149</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>150</sup> Jacques Rancière, *O desentendimento - política e filosofia*, tradução de Ângela Leite Lopes, São Paulo, Editora 34, 1996, p. 107.

<sup>151</sup> *Idem*, p. 106.

<sup>152</sup> *Idem*, p. 110.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

constituição e à essência da comunidade que ela define. Saúda-se então nisso uma refundamentação da democracia com base nos princípios fundadores do liberalismo, a submissão do político, na pessoa do Estado, à regra jurídica que encarna o contrato, que coloca em comunidade as liberdades individuais e as energias sociais. Mas essa pretensa submissão do estatal ao jurídico é antes uma submissão do político ao estatal pelo viés do político, o exercício de uma capacidade de desapossar a política de sua iniciativa, pela qual o Estado se faz preceder e legitimar. Tal é o estranho modo de legitimação que as teorias à moda do Estado 'modesto' encobrem. O Estado moderno, dizem, é um Estado modesto, um Estado que devolve ao jurídico de um lado, ao social do outro, tudo o que lhes tinha tomado. Mas é menos em relação a si mesmo que à política que o Estado exerce essa modéstia. O que ele tende a fazer desaparecer, por esse tornar-se modesto, é bem menos seu aparelho que a cena política de exposição e de tratamento do litígio, a cena de comunidade que colocava juntos os mundos separados.”<sup>153</sup>

Em resumo, “o consenso, antes de ser a virtude razoável dos indivíduos e dos grupos que se põem de acordo para discutir seus problemas e compor seus interesses, é um regime determinado pelo sensível, um modo particular de visibilidade do *direito* como *arkhé* da comunidade.”<sup>154</sup>

Desaparecem, pois, os véus ainda mais fundos, como em Benjamin, Derrida e Agamben, tão clara a situação vivenciada. “Assim se afirma o ideal de uma adequação entre Estado gestor e Estado de direito pelo 'ausentamento' do *demos* e das formas do litígio ligados a seu nome e a suas diversas figuras. Uma vez despedidos os atores 'arcaicos' do conflito social, não haveria mais obstáculo para essa concordância.”<sup>155</sup> Tudo se resolve por cima. “O parceiro da pós-democracia é [...] identificado à parte existente da sociedade que a problematização envolve na solução. Daí decorre supostamente a composição das opiniões no sentido da solução que se impõe por si só como a mais racional, isto é, em definitivo como a única objetivamente possível.”<sup>156</sup>

Na *medida provisória* dos juros compostos houve supressão do litígio e do ato democrático. Além de não possuir os pressupostos fáticos de *relevância* e *urgência*, a *medida provisória* em questão é a própria cláusula contratual em benefício de um dos contratantes, o maior contribuinte das campanhas do chefe do executivo que a editou.

A cláusula imposta quebra a igualdade das partes no nascedouro, suprime a autonomia da vontade (não há vontade, mas submissão a um direito feito pelo outro), que gera o encarecimento forçado do dinheiro, a mercadoria das instituições financeiras. Com isso, todas as cadeias econômicas que precisam do financiamento bancário e da poupança das pessoas para se reproduzir encarecem em cascata. Extensão do homem, como a língua e as palavras, segundo Marshall Macluhan, “depósito do tempo e do esforço alheios”<sup>157</sup>, o dinheiro deve ser socializado e não concentrado.

Além de não dispor sobre o dano subjacente e de retirar da cena política uma das partes no conflito, os consumidores, os comerciantes e produtores financiados, a *medida provisória* é o dano político em si. Por ela, apenas duas pessoas teriam o *logos*, o

<sup>153</sup> *Idem*, p. 111.

<sup>154</sup> *Idem*, p. 110.

<sup>155</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>156</sup> *Idem*, p. 109.

<sup>157</sup> Marshall Macluhan, *Os meios de comunicação como extensões do homem*, tradução de Décio Pignatari, Editora Cultrix, São Paulo, 1974, 4.ª edição, p. 158.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

próprio *princeps* e o perito de sua confiança, os demais seriam ilógicos (sem *logos*, palavra) e afônicos (sem *phoné*, voz).

O art. 5.º MP 2.170-36/2001 e o art. 2.º da Emenda Constitucional 32/01 são a culminação da enganação democrática e do despropósito político. Burla incontestemente à república e à democracia, consumação jurídica da ditadura do executivo pela via da *força de lei*.

É cômica a pregação sobre o Estado de Direito, mas se “faz” e “respeita” uma “lei-parágrafo”, que jamais foi *lei*, e continua *provisória* mesmo depois de mais de 20 anos “tramitando”, dizem parlamentares e juriconsultos. Um portento. Hilário é alegar que o Estado deve ser mínimo, e não pode ajudar as pessoas a viver, a trabalhar e a estudar os seus filhos, fazendo jus a “coisas que são essenciais para a vida e cuja carência é, pois, insuportável: moradia, saúde, alimentação, educação e transporte”<sup>158</sup>, em busca da desejada, mas não querida, igualdade material, enquanto o “executivo” beneficia a parte mais forte do jogo econômico por meio de um mero *psefisma* (decreto).

Ao contrário de mediar de maneira independente o “conflito distributivo pela mais-valia”<sup>159</sup>, o “Estado” toma partido, e, por um *decreto* augustiniano, concede ganhos além do justo e do razoável a uma das partes envolvidas no litígio político. Sem previsão na Constituição, o executivo ganha uma “augusta”<sup>160</sup> vida dupla, subdividido-se em dois corpos, um que legisla e outro que cumpre as leis que direcionou, como se fosse juridicamente possível ser centroavante e goleiro e de times distintos que lutam por espaço na mesma grande área, mas com intenções diferentes.

Na engenharia constitucional brasileira não existe o lugar (*topos*) em que o executivo se meteu. É indevido, atópico. Para a elaboração de leis não há relação pessoal do chefe do executivo com interesses privados diretos. É uma atitude inviável por todos os poros do corpo da *biós politicós*. É inegavelmente o *principado romano*, a “forma extrema da *auctoritas*”<sup>161</sup>, redivivo, e muito perigoso. Na questão, não pode vigorar a *auctoritas* porque a posição do Presidente é resultante de um mandato popular revogável, e ele deve guardar equidistância das partes do conflito econômico. Ao contrário de Augusto, “*auctor optimi status*”<sup>162</sup>, aquele “que legitima e garante toda a vida política romana”<sup>163</sup>, o Presidente de uma República que se diz democrática só tem poderes determinados, e o dever de respeitar e cumprir as leis existentes, feitas com base na luta dos interessados dentro do garrafão universal que é a política.

Conforme Agamben, “a *auctoritas* não tem nada a ver com a *potestas* ou o *imperium* dos magistrados ou do povo.”<sup>164</sup> Conceito de difícil tratamento unitário no direito romano público e privado, a *auctoritas* está identificada no mundo moderno com a tirania e a ditadura. Agamben cita o estudioso espanhol Jesus Fueyo que, “num estudo sobre a ideia de autoridade, publicado em uma *Festgabe* pelos oitenta anos de Schmitt”, “observava que a confusão moderna entre *auctoritas* e *potestas* – ‘dois conceitos que exprimem o sentido original pelo qual o povo romano havia concebido a sua vida

<sup>158</sup> Renato Janine Ribeiro, *A democracia*, Publifolha, São Paulo, 2008, p. 45.

<sup>159</sup> Oliveira, *op. cit.*, p. 67.

<sup>160</sup> Agamben, *Estado de exceção*, p. 126.

<sup>161</sup> *Idem*, p. 125.

<sup>162</sup> *Idem*, p. 126.

<sup>163</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>164</sup> *Idem*, p. 120.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

comunitária' [...] – e sua convergência no conceito de soberania 'foram a causa da inconsistência filosófica da teoria moderna do Estado'; e acrescenta, em seguida, que essa confusão 'não é apenas acadêmica, mas está inscrita no processo real que levou à formação da ordem política moderna'.<sup>165</sup>

Para compreendê-la de forma ampla, a *auctoritas* no direito privado “é a propriedade do *auctor*, isto é, da pessoa *sui iuris* (o *pater familias*) que intervém – pronunciando a palavra *auctor fio* – para conferir validade jurídica ao ato de um sujeito que, sozinho, não pode realizar um ato jurídico válido. Assim, a *auctoritas* do tutor torna válido o ato do incapaz e a *auctoritas* do pai 'autoriza', isto é, torna válido o matrimônio do filho *in potestate*. De modo análogo, o vendedor (em uma *mancipatio*) é obrigado a assistir o comprador para validar seu título de propriedade durante um processo de reivindicação que o oponha a um terceiro.”<sup>166</sup> Segundo Agamben, “O termo deriva do verbo *augeo*: *auctor* é *is qui auget*, aquele que aumenta, acresce ou aperfeiçoa o ato – ou a situação jurídica – de um outro.”<sup>167</sup> O linguista Émile Benveniste, segundo Agamben, em seu *Vocabulário das instituições indo-europeias*, “na seção dedicada ao direito [...] tentou mostrar o significado original do verbo *augeo* – que, na área indo-europeia, é aparentado pelo sentido a termos que exprimem força – não é simplesmente 'aumentar algo que já existe', mas 'o ato de produzir alguma coisa a partir do próprio seio, fazer existir'.”<sup>168</sup> Diz Agamben que, “Na verdade, no direito clássico, os dois significados não são absolutamente contraditórios. O mundo greco-romano, realmente, não conhece a criação *ex nihilo*, mas todo ato de criação implica sempre alguma outra coisa, matéria informe ou ser incompleto, que se trata de aperfeiçoar e fazer crescer. Toda criação é sempre co-criação, como todo autor é sempre co-autor. Como bem escreveu Magdelain, 'a *auctoritas* não basta a si mesma: seja porque autoriza, seja porque ratifica, supõe uma atividade alheia que ela valida'. [...] Tudo se passa, então, como se, para uma coisa poder existir no direito, fosse necessária uma relação entre dois elementos (ou dois sujeitos): aquele que é munido de *auctoritas* e aquele que toma a iniciativa do ato em sentido estrito. Se os dois elementos ou os dois sujeitos coincidirem, então o ato será perfeito. Se, ao contrário, houver entre eles uma distância ou uma ruptura, será necessário introduzir a *auctoritas* para que o ato seja válido. Porém, de onde vem a 'força' do *auctor*? E o que é esse poder de *augere*?”<sup>169</sup>.

Conforme o estudioso, “a *auctoritas* nada tem a ver com a representação pela qual os atos realizados pelo mandatário ou por um representante legal são imputados ao mandante. O ato do *auctor* não se baseia em algo como um poder jurídico de representação de que está investido (em relação ao menor ou ao incapaz): ele deriva diretamente de sua condição de *pater*. Do mesmo modo, o ato do vendedor que intervém como *auctor* para defender o comprador não tem nada a ver com um direito de garantia no sentido moderno. Pierre Noialles que, nos últimos anos de sua vida, tentara delinear uma teoria unitária da *auctoritas* no direito privado, pôde então escrever que ela é

um atributo inerente à pessoa e originariamente à pessoa física [...], o privilégio que pertence a um romano, nas condições exigidas, de servir como fundamento à situação jurídica criada por

<sup>165</sup> *Idem*, pp. 116/117.

<sup>166</sup> *Idem*, pp. 117/118.

<sup>167</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>168</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>169</sup> *Idem*, p. 118.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

outros.

'Como todos os poderes do direito arcaico' – acrescentava – 'fossem eles familiares, privados ou públicos, também a *auctoritas* era concebida segundo o modelo unilateral do direito puro e simples, sem obrigação nem sanção'. Entretanto, basta refletir sobre a fórmula *auctor fio* (e não simplesmente *auctor sum*) para perceber que ela parece implicar não tanto o exercício voluntário de um direito, mas o realizar-se de um poder impessoal na pessoa mesma do *auctor*."<sup>170</sup>

No direito público, a *auctoritas* designa a “prerrogativa por excelência do Senado. Sujeitos ativos dessa prerrogativa são, portanto, os *patres: auctoritas patrum* e *patres auctores fiunt* são fórmulas comuns para se expressar a função constitucional do Senado.”<sup>171</sup> Refere ainda que “O senador não é um magistrado e, em seus 'conselhos', quase nunca se encontra o emprego do verbo *iubere*, que traduz as decisões dos magistrados e do povo. Entretanto, em grande analogia com a figura do direito privado, a *auctoritas patrum* intervém para ratificar e tornar plenamente válidas as decisões dos comícios populares.

[...]

Heinze, num estudo de 1925, que exerceu uma influência importante sobre os romanistas, já definia o elemento comum entre o menor e o povo com as seguintes palavras: 'O menor e o povo decidiram obrigar-se numa certa direção, mas sua obrigação não pode se realizar sem a colaboração de um outro sujeito' [...]. Não se trata, portanto, de uma suposta tendência dos estudiosos 'de representar o direito público sob a luz do direito privado (Biscard, 1987, p. 119), mas de uma analogia estrutural que concerne, como veremos, à própria natureza do direito. A validade jurídica não é um caráter originário das ações humanas, mas deve ser comunicada a elas por meio de um 'poder que confere a legitimidade' (Magdelain, 1990, p. 686)."<sup>172</sup>

Para melhor definir “a natureza desse 'poder que confere a legitimidade' em sua relação com a *potestas* dos magistrados e do povo”, Agamben considerou “justamente a figura extrema da *auctoritas* que está em questão no *senatus-consulto* último e no *iustitium*.”<sup>173</sup>, além do *interregnum* e da *hostis iudicatio*<sup>174</sup>. Todas formas de suspensão da ordem jurídica.

Quanto ao *iustitium*, Agamben nos mostra que é um instituto do direito romano que “pode ser considerado o arquétipo moderno do *Ausnahmezustand*”<sup>175</sup>. Ou seja, “Quando tinha notícia de alguma situação que punha em perigo a República, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum* por meio do qual pedia aos cônsules (ou a seus substitutos em Roma, *interrex* ou pró-cônsules) e, em alguns casos, também aos pretores e aos tribunos da plebe e, no limite, a cada cidadão, que tomassem qualquer medida considerada necessária para a salvação do Estado (*rem publicam defendant, operamque dent ne quid respublica detrimenti capiat*). Esse *senatus-consulto* tinha por base um decreto que declarava o *tumultus* (isto é, a situação de emergência em Roma, provocada por uma guerra externa, uma insurreição ou uma guerra civil) e dava lugar, habitualmente, à proclamação de um *iustitium* (*iustitium edicere* ou *indicere*). O termo

<sup>170</sup> *Idem*, pp. 118/119.

<sup>171</sup> *Idem*, pp. 118/119.

<sup>172</sup> *Idem*, pp. 120/121.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 121.

<sup>174</sup> *Idem*, pp. 121/123.

<sup>175</sup> *Idem*, p. 67.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

*iustitium* – construído exatamente como *solstitium* – significa literalmente 'interrupção, suspensão do direito': *quando ius stat* – explicam etimologicamente os gramáticos – *sicut solstitium dicitur* (*iustitium* se diz quando o direito para, como [o sol no] solstício); ou, no dizer de Aulo Gélío, *iuris quasi interstitio quaedam et cessatio* (quase um intervalo e um espécie de cessação do direito). Implicava, pois, uma suspensão não apenas da administração da justiça, mas do direito enquanto tal. É o sentido desse paradoxal instituto jurídico, que consiste unicamente na produção de um vazio jurídico, que se deve examinar aqui, tanto do ponto de vista da sistemática do direito público quanto do ponto de vista filosófico-político.<sup>176</sup>

É fundamental, pois, para fechar o raciocínio e demonstrar as inequívocas e graves implicações das determinações com *força de lei* sem que preexista a *força dos fatos* que a justifiquem trazer, mais uma vez, as palavras de Giorgio Agamben:

“Para compreender fenômenos modernos como o *Duce* fascista e o *Führer* nazista, é importante não esquecer sua continuidade com o princípio da *auctoritas principis*. Como já observamos, nem o *Duce* nem o *Führer* representam magistraturas ou cargos públicos constitucionalmente definidos – ainda que Mussolini e Hitler estivessem investidos, respectivamente, do cargo de chefe de governo e do cargo de chanceler do Reich, como Augusto estava investido do *imperium consolare* e da *potestas tribunicia*. As qualidades de *Duce* e de *Führer* estão ligadas diretamente à pessoa física e pertencem à tradição biopolítica da *auctoritas* e não à tradição jurídica da *potestas*.”<sup>177</sup>

Esta é a matéria fundamental para o caso dos autos. Não há poder pessoal do Presidente que esteja fundado apenas em sua autoridade (*ratione auctoritatis*) para que ele crie do nada direitos e obrigações entre pessoas físicas e jurídicas. O Presidente não pode patrocinar interesses privados. Ele está impedido.

A República não permite, pois, que seus elementos conformadores sejam disponíveis ou manipuláveis por um único homem. O regime republicano não deve ser apenas “da boca para fora”, nas palavras de Renato Janine Ribeiro<sup>178</sup>. Diz o filósofo que “a república consiste na necessidade ou obrigação de refrear o próprio desejo, a fim de respeitar um bem comum que não é o patrimônio de uma sociedade por ações, mas o cerne do convívio social.”<sup>179</sup>

Se a República é, merecidamente, “a melhor criação humana, até hoje, para a difícil situação em que os mesmos mandam e obedecem”<sup>180</sup>, se está ligada “à origem e legitimação populares do poder de quem substitui o rei”<sup>181</sup>, não é justo que os privilégios, desigualdades e apropriações indevidas sejam dadas ao Capital, que é uma das partes do conflito político e jurídico *sub iudice* pelas mãos de um príncipe augustiniano.

Se na monarquia “manda um”, que pode, ou não, usar esse poder em “benefício próprio”, na república o poder serve necessariamente “para o bem comum”. Conforme Janine Ribeiro, na República o problema central não está nos *meios*, mas nos *fins* do “uso do poder”: “o inimigo da república é o uso privado da coisa pública. É sua

<sup>176</sup> *Idem*, pp. 67/68.

<sup>177</sup> *Idem*, p. 127.

<sup>178</sup> Renato Janine Ribeiro, *A república*, Publifolha, São Paulo, 2001, p. 13.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 77.

<sup>180</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>181</sup> Nicola Matteucci, “República”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, tradução de Carmen C. Varriale et al., Editora Universidade de Brasília, São Paulo, 1991, p. 1.109.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

apropriação, como se fosse propriedade pessoal.”<sup>182</sup>

O chefe do executivo de uma democracia não deve funcionar como um *Maître de Vérité*, como eram na Grécia arcaica *l'aède*, *le devin* e *le roi de justice*. Para Marcel Detienne, os três personagens “ont en commun le privilège de dispenser la Vérité du seuil fait d'être pourvus des qualités qui les distinguent. Le poète, le voyant et le roi partagent un même type de parole. Grâce à la puissance religieuse de Mémoire, de *Mnèmosunè*, le poète ainsi que le devin ont directement accès à l'au-delà, ils perçoivent l'invisible, ils énoncent 'ce que a été, ce qui est, ce qui sera'. Doté de ce savoir inspiré, le poète célèbre par sa parole chantée les exploits et les actions humaines qui entrent ainsi dans l'éclat et la lumière et qui reçoivent force vitale et plénitude de l'être. De façon homologue, la parole du roi, se fondant sur des procédures ordales, possède une vertu oraculaire; elle réalise la justice; elle instaure l'ordre du droit sans preuve ni enquête.”<sup>183</sup>

Ao dar sua palavra exclusiva sem o debate e a participação do povo, o executivo comporta-se como autêntico *roi de justice*, o árbitro supremo que não precisa dar satisfações aos cidadãos, deixando-os sem palavras (*logos*) e sem voz (*phoné*). Para Marcel Detienne, “Dans la main, le roi tient le sceptre, gage et instrument de l'autorité: par la vertu de cê baton, il émet des *themistes*, des décrets des jugements qui sont des espèces d'oracles.”<sup>184</sup> É o que acontece na admissão pura e simples da *força de lei* com base na *auctoritas*. É interessante notar que Roland Barthes, quando eclodiu a insurreição argelina e a Assembleia francesa, em 13 de maio de 1958, concedeu plenos poderes ao general De Gaulle para reprimi-la, comparou a atitude como a sacralização do poder, “entregue pela coletividade nas mãos de um Ser de essência diferente, designado por Deus (comparação do general com Joana d'Arc), inspirado pelo Espírito Santo (afirmação de Monsenhor Théas), dotado do poder e do direito de vaticínio ('Digo que...'), enfim, deus em pessoa, deus árbitro, deus-espectador [...]”<sup>185</sup>.

Indevidamente, o Presidente sequestrou *kurios*, a soberania do povo<sup>186</sup>. Na Grécia antiga, o povo soberano, “por sua própria vontade, colocava-se sob a soberania da lei.”<sup>187</sup> E assim deve ser. Um governo de leis e não de homens, como afirmou Norberto Bobbio em vários momentos. Diz Bobbio: “Há uma bela frase de Aristóteles, que costumo citar, a propósito da superioridade do governo da lei sobre o governo dos homens, que diz: 'A lei não tem paixão.' Não tem paixão no sentido de que não favorece a um ou a outro e estabelece uma igualdade entre todos; trata a todos do mesmo modo.”<sup>188</sup> Impede que o governante possa “fazer valer as próprias preferências pessoais. Em outras palavras, o respeito à lei impede o governante de exercer o próprio poder parcialmente, em defesa de

<sup>182</sup> Ribeiro, *op. cit.*, p. 36.

<sup>183</sup> Marcel Detienne, “Retour sur la bouche de *vérité*”, *Les Maître de Vérité dans la Grèce archaïque*, préface de Pierre Vidal-Naquet, Le Livre de Poché, Librairie Générale Française, 2006, p. 8.

<sup>184</sup> Detienne, *Les Maître de Vérité dans la Grèce archaïque*, p. 102.

<sup>185</sup> Roland Barthes, “Sobre o regime do general De Gaulle”, *Inéditos*, apresentação de Leyla Perrone-Moisés, tradução de Ivone C. Benedetti, Ed. Martins Fontes, 2005, p. 86.

<sup>186</sup> Gustave Glotz, *A cidade grega*, tradução de Henrique Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda, São Paulo/Rio de Janeiro, 1980, p. 111.

<sup>187</sup> *Idem*, p. 148.

<sup>188</sup> Norberto Bobbio e Maurizio Viroli, *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*, tradução de Daniela Baccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 30.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

interesses privados [...].”<sup>189</sup>

A política é a prática da *igualdade*. De acordo com Rancière, “não tem objetos ou questões que lhe sejam próprios. Seu único princípio, a igualdade, não lhe é próprio e não tem nada de político em si mesmo. Tudo o que ela faz é dar-lhe uma atualidade sob a forma de caso, inscrever, sob a forma de litígio, a averiguação da igualdade no seio da ordem policial.”<sup>190</sup> Rancière chama de *polícia* o que chamamos por *política*, “conjunto dos processos pelos quais se operam a agregação e o consentimento das coletividades, a organização dos poderes, a distribuição dos lugares e funções e os sistemas de legitimação dessa distribuição.”<sup>191</sup>

A distópica “nova legalidade” emerge da *aparência de povo*, da *aparência política* e da *realidade simulada* de um “esquema de legitimação da democracia que funciona como balanço da catástrofe totalitária”<sup>192</sup> e da “ideia de que ele garante num mesmo movimento as formas políticas da justiça e as formas econômicas de produção da riqueza, de composição dos juro e de otimização dos ganhos para todos.”<sup>193</sup>

Passemos à questão objetiva sob a forma de caso, como deve ser.

Qual é a efetiva *necessidade* que exigiu a *relevância* e a *urgência* para a instauração dos juro compostos? Não há! Onde está, no conflito político-econômico em questão, por exemplo, o “cataclisma tellurico”<sup>194</sup>, como se deu em 28 de dezembro de 1908, referido por Santi Romano para o decreto régio de 3 de janeiro de 1909, que declarou o estado de sítio na região afetada pelo terremoto?

Mesmo discordando de Santi Romano e de sua tese sobre a *necessidade* ser uma fonte primária do direito, qual é o *estado de necessidade* efetivo aqui, visto pela ótica do “elemento di fatto”<sup>195</sup>, “evenienza straordinaria”<sup>196</sup> ou “condizione di cose”<sup>197</sup>? Não há necessidades ou justificativas fáticas minimamente expostas. Ademais, mais uma vez, qual foi a participação do consumidor na produção da legislação que o prejudica enormemente? Nenhuma. Ao contrário, há só uma espécie de “maitique incubatoire”<sup>198</sup>, na qual um restaurado “maître d’Aléthiea”<sup>199</sup> proferiu um tipo de julgamento oracular, como um rei micênico, consultando só os peritos mais próximos, desprezando o *demos*, e 2500 anos de evolução democrática.

Tudo se passa segundo descrito por Jacques Rancière: “O tema da vontade comum é substituído pelo da ausência de vontade própria, da capacidade de ação autônoma que seja mais que a mera administração da necessidade. O liberalismo

<sup>189</sup> Norberto Bobbio, “Governo dos homens ou governo das leis”, *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, tradução de Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, p. 153.

<sup>190</sup> Rancière, *op. cit.*, p. 44.

<sup>191</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>192</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>193</sup> *Idem*, p. 99.

<sup>194</sup> Santi Romano, “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calábria”, *Scritti minori*, volume primo, Milano, Dott. A. Giuffè - Editore, 1950, p. 288.

<sup>195</sup> *Idem*, p. 295.

<sup>196</sup> *Idem*, p. 297.

<sup>197</sup> *Idem*, p. 298.

<sup>198</sup> Detienne, *op. cit.*, p. 103.

<sup>199</sup> *Idem, ibidem*.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

supostamente reinante retoma do marxismo, tido como caduco, o tema da necessidade objetiva, identificada às coerções e aos caprichos do mercado mundial. Que os governos sejam os simples agentes de negócios do capital internacional, essa tese outrora escandalosa de Marx é hoje a evidência quanto à qual 'liberais' e 'socialistas' concordam. A identificação absoluta da política com a administração do capital não é mais o segredo vergonhoso que as 'formas' da democracia viriam mascarar, é a verdade declarada com a qual nossos governos se legitimam. Nessa legitimação, a demonstração de capacidade deve apoiar-se numa demonstração de impotência. Aos sonhos de cozinheiras aptas ao exercício político ou de simples operários tomando de assalto o céu opõe-se a tese de um marxismo revirado: a otimização das fruições dos indivíduos só é possível na base de sua incapacidade reconhecida em administrar as condições dessa otimização. O Estado funda então sua autoridade na capacidade de interiorizar a impotência comum, de determinar o ínfimo território, o 'quase nada' do possível do qual depende a prosperidade de cada um e a manutenção do vínculo comunitário. De um lado, esse quase nada se coloca como tão pouco que nem vale a pena disputá-lo aos administradores da coisa estatal. Mas do outro, é colocado como a ínfima diferença decisiva que separa a prosperidade futura da miséria ameaçadora e o vínculo social do caos bem próximo, ínfima diferença por demais decisiva e por demais tênue para não ser deixada aos peritos, àqueles que sabem como, colocando 0,5% do Produto Nacional Bruto de um lado e não do outro, passamos do lado bom para o lado ruim da linha, da prosperidade para o abismo, da paz social para a perda generalizada dos elos. A administração da abundância torna-se, assim, idêntica à administração da crise. Ela é a administração do único necessário possível que deve ser incessantemente, dia após dia, antecipado, acompanhado, ordenado, diferido. A administração do 'quase nada' é também a demonstração ininterrupta da identidade entre o Estado de direito e o Estado sábio, da identidade entre o poder desse Estado e sua impotência, a qual interioriza a identidade do grande poder dos indivíduos e dos grupos empreendedores e contratantes com a impotência do *demos* como ator político.”<sup>200</sup>

O Capital não quer o Povo em sua audiência direta com o Presidente, seus peritos, consultores e advogados. Pela denúncia de Rancière, “A pós-democracia, para tornar o *demos* ausente, deve tornar a política ausente, nas tenazes das necessidades econômica e da regra jurídica, até o ponto de unir uma e outra na definição de uma cidadania nova na qual a potência e a impotência de cada um e de todos venham a se igualar.”<sup>201</sup> Enfim, “a pós-democracia consensual, para fechar a comunidade nela mesma, suprime o nome e remete a figura à sua origem: aquém da democracia, aquém da política.”<sup>202</sup>

O ocaso democrático brasileiro é o exemplo clássico. O *direito* e a *lei* são utilizados, hoje, para substituir a *política*. Ao assumir o poder, o eleito começa por manipular o direito por sua vontade exclusiva, como se não houvesse a densidade *povo*, e suas partes não contabilizadas para a festa democrática, de quem prescinde para se eleger, pois segue o Capital em simbiose. A continuidade democrática é esmagada pelo atropelo de necessidades eletivas desconectadas da realidade, “com a prática administrativa de

<sup>200</sup> Rancière, *op. cit.*, pp. 114/115.

<sup>201</sup> *Idem*, p. 112.

<sup>202</sup> *Idem*, p. 122.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

submissão à necessidade mercantil.”<sup>203</sup> Para Rancière, “É o que mostra a outra forma hoje assumida pela extensão do jurídico, buscando o aval do governo. Assistimos de fato a uma atividade de multiplicação e de redefinição dos direitos, empenhada em colocar direito, direitos, regra de direito e ideal jurídico em todos os circuitos da sociedade, em adaptar-se a todos os seus movimentos e em antecipá-los.”<sup>204</sup>

Não há causas, razões, fundamentos normativos fixados para a existência de juros compostos nas relações entre particulares, mesmo que um deles seja uma instituição financeira. Juridicamente, a mercadoria dos bancos não pode ser tão cara. E a maior parte do dinheiro usado para dar os empréstimos pertence aos depositantes não ao Banco, que dele assim se apropria pela via do anatocismo. Aliás, por lei (art. 51, IV, da Lei 8.078/90, CDC) nenhum preço pode ser abusivo. Em verdade, não apenas aqui, mas no plano geral, a forma como o Estado brasileiro lida com os juros e com a dívida pública é a nossa real catástrofe telúrica. É uma postura estadofágica por excelência. De um lado, devorismo dos recursos públicos, de outro concentração de renda. Qual República, então, se os recursos são drenados para fora da esfera pública?

Após, feito o desempate político e com a lei a seu favor, o Capital tem no mesmo Estado o melhor Garante possível desta “relação contratual” antecipadamente desigual, e a dispor de um espantoso aparato maquínico de buscas e apreensões e coisas do gênero, quando não são feitas *manu militari* nas execuções extrajudiciais. De mercantil, como deveria ser, a atividade bancária se tornou administrativa. Não pela imprescindível regulação dos bancos pelo Estado<sup>205</sup>, mas pelo controle do Estado.

Não há método ou metodologia jurídica (que, portanto, implique *lex* e *ius*, *thesis* e *nomos*, legalidade e direito) que justifique racionalmente o mal uso da lei, o abuso do poder ou do direito, salvo no positivismo totalitário<sup>206</sup>. Ao contrário, *malus usus est abolendus*, diriam os experientes e prudentes romanos.

O que justifica que o Governo da República pague “juros excepcionais para refinar a sua dívida.”<sup>207</sup>, e, com isso, aumente de forma exponencial o “déficit público”<sup>208</sup>, e, depois de ter criado o Frankenstein, diga que é desumano não alimentar o monstro? Não é minimamente razoável com as “contas públicas”<sup>209</sup>.

Com sua inspirada verve de leitor de Nelson Rodrigues, o professor Paulo Nogueira Batista Jr. resume bem a sapiência oracular dos peritos bancários: “Em outras palavras, os credores e investidores exigem juros altos demais e com isso provocam o déficit que os assusta, justificando o refinanciamento dos títulos a um custo exorbitante! Em última análise, os juros são altos porque os juros são altos.”<sup>210</sup> Como noutras áreas,

<sup>203</sup> *Idem*, p. 114.

<sup>204</sup> *Idem*, pp. 112/113.

<sup>205</sup> Luís S. Cabral de Moncada, *Direito econômico*, Coimbra Editora, Limitada, 2.ª edição, 1988, pp. 231/232.

<sup>206</sup> Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, São Paulo, 1988, p. 77.

<sup>207</sup> Paulo Nogueira Batista Jr, “Os juros precisam cair”, *A economia como ela é...*, Boitempo Editorial, São Paulo, 2002, p. 141.

<sup>208</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>209</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>210</sup> *Idem*, p. 142.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

entre nós os juro também não estão em “patamares civilizados”<sup>211</sup>.

Há uma pleora de processos para contestar os juro compostos, gastos enormes e esforço hercúleo dos profissionais do Judiciário. Eles inibem a economia, o comércio, o emprego e diminuem as receitas do Estado, uma vez que emperram os negócios. A arapuca política da *força de lei* e a “armadilha financeira”<sup>212</sup> dos juro básicos da economia conformam uma “política financeira”<sup>213</sup> ampla que atua como o “touro da crônica de Machado de Assis”<sup>214</sup>, lembrada por Paulo Nogueira Batista Jr., pois ela investe “contra todos, varrendo as ruas, derrubando mulheres e crianças e lançando o terror em todo país.”<sup>215</sup> Tudo leva, indiscutivelmente, como reconheceu José Luís Fiori, em 1996, junto com a desregulação do mercado de trabalho, a redução dos salários e dos direitos trabalhistas e a desconstrução do estado de bem-estar social, que ainda estava no início, a uma “circularidade acumulativa e sem fim”<sup>216</sup>, constituindo-se na “principal ameaça ao avanço de uma verdadeira 'democracia substantiva'.”<sup>217</sup>

Por que perduram estas políticas?

A compreensão da política pelos extranumerários que clamam e choram à porta da *polis* e a falta de um *contrapoder popular* para defender as conquistas explicam a miséria política do tempo presente. É preciso que o *povo*, sob o signo de *Éris-Philia*<sup>218</sup> (“Força de conflito – força de união”), e de *Polemos* (“o espírito da *polis* é um espírito de unidade na discórdia, na luta”, segundo Jan Pactocka<sup>219</sup>, também vítima do totalitarismo), redescubra as antigas práticas democráticas, perca a vergonha, entre pacificamente nos palácios e exerça toda a sua potência política. Política é para amadoras e amadores, não só para os profissionais. É preciso que nos espelhemos no mundo que inventou a democracia e a república, lembrando Ezra Pound, para quem “A maior parte das percepções humanas data de muito tempo atrás ou deriva de percepções que homens bens dotados tiveram muito antes de termos nascido. A espécie humana descobre e redescobre.”<sup>220</sup>

Por exemplo, seria boa a adoção de algo como a *graphe paranomon*<sup>221</sup>. Nós desconhecemos as práticas democráticas gregas e romanas, a história admirável do direito público desses povos. A antiguidade é um período rico, comparável, do ponto de vista democrático, ao que foi a “explosão cambriana”<sup>222</sup> para a vida animal. Como no diálogo entre Otones, Megabises e Dario, relatado por Heródoto, até à consolidação dos modelos

<sup>211</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>212</sup> Paulo Nogueira Batista Jr, “O reverendo FHC e o desemprego”, *A economia como ela é...*, Boitempo Editorial, São Paulo, 2002, p. 139.

<sup>213</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>214</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>215</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>216</sup> José Luís Fiori, “Aos condenados da terra, o equilíbrio fiscal”, *Os moedeiros falsos*, Editora Vozes, Petrópolis, 1998, p. 88.

<sup>217</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>218</sup> Vernant, *op. cit.*, pp. 51/52.

<sup>219</sup> Paul Ricoeur, “Jan Patocka e o niilismo”, *Leituras I: em torno ao político*, tradução de Marcelo Perine, Edições Loyola, São Paulo, 1995, p. 28/36.

<sup>220</sup> Pound, *op. cit.*, p. 64.

<sup>221</sup> Mogens Herman Hansen, *The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B.C. And the Public Action against Unconstitutional Proposals*, Odense University Press, 1974.

<sup>222</sup> Stephen Jay Gould, *Vida maravilhosa: o acaso na evolução e a natureza da história*, tradução de Paulo César de Oliveira, São Paulo, Companhia das Letras, 1990, p. 20.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

conhecidos, as experiências práticas democráticas se multiplicaram por aqueles mundos.

Não é mais possível ignorar os perigos da *auctoritas principis*, a filogenia e a ontogenia do *monstrum horrendum* que mata a república e a democracia por constrição, como a maravilhosa sucuri. A *auctoritas principis* é tão democrática e republicana quanto o homem de Piltdown<sup>223</sup> era verdadeiramente um homem.

Protágoras teorizou de forma fragmentária acerca a *politike techne*, “o igualitarismo do juízo”<sup>224</sup>, que as práticas da *isonomia* e da *isegoria* dos gregos antigos têm a nos ensinar. Segundo Moses Finley, “A essência dessa teoria, na medida em que podemos julgá-la a partir de Platão, é que todos os homens possuem *politike techne*, a arte do julgamento político, sem a qual não poderia haver uma sociedade civilizada. Todos os homens, pelo menos todos os homens livres, são pares nesse aspecto, embora não sejam necessariamente iguais em sua habilidade na *politike techne* – uma concepção que lembra a da Declaração de Independência dos Estados Unidos –, e se conclui que os atenienses estavam certos ao oferecer *isegoria* a todos os cidadãos.”<sup>225</sup>

Contudo, diferentemente do que é democrático, no estranho mundo dos *juros compostos* aplicados exclusivamente às instituições financeiras, o ordenamento jurídico brasileiro prescindiu de uma *lei discutida* e *votada* no Parlamento, ainda que a **Constituição** não o autorize a fazê-lo. Prescindiu da *relevância* e *urgência* referida a uma situação fática prévia e objetiva. Prescindiu, também da *lei complementar* exigida no art. 192 da CF, que determina que o sistema financeiro nacional deve ser regulamentado por uma, e que tais matérias não podem ser delegadas (art. 68, § 1.º, da CF) ao Executivo.

Vejamos bem, não é coisa qualquer, mas a própria *lei*, a fonte primária do direito pátrio foi banida. Note-se que para Miguel Reale, “somente a lei, em seu sentido próprio, é capaz de *innovare in jure* já existente, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, *direitos e deveres* a que todos devemos respeito.”<sup>226</sup> A *medida provisória* não é substituta da *lei*, pois cada uma possui âmbitos de competência decisória distinta. Não são banais as diferenças.

É inadmissível que não se tenha, passados tantos anos da promulgação da Constituição, uma definição precisa do que o direito constitucional brasileiro entende pelo sintagma *relevância e urgência*, como é, por exemplo, no caso do *direito líquido e certo* para a obtenção do mandado de segurança, definido como “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração.”<sup>227</sup>

A indefinição gerou danos imensos à ordem jurídico-constitucional, pois, mesmo nos governos democráticos após 1988, a atitude principesca tomou a forma de um abuso ditatorial, não havendo diferença, nesta questão, entre 1937 e 1988. A propósito, no jornal *Folha de São Paulo* de 11 de maio de 1996, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello já denunciava a edição de uma medida provisória a cada 19 horas. Não mudamos nada.

<sup>223</sup> Stephen Jay Gould, *op. cit.*, p. 28.

<sup>224</sup> Celso Lafer, “O moderno e o antigo conceito de liberdade”, *Ensaios sobre a liberdade*, Editoria Perspectiva, São Paulo, 1980, p. 30.

<sup>225</sup> Moses I. Finley, *Democracia antiga e moderna*, tradução de Waldéa Barcellos, Sandra Bedran, revisão técnica Neyde Theml, Edições Graal Ltda., Rio de Janeiro, 1988, p. 40.

<sup>226</sup> Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, Editora Saraiva, 10.ª edição, São Paulo, 1983, p. 163.

<sup>227</sup> Hely Lopes Meireles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”*, ed. RT, 1989, 13.ª edição, São Paulo, pp. 13/14.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

Vejamos um exemplo de 1967, relatado pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro. Julgava-se a constitucionalidade do Decreto-lei 322, de 7 de abril de 1967. Para o Supremo Tribunal Federal, na ocasião, não se poderia veicular matéria de locação não-residencial por meio de um decreto-lei<sup>228</sup>. O executivo não é o incubador de direitos e obrigações entre particulares. Essa tarefa lhe é estranha. E, em tese, atenta contra o livre exercício do Poder Legislativo (art. 85, II, da CF).

O que são a **relevância** e a **urgência** para que o chefe do Poder Executivo possa editar medidas provisórias?

Por óbvio, matérias de *direito privado* que digam respeito a particulares e em situações de normalidade cotidiana do país não podem ser criadas por uma atitude imperial do chefe do Executivo, pois, como é sabido, *exceptio est strictissimae interpretationis*, sendo unicamente “permitidas as exceções em caso de extrema dificuldade.”<sup>229</sup>

Urgências do Estado dromológico, comandado por um inidentificável poder dromocrático, erige uma dromocracia incompatível com os procedimentos legitimantes da democracia real previstos na Constituição republicana, apartando os efetivos detentores do poder de seu lugar no mundo político, alijados pelas velozes decisões de gabinete, criando um mundo em perene *estado de tensão*, como alerta o arquiteto, urbanista e filósofo Paul Virilio.<sup>230</sup> As suas reflexões críticas são poderosas, e nos remetem à história de cada *lei*. Uma lei deve ter uma história, passível de ser contada em detalhes, pelo retrospecto das necessidades sociais que lhe deram origem, as bandeiras levantadas pelos políticos que as acolheram durante as campanhas, formando as maiorias com o tempo e o convencimento, e a transparência das discussões levadas a efeito no parlamento sobre a melhor forma de estabelece-las. Uma narrativa legitimante. A propósito, é preciso dizer que é da tradição da legislação pátria afastar a usura e os juros compostos, e os tribunais sempre deram ganho de causa aos consumidores até que, por uma investida veloz, um drible, o efetivo titular do poder constitucional não participou da nova formulação.

Houve não apenas a supressão do **processo legislativo**, mas também da integração histórica dos “seres sociais”, palavras de Edward Hallet Carr<sup>231</sup>, engajados no **processo social** em torno da elaboração de uma lei, na busca do bem comum. A lei deve ser fruto do *espírito humano* como é uma *obra de arte*. Como disse Alfredo Augusto Becker, “a criação da regra jurídica é *Arte*, sua interpretação é *Ciência*.”<sup>232</sup> Neste sentido, com Erich Auerbach sabemos que “alguns dos frutos mais belos do espírito humano só

<sup>228</sup> Pinto Ferreira, *Decreto-lei*, Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 23, ed. Saraiva, São Paulo, 1977, pp. 4/5.

<sup>229</sup> Chaim Perelman, *Lógica jurídica*, ed. Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 127.

<sup>230</sup> Paul Virilio, *Velocidade e política*, ed. Estação Liberdade, São Paulo, tradução de Celso Mauro Paciornik, 1996. No prefácio do professor Laymert Garcia dos Santos há a explicação para os neologismos criados por Virilio. Estas novas palavras são “variantes da palavra grega 'dromos' que exprime a ideia de 'corrida', 'curso', 'marcha'.”

<sup>231</sup> Edward Hallet Carr, “A sociedade e o indivíduo”, *Que é história?*, tradução de Lúcia Maurício de Alvarenga, 8.ª edição, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2002, p. 90.

<sup>232</sup> Alfredo Augusto Becker, *Teoria geral do direito tributário*, 3.ª edição, Lejus, São Paulo, 1998, p. 66.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

amadurecem lentamente.”<sup>233</sup> Como se vê, a velocidade queimou etapas. Entre os *sujeitos* e o *objeto* da norma, o *trajeto* constitucional foi obliterado.

Não há *ratio juris* que permita ao executivo se substituir ao legislativo, salvo no caso de *relevância* e *urgência*, que, definitivamente, não está presente no caso. Trata-se, tão-somente, de arbitrariedade subjetiva a que estão submetidos os consumidores bancários. Não é uma questão de poder do Presidente da República, mas um problema jurídico de índole constitucional que deve ser visto e analisado segundo os elementos que dão *força normativa* à Carta Política.

Pelo método tópico, sabemos que “Somente o que é indicado com precisão é pertinente em direito.”<sup>234</sup> O *Governador* (piloto) deve obrigatoriamente seguir a carta náutica (Constituição) e não seguir sua ideia exclusiva, inventar direitos e deveres entre os particulares. Sem uma *necessidade* demonstrada, o *princípio da legalidade* não pode ser dispensado, o que contraria o art. 5.º, II, da Constituição.

Os *direitos fundamentais* são aplicáveis às relações entre os particulares<sup>235</sup>, especialmente se houver uma manifestação expressa do Estado sobre o direito em conflito, como no caso. Em virtude da hierarquia normativa e do lugar ocupado pela Constituição ou por causa dos princípios inerentes ao sistema, o *mínimo de proteção estatal* é ditado pela proposição insofismável: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Se as medidas provisórias exigem fato extraordinário, a sua matéria, mesmo após transformada em lei, continuará a ter incidência restrita ao fato extraordinário, somente abrangendo as pessoas sujeitas a ele, que se enquadrem no suporte fático cautelar necessário. Para o direito material de índole geral, impessoal e abstrato não valem regras heteróclitas. O art. 5.º, II, combinado com o art. 62, *caput*, I, *b*, ambos da Constituição, e atinentes ao direito material e instrumental, permitem concluir que a heteronomia da normalidade legal só vale se for construída no Parlamento e com a audiência de todas as partes interessadas. Somente essa “*validade objetiva e transpessoal das normas jurídicas*”<sup>236</sup> (heteronomia) gera bilateralidade atributiva, a “*proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou fazer, garantidamente, algo*”<sup>237</sup>. Ninguém pode ser obrigado a obedecer a um *psefisma* como se ele fosse uma *lei*.

Se tiver que ser pensada como *lei*, a situação piora muito. O artigo 5.ª da MP 2.170-36/2001 não serve para este fim. Ele fere as normas de veiculação do direito, aquelas que existem para que o direito seja claro e compreensível. O artigo desdenha do que poderíamos denominar de *narratologia legal* tanto quanto o fez com a *hierarquia-do-*

<sup>233</sup> Erich Auerbach, “*Sacrae scripturae sermo humilis*”, *Ensaios de literatura ocidental: filologia e crítica*, organização de Davi Arrigucci Jr. E Samuel Titan Jr., tradução de Samuel Titan Jr. E José Marcos Mariani de Macedo, Duas Cidades e ed. 34, São Paulo, 2007, p. 28.

<sup>234</sup> Perelman, *op. cit.*, p. 128.

<sup>235</sup> Para um estudo aprofundado da questão, já existem inúmeras obras no Brasil. Veja-se, por exemplo, as seguintes obras pesquisadas: Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2003; Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008; e Wilson Steinmetz, “Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais”, *Interpretação constitucional*, organizado por Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo, 2007.

<sup>236</sup> Reale, *op. cit.*, p. 49.

<sup>237</sup> *Idem*, p. 51.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

*vir-a-ser-lei* (ilegitimidade do poder autoritário em razão da falta de fato extraordinário).

Em definição bastante genérica, “*A narratologia é a ciência que procura formular a teoria das relações entre texto narrativo, narrativa e história*” (Bal, 1977: 5)<sup>238</sup>. É o que chancela a legitimidade da lei. Adaptada à questão da veiculação do direito, a *narratologia legal* nos é dada pela Lei Complementar 95/98.

Não há no artigo uma autêntica *proposição* jurídica (*fattispecie*). O art. 5.º da MP, uma simples unidade transfrásica, diz: “Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.” Os meandros cognoscitivos do ato administrativo *lato sensu* não inapreensíveis. Da forma como está, a “norma” é tão-somente uma dádiva da *autoritas principis*, que, de forma autocrática e autárquica, criou uma penalidade gratuita, sem causa, em benefício do Capital contra o Consumidor.

Sem fazer julgamentos sobre obra e autor, mas colhendo uma asserção de Ludwig Wittgenstein, para compará-la com o que temos, verificamos que, nas palavras do filósofo, “A proposição é uma figuração da situação unicamente enquanto for logicamente articulada.”<sup>239</sup>

No caso, entretanto, o artigo se basta como uma suposta *verdade objetiva*, prescindido de explicações e conexões outras. O poeta Drummond disse que *Sob a pele das palavras há cifras e códigos (A flor e a náusea)*<sup>240</sup>. Mas quais palavras? É preciso que uma *lei* seja interpretável, pelo menos, num sentido ou em outro, isso porque, nas palavras do poeta W. H. Auden, *A sentence uttered makes a world appear* (Nasce um mundo da frase pronunciada)<sup>241</sup>.

Na medida provisória *sub judice*, contudo, nada é logicamente articulado, nem no conteúdo da medida em si, e muito menos no âmbito do artigo. Não há porquê para o juízo deontico, sendo claramente um preceito incompleto. Qual é a razão e quais as circunstâncias para que se apliquem os juros compostos? O uso do verbo *ser* naturaliza a questão sem lhe descrever uma causa fenomênica (*hipótese de incidência*). Como na crítica de Roland Barthes, “num só passe de mágica transforma um juízo em evidência”<sup>242</sup>. Segundo Barthes, a propósito da afirmação *A Argélia é francesa*, “o mundo moveu-se, mas já não se move, o que foi feito transforma-se magicamente num Ser imóvel e sagrado; o momento traz o Ganho, depois o Ganho se imobiliza, torna-se Direito: é meu presente que para a História.”<sup>243</sup> Nesta lei-parágrafo, para algo que não possui causa jurídica deu-se uma Essência, uma Natureza. Não há outras circunstâncias. Simplesmente, “é admissível”, e ponto final.

Ademais, conforme a Lei Complementar 95/98, no art. 3.º, a “lei será estruturada em três partes básicas”:

<sup>238</sup> Ana Cristina M. Lopes e Carlos Reis, *Dicionário de narratologia*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 285.

<sup>239</sup> Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, tradução e apresentação de José Arthur Giannotti, São Paulo, 1968, p. 74.

<sup>240</sup> Carlos Drummond de Andrade, *A rosa do povo* (1945), *Poesia completa*, vol. I, Ed. Nova Aguilar, Rio de Janeiro, 2001, p. 1118.

<sup>241</sup> W. H. Auden, *Poemas*, tradução de José Paulo Paes e João Moura Jr., Companhia das Letras, 1986, p. 164.

<sup>242</sup> Roland Barthes, “Sobre um emprego do verbo 'ser' [acerca da frase 'A Argélia é francesa']”, *Inéditos*, apresentação de Leyla Perrone-Moisés, tradução de Ivone C. Benedetti, Ed. Martins Fontes, 2005, p. 78.

<sup>243</sup> *Idem*, pp. 79/80.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

“I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; II - parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada; III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber”.

Diz também esta lei-sobre-leis, no art. 7.º, que devem ser observados os seguintes princípios:

I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão; III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva; IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Ao contrário do que dispõe a lei complementar, a medida provisória em questão, no seu preâmbulo, aduz o seguinte:

Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências.

É inadmissível a confusão entre os interesses públicos e os interesses das instituições financeiras privadas, ou, ironicamente, entre o “caixa do Tesouro Nacional” e o “caixa” das instituições financeiras privadas. São coisas distintas. Isso confirma, em acepção negativa, o caráter administrativo do direito bancário brasileiro, não pelo controle praticado pelo poder regulamentar e fiscalizador<sup>244</sup> do Estado sobre a Banca em busca do “interesse geral”<sup>245</sup>, mas na forma de comensalismo entre os *poderes econômico e político*, que desconstroem a *democracia e a república*.

Ao contrário, afirma Fábio Konder Comparato, “Num Estado republicano, nenhum interesse sobrepuja o da coisa pública.”<sup>246</sup> Há, pois, insustentável “auto-atribuição de poderes”<sup>247</sup> que, além de prescindir de uma “situação concreta de perigo”<sup>248</sup> correlata, estende-se por vários anos de omissão entre os “poderes públicos” e atinge indistintamente o cidadão-produtor-consumidor. Falta-nos apego à “tradição constitucional de Estado de Direito democrático”<sup>249</sup> para arrostar o perigo.

Conforme Luís S. Cabral de Moncada, “A intervenção estadual na atividade monetária e creditícia, orientando-a em prol dos interesses gerais, transformou aquelas formas de atividade num serviço público, comportando grandes limitações à autonomia das empresas bancárias, mesmo que de natureza privada. A atividade bancária reveste cada vez mais e à medida da intervenção estatal a natureza de uma atividade econômica dirigida para a satisfação de interesses sociais e não puramente privados.”<sup>250</sup>

<sup>244</sup> Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, RT, São Paulo, 1976, pp. 9/14.

<sup>245</sup> Cabral de Moncada, *op. cit.*, p. 231.

<sup>246</sup> Fábio Konder Comparato, “Contrato administrativo – Discordância com os termos do edital e da proposta”, *Direito público: estudos e pareceres*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 227.

<sup>247</sup> Reinhold Zippelius, *Teoria geral do estado*, tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, coordenação de J. J. Gomes Canotilho, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.º edição, Lisboa, 1997, p. 400.

<sup>248</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>249</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>250</sup> Cabral de Moncada, *op. cit.*, p. 232.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

A *ratio* desta perspectiva, no sentido etimológico de relação<sup>251</sup> (entre “uma certa posição ou conclusão e certos pressupostos”<sup>252</sup>), decorre, segundo Cabral de Moncada, da “prosseção dos objetivos de política econômica e social do Estado Social de Direito dos nossos dias”, que “exige a sua intervenção nos circuitos monetários e na orientação do crédito sem o que aqueles objetivos não fariam sentido. Na realidade aquela intervenção tem uma poderosa influência no teor da inflação, pois que condiciona de perto o aumento da massa monetária em circulação e no desenvolvimento econômico, pois que subordina a distribuição do crédito à escala de prioridades julgada mais conforme ao interesse geral condicionando toda a política econômica dos Poderes Públicos. A intervenção estatal visará pois evitar aumentos explosivos da quantidade de moeda em circulação, assim pondo termo a uma inflação incontrolável e orientar a distribuição do crédito entre os particulares, as empresas e os próprios Poderes Públicos no sentido de que as quantidades a distribuir, o juro e os prazos sejam os mais conformes ao interesse geral.”<sup>253</sup> No caso dos autos, porém, nada disso é considerado.

A propósito, a Enciclopédia Saraiva do Direito<sup>254</sup> registra a existência de juros compostos apenas no art. 1.544 do Código Civil de 1916, sem correspondente no atual, para o caso de *ilícito penal*. Ou seja, uma questão grave, jamais como forma de lucro fora do razoável, puro e simples, desprovido de causa específica. Também as obras de direito civil e bancário sempre se referiram ao anatocismo como indevido<sup>255</sup>, abusivo.

Quanto ao papel dos juros na economia como um todo, há grande celeuma entre os economistas, ortodoxos, de um lado, e heterodoxos, de outro. Não é aqui o local, nem sou especialista capaz de abordar com propriedade o assunto. E a decisão já avançou muito, não sendo possível tratar de todas as questões com tamanha profundidade. Apenas vale registrar que hoje existe uma inflexão na ortodoxia, e não há mais dúvidas possíveis sobre o agravamento do desequilíbrio fiscal e a perda de oportunidades que os juros elevados produzem, afetando todas as cadeias sociais produtivas, causando a estagnação e a falta de desenvolvimento.

No tocante ao contrato discutido, o juro<sup>256</sup> é, não se pode negar, um direito do prestador, mas não a sua composição, pois desnecessária para o fim de retribuição, de contraprestação pelo empréstimo. Da forma como está, ele é o inconstitucional em si, porque não é “justo”, além de não ser “legal”. Devemos lembrar da etimologia da palavra *direito*, segundo Isidoro de Sevilha, citado por Tomás de Aquino, e lembrado por Nicolas Israël. Segundo o arcebispo, “O direito (*jus*) é assim chamado porque é justo (*justum*).”<sup>257</sup> Se não é *justum*, pode até ser lei, mas não é direito. Como na *fórmula de Radbruch*, “famoso filósofo del Derecho y penalista alemán de la República de Weimar –

<sup>251</sup> A. Castanheira Neves, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Limitada, 1993, p. 34.

<sup>252</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>253</sup> Cabral de Moncada, *op. cit.*, p. 232.

<sup>254</sup> *Juros compostos*, vol. 47, ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 217.

<sup>255</sup> Nelson Abrão, *Direito bancário*, ed. RT, 3.ª edição, 1996, p. 73.

<sup>256</sup> “As comissões constituem a contraprestação ou o preço do contrato, enquanto os juros são o preço – a remuneração do capital emprestado.” (Sérgio Carlos Covello, *Contratos bancários*, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1999, p. 158.

<sup>257</sup> Nicolas Israël, com a colaboração de Laurent Gryn. *Genealogia do direito moderno: o estado de necessidade*, Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 29.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

de que hay 'leyes que no son Derecho y un derecho que está por encima de las leyes'.<sup>258</sup>

Não é justa a estipulação de juros compostos para os contratos de direito do consumidor. A propósito, vale relembrar a intuição de Dante Alighieri, citado por Miguel Reale, de que o “*Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupta, corrumpit*” (“O Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a.”<sup>260</sup>). A progressão geométrica dos juros ofende os princípios da justiça econômica. Não nos esqueçamos dos *ius praeepta*, preceitos de direito, legados pelos romanos, contidos nas *Institutas de Justiniano*, inspiradas e formuladas por Ulpiano: “*Iuris praeepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”<sup>261</sup>.

Para uma análise diacrônica e doutrinária deste fenômeno, tomaremos a liberdade de citar à exaustão o fecundo ensaio *Ascensão e queda da justiça econômica*, do professor C.B. Macpherson, que investiga o “futuro provável do conceito de justiça econômica”<sup>262</sup> e nos conta a história da ascensão do mercado. Disse o estudioso que o conceito de justiça econômica surgiu tarde na história humana, foi praticamente abolido alguns séculos atrás e só reviveu no século XX<sup>263</sup>. De acordo com as suas lições, o conceito de justiça econômica pressupõe que existam relações distintas das “relações sociais e políticas em geral”<sup>264</sup>, é dotado de “algum princípio ético”<sup>265</sup> e traz “implícita a noção de valor”<sup>266</sup>.

Doravante, então, pedimos vênias para explorar as suas conclusões, que são de importância fundamental para o mundo de hoje. São longas, mas imprescindíveis para recuperar as origens e bases de um conceito de tamanho significado. Não sendo possível destrinchar as falas do laureado professor canadense com a mesma propriedade sem perder parte do relevante conteúdo preferi citá-las integralmente, como foi feito até aqui. O ponto de vista da justiça econômica é tão essencial quanto o político e o jurídico anteriormente explanados. As diagnoses e prognoses do texto são bons alicerces para pensar o futuro.

Nas sociedades primitivas, diz o autor, “As relações de produção ficavam circunscritas às relações sociais e políticas.”<sup>267</sup> “Os primitivos mercados, conquanto amplos, eram subsidiários da sociedade e do Estado. [...] Os mercados não determinavam os preços: o comércio era efetuado a preços ou equivalências fixadas pelo Estado.”<sup>268</sup>

Esclarece que “O momento decisivo não é o surgimento dos mercados e dos comerciantes, nem tampouco da propriedade privada e da escravidão. É, isto sim, a

<sup>258</sup> Francisco Muños Conde, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 29.

<sup>260</sup> Reale, *op. cit.*, p. 60.

<sup>261</sup> Vicente Sobrino Porto, *Direito Romano – Comentários a textos do Livro I das Institutas de Justiniano*, 2ª edição, revista e atualizada, Livraria Freitas Bastos, 1962, p. 21.

<sup>262</sup> Macpherson, C.B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX*, tradução de Luiz Alberto Monjardim, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1991, p. 13.

<sup>263</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>264</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>265</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>266</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>267</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>268</sup> *Idem*, p. 17.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

relativa autonomia ou independência conquistada pelos mercados e comerciantes em relação ao Estado. Somente então é que os guardiães dos valores das sociedades consuetudinárias tiveram de reagir contra o assédio do dinheiro e dos mercados ao antigo modo de vida. Somente quando se notou que este assédio estava dissolvendo os velhos costumes é que se tornou necessária uma reação ideológica. Assim, a nova ordem econômica passou a ser vista como uma ameaça, algo separado da ordem tradicional sacramentada pelos costumes tribais ou comunitários ou pelo direito consuetudinário imperial. Isso requereu, pela primeira vez na história, um conceito de justiça econômica diferente da noção geral de justiça.”<sup>269</sup>

Não sendo possível determinar maior antecedência, em razão da lenta transformação social nas épocas remotas, o estudioso parte da Grécia clássica, período em que “com o enriquecimento dos comerciantes, os produtores primários empobrecidos faliram, a classe mercantil tentou usurpar o poder da antiga classe dominante, e o campesinato ameaçado ou empobrecido tornou-se uma ameaça à ordem social. Trata-se da famosa *stasis* ou guerra civil endêmica de que falam Platão e Aristóteles. Ela teve início no século VI a.C., quando as reformas de Sólon não conseguiram remediar a situação.”<sup>270</sup>

Sem sentido na Idade do Bronze, pois nas civilizações mais antigas o mercado não chegou a desenvolver-se de forma autônoma, “O conceito de justiça econômica foi formulado pela primeira vez por Aristóteles, no século IV a.C. Na escala temporal das sociedades humanas, o século IV a.C. situa-se nitidamente na extremidade moderna. Mas foi somente então que a ideia de justiça econômica se impôs como um problema que exigia atenção especial.”<sup>271</sup>

De acordo com Macpherson, Aristóteles “viu que a sua sociedade já estava bem adiantada nesse processo de transição de uma economia de mercado simples para outra mais complexa. E, baseado num argumento ético, condenou esta última como destruidora da vida digna. Chamou-a de antinatural por três motivos: ela torna a aquisição um fim em si mesmo e não um meio para a vida digna; o processo de acumulação não tem limites, ao passo que a vida digna requer apenas recursos materiais limitados; ela é um meio pelo qual alguns homens ganham, à custa de outros, o que é injusto.”<sup>272</sup> A doutrina de Aristóteles “encerra também o germe de duas subdivisões do conceito de justiça econômica que viriam a amadurecer na Europa medieval: a justiça comutativa e a justiça distributiva. A justiça comutativa, referente às trocas, exige que estas se façam a um 'preço justo'. [...] A justiça distributiva – referente à distribuição do produto global da sociedade entre os cidadãos – exigia que toda família tivesse a renda necessária para uma vida digna, a quantia que permitisse a cada uma combinar temperança e liberalidade. [...] preocupava-se com a acumulação de riquezas pelos comerciantes porque ela modificava as relações de troca e, logo, a distribuição de *renda*: ela colocava em risco a subsistência, os meios de consumo materiais dos cidadãos livres.”<sup>273</sup>

Ainda de acordo com Macpherson, “Quando, no século XII d.C., as obras de Aristóteles foram redescobertas na Europa ocidental, a sociedade feudal europeia já estava sofrendo as mesmas pressões – mas não ainda no mesmo grau – causadas pela

<sup>269</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>270</sup> *Idem, p. 18.*

<sup>271</sup> *Idem, p. 18.*

<sup>272</sup> *Idem, p. 19.*

<sup>273</sup> *Idem, ibidem.*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

extrapolação do mercado. Portanto, não admira que o eminente teórico do século XIII, Santo Tomás de Aquino, tenha dedicado especial atenção aos problemas da justiça econômica e formulado uma doutrina bem semelhante.”<sup>274</sup> Disserta Macpherson que, “Os ganhos obtidos com a transferência de mercadorias de regiões menos carentes para outras mais carentes eram inatacáveis: tiravam proveito apenas de circunstâncias geográficas e eram benéficas para ambas as partes. Já os ganhos obtidos quando uma das partes está em posição desvantajosa para negociar, como no caso da usura e do apreçamento monopolista, eram condenados: tiravam proveito de um desequilíbrio de forças e eram à custa da parte mais fraca. Tais princípios de justiça econômica, respaldados pelo forte poder da Igreja, lograram certo êxito até o final da Idade Média, evitando que o mercado rompesse os vínculos com a ordem social tradicional. Mas depois revelaram-se impotentes.”<sup>275</sup>

Macpherson aduz que, “A partir dos séculos XV e XVI, a ordem feudal foi aos poucos sucumbindo ao estado mercantil em todas as nações europeias e justamente com ela sucumbiu a doutrina medieval da justiça econômica. Isso não causa surpresa, mas sim o fato de essa doutrina não ter sido substituída por nenhuma outra teoria de justiça econômica. Os padrões éticos universais cederam sob o peso dos interesses nacionais. No século XVII, o debate ético mergulhou em controvérsias mercantilistas, nas quais se admitia não só que o interesse nacional deveria ser o objetivo e portanto o critério do bem, mas também que a vida econômica da nação deveria ser regida pelo Estado, em vez de ficar ao sabor da livre atuação dos empresários no mercado. Isso pode parecer uma volta à ideia de que a economia deve subordinar-se à manutenção do sistema tradicional da sociedade, agora representado pelo Estado nacional. Havia, aí, porém, uma grande diferença. Não era o sistema tradicional que o Estado devia promover, mas sim o novo sistema de uma sociedade mercantil. Agora o interesse nacional identificava-se com a acumulação e aplicação do capital privado e empresarial. A força da nação dependia das motivações do mercado. [...] A política econômica já não levava em conta questões de justiça.”<sup>276</sup>

Para Macpherson, “Pode-se dizer que o fim do conceito de justiça econômica foi proclamado por Thomas Hobbes em 1651. Embora não fosse partidário da nova ordem mercantil, ele percebeu que ela viera para ficar. Tanto assim que descartou como irrelevantes as reivindicações da justiça comutativa e da justiça distributiva. [...] Foi Hobbes quem deu o tom a todas as teorias liberais subsequentes. Locke, que concordava com Hobbes nesse ponto e em muitos outros, estava convencido de que o preço do mercado era o preço justo, e foi ainda mais além ao afirmar que qualquer partida de mercadorias podia ser vendida justamente pelo mesmo comerciante a preços diferentes em mercados diferentes ao mesmo tempo.”<sup>277</sup>

Conforme o autor, “A justiça econômica desapareceu como categoria da teoria política e econômica. Não é difícil entender por que isso aconteceu naquela época. Pois foi somente então que, na maioria dos países adiantados, o mercado mudou, e se percebeu que ele mudara, qualitativamente: as energias e aptidões humanas – a capacidade dos homens de trabalhar produtivamente – tornaram-se normalmente negociáveis. A partir

<sup>274</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>275</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>276</sup> *idem*, pp. 21/22.

<sup>277</sup> *Idem*, p. 22/23.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

daí, uma parte cada vez maior da população trabalhadora passou a vender sua mão-de-obra em vez de seus produtos. A própria mão-de-obra, como salientou Hobbes, tornou-se uma mercadoria cujo preço era determinado pelo mercado pessoal. Estava assim potencialmente concluída a ascensão do mercado: sua relativa autonomia em relação à sociedade e às normas tradicionalmente impostas estava assegurada.”<sup>278</sup> Houve, diz o professor, reações vindas dos “guardiões dos valores tradicionais. Na Inglaterra, os governos Tudor e Stuart tentaram conter o avanço do mercado limitando o cercamento das terras comunitárias, regulando os salários e os contratos trabalhistas, tomando medidas para proteger a força de trabalho contra os efeitos adversos das flutuações do mercado. Medidas desse último tipo continuaram vigorando no século XIX até serem abolidas pela reforma da lei de assistência social em 1834. Mas do século XVII em diante, as principais correntes da teoria política e da economia política relegaram ao esquecimento a justiça econômica.”<sup>279</sup> Também nas décadas de 1820 e 1880, “certos teóricos radicais, sobretudo os chamados socialistas ricardianos [...] E em 1875 os social-democratas alemães também invocaram a justiça econômica em seu Programa de Gotha. Todavia Marx, o teórico mais radical daquele século, sustentava que toda essa teoria estava fundamentalmente equivocada porque focalizava apenas as relações *distributivas*, ou a esfera da circulação ou troca, e não as relações de *produção*. [...] O fato de Marx julgar necessário menoscabar a justiça distributiva mostra que pelo menos o moderado movimento social-democrata alemão estava pleiteando a sua causa, em 1875, em termos de justiça econômica. Desde então, como veremos, os partidos social-democratas e trabalhistas, bem como o movimento trabalhista em geral no Ocidente, apresentaram suas reivindicações principalmente nesses termos. A revitalização da justiça econômica, embora não muito consistente no nível teórico, começou com a prática política da classe trabalhadora.”<sup>280</sup>

Ainda nos passos de Macpherson, “Vemos portanto que no século XIX o conceito de justiça econômica parecia estar descartado ou pelo menos definitivamente estropiado. A razão é simples: à medida que triunfa, a economia de mercado capitalista foi tornando inúteis e obsoletas as noções de justiça distributiva e de justiça comutativa: elas já não serviam para combater o domínio do mercado.”<sup>281</sup>

Mesmo “teóricos liberais de épocas mais recentes geralmente omitiram a noção de justiça econômica, pois também davam primazia ao mercado, embora reclamassem alguma intervenção estatal para compensar seus piores efeitos distributivos. A teoria da justiça mais aclamada em nosso tempo, a de John Rawls, busca formular um princípio geral de distribuição que venha a justificar as diferenças de classe, em termos de perspectivas financeiras, que toda a sociedade de mercado (de fato, afirma ele, toda a sociedade) necessariamente gera. Essa é certamente uma teoria geral de justiça distributiva, mas dificilmente se poderia considerá-la uma teoria de justiça *econômica*. Porquanto ela parte das reivindicações de indivíduos isolados, não de indivíduos enquanto membros da sociedade, e considera o seu comportamento maximizador no mercado como um atributo inato ou essencial, ao passo que o conceito de justiça econômica parte do pressuposto de que as normas sociais e os valores éticos devem prevalecer sobre os

<sup>278</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>279</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>280</sup> *Idem*, pp. 23/25.

<sup>281</sup> *Idem*, p. 27.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

valores do mercado impessoal ou pelo menos resistir a eles.”<sup>282</sup>

Consoante Macpherson, “O requisito lógico para a *existência* do conceito é não só que as relações econômicas não sejam abarcadas pelas relações sociais e políticas, mas também que as primeiras não abarquem as últimas. Mas foi isso justamente o que aconteceu nos séculos XVII e XVIII. As relações de mercado suplantaram todas as demais relações. No século XIX, críticos de esquerda e de direita lamentaram que o vínculo monetário tivesse substituído todas as relações sociais tradicionais, e era pacífico que o *status* dera lugar ao contrato. Novamente as relações econômicas tornaram-se indistinguíveis das relações sociais e políticas, mas dessa vez porque as tinha absorvido. Não apenas a justiça econômica desapareceu: a justiça em geral foi reduzida ao cálculo de utilidade máxima ou à observância dos contratos. Enquanto a economia de mercado capitalista fosse considerada de modo geral benéfica, dificilmente seria preciso recorrer a qualquer conceito de justiça, de modo que os teóricos pouco se ocuparam da matéria.”<sup>283</sup>

Bastante significativa é a explicação de Macpherson no sentido de que a revitalização do conceito de justiça econômica ocorreu no século XX por causa de um fenômeno democrático e não teórico. Para o professor, “Tal revitalização corresponde a uma certa descrença dos benefícios, e mesmo da viabilidade, de uma economia de mercado capitalista livremente competitiva. A descrença foi mais evidente entre os eleitores sem instrução do que entre os teóricos políticos e econômicos. Analogamente, a revitalização do conceito ocorreu na prática política, e não na teoria política, das democracias liberais.”<sup>284</sup> Aqui deve ser celebrada a acuidade da teoria de Protágoras, ao contrário dos detratores da democracia, como Platão e os acólitos da filosofia política<sup>285</sup>, que buscam a tutela do povo louvando a sua apatia, conforme descreve Moses Finley<sup>286</sup>.

Prosseguindo, “A justiça distributiva, que foi usada pelos partidos social-democratas do final do século XIX em diante, tornou-se largamente utilizada no século XX. Todos os partidos políticos passaram a pleitear a sua causa em termos de justiça distributiva. Políticas governamentais foram defendidas ou atacadas com base nesse argumento. Eleições foram disputadas sob essa bandeira, pelo menos até recentemente, embora hoje a principal questão seja a recuperação econômica ou a evitação do desastre econômico [...] A noção de justiça comutativa, ou algo semelhante, também ressurgiu nas leis de defesa do consumidor e na doutrina judiciária dos contratos 'extorsivos’.”<sup>287</sup>

Ainda com Macpherson, três foram as causas desta revitalização, “todas produzidas pelo capitalismo. A mais evidente é a expansão dos sindicatos e dos partidos trabalhistas e social-democratas, tendo como resultado as medidas previdenciais típicas das democracias capitalistas adiantadas. [...] A segunda mudança ocorrida na economia capitalista no século XX foi o declínio da concorrência em face de concentrações de capital que permitiram a umas poucas grandes empresas dominarem o mercado em vários setores da economia. [...] A terceira mudança, menos óbvia, porém igualmente importante, é que o mercado deixou de ser totalmente responsável pela distribuição de renda. O

<sup>282</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>283</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>284</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>285</sup> Rancière, *op. cit.*, pp. 9/15.

<sup>286</sup> Moses I. Finley, *op. cit.*

<sup>287</sup> Macpherson, *op. cit.*, p. 28.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

mercado já não responde sozinho pela distribuição do produto anual global entre aqueles que contribuíram para a sua produção. Em todos os países capitalistas adiantados, o Estado agora intervém de muitas maneiras nessa distribuição: ele impede ou distorce a distribuição que seria feita pelo mercado. De fato, atualmente, a distribuição ainda é feita sobretudo *através* dos mercados mas não *pelos* mercados: a parte que se faz através dos mercados compete ao Estado e a grupos de poderosas empresas em atuação nos mercados, e não a mercados autônomos.”<sup>288</sup>

Neste sentido, diz o professor, “O Estado viu-se compelido a intervir, em parte por pressões dos movimentos trabalhistas, em parte por pressões de vários setores do capital organizado, e em parte para salvar o próprio sistema. Tais pressões continuam atuando. Elas indicam que tanto os setores capitalistas mais avançados como os movimentos de trabalhadores (e agricultores) consideram o mercado incompetente para promover uma distribuição de renda justa. Por conseguinte, também nesse sentido o mercado não pode mais pretender-se isento de padrões éticos alheios à sua natureza. Além disso, o Estado, que agora participa da função distributiva, deve sustentar, enquanto Estado democrático, que sua política econômica visa ao interesse público. Princípio mais conveniente, porque mais familiar, para ser invocado é a justiça econômica.”<sup>289</sup>

Mas até quando? O estudioso se pergunta “qual será a duração provável dessa revitalização? Quais serão as perspectivas a logo prazo de tal conceito?”<sup>290</sup> No caso da justiça distributiva, questiona-se: “Que cabe esperar em face da crescente expansão das funções alocativas e reguladoras do Estado e do crescente poderio do setor empresarial monopolista ou oligopolista, tendências que são razoavelmente presumíveis?”<sup>291</sup>

Segundo Macpherson, “Há a possibilidade de que essa aliança entre o capital empresarial e o Estado regulador venha a negar as pressões social-democratas, destruindo o processo democrático. Tal Estado corporativista ou plebiscitário não precisaria ceder a reivindicações de justiça distributiva, tampouco justificar-se nesses termos. Em vez disso, invocaria outros valores: eficiência e estabilidade. Apresentar-se-ia, como de fato já faz, como o único mecanismo capaz de salvar o país do colapso econômico – de desemprego maciço ou da inflação galopante, que juntos são mais temíveis do que um pouco de injustiça econômica. Ante uma calamidade iminente, a distribuição da miséria torna-se sem importância. Seriam esquecidas as reivindicações de justiça distributiva. Tal hipótese está longe de ser absurda, como o atestam as vitórias eleitorais alcançadas nos últimos tempos pelos partidos de direita ao darem precedência à estabilidade e à eficiência sobre as questões distributivas.”<sup>292</sup>

Por outro lado, “A segunda possibilidade, no outro extremo, é que o conflito entre as pressões democráticas e os interesses econômicos venha a tomar o rumo oposto. Se a democracia não for derrubada, as forças democráticas poderão dominar o Estado capitalista e superar ou transformar o atual capitalismo controlado. Não é impossível que tais forças venham a ser geradas não só dentro dos segmentos do operariado que se convenceram da incompetência do capitalismo controlado e não mais querem ser meros joguetes dos centros de poder inacessíveis, mas também dentro de uma

<sup>288</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>289</sup> *Idem*, pp. 30/31.

<sup>290</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>291</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>292</sup> *Idem*, *ibidem*.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

classe média cada vez mais consciente da deterioração da qualidade de vida sob o regime capitalista.”<sup>293</sup>

No tocante à justiça comutativa diz Macpherson que “À primeira vista é impressionante o grau de revitalização do conceito de justiça comutativa na legislação e nas sentenças judiciais dos países ocidentais. Por exemplo, o 'Código Comercial Uniforme', que foi parcialmente adotado pela legislação de alguns estados americanos, permite que os tribunais se recusem a fazer cumprir contratos extorsivos. O direito contratual, que costumava ser o esteio das relações de mercado e não tinha qualquer conteúdo ético, está sendo agora reinterpretado nos países de direito consuetudinário a fim de que passe a ter um mínimo desse conteúdo. Nos tribunais ingleses, o exemplo mais notável e influente foi o julgamento de Lorde Denning (*Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, (1974) 3, ER 757-72), que estabeleceu como princípio geral que os contratos podem ser anulados se forem feitos em condições de desigualdade de poder de barganha, mesmo que essa desigualdade resulte de necessidade urgente da parte mais fraca, ou de ignorância, ou de enfermidade, ou de incapacidade para aconselhar-se. Em casos posteriores, os tribunais de outros países adotaram critério semelhante. No Canadá, recentemente, houve casos em que a parte mais fraca obteve reparação por contratos em que havia grande desigualdade de valores permutados e desigualdade de barganha. O conceito jurídico de contratos extorsivos parece incorporar o princípio comutativo da troca de valores iguais, embora não se baseie somente nesse princípio. E certas legislações recentes chegaram a fazer do 'preço extorsivo' um argumento para o não cumprimento de um contrato.”<sup>294</sup>

O autor possui dúvidas fundadas sobre a revitalização dos dois conceitos de justiça econômica. E mesmo se ele fará sentido no porvir, por duas razões.

No caso da *justiça distributiva*, supondo que ele tenha se concretizado, o autor crê que o conceito não teria vida longa, “pois essa sociedade transformada provavelmente resultaria de forças que só podem pleitear a sua causa em termos de justiça distributiva, como sempre o fizeram os sindicatos e os partidos social-democratas. À época em que essa sociedade estivesse enfim concretizada, a principal preocupação dos movimentos responsáveis por seu advento e, presumivelmente, por seus rumos não mais seria a justiça distributiva. Dar-se-ia prioridade a outros valores, que podem ser resumidos como qualidade de vida: não apenas a qualidade do ambiente físico (combate à poluição, à destruição ecológica e à decadência urbana), mas também a qualidade das instituições sociais e econômicas que estariam determinando (e impedindo) o pleno uso e desenvolvimento das potencialidades humanas (fim da degradação do trabalho e do lazer; da degradação da cultura pela mídia; e da degradação da política por partidos oligárquicos e manipuladores; em suma, superação dos modernos fenômenos de alienação e dominação).”<sup>295</sup>

Por outro lado, Macpherson manifesta suas dúvidas “sobre se a essa tendência jurídica e legislativa representa de fato uma revitalização da justiça comutativa. Naturalmente, como a tendência é anular os contratos feitos em condições de desigualdade de poder de barganha, o princípio básico pode ser reduzido à justiça comutativa a partir do pressuposto de que essa desigualdade leva a trocas de valores desiguais. Mas convém

<sup>293</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>294</sup> *Idem*, pp. 32/33.

<sup>295</sup> *Idem*, p. 31.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

notar que a anulação por esse motivo não chegou a se tornar uma regra. Se assim fosse, os tribunais teriam sido obrigados a anular inúmeros contratos salariais – de fato, todos os contratos salariais, salvo aqueles feitos por sindicatos que eram tão poderosos quanto as empresas empregadoras (ou órgãos estatais).<sup>296</sup> Outra questão diz respeito aos preços extorsivos ou justos. Diz o autor que, “Mesmo assim, tal prática identifica-se com a antiga justiça comutativa na medida em que incorpora uma noção de preço justo que foi considerada norma em uma sociedade anterior: agora a sociedade anterior é a sociedade de mercado competitivo e liberal. Assim, os legisladores e juízes que advogam os valores de mercado liberal devem estar perfeitamente à vontade com a nova justiça das trocas. Mas essa revitalização de algo semelhante à justiça comutativa provavelmente não terá, no mundo ocidental, uma duração mais longa que a do conceito de justiça distributiva, considerando-se a tendência de controle estatal do mercado distributivo observada em fins do século XX. Se o capital empresarial vier a trocar o Estado democrático por um Estado corporativista, não mais será preciso reivindicar, para fins eleitorais, uma legislação para proteger a parte mais fraca. Se, ao contrário, o Estado democrático prosperar e assumir o controle do capital, a justiça do contratos privados perderá importância diante de questões mais amplas referentes à qualidade de vida. A justiça comutativa, tal como a distributiva, será descartada ou desaparecerá. [...] Resumindo, pois, o conceito de justiça econômica parece fadado a não ter vida muito longa. Ele resistirá ainda por algumas décadas nos países capitalistas (e por mais tempo no Terceiro Mundo), até vir a ser totalmente subjugado por um Estado totalitário ou corporativista, ou substituído em uma nova sociedade por um conceito superior de realização humana.”<sup>297</sup>

As graves preocupações do cientista político canadense Crawford Brough Macpherson manifestada no texto estão por se definir na contemporaneidade. Teremos um Estado democrático ou sucumbiremos ao Estado corporativista e totalitário, sujeito apenas aos desígnios do indomável e implacável Capital e da *auctoritas principis* augustiniana, como praticada largamente no século XX?

A inquietação é grande, tanto em relação ao *ius conditum* quanto ao *ius condendum*. Será realizado o desejo dos fisiocratas, os primeiros teóricos do capital, de extirpar definitivamente a política da arena social? O *fascismo de mercado*, expressão de Paul Samuelson, imperará? Ou o tirano será dispensado? Como constata José Luís Fiori, e nós vemos claramente aqui, por “uma espécie de perversa combinação entre o movimento do capital e as estruturas e decisões do poder, o político foi restringido e castigado pelo capital que se tornou o tirano. É como se a intuição dos fisiocratas tivesse sido invertida. Para eles, era preciso um tirano – qual Hobbes, um Leviatã – para colocar cada qual no seu lugar e deixar o mercado funcionar. Aparentemente, nesse momento, a sensação que se tem [...] é a de que estamos no ápice da curva da vingança do mercado contra a política. Então, na inversa mão dos fisiocratas, quem virou tirano foi o mercado e quem virou submisso foi o tirano.”<sup>298</sup> Guardadas as devidas proporções, enquanto no Terceiro Reich, o estado de exceção vigorou por 12 anos<sup>299</sup>, na questão dos juros compostos, já faz mais de 20 anos que a exceção supera a regra.

<sup>296</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>297</sup> *Idem*, pp. 34/35.

<sup>298</sup> José Luís Fiori, “Globalização financeira: a vulnerabilidade das economias nacionais”, *Os moedeiros falsos*, Editora Vozes, Petrópolis, 1998, p. 126.

<sup>299</sup> Agamben, *Estado de exceção*, p. 126.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

A *atividade bancária* diz respeito à intermediação do crédito<sup>300</sup>. Segundo J. X. Carvalho de Mendonça, “Para melhor precisar o conceito jurídico sobre os bancos, na sua vasta complexidade, podemos dizer que estes são empresas comerciais, cujo objetivo principal consiste na intromissão entre os que dispõem de capitais e os que precisam obtê-los, isto é, receber e concentrar capitais para, sistematicamente, distribuí-los por meio de operações de crédito.”<sup>301</sup>

São os “distribuidores de crédito”<sup>302</sup>. Esta é a função social da atividade bancária. E, por sua vez, o contrato de *empréstimo mercantil* é a “principal operação ativa dos bancos”<sup>303</sup> e “o núcleo central do sistema creditório”<sup>304</sup>. Portanto, os bancos são os responsáveis pela distribuição do crédito, não pela acumulação do dinheiro disponível. Se os bancos só emprestarem por meio de juros sobre juros terão pervertido as suas funções mercantis, como no caso do Estado que não fornece serviços públicos para poder pagar os juros da dívida pública que tem os bancos como negociantes e como credores. A função social dos contratos bancários, dos bancos, do *gubernans* e da *gubernatio* revelar-se-ão desviantes. Haverá sempre a canalização de recursos públicos e privados sem causa jurídica que a justifique.

Para se ter uma visão geral da tradicional *razão de ser* do contrato, veja-se o que diz Sérgio Carlos Covello:

“É graças aos empréstimos que o industrial consegue realizar melhoramentos na sua indústria, e o comerciante ampliar o ramo de negócios até obter fortunas. É graças aos empréstimos que as empresas em dificuldades financeiras conseguem galgar o reequilíbrio econômico imprescindível para continuar suas atividades, evitando quebras desastrosas não só para o empresário como para os empregados, com reflexos em toda a sociedade.

Por meio dos empréstimos, os funcionários públicos e os profissionais liberais obtêm o capital de que precisam para a aquisição de casa própria, de material de construção, de instrumentos de trabalho, de utilidades domésticas e outros.

No setor agropecuário, o empréstimo desempenha relevante papel social uma vez que, em subministrando fundos ao agricultor, permite-lhe melhorar a exploração da terra pela aquisição de máquinas e outros recursos técnicos que vêm beneficiar toda a estrutura econômica da Nação.

Os empréstimos, assim, fomentam a produção, desenvolvem o comércio, tornam viável a execução de grandes trabalhos públicos em benefício geral da coletividade, fazendo com que capitais disponíveis se tornem produtivos pela aplicação na criação de outras riquezas, sendo, em uma palavra, fator notável de bem-estar e prosperidade geral.

Em contrapartida, o Banco obtém lucros fabulosos com os empréstimos que realiza, mediante taxas de juros que só ele, como empresa especializada, está autorizado a obter. As garantias – seguras – que acompanham o contrato dão-lhe certeza de um bom negócio, de lucro líquido e certo.”<sup>305</sup>

Tornando exponencialmente cara a sua mercadoria, os bancos deixam de cumprir a missão econômica para a qual estão legal e economicamente voltados, passando a ser fatores de concentração de renda e obstáculo ao desenvolvimento social.

<sup>300</sup> Nelson Abrão, *op. cit.*, p. 30.

<sup>301</sup> J.X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. VI, 3.ª parte, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro-São Paulo, 1970, pp. 13/14.

<sup>302</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>303</sup> Nelson Abrão, *op. cit.*, p. 68.

<sup>304</sup> Carvalho de Mendonça, *op. cit.*, p. 165.

<sup>305</sup> Sérgio Carlos Covello, *Contratos bancário*, 3.ª edição, Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1999, p. 153.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

A palavra anatocismo deriva da conjugação das palavras *ana* (acima) e *toko* (produto), do grego antigo<sup>306</sup>. É certo que no contrato de *depósito bancário*, os juros compostos são naturais, como leciona Pontes de Miranda: “A liquidação dos juros e o creditamento fazem-se no dia expressamente convencionado ou de uso. Uma vez creditados, os juros capitalizam-se, tornando-se produtivos de juros.”<sup>307</sup> Já nos contratos do consumidor esta naturalidade desaparece por completo. Ele se torna uma ficção, pois presume-se que estaria sendo renovado todos os meses para o repique dos juros, que cresceriam em virtude do aumento da base de cálculo.

Em resumo, de um lado, há falta de “legitimação democrática” e de “valia axiológica da lei”<sup>308</sup>, entendida em sentido amplo, como construção da normatividade. Primeiro, porque apenas uma pessoa deliberou sobre o assunto de grande importância para a população, sem que o corpo legislativo tenha tido a oportunidade de fazê-lo. Segundo, porque não incidiram as limitações constitucionais materiais e formais atinentes. Não se pode negligenciar o fato de que, segundo o art. 192 da Constituição, o Sistema Financeiro Nacional deve ser estruturado para promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, o que não foi levado em consideração, além de exigir Lei Complementar. Terceiro, o princípio da justiça econômica impede que uma das partes do contrato lucre acima do razoável e sem causa justificadora.

Se o Legislativo está limitado material e formalmente pela Constituição contra as maiorias parlamentares<sup>309</sup>, lição ainda não aprendida pelo Brasil, o que dizer do Executivo? Não há poder constitucional para o Executivo fazer o *direito* sozinho. Ou há situação fática de relevância e urgência para ambos, ou não há relevância e urgência para nenhum.

Não bastasse a ausência de fato extraordinário, só a constatação de que até agora a capitalização dos juros não foi deliberada pelo Congresso afasta a *relevância* e *urgência* do assunto. Se, de fato, fosse uma questão urgente, o Legislativo já deveria tê-la decidido, obrigatoriamente. O art. 2.º da Emenda 32/01 é inconstitucional porque não menciona limites temporais, e não se admite por emenda o que a Constituição não permite no seu seio, criando-se uma exceção sistêmica.

Mais uma vez, o que é constitucionalmente provisório não pode se tornar definitivo, sob pena de ofensa ao Estado Democrático de Direito, que é feito de **leis** (art. 5.º, II, da CF), não de atos efêmeros do Executivo, aptos a gerar efeitos circunstanciais e restritos. Não há Estado de Medidas Provisórias, mas Estado de Direito. Só na ditadura as leis se restringem a atos de *força*.

É possível esboçar uma *teoria das medidas provisórias* recorrendo às doutrinas dos sofistas Protágoras e Górgias. Quanto ao primeiro, também jurista, a sua doutrina do homem-medida (“O homem é a medida de todas as coisas, da existência das

<sup>306</sup> Pierre de Gioia Carabellese, *Il concetto giuridico di compound interest (o anatocismo) in una analisi comparata con il common law britannico*, Rivista di Diritto Bancario, Estratto dal n. 11/2016, p. 1. <[http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/p\\_de\\_gioia\\_carabellese\\_il\\_concetto\\_giuridico\\_di\\_compound\\_interest\\_o\\_anatocismo\\_in\\_una\\_analisi\\_comparata\\_con\\_il\\_common\\_law\\_britannico\\_2016\\_0.Pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/p_de_gioia_carabellese_il_concetto_giuridico_di_compound_interest_o_anatocismo_in_una_analisi_comparata_con_il_common_law_britannico_2016_0.Pdf)>. Acesso em 27 de julho de 2017.

<sup>307</sup> Pontes Miranda, *Tratado de direito privado*, volume 52, ed. RT, 3.ª edição, 1984, pp. 82/83.

<sup>308</sup> Luís S. Cabral de Moncada, *Ensaio sobre a lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 185.

<sup>309</sup> *Idem*, p. 86.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

que existem e da não existência das que não existem.”<sup>310</sup>) parte de um sistema de relações<sup>311</sup> para poder encontrar o que é o *melhor* dentre as várias questões submetidas à deliberação. Diante de uma dada situação fática *atual, relevante e urgente*, cabe ao mandatário, com base na *euboulia* (“a boa deliberação”<sup>312</sup>) realizar o *útil, vantajoso e benéfico* para os atingidos, agindo como um juiz (*krites*) da *medida provisória*, por critério (*kriterion*) justo e métrica a partir dos fatos e dos homens. É, pois, o humano que fornece a primeira medida do caso concreto. E, passada a urgência, a questão deve ser devolvida ao *kratos* popular, na pessoa de seus representantes. Na *medida provisória*, a hipótese de incidência da *norma* já ocorreu. Na *lei*, a hipótese de incidência poderá ocorrer. A *medida provisória* se refere ao *presente real*, enquanto a *lei* diz respeito a um *futuro fictício*. A *situação* precede a *norma* na *medida provisória*. Enquanto na *lei*, a *situação* sucede a *norma*. Quanto a Górgias, ele elaborou uma teoria do *kairos* (*Peri Kairou*<sup>313</sup>). Premido pela necessidade (*anagkê*), é preciso articular-se no momento oportuno, adequado, favorável, conveniente, agindo com “senso de ocasião”<sup>314</sup>. O *instante propício* aplicava-se aos domínios médico, militar, artístico e político<sup>315</sup>. Da retórica, na função de “régulateur de discours”<sup>316</sup>, a doutrina passou a vários domínios do pensamento. Não nos esqueçamos do aforismo hipocrático: “A arte é longa, a vida é curta, a ocasião é aguda.”<sup>317</sup> É, pois, exatamente isso que se pretende no caso das *medidas provisórias*. Não é possível ir às fontes mais aprofundadas sobre o autor e como ele aplicava o conceito na retórica de seu tempo, mas é indubitável que se aplica à questão. Fontes remotas apontam para a parte do corpo onde a arma poderia penetrar ou o ponto exato em que atinge o alvo ou os pontos de abertura e fechamento da urdidura do tecido<sup>318</sup>. Com base em tais premissas, a *medida provisória* é uma medida *ex tempore*. Não apenas no espaço-tempo da ocorrência do fato, mas no agora da providência tomada: valoração e terapia na medida das necessidades humanas do “presente *kairico*”<sup>319</sup>. Deve haver, para tanto, a “coincidência da ação humana

<sup>310</sup> Alonso Tordedillas, *Platão, Protágoras e o homem-medida*, traduzido por João Hobuss e Luís Rubira, Dissertatio, UFPel [27, 2008] 11-42, p. 14. Acesso em 14 de junho de 2017. <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8817>>

<sup>311</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>312</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>313</sup> G.B. Kerferd, *O movimento sofista*, tradução de Margarida Oliva, Edições Loyola, São Paulo, 2003, p. 80.

<sup>314</sup> W.K.C. Guthrie, *Os sofistas*, tradução de João Rezende da Costa, Paulus, São Paulo, 1995, p. 253.

<sup>315</sup> Pierre-Máxime Schuhl, “De l’instant propice”, *Imaginer et réaliser*, Presses Universitaires de France, 1963, pp. 144/148.

<sup>316</sup> Alonso Tordedillas, “L’instance temporelle dans l’argumentation de la première et de la seconde sophistique: la notion de *kairos*”, *Le plaisir de parler: études de sophistique comparée*, Barbara Cassin et al., Les Éditions de Minuit, Paris, 1986, p. 60.

<sup>317</sup> Longino, *Do sublime*, tradução de Filomena Hirata, São Paulo, 1996, nota 11, p. 115.

<sup>318</sup> Barbara Cassin, *O efeito sofisticado: sofisticada, filosofia, retórica, literatura*, tradução de Ana Lúcia de Oliveira e Maria Cristina Franco Ferraz (ensaios) e Paulo Pinheiro (documentos), Ed. 34, 2015, pp. 205/210.

<sup>319</sup> Alonso Tordedillas, *Platão, Protágoras e o homem-medida*, p. 38.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

e do tempo, o que faz com que o tempo seja propício e a ação boa”<sup>320</sup>. A *medida provisória*, diversamente da *lei*, sujeita às contingências do presente, e, por isso, se adequa à imprevisibilidade do *kairos*, que é “o bem segundo o tempo, ou ainda, o tempo enquanto nós o consideramos como bom”<sup>321</sup>. É no contexto temporal que devem ser editadas. O *kairos*, portanto, é o segundo aspecto da *medida provisória*. Fora desta temporalidade (*consequente e correlata*), a edição sem tais pressupostos burla a previsão constitucional. Pugna-se, pois, para a edição das medidas provisórias pela adoção do binômio momento oportuno (*kairos*), resposta adequada à necessidade (*anagkê*).

Em verdade, parecemos a prova das teses de Ferdinand Lassalle, contidas no opúsculo *O que é uma Constituição*<sup>322</sup>. Na obra, o autor procura demonstrar que, ao contrário da norma jurídica que deveria ser, a Constituição acaba sendo o que os *fatores reais de poder* querem que seja. Não se renega a Constituição com argumentos utilitários. Existem forças econômicas em sentido contrário, mas a Constituição deve ser a *força normativa*<sup>323</sup> capaz de gerar deveres jurídicos. Jamais as relações de poder. A Constituição é uma norma jurídica, e embora não vincule todas as atividades sociais, por certo, deve ser aplicada e interpretada em sentido jurídico quando assim é exigido.

Os juros remuneram o capital, os juros compostos concentram o capital, já que a capitalização se dá por uma progressão geométrica desleal. A diferença não pode ser ignorada. É justo que sejam recebidos juros pelo empréstimo de dinheiro, mas é injusto que se faça de forma exponencial. A empresa bancária não é a única atividade econômica. Todas as atividades econômicas devem ser consideradas igualmente.

Embora matematicamente possíveis, os juros compostos não se aplicam no empréstimo de dinheiro, mas nos fundos de renda, servindo para que uma taxa de juros fixa seja aplicada à quantia acumulada “do fundo existente no início do intervalo [...] e aditada à mesma quantia no fim do período, o que resultará no novo valor da importância acumulada.”<sup>324</sup> Usados para fazer estimativas instantâneas e análises de depreciação de bens, a utilização dos juros compostos transformaram os financiamentos para o consumo em fundos de renda com sinais trocados em benefício do empréstador, mudando a sua natureza, e fazendo com que o valor emprestado se altere todo mês, de forma exponencial, enquanto o valor do bem financiado se deprecia mês a mês. Não há sinal de justiça.

No que diz respeito às *cédulas de crédito bancário* como títulos executivos, estão presentes os mesmos vícios. Em primeiro lugar, porque a sua criação se deu por meio de Medida Provisória, sendo a última a de número 2.160-25, de 23 de agosto de 2001, transposta para a Lei 10.931/04.

Como já dito acima, as medidas provisórias não podem dispor sobre direitos entre particulares em sentido universal e genérico, questão que é matéria veiculada por *lei*, como prevê o **art. 5.º, II**, da CF.

<sup>320</sup> Pierre Aubenque, *A prudência em Aristóteles*, tradução de Marisa Lopes, 2.ª edição, São Paulo, Discurso Editorial, Paulus, 2008, p. 157.

<sup>321</sup> *Idem*, p. 164.

<sup>322</sup> Ferdinand Lassalle, *Que é uma Constituição*, tradução de Walter Stöner, Editorial Villa Martha Ltda. Porto Alegre, 1980.

<sup>323</sup> Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

<sup>324</sup> W.L. Crum e Joseph A. Schumpeter, *Elementos de matemática para economistas e estatísticos*, tradução de Mariano do Prado Valladares, Editora Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1967, p. 183.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

No mais, nos termos do art. 927, IV, do CPC, *obsero às partes* a existência do R.Esp. 1.251.331/RS, Relatora Min. Maria Isabel Gallotti, que, após erudita fundamentação, fixou a seguinte ementa:

“Para os efeitos do art. 543-C, do CPC, ressalvados os posicionamentos pessoais dos Srs. Ministros Nancy Andriighi e Paulo de Tarso Sanseverino, que acompanharam a relatora, foram fixadas as seguintes teses: 1. Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto; 2. Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira [...]”

A mesma observação, termos do art. 927, IV, do CPC, deve ser feita acerca do REsp. 1.255.573/RS, também da ilustre Relatora Min. Maria Isabel Gallotti.

Nada obstante, a taxa cobrada, consistentes em *tarifa* indistinta, no valor de R\$2.850,00, é, do ponto de vista empresarial, custo que deve ser coberto pela própria Instituição Financeira, com os recursos provenientes de sua atividade econômica de financiamento ao consumidor. E não há indicação sobre o que incide referida tarifa. Já o *seguro*, no valor de R\$5.163,19, não está em causa no contrato, sendo algo usado como subterfúgio para vender um produto que não faz parte do contrato. A que se refere o seguro contratado? Não há informação suficiente.

De outro lado, do ponto de vista do direito constitucional, as Resoluções do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central, nada obstante a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, não podem criar obrigações entre pessoas, pois isso é matéria de lei, de forma exclusiva e insofismável.

As Resolução e Portarias criadas jamais poderiam instituir regras de direito ou obrigações contratuais entre as pessoas e as instituições financeiras, pois há o **princípio da legalidade**.

O art. 5.º, *caput*, e seu inciso II, da Constituição Federal, são as provas irrefutáveis da escolha constituinte do Estado de Direito Brasileiro. *Todos são iguais perante a lei e ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

As eventuais justificativas utilitárias, calculadas, de que o Governo precisa de instrumentos prontos para inovar o direito de acordo com as suas conveniências, que confundem as vontades de um Governo qualquer com as do “próprio Estado”<sup>325</sup>, como no caso das medidas provisórias, são, *data venia*, desastrosas para a democracia material que temos para edificar.

Coloca-se uma insegurança atroz para o cidadão e jurisdicionado. Segundo o *princípio da legalidade*, que se caracteriza como sendo o “ponto de partida inegável” usado pelo jurista para “identificar o direito objetivamente”<sup>326</sup>, apenas a lei inova a ordem jurídica, e nunca qualquer espécie de *psefisma* infralegal produzido por uma autoridade

<sup>325</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*, Editora Malheiros, São Paulo, 2007, p. 207.

<sup>326</sup> Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 5.ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2007, pp. 94 e 95.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de SÃO PAULO

FORO REGIONAL I - SANTANA

9ª VARA CÍVEL

AVENIDA ENGENHEIRO CAETANO ÁLVARES, 594, SÃO PAULO - SP -  
CEP 02520-310

sem mandato legislativo.

O Estado de Direito exige que observemos as *liberdades fundamentais*, as *garantias institucionais* e o *primado da lei*<sup>327</sup>, este último nos termos do art. 5.º, II, da Constituição Federal.

Os membros do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central não podem criar normas em benefício das instituições financeiras, e não podem criar direitos. Eles não receberam nenhum voto popular, e não podem, pois, criar a *heteronomia*. Eles não fazem parte do Legislativo.

Apenas a *lei* pode inovar o direito. Ademais, o Legislador não pode delegar a tarefa de legislar, salvo nos casos excepcionais do art. 68 da CF, porque ele está sujeito à soberania popular, de quem dimana o poder político (art. 1.º, parágrafo único, da CF).

Como delegado que é, o Legislativo não pode delegar os poderes recebidos do povo (*delegatus non potest delegare*). E mesmo a invocação do art. 4.º, incisos VI e IX, da 4.595/64, não se aplica à questão, bastando uma leitura rápida de seus conteúdos. Nenhuma das hipóteses está contemplada.

Quanto ao *seguro*, no valor de R\$5.163,19, também ela deve ser afastada, pois não se trata de contrato de seguro, mas de um contrato de financiamento ao consumidor, não se podendo dele exigir obrigações que não estão correlacionadas ao contrato. E, como dito acima, não há nenhuma informação a respeito de referido seguro, para que serve, enfim, e o que está sendo segurado verdadeiramente.

Diante do exposto e considerando o mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos de natureza declaratória, desconstitutiva contidos na petição inicial, para reconhecer, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da Medida Provisória 2.160-25, de 23 de agosto de 2001, que deu origem aos arts. 26 a 45 da Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, bem como do art. 5.º, da Medida Provisória MP 2.170-36/2001, e, assim, desconstituir parcialmente o contrato para reconhecer a abusividade e determinar o afastamento dos juros compostos do contrato, da tarifa (R\$2.850,00) e do seguro (R\$5.163,19), e consequentemente a readequação dos valores pagos a título de IOF, e para determinar que a amortização da dívida se dê pela forma linear e descapitalizada, compensando tais valores e readequando o valor executado, extinguindo o feito com resolução do mérito, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Por fim, condeno o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor atualizado do proveito econômico em razão da readequação na data do trânsito em julgado, nos termos do art. 85, § 2.º, I, II, III e IV, do CPC, sobre os quais incidirão juros de mora de 1% ao mês, contados do trânsito em julgado.

No mais, no porvir, oportunamente, arquivem-se os autos.

P.R.I.C.

São Paulo, 16 de agosto de 2024.

<sup>327</sup> Fábio Konder Comparato, “Lei penal em branco: inconstitucionalidade de sua integração por norma de nível infralegal – Os crimes de perigo são crimes de resultado”, *Direito público: estudos e pareceres*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 266.