

RECEBIDO EM: 30.05.2016

APROVADO EM: 08.11.2016

**O IMPACTO DAS VALORAÇÕES IMPLÍCITAS
NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS: ESTUDO DE CASO DA POSIÇÃO DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO
DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS
MORAIS SOFRIDOS POR PRESIDIÁRIOS¹**

***THE IMPACT OF IMPLICIT APPRAISAL IN GROUNDS OF
JUDGMENTS: CASE STUDY REGARDING DECISIONS OF THE
BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE ABOUT CLAIMS FOR
MORAL DAMAGES BY PRISONERS***

Fábio Luis Furrer

*Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela
Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo
Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo - USP
Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Identificação dos argumentos vencedores no STJ; 2 Exame dos argumentos do STJ; 2.1 A ‘fuga da reserva do possível’; 2.2 A reserva do possível no leito de Procrusto; 2.3 Duas lesões individuais perfazem uma lesão coletiva?; 2.4 Dividir para conquistar; 2.5 Um guia prático para tentar esconder um elefante no jardim; 3 Conclusão; Referências.

¹ Dedicado ao Prof. Dr. Luciano de Camargo Penteado, in memoriam (1976-2015). O valor da homenagem nada diz quanto ao mérito do homenageado; se, aos olhos do leitor, àquela faltar brilho, tal se deve, exclusivamente, aos limites do talento de quem a presta.

RESUMO: O Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de negar compensação dos danos morais a presidiário custodiado em situação degradante, apesar de reconhecer ocorrência de violação de direitos humanos em tais condições. Intenta o presente trabalho realizar estudo de caso, analisando os argumentos aplicados e as conclusões adotadas, de modo a testá-los em termos de consistência e coerência. O foco do trabalho não se volta à tentativa de apresentar a resposta mais adequada à questão; objetiva-se comprovar ou não a hipótese de que a resistência do Tribunal à concessão da reparação pecuniária aos presidiários pode estar amparada não em abordagens jurídicas estruturadas, mas no juízo de reprovação que advém implicitamente da esfera moral, este a incidir não sobre a figura do causador do dano que se encontra sob análise judicial (o Estado), mas sobre o próprio lesado, que apenas por isso tem sua pretensão descaracterizada – embora haja grande esforço para a apresentação de justificativas distintas que serviriam para disfarçar a influência predominante do estigma penal.

PALAVRAS-CHAVE: Danos Morais. Direitos Fundamentais. Presidiários. Condições Inconstitucionais de Custódia. Decisão Judicial. Fundamentação. Estigmatização.

ABSTRACT: The paper intends to discuss the arguments and conclusions of the Brazilian Superior Court of Justice to deny awards of moral damages to inmates imprisoned in degrading conditions, although admitting that the plaintiffs' human rights were violated during custody. The paper does not try to reach the 'best solution' to the case; it is focused on the arguments given by the court and it intends to prove – or not – that the court's conclusion to deny compensation to inmates maybe is based not in the Law, but on a reproving judgment implicitly arising from a moral approach not over who violated the inmates' rights (i.e. the State), but on the own inmates, which only for this reason have their claims mischaracterized - although there is great effort to present different justifications that would serve to disguise the predominant influence of the criminal stigma.

KEYWORDS: Moral Damage. Human Rights. Inmates. Unconstitutional Custody. Judicial Decision. Grounds. Criminal Stigma.

INTRODUÇÃO

Está em curso, no Supremo Tribunal Federal (STF), o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252/MS, que versa sobre pedido de compensação por danos morais causados pelo Estado do Mato Grosso do Sul a presidiário custodiado em situação degradante. Até o final de 2015, três votos pela procedência do pedido haviam sido proferidos, embora um deles não coincida com os demais, em seus efeitos².

A questão foi enfrentada algumas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em ações patrocinadas pela Defensoria Pública daquele mesmo Estado. Nesta Corte, a posição definitiva foi estabelecida pela Primeira Seção no julgamento dos Embargos de Divergência (EREsp) nº 962.934/MS.

O histórico desse julgamento pode ser traçado em poucas palavras. A 2ª Turma do STJ, órgão fracionário composto por cinco Ministros³, havia dado provimento ao Recurso Especial nº 962.934/MS, interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul, de modo a reformar acórdão do Tribunal de Justiça local que, por sua vez, mantivera a procedência do pedido deduzido pelo presidiário. À ocasião já havia, porém, acórdãos divergentes da 1ª Turma do STJ em outros julgados semelhantes, o que permitiu o recebimento dos Embargos de Divergência, quando os dez Ministros da 1ª e 2ª Turma se reuniram para unificar o entendimento a respeito da controvérsia. Nessa ocasião, negou-se provimento aos embargos, de modo a ser mantido o julgamento de improcedência do pleito reparatório.

2 No RE nº 580.252/MS, o STF reconheceu a repercussão geral do tema referente “à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária” (Tema 365). O Relator, Ministro Teori Zavascki, deu provimento ao recurso, acolhendo a pretensão reparatória, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. Após pedido de vista, o Ministro Roberto Barroso também deu provimento ao pedido, mas afastou (como regra geral) o pagamento de compensação pecuniária para sugerir, em troca, a utilização de um critério de remição de dias de pena. Há muitos e interessantes pontos de conexão entre os julgados do STJ e do STF, além de inovações importantes trazidas por este último; o presente artigo aborda apenas a decisão do Superior Tribunal de Justiça, porém, porque a extensão de uma abordagem conjunta tornaria inviável a publicação do trabalho nos moldes de um único artigo jurídico.

3 O Superior Tribunal de Justiça é, nos termos de seu Regimento Interno, composto por seis Turmas de cinco Ministros que, agrupadas em pares relacionados a determinadas matérias jurídicas (1ª e 2ª Turma; 3ª e 4ª; 5ª e 6ª), formam três Seções de dez Ministros cada (há, ainda, a Corte Especial, que não é relevante para a discussão). Dentre outras incumbências, compete a tais Seções uniformizar o entendimento eventualmente divergente entre julgados das Turmas a elas relacionadas. Uma das possibilidades está na interposição, pelo interessado, de embargos de divergência (EREsp), como ocorreu no caso.

Há, porém, uma segunda descrição cuja narrativa é mais importante, e que aborda as peculiaridades do julgamento do recurso especial (e dos posteriores embargos de divergência).

Na sentença, consignara o juiz que “o presídio de Corumbá é dotado de celas nas quais cumprem penas mais pessoas do que o dobro de sua capacidade, [...] inclusive não havendo sequer colchões para todos os condenados, tampouco qualquer condição mínima de higiene e limpeza”. Esse trecho se encontra transcrito pelo Ministro Relator dos Embargos de Divergência. Tal circunstância assume particular relevo porque o STJ não pode redesenhar o contexto fático⁴, seja ao julgar recurso especial, ou ao decidir os embargos sequenciais; o papel da Corte se resume a receber os dados tais como estabelecidos⁵ e a eles atribuir determinada consequência jurídica, reformando o acórdão se tal conclusão for diversa da anteriormente obtida. A descrição dos fatos é um invólucro espesso que limita os movimentos dos Tribunais Superiores⁶.

Tanto a 1ª Turma, ao julgar o Recurso Especial, quando a 1ª Seção, ao analisar os Embargos de Divergência, já não podiam afirmar que a sentença errara ao entender demonstrada a insuficiente quantidade de colchões, ou a inadequação das condições de higiene e limpeza. Sob pena de grave usurpação de competência, só seria possível chegar a um novo resultado (dando provimento onde antes este havia sido negado, ou

4 O tema versado pelo artigo é bastante vasto; engloba elementos de direito civil, penal, administrativo, processual e de políticas públicas, porque (i) a situação fática deriva da execução penal, mas (ii) o direito pleiteado tem natureza civil e (iii) o pedido se dirige em desfavor do Estado. Não é possível analisar criticamente a totalidade dos institutos ou entendimentos porventura mencionados nesse amplo contexto, porque tal objetivo seria incompatível com a própria extensão do estudo. Os institutos abordados com maior proximidade são os que se comunicam com os argumentos explorados nos votos; os demais têm seus aspectos críticos eventualmente indicados em notas de rodapé, para não dispersar o exame do que realmente interessa. Nesse ponto, seria possível fazer referência às dificuldades (inclusive de cunho metodológico) que se mostram presentes nessa pretendida separação da análise ‘do fato’ e da análise ‘do direito’, na esteira, por exemplo, de Antônio Castanheira Neves (*Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967).

5 A comprovação dessa prática pode ser realizada por consulta a alguns dos milhares de acórdãos do próprio Superior Tribunal de Justiça que aplicam a Súmula nº 7 daquela Corte (segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”), dessa forma reconhecendo que a consequência jurídica pretendida pelo recorrente não se sustenta nos fatos preestabelecidos. A aplicação da Súmula nº 7 pelo STJ é motivo de muitas controvérsias, inclusive no âmbito da fixação da compensação devida por danos morais, em face da ausência de sistematização do trabalho do STJ no ponto (para uma visão crítica sobre o tema: FURRIER, Fábio Luis. A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais – como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 295-319, abr. 2012,).

6 Substancialmente, as mesmas dificuldades se colocam no julgamento dos recursos extraordinários no STF.

vice-versa) por meio do estabelecimento de alguma *construção jurídica* antagônica. Construção, porém, obrigatoriamente formatada a partir dos mesmos dados consolidados.

Tomemos um exemplo hipotético de valoração jurídica passível de substituição, envolvendo conceito normativo aplicável ao caso, qual seja, a de que a hipótese demonstraria violação flagrante de direitos fundamentais do presidiário⁷. Obrigado a admitir, na esteira da sentença e do acórdão do TJ/MS, as condições sub-humanas em que custodiado o autor do pedido, ainda assim poderia o Tribunal, em tese, se negar a reconhecer que tais condições ensejariam violação de direitos humanos. O impedimento insuperável imposto ao STJ para que viesse a decidir dessa forma não decorre propriamente de limitações jurídicas, mas na incompatibilidade da tese com as condicionantes reais do julgamento: o desprezo do Estado brasileiro às garantias mínimas de bem-estar da população carcerária é tão evidente e notório que apenas por meio de uma valoração extremamente pobre do conceito de direitos humanos – equivalente à negação material destes, ou à sua admissão puramente formal – seria possível sustentar tal resultado.

Em resumo, quando não há compatibilidade entre realidade e teoria, ou se distorcem os fatos, ou se esvaziam os conceitos. Quando um desses caminhos é escolhido em um julgamento de tamanha importância, é preciso formular a hipótese de que algum elemento de convicção bastante poderoso necessariamente influenciou um desvio tão brusco de rumo. Cumpre descobrir, então, se existe algum argumento declarado que a isso corresponda em força motriz, ou se é um juízo implícito de que falamos, e por isso ainda mais perigoso.

7 Evidente que não se despreza, aqui, o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais quando se afirma a normatividade desses mesmos direitos (nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 4. ed. rev. e atual., 2005); os processos não são tomados como excludentes. A questão se volta, apenas, a constatar as consequências da normatização: “Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado Constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu a Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 12. ed. revista, atualizada e ampliada, 2015. p. 61-2).

Como forma de instrumentalizar a abordagem, a primeira parte do presente artigo se volta a *identificar* os elementos inseridos e/ou alterados pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar a reversão do entendimento antes acolhido pelo TJ/MS, no caso concreto, e a superação dos entendimentos da 1ª Turma daquele Tribunal, em casos semelhantes.

A mera descrição pouco resultado renderia, porém, se não viesse acompanhada de estudo analítico. A segunda parte intenta *examinar* (i) a *adequação* das escolhas realizadas, o que se mede (i.i) pelo *cotejo* entre os sentidos emprestados pelo STJ a conceitos e valores jurídicos com os que estes possuem na doutrina e em outros julgados, e, em segunda instância, (i.ii) pela *pertinência e validade* dos fundamentos construídos a partir desses conceitos e valores para o fim a que se destinam, qual seja, a sustentação da conclusão do julgado.

Como resultado, o artigo se propõe, ao final, a apresentar uma *conclusão* que, decorrendo dos itens predecessores, naturalmente os unifique sob um único signo capaz de colmatar as lacunas existentes entre as fundamentações e as conclusões adotadas. Não se pretende indicar uma suposta ‘melhor resposta’ ou ‘melhor fundamentação possível’ para a controvérsia. Ainda que, eventualmente, seja possível afirmar que certo argumento foi lançado com o intuito de suprir a omissão deliberada de outro mais pertinente, o escopo do presente estudo se limita a analisar os argumentos aplicados pelo Tribunal, assim como suas relações. Portanto, o trabalho está delimitado pelo teor das manifestações judiciais a que se refere.

1 IDENTIFICAÇÃO DOS ARGUMENTOS VENCEDORES NO STJ

O voto vencedor dos Embargos de Divergência parte de transcrição da fundamentação do voto vencedor proferido no Recurso Especial julgado pela 2ª Turma, de modo a reiterar que: (i) não vingariam as referências contidas no acórdão proferido pelo TJ/MS à dignidade da pessoa humana e à violação do mínimo existencial, porque ausente “razoabilidade ou mesmo proporcionalidade em onerar o ente estatal com mais uma rubrica despida de finalidade pública”; (ii) a solução adequada para a questão se daria no âmbito de uma melhoria no sistema prisional como um todo, e não diante do pagamento de compensações individuais aos presos; (iii) a resolução da controvérsia não diria respeito à reserva do possível; (iv) seria equívoco atribuir caráter pedagógico à compensação moral, assim como apaziguar ‘o sofrimento do recorrido de modo pecuniário’; (v) a condenação, na hipótese, geraria contradição com outros entendimentos jurisprudenciais relacionados a hipóteses de falha do serviço estatal, como

o que isenta o Estado de responsabilidade diante de crime cometido por fugitivo do sistema carcerário; (vi) a Defensoria Pública atuaria mal ao direcionar seus esforços a esse tipo de demanda, ao invés de propô-las em âmbito coletivo ou acompanhar expedientes de execução das penas; e (vii) a compensação financeira, se mantida, daria a impressão de que o Estado aceitaria trocar a efetivação dos direitos constitucionais de dignidade do preso por um ‘pedágio-masmorra’ (expressão a que se atribuiu grande ênfase nos votos vencedores).

A fundamentação do entendimento vencedor nos embargos de divergência acrescentou, por sua conta, dois elementos: (viii) não seria cabível compensação individual por “um dano moral que decorre de uma situação tipicamente coletiva”; e (ix) haveria na improcedência do pedido de compensação uma ‘lógica’, contrastada pela assertiva de que “a decisão em sentido diverso [...] seria ilógica”. Essa ‘lógica’ estaria desdobrada em um aspecto ‘intrínseco’ e em outro ‘extrínseco’: pelo primeiro, compensações individuais agravariam o problema coletivo ao drenar recursos públicos e, pelo segundo, apenas a morte de detento por omissão estatal seria hipótese de compensação aceita na jurisprudência, sendo que “tais precedentes não podem equivaler ao conflito em debate”.

A seguir, o voto vencedor discorreu sobre o papel do Judiciário na equalização dos ‘direitos em colisão’ por meio de duas citações: uma sobre ‘escolhas trágicas’ e outra que, a partir da noção de custos dos direitos, justifica o eventual sacrifício do direito individual em prol dos direitos sociais.

2 EXAME DOS ARGUMENTOS DO STJ

2.1 A ‘fuga da reserva do possível’

O voto menciona uma série de conceitos jurídicos (razoabilidade, proporcionalidade, finalidade pública, caráter pedagógico da pena, reserva do possível, dano coletivo e direitos em colisão), mas não os explicita. A falta de definição dos conceitos surge de plano como um problema, pois sobre alguns deles incidem interpretações controvertidas e, assim, limites esfumados, disso decorrendo maior dificuldade de intelecção acerca da conexão pretendida entre os institutos e o caso concreto⁸.

8 Esse tipo de entrave é recorrente nas decisões judiciais, e pode ser criticado de variadas formas. A título exemplificativo, é de grande valia a explanação de Roberto Freitas Filho a respeito da aplicação do prescritivismo universal de Richard Hare ao trabalho jurídico (Decisões jurídicas e teoria linguística - o prescritivismo universal de Richard Hare. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 178, p. 19-43, abr./jun.2008), de onde extraem-se os seguintes excertos, consonantes à presente proposta:

Nesse sentido, desde uma primeira leitura resta claro que da utilização dos termos ‘lógica’, ‘lógico’ ou ‘ilógico’ pelo voto não se pretendeu extrair o real peso argumentativo que deles poderia decorrer se aplicados em sentido próprio; as referências se apresentam veiculadas em sentido meramente coloquial ou como ferramentas questionáveis de retórica, a verbalizar argumentos de autoridade.

Dois outros destaques, porém, são mais importantes para que se compreenda a modelagem do voto – ou seja, o que nele foi acrescentado e, em contrapartida, o que omitido. O primeiro ponto de reflexão pode ser provisoriamente chamado de ‘*a fuga da reserva do possível*’, aspecto interessantíssimo (e muito rico em termos de escolhas argumentativas) do voto vencedor proferido nos Embargos de Divergência.

Como rapidamente mencionado durante a listagem dos argumentos aplicados pelo STJ, a posição prevalente na 1ª Seção seguiu o julgado da 2ª Turma para afirmar que a reserva do possível não diria respeito à controvérsia e, por isso, não seria abordado. Operou-se ali um corte radical, pois na verdade esse instituto era tema imanente à discussão desde a sua origem, fazendo parte do contexto em que recebida a controvérsia pelo STJ porque amplamente veiculada nas instâncias ordinárias, como provam as transcrições constantes do voto vencido. Retomando considerações anteriores, não há dúvida de que o STJ estava efetivamente livre para concluir que a abordagem jurídica tecida pelo juiz e pelo TJ/MS seria na verdade desconectada do problema, apresentando a seguir outras razões (jurídicas) de convencimento que levariam a resultado diverso. Porém, a legitimidade da nova fundamentação, nessas circunstâncias, está atrelada à integral substituição da argumentação antiga, se o pressuposto adotado para tanto é a inadequação da tese jurídica anterior.

Em outras palavras, o STJ poderia desprezar completamente a reserva do possível se apresentasse outro argumento jurídico independente e de consistência e abrangência suficientes para fornecer resposta adequada (mantidas as bases fáticas). A serventia da argumentação posterior, nessa

“Há princípios gerais que são formulados com palavras de valor as quais, se forem tratadas como auto-evidentes, podem gerar problemas lógicos. A importância desse ponto é fundamental para que se esclareça como, no âmbito do Direito, é possível decidir com aparência de fundamentação adequada sem que efetivamente assim se dê. Quando uma norma é formulada com uma palavra de valor, não é possível tratá-la como um conceito analítico” (p. 22). E, mais adiante: “Se não há coerência interna num processo dedutivo entre termos das premissas, ou o aplicador está a falsear intencionalmente o sentido dos (ou de um dos) termos que a compõem ou simplesmente ele os desconhece. No Direito, o problema aparece com frequência em fundamentações de decisões nas quais há o estabelecimento de um sentido a um termo da premissa que discrepa de seu sentido léxico ou em seu jargão específico” (p. 35).

hipótese, passa a estar condicionada à demonstração de que a nova abordagem exclui todos os resquícios da fundamentação desprezada; em caso contrário, não se justifica a premissa inicial, segundo a qual ‘o caso X não se resolve pela tese jurídica Y, mas por Z’.

Se o Tribunal afirma desprezar uma tese e, apesar disso, faz uso de elementos desta no desenvolver da fundamentação, o corte argumentativo não é apenas radical, mas também intencionado à dissimulação de arbitrariedade: uma ‘navalha de Occam’ aplicada como premeditação, não como método⁹.

É o que ocorre com a fundamentação do voto vencedor. O substrato mais forte desse voto trabalha o viés da *questão orçamentária* estatal. Parte-se da noção (correta) de que os recursos do Erário são finitos. Em consequência, precisam ser alocados da melhor forma possível de modo a atender ao maior número de necessidades públicas. Por mais que o voto vencedor repita não estar abordando a reserva do possível, o fato é que tais premissas se comunicam inquestionavelmente com o contexto em que esse instituto costuma ser trabalhado no direito brasileiro¹⁰. O acórdão, portanto,

9 Em rigor, não aparenta haver impedimento à adaptação (criteriosa) do conceito filosófico citado ao trabalho jurídico; é possível vislumbrar a utilidade do método, por exemplo, quando ninguém menos que Oliver Wendell Holmes, Jr., talvez o mais influente dos juízes da Suprema Corte norte-americana, afirma: “What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” (*The path of the Law*. 10 Harvard Law Review 457, 1897). Ou seja, Oliver W. Holmes, Jr. reconhece a existência de muitas explicações abstratas sobre o que é o Direito, mas prefere a que engloba menor quantidade de elementos: é aquilo que o ‘homem mau’, sujeito à sanção jurídica por causa de suas condutas, espera que sobre ele incida por comando do Tribunal ao qual se sujeita. Aqui, não parece haver erro na aplicação do método, embora ele não garanta, obviamente, o acerto da conclusão; nada garante que uma premissa fundamental não tenha sido indevidamente descartada pelo lendário Justice, ou até que restem ainda outras premissas passíveis de descarte.

10 “Um dos argumentos mais utilizados para justificar a inação da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas é a insuficiência atual de recursos públicos para a satisfação do provimento jurisdicional. Afirma-se, em geral, que os direitos sociais demandam enormes investimentos públicos, de forma que a interferência do Poder Judiciário no orçamento, para a respectiva satisfação, poderia inviabilizar economicamente o funcionamento do próprio Estado. Assim é que se condiciona a concessão de direitos sociais à prévia dotação orçamentária do erário público, invocando-se como argumento de referência a teoria da ‘reserva do possível’” (JUNIOR, Osvaldo Canela. O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo (orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236, p. 225).

nega expressamente fazer uso da ‘reserva do possível’, ao mesmo tempo em que propõe uma solução totalmente voltada à questão orçamentária.

Nesse contexto, pretender que a simples negação verbal quanto à aplicação da reserva do possível seja suficiente para convencer o jurisdicionado de que o voto prescinde de tal instituto é acreditar na existência de uma ingenuidade alheia equivalente à que se fiaria o exército grego se pretendesse avançar através das muralhas de Tróia carregando o famoso Cavalo de madeira nas costas, em vez de estar dentro dele.

O voto propõe, portanto, uma vinculação explícita entre a reparação do dano moral e a melhor alocação possível de recursos financeiros estatais. Disso decorrem dois graves problemas: (i) para que a vinculação funcione, a reparação do dano moral precisa forçosamente ser nivelada a uma política pública¹¹, pois apenas nesse contexto o argumento pode ser operacionalizado; e (ii) sob a perspectiva do resultado que vem a ser dessa forma atingido, admite-se o *dano de existência inquestionável*, o nexo de causalidade e um causador exclusivo, o Estado; mas, ainda assim, sobre este não incidiria a obrigação de reparar.

Abordemos essas duas consequências inerentes ao desenvolvimento xifópago dos conceitos de reparação e orçamento. A ‘reserva do possível’, ou qualquer outro argumento fundado nas mesmas bases, ainda que nominalmente não identificadas, costuma ser pensada em termos judiciais na perspectiva de uma *demanda a ser implementada*, geralmente relativa a direito social cuja efetivação não está sendo concretizada pelo Executivo, por ação ou omissão. Suponha-se, por exemplo, pleito para que todos os presídios passem a contar com aparelhos de desfibrilação, úteis em caso de emergência cardíaca. Há aí uma demanda que se requer implantada, uma pretensão que é, em si, relacionada à saúde de uma parcela determinável da população. Contra ela, pode ser oposta a necessidade igualmente premente de suporte a outras medidas reputadas mais relevantes, inclusive no âmbito da própria proteção à saúde dos presidiários, como o fornecimento normal de vários outros remédios e insumos de administração constante em virtude

11 “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39).

de doenças crônicas mais comuns. Esse é o papel do administrador público, a ser ocasionalmente valorado pelo Poder Judiciário: decidir o que se implanta e o que se deixa de implantar diante da finitude de recursos numa sociedade fragmentada por múltiplos interesses, *numa visão prospectiva*¹².

No julgamento do EREsp, porém, não há similitude ontológica e/ou prospectiva entre a pretensão negada (compensação por danos morais) e a que se reputa mais importante implementar e que, assim, justificaria a negativa daquela (melhoria nas condições carcerárias). *Dano moral não é política pública*; é reparação de dano anterior, já ocorrido e acabado¹³. Parece que escapa ao entendimento dominante no âmbito do STJ distinção explanada no voto vencido proferido naquela ocasião, segundo a qual *dano moral é passado e políticas públicas são presente e futuro*¹⁴. O ponto está formulado de modo mais elegante pela posição minoritária, mas a essência condensada do argumento é essa. Passado, presente e futuro não se misturam, não podem se anular; o componente temporal por si já é uma barreira invencível.

-
- 12 Como afirma Pablo Malheiros da Cunha Frota (*Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014), “[...] o Direito Civil [e talvez todo o sistema jurídico, da forma como tradicionalmente o concebemos] tem uma função de presentificação do pretérito, a torná-lo conservador. Isso não o impede de, na contemporaneidade, também deter um viés prospectivo, que respeite e observe a dignidade do passado, aplicando no presente o que dele é adequado, a projetar tendências e caminhos do devir e do porvir” (p. 218).
- 13 A assertiva diz respeito ao dano moral, especificamente; e de qualquer sorte, deve ser necessariamente entendida como antítese aos argumentos do voto. Pressupõe, evidentemente, o confronto do julgado com a visão contemporânea da responsabilidade civil, de modo que o valor da crítica está, justamente, em demonstrar que a posição do STJ a respeito da compensação por danos morais aos presidiários sequer se amolda aos conceitos correntes que são simultaneamente defendidos pelo mesmo Tribunal, em uma infinidade de outros casos. Não representa, portanto, uma crítica ou desqualificação de visões mais progressistas em relação à responsabilidade civil. A respeito de tais perspectivas, a obra recente de Pablo Malheiros da Cunha Frota, resultado do doutoramento do autor sob orientação do Ministro Luiz Fachin (*Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014) é leitura obrigatória.
- 14 Evidente que as políticas públicas, ao menos na perspectiva de sua avaliação, também possuem um ‘passado’. Acerca das várias modalidades de avaliação de políticas públicas, o texto clássico de Marcus Faria Figueiredo e Argelina Maria Cheibub Figueiredo, *Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica* (In: *Análise & Conjuntura Belo Horizonte*: Fundação João Pinheiro, v. 1, n° 3, pp. 107-27, set/dez. 1986) é uma obra referencial; mais recentemente, Carla Giane Soares da Cunha apresenta estudos de casos voltados à realidade brasileira (*Avaliação de políticas públicas e programas governamentais: tendências recentes e experiências no Brasil*. Universidade Federal do Pará. Trabalho do curso ‘The Theory and Operation of a Modern National Economy’. Programa Minerva. George Washington University, 2006). Não é esse, porém, o contexto em que se coloca a discussão, a partir do que disposto pelo acórdão do STJ. Neste, a ideia de política pública é relacionada àquilo que deveria ser feito, não ao juízo sobre o que foi realizado.

É evidente que a melhoria das condições carcerárias poderia levar ao esgotamento da base fático-jurídica sobre a qual se debruça a violação do direito moral perquirido, mas nem mesmo cadeias construídas de acordo com padrões nórdicos de qualidade fariam apagar o dano ocorrido até o momento em que inauguradas. O acórdão, portanto, se esforça em equiparar circunstâncias incommunicáveis sob o aspecto temporal e, para isso, distorce a reparação do dano moral, tratando-o como se política pública fosse. Ao fazê-lo, encontra legitimação formal para se limitar a tecer juízo de valor sobre qual das duas supostas políticas públicas seria mais eficaz na solução do apontado problema carcerário, agora unificado em um contexto artificial.

Dáí a estranha referência a expressões usadas nos votos vencedores com o objetivo de criar algum impacto retórico, segundo as quais a procedência da reparação do dano moral individual seria equivalente à concessão ao condenado de um ‘pedágio-masmorra’ ou ‘bolsa indignidade’. A utilização desse último epíteto, empregando termo amplamente relacionado a políticas públicas governamentais voltadas à população de menor renda (bolsa-família, bolsa-escola *etc*), por si só é prova da transmutação proposital da natureza do dano moral operada pelo voto; ninguém menos que Schopenhauer, grande sistematizador da dialética erística e dos modos de combatê-la, afirmou de certa feita que “um orador delata com frequência sua intenção pelos nomes que dá às coisas”¹⁵. ‘Bolsas’ são concedidas como instrumentos de ajuda a necessitados e como forma de incentivo ao

15 Acrescentando, ainda, que “de todos os estratagemas, este é o que se usa mais frequentemente de maneira instintiva” (SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratagemas (dialética erística)*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho, tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho, p. 144). A dialética erística era entendida por Schopenhauer como “a arte de discutir de modo a *vencer*, e isto *per fas et per ne fas* (por meios lícitos ou ilícitos)” (p. 95 – grifos no original), conceito bastante afastado do entendimento aristotélico de dialética, como demonstrado na longa introdução de Olavo de Carvalho e confirmado por Franco Volpi, em ensaio crítico publicado na edição da Martins Fontes por ele organizada (SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão – exposta em 38 estratagemas*. São Paulo: Martins Fontes, 3. ed. 3ª tiragem, 2014. p. 78-9). Não por acaso, muitos dos 38 estratagemas citados por Schopenhauer poderiam ser exemplificados pelos argumentos abordados nos votos em exame, além deste, de nº 12 (denominado por Olavo de Carvalho [em subtítulo que não consta da edição organizada por Franco Volpi] de ‘manipulação semântica’). Dentre os 38, há um muito utilizado no trabalho judiciário, que é o “argumento *ad verecundiam*”, quando “em vez de argumentos, utilizamos autoridades, segundo os conhecimentos do adversário” (p.163 da tradução de Caldas e Carvalho; p. 40 da tradução de Volpi), ou o que Schopenhauer chama de ‘preconceitos gerais’, consistentes em opiniões genericamente aceitas pela maioria, muito embora na origem emanem de “duas ou três pessoas” (p. 169 e p. 43, respectivamente). Diz expressamente o filósofo: “Nos tribunais disputa-se recorrendo exclusivamente a autoridades; à autoridade da lei, que é firme. O papel próprio da autoridade judicial é encontrar a lei, isto é, a autoridade aplicável a um caso concreto. Mas a dialética tem um espaço de ação suficiente quando, numa situação determinada, o caso concreto e a lei, na realidade alheios um ao outro, são girados até que se possa considerar que têm uma relação entre si; e também ao contrário” (p. 172 da tradução de Caldas e Carvalho).

desenvolvimento pessoal e familiar; em termos de políticas públicas, talvez possam ser representadas por uma adaptação do brocardo popular, segundo o qual seria necessário ‘dar o peixe e ensinar a pescar’¹⁶. Porém, aquele que vê reconhecida, pelo Judiciário, uma violação de direito de personalidade não precisa de ajuda nem de incentivo. Merece simplesmente a reparação do dano sofrido, na condição de vítima.

Há enorme engano na negação da compensação moral ao argumento de que esta representaria “mais uma rubrica despida de finalidade pública, em sua essência”, como afirma literalmente a posição vencedora no STJ. O argumento parece pressupor que toda despesa estatal deve estar estritamente vinculada a uma ‘utilidade pública’, mas não há e nem pode existir finalidade pública nessa reparação. Reparar dano moral é uma obrigação constitucional de natureza diversa, derivada do art. 37, § 6º, da CF/88.

A partir dessa equiparação falsa, a posição vencedora no EREsp ainda supõe, sem o demonstrar, que o Estado não possuiria recursos para fazer frente à compensação, muito embora o entendimento minoritário tenha esclarecido, ainda no curso dos debates, que o pagamento das condenações judiciais se vincula ao sistema de precatórios e não ao orçamento do sistema prisional genericamente considerado.

É demasiadamente grave notar que esse desvio de perspectiva a respeito da questão orçamentária não foi cometido exclusivamente pelo voto vencedor. A sentença, ao julgar procedente o pedido de compensação dos danos morais, havia emitido juízos sobre as políticas públicas do governo e afirmado, textualmente, que deveria ocorrer a “[...] priorização do que deve ser feito (como, *v.g.*, segurança pública) em detrimento de investimentos (*v.g.*, exagerada ‘propaganda institucional’) que poderiam ser postergados para momento em que o Poder Público não estivesse com tantas deficiências em áreas essenciais ao bem estar comum”. Ora, trata-se de equívoco de mesma natureza, irrelevante que cometido em direção inversa¹⁷. A sentença propôs

16 Nesse sentido: “Os CCTs [‘conditional cash transfers’, ou transferências de renda condicionadas] têm certos elementos que os distinguem de outros tipos de políticas sociais: funcionam por meio de transferência de renda, utilizam mecanismos de focalização, são acompanhados de condicionalidades e voltam-se ao objetivo de reduzir a pobreza. A maior parte dos CCTs procura, ainda, combinar o objetivo (imediate) de reduzir a pobreza com metas de longo prazo, voltadas para o desenvolvimento de capital humano” (COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (org.). *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva; Direito GV, 2012. p. 73-122 (p. 96)).

17 Não é de se estranhar que premissas equivocadas eventualmente gerem resultados satisfatórios – o que pode trazer complicações bastante graves ao exame das decisões judiciais. Em lógica formal, é preciso

substituir o confronto entre dano moral e política pública inexistente (qual seja, a da construção de presídios) pela confrontação do dano moral contra todos os gastos e políticas públicas que existem. Aceitar esse argumento é admitir, colateralmente, que o dano moral pode deixar de ser reparado pelo Estado se este vier a gastar bem o que arrecada. Em resumo, aqui há o mesmo processo de relativização do dano moral em face das políticas públicas, o mesmo processo de aviltamento e de submissão dos direitos individuais ao crivo da atividade executiva do Estado.

2.2 A reserva do possível no leito de procrusto

Abordemos agora a segunda consequência controversa da vinculação entre reparação e orçamento.

A formulação alemã da reserva do possível, extraída do conhecido caso “*numerus clausus 1*”, conforme julgado pelo Tribunal Constitucional Federal em 1973¹⁸, fazia incidir a razoabilidade e proporcionalidade sobre pretensão individual frente às limitações globais da prestação estatal, num juízo relacionado à efetivação de direito social (naquele caso, de amplo acesso ao curso superior de medicina, do que resultaria imposição ao Estado alemão no sentido de proporcionar tantas vagas quantos fossem os interessados). Em outras palavras, o tribunal alemão afirmou a impossibilidade da extensão indefinida do acesso ao curso de medicina apenas com base na demanda, quando vagas estavam sendo disponibilizadas numa proporção considerada aceitável – e ainda que disponíveis recursos financeiros estatais para, em tese, ampliar aquela oferta.

É preciso analisar a demanda em si, apartada da capacidade prestacional do Estado; se irrazoável ou desproporcional, pode haver recusa ainda que existam recursos disponíveis¹⁹. Esta é a parte da reserva

diferenciar validade e correção. Validade diz com a forma; em um silogismo, basta que se respeite, por exemplo, a ordem ‘Todo A é B; c é um A; c é B’ e, nesse caso, premissas não verdadeiras eventualmente poderão levar a uma conclusão verdadeira. As premissas só justificarão a conclusão se forem verdadeiras, o que leva à correção do argumento como um todo. A correção, porém, não é objeto da lógica formal, como indica seu próprio nome (MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Unesp, 2001. p. 16-22).

- 18 As referências diretas ao julgado alemão foram retiradas, em linhas gerais, de Luís Fernando Sgarbossa (*Críticas à teoria dos custos dos direitos: volume 1, reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.p. 133-141 e 215-6).
- 19 Quanto a esta última afirmação, no sentido de que a negativa na prestação do serviço pode ocorrer ainda quando existentes os recursos: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e ‘reserva do possível’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

do possível que o voto pretendeu, deliberadamente, ‘olvidar’. O alcance do instituto não se esgota na discussão a respeito de gastos públicos²⁰; também leva em consideração a razoabilidade da demanda, sendo esta, aliás, sua perspectiva original. Por que, então, o STJ não se limitou a julgar irrazoável a pretensão, se já havia procedido à indevida equiparação entre compensação de dano moral e políticas públicas? Se assim houvesse feito, teria ao menos apresentado resposta mais condizente à teoria – não obstante mantendo premissa equivocada.

Ocorre que a impossibilidade de alterar as bases fáticas anteriormente descritas pelas instâncias de origem direciona a discussão não propriamente à razoabilidade, mas à questão do *mínimo existencial*, conforme ressaltou o entendimento minoritário. Atingido esse substrato, o Estado não tem autonomia constitucional para barganhar o essencial; em caso contrário, haveria evidente contrassenso, pois um limite negociável é meramente indicativo. A realidade brasileira não deixa dúvidas a respeito da inadimplência completa do Estado quanto à sua obrigação de custodiar dignamente os condenados. As condições materiais de violação da dignidade da pessoa humana são gritantes e desmerecer tais fatos, relativizando-os em termos de gravidade, equivale a proclamar a existência apenas formal daquele direito fundamental.

O acórdão proferido pela 1ª Seção do STJ, em resumo, tergiversa a respeito da reserva do possível; nega aplicá-la, mas na prática a divide em duas partes, aproveitando a metade consonante com o vetor de improcedência do pedido – a ‘questão orçamentária’ – e rejeitando aquilo que lhe traria dificuldades argumentativas intransponíveis – o ‘mínimo existencial’. Com isso, o acórdão não relê formalmente as provas dos autos, mas as ignora o suficiente para não ter que equacionar a decisão a partir delas. Com o objetivo de contornar a sistemática constitucional-processual relativa ao julgamento dos recursos especiais, portanto, os votos vencedores proferidos no STJ desconnectam a decisão das provas existentes nos autos, e a seguir isolam-na da totalidade das consequências geradas pelos próprios institutos jurídicos incidentes à controvérsia.

20 Após explanar controvérsia a respeito da dimensão dúplice ou tríplice da reserva do possível (que incluiria ou não, segundo a perspectiva adotada, a proporcionalidade como elemento, havendo consonância em relação às dimensões fática e jurídica), Ingo W. Sarlet afirma que “de qualquer sorte, o mais importante é que se tenha presente que a problemática posta pela reserva do possível abrange um conjunto diferenciado de aspectos, que não pode ser reduzido à questão da efetiva disponibilidade de recursos materiais” (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 296, nota de rodapé n° 162).

Essa reformatação *a forceps* do processo remete às lendárias práticas do ladrão Procrusto, conforme referidas no ciclo mitológico do herói Teseu, que o enfrentou. O salteador possuía duas camas, uma muito grande e outra muito pequena. Se um viajante lhe pedisse repouso em suas terras, e fosse de baixa estatura, Procrusto lhe oferecia o leito amplo. Após constatar que sobrava espaço, matava o hóspede esticando seus membros até que ocupasse toda a cama. E se o estrangeiro fosse alto, colocava-o na cama pequena e cerrava parte de seu corpo, até que suas medidas se adequassem perfeitamente²¹.

O juiz-Procrusto revivido pelo STJ vai mais longe porque sequencia as técnicas: primeiro coloca um problema grande numa cama pequena e lhe corta as provas; depois passa a uma cama ainda menor e decepa metade da teoria jurídica que, desde a primeira instância, havia sido reconhecida como fundamental para a abordagem do problema; e, por fim, arremessa a controvérsia ao leito grande e estica o que sobrou – o viés orçamentário – até que este, completamente distorcido, dê a impressão de que, sozinho, preenche totalmente o espaço. Assim é que o STJ chega à chocante afirmação, veiculada pela ementa do EREsp nº 962934/MS, no sentido de que “não é razoável – e ausente de lógica – indenizar individualmente”. O conceito de razoabilidade não poderia estar mais distante de seu sentido jurídico; e se alguma ‘lógica’ existe no voto, esta é puramente a lógica da autoridade que impõe determinada conclusão e, com nítido enfado, apenas formalmente cumpre o dever de fundamentá-la.

Na ‘lógica’ do voto, o que se estabelece é uma falsa dicotomia entre melhorar a cadeia ‘versus’ pagar reparações (ao que se atribui um midiático rótulo: ‘pedágio-masmorra’). Não há qualquer esforço ou tentativa de demonstração da consistência dessa associação direta, que é apresentada, pois, como verdade evidente. Contudo, se alguma verdade evidente existe no que diz com a situação carcerária brasileira, ela aponta para o sentido inverso, qual seja, o de que reparações por danos morais nenhuma influência possuem sobre as condições atuais do sistema prisional, pelo simples fato de que até o momento as reparações não estão sendo pagas, enquanto as cadeias só fazem piorar²².

21 Resumido a partir de SCHWAB, Gustav. *As mais belas histórias da Antiguidade Clássica – os mitos da Grécia e de Roma*. São Paulo: Paz e Terra, 6. ed. v. 1, tradução de Luís Krausz, 2001. p. 251-2. Em outras fontes, haveria uma única cama de ferro, que seria regulável.

22 Anteriormente, foram feitas referências à existência de diversos pontos em que os votos em exame teriam utilizado elementos de dialética erística. Por dever de honestidade intelectual, é de se reconhecer que a presente objeção representa, na mesma linha, o que se chama de ‘retorsio argumenti’: “[...] quando o argumento, que o adversário quer usar a seu favor, pode com mais razão ser utilizado

A fundamentação da posição vencedora é cruel e terrivelmente reducionista, exatamente como Procrusto, o lendário mutilador. Ao desprezar enorme quantidade de variáveis relacionadas ao problema carcerário em função de apenas duas que estão associadas exclusivamente à vítima (reparação individual x reparação coletiva), aprioristicamente resta excluído das considerações relativas ao problema ninguém menos do que o causador do dano (como se este não fosse por ele responsável), além do nexo de causalidade. Outra valoração não é possível extrair de tal abordagem além daquela que aponta para a deliberada busca de um responsável onde ele sabidamente não existe; como que envoltos pela penumbra no aeroporto de Casablanca, estamos a observar o Capitão Louis Renault (Claude Rains) ordenando aos seus subalternos da força policial que não meçam esforços para capturar os suspeitos de sempre, após presenciar o homicídio de um oficial nazista por seu amigo Rick Blaine (Humphrey Bogart)²³, com quem conversa tranquilamente.

Afinal, que culpa poderia ter o Estado se os presos não se adequam ao leito que lhes é oferecido?

2.3 Duas lesões individuais perfazem uma lesão coletiva?

A predeterminação do resultado do julgamento a partir da redução do problema a um confronto maniqueísta entre vitimização individual ou coletiva é veiculada de forma mais transparente, no entendimento majoritário do STJ, pela repetição da expressão ‘dano coletivo’ em referência à lesão cuja reparação seria efetivamente devida (por meio da implantação de uma política pública carcerária de grandes dimensões). Tal expressão, citada expressamente ao menos por três vezes no corpo do voto condutor, aparenta significar apenas que todos os presos sofrem do mesmo problema, inobstante se apresente isolado o autor em seu pedido reparatório. Como argumento para justificar o indeferimento da pretensão unipessoal, o socorro à expressão representa nova arbitrariedade, por mais de um motivo.

contra ele. Por exemplo, ele diz: ‘É apenas um menino, devemos deixá-lo fazer o que quiser’. *Retorsio*: ‘Precisamente porque é um menino, deve-se castigá-lo para que não persevere em seus maus hábitos’” (SCHOPENHAUER, ob. cit., p. 157 da tradução de Caldas e Carvalho). A utilização do mecanismo como crítica ao voto parece se encontrar autorizada, porém, porque objetivamente fundada em dados notórios.

23 *Casablanca*, filme dramático norte-americano lançado em 1942 pelo estúdio Warner Bros., dirigido por Michael Curtiz e produzido por Hal B. Wallis, com Humphrey Bogart, Ingrid Bergman e Paul Henreid nos papéis principais. A citação se refere a uma das últimas falas do Capitão Renault, que, após presenciar o tiroteio entre Rick e o oficial nazista, assim se dirige aos policiais: “Major Strasser’s been shoot... Round up the usual suspects”.

O argumento está fundado no confronto entre a situação material, concreta, de todos os detentos e o polo ativo processual individual. Disso extrai a posição vencedora um descompasso que, a rigor, é mero veículo de um juízo de valor: por que só o autor deveria ser isoladamente reparado em seu dano, se há vários outros nas mesmas condições?

Deixemos de lado, por enquanto, o subtexto valorativo encerrado nessa objeção. No momento, o que importa salientar é que o argumento foi levantado em embargos de divergência e que estes, por sua vez, só foram admitidos em face da existência de outras demandas semelhantes (advindas do mesmo Estado do Mato Grosso do Sul, inclusive) que haviam sido julgadas procedentes pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça. Portanto, a pretensão não era tão ‘individual’ quanto o argumento quer fazer parecer, e a 1ª Seção tinha plena consciência disso. O voto fez uso de um conceito de ‘individualidade’ meramente processual²⁴, relacionando-o puramente à formação do polo ativo de uma única demanda, para mascarar a discussão sobre a natureza material do direito envolvido, quando em relação a esta, haveria bons fundamentos na própria teoria da reparação dos danos morais, notadamente no que diz com a necessidade de exame das circunstâncias de cada caso concreto para a fixação do justo valor²⁵, a justificar diversas proposituras individuais de pedido semelhante, para vários presos isoladamente considerados.

Em segundo lugar, bastaria, de qualquer sorte, notar que a artificialidade do conflito fomentado entre ‘dano individual’ *versus* ‘dano coletivo’ concede primazia a detalhe externo aos limites da pretensão, com o que esta se relativiza, sutilmente. Deixa de ser importante a descrição fático-jurídica de lesão de direito individual. A maioria formada no STJ não

24 À primeira leitura, talvez fosse possível identificar por ‘dano coletivo’ um suposto reconhecimento de ‘dano moral coletivo’. O voto não define o que entende por aquela expressão. Do contexto, porém, a referência a ‘dano coletivo’ se adequa à situação fática dos presos (que, coletivamente, sofrem as mesmas privações) e não à categorização jurídica do dano que sofrem.

25 Existem centenas de ementas de julgados do próprio STJ sobre o tema dos danos morais que repetem, à exaustão, os critérios reconhecidos pela Corte para a fixação da justa compensação. Geralmente, com pequenas variações de redação que impõem a nota pessoal de cada Ministro, o texto reiterado costuma variar em torno do que estipulado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao julgar o REsp nº 269.407/RJ, 4ª Turma, julgado em 28.11.2000: “Certo é, no entanto, que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato”. Para uma análise mais crítica desses critérios: FURRIER, op. cit., p. 301 e ss.

nega frontalmente a indignidade das condições carcerárias e a violação dos direitos humanos, mas sustenta que não é esse o dado essencial. Fundamental seria notar que *as condições são indignas para todos*. E disso o Tribunal salta para concluir que se todos sofrem, ninguém merece compensação; o dano é ‘coletivo’. Assim é que se compreende, finalmente, a frase inicial da fundamentação do entendimento dominante, e que topograficamente não poderia estar situada em posição mais esclarecedora (porque é a partir da predeterminação da resposta a ser dada à questão ali colocada que toda a argumentação posterior se estrutura): “o que se questiona nos autos não é a existência, ou não, de dano moral. O que se discute é se o sistema jurídico deve acolher a tese da indenização individual”.

O salto dado entre a assertiva segundo a qual ‘todos os presidiários sofrem’ à negativa da obrigação jurídica de prestar reparação individual ocorre porque o voto não pode admitir, mesmo em tese, a hipótese óbvia segundo a qual se todos os condenados são vítimas, todos mereceriam receber reparações. Não aparenta constranger o acórdão a clara confusão entre pluralidade de titulares de direitos lesados e a natureza desses mesmos direitos. A constatação de que são vários os ofendidos não altera o fato de que individuais e constitucionais são os direitos de dignidade da pessoa, de personalidade e de devido cumprimento da pena em condições não degradantes, e que cada um dos presos deve vê-los respeitados em prestações específicas e adaptadas às exigências legais. Geralmente, doutrina e jurisprudência desenvolvem novos institutos jurídicos a partir de outros mais tradicionais com o objetivo de ampliar a proteção de direitos. O STJ, ao contrário, criou um tipo de ‘dano moral coletivo’ cuja única função é afastar a proteção antes concedida pelo ‘dano moral individual’.

2.4 Dividir para conquistar

Até o momento, este trabalho visou ao exame compartmentado dos argumentos veiculados pelo entendimento majoritário. Embora o leitor arguto encontre nisso todas as pistas que precisa para direcionar uma conclusão global a respeito das predisposições do julgado, há ainda um detalhe notável nos votos, cuja menção estabelece de forma inequívoca o elemento panorâmico que poderia faltar à analítica.

Impressiona que se tenha destinado espaço considerável, nas manifestações prevalentes, ao intuito de criticar de modo áspero a Defensoria Pública, órgão patrocinador dos interesses do presidiário em juízo. Há dois longos trechos, tanto no voto vencedor proferido no Recurso Especial quanto naquele proferido nos Embargos de Divergência, onde

sequer fica claro quem ou o que está sendo julgado, tamanha a virulência dirigida ao representante judicial do autor da demanda: a conduta da Defensoria é alvo de críticas muito maiores do que o descaso do Poder Executivo com a situação dos presídios. Essa constatação é tão profícua que estaria a requerer desenvolvimento autônomo em oportunidade própria; contudo, a raridade da ocorrência de um evento dessa natureza, assim descortinado de forma tão explícita em julgamento de Tribunal Superior, não pode passar sem algum destaque.

Nesse ponto da argumentação o STJ, sem poder ser advogado do Estado, mas definitivamente reconhecendo que também não consegue ser juiz dele equidistante, toma partido do réu e passa a se indispor contra os representantes legais do presidiário, olvidando que todos – juiz, réu e advogado do autor – são parte de um mesmo corpo que, em tese, tem por dever de ofício bem servir o povo, grupo do qual os presidiários definitivamente condenados, embora não tenham direito a voto (e nisto talvez resida sua grande fraqueza²⁶), ainda não deixaram de fazer parte. A argumentação ‘ad hominem’, nesse caso, é sintoma de esquizofrenia jurídica²⁷; ‘comigo me desavim’²⁸, poderia o julgado lamentar, porque a agressividade contra a Defensoria Pública é veiculada sob um modelo que remete à caricatura de uma tradição estrangeira, em que se enfatiza a contenda direta com o adversário e a desqualificação pessoal não só do titular do direito, mas também de seu representante jurídico, num tipo de embate onde aparenta ser admissível, e até admirável, certo nível de

26 É bastante conhecida a *Sentencia T-153/98* da Corte Constitucional colombiana, que, após relatar com riqueza de detalhes a situação fática dos presídios daquele país (em tudo semelhantes aos nossos), declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional e estabeleceu uma longa série de determinações a várias autoridades públicas e órgãos estatais para que fizessem cessar esse estado. Os paralelismos com a questão ora versada, porém, devem ser tomados com cuidado, porque a *Sentencia T-153/98* analisou pretensão totalizante da situação carcerária, numa perspectiva mais direcionada às políticas públicas propriamente ditas; ainda assim, há certas passagens que reproduzem perplexidades inerentes à América Latina. Afirmou aquela Corte Constitucional, por exemplo, que “De todo lo dicho hasta ahora cabe extraer la siguiente conclusión: el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. [...] La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. [...] En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana”.

27 “[...] diz-se argumento *ad hominem* aquele que busca criticar mais determinado homem do que as idéias que ele profere” (RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 4. ed. revista . e ampliada, 2005. p. 195-6).

28 De Sá de Miranda, poeta português do século XVI: ‘Comigo me desavim,/sou posto em todo perigo;/não posso viver comigo/nem posso fugir de mim’.

falácia e de belicosidade²⁹. Como resultado, o acórdão “tende menos a esclarecer-se do que a desenvolver argumentos em favor de uma tese”³⁰, argumentando em favor de uma das partes ao invés de decidir por elas.

2.5 Um guia prático para tentar esconder um elefante no jardim

Parafraseando Chesterton, o problema com alguns erros dogmáticos é que eles se tornam cada vez mais perigosos quanto mais se aproximam da verdade³¹. Por isso, é preciso reconhecer que boas intenções nem sempre levam a grandes resultados. Muitas das premissas adotadas pelo voto vencedor do STJ são, efetivamente, de grande valia, quando se enfrenta o problema das prisões a partir de uma espécie de *brainstorming*, olvidado por um instante o compromisso com a realidade. Nesse sentido, não há dúvida de que a solução definitiva da questão prisional passaria pela concretização de uma política pública voltada para os presídios. Da mesma forma, é verdade que, em tese, a Defensoria Pública poderia mover demandas coletivas. E de forma nenhuma, sequer em delírio, a importância da preocupação orçamentária deveria ser minimizada quando se trata deste problema ou de qualquer outro. As premissas principais do entendimento vencedor no STJ, assim expostas em assertivas curtas e descontextualizadas, seriam consentidas por qualquer plateia.

Porém, tudo se perde porque o pragmatismo real que se poderia supor ali presente sucumbe ao falso pragmatismo. Falso porque hiperdimensiona alguns elementos do real até o ponto em que, uma vez misturados, acabam por gerar como conclusão a negativa daquela mesma realidade; ainda crível, mas não realidade. “Se você disser que há elefantes voando no céu, as pessoas não vão acreditar em você”, uma vez afirmou Gabriel García

29 “Another context of dialogue is the (forensic) debate. [...] Sometimes very damaging personal allegations are allowed in questions, and the answerer may be hard pressed to respond to extremely aggressive questions while still answering the question. Such fallacious moves may not only be tolerated, but even be praised as good tactics of debating. [...] This means that fallacious arguments and personal attacks are a good idea if they help you to win the argument” (WALTON, Douglas N. *Informal logic: a handbook for critical argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 4-5).

30 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed. tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2005. p. 43.

31 Chesterton, ao tratar da biografia de São Tomás de Aquino e do conflito deste com Siger de Brabante a respeito da adoção do aristotelismo pelo cristianismo, afirmou que a falsidade nunca é tão falsa “como quando está bem próxima da verdade”, e que “uma distinção sutil pode ser uma contradição total” (CHESTERTON, G. K. *São Tomás de Aquino e São Francisco de Assis*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves, Rio de Janeiro: Ediouro, 2003. p. 267-9).

Márquez, mestre do realismo fantástico; “mas se disser que há quatrocentos e vinte e cinco elefantes no céu, as pessoas provavelmente acreditarão”³².

O entendimento predominante afirma que não devem ser pagas as reparações morais porque com isso o Estado gastaria os recursos necessários para construir melhores cadeias; esta é uma proposição aparentemente pragmática. Mas não verdadeiramente, porque nada é feito em contrapartida para forçar o Estado a essa atividade; e talvez sequer se saiba exatamente como isso poderia ser feito, porque a ideia de reformar a prisão, ao menos segundo Foucault, é tão antiga e perene quanto a própria instituição³³.

Cobra-se da Defensoria Pública a propositura de demandas coletivas em defesa dos interesses dos presidiários; mas o pedido deduzido, se procedente, já seria suficiente para forçar o Estado a despender recursos com quem não deseja. E se tudo se limita a uma questão de orçamento, ao menos de forma indireta essas condenações poderiam motivar o Estado a melhorar, de uma vez por todas, as condições dos presídios: trata-se de uma hipótese plausível, que só por isso não merece menor consideração do que as outras. Quando se deseja realmente resolver um problema, é melhor aplicar uma coação indireta, nenhuma coação ou ficar eternamente esperando a solução ideal? Se toda a controvérsia passa a ser reduzida forçosamente a um problema de política pública, não está justificada a posição que deixa de ver, na atuação da Defensoria, um meio ao menos indireto de coerção sobre o Estado; indireto, mas imediatamente aplicável

32 Entrevista concedida pelo escritor ao *The Paris Review* nº 82 (*The Art of Fiction* nº 69), em 1981. Trecho no original: “That’s a journalistic trick which you can also apply to literature. For example, if you say that there are elephants flying in the sky, people are not going to believe you. But if you say that there are four hundred and twenty-five elephants flying in the sky, people will probably believe you. *One Hundred Years of Solitude* is full of that sort of thing”. Disponível em: <<http://www.theparisreview.org/interviews/3196/the-art-of-fiction-no-69-gabriel-garcia-marquez>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

33 “Devemos lembrar também que o movimento para reformar as prisões, para controlar seu funcionamento, não é um fenômeno tardio. Não parece sequer ter nascido de um atestado de fracasso devidamente lavrado. A ‘reforma’ da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão. Ela é como que seu programa. [...] A prisão fez sempre parte de um campo ativo onde abundaram os projetos, os remanejamentos, as experiências, os discursos teóricos, os testemunhos, os inquiridos” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 21. ed. tradução de Raquel Ramallete, 1999, p. 197-8). Claro que o ‘reforma’ no contexto do voto não é o mesmo ‘reforma’ de Foucault. Este se refere a uma visão crítica da teleologia do modelo prisional, no contexto das linhas mestras de seu pensamento filosófico. A controvérsia do voto parte de problema muito mais grave, delineado pela completa ausência de condições materiais aptas a favorecer qualquer teleologia. Mas é justamente por isso que o alerta de Foucault serve para demonstrar como a menção ao ‘ideal de reforma dos presídios’, que algumas manifestações judiciais erigiram como contraponto à reparação dos danos morais pleiteados, levaria a discussão para um patamar ainda mais distante da nossa realidade.

(ao contrário da suposta melhor solução possível). Não é, certamente, uma escolha fácil decidir entre a solução perfeita e idealizada ou a resposta ‘menos pior’, porém factível. De qualquer sorte, desqualificar aquele que propôs tal solução não faz com que a alternativa suma.

Para perceber a natureza da pretensão, e o que ela efetivamente tem de coletivo (por mais que pareça ser egoisticamente dirigida), basta dar mais atenção ao único elefante que está pastando em nosso jardim, com as quatro patas bem fincadas no chão, do que aos quatrocentos e vinte e cinco que talvez, algum dia, passem voando sobre nossas cabeças³⁴.

3 CONCLUSÃO

O trato analítico dos fatores versados sugere não só a insuficiência de cada um dos argumentos adotados pelos votos vencedores no STJ, mas também que o recurso a tais argumentos apenas se explica quando todos eles são tomados em conjunto e entendidos sob a influência de um juízo etéreo na forma (porque não explicitado), mas denso o suficiente para alterar negativamente os rumos que seriam trilhados por uma condução exclusivamente jurídica do trabalho forense.

Esse juízo, implícito e antecedente, se manifesta por meio de reverberações de reprovações passadas; são ecos de vozes que tiveram sua razão de ser quando se levantaram contra um ato censurável, mas que não se calam quando a realidade muda e o ato não se faz mais presente; suas ondas perduram, retornam com força desproporcional e se chocam, intermináveis, contra aquele que as provocou. Ao direito que assume o papel de punir caberia, também, o papel de fazer tais ondas cessar, pois é também para isso que o discurso da execução penal se impõe: para a ressocialização. Ou o direito luta para evitar as consequências da estigmatização daqueles a quem pune, ou ridiculariza seu próprio poder de punir tanto quanto Xerxes,

34 Na sessão do Pleno de 13.8.2015, o STF analisou o RE nº 592.581/RS (processo com repercussão geral admitida), interposto contra acórdão proferido em ação civil pública que a considerou incabível como instrumento para determinar ao Poder Executivo a realização de obras emergenciais (apenas estas) em um determinado presídio (a ação não se referia, portanto, ao sistema presidiário como um todo). Trata-se, portanto, de ação que se referiu a pedido de intervenção urgente em uma única unidade prisional, compartimentalizando atômica o problema, de modo a aliviar a pressão sobre o temor do peso orçamentário da decisão de procedência. Nessas estritas condições, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi reformado, à unanimidade, a partir de considerações que envolveram basicamente os mesmos elementos manejados pelo STJ no caso abordado neste artigo, mas com sinal trocado – violação da dignidade da pessoa humana, impossibilidade de aplicação da reserva do possível no caso, ausência de violação à separação dos poderes *etc.* Aparentemente, o que muda de forma determinante, de um caso para o outro, é o peso financeiro da decisão.

o lendário Rei da Pérsia que mandou chicotear o oceano para castiga-lo após a destruição, em uma tempestade, da ponte suspensa sobre centenas de barcos que mandara construir para cruzar o Helesponto.

Tornando inútil a punição que determinam, quando dão o exemplo daquilo que deveriam ser os primeiros a evitar, os Tribunais relativizam, na figura do condenado, justamente o que constitui o cerne do pedido deduzido em juízo, qual seja, o valor da dignidade da pessoa humana.

E se, apesar de tudo quanto foi dito e sugerido, ainda assim restarem dúvidas no espírito do leitor acerca de qual seria esse juízo tão controverso, não há por que se constranger, pois constrangedor é o juízo em si, não o conhecimento ou desconhecimento dele; se o tema não fosse embaraçoso, estaria posto às claras nas manifestações judiciais e não subtraído, por meio de tantos esforços e subterfúgios, à compreensão direta, inobstante seja por natureza tão difícil de esconder quanto um elefante no jardim. Não houvesse pudores, tão às claras estaria ele colocado quanto efetivamente se encontra explícito nas contrarrazões de apelação subscritas pela Procuradoria do Estado do Mato Grosso do Sul ao EREsp nº 962.934/MS, onde, quem sabe por ato falho, o Estado literalmente afirmou (segundo transcrição contida no voto do Desembargador vencedor) que aos presos não deveria ser assegurada a proteção íntegra dos direitos fundamentais porque eles haviam deixado de cumprir seus deveres em face da sociedade, quando praticaram crimes.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHESTERTON, G. K. *São Tomás de Aquino e São Francisco de Assis*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 4. ed. revista e atualizada, 2005.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (org.). *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva; Direito GV, 2012. p. 73-122.

CUNHA, Carla Giane Soares da. Avaliação de políticas públicas e programas governamentais: tendências recentes e experiências no Brasil. Universidade Federal do Pará. Trabalho do curso 'The Theory and Operation of a Modern National Economy'. Programa Minerva. George Washington University, 2006.

FIGUEIREDO, Marcus Faria; FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. In: *Análise & Conjuntura*, Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, v. 1, nº 3, p. 107-27, set./dez. 1986.

FILHO, Roberto Freitas. Decisões jurídicas e teoria linguística - o prescritivismo universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 178, p. 19-43, abr./jun. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. 21. ed. Tradução de Raquel Ramallete, Petrópolis: Vozes, 1999.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

FURRIER, Fábio Luis. A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais – como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 295-319, abr. 2012.

HOLMES, JR., Oliver W. The path of the Law. 10 *Harvard Law Review* 457, 1897.

JUNIOR, Osvaldo Canela. O orçamento e a 'reserva do possível': dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo (orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Unesp, 2001.

NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. 2. ed. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filehtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratégias (dialética erística)*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho, tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho.

_____. *A arte de ter razão – exposta em 38 estratégias*. 3. ed. 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHWAB, Gustav. *As mais belas histórias da Antiguidade Clássica – os mitos da Grécia e de Roma*. 6. ed. v. 1. Tradução de Luís Krausz, São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Críticas à teoria dos custos dos direitos: v. 1, reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

WALTON, Douglas N. *Informal logic: a handbook for critical argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.