

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HISTÓRIA DO DIREITO

ÁLVARO GONÇALVES ANTUNES ANDREUCCI

JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES

RICARDO MARCELO FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci, Juliana Neuenschwander Magalhães, Ricardo Marcelo Fonseca – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-193-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

A história do direito é uma área jovem no campo acadêmico brasileiro. Como qualquer disciplina em consolidação, apresenta fortes desafios, que oscilam entre a profissionalização e o rigor acadêmico (indubitavelmente presentes na área no Brasil) e um certo diletantismo. Assim como o grande historiador francês do século XX, Phillippe Ariès, dizia-se (no caso dele, pela mais legítima modéstia) um mero “historiador domingueiro”, no Brasil temos ainda muitos acadêmicos provenientes de outras áreas alheias à história do direito que se aventuram nas plagas da “história do direito”. Os resultados desse fenômeno são heterogêneos: de um lado, vemos como altamente positivo que haja um interesse crescente pelo passado jurídico e pelo esforço de compreensão da esfera jurídica pelas lentes históricas; de outro lado, porém, vemos algumas aproximações à disciplina sem a devida mediação metodológica, sem a devida compreensão de que “atingir” o passado não é tarefa simples, mas que exige ferramentas e adestramento, sob pena de se cometer uma série de “pecados” teóricos – sendo que o maior deles para o historiador, segundo o célebre Lucien Febvre, era o pecado do anacronismo.

Os resultados compilados nessa nova coletânea do CONPEDI revela, a um só tempo, o robustecimento do GT de História do Direito, já que muito nos impressiona pela quantidade de trabalhos enviados (sendo alguns de excelente qualidade), e a heterogeneidade da produção acadêmica da área de história do direito no nosso país.

Como coordenadores do GT, nossa tarefa é sobretudo aquela de, durante o desenvolvimentos dos trabalhos no encontro do CONPEDI, encaminhar as discussões de modo a pontuar as especificidades teóricas e metodológicas do campo da História do Direito, refletindo sobre os limites de um campo do saber ainda em consolidação no Brasil.

Enquanto organizadores dos anais do GT, incumbe-nos organizar as contribuições dos participantes, ordenando-os tematicamente, em consonância com a temática geral do XXV Encontro Nacional do CONPEDI e de forma a tornar minimamente coerente a organização da diversidade temática e metodológica presente no corpo de textos apresentados. Assim, tendo em vista o arco temático “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”, organizamos da seguinte forma os trabalhos apresentados no GT História do Direito do XXV CONPEDI:

- 1) História do Direito e do Pensamento Jurídico
- 2) História do Direito na Europa
- 3) História do Direito e construção do Estado brasileiro
- 4) História Constitucional brasileira

No primeiro bloco, História do Direito e do Pensamento Jurídico, inauguramos o volume, em homenagem à temática geral do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, com uma reflexão de caráter metodológico sobre a Nova História, a partir do estudo da obra *Las mujeres ante la ley en la Cataluña moderna*, de Isabel Pérez Molina, que aborda a condição das mulheres na Idade Moderna. No texto intitulado *Melheres perante a lei na Catalunha moderna*, Maria ereza Fonseca Dias pretende contribuir para a compreensão dos fenômenos sociojurídicos do passado relacionados à temática de gênero.

Em seguida apresentamos textos que abordam aspectos de uma historiografia dos conceitos, o primeiro intitulado *O conceito de Justiça na História*, escrito por Ana Carolina Nunes Furtado e o segundo *O conceito de soberania entre a formação das cidades medievais e a sociedade internacional clássica*, escrito por Marcelo Markus Teixeira e Idir Canzi. Nesse último, a pesquisa histórica sobre o conceito de soberania leva a uma problematização da noção de soberania na Idade Média, abrindo espaço para se discutir a modernidade desse conceito em face do surgimento de uma sociedade de Estados, assim como do Direito Internacional.

O segundo bloco é composto por artigos que abordam temas variados da história do direito na Europa. Dada a proximidade temática com o último texto do bloco precedente, inauguramos esse grupo de textos com o ensaio *Estado, Direito e religião na ordem jurídica medieval*, em que Viviane Lemos da Rosa e William Soares Pugliese desenvolvem diferentes aspectos da ordem jurídica medieval, com enfoque nos temas do pluralismo jurídico, da ausência de unidade política e da importância que a religião adquiriu na formação de uma cosmovisão medieval. Os dois últimos textos desse bloco recuperam expressões do Direito Romano, com enfoque sobre a visão romanista da estrutura familiar. No texto *A família romana: contributo histórico-jurídico*, no qual Maisa de Souza Lopes e Vivian Gerstler Zalcman, no qual se pretende recuperar a contribuição daquela visão para o contexto atual e no estudo. Já Ricardo Alejandro Lopez Tello e Adriana Silva Maillart, no ensaio *Tribuno da Plebe: contextualização histórica do acesso à justiça por métodos extrajudiciais de resolução de conflitos*, têm por objetivo analisar a luta e o resultado das reivindicações da plebe,

enquanto excluídos na sociedade, sobretudo no que diz respeito às suas chances concretas de “acesso à justiça”, pela via do “Tribuno da Plebe”.

O terceiro bloco de artigos, reunidos sob a temática História do Direito e construção do Estado brasileiro tratam de aspectos variados da formação do direito e das instituições jurídico-políticas brasileiras, da época colonial à República. O bloco é integrado por textos sobre o direito penal colonial, de autoria de Karina Nogueira Vasconcelos e Rodrigo Teles de Oliveira e intitulado Penalidade e Colônia: da liberdade punitiva às Ordenações Filipinas numa análise da punibilidade dos homens livres na capitania de Pernambuco; sobre as origens do contrato de arrendamento rural no Brasil, no estudo apresentado por Luís Felipe Perdigão de Castro no texto Os contratos de arrendamento rural no Brasil: origens históricas; assim como sobre a História do Federalismo Fiscal no Brasil Império, Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou De Araújo e Mendonça, em que se aborda a influência do modelo federalista norte-americano no movimento descentralizador no Brasil da década de 1830, a partir da pesquisa historiográfica e da análise de estudos financeiros e de documentos político-legislativos do Império. Outro interessante estudo é Uma análise da elaboração do Código Comercial brasileiro à luz da doutrina e debates legislativos históricos, em que Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Raphael Vieira da Fonseca Rocha discorrem acerca dos debates na Câmara dos Deputados nos anos que precederam a promulgação do Código Comercial Brasileiro em 1850, dando relevo à votação do projeto em bloco. Nesse segmento, destaca-se ainda, como particularmente afinada com o campo temático do XXV CONPEDI, a pesquisa de Jahyra Helena Pequeno dos Santos e Ivanna Pequeno dos Santos sobre a demanda pelo voto feminino no Brasil e sua abordagem histórica.

O quarto e último segmento, sobre História Constitucional Brasileira inicia-se com uma interessante reflexão sobre as expressões da temporalidade na história constitucional brasileira, elaborada por Luiz Fernando de Oliveira no artigo Tempo que passa, tempo que fica: o prescritível e o imprescritível como expressões de temporalidades na história constitucional brasileira. Em seguida apresentam-se pesquisas diversas sobre as transformações históricas em diferentes aspectos do constitucionalismo brasileiro, como ocorre nos textos A evolução do modelo burocrático de gestão brasileiro na República, de autoria de Daniela Almeida Bittencourt e Fabrizia Angelica Bonatto Lonchiati; A tutela constitucional da cultura no Brasil, de Letícia Menegassi Borges e Análise da gestão privada de recursos públicos a partir da contextualização histórica das políticas públicas de saúde no Brasil, escrito por Elda Coelho De Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles. Ainda nesse bloco, uma reflexão sobre a evolução do constitucionalismo brasileiro à luz da nova

perspectiva do constitucionalismo latino-americano, no trabalho *Texto e contexto do constitucionalismo brasileiro: releituras a partir do constitucionalismo latino americano do século XXI*, que tem por autor Pedro Henrique Nascimento Zanon.

Dois textos abordam a temática da história das transições políticas no Brasil. De forma mais direta, o texto *Poder Judiciário, Regime Autoritário e Memória: a narrativa institucional sobre o regime autoritário*, de Vanessa Dorneles Schinke, descreve a narrativa oficial sobre a atuação do poder judiciário durante o regime autoritário de 1964-1985 que foi apresentada nos espaços de memória da justiça comum brasileira. Já o texto *De Médici a Marighella: uma história “certa” escrita por linhas tortas, ou uma história “torta” escrita por linhas certas*, escrito por Filipe Segall Tavares, José Maria Barreto Siqueira Parrilha Terra, parte de relato de um caso relacionado com a temática dos “lugares da memória” para empreender um debate, a partir de Michel Foucault, sobre aspectos epistemológicos da história do direito.

Veja-se, pois, uma amostragem da produção científica no campo da História do Direito no Brasil, que convidamos nosso leitor a visitar.

Prof. Dr. Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci (UNINOVE)

Profa. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ)

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

TEMPO QUE PASSA, TEMPO QUE FICA: O PRESCRITÍVEL E O IMPRESCRITÍVEL COMO EXPRESSÕES DE TEMPORALIDADES NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

EXPRESSIONS OF TEMPORALITY IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL HISTORY

Luiz Fernando de Oliveira ¹

Resumo

O tempo, como construção histórico-social, permite pensar a experiência humana, revelando identidades, culturas e sociabilidades. Somos levados a refletir sobre as dimensões temporais surgidas no Direito em relação à História, memória e esquecimento. Abordamos aqui essa relação ao estudar os institutos prescrição e imprescritibilidade retratados na Constituição Brasileira. Discutimos a ideia de regimes de historicidade, aliada a um estudo bibliográfico, descritivo e analítico. Estudamos os institutos da prescrição e da imprescritibilidade e suas possíveis articulações temporais, realizando um diálogo que questiona em que medida o texto constitucional relaciona o passado, o presente e o futuro.

Palavras-chave: História constitucional brasileira, Regimes de historicidade, Prescrição, Imprescritibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

Time as a historical and social construction suggests the human experience, revealing identities, cultures and sociability. We are led to reflect on the temporal dimensions that arise in the law in relation to history, memory and oblivion. Our approach here this relationship by studying the institutes prescription and imprescriptibility portrayed in the Brazilian Constitution. We discussed the idea of regimes of historicity, in a bibliographic, descriptive and analytical study. We studied the prescription institutes and imprescriptible and possible temporal joints, conducting a dialogue that asks to what extent the Constitution links the past, present and future.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian constitutional history, Regimes of historicity, Prescription, Imprescriptibility

¹ Doutorando em História pela Universidade Federal de Goiás; mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB); especialista em educação jurídica; bacharel em Direito e História; Professor da UCB; Advogado.

INTRODUÇÃO

O tempo é uma categoria de pensamento essencial aos seres humanos. Ao ser visto como uma construção histórica e social, o tempo permite pensar a experiência humana, revelando identidades, culturas e sociabilidades.

Várias ciências utilizam o tempo como fundamento epistemológico, aliando-o a diversas outras categorias, como velocidade, duração e espaço.

Que o digam as abordagens clássicas da Física em suas fórmulas que calculam a velocidade, a Química na análise da durabilidade das reações e a Geografia em seus estudos cartográficos de comparação da ocupação urbana, devastação ambiental e estabelecimento de fronteiras.

A História, que por excelência tem por objeto de estudo o ser humano no tempo, tem por baluarte essa categoria, que se reflete em teorias e conceitos, como curta e longa duração, temporalidades, antigo, moderno, contemporâneo, presentismo e regimes de historicidade, só para citar algumas possibilidades conceituais.

O tempo também faz parte do mundo jurídico sob a égide das diferentes concepções de temporalidade que se articulam à História.

As normas jurídicas se utilizam dessa categoria para orientar e promover a práxis judiciária, utilizando-se de prazos processuais e institutos que revelam relações de apropriação do tempo, como prescrição, decadência, prisão perpétua, normas programáticas.

Essa utilização do tempo nos leva a pensar sobre as dimensões temporais surgidas no Direito a partir de sua relação com a História, especialmente no que tange aos tempos que são construídos historicamente no e pelo Direito. Afinal, como o tempo se instaura e se desenvolve? É possível pensar um tempo que passa e um tempo que nunca se esvai? Como aliar passado, presente e futuro na experiência da vida?

Para enfrentar essas questões, abordamos aqui a relação entre História, memória e esquecimento retratadas pelos institutos jurídicos da prescrição e da imprescritibilidade retratados no texto constitucional brasileiro de 1988.

Por guia teórico, teremos como centralidade a ideia de regimes de historicidade proposta pelo historiador François Hartog, aliado a um escopo metodológico bibliográfico, descritivo e analítico que apresenta consequências práticas na História Constitucional do Brasil.

Assim, na primeira parte desse trabalho introduziremos a ideia de Regimes de Historicidade e trataremos da relação existente entre História, memória e esquecimento sob os

holofotes da atualidade judiciária.

A segunda parte será destinada ao estudo dos institutos da prescrição e da imprescritibilidade, a partir de um estudo conceitual, descritivo, sistemático e analítico dos usos do tempo na História Constitucional brasileira, com ênfase no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A terceira parte realizará uma discussão sobre possíveis articulações sobre temporalidades históricas existentes nesses institutos retratados por essa Constituição, realizando um diálogo que questiona em que medida o texto constitucional relaciona o passado, o presente e o futuro.

1 – HISTÓRIA, MEMÓRIA E ESQUECIMENTO NOS REGIMES CONSTITUCIONAIS DE TEMPORALIDADE/HISTORICIDADE DO BRASIL

Ao observarmos o período entre 1824 e 1988, identificaremos que o estado brasileiro editou sete constituições correspondentes aos anos de 1824, 1891, 1934, 1946, 1967, 1969 e 1988. Esse número pode subir para oito, se considerarmos o Ato Institucional nº 4 de 1967 que legalizou o governo militar, texto este que alguns consideram como texto constitucional e outros teóricos não.

Fato é que a última Constituição promulgada em 1988 inaugura uma nova ordem temporal identificada com a ideia de imprescritibilidade. Se a prescrição era uma ideia cotidiana na praxis judiciária de sepultamento de tempo, identificada com o bordão de que ‘o direito não socorre aos que dormem’ e com o esquecimento, a imprescritibilidade surge como novidade ao fixar um tempo e não permitir que ele passe até que a ‘política da justa memória’ seja realizada.

A partir de um estudo da Constituição da República Federativa do Brasil, podemos identificar que em pelo menos três momentos os constituintes utilizaram categorias para se referirem à imprescritibilidade.

Inicialmente, o texto constitucional (BRASIL, 2015, *online*), em seu artigo 5º, inciso XIII, prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Na mesma linha de raciocínio, o inciso XLIV retrata que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. Ainda, ao tratar das terras indígenas e os direitos a elas relacionados, o

art. 231 aponta que tais direitos são imprescritíveis.

A imprescritibilidade chama a atenção para o fato de ser uma utilização de um tempo que, apesar de estar ligado a fatos do passado, atualizam esse passado no presente, ao buscar a promoção de uma política da justa memória.

A penalização desses crimes só é satisfeita a partir do momento que os sujeitos são punidos pelo passado que não passa, até que satisfeitas as condições jurídico-sociais do binômio tempo-justiça.

Contrariamente a essa ideia, temos o passado que passa, traduzido no termo “prescrição”. Esse termo, se considerado seu termo correspondente, qual seja, o termo “prescricional”, aparece no texto constitucional em pelo menos quatro situações (BRASIL, 2016, *online*), quais sejam:

- a) O prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, ajuizarem ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho (art. 7º, XXIX);
- b) No que tange à improbidade administrativa, temos que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento para punição de atos ilícitos (art. 37, § 5º);
- c) Sobre a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação, sustação processual essa que suspende a prescrição, enquanto durar o mandato (art. 53, § 5º);
- d) A respeito da tributação, prevê o texto constitucional que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a prescrição e decadência tributários (art. 146, III, b). Aliado à prescrição, chamamos a atenção para esse último fragmento, o qual nos remete ao instituto da decadência, ambos retratando a ideia de esquecimento.

Os usos e ordens do tempo constitucional aqui retratados, instigam-nos à realização de discussões sobre a relação entre tempo e História sob a atualidade judiciária. Poucas pessoas se detiveram em uma análise minuciosa do tema.

Destaque deve ser dado a François Ost (2001), que em sua obra 'O tempo no Direito'

argumenta que a temática do tempo é colocada ao direito e à sociedade em ideias como a anistia e a imprescritibilidade, medidas de urgência e desenvolvimento durável, direitos adquiridos e leis retroativas, respeito pelo precedente e alterações da jurisprudência.

Em sua obra, Ost questiona: como equilibrar estabilidade e mudança? Como fundar a memória coletiva libertando-se ao mesmo tempo de um passado traumático ou obsoleto? Como garantir o futuro por meio de regras, revendo-as ao mesmo tempo sempre que necessário?

Para elaborar respostas a tais questionamentos, Ost aponta para a intervenção direta existente entre o tempo e o direito, elaborada pela sedimentação que o tempo confere à legislação, a qual, por sua vez, delinea caminhos que se direcionam ao futuro e ampliam a discussão histórico-social sobre possíveis convenções temporais e legais que embasam e caracterizam as estruturas sustentadoras das civilizações.

Perspectiva diferente deve ser dada às discussões sobre o tempo na História. Muito mais que no Direito, na História constatamos uma quantidade maior de pessoas que estudam a relação entre tempo e História.

Cite-se aqui, sinteticamente, Phillippe Àries que escreveu a obra 'O tempo na História', Ilya Prigogine com seu texto 'O nascimento do tempo', Jacques Le Goff e Pierre Norra em suas vastas produções bibliográficas, René Rémond com o texto 'Écrire l'histoire du temps présent', Ciro Flamarion Cardoso com o texto 'Tempo e História', Paul Ricoeur em suas obras 'Tempo e Narrativa' e 'A memória, a história e o esquecimento', Reinhart Koselleck na obra 'Futuro Passado', Berber Bevernage em 'Time, presence, and historical injustice' e, com destaque, François Hartog em suas obras, das quais se evidencia 'Regimes de historicidade: presentismo e experiências do tempo'.

Todos esses autores oferecem grandes contribuições para se pensar o tempo. Certamente, eles podem contribuir para se pensar a relação entre tempo e Direito mediada pela História.

Nesse sentido, destacamos aqui os escritos de François Hartog, historiador francês que tem discutido sobre uma especialidade do tempo que oferece elementos teóricos e heurísticos para se pensar o tempo no Direito: trata-se da ideia de regime de historicidade.

Nas palavras do autor,

Regime de historicidade nunca foi uma entidade metafísica, caída do céu e de alcance universal. É apenas a expressão de uma ordem dominante do tempo. Tramado por diferentes regimes de temporalidade, ele é, concluindo, uma maneira de traduzir e de ordenar experiências do tempo – modos de articular passado, presente e futuro – e de dar-lhes sentido. (HARTOG, p. 139)

Como se pode apreender do conceito elaborado por Hartog, constatamos que o tempo pode ser constituído por ordens que variam de acordo com os lugares e as épocas. Ele é instrumento que possibilita a formação de uma “modalidade de consciência de si de uma comunidade humana” (HARTOG, p. 28), o que nos revela que o estudo do tempo constitucional permite desvendar as bases do constitucionalismo brasileiro e ainda as formas que lidamos com o direito, com a memória, com a justiça e com o esquecimento.

Assim, é necessário discutir quais as relações que a Constituição Federal estabelece com o tempo, especialmente a utilização da imprescritibilidade lançada na atualidade judiciária. Afinal, o estudo dessas ordens do tempo pode ser auxiliado pelo conceito de regime de historicidade.

2 – PRESCRIÇÃO E IMPRESCRITIBILIDADE NA ATUALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

É importante ressaltar que não há que se falar em um tempo constitucional, mas em tempos constitucionais a partir da abordagem proposta por Hartog. São tempos que traduzem expectativas de um povo, tempos que funcionam como mecanismos jurídicos, tempos que traduzem a justiça histórica.

Nesse contexto, deparamo-nos com os conceitos de prescrição e imprescritibilidade, ideias interessantes para se pensar um tempo público e resultante das aspirações democráticas contemporâneas. Tais institutos serão abordados, de maneira sintética, a partir de uma perspectiva conceitual que contempla abordagens civis e penais.

2.1 PRESCRIÇÃO: O PASSADO QUE PASSA

A ideia jurídica de prescrição tem seus fundamentos na História do Direito Romano. Trata-se de um instituto que tem por escopo regular a perda do direito de acionar uma demanda judicial em razão do decurso de determinado período de tempo.

Ao investigar as bases da prescrição na História do Direito Romano, Maria Helena Diniz (2003, p. 342.) explica que:

o termo *praescriptio* originalmente era aplicado para designar a extinção da ação reivindicatória, pela longa duração da posse; tratava-se da *praescriptio longissimi temporis* e para indicar a aquisição da propriedade, em razão do relevante papel desempenhado pelo longo tempo, caso em que se tinha a *praescriptio longi temporis*. Assim, no direito romano, sob o mesmo vocábulo, surgiram duas instituições jurídicas, que partem dos mesmos elementos: ação prolongada do tempo e inércia do titular. A prescrição, que tinha caráter geral, destinada a extinguir as ações, e o usucapião, que constituía meio aquisitivo do domínio

Nesse contexto, ressaltamos que o fundamento da prescrição está calcado em um horizonte de expectativa relativo à ordem e à paz social, que se utiliza desse instituto para a estabilização de uma sociabilidade em determinado lapso temporal. Ou seja, é uma situação que encontra seu tempo cronológico. Um tempo que passa e cristalizado estará como fato jurídico e passado histórico.

Conforme citado inicialmente, a prescrição encontrará seu respaldo constitucional em quatro momentos: o prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, ajuizarem ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho (CF, art. 7º, XXIX); os prazos de prescrição estabelecidos infraconstitucionalmente para punibilidade de ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento para punição de atos ilícitos (CF, art. 37, § 5º); suspensão de prazo prescricional enquanto durar o mandato para Senador ou Deputado que comete crime ocorrido após a diplomação (CF, art. 53, § 5º); e ainda, estabelecimento de prazo em matéria de legislação tributária para normatizar o prazo prescricional (CF, art. 146, III, b).

Em todas essas situações, o que se busca e se pode identificar como comum é a necessidade de se estabelecer uma ordem do tempo. Sepultar uma situação. Torná-la ficcionalmente imutável.

Isso pode gerar grandes questionamentos sobre a relação estabelecida entre passado, presente e futuro em torno da prescrição, pois nem sempre o regime de temporalidade estabelecido juridicamente corresponde ao regime de temporalidade que se encontra em constante mutação social.

2.2 IMPRESCRITIBILIDADE: O PASSADO QUE NÃO PASSA

Ao depararmos com o termo ‘imprescritibilidade’, podemos associá-lo com aquilo

que não é prescritível. Ou seja, juridicamente, a imprescritibilidade pode ser entendida como a qualidade do direito sobre o qual não incide prazo de prescrição. Trata-se aqui do caráter daquilo que não pode prescrever; qualidade daquilo cujo prazo de prescrição não tem efeito (DICIO, 2015, *online*).

O texto constitucional de 1988 (BRASIL, 2015, *online*) inaugura essa ordem e aponta para dois casos explícitos em que a ordem do tempo é regida pela imprescritibilidade: prática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Também, temos o termo relacionado aos direitos sobre as terras indígenas, que não recebe tanto enfoque dos escritos de Direitos Humanos quanto às duas situações anteriores, mas que de igual importância oferece elementos para uma discussão sobre os usos do tempo em correlação com a memória.

A imprescritibilidade chama a atenção para o fato de ser uma utilização de um tempo que, apesar de estar ligado a fatos do passado, atualizam esse passado no presente, ao buscar a promoção de uma política da justa memória. São situações sociais e jurídicas que independentemente do tempo a que se acham vinculadas historicamente, podem vir a ser questionadas.

A penalização dos crimes de racismo e de ações de grupos armados, que atentam não apenas contra a ordem constitucionalmente estabelecida e o Estado Democrático, mas também quanto à sua abrangência universal contra a humanidade, só é satisfeita a partir do momento que os sujeitos são punidos pelo passado que não passa, até que satisfeitas as condições jurídico-sociais do binômio tempo-justiça.

No caso indígena, devido às dívidas históricas e sociais que o Brasil possui com a população indígena, a imprescritibilidade sobre os direitos à terra seria uma manifestação da justa política da memória aplicada.

Uma outra questão que merece atenção quanto à imprescritibilidade diz respeito ao debate em torno do art. 37, § 5º da Constituição. Conforme aduz esse fragmento normativo, em casos de improbidade administrativa, que causam dano ao erário e/ou enriquecimento ilícito, a lei estabelecerá o prazo prescricional.

Ocorre que o posicionamento jurisdicional tem sido no sentido de que ações judiciais que busquem ressarcimento ao erário são imprescritíveis. Isso pode ser observado nos seguintes julgados (BRASIL, 2015, *online*):

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CONTRATO. SERVIÇOS DE MÃO-DE-OBRA SEM LICITAÇÃO. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CF. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. As ações que visam ao ressarcimento do erário são imprescritíveis (artigo 37, parágrafo 5º, in fine, da CF). Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 712.435-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, Dje 12.4.2012).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário. 2. Agravo regimental desprovido” (RE 578.428-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 14.11.2011).

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Ação de ressarcimento de danos ao erário. Art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Imprescritibilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 646.741-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22.10.2012).

O tempo constitucional é potencial para produzir outros tempos. Nesse caso, questionamos se estaríamos diante de uma judicialização do tempo? Eis uma esfera que pretendemos aprofundar em investigações futuras.

Aliado a esse questionamento, diante dessa breve exposição sobre a ideia de imprescritibilidade, e ainda em que pese a imprescritibilidade dos crimes de racismo, das ações de grupos armados e do ressarcimento ao erário, indagamos: seria a imprescritibilidade uma ordem jurídica passadista do tempo que não completou seu ciclo com a justiça, ou uma fixação do passado que se torna elemento de identidade e memória de uma sociedade que insiste em não permitir o tempo passar? Quais regimes de historicidade podem ser identificados a partir dessa concepção intelectual? Como o conhecimento dessa ordem do tempo pode levar juristas e historiadores a pensarem alternativas teóricas e construções científicas, e, como cidadãos e agentes de mudança social, a se posicionarem na sociedade?

Eis alguns questionamentos que se colocam e que devem ser amadurecidas em pesquisas futuras.

3 – INTERSECÇÕES DO TEMPO ENTRE DIREITO, HISTÓRIA E JUSTIÇA: BRECHAS ENTRE O PRESCRITÍVEL E O IMPRESCRITÍVEL

No início do nosso texto, colocamos as seguintes questões a serem analisadas sob a ótica do regime de historicidade: como o tempo se instaura e se desenvolve no campo jurídico? É possível pensar um tempo que passa e um tempo permanente? Como aliar passado, presente e futuro nas criações jurídicas e históricas?

Ao optar pela abordagem da História Constitucional brasileira para analisar essas indagações, delinearemos algumas considerações sobre essas perguntas a partir do que tratamos até o presente momento.

Primeiramente questionamos: como o tempo se instaura e se desenvolve em termos constitucionais?

Para pensarmos sobre as relações do tempo na Constituição, é importante afirmar que o diálogo entre História, Direito e Justiça constitui uma ferramenta metodológica exitosa, considerando que são faces de um objeto que, se visto sob distintos ângulos, permitem ter uma melhor compreensão de uma parcela mais abrangente do objeto.

A partir da leitura de Hartog, verificamos que o tempo pode ser constituído por ordens que variam de acordo com os lugares e as épocas.

Acrescentaríamos aqui também os ramos do saber, pois cada ciência possui o seu tempo. O tempo econômico muitas vezes é diferente do tempo político. E isso se aplica a outros ramos do saber.

As relações que a Constituição Federal estabelece com o tempo, evidenciam um processo legislativo constituinte composto por uma história nacional (ou seriam histórias?), diferentes concepções políticas, sociais, econômicas, e assim por diante. Considerando a hipótese de que grupos políticos constituintes possam viver até mesmo regimes de historicidade diferentes, temos a elaboração de um tempo performático, que institui o que se diz, apto a construir até mesmo um outro regime de historicidade, em uma relação dialética e simbólica.

O tempo constitucional trabalha o imaginário das pessoas e as ajuda a se posicionarem em meio à sociedade, como ocorre nas relações do tempo de contribuição para com a Previdência Social, a prescrição da exigibilidade de tributos e a imprescritibilidade dos crimes de racismo. Ele coloca valores que são mutáveis e adaptáveis em função dos horizontes de

expectativas e campo de experiência das pessoas na sociedade, traduzindo regimes de temporalidade.

Segundo: é possível pensar um tempo que passa e um tempo permanente?

Ao partirmos da ideia de 'brechas no tempo' de Hannah Arendt, citada por Hartog (p. 138-139), a qual concebe brechas no tempo como “intervalos totalmente determinados pelas coisas que não são mais e pelas coisas que ainda não são ainda”, estaremos diante dos institutos jurídicos da prescrição e decadência.

As brechas existentes entre o prescritível e o imprescritível abarcam cumulativamente concepções de múltiplos regimes de historicidade, o que podem ser identificados nas escritas na e da História constitucional, ao investigar uma apropriação específica de cada época e sua inserção no texto constitucional.

De fato, a Constituição Brasileira de 1988 estabelece uma intersecção entre regimes de historicidade.

Ao tentar fugir de uma concepção analítica anacrônica, mas ao mesmo tempo preocupado com o exercício do pensamento, se elaborássemos uma história dos conceitos, grandes discussões poderiam surgir.

De forma mais concreta, podemos nos referir ao instituto da prescrição na Roma Antiga e na atual Constituição Brasileira. Certo é que os modos de operação e os fundamentos do conceito sofrem alterações ao longo do tempo, retratados, por exemplo, por Koselleck em seus estudos sobre o surgimento do conceito moderno de História como singular coletivo entre a unidade e pluralidade temporal. Estaríamos diante dos horizontes e círculos hermenêuticos distintos, mas que podem se comunicar. Contudo, a Constituição apropria-se de uma concepção que, se não integralmente, pelo menos parcialmente liga-se a um Direito Romano, cujo conceito foi construído em outro regime de historicidade ou temporalidade.

Não há que se falar em um tempo jurídico, mas em tempos jurídicos, assim como não há que se falar em um tempo histórico, mas em tempos históricos. O mesmo se refere ao tempo constitucional, traduzido em tempos constitucionais. Tempos que traduzem expectativas de um povo, tempos que funcionam como mecanismos jurídicos, tempos que traduzem a justiça histórica.

O estudo dessas ordens do tempo pode ser auxiliado pelo conceito de regime de

historicidade.

Lembra Hartog (2010, p. 18) que o tempo passou a ser o centro das atenções há pouco tempo e que o historiador, nesse contexto, pode ser considerado como um desvendador dos tempos.

Isso inclui o historiador do Direito, pois o tempo constitucional poder ser um mecanismo de promover a justiça e ao mesmo tempo reparar injustiças cometidas no passado, bem como um mecanismo para pensar o sistema jurídico e a sociedade brasileiros.

A imprescritibilidade é uma forma de reparação intergeracional de injustiças, especialmente quando observamos na História do Brasil o período da ditadura militar. A imprescritibilidade pode ser condizente com a “política da justa memória”, delineada por Paul Ricoeur (2012).

Os fatos mundiais e brasileiros que constituem a história recente abalaram as nossas relações com o tempo, especialmente em razão da crise do futuro (ordem e progresso - positivismo) e ao apelo ao presentismo, ou seja, “o crescimento rápido da categoria do presente até que se imponha a evidência de um presente onipresente” (p. 26). Podemos estabelecer aqui uma relação entre uma concepção de memória e o instituto da imprescritibilidade. Afinal, “os crimes do século XX, seus assassinatos em massa e sua monstruosa indústria da morte são as tempestades de onde partiram essas ondas memoriais, que acabaram unindo e agitando intensamente as sociedades contemporâneas. O passado não havia 'passado' e, na segunda ou terceira geração, ele estava sendo questionado” (HARTOG, 2010, p. 25).

Duas vertentes podem ser identificadas nesse contexto. Uma histórica e outra jurídica. No âmbito da História, a escola da 'História do tempo presente' nasce e reforça-se. São nos processos por crimes contra a humanidade, retratados sob os holofotes da atualidade judiciária, que é colocada a temporalidade inédita do imprescritível (HARTOG, 2010, p. 27).

A questão do tempo se coloca como um problema, pois os institutos jurídicos da prescrição e imprescritibilidade são modos de articulações entre passado, presente e futuro.

Terceiro: como o passado, o presente e o futuro podem ser alinhados nas criações jurídicas?

Propedeuticamente, é preciso ter consciência de que os tempos político, econômico e social são diferentes do tempo jurídico. Este merece ser elaborado de maneira que consiga abarcar as demandas que lhe são colocadas sobre esses campos, sob pena de se tornar obsoleto

e superado por outras ordens do tempo. O tempo jurídico deve ser um tempo consciente de si e da sociedade em que surge.

Uma das formas que articulam o passado, o presente e o futuro que se ligam aos institutos da prescrição e imprescritibilidade diz respeito ao dever de memória. Isso é ressaltado por Hartog ao suscitar o caso Papon:

O caso Papon é, aliás, um exemplo esclarecedor dessas modificações de comportamento em relação ao tempo. É apenas em 1998 que o ex-secretário geral da polícia de Gironde é condenado, em Bourdeaux, por cumplicidade em crimes contra a humanidade, ou seja, cinquenta e cinco anos após os atos denunciados e ao final de um processo que durou noventa e cinco dias. Antes dele, em 1994, houve o caso de Paul Touvier, ex-chefe da milícia de Lyon. Inicialmente perdoado, em 1972, pelo presidente Pompidou, que queria 'encobrir' o tempo em que os franceses 'não se amavam', vinte e dois anos mais tarde é condenado por crimes contra a humanidade. No entanto, tratava-se exatamente do mesmo Touvier. Porém, o tempo funcionou às avessas. Ao invés de ter produzido o esquecimento, ele avivou a memória, reconstituiu e impôs a lembrança. Com a temporalidade até então inédita criada pelo crime contra a humanidade, o tempo não 'passa': o criminoso permanece contemporâneo de seu crime” (HARTOG, p. 154)

A ideia de permanecer contemporâneo de seu crime, mesmo que passados os fatos há décadas, trás o problema da imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade e leva-nos a questionar quais as noções de tempo que estão por trás do imprescritível.

O imprescritível não é apenas uma suspensão do tempo. Ele carrega em si uma carga semântica muito intensa, como trauma, ditadura, totalitarismos, perdas, memória, justiça e injustiça, possibilitando as criações jurídicas constitucionais que articulam com o tempo.

Isso se torna problemático para a experiência latino-americana, em que tratar sobre anistia e punibilidade sob o signo da imprescritibilidade gera intensos debates sociais e concepções teóricas e de engajamento social e intelectual ligadas à justiça de transição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O passado, o presente e o futuro se articulam na história constitucional de diferentes maneiras.

A prescrição tem a necessidade de se estabelecer em uma ordem do tempo. Sepultar uma situação. Torná-la ficcionalmente imutável. Se possível, esquecê-la. Isso pode gerar

grandes questionamentos sobre a relação estabelecida entre passado, presente e futuro em torno da prescrição, pois nem sempre o regime de temporalidade estabelecido juridicamente corresponde ao regime de temporalidade que se encontra em constante mutação social.

No caso do racismo no Brasil e no mundo globalizado, temos o movimento pela dignidade da pessoa humana que propõe uma ruptura com um regime de historicidade concebido a partir de raças, nas quais umas são superiores às outras, causando exploração, dominação e a construção de sistemas totalitários como o nazismo.

A experiência do passado atualizada no presente dos constituintes com horizontes de expectativas ao futuro permitiram a inserção do dispositivo da imprescritibilidade como forma de prevenir e garantir por meios jurídicos à política da justa memória.

O mesmo se diz a respeito de grupos armados, considerando que tais fatos foram relacionados com a força armamentista utilizada em prol da eliminação humana por critérios raciais, e que ainda o Brasil passou por momento de dominações de grupos armados militares que buscaram instaurar um regime de historicidade que foi desagregado pelo novo regime constitucional brasileiro oitentista, mas que ainda deixa suas marcas em grupos sociais intergeracionais.

Já sobre os índios devemos lembrar que foram dizimados e expulsos de muitas de suas terras e que hoje o Estado Brasileiro guarda uma dívida histórica digna de um mecanismo jurídico que pretende protegê-los, o que nos remete a uma tentativa de segurança em um novo regime de historicidade constitucional.

Essa relação entre passado, presente e futuro nas três referências constitucionais da imprescritibilidade nos mostra que a Constituição Federal do Brasil buscou oferecer um conjunto de medidas jurídicas, calcadas na experiência histórica, para lidar com abusos massivos de direitos, externando concepções passadistas, presentistas e futuristas que podem constituir juntas um novo regime de historicidade.

REFERÊNCIAS

BEVERNAGE, Berber. Time, Presence, and Historical Injustice. **History and Theory**, n.47, maio 2008, p 149-167.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: fevereiro 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Imprescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/3295436/imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>>. Acesso: janeiro 2016.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **Tempo e História**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/36893248/Ciro-Flamarion-Cardoso-Tempo-e-Historia#scribd>>. Acesso: maio 2015.

DICIO. **Verbetes prescrição**. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/prescricao>>. Acesso: julho 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1: teoria geral do direito civil. 20. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2014.

HARTOG, François. El Tiempo de las Víctimas. **Revista de Estudios Sociales**, n. 44, Bogotá: dez. 2012, p. 12-19.

_____. **Regimes de Historicidade**: presentismos e experiências do tempo. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

KOSELLECK, Reinhart. **O conceito de História**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

_____. **Futuro Passado**. Contribuição a semântica dos tempos modernos. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (orgs). **Faire de l'histoire**. I. Nouveaux problèmes. Paris: Gallimard, 1974.

NOVAES, Adauto. **Tempo e História**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Piaget, 2003.

PRIGOGINE, Ilya. **O nascimento do tempo**. Lisboa: Edições 70, 1990.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas: Unicamp, 2012.

RODRIGUES, Henrique Estrada & NICOLAZZI, Fernando. Entrevista com François Hartog: história, historiografia e tempo presente. **História da historiografia**, n. 10, dez. 2012, p. 351-371.