

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 17

Nº 1 - Março de 2013



Clóvis Beviláqua
Jurista autor do projeto
do Código Civil Brasileiro de 1916


EMARF



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 17
Março de 2013

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2013 - volume 17, n. 1

Irregular.

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional
Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações

Desembargador Federal José Antonio Lisboa Neiva

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

EQUIPE DA EMARF

Maria Cláudia Cordilha Hochman - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Carlos José dos Santos Delgado

Carlos Roberto de Assis Lopes

Cidinéia Carvalho dos Reis

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Luzinalva Tavares Marinho Joaquim

Marta Geovana de Oliveira

Thereza Helena Perbeils Marchon

Espírito Santo

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

Conselho Editorial

Alberto Nogueira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Alberto Nogueira Jr., Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Universidade Federal do Paraná, Professor Adjunto de Direito, Advogado no Rio de Janeiro e no Paraná, Brasil

Américo Bedê Freire Jr., Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ana Paula Vieira de Carvalho, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

André Ricardo Cruz Fontes, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Artur de Brito Gueiros de Souza, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Caio Márcio Gutterres Taranto, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carmem Tiburcio, Advogada, Brasil

Celso de Albuquerque Silva, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Eugênio Rosa de Araújo, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Guilherme Couto de Castro, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, Universidade Federal Fluminense, Professor, Brasil

Helena Elias Pinto, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Leonardo Greco, Advogado, Brasil

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Firly Nascimento Filho, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Flávio de Oliveira Lucas, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Luís Greco, Advogado, Universidade da Alemanha, Alemanha

Luiz Antonio Soares, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Abraham, Procuradoria Regional da Fazenda, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Nadia de Araújo, Procuradoria de Justiça - MPRJ, Assessoria de Recursos Constitucionais, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Procurador de Justiça aposentado, Advogado, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Poul Erik Dyrland, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Reis Friede, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodolfo Kronenberg Hartmann, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodrigo de Souza Costa, Advogado, Brasil

Rogério Dultra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Salete Maria Polita Maccalóz, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargadora Federal, Brasil

Sérgio D'Andrea Ferreira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Silvana Batini César Góes, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Theophilo Antonio Miguel Filho, Justiça Federal 2ª Região, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Vice-Presidente:

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Membros:

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS
Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA
Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ
Desembargador Federal GUILHERME COUTO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal ALUÍSIO MENDES
Desembargador Federal GUILHERME DIEFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

SUMÁRIO

ARTIGOS

- ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO 15
Adriano Saldanha Gomes de Oliveira
- RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA E SURSIS PROCESSUAL 35
André Lenart
- O OUIDOR, O CORREGEDOR E O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NO PLENÁRIO DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO 61
André R. C. Fontes
- CONSERVADORISMO E OS IMPOSSÍVEIS DROITS DE L' HOMME 75
Fernando Quintana
- ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA 95
José Alfredo dos Santos Júnior
- AS RECENTES REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: BREVE ANÁLISE DAS
PRINCIPAIS ALTERAÇÕES 153
Karla Nanci Grando
- MEDIAÇÃO AMBIENTAL: NOVOS PARADIGMAS 165
Maria de Lourdes Coutinho Tavares
- A ALTERIDADE COMO CAMINHO DE RECONSTRUÇÃO DO HUMANISMO..... 201
Rafael Soares Duarte de Moura
- A CONTROVÉRSIA ACERCA DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS EM
AUDIÊNCIAS CRIMINAIS: A INTERPRETAÇÃO DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO
CPP (LEI N. 11.690/2008) 225
Vlamir Costa Magalhães

JULGADOS

- AGRAVO INTERNO 239
Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Agravo Interno. Ação Ordinária. Expedição de Diploma de Curso Superior. Indeferimento
de Pedido de Suspensão dos Efeitos da Sentença. Recurso Improvido. Processo Nº
2012.02.01.006123-8

EMBARGOS INFRINGENTES	249
1ª Seção Especializada	
Penal. Embargos Infringentes. Apropriação Indébita das Contribuições Previdenciárias. Dificuldades Financeiras. Inexigibilidade de Conduta Diversa. Excludente de Culpaabilidade. Processo Nº 2001.51.01.539410-6	
AÇÃO RESCISÓRIA.....	253
2ª Seção Especializada	
Processual Civil. Ação Rescisória. Competência deste Tribunal. Fixação de Honorários de Sucumbência. CPC, Art. 20, §§ 3º E 4º. Valor Exorbitante. Ofensa ao Critério de Equidade. CPC, Art. 485, Inc. V. Agravo de Instrumento em Face de Decisão que apreciou pedido de Expedição de Precatório na Ação Originária. Ausência de Conexão ou Continência. Processo Nº 2010.02.01.000202-0.	
EMBARGOS INFRINGENTES	271
3ª Seção Especializada	
Administrativo. Militar. Soldado Fuzileiro Naval (SD-FN). Anulação do Ato de Incorporação. Critério de Seleção do Recrutamento. Inconstitucionalidade não Configurada. Descabimento. Processo Nº 2003.51.01.023834-6.	
HABEAS CORPUS.....	289
1ª Turma Especializada	
Penal. Habeas Corpus. Nulidade de Interceptações Telefônicas. Sentença Proferida nos Autos da Ação Penal Originária. Inadequação da Via Eleita. Processo Nº 2012.02.01.003006-0.	
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	293
2ª Turma Especializada	
Penal. Embargos de Declaração do Autor. Queixa-Crime Formulada por Deputado Federal. Crimes de Calúnia e Difamação. Arts. 138 E 139 do CP. Inocorrência de Omissão, Contradição ou Ambiguidades. Embargos Desprovidos para Manter o Acórdão Recorrido. Processo Nº 2011.51.01.802995-0.	
AGRAVO INTERNO	299
3ª Turma Especializada	
Tributário e Processual Civil. Agravo Interno. Execução Fiscal. Penhora dos Valores Relativos ao Direito de Transmissão Televisiva. Possibilidade. Não constitui Medida Excepcional. Recurso Desprovido. Processo Nº 2012.02.01.014275-5.	
APELAÇÃO CÍVEL.....	305
4ª Turma Especializada	
Apelação. Encerramento da Falência. Redirecionamento da Execução. Impossibilidade. Processo Nº 2004.51.01.503059-6.	

APELAÇÃO CÍVEL	311
5ª Turma Especializada	
Apelação Cível. Controle Jurisdicional. Ato Administrativo. Mérito. Princípio da Proporcionalidade. Sanção. Hipótese Fática. Subsunção à Norma. Ausência de Ilegalidade. Desprovisamento. Processo Nº 2010.51.01.022409-1.	
AGRAVO DE INSTRUMENTO	321
6ª Turma Especializada	
Agravo de Instrumento. Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Medida Cautelar de Indisponibilidade dos Bens. Provimento. Processo Nº 2012.02.01.010593-0.	
APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO	341
7ª Turma Especializada	
Administrativo. Concurso Público. Portador de Deficiência. Definição. Rol não Exaustivo. Processo Nº 2008.51.01.020054-7.	
APELAÇÃO CÍVEL	351
8ª Turma Especializada	
Mandado de Segurança - Licitação - Pregão Eletrônico - Inexecução Parcial do Contrato - Sanção Administrativa - Impedimento de Licitar e Contratar com a Administração por dois anos - Art. 87 da Lei Nº 8.666/93 - Adequação, Razoabilidade e Proporcionalidade da Medida - Descredenciamento no SICAF - Lei Nº 10.520/2002 - Conformidade do Ato com a Legislação de Regência - Denegação da Segurança. Processo Nº 2011.51.01.012504-4.	

Artigos

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DA INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

Adriano Saldanha Gomes de Oliveira

Juiz Federal na 2ª Região

RESUMO: Este trabalho estuda a inviolabilidade de domicílio, buscando, a partir da identificação da sua natureza e do conceito de domicílio, sua relevância no processo penal, visando ao correto dimensionamento das respectivas exceções constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; direitos fundamentais; domicílio; inviolabilidade.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho destina-se à análise da inviolabilidade de domicílio, direito constitucional constante do inciso XI do Art. 5º da Constituição de 1988. Em primeiro lugar, procuramos buscar a natureza de tal direito no quadro normativo do ordenamento jurídico, em suas dimensões internacional e interna. Em seguida, estudamos a inviolabilidade de domicílio em sua vertente de conseqüências relevantes para o direito processual penal, e o conceito de domicílio, portanto, também especificamente utilizado no direito processual penal. O próximo passo é nos defrontarmos com as exceções da inviolabilidade, principalmente os casos de consentimento, crime em flagrante e ordem judicial, por serem estes últimos dotados de riquíssima elaboração jurisprudencial. Por fim, tentaremos expor as conclusões a que nos permitimos chegar em decorrência das idéias desenvolvidas ao longo do trabalho.

2. OS DIREITOS HUMANOS E AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Os direitos humanos são um fenômeno moderno, assim como o capitalismo. Este último, dizem alguns economistas, tem uma história curta, ou seja, apareceu somente após o fim da Idade Média, se consolidou como sistema de produção dominante com a Revolução Industrial Inglesa e, por sua capacidade de geração e de acumulação de riqueza inenunciáveis, se disseminou pelo mundo e nunca mais deixou de comandar nossas vidas. Pois relativamente aos primeiros, talvez mais exato seria dizer que os direitos humanos são na verdade um fenômeno contemporâneo e não moderno. É que os direitos humanos surgem, como corpo normativo, como código, como ética jurídica comum integrada de um conjunto de princípios untados e inseparáveis, na metade do século XX e não no século XVIII. Os direitos humanos não datam, decididamente, do século XVIII. O fenômeno jurídico notável por sua estabilidade que ocorre primeiro na Inglaterra e depois nos Estados Unidos da América e acompanha, no tempo, mais ou menos, o surgimento do capitalismo, é a *restauração* dos princípios democrático e republicano, embora com o mesmíssimo e mais grave vício que tais princípios tinham na antiguidade, qual seja, o vício da desigualdade. Daí coexistirem por exemplo com a escravidão, que foi paulatinamente apenas substituída pela discriminação do negro, e com a discriminação da mulher. Pior: foi esta era moderna que deu uma nova e perniciosa forma de aplicação ao vício da desigualdade, que aqui em aperto designamos grosso modo – assumindo o risco de estarmos tomando um aspecto como o todo fenomenológico – como o *darwinismo* social, o qual se transformou, na primeira metade do século XX, no aberrante *darwinismo* jurídico em que consistiu a legislação de determinados países inclusive tidos como desenvolvidos, cujo exemplo mais triste reside na legislação nazista alemã.

Foi a Segunda Guerra Mundial, ou melhor, o resultado da Segunda Guerra Mundial, o qual, submetido ao teste do tempo, só fortalece a legitimidade da afirmação dos vencedores de que lutaram uma Guerra Justa por excelência, o catalisador da doutrina internacional dos direitos humanos. Afinal, ela é função direta da Carta da ONU, elaborada pelos países vencedores daquele conflito, datada de 26 de junho de 1945, fruto da única Comissão prevista naquele instrumento criador das Nações Unidas,

e instituída especificamente para este fim, vale dizer, para a elaboração de um documento normativo de direitos humanos com validade universal. Presidida pela viúva de Franklin Roosevelt, Eleanor, foi palco da atuação de luminares como René Cassin e Charles Malik, e resultou na famosa Declaração de 1948, a qual, juntamente com os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da década de 60, constituem-se no mais importante arcabouço global consagrador da normatividade jurídica dos direitos humanos.

A instituição da categoria dos direitos humanos no plano normativo internacional veio confluír com o fortalecimento do direito público constitucional no plano interno, de modo que as Constituições elaboradas após a 2ª Guerra Mundial passaram a ter por elemento obrigatório cartas de direitos, além dos mecanismos de aquisição, exercício e transmissão dos poderes do Estado.

Do mesmo modo, a normatização dos direitos humanos no plano internacional também veio a encontrar-se, em confluência, com outra fonte dogmática do direito enquanto ramo do saber, o direito privado ou civil, no qual o respectivo tratamento derivou da categoria dos direitos da personalidade.

3. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS PENAIS.

No plano da proteção dos direitos humanos, as garantias constitucionais penais têm valor enorme no que diz respeito à respectiva eficácia vertical, vale dizer, em face dos Poderes do Estado. Assim, como não poderia deixar de ser, o constituinte brasileiro elencou uma série de garantias individuais do cidadão contra o poder estatal no que diz respeito à atividade de investigação, persecução penal e punição pela prática de crimes.

Evidentemente, por outro lado, o Estado não pode hoje – ou não deveria – ser visto mais como uma figura ameaçadora dos valores da liberdade individual, posto que, na condição de Estado Democrático de Direito, também persegue, ao receber seus instrumentos de ação, outros valores constitucionais não menos democráticos: no caso, a Justiça. O direito de investigar, perseguir em Juízo e de punir, na medida em que são titularizados pelo Estado, são também direitos subjetivos públicos e exteriorizam, com certeza, o princípio constitucional da Justiça. Este

último princípio é portanto fundamento de validade, exclusivo ou não, para normas como os incisos XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei”, norma que veio a ser o objeto da Lei 7716/1989), XLIII (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”), XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”) e XLVI (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos) do Art. 5º da Constituição de 1988.

Ocorre que, por outro lado, o valor constitucional da Justiça coexiste com vários outros valores constitucionais, de modo que há limites ditados por outros direitos constitucionais aos direitos do Estado de investigar, perseguir e punir. Daremos a seguir exemplos, sem pretensão porém de que os limites adiante atuem somente sobre o respectivo direito estatal indicado. Guardada a premissa anterior, pois, é fácil recorrer às proibições das penas de morte em tempo de paz (Art. 5º, XLVII, ‘a’) e cruéis como limites ao poder de punir do Estado. Igualmente, cite-se o princípio da presunção de inocência (Art. 5º LVII) como limite ao direito de o Estado perseguir penalmente em Juízo. Por fim, indica-se a proibição de tortura (Art. 5º III) como limite ao direito de o Estado investigar.

4. A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO.

A natureza jurídica da inviolabilidade de domicílio não se contém, de modo algum, dentro dos quadros do direito processual penal ou mesmo do direito penal. Temos a convicção de que ela consiste, ao lado das enumeradas no inciso XII, em uma das inviolabilidades exteriores à pessoa humana voltadas para a proteção, em primeiro lugar, da própria personalidade humana, em sua projeção ou identidade espacial, em que consiste o domicílio. Nesse contexto a inviolabilidade de domicílio é no plano internacional um direito

humano, no plano constitucional um direito constitucional e no plano civil um direito da personalidade, adequadamente tratado pela alegoria inglesa como o lugar de um soberano: 'my home is my castle'.

Logo, embora não se trate de garantia constitucional apenas para fins penais, aqui passará a ser tratada quanto aos respectivos efeitos nesta esfera, posto que assume especial relevo em tal seara porque, em muitos casos, é precisamente o direito de investigar, de perseguir e de punir estatal que vai levantá-la, mediante invocação de uma das exceções constitucionais permissivas do levantamento de seu véu.

5. O DOMICÍLIO

O direito brasileiro civil albergou um conceito amplo de domicílio, para fazê-lo abarcar tanto a noção inglesa de lar permanente ('permanent home') quanto a noção francesa de centro de negócios ('au lieu où il a son principal établissement'). Idêntico tratamento é encontrado no direito penal, onde, para fins de tipificação do crime de violação de domicílio, diz o § 4º do Art. 150 do Código Penal que a expressão "casa" compreende qualquer compartimento habitado; o aposento ocupado de habitação coletiva; e o compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

6. AS HIPÓTESES DE LEVANTAMENTO DA INVOLABILIDADE

A Constituição da República estabeleceu, ela mesma, e de maneira taxativa, as cinco exceções ao princípio da inviolabilidade de domicílio. São elas: o consentimento do morador, a ocorrência de desastre, a prestação de socorro, a prática de crime em flagrante, e a ordem judicial.

6.1 O consentimento.

Quando se fala em violação de domicílio, evidentemente que se está falando de penetração forçada, não consentida, como potestade que é negada ao pretendente da conduta. Logo, a permissão, o consentimento, a aquiescência, do ingresso de fora para dentro do espaço interno da casa

é elemento legitimador do ato, o qual deixa de representar qualquer ilícito constitucional. Nesse sentido:

“AGRAVADO. REPOUSO NOTURNO. CONCURSO MATERIAL. NAO CONFIGURACAO. RESISTENCIA. ATIPICIDADE. DOLO. NAO POSITIVADO. PRELIMINAR. MINISTERIO PUBLICO. NAO CONHECIMENTO. AUSENCIA. RAZOES. APELACAO CRIMINAL. REU. NAO RECOLHIMENTO. PRISAO. REJEICAO. PROVA. INSUFICIENCIA. SENTENCA CONDENATORIA. REFORMA. Invasao de domicilio e resistencia. Nao comete invasao de domicilio quem adentra em residencia a chamado da dona da casa, ex-amasia. Para a configuracao do delito e’ necessario que o agente tenha consciencia de que o proprietario nao permite sua entrada ou permanencia. Quanto ao delito de resistencia, para sua configuracao, e’ necessaria a existencia de violencia ou ameaca a funcionario no cumprimento de ato legal. Inexistindo prova da violencia ou ameaca, nao se configura o delito. Provido o recurso para absolver o apelante.”

(TAJçCrim/RJ, 2ª Câmara, 1989.050.37938 - APELACAO, Rel. Des. JOAQUIM CYRILLO B. MOUZINHO - Julgamento: 18/05/1989)

Quanto à autoria do consentimento, basta que seja dado por um dos moradores da casa. Cito:

“CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS.- RECURSO DEFENSIVO.- PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E DE ILICITUDE DA PROVA.- NO MÉRITO, ABSOLVIÇÃO DAS APELANTES POR PRECARIEDADE DA PROVA.- ALTERNATIVAMENTE, REDUÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO AO MÍNIMO LEGAL.- AFASTAMENTO DO AUMENTO APLICADO ÀS PENAS POR FORÇA DA AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA.- ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL

...

A preliminar de nulidade do processo por ilicitude das provas, em decorrência de suposta violação de domicílio, não merece acolhida eis que o ingresso e a revista levada a efeito no cômodo em que as apelantes se encontravam foram precedidos de autorização, conforme depoimento das testemunhas policiais e declarações da apelante Marília Franco Castelli, que afirmou que a apelante Ana Maria Gonçalves disse que os policiais poderiam entrar e que nada encontrariam na casa.

...

Preliminares rejeitadas. No mérito, recurso parcialmente provido.”

(TJ/RJ, 8ª Câmara, 0008202-22.2009.8.19.0203 - APELACAO, DES. VALMIR RIBEIRO - Julgamento: 07/07/2010 - OITAVA CAMARA CRIMINAL)

Quanto ao horário no qual tal ingresso, decorrente de consentimento, possa se dar sem arrepio às normas constitucionais, é assente na jurisprudência que inexistente limitação ao período do dia, porquanto tal limitação não diz respeito a esta situação. De acórdão que, se bem que conte com argumentação alternativa, pela boa fundamentação, no que pertine, cito e destaco:

*“PENAL. RESISTÊNCIA QUALIFICADA. MANDADO JUDICIAL. CUMPRIMENTO. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. CONCEITO DE DIA. CONSENTIMENTO. MORADOR. ... 2. No caso vertente, a divergência se relaciona à legalidade do ato do funcionário em tela (um Oficial de Justiça), mais especificamente quanto ao horário da tentativa de cumprimento de mandado de citação, penhora e avaliação, que, segundo a certidão, deu-se por volta das 19:20 horas, coadunando-se, de certa forma, com os depoimentos da esposa do réu, o interrogatório do mesmo, bem como o de testemunha que presenciou a chegada do servidor, cujas manifestações, conquanto não sejam precisas quanto ao horário exato, convergem no sentido de que o evento se deu após às 19 horas e antes das 20 horas. 3. Diz o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Não é pacífico o entendimento do significado da expressão “durante o dia”, razão pela qual filio-me à orientação que traz em seu bojo critério mais objetivo e que tem sede legal (art. 172 do CPC), considerando como “dia” o intervalo compreendido entre seis e vinte horas. Dessa forma, o horário da diligência levada a efeito pelo Oficial de Justiça não se reveste de qualquer ilegalidade. **Ainda que se considerasse a hipótese de que o evento se deu no período da noite, observa-se que o ingresso do servidor na residência do acusado se deu com o devido consentimento de sua esposa, responsável pelo primeiro contato com o mesmo.** 4. Sendo certo que a condição de Oficial de Justiça era do conhecedor do recorrente e considerando que o horário no qual se tentou inicialmente dar cumprimento à ordem judicial atendia aos preceitos legais, resulta incontroverso*

que a obstrução ao seu cumprimento foi injustificada. 5. Embargos infringentes desprovidos.”

(TRF2, Processo ENUL 200351130006888 ENUL - EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – 5553, Relator(a) Desembargadora Federal LILIANE RORIZ Órgão julgador PRIMEIRA SEÇÃO ESPECIALIZADA Data da Decisão 25/06/2009, DJU Data::03/07/2009 Página::13 Decisão, unanimidade, negaram provimento aos Embargos Infringentes, nos termos do voto da Relatora.)

(sem grifo no original)

6.2 O desastre.

No caso de desastre, seja ele natural, como um deslizamento de terras, uma inundação ou um terremoto, seja ele obra do homem, como um incêndio culposo, ou a queda de um avião, também ocorre supedâneo para o ingresso na casa, para o fim de retirada dos destroços, recuperação dos bens, e, evidentemente, socorro das pessoas que possam estar ali dele necessitando, socorro o qual, embora disponha de proteção própria, no caso de desastre com algum tipo de perigo ou vítima também alberga a hipótese de necessidade de resgate.

6.3 A prestação de socorro.

No caso de socorro, em primeiro lugar há que se pensar na necessidade de defesa do próprio morador que ali esteja em algum tipo de situação de perigo. Assim num caso de escapamento de gás, ou de pessoa com dor, o estado de perigo é evidente, e, assim, mesmo que o titular da inviolabilidade não possa pedir o socorro, o que reconduziria ou cumularia tal situação com a de consentimento, é direito – e para o Poder Público, é dever – o ato de entrar na morada, eis que a finalidade evidente é a de prestar ajuda.

Nada obstante, aqui surge oportunidade para análise do inciso II do § 3º do Art. 150 do Código Penal, que diz não consistir violação de domicílio o ingresso, a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser, à luz da Constituição de 1988. É verdade que na norma constitucional só está excepcionada a hipótese de

flagrante delito, a qual será tratada no tópico a seguir, e não a situação de ameaça, os atos de preparação, a tocaia feita por quem pretende praticar um homicídio. Porém, é precisamente na expressão ‘socorro’ da letra da Constituição que encontramos o suporte de validade da norma, a qual para nós é, assim, constitucional. Para tanto basta que tal socorro venha a também significar, no caso concreto, a legítima defesa daquele sujeito que vai ser vítima da prática do crime, em início de execução por parte do criminoso, ou mesmo para fazer cessar a ameaça, a tocaia, a iminência da agressão, ao menos para fins de ingresso e condução coercitiva do futuro agressor para fora da residência, do recanto domiciliar.

6.4 O crime em estado de flagrância.

A flagrância é definida no Código de Processo Penal nos seguintes termos:

“Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.”

Os dois primeiros tipos de flagrante tratados pelo Art. 302 do Código de Processo Penal são chamados de próprios, e os dois últimos, de impróprios. Ambos funcionam como afastamentos do direito constitucional da inviolabilidade (POLLASTRI, 2010). De outro lado, o Art. 303 contém norma qualificadora para o tratamento do flagrante dos crimes classificados doutrinariamente como permanentes, que são aqueles nos quais a execução se protraí no tempo e por isso são considerados como em permanente estado de flagrância.

O flagrante próprio, que diz respeito a quem está cometendo a infração,

ou que acaba de cometê-la (incisos I e II), relaciona-se à visualização, à constatação direta e sem intermediação, da prática do crime por aquele que dá ao criminoso a voz de prisão. Como na enorme ou por assim dizer na 'totalidade prática' dos casos quem dá a voz de prisão é o condutor, que é o policial, é a ele que didaticamente daqui em frente iremos nos referir.

O flagrante impróprio diz respeito, primeiro, a quem é perseguido, seguido imediatamente, estando sob o encalço da polícia logo após o cometimento da infração (inciso III). Cito:

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE IMPRÓPRIO. ART. 302, III, CPP. DESCONSTITUIÇÃO. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. TEMA NÃO EXAMINADO PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. 1- Conforme se extrai do auto de prisão em flagrante e do acórdão recorrido, o paciente foi preso em decorrência das **ininterruptas diligências da polícia visando a sua captura, procedimento que se iniciou logo após a prática do delito, configurado o que na dicção da doutrina é chamado de flagrante impróprio ou quase-flagrante.** 2 - Para a desconstituição do que foi decidido nas instâncias ordinárias, ou seja, se inexistiu a situação flagrancial, se as diligências foram contínuas ou se elas efetivamente se iniciaram logo após a prática do crime, seria necessário o revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus. 3 - No tocante à alegação de ausência dos requisitos necessários à imposição da custódia cautelar, não há como conhecer do pedido, pois o tema não foi suscitado ou enfrentado pela Corte Estadual, vedada, nesse ponto, a supressão de instância. 4 - Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.”*

(STJ, Processo HC 201000355086 HC - HABEAS CORPUS - 163772 Relator(a) HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) Órgão julgador SEXTA TURMA Fonte DJE DATA:02/08/2010 Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta parte, a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og

Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data da Decisão 01/06/2010)

(sem grifo no original)

E, no caso a seguir, com uma pequena descrição da linha dinâmica da perseguição:

“A C Ó R D Ã O. Tráfico de drogas. Artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06, e artigo 329 do Código Penal, n/f do artigo 69 deste último diploma legal. Penas: 5 anos de reclusão, regime fechado, e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal (tráfico), e 1 ano de detenção, regime semiaberto (resistência). Recurso defensivo: a) preliminar de inépcia da denúncia; b) no mérito, absolvição, sustentando a fragilidade probatória; c) aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. ... No mérito, a prova demonstrou que na posse do réu foram apreendidos 2080g de maconha, distribuída em dois tabletes de erva seca prensada, além de 50g de fragmentos de maconha prensada, parcialmente envoltos em papel celofane azul, plástico incolor e fita adesiva incolor. ... Apelo improvido.

*Rel. DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ – V O T O ... O policial militar Glauber Medeiros Poubell iniciou um patrulhamento no interior do coletivo da linha 312, na altura da favela de mangueiros, ocasião em que solicitou ao denunciado que se levantasse para efetuar uma revista no mesmo, sendo que este empurrou o miliciano e empreendeu fuga, deixando no interior do ônibus uma caixa de papelão com a inscrição “Vinícius”, contendo a substância entorpecente acima descrita. Ao descer pelas escadas do coletivo, o denunciado, de forma livre e consciente, opôs-se à execução de ato legal, efetuando disparos de arma de fogo contra o aludido policial militar, que repeliu a injusta e atual agressão, desferindo outros disparos contra o denunciado, que fugiu em direção à Favela de Mangueiros. **O Policial Poubel informou a direção tomada pelo denunciado ao Policial Militar do 22º BPM, que estava em patrulhamento nas cercanias da favela de Mangueiros, o qual logrou prender o denunciado em flagrante, já no interior da comunidade, estando o mesmo com uma ferida na perna direita.**” ... Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao apelo.”*

(TJ/RJ, 8ª Câmara, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0298108-63.2009.8.19.0001, ORIGEM: JUÍZO DA 37ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL,

RELATOR: DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ, unanimidade, rejeitaram a preliminar, e, quanto ao mérito, negaram provimento ao apelo, nos termos do voto do relator. Julgado em 21 de julho de 2010)

(sem grifo no original)

A derradeira hipótese de flagrante impróprio diz respeito a quem é encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis, logo depois do cometimento da infração, em circunstâncias que façam presumir ser ele o autor da infração. Cito:

*“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PRISÃO FLAGRANTE. IMPROCEDÊNCIA. ... 3. O paciente é acusado de, juntamente com outros indivíduos, subjugar uma família dentro de sua própria residência, mediante ameaças de morte com emprego de armas de fogo, posteriormente dali se evadindo no veículo de uma das vítimas, levando consigo diversos objetos subtraídos, avaliados em quase cinquenta mil reais, tudo a indicar a presença de periculosidade social reveladora da necessidade da prisão. 4 . Inviável o reconhecimento da nulidade do flagrante ao argumento de que o paciente não confessara o seu envolvimento no crime, não fora reconhecido pela vítima, tampouco preso durante o momento da empreitada criminosa. 5. Tal procedimento demandaria revolvimento probatório, inviável de ser operado na via eleita. **Além disso, o paciente foi preso, com o corréu, na posse de parte dos bens subtraídos, de modo a incidir, ao menos, a figura do flagrante impróprio.** 4. Ordem denegada.”*

(STJ, Processo HC 200901071767 HC - HABEAS CORPUS – 138097 Relator(a) Min. OG FERNANDES Órgão julgador SEXTA TURMA Fonte DJE DATA:23/11/2009 Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.)

(sem grifo no original)

Interessante notar que, dependendo da mobilidade do instrumento

utilizado para a prática do crime, como um navio ou um avião por exemplo, a 'posse' do respectivo instrumento pode não ser física, mas jurígena. Cito:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE CONFIGURADA. FLAGRANTE PRESUMIDO. HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 302 DO CPP. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP. NECESSIDADE DEMONSTRADA. DECISÃO FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA DE PROVA. VIA INADEQUADA. ... II - O estado de flagrância caracteriza-se não somente quando alguém é surpreendido cometendo a infração penal, mas, também, quando acaba de cometê-la, ou ainda, quando é perseguido logo após o cometimento do crime, bem como na circunstância de ser encontrado, em seguida, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Trata-se da chamada flagrância presumida. III - A expressão "acaba de cometê-la", empregada no flagrante próprio, significa imediatamente após o cometimento do crime; "logo após", no flagrante impróprio, compreende um lapso temporal maior; e, finalmente, o "logo depois", do flagrante presumido, engloba um espaço de tempo maior ainda." IV - Em que pese não ter sido encontrado portando os instrumentos ou objetos do crime, a presunção se estabeleceu no instante em que a autoridade policial obteve a confirmação de que de fato havia substância entorpecente na aeronave pilotada pelo paciente. ... VII - No caso dos autos, o flagrante está formalmente em ordem, não sendo caso de relaxamento e o pedido de relaxamento foi indeferido em decisão suficientemente motivada."

(TRF3, Processo HC 201103000158016 HC - HABEAS CORPUS – 45846 Relator(a) JUIZA CECILIA MELLO Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA:22/09/2011 PÁGINA: 153 Decisão Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Data da Decisão 13/09/2011)

Não se pode deixar de referir, por último, que os crimes permanentes caracterizam-se pelo estado de flagrância permanece, e assim a prática de crimes como vários dos tipos da norma que reprime o tráfico de drogas, a

quadrilha, e a extorsão mediante seqüestro, que têm tal natureza, impedem a invocação da garantia para fins de impedimento ao ingresso policial.

Cito, com relação ao tráfico:

“PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO NAS SANÇÕES DOS CRIMES DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006, E ART. 16 DA LEI Nº 10.826/2003, NA FORMA DO ART. 69 DO CP. ... INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA PRISÃO. DISPENSA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO QUANDO A AUTORIDADE POLICIAL TEM NOTÍCIA QUE, IN LOCO, OCORRE DELITO DE NATUREZA PERMANENTE. ... PEQUENO REPARO NA PENA-BASE DO CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO PARA FIXÁ-LA NO MÍNIMO LEGAL. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. 1. Destaco a questão preliminar suscitada e a rejeito, pois, as provas foram obtidas de acordo com a norma legal e, principalmente constitucional. A jurisprudência pátria é uníssona em sustentar que o mandado de busca e apreensão será prescindível para ingresso em domicílio quando a polícia tem a notícia que há ocorrência, in loco, de delito de natureza permanente. Na casa, a autoridade policial tinha notícias de que comunidade do Jacarezinho, havia o chamado “tráfico de drogas”. Por tal motivo, policiais estavam em constantes incursões na localidade com intuito de combater o tráfico ilícito de entorpecentes, com fim de apreensão das drogas, petrechos e de pessoas estivessem agindo illicitamente. Ressalta-se que à Constituição da República, excepciona o direito e garantia fundamental do indivíduo, permitindo a entrada em domicílio em caso de flagrante delito (art. 5º, XI da CF). Sendo assim, não há em se falar nulidade da sentença monocrática. ... 5. A materialidade delitiva restou amplamente comprovada, em especial, pelo Laudo de Exame de Entorpecentes, Laudo de Exame pericial em arma de fogo e pelos depoimentos dos policiais. De igual modo, a forma do acondicionamento da substância entorpecente, a grande quantidade apreendida e apreensão da arma de fogo, espancam qualquer pretensão a isentar o réu dos delitos ora imputados. Restou caracterizado no curso processual o real envolvimento do réu com o tráfico de drogas daquela localidade - Favela do Jacarezinho, principalmente, diante da prisão em flagrante, forma e característica do acondicionamento do material entorpecente ilícito. ... 9. Provimento parcial do recurso.”

(TJ/RJ, 2ª Câmara, 0055522-92.2009.8.19.0001 (2009.050.06664) - APELACAO, Rel. DES. JOSE MUINOS PINEIRO FILHO. Unânime. Julgamento: 14/06/2010 Data de Julgamento: 14/06/2010)

E, com relação à quadrilha:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO. POLICIAL MILITAR. COMPETÊNCIA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PARA REALIZAÇÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. FALTA DE MANDADO JUDICIAL. CRIME CONTINUADO. VÍCIO NA LAVRATURA DO FLAGRANTE E DO AUTO DE APRESENTAÇÃO E APREENSÃO. DENÚNCIA: ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. PENA: FIXAÇÃO. REEXAME DE PROVA: IMPOSSIBILIDADE. I. - Quadrilha formada por policiais militares e civis, para a prática de crime contra o patrimônio. Não caracterização de crime militar. II. - Crime de quadrilha: crime permanente. Estado de flagrância. Inocorrência de desrespeito à inviolabilidade do domicílio, já que incide a exceção do art. 5º, XI, da Constituição. Dispensa, no caso, do mandado judicial. ... VII. - H.C. indeferido.”

(HC 74127, Relator: Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 15/04/1997, DJ 13-06-1997)

(sem grifo no original)

6.5 A ordem judicial

A ordem judicial é a última, mas não menos importante, exceção constitucional. Com efeito, aqui faz-se necessário precisar que somente nesta hipótese está-se diante de exceção limitada temporalmente ao período do dia. Todas as demais exceções (consentimento, desastre, socorro, ou flagrante delito) não encontram qualquer limitação temporal, podendo ser invocadas para penetração na residência durante as 24 horas do dia.

Não, porém, a ordem judicial. Neste último caso, somente durante o período diurno pode-se falar em cumprimento da diligência determinada pelo Juiz, seja ela de busca e apreensão, prisão, inspeção judicial, perícia ou outra que se possa divisar.

Questão que se põe é a necessidade de endereçamento individual do mandado judicial, notadamente em comunidades pobres, tendendo a doutrina, respeitante às idéias de garantia dos direitos humanos de qualquer cidadão, para a imprescindibilidade de individualização da

unidade pretendida ingressar. Essa posição é defendida pelo extenso e denso curso de Direito Constitucional do Min. do STF e Prof. Gilmar Ferreira Mendes (Mendes et al, 2010). E, na jurisprudência, cito:

“Apelação Criminal. Receptação. Condenação. Inconformismo. Irregularidade manifesta da prova colhida mediante “mandado coletivo” de busca e apreensão em favela. Réu que, entretanto, confessa ter permitido o ingresso de policiais em sua casa, com o que não há que se impugnar a prova, que é segura. Inviabilidade do pleito absolutório. Não se mostra socialmente recomendável, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a réu já condenado por outro crime contra o patrimônio, que não produz qualquer prova de ter ocupação lícita. Recurso a que se nega provimento.”

(TJ/RJ, 5ª Câmara, 0004280-68.2003.8.19.0207 (2004.050.05534) - APELACAO, Rel. DES. MARIA HELENA SALCEDO - Julgamento: 07/03/2006 - QUINTA CAMARA CRIMINAL)

(sem grifo no original)

Interessante notar, nesse sentido, no precedente abaixo, a preocupação da mesma Relatora do precedente anterior, a Des. do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Dra. Maria Helena Salcedo, com a igualdade de tratamento domiciliar, quer se trate de favela, quer se trate de imóvel situado nas áreas mais valorizadas economicamente da cidade. Cito:

“ACORDÃO Apelação Criminal. Art. 12 da Lei 6.368/76. Condenação. Apelo ministerial em benefício do réu para possibilitar a progressão de regime. Apelo defensivo pleiteando a declaração de nulidade de todo o feito em razão da ilegalidade da prisão e, no mérito, a absolvição por falta de provas ou, subsidiariamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Entrada dos policiais na casa em face da permissão do réu, como este mesmo diz, e não em virtude da suposição do estado flagrancial. Inexistência de ilicitude. Recursos com fins distintos. Conhecimento do recurso ministerial. Inteligência do art. 257 do CPP. No mérito, prova acusatória contraditória. Divergências significativas, inclusive a respeito das circunstâncias da arrecadação do entorpecente. Réu sem outros antecedentes. Inexistência de hierarquização legal do valor dos testemunhos, pelo que as testemunhas da defesa devem ser também consideradas. Provimento do recurso defensivo para absolver o réu, prejudicado o ministerial. ...

VOTO ... Não há ilegalidade, em tese, na prisão em flagrante do réu. Não chegamos ao ponto de considerar uma denúncia anônima (fls. 33/34) como indício suficiente do estado flagrancial que pudesse permitir a invasão de um domicílio em uma favela, a não ser que semelhante expediente possa ser aceito também nas áreas mais nobres das cidades. Ocorre que o acusado franqueou a entrada dos policiais em sua casa, como se vê de suas próprias declarações em juízo (fls. 54/55). Por outro lado, sua afirmação de que os policiais disseram-se munidos de um mandado judicial na verdade inexistente não foi corroborada por qualquer testemunha, pelo que não pode invalidar a prova daí derivada, contaminando todo o feito. A materialidade do delito encontra-se indiciada pelos laudos de fls. 07 e 50, e pelo auto de apreensão de fl. 06. A autoria, entretanto, parece-nos assaz duvidosa, pelas divergências notáveis nos depoimentos dos policiais. No auto de prisão em flagrante (fls. 10/11), cada um dos dois policiais menciona que logrou êxito em encontrar no interior do armário do quarto as drogas (50 gramas de cocaína) e a roupa camuflada. Na prova de acusação de fls. 72/75, as contradições aparecem. O policial Renato diz que o acusado escovou os dentes e acompanhou toda a diligência, principalmente quando a droga foi encontrada dentro do armário; que a droga foi localizada, ao que se recorda, pelo policial Maurício; que dentro do armário havia uma peça de roupa camuflada. Já o policial José afirma que o acusado não se ausentou em nenhum momento para ir ao banheiro ou escovar os dentes; (...) que a calça camuflada foi encontrada na entrada da casa, ainda no quintal. Afinal, quem encontrou a droga? A roupa camuflada estava no armário ou no quintal? O acusado ausentou-se para escovar os dentes, ou não? O réu, no interrogatório, relata que, após a revista em sua casa, foi chamado a depor na delegacia e ausentou-se a fim de escovar os dentes para sair (a diligência foi às 7h40min); neste momento os policiais disseram ter encontrado a droga. Há inúmeros indícios que conjuram contra o réu, é verdade. Mas a certeza necessária à prolação de um decreto condenatório não pode existir, em razão das contradições acima apontadas. Se nem as circunstâncias cruciais da prisão em flagrante, mormente a apreensão do entorpecente, podem ser recontadas com fidedignidade, pouco resta para ser aproveitado da prova produzida pela acusação. O réu não tem antecedentes criminais. Não há razão legal para desprezar-se o depoimento das testemunhas de defesa de fls. 106/109, que dizem ser o réu trabalhador. Pelo exposto, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso defensivo para absolver o réu, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, e expedir-se alvará de soltura, prejudicado o recurso ministerial.”

(TJ/RJ, 5ª Câmara, 0011589-78.2005.8.19.0205 (2006.050.03016) – APELACAO, Rel. DES. MARIA HELENA SALCEDO - Julgamento: 05/12/2006 A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 3016/2006, da 2ª Vara Criminal Regional de Campo Grande, em que são apelantes o MINISTÉRIO PÚBLICO e JOSÉ MANUEL DO NASCIMENTO, e apelados, os mesmos, A C O R D A M os Desembargadores que integram a Egrégia Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso defensivo, para absolver o réu, com fulcro no art. 386, VI, do C.P.P., e expedir alvará de soltura; prejudicado o recurso do Ministério Público. Rio de Janeiro, 05 de dezembro de 2006. MARIA HELENA SALCEDO MAGALHÃES Desembargadora-Relatora Presidente)

7. CONCLUSÕES

Em conclusão, podemos afirmar, de acordo com o exposto, que: a) a inviolabilidade de domicílio não se prende de modo algum ao direito criminal ou processual criminal, mas tem natureza constitucional de direito humano, fundamental e da personalidade; b) a inviolabilidade de domicílio, porém, assume especial relevo para o direito processual penal, por sua necessidade de enfrentamento, todo o tempo, com o direito do Estado de investigar, perseguir e punir; c) as exceções constitucionais à inviolabilidade de domicílio, embora sujeitas a interpretação e ponderação na forma da letra anterior, são taxativas; d) das cinco exceções, quatro não encontram limitação temporal ao período do dia, mas somente a quinta, a ordem judicial; e) o estado de flagrância excepcionador da inviolabilidade de domicílio compreende as hipóteses de flagrante impróprio constantes dos incisos III e IV do Art. 302 do CPP; e f) a ordem judicial de busca e apreensão deve conter o domicílio a ser penetrado, com elementos suficientes que permitam sua perfeita individualização.

8. REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fabio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONNELLY, Jack. International Human Rights. 3rd edition. Boulder: Westview Press, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES DE OLIVEIRA, Adriano Saldanha. Será o Século XXI dos Direitos Humanos? Artigo. In: Revista VERSUS, Ano II, número 05, Rio de Janeiro: UFRJ, agosto de 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

POLLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. Vol I. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

POLLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. Vol II. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA E SURSIS PROCESSUAL

André Lenart

Juiz Federal Substituto no exercício da titularidade do 6º Juizado Especial Federal/RJ

RESUMO: Expõe-se e discute-se a posição atual do Supremo Tribunal Federal quanto à inserção cronológica do ato processual judicial consistente no oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo ao réu em processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. *Sursis* processual. Recebimento da inicial acusatória. Comentários. Jurisprudência.

1. O RECEBIMENTO DA INICIAL

1. 1. Há dois recebimentos?

Na redação anterior à reforma de 2008, o juízo positivo de admissibilidade da inicial acusatória era assinalado unicamente pelo verbo *receber*. Ao afirmar-se que o órgão jurisdicional *recebera a denúncia* – ou a queixa –, dizia-se de forma compacta que a relação jurídica processual poderia evoluir rumo à triangularização, já que todos os requisitos necessários se faziam presentes, *primus ictus oculi*. Seguiam-se a ordem de citação do réu, de notificação (ou intimação) do acusador (MP, querelante, assistente), a expedição de ofício aos institutos de identificação criminal e outras providências pertinentes. O núcleo normativo dessa valoração liminar se localizava no **CPP 394**:

O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente.

A reengenharia operada pela reforma impôs a realocação do texto; ocorre que ao longo das discussões sobre o projeto houve alterações significativas de conteúdo, cujo impacto se faz agora sentir nas múltiplas interpretações sobre a relação entre o **CPP 396** e o **CPP 399**. A pretensão era de estender a resposta preliminar existente nos procedimentos de competência originária dos Tribunais, na lei de entorpecentes e no procedimento especial concernente a crimes próprios praticados por servidores públicos, ao procedimento comum, eliminando a discriminação hoje existente. Mas, por razão que ignoramos, essa intenção não vingou, a resposta preliminar foi substituída por uma resposta escrita e a redação do projeto não foi corretamente ajustada, levando ao emprego duplicado do verbo *receber* nos artigos 396 e 399.

1. 2. Quando o juiz recebe a denúncia?

Uma vez publicada, a lei rompe laços com o criador, tal qual o filho crescido que abandona o lar paterno. A *ratio essendi* da norma adquire autonomia, podendo mesmo absorver significação contrária àquilo que se perseguia. Não se trata de questão retórica: é crucial determinar se esse recebimento corresponde ou não àquele do decaído **CPP 394**. Caso se entenda que não, o marco interruptivo do curso do prazo prescricional (**CP 117 I**¹) poderá deslocar-se para o **CPP 399** – excluída a tese de que o **CPP 399** esteja diretamente ligado ao **CPP 394**. Em considerável número de processos, isso terá impacto sobre a integridade da pretensão punitiva – especialmente nos casos em que o Juízo precise empreender demoradas diligências a fim de tentar determinar o paradeiro do réu.

Com toda essa confusão e interesses em jogo, não surpreende que existam pelo menos três posições possíveis relativamente à natureza e às consequências desses dois “recebimentos” da denúncia ou da queixa:

1^a) Trata-se de mero lapso do legislador ou defeito de técnica legislativa. A denúncia é “recebida” na fase do **CPP 396**, seguindo-se citação, oferecimento

¹ “O curso da prescrição interrompe-se (...) pelo recebimento da denúncia ou da queixa.”

de resposta escrita à acusação e análise dessa resposta. O “recebida” constante do **CPP 399** deve ser interpretado como uma alusão à *inviabilidade da absolvição sumária*. A oração soaria assim: “*não sendo caso de absolvição sumária, o juiz designará dia e hora para a audiência*”. Esse ponto de vista é compatível com a ordem de citação do **CPP 396**, pois se a manifestação do réu fosse anterior ao recebimento da denúncia, seria ele *intimado* a dizer sobre a acusação, como se dá nos procedimentos que preveem a resposta preliminar, e não *citado*. É compatível com a possibilidade de absolvição sumária logo de início, como defendido anteriormente. E está de acordo com a intenção do legislador, ao recuar da moção de erigir a audiência prévia à admissibilidade da demanda à categoria de regra-padrão do procedimento criminal. Também na altura do **CPP 396** o curso do prazo prescricional encontraria seu primeiro marco interruptivo e o órgão jurisdicional requisitaria a folha de antecedentes do réu.

2ª) Ao “receber” a inicial, na fase no **CPP 396**, o juiz não está ainda se pronunciando sobre a idoneidade da acusação, de tal modo que a resposta escrita deve ser compreendida como uma manifestação anterior à decisão judicial que irá determinar o prosseguimento do processo, como se dá nos procedimentos que estabelecem a *resposta preliminar*. O “verdadeiro” recebimento da denúncia ou queixa se faria agora (**CPP 399**). Essa orientação tem o grave inconveniente de retardar a interrupção do prazo prescricional – meses a fio, se for preciso efetuar diligência para levantar o paradeiro do réu e só então promover a citação editalícia. Além disso, não explica o porquê da ordem de *citação* e está em frontal desacordo com o desejo do legislador, que explicitamente rejeitou a ampliação da audiência prévia à decisão de admissibilidade. Seu maior mérito é fortalecer o direito à defesa, assegurando à parte ré o direito de apontar vícios ou inconsistências da inicial, aptos a garrotear no nascedouro um processo inviável. Anteriormente à reforma, vários Ministros do STF haviam demonstrado, *em sessão plenária*, simpatia à extensão da garantia de audição preliminar – prevista, entre outras, na Lei n. 8.038/90 – a todos os procedimentos criminais, independentemente de permissivo infraconstitucional. A rejeição desta posição não impede que o Supremo se aprofunde no debate.

3ª) O **CPP 399** está diretamente conectado ao **CPP 396**, integrando-se no conteúdo desse último: ao proceder à delibação e admitir a demanda (**CPP**

396), o juiz mandará citar o réu para responder por escrito à acusação e desde logo aprazará a audiência de instrução e julgamento. O indisfarçável mérito dessa proposição reside em superar a controvérsia decorrente da polissemia do verbo “receber”: *o juiz só recebe a demanda uma única vez*. A divisão do conteúdo do dispositivo em dois artigos (CPP 396 e 399) seria atribuível à falta de atenção do legislador ou à necessidade técnica de suprir espaços. Não há como negar que essa última explicação é bastante duvidosa. De mais a mais, parece constrangedoramente difícil de encobrir o calcanhar de Aquiles da tese: *o juiz marcaria a audiência antes de apreciar a resposta escrita do réu?* Não faz sentido aprazar um ato processual que ninguém sabe se irá realizar-se – o réu pode estar foragido ou não ser localizado ou, então, o juiz pode acolher os argumentos da resposta escrita e absolvê-lo sumariamente. Psicologicamente isso pode sinalizar a falta de interesse nos argumentos que serão oferecidos: *ao juiz pouco importa o que a defesa irá dizer; já até marcou a audiência!* Lembrando que a audiência deverá ser agendada para 60 dias após o recebimento da denúncia, como esse prazo seria respeitado se o réu não fosse localizado ou houvesse necessidade de nomear defensor dativo para oferecer a resposta escrita? Ou, mesmo, considerados os lentos trâmites burocráticos – expedição de mandado, cumprimento e devolução do mandado, remessa para o MPF, etc.

Sem dúvida, a primeira leitura é aquela que oferece mais vantagens e menos desvantagens. Não é a ideal – *ideal seria que se adotasse e se uniformizasse a resposta preliminar à admissão da demanda, prestigiando-se o princípio constitucional da igualdade*. Mas representa alguma evolução em relação àquilo que existia.

Até o momento, inclinam-se os Tribunais pela primeira opção, discernindo claramente as fases de delibação da inicial acusatória e de exame da possibilidade de absolvição sumária.

1. 3. O recebimento deve ser fundamentado?

Fundamentar consiste em expor os *fundamentos decisórios* (*Entscheidungsgründe*) (JAUERNIG, 2003: 238) ou *razões de convencimento*, explicitando os fatores que influíram no processo associado à *tomada de*

posição pelo órgão judiciário. A reconstrução do raciocínio do prolator facilita às partes, às instâncias superiores (*garantia processual*) e à sociedade em geral (*garantia política*) o controle da administração da Justiça (CANOTILHO, 2004: 667), ao tornar possível o exame: α) da imparcialidade e da isenção do prolator; β) do atendimento dos requisitos constitucionais e legais; γ) da veracidade das premissas factuais e jurídicas; δ) do acerto da conclusão. Possibilita ainda verificar se as alegações de ambos os lados foram devidamente examinadas (FERNANDES, 2000: 119). É legítima o exercício do poder, a um só tempo excluindo o caráter voluntarista e subjetivo da atividade jurisdicional e abrindo “o conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes” (CANOTILHO, *op. cit.*: 667). Em suma, torna-o transparente à sociedade, de cuja vontade o órgão não é senão porta-voz.

O CPP guarda condenável silêncio sobre esse ponto da mais alta relevância e perde a oportunidade de corrigir erro histórico da jurisprudência do STF: de há muito, os Ministros entendem que o ato de recebimento da denúncia ou queixa não necessita de fundamentação. Exceção feita àquelas hipóteses a cujo respeito a lei exige explicitamente a fundamentação (Lei n. 8.038/90, procedimento especial relativo a crimes de responsabilidade de servidores, etc):

EMENTA: I. STF: Habeas corpus: competência originária. “É da jurisprudência consolidada no STF que lhe compete conhecer originariamente do habeas corpus, se o Tribunal inferior, em recurso da defesa, manteve a condenação do paciente, ainda que sem decidir explicitamente dos fundamentos da subsequente impetração da ordem: na apelação do réu, salvo limitação explícita quando da interposição, toda a causa se devolve ao conhecimento do Tribunal competente, que não está adstrito às razões aventadas pelo recorrente” (HC 70.497, Pertence, Pleno, 25.8.93, RTJ 152/553). Também a apelação da defesa à Turma Recursal, regra geral, como no caso, possui devolutividade ampla.

II. Denúncia: recebimento: assente a jurisprudência do STF em que, regra geral - da qual o caso não constitui exceção -, “o despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de “decisão”, como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação - art. 394 do C.P.P.; a fundamentação é exigida, apenas, quando o juiz

rejeita a denúncia ou a queixa - art. 516 do C.P.P., aliás, único caso em que cabe recurso - art. 581, do C.P.P.” (v.g. HHCC 72.286, 2ª T., Maurício Corrêa, DJ 16.2.96; 70.763, 1ª T., Celso de Mello, DJ 23.9.94).

III. Suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89): inadmissibilidade, quando o acusado esteja sendo processado ou já tiver sido condenado por outro crime.

IV. Juizado especial criminal: exame de corpo de delito: suprimento. O art. 77, § 1º, da L. 9.099/95 admite, no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, o suprimento do exame de corpo de delito pelo boletim médico ou prova equivalente.

V. Juizado especial criminal: crime de lesões corporais simples: direito de representação exercido tempestivamente.

(HC 86.248/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, T1, 08.11.2005, DJ 02.12.2005, p. 13)

A fundamentação constitui *pressuposto formal positivo da validade* de todo e qualquer ato jurisdicional provido de carga decisória² e emanado de Magistrado togado³. Em nosso direito, a exigência de motivação está prevista na Constituição (CRFB 93 IX⁴), o que levou o próprio STF a considerá-la – olhos postos na lição de **CANOTILHO** (op. cit.: 667) – mais que *“pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário”*⁵, um verdadeiro *princípio constitucional*⁶.

Se for assim, como entender a suspensão episódica do dever de

2 É irrelevante o nome que se lhe dê: sentença, decisão ou decisão monocrática, acórdão, ou mesmo despacho. Determinante será a aptidão para projetar efeitos na esfera jurídica de terceiros (carga decisória). O STF só estende o imperativo de fundamentação à decisão de recebimento da inicial, quando a lei o ordena: julgamento de competência originária dos Tribunais, procedimentos especiais por crime funcional ou entorpecentes. Nos demais casos, só o não recebimento ou rejeição teria de ser motivado (HC 86.248/MT, T1, 08.11.2005, DJ 02.12.2005; HC 72.286, T2, DJ 16.2.96; HC 70.763, T1, DJ 23.9.1994). Com razão, encontram-se severas críticas na literatura (FERNANDES, 2000: 121).

3 Ficam de fora os votos proferidos por jurados, no procedimento do júri, devido à garantia constitucional de sigilo (CRFB 5º XXXVIII b) (FERNANDES, 2000: 121).

4 “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. A referência ao Poder Judiciário exclui o voto dos senadores nos processos por crime de responsabilidade (CRFB 52).

5 HC 80.892/RJ, T2, 16.10.2001, DJE 147 22.11.2007.

6 “[...] Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente” (ADIn 3.112/DF, pleno, 02.05.2007, DJE 131 25.10.2007). Trata-se de equívoco: princípio reitor é o justo processo legal (due process of law), do qual a exigência de fundamentação (norma-regra) deriva. A melhor prova é que esse concretiza aquele, exercendo papel típico de regra.

fundamentar, em se tratando de recebimento da inicial no processo penal? Por qualquer prisma, isso atenta claramente contra a Constituição da República, cujo art. 93 ordena a fundamentação de *todas as decisões* proferidas por órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

• • *Redação do inciso dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*

Não seria possível negar ao ato *natureza decisória*? Não: o ato de recebimento da denúncia ou queixa reflete juízo positivo de admissibilidade de demanda, cuja construção requer cuidadosa análise da presença dos pressupostos processuais positivos e da ausência dos pressupostos processuais negativos, da concorrência das condições para o exercício da ação (= *requisitos para a emissão de um provimento final*) e, finalmente, da existência de base empírica idônea apta a sustentar a acusação. Um ato de conteúdo tão complexo jamais poderia ser reduzido à natureza menor de um despacho: trata-se de legítima decisão judicial em sentido estrito, ou seja, ato judicial cujos efeitos repercutem diretamente sobre a situação processual das partes. É ato invasivo, provido de forte carga decisória, capaz de gerar sérios embaraços e, em casos extremos, arruinar a vida de uma pessoa⁷.

O vazo de receber denúncia com “carimbo” ou “etiqueta” ou por meio da invocação de fórmulas quase cabalísticas além de violar a Constituição põe em risco uma infinidade de processos: basta uma reviravolta da jurisprudência do STF para que todo o trabalho de anos a fio seja atirado ao lixo. *Improável*? Não, houve várias nos últimos anos. É sempre possível que

⁷ Aos desavisados, pode parecer exagero. Mas basta pensar num estudante cuja vida recente tenha sido inteiramente dirigida à participação em concurso público. Alguém acha que uma pessoa que tenha contra si denúncia criminal aceita será admitida numa seleção para a Magistratura ou Ministério Público?

a Corte minimize as consequências de uma mudança drástica, recorrendo à modulação temporal dos efeitos da decisão. Mas isso é brincar com a sorte.

A fundamentação oferece ainda benefícios inesperados: embora a decisão de recebimento seja irrecorrível – *lembramos que a rejeição pode ser impugnada por meio de recurso em sentido restrito* –, o *habeas corpus* foi tão banalizado que hoje ostenta natureza tipicamente recursal. *Só por um prisma formal será lícito afirmar que se ainda se trata de meio impugnativo autônomo.* Um texto sólido, bem redigido – ainda que sucinto – poupa trabalho à instância revisora, desencoraja a concessão de liminar *parte inaudita altera*, alivia a pressão sobre juízo *a quo* – cujo único esforço será o de remeter à decisão –, dificulta a vida de defesas mal-intencionadas e orienta o juiz na produção das provas, assinalando os elementos informativos ou provas antecipadas que deverão ser explorados pelas partes a fim de influir na formação do convencimento judicial.

2. O SURSIS PROCESSUAL

2. 1. Disciplina e relação com o recebimento da denúncia

A suspensão condicional do processo tem sua sede normativa no art. 89 da Lei n. 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Mais uma vez, o açodamento da reforma se faz evidente. Não há uma mísera palavra dedicada à suspensão condicional do processo, nos artigos que cuidam da instrução criminal (CPP 396/405). Daí surgem as inevitáveis dúvidas:

a) O juiz deverá marcar audiência para colher a manifestação do acusado sobre a proposta do *sursis*, antes de determinar-lhe a citação? Ou poderá mandar citá-lo para que responda por escrito à acusação e à proposta, simultaneamente (aplicação do *princípio da eventualidade*)?

b) Caso se entenda que o juiz deva marcar a audiência, o réu será *citado* ou *intimado*? E, recusada a proposta, o juiz poderá dar por ciente o réu em audiência para oferecimento de resposta à acusação, correndo daí o prazo de 10 dias? Essa ciência constitui citação ou intimação?

c) Alternativamente, é possível que o juiz deixe de aprazar audiência, preferindo intimar o réu para manifestar-se por escrito? (Essa intimação não se confunde com a citação para resposta)

d) Caso se entenda (com relação ao item b) que o réu deverá manifestar-se sobre a proposta de *sursis* por escrito, na resposta à acusação, e ele a aceite, deverá o juiz designar audiência específica para formalizar a suspensão, terá por suficiente a manifestação escrita, decidindo de pronto, ou aguardará a audiência de instrução?

Observe-se que o juiz terá de estruturar uma disciplina própria para suprir as lacunas do CPP. O Workshop da Escola da Magistratura Federal da 4ª Região sugeriu a realização de audiência específica, adiando a ordem de apresentação da resposta escrita à acusação:

TRF/4: 11. Após recebida a denúncia, deverá o réu ser citado e intimado para a audiência de oferecimento do sursis processual, quando cabível, e, caso não aceite a proposta, será no ato intimado o réu para apresentação da resposta.

Esse ponto de vista tem o grande mérito de economizar recursos e evitar transtornos à vida das pessoas. Imaginemos que o juiz receba a denúncia, rejeite os argumentos da resposta escrita e, só então, designe a audiência que servirá tanto para a colheita da manifestação quanto à suspensão oferecida quanto para, no caso de recusa, produção de prova testemunhal, interrogatório, alegações finais orais. Ao abrir a audiência, a defesa expressa a aceitação da proposta de *sursis*. E as testemunhas que foram intimadas, faltaram ao trabalho ou simplesmente perderam o dia, sentadas no corredor?

A nosso ver, a ordem a seguir será a seguinte:

a) o juiz deverá receber a denúncia *fundamentadamente* e marcar audiência para colher a manifestação do acusado sobre a proposta do *sursis*. Ao contrário do que preconiza o enunciado 11 da EMARF/4, não será o caso de *citar* e *intimar*, mas só de *intimar*, pois o réu não será chamado a defender-se, e sim a dizer se concorda ou não com a oferta ministerial – *cuja aceitação não implica confissão de culpa*.

aa) a experiência prática aconselha a designação da audiência, pois o juiz poderá lidar diretamente com os envolvidos, elucidando obscuridades, “negociando” os termos do acordo, explicando os possíveis desdobramentos do processo. Mas o ato não é indispensável. Em se tratando de acusados

de crimes de colarinho branco ou financeiros, é perfeitamente possível que a manifestação quanto à proposta seja colhida por escrito. O juiz mandaria intimar o réu para que, em prazo razoável, dissesse se concorda ou não com os termos. É imaginação supor que um acusado abastado ou assistido por grandes escritórios precise comparecer à Vara para decidir-se quanto à suspensão. Existe pelo menos um precedente da Corte Especial do STJ dispensando a realização de audiência para homologação de acordo suspendendo o andamento do processo (AP 227/RJ).

ab) menos recomendável, mas não impossível – *à falta de disciplina legal* – é a ordem de citação para resposta escrita à acusação e à proposta, simultaneamente (aplicação do *princípio da eventualidade*). Deve guardar-se essa possibilidade para grupos peculiares de casos. Talvez funcione bem num processo multitudinário. Ganha-se tempo, é verdade. Mas fora daí não há muitas vantagens.

b) ao recusar a proposta, o réu será *citado* para apresentar resposta escrita à acusação, no prazo de 10 dias. Caso tenha havido audiência, a partir dela correrá o prazo. Sendo dispensada, o prazo começará a contar da data do cumprimento do mandado de citação. Como foi dito acima, mais apropriada aqui é a citação, e não a intimação, como propõe a EMARF/4.

2. 2. Posição do STF

2. 2. 1. Posição das Turmas

Inicialmente as Turmas do Supremo se dividiram. Em alguns precedentes, entendeu-se que o juiz não deveria condicionar a rejeição da denúncia à recusa à oferta do *sursis*. Em outras palavras: havendo razão para “não receber” ou “rejeitar” a denúncia, deveria o juiz indeferir a inicial, ainda que oferecida a proposta de suspensão condicional do processo. Para que essa se tornasse cabível, seria imprescindível o recebimento da denúncia – o que pressuporia juízo positivo quanto à sua idoneidade formal e material.

Assim, em acórdão de 2002, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: Suspensão condicional do processo e recebimento ou não da denúncia.

1. O recebimento ou não da denúncia deve preceder à audiência do réu e à deliberação judicial sobre a suspensão condicional do processo, que ficarão prejudicadas se rejeitada a inicial acusatória.

2. Não cabe cogitar de suspensão condicional do processo, antes da instauração deste, que só ocorre com o recebimento da denúncia.

(HC 81.968/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, T1, 18.06.2002, DJU 02.08.2002)

Lê-se do voto do relator:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (Relator): Houvesse a inversão na ordem do procedimento no recebimento da denúncia antes da audiência de proposta e deliberação sobre a suspensão condicional do processo, evidente o interesse do paciente na decretação da nulidade, pois, da conseqüente nulidade da decisão que recebeu a inicial, adviria a extinção da punibilidade.

Mas, na questão de fundo, improcede a alegação de nulidade.

Enfrentei-a recentemente, com o respaldo da Turma, no HC 81720, 26.03.02 (Inf. STF 262), quando acentuei:

“Não há precedência necessária da decisão sobre a suspensão condicional do processo ao recebimento da denúncia, ou, se o caso, da queixa: no procedimento previsto na L. 9.099/95 – quando proposta a suspensão pelo autor na inicial acusatória, normalmente, as decisões estariam contidas no mesmo ato.

Recorde-se o texto da Lei:

(...)

É manifesto que não se cogitará da suspensão do processo, quando rejeitada a denúncia ou a queixa: dispensa demonstração que não se suspende o processo cuja instauração liminarmente se julgue inviável.

De qualquer sorte, esse é o procedimento para quando a proposta é oferecida no ato da propositura da ação penal.”

A necessária precedência do recebimento da denúncia às tratativas e à decisão sobre a suspensão condicional do processo é ainda mais evidente na hipótese ocorrente neste caso, onde o Promotor, ao oferecer a denúncia, requereu que se juntassem folhas de

antecedentes e certidões “para eventual proposta” (de suspensão condicional do processo), “nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95”.

É irrelevante que, logo em seguida, na mesma cota, haja o agente do Ministério Público requerido o recebimento da denúncia e a citação dos denunciados, caso não se aplicasse à espécie o texto legal referido.

O equívoco do órgão da acusação não elide a ponderação óbvia de que a decisão sobre o recebimento da denúncia há de preceder a suspensão – já proposto ou pela eventual proposta da qual proteste o MP – dado que, se for o caso, e tornará sem objeto a cogitação do sursis processual.

Convencido, assim, do acerto do procedente, indefiro o habeas corpus: é o meu voto.

Também assim nos autos do HC 88.393:

EMENTA: 1. AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de garrafa de vinho estimada em vinte reais. Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Extinção do processo. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e conseqüente inexistência de justa causa.

2. AÇÃO PENAL. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Ação penal destituída de justa causa. Conduta atípica. Aplicação do princípio da insignificância. Trancamento da ação em habeas corpus. Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada.

(HC 88.393/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, T2, 03.04.2007, DJ 08.06.2007)

Disse o relator:

A suspensão condicional do processo pressupõe juízo positivo acerca da tipicidade da conduta, ao qual se procede no ato de recebimento da denúncia e, pois, antes da formulação, ao acusado, de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/95.

Ocorre que, sendo atípica a conduta, em razão da insignificância, a denúncia, a bem da verdade, deveria ter sido rejeitada, nos termos do art. 43, inc. I, do Código de Processo Penal, não havendo, portanto, excogitar segunda fase da persecução penal, nem tampouco suspender-lhe o curso.

2. 2. 2. Posição do Tribunal Pleno

Em 2009, a questão foi submetida à deliberação do Tribunal Pleno, em questão de ordem nos autos da Petição 3.898/DF. Tratava-se de denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República em face, entre outros, do ex-Ministro da Fazenda Antônio Palloci:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/95. OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO DENUNCIADO. PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA AMPLA DEFESA.

Diante da formulação de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, o denunciado tem o direito de aguardar a fase de recebimento da denúncia, para declarar se a aceita ou não. A suspensão condicional do processo, embora traga ínsita a idéia de benefício ao denunciado, que se vê afastado da ação penal mediante o cumprimento de certas condições, não deixa de representar constrangimento, caracterizado pela necessidade de submeter-se a condições que, viesse a ser exonerado da acusação, não lhe seriam impostas. Diante da apresentação da acusação pelo Parquet, a interpretação legal que melhor se coaduna com o princípio da presunção de inocência e a garantia da ampla defesa é a que permite ao denunciado decidir se aceita a proposta após o eventual decreto de recebimento da denúncia e do conseqüente reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da aptidão da peça acusatória e da existência de justa causa para a ação penal. Questão de ordem que se resolve no sentido de permitir a manifestação dos denunciados, quanto à proposta de suspensão condicional do processo, após o eventual recebimento da denúncia.

QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL PELA VÍTIMA.

Antes do recebimento da denúncia, à falta de previsão legal, não se admite pedido de sustentação oral pela vítima, ainda que na qualidade de assistente da acusação.

INQUÉRITO PENAL ORIGINÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DENÚNCIA. CARACTERÍSTICAS E MODALIDADES DO TIPO PENAL. EXAME DA JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AOS DENUNCIADOS QUE NÃO DETÊM PRERROGATIVA DE FORO. LIGAÇÃO ESTREITA ENTRE AS CONDUTAS.

1. O impreciso núcleo do tipo penal da quebra de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar 105/2001) concretiza-se tanto através ação de obter acesso indevido a dados sigilosos – intrusão, como pela ação de revelar a terceiros, de forma indevida, os dados a que o agente teve acesso legítimo.

2. Na modalidade de intrusão, o crime classifica-se como comum, podendo ter como agente qualquer pessoa, salvo a que, por força de sua atividade profissional, tenha natural direito de acesso; na modalidade de revelação, o crime é próprio, só podendo ser praticado por aquele que detenha legitimamente a informação.

3. A participação em crime próprio é admitida, sendo, porém, indispensável adesão subjetiva, identidade de desígnios entre participe e autor, não bastando o nexa causal.

4. Inexistência, quanto ao denunciado com prerrogativa de foro, de elementos comprobatórios da autoria mediata ou direta do crime de quebra de sigilo, na modalidade de intrusão, e da sua participação na conduta que resultou na revelação, a si próprio, de documentos cobertos pelo sigilo bancário.

5. O Ministro da Fazenda e seu assessor de imprensa não figuram dentre os agentes integrantes da cadeia de pessoas autorizadas, em lei ou regulamento, a conhecer, por transferência, dados cobertos pelo sigilo bancário.

6. Existência de base empírica para a configuração de justa causa para a ação penal em relação ao então Presidente da Caixa Econômica Federal. Embora tendo a posse legítima de informações acobertadas pelo sigilo bancário, o denunciado as revelou indevidamente ao então Ministro da Fazenda, pessoa não autorizada a conhecê-las.

7. Estando absolutamente imbricadas as condutas atribuídas pelo Ministério Público aos denunciados, que, à data dos fatos, exerciam as funções de Presidente da Caixa Econômica Federal, Ministro da Fazenda e assessor de comunicação do mesmo Ministério, o reconhecimento da ausência de justa causa em relação ao Ministro, ora Deputado Federal, portanto detentor de prerrogativa de foro,

não impede a decisão por esta Corte sobre a possibilidade de recebimento da denúncia em relação aos demais, especialmente porque a avaliação e classificação das respectivas condutas exige o exame de toda o desdobramento fático.

8. Denúncia rejeitada em relação ao ex-Ministro da Fazenda e assessor de imprensa do mesmo Ministério e recebida quanto ao então Presidente da Caixa Econômica Federal.

(Pet. 3.898/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, 27.08.2009, DJE 17.12.2009)

O acolhimento da questão de ordem foi assim sumariado:

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu questão de ordem suscitada pelo Presidente e deliberou que a proposta de transação penal, formulada pelo Ministério Público Federal, deverá ser apreciada pelos acusados somente após o recebimento da denúncia, vencidos os Senhores Ministros Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello. O Tribunal rejeitou o pedido de sustentação oral da vítima, como assistente, antes do recebimento da denúncia, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o acolhia. Por votação majoritária, o Tribunal rejeitou a denúncia contra o acusado Antonio Palocci Filho, vencidos os Senhores Ministros Cármen Lúcia, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. O Tribunal recebeu a denúncia contra o acusado Jorge Eduardo Levi Mattoso e determinou a remessa dos autos ao juízo de primeiro grau para o prosseguimento da ação penal, com ressalva do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que se julgava incompetente. Por votação majoritária, o Tribunal rejeitou a denúncia contra o acusado Marcelo Amorim Netto, vencidos os Senhores Ministros Cármen Lúcia, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, com as ressalvas dos votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio, que se julgavam incompetentes. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos; pelo requerido, Antônio Palocci Filho, Dr. José Roberto Batochio; pelo requerido, Jorge Eduardo Levi Mattoso, Dr. Alberto Zacharias Toron e, pelo requerido, Marcelo Amorim Netto, Dr. Luiz Eduardo Sá Roriz. Plenário, 27.08.2009.

Em seu voto, o relator propõe substituir a interpretação literal do art. 89 da Lei n. 9.099/95 por uma interpretação sistemática e teleológica, ressaltando a incongruência de o órgão jurisdicional – colegiado ou monocrático – admitir o oferecimento de proposta de suspensão

condicional do processo diante de denúncia inepta ou à vista da manifesta inviabilidade do processo por outra causa qualquer:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (Relator): A primeira matéria a ser enfrentada por esta Corte reside em situar o momento correto para que o denunciado e sua defesa manifestem formalmente eventual aceitação da proposta ministerial de suspensão do processo, cabendo analisar o entendimento, trazido ao debate pelos defensores de MAN e JELM, de que a providência somente seria cabível após eventual recebimento da denúncia.

O posicionamento do Plenário sobre o assunto mostra-se de suma importância, na medida em que, caso se conclua pela obrigatoriedade de prévia manifestação do denunciado antes de analisada a denúncia, rejeitando-se com isso o pleito defensivo, o exame da inicial acusatória não poderá ser feito nesta oportunidade, devendo-se abrir aos indiciados nova oportunidade de opção.

Por isso entendi pertinente provocar o debate em questão de ordem, preliminarmente ao exame da denúncia, por constatar que o assunto ainda não foi devidamente debatido em Plenário, observando que, em julgamentos pretéritos, que culminaram com o recebimento da exordial e a suspensão do processo, já se contava com a prévia concordância do denunciado, o que, conforme já exposto, não se verifica no caso em análise.

Com efeito, nos autos do INQ n. 2.170/DF, relatado pelo Ministro Carlos Britto, o eminente relator tomou a mesma providência adotada nestes autos, ou seja, à vista da proposta de suspensão condicional do processo, intimou o denunciado a manifestar-se a respeito, externando sua aceitação. Posteriormente, em sessão de julgamento, o Plenário decidiu receber a denúncia e, ato contínuo, suspender o processo.

Igual proceder observou-se nos autos da AP n. 363/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, tendo o denunciado também manifestado prévia aceitação, sobrevivendo daí a sessão plenária que decidiu pelo recebimento da inicial acusatória e pela suspensão do feito.

Entretanto, no caso em análise, os defensores de MAN e JELM externam posição de descabimento de aceitação ou rejeição da proposta suspensiva antes de efetivamente recebida a denúncia.

Para tanto, argumentam que o procedimento suspensivo, na forma tratada pelo § 1º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, não tem aplicabilidade

no rito especial da Lei n. 9.099/95, sob pena de inversão do exercício do direito de defesa. Também, afirmam que o processo somente poderia ser suspenso depois de instaurada a instância penal, o que se daria apenas quando recebida a denúncia.

Dispõe o art. 89 da Lei n. 9.099/95, com especial destaque em seus §§ 1º e 7º:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

(...)

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Da leitura dos dispositivos legais que regem a matéria, apreende-se, em mera interpretação literal, que a formalização do ato suspensivo deveria, sempre e sempre, preceder a análise da denúncia pelo órgão julgador, conclusão possível pelos exatos termos do § 1º do art. 89, indicando que “aceita a proposta (...) na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo...”.

É dizer: deveria o denunciado aceitar a proposta para que, então, a denúncia fosse recebida e o processo suspenso, nada devendo o juiz considerar, nessa situação quanto à efetiva existência de justa causa para a ação penal obstada pelo acordo, ou, quando muito cabendo fazê-lo a posteriori:

De outro lado, caso recusada a proposta pelo denunciado, determina o §7º do art. 89 que “(...) o processo prosseguirá em seus ulteriores termos”, permitindo concluir-se que, nesse momento, tocaria ao magistrado analisar detidamente a denúncia, podendo até mesmo rejeitá-la.

A pergunta que se coloca, de grande relevância indicativa da insuficiência do critério literal para o deslinde da questão, é se estaria o denunciado obrigado a manifestar-se sobre proposta de suspensão do processo formulada pelo Ministério Público, aceitando-a ou não, antes mesmo de ver analisados argumentos de inépcia da denúncia que embasa o acordo ou flagrante falta de justa causa para a ação penal.

Essa insuficiência interpretativa também foi detectada por Luiz Flávio Gomes, que afirma:

Lendo-se atentamente o disposto no art. 89, §1º, da Lei n. 9.099/95, chega-se à inequívoca conclusão de que o recebimento da denúncia é pressuposto da suspensão condicional do processo. O juiz, diz o texto legal, “recebendo a denúncia”, poderá suspender o processo. Pela ordem legal, primeiro marcar-se a audiência de conciliação, ouve-se o acusado, celebra-se a transação, para depois o juiz examinar a viabilidade da denúncia. Com a devida vênia, o juízo de admissibilidade da denúncia, exigido pela lei, deve anteceder à designação da audiência de conciliação. (Suspensão Condicional do Processo Penal, São Paulo, RT, 1995, p. 177).

Diversos são os precedentes do Supremo Tribunal Federal que tratam da questão apenas sob o ponto de vista da admissibilidade de habeas corpus, em ordem a atacar a denúncia que deu ensejo à proposta suspensiva do processo aceita pelo denunciado. Confira-se, exemplificativamente:

[Transcrevem-se as ementas do RHC 82.365 e do HC 85.747]

Vê-se que os excertos transcritos afirmam o cabimento do writ, permitindo seja a denúncia questionada mesmo depois de formalizado o termo de acordo de suspensão do processo, dando a ideia de que esse exame deve ser feito pela instância superior àquela que homologou o pacto.

No caso concreto, entretanto, trata-se de denúncia oferecida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal para, no exercício de sua competência originária, julgar ação penal cujo réu dispõe de foro por prerrogativa de função, o que, evidentemente, afasta a possibilidade de impetração de habeas corpus depois de formalizado o acordo.

Em tal situação, uma vez adotado o entendimento assente na Corte, não restaria alternativa, devendo o Plenário proceder à análise da inicial acusatória, aquilatando eventual inépcia ou falta de justa causa e efetivamente recebendo a denúncia, providência que dará ensejo

ao ato seguinte, consistente na colheita da concordância, ou não, dos denunciados e de seus defensores quanto à proposta suspensiva.

Nesse sentido, prossegue Luiz Flávio Gomes:

*Uma vez oferecida a denúncia (bem como formulada a proposta de suspensão do processo), ao juiz cabe examinar sua pertinência jurídica desde logo, antes da designação da audiência de conciliação. Deve valer-se do disposto no art. 43 do CPP para rejeitá-la quando: "a) o fato narrado evidentemente não constituir crime; b) já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; c) for manifesta a ilegitimidade da parte ou falta de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal". Dentre as condições da ação está o interesse de agir que, no âmbito do processo penal, consiste na seriedade do pedido formulado, isto é, na existência de *fumus boni iuris* (...).*

*Se o juiz percebe, desde logo, que irá rejeitar a denúncia, principalmente quando não conta com base mínima probatória que lhe dê suporte, por economia processual (que é princípio informante do modelo consensual de Justiça criminal – cfr. o art. 2º), nos parece muito evidente que deve imediatamente tomar tal providência (*ex officio*). Nenhum outro ato processual deverá praticar, mesmo porque é pressuposto da suspensão do processo a existência de uma imputação séria e que conte com viabilidade ou plausibilidade jurídica. Na eventualidade de que o juiz não rejeite a denúncia *ab initio*, tendo em vista a informalidade, a imediatidade, a oralidade, economia processual e outros princípios, nada impede que o acusado, pelo seu defensor, em lugar de aceitar a proposta de suspensão do processo, faça a arguição (oral mesmo) da inviabilidade da peça acusatória. E cabe ao juiz decidir tudo na hora. De qualquer modo, a rejeição (ou não rejeição) da denúncia ensejará o controle recursal (CPP, art. 581, I, ou *habeas corpus*). (op. cit., p. 177).*

A suspensão condicional do processo, embora traga ínsita em seu conceito a ideia de benefício ao denunciado, permitindo-lhe ver-se afastado da ação penal mediante cumprimento de certas condições – grosso modo mais leves do que a pena a que estaria sujeito caso condenado -, não deixa de representar, de outro lado, um constrangimento à sua pessoa.

Esse constrangimento caracteriza-se, exatamente, pela necessidade de cumprir obrigações alternativas que lhe são impostas por longo

período, variável entre dois a (sic) quatro anos, interregno em que, não bastassem as tarefas, restrições ou dispêndios a que submetido, sempre ostentará a qualidade de réu em ação penal.

Também cabe considerar que a simples hipótese de ver-se envolvido em outro processo por crime diverso, no curso do prazo assinado, necessariamente levará à revogação do benefício, o que também ocorrerá caso se trate de simples contravenção, conforme o entendimento do magistrado, em qualquer caso sem mínima possibilidade de exame de sua efetiva culpabilidade.

Não é difícil imaginar, assim, o dilema a que estaria submetida qualquer pessoa contra quem se apresentasse denúncia absolutamente inválida, totalmente imprestável ao início de uma ação penal, caso se entenda que a manifestação do denunciado deve preceder ao exame da denúncia.

Em tal hipótese, não obstante a plena convicção da insubsistência da peça inaugural do processo-crime, seja por inépcia ou por ausência de mínimo substrato fático, restaria o denunciado constrangido a aceitar a proposta suspensiva, pois, caso contrário, possível entendimento diverso do órgão julgador faria com que a inicial fosse recebida e o processo iniciado, sem nova possibilidade de aceitar o acordo proposto pela parte acusatória, tudo a traduzir verdadeiro jogo de prognósticos que não se coaduna com o princípio garantidor da ampla defesa, inserto no inciso IV do art. 5º da Constituição Federal e, até mesmo, do estado de inocência, tratado no inciso LVII do mesmo artigo.

Importante frisar que tal situação, de ordem prática quanto à correta aplicação do §1º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, não se verifica apenas no rito especial da Lei n. 8.038/90, dizendo, na verdade, com todas as ações penais, nos diversos graus de jurisdição.

Embora tratando a matéria sob enfoque diverso, convém transcrever o seguinte precedente de 1ª Turma desta Corte, indicativo da mesma solução que aqui se propõe:

[Transcreve-se a ementa do HC 81.720]

Com efeito, embora caiba reconhecer as dificuldades que teria o Plenário do STF, ou do STJ, de colher a manifestação do denunciado quanto à proposta de suspensão e, no mesmo ato, decidir a respeito da validade da denúncia, situação que também se estende à competência originária dos Tribunais Regionais Federais e de Justiça,

é certo que a necessidade de se garantir a ampla defesa, conquanto imperativo de nível superior ao aspecto meramente procedimental, também se aplica no recebimento de denúncias e na suspensão condicional em processos de competência dos juízos de primeiro grau, ante a identidade de causas e efeitos.

Assim, tenho que constitui direito do denunciado obter do órgão julgador, monocrático ou colegiado, a manifestação prévia sobre a necessária existência de justa causa para a ação penal, daí nascendo, caso o juízo de delibação resulte positivo, a oportunidade de optar o réu entre a suspensão ou o processamento. Com isso, evita-se, como já exposto, que o denunciado sofra indevido constrangimento, causado pela obrigatoriedade de manifestar concordância ou discordância com a proposta do Ministério Público, antes mesmo de saber da validade da inicial acusatória, o que poderia redundar no recebimento da denúncia inepta ou sem base empírica nos autos a justificar o ato.

Por isso, proponho a presente questão de ordem para que o Plenário passe ao exame da denúncia e, caso decida pelo recebimento, seja aberta vista às partes pela relatoria, para manifestação quanto à proposta de suspensão condicional do processo.

O primeiro voto divergente veio da Ministra Ellen Gracie e tem como cerne a praticidade que a colheita do assentimento do réu traria à dinâmica do processo:

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Senhor Presidente, eu tenho certa dificuldade nessa matéria, porque verifico que o Tribunal tem posições diversas. Pelo menos, foi o que me pareceu no Inquérito n. 2.170, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Assentou a Casa naquele feito que, recebida a denúncia, caso aceita a proposta do Ministério Público, suspende-se o processo. Portanto, seria a proposição de Vossa Excelência.

Já no HC n. 86.007, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu-se que a conciliação pré-processual fica preclusa com o recebimento da denúncia, desde que, evidentemente, esse recebimento se faça sem protesto da defesa, por não ter sido oportunizada a escolha.

Portanto, eu creio que o objetivo do instituto é, justamente, propiciar a definição, pelo acusado, antes, ainda, do recebimento da denúncia. Entre as duas posições – com vênia do Ministro Carlos Ayres Britto

- eu me filio a essa jurisprudência mais antiga, para que o acusado manifeste-se se pretende enfrentar o processo em toda sua extensão - inclusive nessa fase inicial de recebimento -, antes, ainda, de que o Tribunal ou o juízo tenha oportunidade de fazê-lo.

Eu divirjo de Vossa Excelência.

A síntese mais elucidativa está no voto do Ministro Cezar Peluso, e se estrutura sobre a base de dois vetores: i) a ilogicidade de um processo natimorto que surte efeitos potencialmente prejudiciais ao réu; ii) a prevalência de um critério interpretativo *favor rei*:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite?

Acho que aí também está envolvido um problema conceitual, no qual parece difícil conceber suspensão de processo que não existe ou é teoricamente inviável. A finalidade do instituto é exatamente permitir o não prosseguimento de processo inviável. Se o processo for a priori inviável, não há necessidade de mais nada.

[...]

A mim me parece fundamental, com o devido respeito, a interpretação. Em matéria penal, a interpretação é sempre favor rei, sempre favor rei. Ora, não se pode chegar à conclusão de que a melhor interpretação é aquela que possibilita a existência de constrangimento que eventualmente pode ser ilegal, quando, por outro mecanismo, se pode evitar que o réu seja submetido a uma ação penal. Noutras palavras, a mim me parece, com o devido respeito, que a melhor interpretação, em favor do réu, é esta: primeiro, o Estado emite juízo de viabilidade da ação penal e, depois, discute-se se o processo deve ou não deve ser...

O ponto nevrálgico a fixar é justamente este: a admissão da demanda subordina a decisão sobre o cabimento do *sursis* processual. Rejeitada a inicial acusatória, a proposta sequer deverá ser feita. Por comodidade, muitas vezes a proposta de suspensão é oferecida, antes que o juiz se detenha com mais vagar sobre os termos da inicial. Esse expediente deve ser banido da prática forense.

Três anos depois, o Tribunal Pleno ratificou esse entendimento, ao receber denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República:

DENÚNCIA – RECEBIMENTO. Atendidos os preceitos dos artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal, cumpre receber a denúncia, viabilizando-se a atuação do Ministério Público em prol da sociedade.

(Inq 3198, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 20-08-2012 PUBLIC 21-08-2012)

Disse o relator:

O Ministério Público atendeu, nesta etapa, aos requisitos versados em lei: descrição do fato criminoso com todas as circunstâncias, individualização da conduta do indiciado e existência de justa causa, aspectos aptos a viabilizar a atuação em defesa do erário e da sociedade, de um lado, e o exercício do contraditório e da ampla defesa, de outro.

Ante o quadro, recebo a denúncia considerado o crime do artigo 299 do Código Eleitoral e determino o envio do processo ao Ministério Público, para a análise relativa a possível suspensão condicional, consoante previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099, de 1995.

3. CONCLUSÃO

A Reforma de 2008 não esteve nem está à altura do desafio que se propôs. Se é verdade que aperfeiçoa alguns institutos, não é menos certo que omite a disciplina de tópicos relevantes, desobedece às orientações clássicas de clareza e objetividade, ignora a noção de sistema e as repercussões que modificações pontuais geram nele, fracassa no ideal de concretizar e fortalecer o direito constitucional à ampla defesa, faz leitura apressada do princípio da duração razoável do processo, passa por cima de contribuições doutrinárias relevantes, cria sérios obstáculos à tramitação escrupulosa dos processos e convida todo tipo de defesa à sementeira de nulidades. O destino da reforma é ser reformada.

A desafortunada disciplina dos atos processuais de delibação da inicial acusatória e a gritante omissão quanto à suspensão condicional do processo – *figura jurídica da mais elevada importância no moderno sistema processual brasileiro* – constituem exemplo eloquente da atecnia do legislador. Dentro do espaço de possibilidades interpretativas, a

menos ruim é a sustentada no texto: i) recebimento da inicial acusatória; ii) oferecimento de proposta de *sursis* processual; iii) em caso de recusa, citação para oferecer resposta à acusação. É ela que gera menos perplexidade e melhor permite conciliar os valores da Justiça (*Gerechtigkeit*) e da Verdade (*Wahrheit*), tais como concretizados na Constituição – aquilo que SALAS chama de “Deus hermenêutico do processo penal” (“*die Verfassung als hermeneutischer Gott des Strafverfahrens*”) (2005: 147).

4. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O Processo Criminal Brasileiro, v. II. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 183.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. Manual do Processo Penal. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JAUERNIG, Othmar. Zivilprozessrecht. 28 ed. München: C. H. Beck, 2003.

SALAS, Minor E. Kritik des strafprozessualen Denkens. München: C. H. Beck, 2005.

O OUIDOR, O CORREGEDOR E O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

André R. C. Fontes

Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Ao observarmos o desenrolar de uma sessão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em sua formação plenária, deparamo-nos com algumas das mais características disposições de um órgão colegiado, especialmente as que não permitem que fique algum de seus integrantes à margem dos debates. A corte se apresenta como um todo-único, sem hierarquia: sob a forma de arco, com a presidência, em posição proeminente, a ligar na curva, em seus dois “lados”, os componentes do tribunal. Nas palavras de um dos integrantes do órgão colegiado, no curso dos debates, obedece a bancada ao que poderíamos chamar de linhas curvas de uma grande ferradura, e que, dessa maneira, mantêm sempre cada membro com um adequado espaço, no seu campo de visão e de importância.

Sob uma ordem decrescente e alternada, de acordo com o critério da antiguidade, até chegar a cadeira da presidente, distribuem-se os magistrados em uma forma que mais revela um caminho de acesso ao centro, do que propriamente uma posição simples e estática de posicionamento dos membros do órgão, pois à medida que vagam os

cargos de provimento mais antigo, a eles sucedem os membros seguintes. E essa dinâmica aparece não somente no número da cadeira, mas, também, numa espécie de regra implícita de que aos recém-admitidos o uso da palavra dependerá de sua inclusão na ordem da disposição, e na sua condição de último do grupo.

A força e a influência de alguns dos magistrados devem-se, ao que parece, muito menos à posição em que se encontram, do que à sua aptidão de resolver os candentes problemas jurídicos que se apresentam, e na específica capacidade de um membro de convencer os demais, através do debate aberto e democrático. Uma vez acolhida a proposição, o lugar no grupo pouco parece ter importância, vencendo, assim, a regra jurídica da organização estrutural.

Os juízes federais convocados, que se posicionam na extremidade da “ferradura”, mantêm-se a ouvir e a apresentar seus votos, nas estritas ocasiões em que são instados a se pronunciarem pela presidência da corte. Os demais, aparteam seus colegas com uma desenvoltura quase inexplicável de receptividade e contraponto. Uma lei não escrita dá a esses juízes convocados uma tarefa das mais difíceis e delicadas num órgão jurisdicional: a de debater e contrapor os posicionamentos daqueles que, um dia, irão deliberar sobre a sua própria promoção. A verdade é que, antes de tudo, são juízes, e não nos parece que, ordinariamente, a condição convocatória tenha afetado suas respectivas capacidades de se convencerem e de julgarem, não obstante a delicada posição em que se encontram.

A despeito do número de 27 membros, tomou-se o número de 30 para se aferir o cálculo de 1/5 dos integrantes, que não são originários da magistratura de carreira. São os que ocupam as vagas destinadas ao quinto constitucional para advogados e membros do ministério público. Nesse contexto, no TRF da 2ª Região, seis desembargadores não são originários dos quadros de juízes de primeiro grau, mas, sim, dentre advogados, com mais de dez anos de advocacia e notório saber jurídico, e procuradores da república, também com mais de dez anos de carreira. Atualmente, dois dos cargos destinados aos advogados militantes estão vagos, ou seja, pendentos de preenchimento. E é nesse ambiente que se retoma o debate da verdadeira necessidade e da relevante função institucional do

quinto constitucional no quadro judiciário brasileiro, seja porque não se submeteram a um específico concurso para magistratura, nem passaram pelas agruras da carreira no primeiro grau de jurisdição, seja porque o novel Conselho Nacional de Justiça (o CNJ) já teria a função de dar o equilíbrio almejado entre a visão interna da magistratura e aquela externa, que os conselheiros do CNJ, de origens distintas, oferecem com sua legítima colaboração. O compromisso funcional do quinto constitucional, de arejar e dar novas perspectivas epistemológicas aos julgamentos, e dessa maneira, buscar o contínuo progresso dos órgãos jurisdicionais de segundo grau, no presente e no porvir, certamente constitui uma das mais importantes contribuições ao debate a respeito da permanência dessa peculiar forma de composição dos tribunais de todo o país.

O portador da voz executiva ou administrativa do tribunal é o presidente. Por dois anos foi eleita uma magistrada de carreira, que exercerá a gestão da corte pelo biênio de 2011-2013. Os outros dois cargos de cunho formalmente executivo são os de vice-presidente e corregedor. Não obstante suas funções específicas, integram o plenário do tribunal, e a eles poderão ser distribuídos feitos de natureza jurisdicional. O vice-presidente exerce função singular de processar todos os recursos endereçados aos tribunais superiores, nomeadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, e que tramitem pelo TRF, além da função de substituir, em sua ausência, a presidente. O corregedor tem a função principal de velar pela disciplina dos magistrados e promover procedimentos que constatem desvios de conduta, a serem encaminhados e julgados pelos integrantes do plenário, único órgão competente para o julgamento dessas faltas funcionais. Além disso, tem a tarefa de substituir o presidente e o vice, em suas ausências da sede do tribunal. O vice-presidente é também magistrado de carreira e o corregedor foi nomeado por meio do quinto constitucional, na vaga do Ministério Público Federal.

A estrutura composta por três órgãos executivos é complementada, tradicionalmente, com a eleição de um diretor da Escola da Magistratura, do diretor do Centro Cultural Justiça Federal e do coordenador dos Juizados Especiais. Esses três cargos não são originários, mas criados ao longo da existência do tribunal. A *Escola da Magistratura* foi instituída por decisão interna do tribunal, até tornar-se de existência impositiva, nos termos da Emenda Constitucional nº 45. O *Centro Cultural Justiça Federal*

é uma unidade criada para zelar pela integridade do antigo edifício do Supremo Tribunal Federal no Rio de Janeiro e de promover atividades culturais nas dependências daquela construção. Serve ela para interagir com a sociedade, ao levar a debate público alguns temas que constituem verdadeiras controvérsias ou tabus num país em desenvolvimento como, por exemplo, a prostituição, o racismo, a deficiência física e o regime jurídico do homossexualismo, dentre outros.

O presidente, o vice-presidente e o corregedor, ao lado de dois integrantes eleitos, integram o Conselho de Administração dos tribunais regionais federais, que julgará os recursos administrativos interpostos contra as decisões monocráticas de primeiro grau e aquelas proferidas pela presidência do tribunal. O *Conselho de Administração* invariavelmente aprecia, no plano administrativo, o que, no plano jurisdicional, será da competência do plenário, não obstante ser um fragmento do grupo de desembargadores componentes dele. O dado, entretanto, de maior importância é o de que o plenário exerce o controle jurisdicional dos atos administrativos do tribunal e, igualmente, do Conselho de Administração.

Os juizados especiais constituem um capítulo à parte nas tarefas impostas à justiça federal. Sua importância é tão clara, que sequer integram a sua estrutura judicial tradicional, e forma uma organização própria e distinta. Uma pesquisa haveria de ser realizada, porque os crescentes números, muitas vezes fantásticos, de julgamentos são obra desses incansáveis juizes dos juizados especiais federais, que julgam causas classificadas normalmente como de pequena monta. Sua importância é revelada com a indicação de um desembargador, também eleito para o biênio, que, sem prejuízo de suas atividades ordinárias como julgador, administrará a estrutura dessa justiça diferenciada.

O último órgão da estrutura do tribunal, com dignidade e a nobreza dos demais, é a *ouvidoria*. Sua criação, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, deve-se a uma orientação do Conselho Nacional de Justiça. Muito mais que um órgão de função técnica, a ouvidoria surge num ambiente de exaltação do papel democrático do diálogo e da transparência da corte, perante os jurisdicionados e de toda sociedade, com relação ao exercício da função jurisdicional confiada aos magistrados. Seguindo uma designação que remonta ao Brasil dos tempos coloniais, o ouvidor-regional

serve para o diálogo geral com a sociedade, por meio da interlocução com um de seus membros, em condições de se informar e tomar providências sobre os mais variados assuntos da atividade jurisdicional.

A existência do órgão provocou uma das maiores transformações nos vínculos entre o Tribunal e a sociedade. Trouxe, também, um questionamento sobre os limites de suas atribuições, tema que foi objeto da sessão plenária, realizada no dia 5 de julho de 2012. Naquela sessão, foram delineadas e delimitadas as bases da estrutura dessa nova organização da estrutura do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que constitui o núcleo deste texto.

Nessa sessão, a relatora do incidente lê o relatório que informa ter o corregedor reencaminhado ao ouvidor um expediente, no qual um advogado reclamava ter direito de receber o alvará de levantamento de importância devida ao seu cliente, resultante de sentença da ação que havia patrocinado. E sob o pálio de sua dignidade incontestada, afirmava poder, por ato próprio, retirar o mencionado alvará, pois a medida restritiva estabelecida pelo juiz significava uma desconfiança inata nos causídicos, que manuseiam o dinheiro de seus clientes. Sustentava que toda advocacia foi atingida pela recusa da entrega do documento, e que o juiz haveria de ser responsabilizado e adotadas as providências necessárias, seja pela ofensa à classe dos advogados, seja pelo desvio da legalidade no exercício do cargo de juiz federal.

Fez a referida relatora menção aos argumentos do ouvidor para suscitar o conflito de atribuições, porque o corregedor negava uma imediata necessidade de instaurar investigações, com fins disciplinares, por entender que naquele momento não estavam presentes os requisitos da prática de falta disciplinar ou de crime. Dizia que a conclusão da corregedoria regional era a de que se fazia necessária a prévia ou definitiva audiência da ouvidoria do tribunal.

O julgamento tem uma especial importância, porque foi a primeira vez que dois órgãos com atribuições recíprocas não claramente definidas por uma prática ou tradição, confrontaram-se, por pura interpretação dos textos legislativos, para a aplicação das normas pretensamente incidentes. E essas normas tornam muitas vezes, um e outro órgão, mais entrelaçados do que

caracterizados. E mais do que isso, significaria a grande transformação das discussões sobre a função pública, já que, antes da ouvidoria, existia, tão-somente, a corregedoria e sua forma binária de atuação, do tipo tudo ou nada, ou seja: propõe-se a punição ou não. Como as questões eram cercadas de uma espécie de minimalismo, que circunvizinhava os assuntos centrais sob apreciação do juiz, eram freqüentemente desconsideradas ou ignoradas no plano disciplinar. E a ouvidoria, na sua tarefa renovadora, buscava justamente interceder entre a *insatisfação* pura resultante de uma resignação imposta pela justiça federal ao jurisdicionado, e a *investigação* para a aplicação de sanção disciplinar. A atividade disciplinar, lembramos, é formalmente própria e exclusiva da corregedoria, não obstante a experiência ter mostrado a falta de números relativos a procedimentos instaurados a tal respeito. Longe de buscar uma censura, aquela que é própria da chamada *justiça censória*, exercida pelas corregedorias, centrar-se-ia a ouvidoria, fundamentalmente, na busca de outros resultados, outras perspectivas, muito ou totalmente integradas naquilo que se procura chamar de *justiça restaurativa*, ou seja: a de satisfazer a necessidade de informar o prejudicado dos atos do poder público, de dar-lhe elementos para se convencer da origem de eventual erro do agente do Estado-juiz. Pela busca da atividade restaurativa, não somente ficaria a demonstração clara do erro, mas, também, o ânimo da justiça federal em encontrá-lo. Mediante a intervenção oportuna do ouvidor também seria permitido chegar ao reclamante os elementos da certeza do equívoco da tutela do direito do jurisdicionado, que teria sido injustamente maculado, assim como o auto-aperfeiçoamento da administração judiciária.

Mais do que ouvir, ou simplesmente ouvir o reclamante, ao ouvidor incumbe explicar o que ocorreu. E com o reconhecimento do erro da administração judiciária, permitirá ao prejudicado recobrar o ânimo ao ser declarado o erro que se lhe desfavoreceu. Ao ouvidor caberá restaurar o problema, demonstrar claramente o desvio do órgão jurisdicional, aplacar a descrença e saciar o sentimento de justiça.

A leitura do voto representou, portanto, um momento singular naquele tribunal. Significava um divisor de águas. O caminho que os desembargadores seguiriam ou que deveriam seguir, a partir de uma deliberação colegiada. E o mais importante, o despojamento da era absoluta das corregedorias para tratar dos assuntos relativos ao bom

funcionamento da justiça brasileira, em especial no Rio de Janeiro e no Espírito Santo, unidades federativas nas quais se situavam as atribuições de um e de outro órgão.

A composição do Tribunal Regional Federal da 2ª Região é majoritariamente de desembargadores recém-admitidos no órgão, e submetidos ao longo de mais de uma década, nas suas antigas funções de juizes federais, portanto, no primeiro grau de jurisdição, às atribuições da Corregedoria-Regional da 2ª Região. É indissociável da formação de cada um dos integrantes citados, a mão forte (ou não) da corregedoria, mas não, o *tertius genus* institucional da ouvidoria.

Na sessão de julgamento, a própria relatora era integrante desse grupo mais recente da “era das corregedorias”, e do sentimento disciplinar exclusivamente correcional. Entretanto, na leitura do seu voto percebe-se a grande virada: a do reconhecimento da virada da solução diferenciada, do diálogo restaurativo, democrático e declaratório do ouvidor.

A leitura do voto da relatora percorre um longo itinerário legislativo até redundar na nova organização, a ouvidoria. E, em seu voto, o que mais provocou dissenso foi a afirmada capacidade da ouvidoria de tomar iniciativas, instaurar procedimentos, provocar órgãos na busca de informações, e não uma figura passiva que ouve e reflete, de modo introspectivo e ensimesmado, e tampouco uma função mediadora – que já seria um avanço, mas, além, muito além, a de buscar a transparência da função jurisdicional, com acesso do cidadão a toda informação que lhe diga respeito. Uma guinada para o diálogo democrático no plano jurisdicional, em paralelismo com a busca do mesmo benefício na administração pública, manifestada ordinariamente pelo poder executivo.

Pelo voto da relatora, a solução disciplinar do tudo ou nada, ou seja, pune-se ou não o juiz, já não é suficiente para atender aos interesses do jurisdicionados. E como são questões demasiadamente *a latere* dos temas judiciários, muito envolvidos com as grandes questões e debates que os juizes estão acostumados a tratar, esses temas, tão caros, tão importantes para os jurisdicionados, ficavam de lado, distantes, numa espécie de vala comum de casos de pouca relevância ou de bagatela na perspectiva

disciplinar. Pois bem, a relatora dirigiu-se dessa forma renovada na solução do problema, sem mencionar, entretanto, a designação dessa maneira moderna (ou pós-moderna) de comunicação com os jurisdicionados, desse desvio da exclusiva solução disciplinar, ou seja, caminhar para uma solução declaradamente restaurativa.

Uma solução restaurativa, no caso, que não seria apenas de mediação. Também não seria a de interceder com o propósito de um mero consenso. Não uma solução de mediação para um consenso, mas uma restauração das insatisfações e busca de meios para identificá-la, de modo a que, nutrida de lições, evitasse ao menos a sua continuação. Algo que não seria propriamente disciplinar, censório, condenatório, e também não seria mediador, consensual, passivo, mas, restaurativo!

O primeiro desembargador a votar após a relatora divergiu desse entendimento. Chamou a atenção para a necessidade de apuração e investigação, o que conduziria, via de consequência, a apreciação do tema pela corregedoria diante das suas manifestas atribuições institucionais. Argumentou que a ouvidoria não teria poderes para fazer investigações e apuração de falta funcional. E não reconhece qualquer função da ouvidoria, a não ser a meramente informativa.

Nesse voto sustentou-se que a questão seria, em tese, própria da matéria disciplinar e que, portanto, somente ao corregedor incumbiria a tarefa de agir. Em nenhum momento o debate provocado pela novel função restaurativa da justiça a ser feita pelo ouvidor encontrou ressonância no voto. Dessa maneira, se alguma consideração haveria de dar início à nova função, a função de ouvidor, e, portanto, de dar condições para informar ao jurisdicionado, os pontos fundamentais do equívoco ou não da atividade estatal, foi, desde esse momento, no primeiro voto a seguir ao da relatora, rechaçada.

No voto seguinte, o debate sobre a existência de *um fato*, que aliás *não foi afirmado* na reclamação originária ou no voto da relatora, o de ter o juiz chamado o advogado de “desonesto”, seria a chave da solução do problema. Entendeu, pois, que, a investigação dessa pseudoacusação seria tarefa ou atribuição do corregedor, que encontraria no conjunto de seus poderes elementos para dar destino ao problema.

Um dado fundamental a ser extraído desse voto é o fato de que as sessões do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que chegaram a tratar de acusações possível e injustamente feitas por juizes, ou são processadas em segredo de justiça ou não encontraram termo em alguma punição, porque não se reconhecem elementos que afirmam alguma intenção de ofender. Melhor explicando: o tribunal não vem reconhecendo nas atitudes dos juizes uma intenção específica de ofender, o que nos leva a dizer que, nos casos submetidos à sua apreciação, não há a presença constatada de *dolo*. Significa dizer que, sem uma intenção ou uma forma de agir ofensiva, que seja necessariamente fragmentada e separada de uma ação ou atitude verbal, pela palavra escrita ou falada, nenhuma atitude há de ser tomada pela corregedoria. E mais: essa constatação dependeria de uma prova, ainda hoje não encontrada pelo próprio Tribunal, em nenhum caso apreciado. Pois bem, se a novel disciplina da ouvidoria não nega o papel disciplinar próprio da corregedoria, tampouco deseja excluí-lo, mas, sim, visa a buscar uma explicação, uma causa, uma restauração. O entendimento ainda reinante, entretanto, é o de que a questão se submete à estrita medida de sanção disciplinar, cuja apreciação e aplicação, é necessário dizer, não figuram nos registros judiciais.

O terceiro voto, também prudente quanto às questões que cercam a atividade do corregedor, ressalta a gravidade da situação. Não obstante reconhecer as preocupações quanto a um juízo prévio do ouvidor, reforça o argumento do cariz disciplinar da contenda e de sua solução. O fato *não ocorrido* de ter o juiz afirmado algo sobre a pessoa do advogado, tomado como justificativa do voto anterior, passou a ser *fato verdadeiro e realizado*, e pior: causador de efeitos de natureza aparentemente disciplinar. E, por conhecimento próprio a respeito da figura do juiz envolvido, do magistrado mencionado, um juiz federal de excelente reputação, suscita-se uma certa perplexidade quanto à atitude de que esse juiz federal – que não a tomou – teria verdadeiramente praticado.

O quarto voto é categórico em dizer que o juiz *falou e fez*, quando já sabemos que sequer foi assim reportada pelo reclamante ou pelo voto da relatora. Mas, segue a necessidade da questão ser tratada como tema afeto à corregedoria. E dessa forma retoma a idéia do sistema tradicional de que é função da corregedoria apurar e propor punição. Dessa forma,

não reconhece as transformações essenciais para se dar ao jurisdicionado os elementos necessários à compreensão dos atos dos tribunais, especialmente porque não há, nos registros históricos da corregedoria, e insistimos em assim dizer, qualquer pronunciamento ou decisão do plenário do TRF da 2ª Região que condene, ou mesmo processe esse tipo de reclamação.

É no quinto voto que o papel da ouvidoria se revela. Põe em cheque o desembargador a necessidade de a corregedoria agir no caso em questão, ao afirmar que o assunto não tem relevância, a merecer uma apreciação do tribunal. É que no mérito, diz o desembargador, o que foi dito pelo juiz não seria caso de nenhuma apreciação pelo tribunal, porque não evidencia uma falta disciplinar. Acrescentou que sequer seria caso de a corregedoria intervir, cabendo ao interessado buscar solução de outra natureza, ou seja, os meios legais para tanto, que reputamos ser o da via jurisdicional, numa espécie de tutela ressarcitória a ser postulada pelo reclamante em outro tribunal. É nesse voto que realmente se manifesta o papel determinante da ouvidoria, ao buscar elementos do acontecido, sem própria e necessariamente ter que formar um juízo punitivo prévio, e seu paralelo, qual seja, uma certa perplexidade para as questões que envolvem a atividade jurisdicional, que diluída em vários e fragmentados atos, não daria espaço a que a corregedoria tivesse que processar o tratamento injurioso, difamatório ou caluniador, porque não é inerente à própria atividade do juiz, sempre envolta do que chamaríamos de caráter semisacerdotal, e, portanto, distante da realidade ou das questões mais mezinhas que afetam o ser humano.

Os votos que se sucederam mantiveram-se na linha mais tradicional, encabeçada pelo voto seguinte ao da relatora. Deve-se ressaltar que o voto definitivo do próprio corregedor foi expresso em negar sequer um mero caráter de mediação à ouvidoria, e da necessidade de se buscar seus novos caminhos, nomeadamente, da justiça restaurativa. Acrescentou que as fronteiras mais precisas dos dois órgãos, ouvidoria e corregedoria, estão abertas e em construção, portanto, não estão prontas, e uma solução definitiva poderia cimentar a questão ainda nascente. E o mais peculiar do voto é a afirmação de que essa atitude amplia em demasia as atribuições da corregedoria, que passa a ser o único órgão, segundo

ele, da administração do Tribunal, a ter contato com as insatisfações dos jurisdicionados e ter que tomar providências, que são, por natureza, todas elas, radicais! E que tal gigantismo da corregedoria não provocará interesse na sua titularidade em uma futura eleição, especialmente num órgão que já não segue uma ordem sucessiva, mas, *per saltum*, dentre os mais antigos aptos ao exercício da função, justamente por suas atribuições amplas e conflituosas.

A ausência justificada do ouvidor, por ocorrer o julgamento no período de suas férias, não permitiu o debate direto entre o ouvidor e o corregedor. Talvez esse fosse o grande momento esperado no inédito julgamento, no qual suas funções são postas em discussão. A falta desse confronto bipolar talvez permitisse um outro resultado, no qual o próprio ouvidor reconheceria a nova função da ouvidoria.

Uma revelação clara e nítida que emerge do julgamento, e que nos parece lamentável, é a de ressaltar um papel essencial da corregedoria, por conta de seu poder disciplinar se comparado ao da ouvidoria, titular do poder restaurativo. Essa essencialidade, ainda que formal, se mostra fundamentalmente por uma espécie de abrangência ou hierarquia de poderes, consubstanciada no *exercício do poder investigativo de caráter disciplinar* da corregedoria, que a despeito de ter também um conteúdo de auto-aperfeiçoamento administrativo, é desprovido do que chamaríamos de auto-aperfeiçoamento restaurador, que é próprio do ouvidor. E o raciocínio vencedor está a dizer que é afeta exclusivamente ao corregedor a tarefa de dar rumo de auto-aperfeiçoamento administrativo e jurisdicional à atividade da justiça federal. Um rumo que significa, em números, ou na prática, a ausência de comportamentos desviantes a serem apurados, porque assim como o plenário diz ser afeta à corregedoria o assunto em questão, tem contraditoriamente tratado o assunto como desmerecedor de resposta censória. Mas, a despeito do seu caráter eventual, ocasional e extraordinário, e da necessidade de uma primeira apreciação pelo ouvidor, a questão foi tratada como mais um caso de atribuição da corregedoria. A dimensão e grandeza da questão disciplinar, no seio da magistratura, muito consagram uma espécie de *fator funcional*, no qual a corregedoria somente age em casos onde haja um impacto sensível no processamento da causa. Mesmo assim, para a maioria dos desembargadores, essa seria

a tarefa institucional há muito reconhecida e consagrada da corregedoria para todos os casos de reclamação nos quais haja um poder de aferição dos fatos, como no caso em questão, a se sujeitar, portanto, à mão forte do corregedor, com sua copiosa justiça censória. E de nada valerão as cifras negativas de decisões disciplinares, se comparadas com o número de expedientes devolvidos pela ouvidoria se vingarem o rumo dado pelo julgamento. O grande fato olvidado nos debates é aquele mais ostensivo e evidente: falam por si os números estatísticos, que são sempre inferiores ao número de sanções aplicadas por uma suposta falta, resultante da palavra falada ou escrita do magistrado.

Se a ouvidoria foi criada para permitir que temas que necessitavam de transparência e esclarecimento fossem de fato apurados, e que as insatisfações que não chegavam ao campo disciplinar pudessem ser constatadas, essa meta não foi alcançada porque assim não entendeu o tribunal. Evitar que não se perdessem nos números, estatísticas e sensibilidade no trato de questões disciplinares, e permitissem, junto com os reclamantes, formar convicções de sua certeza, das suas razões, sem que a linha divisória disciplinar ficasse necessariamente ultrapassada, é que foram as causas da criação da ouvidoria, mas não parece ter sido essa nobre missão aceita e reconhecida pelo plenário.

A ouvidoria busca, no seu nascedouro, a verdade, não a punição. Visa a restaurar e não a censurar. Destina-se a declarar, não a condenar. Seu percurso inicial e originário está assentado na idéia de que haja alguém no próprio judiciário que seja capaz de ouvir e identificar os problemas, e, além disso, dar ao reclamante a certeza de que ele tinha razão e que a solidariedade social para amainar seus sentimentos magoados não significa a punição, porque, a rigor, é norteada por diferentes princípios e regras. Afinal, assim mostram os números crescentes de reclamações na corregedoria, sem que haja razões para a sanção ou punição, mas que encontram justificativas para dizer ao jurisdicionado, ao cidadão, que seu Estado, o Estado que ele criou na sociedade que integra, não é alheio à sua insatisfação.

REFERÊNCIAS

- BARATA SILVA, Carlos Alberto. Da função corregedora. São Paulo: LTr, 1974.
- BRAZ, Adalberto Cassemiro Alves. Corrupção: Combate pelo Ombusman Parlamentar Ouvidoria do Povo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- CORREIA, Fernando Alves. Do Ombudsman ao Provedor de Justiça. Coimbra: Almedina, 1979.
- DARÓS, Vilson. Papel facilitador da Corregedoria-Geral para uma justiça célere, eficaz e de qualidade. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009.
- ENTELMAN, Remo F. Teoria de Conflitos – Hacia una nueva paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Corregedorias do Poder Judiciário. São Paulo: RT, 2003.
- LEITE, Celso Barroso. Ombudsman: Corregedor administrativo. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- MARION, Fabiana. Justiça restaurativa e mediação. Ijuí: Unijuí, 2011.
- NOGUEIRA, Alberto. Da correição parcial na Justiça Federal e sua atualidade em face da Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- OLIVEIRA FILHO, João. Ombudsman, Instrumento de defesa dos direitos humanos nas democracias modernas. São Paulo: OAB, s.d.
- SANTOS, Aloysio. A correição parcial. São Paulo: LTr, 1985.
- Relatório das atividades do Centro Cultural da Justiça Federal para o biênio 2009 a 2011. Rio de Janeiro: Divisão Gráfica do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2011.
- Relatório das atividades do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para o biênio de 2003 a 2005. Porto Alegre: Divisão Gráfica, 2005.
- Relatório das atividades do Tribunal Regional Federal da 2ª Região para o biênio 2009-2011. Rio de Janeiro: Divisão Gráfica, 2011.
- Relatório das atividades da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região – EMARF, para o biênio 2009-2011.
- Consolidação de normas da Corregedoria da Justiça Federal da 2ª Região.
- Regimento Interno do Tribunal Regional da 2ª Região.
- Ata da sessão plenária do dia 5 de julho de 2012, relativa ao procedimento nº T2-ADM-2010/00125.
- Resolução nº 103, de 24 de fevereiro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça.
- Resolução nº 20, de 17 de dezembro de 2010, do Tribunal Regional Federal, da 2ª Região.
- Resolução nº 6, de 11 de outubro de 2011, do Tribunal Regional Federal, da 2ª Região.

CONSERVADORISMO E OS IMPOSSÍVEIS DROITS DE L 'HOMME

Fernando Quintana

*Doutor pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro (IUPERJ) (1998), professor da graduação na Escola de Ciência Política e na Escola de Ciências Jurídicas e do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas (CCJP) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO),
quintanaccjp@gmail.com*

RESUMO: O trabalho busca discorrer sobre um dos maiores expoentes do pensamento conservador: Edmund Burke, mais especificamente, a visão crítica que tem sobre os direitos do homem. Trata da Revolução Inglesa e dos direitos conquistados no *Bill of Rights*, bem como da atmosfera intelectual na qual Burke escreve sua principal obra, *Reflexões sobre a Revolução Francesa*, que é dominada pelo jusnaturalismo dos *philosophes* franceses. Este ensaio procura mostrar a inflexão que se dá em relação aos direitos humanos tanto do ponto de vista ético quanto epistemológico a partir da defesa do costume e da tradição enquanto “segunda natureza” diante da “primeira natureza” dada pela razão.

PALAVRAS-CHAVE: Conservadorismo, Revolução Inglesa, direito costumeiro *versus* direito natural.

Abordar a ideologia conservadora e sua visão crítica dos direitos humanos não pode prescindir da análise de um dos mais destacados expoentes dessa corrente ideológica: *Sir Edmond Burke*. À volta a este clássico do pensamento social e político moderno, fundador do conservadorismo, obedece principalmente à necessidade de mostrar

como consegue encarnar concepções suscetíveis de uma elaboração mais apurada dessa ideologia, tanto do ponto de vista epistemológico quanto ético, que acaba negando a própria ideia de direitos humanos.

Assim, contra a opinião de alguns estudiosos de que a “mentalidade conservadora não manifesta predisposição para a teoria”, entendemos que a partir do principal escrito burkeano, *Reflexões sobre a revolução na França* (1790), tal ideologia adquire maior solidez intelectual, nos dois níveis assinalados e, isso, importa acrescentar, com base no renascimento do conceito de costume e tradição do *common law*¹.

Se observarmos o contexto histórico do pensamento conservador ele começou a se desenvolver no século XVII mas adquire maior densidade teórica a partir do escrito burkeano, sensivelmente influenciado pelos acontecimentos revolucionários ocorridos na França, em 1789. Tal situação faz que defenda a superioridade do sistema político britânico, sustentando que a liberdade do cidadão inglês é uma herança nacional que estaria mais segura em um governo moderado, diferentemente, de um governo oriundo de uma revolução que destruiu por completo seu passado (França).

No que tange à revolução na Modernidade, é preciso fazer uma observação preliminar com base nas ideias de Hannah Arendt em *On revolution* que visa mostrar as diferentes modalidades que assume em vários países, mais especificamente, para nosso interesse, na Inglaterra.

Originalmente, diz a autora, o conceito de *revolução* concerne às ciências da Natureza - associado à astronomia de Copérnico e seu *De revolutionibus orbium coelestium* (século XVI). Assim, o conceito, no sentido etimológico, original da palavra (do latim: *revolutio*) diz respeito ao movimento cíclico, de rotação dos corpos celestes, dos planetas que “fazem revolução” em torno do Sol.

Para Arendt, nada está mais longe da acepção original do termo *revolução* do que o sentido que lhe conferem os atores da revolução moderna (EUA, França, Rússia), que se consideram agentes de um processo que marca o fim definitivo de uma ordem antiga e o nascimento

¹ O *common law* compreende a lei escrita e não escrita: estatutos do monarca, leis do Parlamento e pareceres dos tribunais reais e ordinários: a “voz dos tribunais”. Para um aprofundamento desse ponto, bem como da origem do conservadorismo inglês, Fernando Quintana: *common law e conservadorismo* (ver referências).

de um novo mundo. Com efeito, a palavra revolução não aparece, na sua acepção original, como é o caso na Inglaterra, associada com o que nesses países é identificada: criação de algo novo, transformação total das estruturas de governo. Esse novo significado do conceito, segundo a autora, dá-se posteriormente quando passa paulatinamente a ser empregado em referência a uma mudança que, ao invés de cíclica, é novidosa. A concepção moderna de revolução ligada à ideia de que o curso da história, bruscamente, recomeça de novo, de que uma história totalmente nova, uma história jamais conhecida ou jamais encontrada vai acontecer é totalmente desconhecida, arremata a autora, antes das duas grandes revoluções (EUA e França) (ARENDR, 1967:36-37).

Voltando à Burke, ele via na Revolução Francesa um projeto malsucedido, porque seus líderes subverterem um sistema político coeso e colocaram outro em seu lugar. Segundo a sua opinião, não houve, em tal contexto, um processo gradual de mudança mas um corte bruto, onde um fluxo natural foi interrompido, e a ordem deixou de ser conservada. Para o autor, quando a monarquia absolutista que vigorava na França foi “decepada”, e o feudalismo foi declarado extinto, comprometeu-se toda a sociedade organizada. O problema dessa revolução, então, é que ela destituiu todas as instituições religiosas, políticas e jurídicas que haviam se formado ao longo de séculos - em nome de uma razão abstrata: os direitos do homem.

A crítica burkeana aos idealizadores da revolução, os *philosophes* franceses, consistia em denunciar a metodologia doutrinária que esses difundiam. De acordo com o ideólogo inglês a sua proposta não passava de uma série de máximas abstratas, sem cuidado pelo detalhe e pouco condizente com a realidade porque passa por alto toda política e instituições consolidadas através do tempo.

Conforme os dois planos mencionados da ideologia burkeana convém analisar, mais especificamente, alguns argumentos do autor em favor da Revolução Inglesa, bem como dos direitos conquistados em tal oportunidade, o *Bill of Rights* de 1689, com base na assertiva, nele prevista, dos *incontestáveis antigos direitos e liberdades do povo deste reino*. Trata-se, portanto, de mostrar a importância dada por Burke à tradição, costume, prescrição, pré-conceito etc, dos quais resulta uma visão insular, particularista do direito: *só para os ingleses*, contra a ideia universalista dos

direitos do homem; e isso, importa lembrar, que na sua época teses liberais, com base no jusnaturalismo, tomam a dianteira sobre o conservadorismo, contudo, sem abandonar completamente suas premissas, por exemplo, no que tange ao direito de liberdade:

[...] a referência ao passado não perdeu completamente sua significação de origem quando ela foi retomada no século XVIII. Como o faz notar Burke, não era anódino que os Ingleses da grande época whig optassem, quase sempre, por descrever sua liberdade como uma herança recebida de seus ancestrais, mais que como um princípio tendo como sua origem na razão abstrata (POCOCK, 2000: 301).

Do ponto de vista epistemológico, seguindo a tradição humeana, Burke é um empirista toda vez que confia na experiência e entende que o conhecimento é produto da observação dos fatos percebidos pelos sentidos. Partindo de premissas do filósofo escocês, sustenta que as proposições lógico-formais são incapazes de por si mesmas para explicar a realidade, porque tudo nelas se produz no exclusivo campo ideal, sem guardar relação com os fatos. Embora afirme que, a partir delas, se possa chegar a conclusões verdadeiras, estas apresentam, contudo, a fraqueza cognitiva de não levar em conta a *empíria*, ao desconsiderar que nada está no intelecto que não tenha passado pelos sentidos. Assim, para Burke, todo conhecimento deve originar-se nos fatos concretos revelados pela experiência sensível; e isso, à diferença daqueles produzidos pelo conhecimento racional-demonstrativo ou lógico-dedutivo: a razão natural/abstrata².

A esse respeito, vale lembrar alguns exemplos (banais) de David Hume: as margaridas são brancas, o chumbo é pesado, o fogo queima. O lema do empirismo pode ser resumido, então, na máxima: *matters of fact*- sujeitos à percepção sensorial.

Além do mais, Burke rejeita o princípio de causalidade defendido pelo pensamento metafísico, que acredita que provém de propriedades inerentes aos fenômenos que descreve. O empirismo do autor, pelo contrário, sustenta que a causalidade obedece à experiência sensível,

² Por exemplo: “todos os homens são livres, João é homem, (logo) João é livre”. Essas proposições, lógico-dedutivas, próprias de uma razão natural teórico-especulativa teriam o grave inconveniente de não guardarem qualquer relação com a experiência, com os fatos reais concretos. Esta forma de proceder do conhecimento sendo admitida, pelo empirismo, na matemática ou geometria.

que não pode derivar analítica ou dedutivamente que A é o efeito de B pelas qualidades intrínsecas a eles, mas que tal proposição é possível pelo fato de ter passado pelo crivo dos sentidos. Assim, se afirmamos, por exemplo, que a pedra esquenta diante dos raios do sol que incidem sobre ela, essa dedução se baseia exclusivamente na experiência trazida por sua captação sensorial e não em alguma propriedade inerente aos elementos que a compõem. Também tal enunciado resulta de duas inquestionáveis impressões sensíveis: o tato e a visão. Em todo conhecimento empírico, o dado fundamental é fornecido por elas. E, com relação às ideias, entende que não passam de registros, imagens, que a percepção/impressão sensível deixa em nós ou, nas palavras de Hume: “as pálidas imagens que as impressões deixam em nosso pensamento”.

A partir dessa forma empírica do conhecimento, Burke adota do ponto de vista ético uma postura tanto cética quanto pragmático-utilitarista. No primeiro caso, isso ocorre quando rejeita a existência de normas ou valores morais absolutos, os *direitos do homem*, afastada da observação dos fatos, da “aparência das coisas”. Efetivamente, em contraste com a opinião dos filósofos revolucionários de que a razão por si só é capaz de determinar o justo e o injusto, Burke defende que a experiência fundada nos sentidos é a única capaz de realizar avaliações morais que são, por sua vez, relativas. A este respeito, cabe fazer a seguinte observação crítica do ceticismo em relação ao conhecimento estritamente racional:

O cético levanta dúvidas acerca dos méritos racionais e das evidências das justificações que se apresentam para uma crença, duvida que razões necessárias e suficientes tenham sido ou possam ser encontradas para mostrar que qualquer crença em particular deva ser verdadeira (os direitos do homem) (POPKIN, 2000:3).

A justiça, enquanto ideia dada pelas percepções/impressões sensoriais, pode então dar-se ou não na realidade - o que implica, vale insistir, a rejeição da possibilidade de uma adequação ou confiabilidade da evidência oferecida - pela só razão - para justificar uma determinada proposição (os direitos do homem).

Tal ceticismo é acompanhado de um pragmatismo utilitarista segundo a qual as regras da justiça dependem por completo do estado particular em que se encontram os homens, devendo sua origem e existência

à *convenance*, bem como da estrita e singular observância delas pelo público: o “pequeno pelotão”. Assim, os valores morais, as regras de justiça, são aceitos de maneira relativa, uma vez que estão sujeitos à utilidade ou vantagem que possam proporcionar a uma comunidade que, por sua vez, se encontra em circunstâncias particulares. Tal posição, em que a utilidade coloca-se como fundamento do direito, é explicitamente defendida por Burke quando afirma:

Os direitos do homem dos quais nos falam esses teóricos (os philosophes franceses), todos têm o mesmo caráter absoluto, e apesar da sua verdade metafísica, todos são falsos moral e politicamente. Os direitos do homem encontram-se numa espécie de meio caminho impossível de ser definido, mas podem, contudo, ser discernidos. Nas diferentes sociedades e governos os direitos do homem compreendem vantagens as quais são contrabalançadas pelo equilíbrio entre as diferentes formas do bem. Algumas vezes entre o bem e o mal, e vezes ainda, entre o mal e o mal. A razão prática, política é computadora: ela soma, subtrai, multiplica e divide as quantidades morais ficando bem claro que essas operações são de ordem moral e prática e não de ordem metafísica (BURKE, 1982:91).

Dessa passagem cabe notar também o forte pragmatismo do autor ao defender uma razão “artificial” de ordem prática, e não natural, teórica/abstrata. Quando Burke declara que os direitos do homem devem ser discernidos, tal discernimento se refere à atuação concreta dos magistrados (governante, juiz, legislador), que, em função das circunstâncias, devem determinar o que é mais útil ou vantajoso para a sociedade. Para o autor, a atividade desenvolvida por eles é *sapientia* prática, prudência, tida como a virtude por excelência. A razão prática, defendida por Burke, aparece assim bem distante da razão teórica, uma vez que ela se relaciona com o singular, ao passo que a segunda com o universal, o imutável. Esta última, a razão natural, traz como consequência, em perspectiva burkeana, uma cegueira vis-à-vis do único, do particular.

A descoberta da história, da importância do transcurso do tempo, por parte de Burke, implica uma volta à concepção tradicional dos limites da teoria em relação à prática. O especulativismo próprio da teoria entende que esta deve iluminar a prática, contrariamente ao que opina o conservadorismo burkeano, para quem a teoria por si só é incapaz de guiar a prática. O problema da teoria estaria no fato de se fundar no

universal, permanente, e de considerar o homem e seus assuntos através de princípios verdadeiros tanto do ponto de vista político quanto do moral. O autor adverte que, mesmos que os assuntos/fins humanos possam ser conhecidos pela teoria, esta é incapaz de assinalar como devem ser atingidos, *hic et nunc*, em contextos específicos, ao descuidar dos meios concretos que permitem sua realização.

A esse propósito, cabe trazer o seguinte comentário irônico de *Reflexões*: De que adianta, afirma, o direito abstrato do homem à alimentação ou aos cuidados médicos? A questão reside em encontrar o método pelo qual se deve fornecê-la ou ministrá-los. Nessa deliberação, arremata, aconselha sempre que se busque a ajuda de um agricultor ou a de um médico, e não a de um professor de metafísica. Tal opinião, além de pragmática, permite mostrar a postura cética de Burke que consiste, dentre outras coisas, em viver “seguindo as aparências das coisas” (POPKIN, 2000: 4).

Mas a crítica virulenta aos filósofos não acaba por aí. Contra a “ditadura” racionalista Burke opõe a tradição, o uso, os hábitos e costumes enraizados no tempo, ressaltando também a importância dos elementos irracionais como os sentimentos e as lealdades que se originam no pequeno pelotão: família, vizinhança, que se estende ao país, dando uma tonalidade particular à sociabilidade. Trata-se, em perspectiva humeana, de “tomar os homens ordinários como objeto, em seus lugares próprios de ocorrência” e não a partir da razão, como habitantes originários de estados de natureza (LESSA, 2004:20). A inserção no pequeno pelotão acompanhada de sentimentos de lealdades, fortalecidos pelo transcurso do tempo, contribuindo para fortalecer as instituições políticas:

Adotando este princípio da herança (tradição) demos a nossa construção política a imagem de um parentesco pelo sangue; ligamos nossa Constituição a nossos mais caros vínculos domésticos, dando a nossas leis fundamentais um lugar no seio de nossas afeições de família; enfim, unimos em nossos corações, para querê-los com o calor de todos os nossos sentimentos combinados, nosso Estado, lares, túmulos, e altares (BURKE, 1982:69).

Para Burke, o fluxo intermitente do tempo é depositário das experiências humanas, de sabedoria adquirida, e por isso é reverenciado. De modo que, qualquer proposta de reforma para a sociedade deve levar em conta

a continuidade das tradições. O desejo conservador de manter “as coisas como estão” revela portanto um entendimento da História como um fluxo contínuo, sem lugar para rupturas ou câmbios bruscos de direção. O fio condutor que supostamente uniria o passado ao presente, e ainda, teceria o futuro, seria urdido pela experiência e a tradição. No entendimento do autor compreendemos que uma comunidade de homens é fruto de laços históricos e tão antiga e intrincada são essas ligações que não podem ser racionalizadas.

No embate à racionalidade especulativa, Burke exalta os *prejudices*, ou seja, as inclinações, propensões ou tendências individuais ou sociais que se dão de forma natural ou involuntária, quase irracional, quando os homens manifestam suas adesões ao passado, a modo de vida de seus ancestrais. Sou, afirma o autor em *Reflexões*, suficientemente corajoso para confessar que nesta era esclarecida somos geralmente homens de sentimentos espontâneos; que, em vez de deitarmos fora todos os nossos velhos preconceitos, os acalentemos numa medida muito considerável e, enquanto mais generalizados, mais nós os acalentemos:

Para Burke, ‘preconceito’ é a essência de toda uma maneira de conhecer, compreender e sentir; uma maneira que ele via em contraste total com as maneiras de pensar que floresceram no Iluminismo francês [...] Essas encareciam a razão pura, a dedução estrita do gênero, que se encontra na geometria, e a arvoravam a luz da busca individual da verdade contra o que estava consagrado pela tradição e pela experiência (grifo do autor) (NISBET, 1987: 57).

Para o ideólogo inglês, os preconceitos fazem possível o desenvolvimento das lealdades às instituições, bem como dos valores morais - no caso: os direitos dos ingleses conquistados com base no peso da tradição e sua adequação às exigências mais convenientes. Ligados aos hábitos e costumes, os preconceitos servem de guia aos magistrados que, na sua atividade prática, não devem comportar-se como teóricos, mas tê-los presentes, consultá-los, na apreciação de qualquer instituição ou valor moral. O preconceito corresponde a um tipo específico de conhecimento que, segundo a distinção “conhecimento de” e “conhecimento acerca”, corresponde ao primeiro, uma vez que se origina através da experiência consciente ou inconsciente e erros vulgares, em contraste com o segundo que se origina através de princípios abstratos e gerais (NISBET, 1987: 61).

Seguindo Montesquieu, Burke faz o elogio dos legisladores da Antiguidade que não teriam tratado os seres humanos de forma abstrata ou metafísica dando, ao contrário, a devida ênfase ao papel do costume na elaboração das leis. Nesse sentido, a defesa que faz Burke do direito de propriedade encontra na tradição sua principal aliada. Para o autor, a propriedade hereditária na Inglaterra sobrevive e cresce não por uma razão abstrata que pretende justificá-la a partir de uma aquisição natural, mas, sim, por causa da *prescrição*: termo que toma emprestado do direito romano (*proscriptio/usucapio*) para indicar a aquisição de algo pelo transcurso do tempo, do uso³, assim como das vantagens trazidas à sociedade. Sob tal perspectiva, o direito de propriedade é um legado da história, que extrai sua força do fato de ter atravessado a existência ancestral dos *corporate bodies* (corpos hierarquizados da nobreza e do clero), que, como órgãos estáveis/duradouros da sociedade, são legítimos por terem resistido à dura prova do transcurso do tempo.

Assim, é a prescrição que permite mostrar a variedade a que estão sujeitos os direitos do homem, assim como as instituições políticas de um país. Na opinião de Burke, a prescrição representa um “depósito sagrado”, uma *espécie de oráculo* a ser sempre consultado pelos magistrados.

A importância dada à prescrição está ligada à atitude cética que adota, por exemplo, em relação ao direito à liberdade, ligado exclusivamente ao povo inglês. Efetivamente, para o autor a chamada *liberdade dos ingleses* pode ser uma bênção ou uma maldição em função das circunstâncias. A constituição inglesa, escreve, teria colocado a liberdade dos ingleses como um estado particular ao povo desse reino, sem nenhuma referência a qualquer direito mais geral, abstrato, em razão do que ela pode não ser exportável.

Essa visão particularista/insular do direito é retomada por autores contemporâneos, como Michel Villey, para quem a *liberdade dos ingleses* não está destinada ao homem em geral, porque resulta de uma herança particular. A “submissão” da liberdade às circunstâncias ocorre porque elas permitem, na verdade, dar a cada princípio/valor abstrato, como diz Burke, a sua “cor própria”, seu “efeito particular”, diferencial; assim como também determinar que regimes políticos são melhores ou piores.

³ Com respeito ao termo prescrição no direito privado e público cabe fazer o seguinte esclarecimento: em Burke os povos são, como os indivíduos, herdeiros, e o direito público das nações deve salvaguardar, acima de qualquer coisa, tudo o que o direito privado garante a cada família, a cada povo que tem um direito imprescritível sobre aquilo que conquistou.

Tal avaliação, de aprovação ou reprovação, importa insistir não dependem da razão, mas, parafraseando outra vez o filósofo escocês, das inclinações, sentimentos e desejos experimentados pelos homens: “o vício e a virtude não podem ser descobertos unicamente pela razão ou comparação de ideias, deve ser por alguma impressão ou sentimento por eles ocasionados que somos capazes de estabelecer entre os dois” (HUME, 2001: 509-510).

Em relação à liberdade e sua relação com o regime político, Burke acompanha o entendimento de Montesquieu segundo o qual o princípio ou mola que anima a monarquia constitucional da Inglaterra (resultante da Revolução Gloriosa) é a *liberdade política* ligada aos *moeurs*, ao *esprit* de seu povo. Essa liberdade para o filósofo francês é um tipo de liberdade concreto, empírico, no sentido do “poder de fazer” de acordo com as inclinações e/ou desejos individuais, não especulativo como “exercício da vontade” (Rousseau).

Assim, a liberdade política (montesquiana), com base na experiência inglesa, é um tipo de liberdade concreta que, diferentemente da liberdade filosófica, não exalta os corações nem as paixões porque é empírica, ou seja, a ser vivida ou experimentada em segurança. A liberdade em questão é, portanto, sinônimo de “segurança legal”. Nas palavras do filósofo contemporâneo Isaiah Berlin trata-se da “liberdade negativa” que se pauta pela ausência de obstáculo ou ingerência no “poder de fazer”, sobretudo de evitar a ingerência arbitrária proveniente dos governantes.

Burke se serve de uma metáfora que se tornou famosa na sua crítica aos direitos do homem. Esses direitos metafísicos, afirma em *Reflexões*, ao penetrarem na vida prática, na vida de todos os dias, como raios de luz que atravessam um meio denso são refratados, desviados da sua linha reta. Na imensa e complicada massa de paixões e interesses humanos os direitos originais do homem, sem dúvida, experimentam tal variedade de refrações e reflexos que se torna absurdo discuti-los como se continuassem na simplicidade da sua direção original. E arremata, com incisivo recado pragmático aos governantes, a natureza do homem é complexa, e os objetivos da sociedade revelam ainda maior complexidade; logo, nenhuma concepção do poder consegue adequar-se à pretendida natureza imutável do homem.

Enquanto à atividade de governar, que no entender de vários estudiosos constitui uma das principais contribuições do conservadorismo burkeano,

ela é tida como “limitada” e “específica” no que diz respeito às regras de conduta humana. Assim, por exemplo, quando faz referência à função do governo:

[...] não é impor outras crenças e atividades a seus súditos, ensiná-los ou educá-los, nem fazê-los melhores e mais felizes de outra maneira, nem dirigi-los, galvanizá-los para a ação, liderá-los ou coordenar suas atividades de forma que não surja conflito; a função do governo [...] começa com o ajustamento de interesses uns aos outros, destinada a livrar da frustração mútua da colisão aqueles que tendem a colidir [...] O governo não se preocupa com o certo ou errado em termos morais, pois não foi concebido para tornar os homens bons, ou mesmo melhores [...] sua função é manter seus súditos em paz uns com os outros nas atividades através das quais eles prefeririam procurar a própria felicidade (OAKESHOTT, 1999: 35 e 37).

No relativo ao governo, ainda, o conservadorismo burkeano o vê também de maneira pragmática, uma vez que deve ser guiado, como vimos, por um discernimento prático, cuja característica principal é a de adaptar-se à variedade das demandas provenientes da sociedade. Para o autor, o governo não foi criado a partir de exigências morais imutáveis (os direitos do homem), mas para atender as necessidades concretas dos homens. Para Burke, a prudência, virtude política, deve animar a atividade daqueles chamados a exercer cargos públicos. Além do mais, o exercício da prudência por parte dos governantes evita o triunfo dos extremos, das paixões exageradas. O governo, diz Burke, nasce para constranger as paixões - perigosamente fomentadas pelos filósofos -por exemplo a ânsia por mais liberdade entendida como exercício da vontade que tem o inconveniente (em chave rousseauiana) de exaltar os corações:

A disposição de ser conservador em política reflete uma opinião bem diversa sobre a atividade de governar. O homem dessa disposição compreende que o objetivo do governo não é inflamar paixões e dar-lhes novos objetivos para alimentá-las, mas injetar nas atividades de homens já bastante apaixonados um ingrediente de moderação; refrear, desinflar, pacificar e reconciliar; não atizar os fogos do desejo, mas abafá-los. E tudo isso, não porque a paixão seja um vício e a moderação uma virtude, mas porque a moderação é indispensável para que os homens apaixonados escapem ao impasse da frustração mútua (OAKESHOTT: 1999:39).

Opondo Burke aos *philosophes*, mais especificamente aos membros da assembleia francesa que encarna suas ideias, vemos que o pragmatismo do autor chega até o seu ápice quando afirma que o poder da Câmara dos comuns é uma gota d'água no oceano quanto comparada com o poder que reside na maioria da Assembleia Nacional. Para o autor, desde que as ordens foram destruídas, essa Assembleia não possui qualquer Lei Fundamental. Em vez de estar obrigada a conformar-se com uma constituição fixa tem o poder de fazer uma constituição que poderá ajustar-se aos seus desígnios. Dessa passagem burkeana fica também clara a crítica à tradição contratualista dos racionalistas franceses que concebem a sociedade como um estado em produção constante; em contraste com a opinião burkeana da tensão histórica entre passado, presente e porvir que dão tonalidade ou singularidade a cada sociedade, bem como autêntica consistência às instituições.

A ideologia conservadora-tradicionalista pode ser apreciada quando Burke elogia a *ancient constitutio* inglesa⁴, frisando que sua excelência deve-se ao fato de ter sido elaborada num longo lapso de tempo, encarnando o patrimônio de séculos. Era assim uma constituição *prescritiva*, declara, porque sua única autoridade vem do fato de existir desde tempos imemoriais. E, acompanhando *common lawyers* da época⁵, entende que o direito costumeiro, baseado na "voz dos tribunais", encarna a sabedoria das gerações precedentes, que ele é o fruto não de uma reflexão filosófica, mas de tudo o que a experiência conseguiu acumular e refinar.

Para Burke a constituição não procede de uma teoria abstrata dos direitos do homem, nem da razão legisladora informada pelo mito do homem universal. O louvor à antiga constituição inglesa, bem como aos antigos direitos e liberdades dos ingleses, Burke o estende aos *common lawyers* da época, mais especificamente a um deles por sua atuação na elaboração da Petição de Direitos de 1628 (redigida pelo jurista):

Nossa mais antiga é a da Magna Carta. O senhor poderá constatar quanta engenhosidade Sir Edward Coke, esta luz de nossa jurisprudência, e os grandes homens que o seguiram [...] utilizaram

⁴ Sobre a "antiga constituição" na Inglaterra, Fernando Quintana: Common law e conservadorismo (ver referências).

⁵ Advogados e constitucionalistas que atuavam, com base no direito costumeiro elaborado pelos tribunais ordinários, contra os tribunais prerrogativos (reais e eclesiásticos) durante a dinastia absolutista dos Stuart (1603-1649 e 1660-1688).

para estabelecer a genealogia de nossas liberdades [...] eles demonstraram a poderosa prevenção a favor da tradição, que sempre norteou o espírito de nossos juristas, de nossos legisladores e do povo que eles desejavam influenciar – e eles evidenciam a política permanente que sempre levou os habitantes de este reino a considerarem seus direitos e franquias mais sagrados como uma herança. Na famosa lei, chamada “Petição de Direitos”, o Parlamento (Sir Edward Coke) diz ao Rei: “Vossos súditos herdaram esta liberdade”, reclamando, assim, suas franquias não em virtude de princípios abstratos, como “os direitos do homem”, mas como os direitos dos homens da Inglaterra, e como um patrimônio legado pelos seus antepassados [...]. Da Carta Magna à Declaração de Direitos a política de nossa constituição foi sempre a de reclamar e reivindicar nossas liberdades como uma herança, um legado que nós recebemos de nossos antepassados e que deveremos transmitir a nossa posteridade, como um bem que especificamente pertença ao povo deste reino, sem nenhuma espécie de menção a qualquer outro direito mais geral (os direitos do homem) (grifo do autor) (BURKE, 1982:68-69).

As instituições consagradoras da liberdade na Inglaterra existem na medida em que foram definidas pelo direito costumeiro, tido por Burke como “segunda natureza”. O costume, apontam estudiosos, enquanto segunda natureza, é utilizado como a melhor explicação que permite fazer com que um povo e suas leis se tornem algo específico e autóctone: quando lemos que um povo deve ser governado por leis adaptadas a sua natureza do que se trata, na verdade, é da sua segunda natureza e de seu direito costumeiro. Reivindicar sua especificidade implica reivindicar sua autonomia, e quando se afirma que nada havia no direito e governo inglês que não seja costumeiro ou autóctone, do que se fala, em definitivo, era da posse para os ingleses de uma soberania histórica e imemorial. Em resumo:

o costume é de origem estritamente autóctone e o fato que as pessoas sejam governadas pelo direito costumeiro prova que tem elaborado seu próprio direito a partir da sua sabedoria e sua experiência e deixado de lado influências externas que podem atingir à glória e ao sentimento autosuficiente do povo (POCOCK, 2000: 55).

A relevância do costume pode ser apreciada ainda na seguinte passagem de *Reflexões* em que o autor critica virulentamente a concepção dos *philosophes* franceses: Ao invés de direitos do homem frutos de

declarações abstratas e de especuladores metafísicos que transformaram princípios como Liberdade, Igualdade e Fraternidade em senhas para “massacres, torturas e execuções”, a Revolução Gloriosa (1688) e o *Bill of Rights* (1689) lograram salvaguardar com mais discrição e eficácia os mesmos alardeados direitos, por serem resultado de uma longa herança, onde o respeito pelo passado, o costume, não teve senão a pretensão de confirmá-los pragmaticamente.

O elogio de Burke às instituições que sobrevivem ao transcurso do tempo lembra a posição de advogados que atuavam nos tribunais (ordinários) da *common law* durante a Revolução Inglesa, que não acreditavam que as instituições baseadas na experiência pudessem ser substituídas pela sabedoria de algum indivíduo importante: o rei. Estas posições não permitindo que a sabedoria ou razão teórica, centrada na vontade de todos (França) ou de um só (Inglaterra), consiga fazer melhor que a sabedoria das instituições, isto é, de uma sabedoria política acumulada pelo transcurso do tempo, que dá provas de adaptar-se às exigências de cada nova situação.

A influência de Burke sobre a ideologia conservadora inglesa pode ser apreciada também na posição assumida, na sua época, pela ala mais conservadora no Parlamento inglês - aquela dos *old whigs*, aos quais ele pertencia. Esse grupo recusava admitir que a subida ao trono dos príncipes protestantes (Guilherme e Maria em 1688) tivesse sido o resultado de uma eleição do povo, nem que o *Bill of Rights* (um ano após) derivasse de um hipotético estado de natureza em que indivíduos abstratos, portadores de direitos naturais, autorizam a formação de um governo com a finalidade de proteger esses mesmos direitos preexistentes⁶.

Pelo contrário, esse grupo não se interessa pelo suposto estado de natureza e, sim pela sociedade civil e pela forma como, junto ao governo, consegue dar conta das necessidades humanas concretas. Daí para *old whigs* que a legitimidade da monarquia constitucional, que resulta da Revolução Gloriosa, obedecia sobretudo às vantagens e garantias de direitos experimentados historicamente pelos súditos ingleses (perdas durante a dinastia Stuart) na forma de um governo moderado, equilibrado, resumido na fórmula: *King on Parliament*.

⁶ Posição que era defendida, durante a Revolução Inglesa, pela corrente ideológica do liberalismo clássico, baseada no jus-naturalismo, em particular, John Milton, John Pym e John Locke.

Por outro lado, se é verdade que, para tanto, havia sido necessário alterar a ordem sucessória, com a subida dos príncipes protestante ao poder, esse fato confirmava para os *olds whigs* uma regra, cara à tradição conservadora, de que “por vezes é preciso mudar para conservar”. Em reforço disso, a assertiva burkeana que diz: não rejeito as mudanças, mas gostaria que se façam com o intuito de conservar. Um estado, continua, que não admite mudanças é um estado que não admite sua conservação. É nesses termos que Burke retoma fielmente, um século após, a leitura conservadora dos eventos de 1688, ou seja, não como uma revolução-transformação, mas uma revolução-conservação ou, melhor, uma revolução-correção (a monarquia absoluta por uma monarquia limitada/parlamentar).

A aparente intransigência de Burke em relação às mudanças pode ser suavizada com o argumento da “mudança controlada”: uma forma de relativizar mudanças necessárias. De fato, tendo em vista que as mudanças não podem ser fixadas totalmente, tal argumento serve como saída retórica, uma brecha por onde escapar de uma posição sectária e rebater possíveis acusações de intransigência em relação aos câmbios.

No entendimento de Burke, uma comunidade de homens é fruto de laços históricos sendo que essas ligações, antigas e imbricadas, não podem ser racionalizadas. Sua visão da sociedade propõe que somente na ascendência histórica e na ordem natural, a “segunda natureza” ou costume, ela pode ser livre: Nós, afirma, procuramos seguir a natureza ao invés de nossas especulações e confiamos a conservação de nossos direitos aos sentimentos de nossos corações ao invés de entregá-los à sutileza de nossas invenções.

Tal contraste, sentimentos-invenções racionais, implica retomando o argumento cético o predomínio das qualidades secundárias [sobre as qualidades primárias], ou seja, daquelas atestadas pelos sentidos humanos (e os sentimentos que estes produzem em nós) em detrimento daquelas fundadas em um conhecimento racional, sendo que as primeiras possuem a tinta indelével da subjetividade humana (LESSA, 2001: 24), à diferença das segundas que procuram atestar a objetividade da verdade.

Em linha de conclusão podemos afirmar que os direitos dos ingleses, sob o prisma do conservadorismo burkeano, são particulares, culturais,

porque são resultados de uma história específica, que gera direitos para o povo que os vivencia como *moeurs*. Esses direitos são costumeiros porque fundados na tradição, na prescrição temporal; são variáveis/adaptáveis e relativos porque dependem das circunstâncias/vantagens - que trazem na sua aplicação concreta; são positivos porque não existem fora daqueles consagrados na *ancient constitutio*. De isso destacamos a importante contribuição burkeana ao identificar o direito e as instituições políticas inglesas como um processo de adaptação histórico, contínuo e permanente:

As principais ideais de Burke eram que, as instituições são o produto da história; que a história consiste em um processo contínuo e eterno, no transcurso do qual as gerações agem de concerto e os homens se adaptam continuamente a novas necessidades e a novas situações; que as instituições existentes são os resultados desse processo e que, seja porque representam um último estágio da evolução, seja porque foram conservadas segundo numerosas adaptações, elas encarnam a sabedoria de um grande número de homens - sabedoria que chega a um extremo grau de refinamento - que nenhum espírito individual pode igualá-la ou superá-la; e que a sabedoria consiste em participar desse processo, e não em tentar uma reconstrução a priori das instituições (POCOCK, 2000: 302-303).

Essas características das instituições e do direito inglês contrastando com a ideologia do liberalismo setecentista que justifica e explica os direitos e liberdades conquistados na Revolução Inglesa a partir de uma doutrina dogmática e metafísica: o jusnaturalismo, que visa dar à noção um alcance universal: para toda a humanidade. Contudo, importa reiterar que ambas as correntes ideológicas, conservadorismo e liberalismo clássico, se misturam durante o período revolucionário e pós-revolucionário inglês segundo o seguinte comentário acerca da posição dos *wights* na defesa dos direitos:

A fraseologia da argumentação wihg é interessante, porque de um lado reivindica 'direitos fundamentais' e de outro lado essa reivindicação é feita em nome dos 'Ingleses nascidos livres'. A primeira está associada a uma posição iusnaturalista, enquanto a segunda utiliza a noção de "constituição primitiva" para justificar os direitos dos Ingleses (ASHCRAFT, 1995: 223-224).

Tal assertiva exigiria contudo um estudo da ideologia liberal clássica na Inglaterra, que, fundada numa visão iusnaturalista, entende os direitos consagrados no Bill of Rights como direitos erga omnis homines. Desde

esta perspectiva ideológica e doutrinária lugar de destaque merece a figura de John Locke: “um dos poucos pensadores que não estava interessado em examinar a *ancient constitutio*”. Ou seja, devemos remeter-nos a uma ideologia que apela a uma “primeira natureza”, racional e abstrata com o intuito de se impor diante da “segunda natureza” baseada no costume, prescrição, tradição etc, e portanto numa visão insular do direito, só para os ingleses, Edmond Burke.

Uma primeira natureza que encontra também no “panfletário de revoluções” (EUA, França): Thomas Paine outro importante defensor, que lembra a posição lockeana, em contraposição a teses defendidas pelo conservadorismo burkeano. Prova disso, o trato dado aos direitos humanos na dedicatória (a George Washington, presidente dos EUA) de um de seus principais escritos:

Senhor,

apresento-vos um pequeno tratado em defesa daqueles princípios de liberdade que vossa virtude exemplar tão eminentemente contribuiu para estabelecer. Que os direitos do homem tornem-se tão universais como vossa benevolência possa desejar, e que tenhais a felicidade de ver o Novo Mundo regenerar o Antigo (grifo nosso) (PAINE, 1989: 27).

Assim, em *Os direitos do homem*: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa (1791) Paine visa, com base em premissas jusnaturalistas, demolir o argumento da tradição e do costume defendidos pelo autor inglês. Na opinião de Paine, Burke é um profundo desconhecedor dos verdadeiros princípios revolucionários que animam não só a revolução na França, mas também a que teve lugar na Inglaterra (poupando-o dos EUA por ter defendido sua independência da coroa inglesa).

Segundo Paine, justificar o direito no costume é uma “idiotice”: quem quer que se valha unicamente do costume, declara, sem ouvir a razão, torna-se um verdadeiro escravo do preconceito. Entende que o projeto de declaração dos direitos do homem e do cidadão da França era totalmente oposto ao defendido por Burke que, segundo ele, teria ficado prisioneiro na sua crítica à Revolução Francesa e, na sua defesa da Revolução Inglesa, em bases costumeiras, a um problema relativo ao poder⁷, sem levar em

⁷ Ou seja, explicar a subida ao trono dos novos príncipes na Inglaterra (Guilherme e Maria) não a partir do consentimento do povo, que levaria aceitar o direito de desobediência contra as autoridades que não respeitem os direitos naturais (Locke). Ideia demasiado revolucionária para o espírito conservador burkeano.

conta a importância que têm os princípios racionais, os direitos do homem, que devem nortear uma “revolução completa e universal” (França).

Paine critica Burke por considerar o projeto de declaração dos direitos do homem e do cidadão como “desprezíveis e confusos folhetos de papel” questionando ao respeito que ele estava negando os próprios direitos do homem. Entende que é um erro extrair o direito da tradição e considera que a verdadeira história não é a aquisição de algo pelo transcurso do tempo real, a prescrição, mas a de um tempo dado por uma outra autoridade: a do Artífice. Assim, teria sido o primeiro Ser no tempo quem determinou a fonte dos direitos humanos: a igualdade de todos na medida em que todos somos criaturas oriundas d’Ele. Com esta crítica, baseada nos direitos naturais do homem, Paine retoma, de modo polêmico, a explicação e justificação mais apurada que fizera Locke, antes, desses direitos tanto do ponto de vista teórico quanto epistemológico. Mas, como frisamos, isto levaria a um outro trabalho sobre o liberalismo clássico no período revolucionário inglês.

CONSERVATISM AND THE IMPOSSIBLES *DROITS DE L’HOMME*

ABSTRACT: The paper seeks to discuss the ideas of the greatest exponents of conservative thought: Edmund Burke. It addresses, more specifically, the critical view that he has on human rights. Based in the English Revolution and the rights conquered in the *Bill of Rights*, as well as the intellectual atmosphere in which he writes his masterpiece *Reflections on the French Revolution*, which is dominated by the natural rights of the French *philosophes*. This essay tries to show the inflection that occurs in relation to human rights point of view of the epistemological and ethical, as well as that from the defense of custom and tradition as “second nature” before the “first nature” given by the ratio.

KEYWORDS: Conservatism, English Revolution, common law *versus* natural law.

REFERÊNCIAS

- ARENDR, H. Essai sur la révolution. Trad.do inglês M.Chrestien. Paris: Gallimard, 1967.
- ASHCRAFT, R. La politique révolutionnaire et les deux traités du gouvernement de John Locke. Trad.do inglês J.F.Baillon. Paris: PUF, 1995.
- BURKE, E. Reflexões sobre a revolução em França. Trad.R.A.Faria, D. Fontes de Souza Pinto e C.L.Richter Ribeiro Moura. Brasília: Editora da Unb, 1982.
- HUME, D. Tratado da natureza humana. Trad.D.Danowski. São Paulo: Unesp, 2001.
- LESSA, R. Introdução. In: HUME, D. Ensaios morais, políticos & literários. Trad. L.Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.
- NISBET, R. O conservadorismo. Trad.M.F.Gonçalvez de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1987.
- OAKESHOTT, M. Do fato de ser conservador. In: CRESPIGNY, A.de; CRONIN, J. (Eds.). Ideologias políticas. Trad.S.Duarte. Brasília: Editora da Unb, 1999. p.17-42.
- PAINE, T. Os direitos do homem: uma resposta ao ataque do Sr.Burke à Revolução Francesa. Trad.J.A.Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989.
- POPKIN, R. História do ceticismo: de Erasmo a Spinoza. Trad.D.Marcondes. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2000.
- QUINTANA, F. Common law e conservadorismo, Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Rio de Janeiro, n.1, vol 15, 2011, p.115-144.
- POCOCK, J.G.A. L'ancienne constitution et le droit feudal. Trad.do inglês S. Reungoart; M. Vignaux. Paris: PUF, 2000.

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

José Alfredo dos Santos Júnior

Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal

INTRODUÇÃO

Giambattista Vico nas suas lições sobre retórica explica que o exórdio é o início do discurso, na qual os ouvintes são preparados para escutar de bom grado, com atenção e de forma dócil. Portanto deve ser algo idôneo a si conciliar com os ânimos e capaz de potencializar o discurso. Na verdade, os exórdios existem para se obter a benevolência, a atenção e a “docilità” dos ouvintes¹. Diante da minha pequena estatura intelectual e sobretudo da modéstia desta investigação rogo aos futuros leitores todos estes sentimentos, mas sobretudo a condescendência.

1. “L’ultimo retore, il primo scienziato”?

“Vico: L’ultimo retore, il primo scienziato?” É com esta indagação que nos atrevemos a mergulhar na obra de Giambattista Vico, nomeadamente nas suas lições sobre retórica. Uma projeção que nos incita a enfrentar a opinião consolidada de que esta teria uma expressão relativamente pequena no edifício teórico e prático de Vico. As breves reflexões que se seguem convocam a retórica assumindo, desde já, a sua espessura filosófica, que é alimentada pela indiscutível conexão entre retórica, filosofia, direito e política nos escritos vichianos². Sem excluir evidentemente, a constatação

¹ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. 144-163.

² VILLANI, Antonio, In *Limine*, in *Institutiones Oratoriae*, testo critico versione commento di Giuliano Crifò, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli, 1989, p. VIII. A bibliografia vichiana é deveras vasta com destaque

de Vico de que todo o conhecimento inexoravelmente passa pelo homem: “(...) un uomo che «si fa» anzitutto parlando, perché è divenire, storia”³. Esta investigação propõe-se contribuir para o resgate dos ensinamentos retóricos de Vico, tendencialmente liberto das leituras “canonizantes”, que numa circunstância dominada por perspectivas que por um lado o viam como um jurista de diminuta expressão e de escasso relevo na história da tradição romantística, e por outro negligenciava o nexo insuperável entre retórica e direito⁴. Mas que nos incita também a testar se em Vico houve a restauração da retórica ao seu velho estatuto de teoria e prática da argumentação persuasiva, valorizando-a como arte e como ciência. “L’ultimo retore, il primo scienziato”, foi o título da obra de Sorrentino que dedicou-se ao estudo da retórica vichiana⁵. Com toda vênia devida ao autor utilizamos aqui para evidenciar a ambiguidade na relação entre “retore-scienziato”, quer dizer, a ambiguidade na relação entre retórica e ciência. Tornou-se um lugar comum dizer-se que o pensamento ocidental, pelo menos desde Aristóteles, tem-se caracterizado por uma distinção, que já não apenas distinção, mas separação de dois universos incomunicáveis entre o conhecimento/raciocínio apodítico, que aspira à verdade absoluta e recorre à demonstração analítica, por meio da dedução ou da experimentação empírica; e o conhecimento/raciocínio dialético-retórico, que almeja à adesão ao que é verossímil, razoável, plausível, crível, recorrendo para isso à argumentação. O cientismo que a modernidade impôs à cultura europeia, marcado pelo racionalismo (Descartes) e empirismo (Bacon, Hume, Mill) foi lógico-teorético e empírico-analítico, identificou a racionalidade à razão teórica (teórico-científica) e repudiou a razão prática, retórica-argumentativa e prudencial.

para Orazioni inaugurali (), De nostri temporis studiorum ratione (1709), De antiquissima Italorum sapientia ex linguae Latinae originibus eruenda (1710), De uno universi iuris principio et fine uno (1720), De constantia jurisprudentis (1721), De mente heroica (1732), Principi di una scienza nuova (1725).

³ AGRIMI, Mario, Retorica e Filosofia in Giambattista Vico, Le «Institutiones Oratoriae» un bilancio critico, Atti del Convegno «Retorica e filosofia in Giambattista Vico, 19 marzo 1990, Guida Editori, p. 34.

⁴ CRIFÒ, Giuliano, Institutiones Oratoriae, p. XI – XII. A respeito do texto de Giuliano Crifò: “Non v’è dubbio che auspicata edizione delle Institutiones oratoriae sia un contributo rilevante alla interpretazione della formazione del pensiero di Vico e integri gli altri scritti latini in modo tale da far considerare il Vico uno scrittore latino dall’accento personale, sul fondamento di una cultura e di una dottrina che fecondano anche la sua prosa italiana” (GIGANTE, Marcello, Retorica e Filosofia in Giambattista Vico, Le «Institutiones Oratoriae» un bilancio critico, Atti del Convegno «Retorica e filosofia in Giambattista Vico, 19 marzo 1990, Guida Editori, p. 32; “Giuliano Crifò há dato un contributo importante non soltanto alla ricerca vichiana in senso stretto, ma alla cultura italiana e dunque alla cultura europea” (TRABANT, Jürgen, Retorica e Filosofia in Giambattista Vico, Le «Institutiones Oratoriae» un bilancio critico, p. 79).

⁵ SORRENTINO, A., La retorica e la poetica di Vico ossia da prima concezione estetica del linguaggio, Torino, 1927, p. 138.

A retórica vichiana opõe-se ao cartesianismo. Para Vico há convicções humanas que não se reduzem à evidência racional, quer dizer, à razão geométrica e à demonstração analítico-empírica⁶. Decerto a crítica anticartesiana não se reduz à explicação minimalista de Giuseppe Ferrari que considerava as reminiscências de Platão e de Cícero como “razão de ser” da assumida postura⁷. Parece-nos que a polêmica deita raízes mais profundas, os esforços de Vico refletem uma tentativa de refundação da própria metafísica, a partir de uma “Nuova Scienza” que ostensivamente repudia a gnoseologia matemática que “(...) nulla conferiva alla filosofia dell’uomo”⁸. Trata-se muito especialmente de um humanismo complexo que por um lado é literário, preocupado com um latim elegante, mas que também não negligencia a sua feição civil (herança decerto da “scientia civilis”!). Humanismo literário, civil e sobretudo jurídico formam o complexo humanismo vichiano⁹. Na obra *De mente heroica* de 1732¹⁰, Vico diagnostica que “Studiando retorica, imparerete ciò che occorre perchè la vostra língua non tradisca o deserti il pensiero, né la vostra mente la causa che perseguite”: “che è la língua ‘veicolo naturale de’ costumi”¹¹ e la cui somiglianza determina nelle nazioni il senso comune¹². Hans Georg Gadamer ao estudar as chamadas “ciências do espírito” alude à Vico que em *De nostri temporis studiorum ratione* faz uma defesa do humanismo, ao mesmo tempo que desfere uma série de críticas tanto em face de Descartes quanto do jansenismo. Sem excluir evidentemente

⁶ Para Vico “o verossímil é a verdade problemática, aquilo que está no meio entre o verdadeiro e o falso: o mais das vezes é verdadeiro, excepcionalmente falso. Mas a sua característica é que não implica uma garantia infalível de verdade” (tradução livre *De nostri temp.* § 3º). A proposta de revalorização da tópica e da retórica contrapõem-se as afirmações de Descartes contra a retórica (cfr. *Regulae ad directionem ingenii* X). Muito especialmente em *De ratione* § 5º e *De antiquissima* § 4º, “À razão cartesiana (...) contrapôs Vico o engenho, que é a faculdade de descobrir o novo; e à crítica, a nova arte cartesiana fundada na razão, contrapôs Vico a tópica, que é a arte que disciplina e dirige o procedimento inventivo do engenho. O engenho tem tanto mais força produtiva e inventiva em relação à razão quanto menos capacidade demonstrativa e certeza apodítica possui relativamente a ela”. Ver especialmente: “(...) che oggi il fine di tutti gli studi è solamente la verità, senza tener conto dell’utilità e della dignità: la qual cosa arreca gravissimi danni alla prudenza civile, che in verun conto no soffre che delle cose agibili l’uomo pensi con metodo geometrico” (VICO, G., *Le orazioni inaugurali, il De italarum sapientia* ..., a cura di G. Gentile e F. Nicolini, Bari, 1914, p. 191-192).

⁷ “Furono le reminiscenze di Platone e di Cicerone che determinarono Vico a combattere Descartes: se la realtà della sua dottrina non appoggiasse la nostra congettura, noi avremmo le lezioni di Retorica inedite che la dimostrano” (FERRARI, G. *Opere ordinate ed illustrate coll’analisi storica della mente di Vico in relazione alla Scienza della civiltà da Giuseppe Ferrari*, I, Milano, 1837, p. 278).

⁸ VICO, G., *L’autobiografia* ..., a cura di B. Croce e F. Nicolini, Bari, 1929, p. 17.

⁹ Neste sentido: AGRIMI, Mario, *Retorica e Filosofia* in Giambattista Vico, p. 52-53.

¹⁰ *De mente heroica*, in *Opere*, a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, Ricciardi, 1953, p. 916.

¹¹ *Ibid.* p. 917.

¹² *De Antiquissima*, in *Opere*, a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, Ricciardi, 1953, p. 300.

o seu diagnóstico de que a eloquência é em si, desde a Antiguidade, uma fórmula ambígua que não se resume exclusivamente a sua feição retórica. A arte de bem falar significa arte de falar o que é correto, o que é verdadeiro¹³. Um diagnóstico que se constrói a partir De nostri temporis studiorum ratione mas que Gadamer não deixa ele próprio de transpor (com as superações entendidas como devidas!) para o seu discurso sobre verdade e método. Ele explica que o apelo de Vico ao “sensus communis” abrange para além do momento retórico, o antagonismo entre “sophia” e “phronesis”, quer dizer entre o teórico e prático, entre o primado prático da “phronesis” sobre o ideal teórico da “sophia”, ou em termos estreitos, entre o primado da razão prática sobre a razão teórica. Só que em Vico este antagonismo será discutido em face das características marcantes da ciência moderna. Assim este autor não discute tão somente o antagonismo entre teórico e prático, mas precisamente entre o verdadeiro e o provável. Gadamer exemplarmente explica que nos escritos vichianos a ciência moderna não será questionada nas suas vantagens, mas nos seus limites, procurando realçar que “prudencia” e “eloquentia” nem mesmo a ciência moderna poderá dispensar¹⁴.

O “sensus communis” aqui é levado a sério como saber plausível (verossímil) comprometido com a verdade e com o correto e sobretudo transportador das dimensões de sentido que institui a comunidade. Vico contrapõe-se à universalidade abstrata da razão a universalidade concreta comunitária e historicamente identificada. Na verdade, o que Giambattista propõe é um novo conceito de verdade para a ciência: o provável, o verossímil, o razoável, o plausível, o crível¹⁵. Se por um lado Vico convoca a “phronesis” realçando a importância da situação concreta, por outro lado subtrai a mesma das “virtudes intelectuais” consagrada pela modernidade. Só que também e muito significativamente o antagonismo entre teórico e prático transpõe uma dimensão ética, enquanto se preocupa com a situação

¹³ GADAMER, Hans Georg, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 2. Auflage, 1965, J. C. B. Mohr Tübingen, p. 16.

¹⁴ *Ibid*, p. 18. “Der Rückgriff Vicos auf den römischen Begriff des sensus communis und seine Verteidigung der Verteidigung der humanistischen Rhetorik gegen die moderne Wissenschaft ist für ins von besonderem Interesse; denn hier werden wir ein Wahrheitsmoment der geisteswissenschaftlichen Erkenntnis herangeführt, das für die Selbstbesinnung der Geisteswissenschaften im 19. Jahrhundert nicht mehr zugänglich war” (*Ibid*. p. 20) Na tradução italiana: “(...) il ritorno di Vico al concetto latino del senso comune e la sua difesa della retorica umanistica contro la scienza moderne appartengono a un momento che per la riflessione del XIX secolo non era più accessibile” (GADAMER, Hans Georg, *Verità e metodo*, tr. it. G. Vattimo, Milano, 1972, p. 47)

¹⁵ *Ibid*, p. 18.

concreta num horizonte de um certo universal. Gadamer no seu esforço para atribuir status filosófico à hermenêutica expõe que a compreensão e o domínio da situação concreta exigiria uma certa subsunção do concreto sob o universal. Para além da pressuposição do direcionamento da vontade, haveria a identificação dos fins tendencialmente corretos. Portanto a “phronesis” não traduziria uma capacidade mas a própria determinação do ser moral¹⁶.

Qual a importância de se identificar esta dimensão ética na “phronesis” tendo em vista o estudo que ora se realiza sobre a retórica vichiana? Este sentido ético é igualmente encontrável na doutrina romano-estóica do “sensus communis” exemplarmente convocado por Vico. Mas que “sensus communis”? Vênia pelos óbvios reducionismos, tratar-se-á daquele fruto da especulação filosófica helênica, precisamente aristotélica que em *De anima* almeja ajustar os sentidos específicos com o dado fenomênico, que assume a percepção ora como diferenciação, ora como opinião de um certo universal. Ou tratar-se-á daquele da antiga cultura romana que se alicerça no valor e no sentido das tradições da vida civil e social?¹⁷ Vico em *De ratione* se por um lado faz referência à contemporaneidade e à “immediatezza” da tarefa retórica, por outro sublinha que esta se manifesta numa determinada comunidade linguística, na qual o orador exerce um papel ativo tendencialmente transformador e sensível aos problemas e conhecimentos dos interlocutores¹⁸. Sem olvidar de todas as dificuldades e limites a ter em conta com a invocação do “sensus communis” deslocado do seu próprio tempo histórico (transposição ahistórica), quer seja a cultura grega, quer seja a cultura romana, parece-nos que Vico privilegiou o conceito romano. Mas decerto não parou por aqui, para ele trata-se muito simplesmente de reconhecer o sentido de justiça e de bem comum, adquirido e partilhado através da vida comunitária. Em termos mais precisos, Vico retoma e modifica o conceito de “sensus communis”, tratou-o como mais um aliado em face do discurso pretensamente hegemônico da ciência moderna¹⁹. Mas que também é convocado por Gadamer para denunciar as dificuldades de aplicação do conceito moderno de método às

¹⁶ Ibid, p. 19.

¹⁷ Ibid, p. 19.

¹⁸ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. XXXII

¹⁹ Neste sentido: GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 19-20.

chamadas ciências do espírito²⁰. Se por um lado a mobilização da história por Vico, como uma sucessão progressiva de acontecimentos conduziria à “razão esclarecida”²¹, por outro lado, a história confessadamente maneja um conceito de verdade diverso do formulado pela modernidade (razão teórica), que não se rende às abstrações generalizantes mas convoca exemplos tendentes ao convencimento²².

2. THEODOR VIEHWEG: A TÓPICA LEVADA A SÉRIO

A retórica vichiana também é explorada por Theodor Viehweg, que exemplarmente expõe que a tópica teria como ponto de partida o “sensus communis”, que maneja o verossímil, quer dizer, o “sensus communis” trabalharia com uma categoria similar as posições, ou seja, com pontos de vista conforme os cânones retóricos e sobretudo com uma rede de silogismos²³. Quanto à rede de silogismos temos sérias dúvidas se realmente podem ser encontradas na retórica de Vico. Embora Viehweg reconheça que a tópica fosse de grande interesse para Vico e que fora adequadamente tratada nas perspectivas histórico-filosóficas e sociológica. Não podemos concordar com o autor no que concerne à afirmação de que a tópica não teria recebido a análise exigível quanto a sua estrutura²⁴. Começamos por mobilizar o problema da fonte parece que Viehweg não considerou que os conceitos mais profundos da obra vichiana encontram-se ainda de forma embrionária nas primeiras manifestações da sua genialidade²⁵. Há portanto uma continuidade e um aprimoramento das suas idéias ao longo da vida, e muito especialmente no universo da retórica não é decerto problemática a afirmação dessa continuidade entre *De ratione*

²⁰ GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 21.

²¹ ABBAGNANO, Nicola, *História da Filosofia*, vol. VII, tradução de António Ramos Rosa e António Borges Coelho, Editora Presença, Lisboa, 1970, p. 50.

²² GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 20.

²³ VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 4. durchgesehene Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1969, p. 6.

²⁴ *Ibid*, p. 7.

²⁵ “La mentalità del Vico ha questo di singolare: che i concetti più profondi delle sue opere mature si trovano visibilmente in germe nelle prime manifestazioni del suo ingegno; e se ogni nuova formulazione del suo pensiero rappresenta un nuovo problema oggettivo e risolto nelle luce di una più consapevole e complessa meditazione, è pur sempre possibile rintracciare nelle precedenti espressioni della sua mente la vita che quel problema assumeva implicitamente, ossia organizzato nell'interesse della sua visione mentale” (RIGHI, G. Carattere e continuità dell'elemento etico nelle opere del Vico ossia l'anima della meditazione vichiana, in RIFD, n° 8, 1928, p. 481 apud CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. XVI)

(1711) e *Scienza Nuova* de 1725, 1730 e 1744. Sendo certo que há uma relação constante e estreita entre o ensinamento de retórica e o restante da obra de Vico²⁶. Levar a sério os argumentos ou melhor os não-argumentos de Viehweg significa muito especialmente confessar aos olhos de toda a gente a desconsideração de que, não obstante *De ratione* seja a base substancial das teses vichianas sobre retórica com uma metodologia apresentada já no seu sentido prático²⁷, a grande obra de Vico sobre retórica é sem sombra de dúvida "*Institutiones Oratoriae*"²⁸, que embora trate da tópica ("*De arte topica*") num único parágrafo, dedica-se integralmente com os seus sessenta e sete parágrafos ao estudo da retórica, exemplarmente suscita "*Rhetoricae nomen*" (§ 1º), "*De natura rhetoricae*" (§ 2º), "*De materia rhetoricae*" (§ 4º), "*De civili institutiones futuri oratoris*" (§ 8º), "*De institutiones literaria rhetoricae parasceva*" (§ 9º), "*Artis praesidia*" (§ 10º), "*De inventione*" (§ 11º); "*De arte topica*" (§ 13º), devidamente acompanhada de "*Exempla locorum*" (§ 14º), "*Formulae proponendi exempla*" (§ 15º), "*Formulae proponendi testimonia*" (§ 16º), "*De locibus argumentorum conciliantium*" (§ 17º), "*De locis commoventium argumentorum*" (§ 18º), "*De locis argumentorum tribus generibus causarum communibus*" (§ 19º). Não deixou de explorar "*De genere demonstrativo*" (§ 20º), "*De genere deliberativo*" (§ 21º) e "*De genere iudiciali*" (§ 22º). Quanto à estrutura especificamente suscitou, "*De dispositione*" (§ 24º), "*De exordio*" (§ 25º), "*De narratione*" (§ 26º) "*De digressione*" (§ 27º), "*De propositione*" (§ 28º), "*De partitione*" (§ 29º), "*De confirmatione*" (§ 30º), "*De amplificatione*" (§ 31º), "*De confutatione*" (§ 32º), "*De peroratione*" (§ 33º), "*De elocutione*" (§ 34º). Mas também se interrogou a respeito da "*De dignitati*" (§ 38º), "*De tropis*" (§ 39º), "*De metaphora*" (§ 40º), "*De metonymia*" (§ 41º), "*De synecdoche*" (§ 42º), "*De ironia*" (§ 43º). E por fim, "*De compositione*" (§ 62º), "*De iunctura*" (§ 63º), "*De periodo*" (§ 64º), "*De numero*" (§ 65º), "*De formis dicendi*" (§ 66º) e "*De memoria et pronunciatione*" (§ 67º). Vico explorou a tópica, quer dizer, "a arte de encontrar argumentos relativamente a qualquer questão proposta"²⁹ em toda "*Institutiones*".

²⁶ Neste sentido: CRIFÒ, *Institutiones Oratoriae*, p. XL.

²⁷ GRASSI, E. *Critical Philosophy or Topical philosophy? Meditations on De nostri temporis studiorum ratione*, in *Symposium*, 1969, p. 47 apud CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. XLIII. Neste sentido também VASOLI, C., *Topica, retorica e argomentazione nella 'prima filosofia' del Vico*, in *Revue. intern. de phil.* n° 33, 1979, p. 188 ss.

²⁸ Com base no curso inédito de retórica de 1741, portanto posterior a *Scienza Nuova*.

²⁹ No original: "(...) ars inveniendi argumenta in quavis proposita quaestione", in *Institutiones Oratoriae*, testo critico versione commento di Giuliano Crifò, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli, 1989, p. 51.

Embora não concordemos com Viehweg quanto à afirmação de que a tópica em Vico não teria recebido a análise adequada quanto à estrutura. Não desconhecemos o seu imenso contributo no tocante ao resgate da tópica na segunda metade do século passado. A reconstrução (com as devidas problematizações) de todo o pensamento do autor exorbitaria (e em muito) os estreitos limites desta investigação. Todavia, naquilo que interessa-nos convém realçar que Viehweg já enxergava em Vico todo o esforço de discutir a tópica nos quadrantes da jurisprudência. Sem evidentemente excluir sua constatação de que “Die Topik ist eine von der Rhetorik entwicelte Techne des Problemendens”³⁰, quer dizer, a tópica seria uma técnica de pensar por problemas. E quanto à estrutura chama atenção a sua distinção entre tópica de primeiro grau e de segundo grau, a primeira atuaria quando a partir do problema extrai-se pontos de vista quase ao acaso. A segunda decorreria de uma investigação ulterior que se funda num prévio catálogo de pontos de vista (que somente teria sentido a partir do problema). O mérito de Viehweg foi ter reproposto a presença da tópica na estrutura do raciocínio dos juristas e sobretudo ter realizado análise dos elementos estruturais desta forma própria de pensar³¹. No que concerne à distinção da tópica em de primeiro e de segundo grau parecemos fruto de um pensamento analítico extremado, pois a tópica refletiria uma unidade intencional não restringível a uma decomposição em dois tempos, quer pela própria unidade complexa do pensamento, quer pela impossibilidade fática de extração de pontos de vista ao acaso. Se tivermos presente que a tópica em Viehweg nos convida para a discussão de problemas, como techne do pensamento que se orienta para o problema, fica fácil compreender que é ínsito à tópica o problema. Esta assunção do prius do problema para além de provocar um fissura entre o sistema e o problema, explica claramente que a função da tópica para Viehweg estaria na busca de premissas, vislumbrando-se dois mundos: o da tópica na busca das premissas e da lógica na elaboração das mesmas. Dois mundos que já não seriam comunicáveis, se por um lado reconhece que o peso da lógica nas redes de conceitos e de proposições pelos topoi é pequeno e a vinculação ao problema só permitiria deduções de pequeno espectro. Por outro lado assume que o modo de pensar problemático é arredo às vinculações, mas é impossível renunciá-las na sua totalidade. Na medida

³⁰ VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, p. 1

³¹ Idem, *Topica e Giurisprudenza*, a cura di Giuliano Crifò, Giuffrè Editore, Milano, 1962, *Introduzione*, p. X.

que a tópica só pode ser entendida a partir de sua inclusão num sistema que está sempre por ser construído. Aqui a instância de controle é a própria dialética, que almeja assegurar a transparência e simplicidade na discussão de problemas³².

Viehweg assume a tópica esclarecendo o seu caráter dialético (no sentido aristotélico) em contraposição ao apodítico. Levar a sério tais argumentos é no entanto confirmar que entre o “método retórico” e o “método crítico” não existiria contraposição e exclusão, mas precisamente precedência do primeiro sobre o segundo. Levar a sério os argumentos em causa significa ainda desconhecer que a tópica constitui só um elemento do raciocínio dos juristas que decerto é integrado por outros e que o direito romano seria um “Fallrecht” dotado de uma estrutura sistemática interna³³. Não obstante reconheçamos a grandiosidade do engenho de Viehweg, temos que o sistema axiomático-dedutivo não é a única via possível para o projeto regulativo direito e sem esquecer toda a importância da tópica parece-nos que ela não constitui a última palavra no aprimoramento da jurisprudência. Procuraremos ao longo da investigação realçar na relação sistema-problema ou problema-sistema o papel da argumentação. O prius do problema impõe uma reflexão metodológica que leve a sério a dimensão argumentativa (problema-argumentação-sistema). E como já vimos, o problema não nega o sistema uma vez que o caso em questão interroga continuamente o sistema. Mas também o problema não subsiste sem que disponha de “addentellati sistematici” em constante constituição. O sistema não se constitui um a priori, mas vai constituindo-se a partir dos casos-problemas.

O silogismo em Vico é um processo mental que poderá vir a fornecer a “verdade provável”³⁴, na qual a tópica crítica³⁵ exerce um papel fundamental na identificação do termo intermédio. Já em “Le orazioni inaugurali” Vico sublinhava o compromisso da tópica como “l’arte di apprendere vero”³⁶.

³² Ibid, p. 17-27.

³³ KASER, M. Zur Methode der römischen Rechtsfindung, Nachr. d. Akad. d. Wiss. In Göttingen, Phil.-hist., Nr. 2. 1962, p. 72-74 apud Topica e Giurisprudenza, a cura di Giuliano Crifò, Giuffrè Editore, Milano, 1962, Introduzione, p. XIX.

³⁴ Neste sentido: SORRENTINO, A., La retorica e la poetica di Vico ossia da prima concezione estetica del linguaggio, Torino, 1927, XI; VERENE, D. Ph., Vico’s Science of Imagination, Ithaca a. London, 1981, p. 47.

³⁵ De antiquissima VII, 5 in Opere a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 299.

³⁶ “Ma dico di più: che questa è l’arte di apprendere vero, perché è l’arte di vedere per tutti i luoghi topici nella cosa proposta quanto mai ci è per farlaci distinguer bene ed averne adeguato concetto; perché la falsità de’

Na obra “*Institutiones Oratoriae*” ele explica que com o uso de certos lugares obtêm-se a demonstração, ou de forma mais precisa, a prova de fato³⁷. Mas igualmente reconhece que os oradores não se utilizam deste “lugar”, pois não teria nada para ser feito, quer dizer, não haveria nenhuma defesa a ser formulada. Ao passo que nos “*ex locis autem ratiocinantibus*”, isto é, nos “*luoghi raziocinanti*” granjeam-se as conclusões prováveis e verossímeis. As primeiras suscitarium um problema de conhecimento ou contemplativo e o verossímel surgiria na relação com uma ação. Decerto são estes últimos os “lugares” por excelência dos oradores³⁸. Com uma originalidade inconfundível, Giambattista realça que a tópica exerceria ainda uma função essencialmente didática, confirmada em De antiquissima: “(...) nulla più anzidetti predicamenti e dell’anzidetta topica riuscirà ferace in fatto d’invenzioni: tanto che da quelle medesime fonti potranno scaturire non solamente oratori facondi, ma altresì osservatori quanto mai attenti”³⁹. O silogismo logrado em Vico alcança a “verdade provável” e a tópica desempenha também um função didática, não se resumindo tão somente a uma técnica. Neste sentido, Giuliano Crifó realça a vantagem de se poder conhecer com exatidão os meios retóricos nos quais se valem os filósofos⁴⁰. A tópica nos escritos vichianos é sugerida como “arte de encontrar argumentos relativamente a qualquer questão proposta”⁴¹, portanto indica os lugares comuns aos oradores, quer dizer, a arte tópica indica os elementos da argumentação⁴². O discurso de Vico

giudizi non altronde proviene che perché l idee ci rappresentano più o meno di quello che sono le cose: del che non possiamo star certi, se non avremo raggirata la cosa per tutte le questioni proprie che se ne possano giammai proporre, Che è la via che tien l’Herberto nella sua Ricerca della verità, che veramente altro non è che una topica trasportata agli sui de’ fisici sperimentali” destaque do original (VICO, G., *Le orazioni inaugurali*, in *Opere*, vol. I, a cura di G. Gentile-F. Nicolini, Bari, Laterza, 1968, p. 256 e 269).

³⁷ A prova de fato especialmente remete-nos aos “indícia, signa, vestigia” explorado por Quintiliano em *Institutio oratoria* V 9 e 9,5 e ainda sobre as frases apodíticas ver muito especialmente Aristóteles em *Rhetorica* I 2, 1357 b.

³⁸ De Argumentis Docentibus § 12, in *Institutiones Oratoriae*, texto critico versione commento di Giuliano Crifó, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli, 1989, p. 48.

³⁹ De Antiquissima, in *Opere*, a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, Ricciardi, 1953, p. 299.

⁴⁰ CRIFÓ, *Institutiones Oratoriae*, p. XLIII.

⁴¹ L’arte topica § 13, in *Institutiones Oratoriae*, p. 51.

⁴² “In questo tipo di luogo rientrano la definizione, la divisione, la etimologia, la congiunzione etimologica di parole, il genere, la specie, il tutto, le parti, la causa, appunto, efficiente, l’autore, la materia, la forma, lo scopo, gli effetti, il soggetto, le circostanze concomitanti che possono essere relative sia alla cosa sia alla persone sia al luogo sia al tempo. A questo luogo vanno riferite le facultà, le occasioni e gli strumenti; inoltre gli antecedenti, i concomitanti, i conseguenti, i simili, i dissimili, i congrui e i repugnanti; tre tipi di opposti, vale a dire i contrari, privativi, i contraddittori; inoltre i relativi e i comparati, tra i quali si trovano il più, il pari, il meno. Questi luoghi sono, per così dire, gli elementi dell’argomentazione (...)” grifo nosso, in CRIFÓ, *Institutiones Oratoriae*, p. 51.

sobre “L’arte topica” (§ 13º) não permite reconstituir adequadamente toda a grandiosidade com que Giambattista enxergava o “ingegno”, que por sua vez conferia à tópica uma feição inventiva exemplarmente lograda⁴³. Na última “Scienza nuova” Vico sublinha que “a tópica é faculdade que produz mentes engenhosas”, seria precisamente o “ingegno” o responsável pela atividade inventiva da tópica⁴⁴. Para além disso recomenda-se a leitura do capítulo VII de “De antiquissima”, nomeadamente o parágrafo “De certa facultate sciendi” que explora exemplarmente a necessária convergência do procedimento tópico na realidade humana. A aventura de Vico no universo da retórica é de uma extraordinária atualidade e um grande estímulo às investigações jusfilosóficas, sobretudo pela perpectivação total do fenómeno argumentativo que de certa forma resgata a unidade do saber antigo⁴⁵. Sem excluir obviamente que sua originalidade afasta a possibilidade de sua inserção numa determinada escola filosófica ou doutrinal⁴⁶. Aqui o antigo topos da unidade entre “sapienza” e “eloquentia” é resgatado com muita originalidade. A unidade seria garantida pela retórica, na medida que realiza uma função sintética e de coordenação entre os vários universos (religioso, moral, político) tendencialmente voltados à persuasão⁴⁷. Se por um lado realça a importância do orador se enriquecer com a erudição, sob pena de “encontrar-se na condição de quem conhece o alfabeto, mas quando escreve ignora as palavras formadas pelas letras”⁴⁸. Por outro, o orador deve exercitar-se muito, de modo que perante qualquer questão seja possível recorrer contemporânea e rapidamente “todos os lugares assim como se faz com as letras do alfabeto que se ler”⁴⁹. Esta habilidade mental voltada ao convencimento

⁴³ Ver muito especialmente: AGRIMI, Mario, Retorica e Filosofia in Giambattista Vico, Le «Institutiones Oratoriae» un bilancio critico, Atti del Convegno «Retorica e filosofia in Giambattista Vico, 19 marzo 1990, Guida Editori, p. 42.

⁴⁴ “Perché la topica è facultà di fare le menti ingegnose, siccome la critica è di farle esatte, e in que’ primi tempi si ahevano a ritruovare tutte le cose necessarie alla vita humana, e ‘l ritruovare è proprietà dell’ingegno” (Scienza Nuova, in Opere, vol. I, a cura di A. Battistini, Milano, Mondadori, 1990, p. 478).

⁴⁵ Quanto à unidade do saber antigo ver muito especialmente: BATTAGLIA, F. L’unità del sapere nelle prime Università occidentali, in Riv. intern. fil. dir., nº 32, 1958, p. 190-201.

⁴⁶ VERENE, D. Ph. Vico. La scienza della fantasia, trad. it., Roma, 1981, p. 7-8.

⁴⁷ AGRIMI, Mario, Retorica e Filosofia in Giambattista Vico, p. 51. Na carta enviada à Estevão de 12 de janeiro de 1729, Vico muito especialmente diz: “(...) la vera eloquenza è la sapienza che parla, e la sapienza è l’aggregato di tutte le virtù e della mente e del cuore, onde naturalmente escono da se stesse e le più belle e le più grandi virtù della lingua” (VICO, G., L’autobiografia ..., a cura di B. Croce e F. Nicolini, Bari, 1929, p. 212).

⁴⁸ CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 51

⁴⁹ Ibid, p. 51

não significa que se deva encontrar argumentos em todos os “lugares”, mas simplesmente fornecer ao orador a segurança necessária de que percorreu na imensa cadeia de sinapses nervosas tudo que seja inerente ao caso em questão^{50 51}.

3. O IDEAL FILOSÓFICO-RETÓRICO CLÁSSICO

Parece-nos que a retórica vichiana representa a culminância de uma linha evolutiva do ideal filosófico-retórico ciceroniano. Cícero muito provalmente representou o ápice do pensamento retórico antigo que posteriormente foi claramente assumido por Vico e levado a andares mais altos da reflexão⁵². Tanto no discurso ciceroniano quanto no vichiano as fronteiras entre retórica e filosofia são bastante tênues⁵³, sem excluir evidentemente

⁵⁰ Ibid, p. 53.

⁵¹ A retórica vichiana remete-nos a Cícero, *De inventione* II, 15 e *Partitiones oratoriae* 31; Aristóteles, *Rhetorica* I, 2, 1358 a e II, 22, 1396 b; Quintiliano, *Institutio oratoria* V 10 14 e II, 4. Na doutrina: RIPOSATI, B. *Studi sui ‘Topica’ di Cicerone*, Milano, 1947, p. 293; MICHEL, Alain, *Rhétorique et Philosophie chez Cicéron*, Paris, 1960; CRIFÓ, G. *Studi sul quasi-usufrutto romano I*, Padova, 1977, p. 119 ss; STROH, Wilfried, *Cicerone*, Bologna, Il Mulino, 2010; NARDUCCI, E., *Cicerone. La parola e la politica*, Bari, Laterza, 2009; FEZZI, L., *Il tribuno Clodio*, Laterza, 2008; NARDUCCI, E., *Introduzione a Cicerone*, Bari, Laterza, 2005; NARDUCCI, E., *Eloquenza e astuzie della persuasione in Cicerone*, Firenze, Le Monnier, 2005; GRIMAL, Pierre, *Cicerone*, Il Giornale, Milano, 2004; FRASCHETTI, A., *Augusto*, Laterza, 2004; TRAINA, Giusto, Marco Antonio, Laterza, 2003; EVERITT, A., *Cicero. A turbulent life* (in inglese), Londra, John Murray Publishers, 2000; CANFORA, L., *Giulio Cesare*, Laterza, 1999; LEPORE, Ettore, *Il pensiero politico romano del I secolo*, in Arnaldo Momigliano; Aldo Schiavone (a cura di), *Storia di Roma*. Vol. II/1, Torino, Einaudi, 1990; FRUTTERO, C. e LUCENTINI, Franco, *La morte di Cicerone*, Nuovo Melangolo, 1995; PERELLI, L., *Il pensiero politico di Cicerone. Tra filosofia greca e ideologia aristocratica romana*, La nuova Italia, 1990; GIBBON, E., *Declino e caduta dell’Impero Romano*, Milano, Mondadori, 1986; STOCKTON, D. L., *Cicerone. Biografia politica*, Milano, Rusconi Libri, 1984; RAWSON, E., *L’aristocrazia ciceroniana e le sue proprietà*, in M.I. Finley (a cura di). *La proprietà a Roma*, Bari, Laterza, 1980; KUMANIECKI, Kazimierz, *Cicerone e la crisi della Repubblica romana*, Centro di Studi Ciceroniani, Roma, 1972; RAWSON, E., *Cicero, A portrait*, Allen Lane, 1975; UTCENKO, S. C., *Cicerone e il suo tempo*, Editori Riuniti, 1975; MARCHESI, C., *Storia della letteratura latina, Principato*, 1969; PERELLI, L., *Storia della letteratura latina*, Paravia, 1969; BÜCHNER, K., *Cicero bestand und Wandel seiner geistigen Welt*, Heidelberg, 1964; BOISSIER, G., *Cicerone e i suoi amici (Cicéron et ses amis)*, traduzione di Carlo Saggio, BUR, 1959; LEPORE, Ettore, *Il princeps ciceroniano e gli ideali politici della tarda Repubblica*, Istituto italiano per gli studi storici, Napoli, 1954; HASKELL, H.J., *This Was Cicero: Modern Politics in a Roman Toga*, New York, Alfred A. Knopf, 1942.

⁵² GRASSI, Ernesto, *Rhetoric as Philosophy: The Humanist Tradition*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1980, p. 35 ss.

⁵³ Quanto às fronteiras entre retórica e filosofia ver muito especialmente: “We must always keep in mind that there is not only a philosophy practiced by and for philosophers, but also a philosophy implicit in rhetoric and claimed as their domain by the rhetoricians. Vice versa, there is not only a rhetoric theory taught by philosophers as a part of philosophy, but also a rhetoric developed by and for professional rhetoricians who were often quite unconcerned with philosophy and who have often been overlooked by historians of philosophy” (KRISTELLER, Paul O. *Renaissance Thought and Its Sources*, M. Mooney (ed.), New York,

que ambos os autores assumem a retórica como vetor interpretativo dos problemas em geral, quer dizer, elegem-na como preocupação nuclear de suas investigações e não a tratam de forma incidental. Mas qual a relação entre retórica e filosofia? Na tentativa de reconstituir alguns caminhos possíveis decorrentes desta problematização convocaremos como interlocutores privilegiados Isócrates, Cícero e Quintiliano. Embora Platão e Isócrates não concordassem sobre o caminho que o homem deveria seguir para desenvolver plenamente suas potencialidades, ambos realçavam a necessidade de renovação moral. Platão é apontado como o “inventor” do termo “*rhetorike*” para diferenciar de sua arte genérica do “*logos*”, ou seja, a retórica seria uma específica disciplina mais holística e menos especializada que a dialética platônica, sem excluir evidentemente sua dimensão educativa capaz de reunir várias disciplinas humanísticas, dentre elas, a eloquência forense⁵⁴. Para Platão a arte de falar foi marcada por uma dicotomia entre o falar científico com proeminência da filosofia através da dialética e o falar simples de competência da retórica⁵⁵. Na verdade, tanto Platão quanto Isócrates, pupilo de Gorgia, criticavam exemplarmente a redução da retórica a uma mera prática tecnicista conforme era ensinada por alguns sofistas⁵⁶. Se por um lado Isócrates afastou-se da aproximação redutora e intrumental de alguns sofistas, por outro lado, igualmente desinteressou-se da identificação platônica da cultura “alta” com a filosofia. Ora isto sem esquecer sua proposta de que a retórica poderia ser algo maior que uma simples “arte de persuasão”, precisamente um “ideal educativo” ou mesmo uma “visão de mundo” capaz de dialogar com a filosofia. A proposta de Isócrates foi no sentido de criar um novo standard cultural e ético que pudesse servir de orientação para a vida prática. Portanto, já haveria aqui uma primazia da prática em detrimento do teorético, sem que isto importasse um empobrecimento em termos culturais e éticos⁵⁷.

Columbia University Press, 1979, p. 215). Na doutrina: IJSELING, S. *Rhetoric and Philosophy in Conflict: An Historical Survey*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1976, p. 7-18; VICKERS, B. In *Defense of Rhetoric*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 212.

⁵⁴ SCHIAPPA, Edward, *The Beginnings of Rhetorical Theory in Classical Greece*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1999, p. 165.

⁵⁵ HETZEL, A. *Rhetorical Acosmism and Radical Democracy*, in International Conference “Rhetoric, Politics, Ethics”, in Ghent University, 21-23 Aprile, 2005, p. 3. Disponível em http://www.rpe.ugent.be/Hetzel_paper.pdf

⁵⁶ SCHIAPPA, *The Beginnings of Rhetorical Theory in Classical Greece*, p. 163-164; JAEGER, W., *Paideia: The Ideals of Greek Culture*, vol. III: *The Conflict of Cultural Ideas in the Age of Plato*, G. Highet (trad.) Oxford, Basil Blackwell, 1945, p. 49.

⁵⁷ “ (...) the new rhetoric had to find an ideal which could be ethically interpreted and which at the same time

Aqui o homem não poderia aceder a um conhecimento absoluto e universal (no sentido platônico, “episteme”), mas tão somente a um conhecimento baseado em opiniões (“doxai”) e na prudência (“phronesis”) capaz de orientar as ações para o melhor conforme as circunstâncias concretas⁵⁸. Ora é precisamente enquanto mobiliza “doxai” e “phronesis” que Isócrates contrapõe-se a tese de irrelevância da retórica formulada por Platão, sugerindo que aquela filosofia puramente contemplativa do céu e das estrelas, esta sim, verdadeiramente irrelevante para as questões surgidas na praça e no mercado. Embora reconheçamos todo o contributo de Isócrates, ele foi e permaneceu no seu tempo, no sentido de ainda estar em sintonia com o espírito de sua época⁵⁹. A capacidade de persuadir apenas presente no homem, sua função genética na constituição das artes e das instituições, sua condição de fundamento da comunicação, a integridade ética do orador e a indissociabilidade entre o falar e o pensar são algumas dimensões sugeridas por Isócrates⁶⁰. A integridade ética do

could be translated into practical political action. This ideal was a new moral code for Greece. It gave rhetoric and inexhaustible theme; in it the ultimate topic of all higher education seemed to have been discovered once and for all” (JAEGER, W., *Paideia: The Ideals of Greek Culture*, vol. III, p. 53).

⁵⁸ “For since it is not in the nature of man to attain a science (episteme) by the possession of which we can know positively what we should do or what we should say, in the next resort I hold that man to be wise who is able by his powers of conjecture (doxai) to arrive generally at the best course, and I hold that man to be a philosopher who occupies himself with the studies from which he will most quickly gain that kind of insight (phronesis)” (ISÓCRATES, *Antidosis*, *Isocrates in three volumes*: vol. II, G. Norlin (ed. and trad.), Londres, Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1962, p. 271).

⁵⁹ FISH, Stanley, *Rhetoric*, in M. Bernard-Donals and R. R. Glejzer (eds.), *Rhetoric in an Antifoundational World*, p. 42; ARENDT, H. *Philosophy and Politics*, *Social Research*, vol. 57, nº 1 (1990), p. 75; MASARACCHIA, A. , *Isocrate, Retorica e Politica*, Roma, GEI, 1995, p. 23.

⁶⁰ Muito especialmente sobre o poder do “logos”, Isócrates escreve: “We are in no respect superior to other living creatures; nay, we are inferior to many in swiftness and in strength and in other resources; but, because there has been implanted in us the power to persuade each other and to make clear to each other whatever we desire, not only have we escaped the life of wild beasts, but we have come together and founded cities and made laws and invented arts; and, generally speaking, there is no institution devised by man which the power of speech has not helped us to establish. For this it is which has laid down laws concerning things just and unjust, and things honourable and base; and if it were not for these ordinances we should not be able to live with one another. It is by this also that we confute the bad and extol the good. Through this we educate the ignorant and appraise the wise; for the power to speak well is taken as the surest index of a sound understanding, and discourse which is true and lawful and just is the outward image of a good and faithful soul. With this faculty we both contend against others on matters which are open to dispute and seek light for ourselves on things which are unknown; for the same arguments which we use in persuading others when we speak in public, we employ also when we deliberate in our own thoughts; and, while we call eloquent those who are able to speak before a crowd, we regard as sage those who most skilfully debate their problems in their own minds. And, if there is need to speak in brief summary of this power, we shall find that none of the things which are done with intelligence take place without the help of speech, but that in all our actions as well as in all our thoughts speech is our guide, and is most employed by those who have the most wisdom” (ISÓCRATES, *Antidosis*, p. 253-258).

orador é fundamental para Isócrates⁶¹. Para ele a arte de bem falar não é algo que possa ser ensinado a partir de um conjunto de regras abstratas aplicáveis a qualquer circunstância. Mas precisamente desenvolver aquela capacidade de saber explorar a essência do momento (“Kairos”), quer dizer, poder pronunciar a palavra adequada de acordo com a questão proposta. Capacidade que também Platão em Fedro reconheceu como fundamental para o orador⁶². Trata-se de assumir a retórica como um ato criativo na qual são indispensáveis o talento, a educação e a prática. Sendo o primeiro o elemento essencial. O que devemos ter em mente é que não se trataria apenas de desenvolver uma capacidade técnica, mas justamente formar a pessoa, ou de forma estreita, formar o seu caráter⁶³. O ponto de partida exemplar de Isócrates foi pensar o estado moral da sociedade sem as tensões constantes da distinção, já separação, entre a razão prática e a teórica. O que decerto inaugurou um novo iter que será retomado por Cícero e Quintiliano.

A retórica chegou a Roma pelas mãos de um grupo de professores gregos e junto com a retórica também as disputas travadas entre esta e a filosofia⁶⁴. Não obstante a retórica inicialmente tenha enfrentado alguns obstáculos como a austeridade e o conservadorismo da cultura romana, a vocação pragmática e política do povo romano falou mais alto e proporcionou o contexto adequado para o seu desenvolvimento, principalmente através dos escritos de Cícero e Quintiliano⁶⁵. O primeiro orador que se tem registro em Roma é Catone “Il Vecchio”, que promoveu a adaptação das técnicas e dos argumentos da retórica grega à linguagem e ao estilo latino, e preferia citar e recompilar a inventar. A austeridade e conservadorismo da cultura romana esteve intensamente presente em Catone sobretudo na defesa do “mos maiorum” e da irrepreensibilidade ética do orador e do homem político, que fora reinterpretado tanto por Cícero quanto por Quintiliano⁶⁶. O ideal de orador para Quintiliano decorre da famosa fórmula “vir bonus, dicendi peritus”, quer dizer, o indivíduo ético

⁶¹ ISÓCRATES, Antidosis, p. 276-278.

⁶² JAEGER, W., Paideia: The Ideals of Greek Culture, vol. III, p. 57-61.

⁶³ KENNEDY, G., A New History of Classical Rhetoric, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 44 ss.

⁶⁴ Idem, The Art of Rhetoric in the Roman World, 300 B. C. -A. D. 300, Princeton University Press, 1972, p. 53; VICKERS, B. In Defense of Rhetoric, p. 163. Sobre a história da retórica em Roma ver muito especialmente “Brutus” de Cícero.

⁶⁵ JJSSELING, S. Rhetoric and Philosophy in Conflict: An Historical Survey, p. 34

⁶⁶ KENNEDY, The Art of Rhetoric in the Roman World, 300 B. C. -A. D. 300, p. 57.

que adquiriu a capacidade de falar eloquentemente apto a desenvolver as suas funções políticas⁶⁷. Cícero e Quintiliano elevaram a retórica a “ars civilis” por excelência, quer dizer, a fundamento educativo e político da comunidade, em Roma a retórica reconcilia-se com a vida prática⁶⁸. Quanto ao primeiro a primazia da razão prática não significou o abandono da razão teórica. Muito pelo contrário, Cícero tinha uma grande estima pela filosofia e foi sem dúvida um dos maiores divulgadores da filosofia grega em Roma. Sem esquecer obviamente que foi a sua versatilidade que o permitiu, assim como Quintiliano, unificar na sua teoria retórica diferentes tradições, quer seja aristotélica, quer seja isocrática, e de acolher até mesmo a influência de Platão (o grande crítico da retórica!)⁶⁹. A vocação prática de Cícero e Quintiliano reflete-se antes de tudo no modo em que estes autores conceberam a relação entre filosofia e retórica. Cícero reprova tanto Sócrates quanto Platão por haver separado a filosofia da retórica, como o resultado da separação do ensinamento de como se pensa daquele de como se fala, como se pensar e falar não constituísse uma unidade compreensiva.

Como recorda Cícero, retórica e filosofia estavam inicialmente unidas e foram separadas somente quando alguns estudiosos, seduzidos irremediavelmente pelo amor ao conhecimento retiraram-se da atividade política⁷⁰. Cícero exemplarmente confessa: “(...)”whatever ability I possess

⁶⁷ QUINTILIAN, *Institutio Oratoria*, H. E. Berther (trad.), Cambridge, Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1920-22, XII, 1. 1.

⁶⁸ BARILLI, R. *Rhetoric*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1989, p. 26.

⁶⁹ Ver muito especialmente: Benedetto Fontana, em um artigo sobre a relação entre filosofia e retórica no pensamento político de Leo Strauss, escreveu a propósito de Cícero: “Cicero, it may be argued, represents precisely that ‘gentleman’ who can mediate between the requirements of philosophy and the imperatives of politics, a member of the ‘urban patriciate,’ whom Strauss considers so necessary for a stable and moderate polity within which philosophy, thought, and culture may flourish. At the same time, Cicero’s life and thought seem to embody Plato’s ideal statesman, the politikos who embodies, and balances, the synthesis of knowledge and power. Finally, Cicero’s absence in Strauss underlines precisely what Strauss wants to obscure, namely, that without the people, politics and culture are not possible in the modern world. At the same time, precisely because Cicero attempts to reconcile philosophy and politics, his politics and thought may be seen as a link between Plato and Machiavelli... Cicero’s depiction of the origin of community and civilized life as emerging from the ratio et oratio of a proto-orator underlines Cicero’s belief in the complementary character of reason and speech, philosophy and rhetoric”. FONTANA, B., *Reason and Politics: Philosophy Confronts the People*, *Boundary 2*, vol. 33, nº 1 (2006), p. 7-35 e p. 29-31; Elaine Fantham num estudo sobre “De oratore” de Cícero para além de realçar o seu cariz literário e artístico reconhece sua capacidade especulativo-filosófica (FANTHAM, Elaine, *The Roman World of Cicero’s De oratore*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 71). Sobre a atitude de Cícero em relação à filosofia e o seu valor como filósofo ver muito especialmente ainda: CONNOLLY, J., *The State of Speech: Rhetoric and Political Thought in Ancient Rome*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2007, p. 127-129.

⁷⁰ CICERO, *De Oratore*, III.56-61, E. W. Sutton y H. Rackham (trad.), Cambridge (Mass.), Loeb Classical

as an orator comes, not from the workshops of rhetoricians, but from the spacious grounds of the Academy”⁷¹. Se por um lado o orador deve instruir-se na filosofia, sobretudo na filosofia prática, que trata de questões como virtude e equidade. Por outro lado, o filósofo necessita comunicar o seu conhecimento e para tal empresa será necessário aprender a eloquência dos oradores. Portanto, retórica e filosofia devem ser ensinadas juntas⁷². Aquela necessária união do “logos-pathos-ethos” sustentada por Aristóteles será aqui confirmada e fortalecida com adição da força espiritual e emotiva da eloquência segundo a tríade “docere”, “conciliare” e “movere” de Cícero⁷³. Para além disso, fica relativamente claro na escrita ciceroniana a grandeza em que ele concebe a retórica como elemento genético da civilização, pois explicaria a criação e a manutenção da própria civilização⁷⁴. Mais do que o diagnóstico de íntima relação entre retórica e filosofia na prática em Cícero, importa-nos também convocar as impressões de Quintiliano sobre a importância para a retórica de sua relação com a

Library, Harvard University Press, 1942.

⁷¹ Idem, Brutus, in Brutus, Orator, G. L. Hendrickson e H. M. Hubbell (eds. e trad.), Cambridge (Mass.), Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1934, 12-13.

⁷² *Ibidem*, p. 14-18.

⁷³ “To me, at least, it does not seem possible that a mute a voiceless wisdom could have turned men suddenly from their habits and introduced them to different pattern of life. Consider another point; after cities had been established how could it have been brought to pass that men should learn to keep faith and observe justice and become accustomed to obey others voluntarily and believe not only that they must work for the common good but even sacrifice life itself, unless men had been able by eloquence to persuade their fellows of the truth of what they had discovered by reason?” (CICERO, De Inventione, I.3 en De Inventione, De Optimo Genere Oratorum, Topica, M. Hubbell (trad. and ed.), Cambridge (Mass.), Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1949). Sobre as três tarefas do orador ver muito especialmente De Oratore, 2.128. E na doutrina sobre este assunto ver exemplarmente: SKINNER, Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes, p. 94; KENNEDY, The Art of Rhetoric in the Roman World, p. 209; MONTEFUSCO, L. C., Aristotle and Cicero on the officia oratoris, in W. W. Fortenbaugh e D. C. Mirhady (eds.), Peripatetic Rhetoric after Aristotle.

⁷⁴ “For there was a time when men wandered at random over the fields, after the fashion of beasts... At this time then a man, a great and a wise man... laying down a regular system, collected men, who were previously dispersed over the fields and hidden in habitations in the woods into one place, and united them, and leading them on to every useful and honourable pursuit, though, at first, from not being used to it they raised an outcry against it; he gradually, as they became more eager to listen to him on account of his wisdom and eloquence, made them gentle and civilized from having been savage and brutal. And it certainly seems to me that no wisdom which was silent and destitute of skill in speaking could have had such power as to turn men on a sudden from their previous customs, and to lead them to the adoption of a different system of life. And, moreover, after cities had been established how could men possibly have been induced to learn to cultivate integrity and to maintain justice, and to be accustomed willingly to obey others, and to think it right not only to encounter toil for the sake of the general advantage, but even to run the risk of losing their lives, if men had not been able to persuade them by eloquence of the truth of those principles which they had discovered by philosophy? Undoubtedly no one, if it had not been that he was influenced by dignified and sweet eloquence, would ever have chosen to condescend to appeal to law without violence” (CICERO, De Inventione, I.2-3).

filosofia moral e ética⁷⁵. O que é decisivamente importante para os escopos desta investigação é tão somente realçar que tanto em Cícero quanto em Quintiliano as fronteiras entre a filosofia e a retórica seriam muito menos nítidas do que as formuladas por Platão e Aristóteles. Na verdade, entre elas haveriam uma relação de dependência e mútua implicação. A interpretação de Quintiliano realizada por Ernesto Grassi aponta no sentido de que não existiria uma distinção entre “res” e “verba”, quer dizer, entre forma e conteúdo, porque cada conteúdo deverá encontrar a sua forma expressiva numa forma particular: “every utterance through which someone manifests a will necessarily has content and word” e questi due poli “these [content and form, wisdom and eloquence] were, as Cicero proves, just as they were unified by nature, so also connected in practice, whereby the same men were esteemed as wise and eloquent”⁷⁶. Decisivo também na escrita de Quintiliano é o reconhecimento do caráter dialógico e concreto da racionalidade da retórica romana⁷⁷. Em tom de desfecho parcial podemos constatar que tanto Cícero quanto Quintiliano sustentavam a união entre retórica e filosofia, “saggezza ed eloquenza”, “ratio e oratio”⁷⁸. Poderíamos sugerir que a retórica e a filosofia constituiriam uma unidade complexa não sujeita à decomposição. Sendo obviamente possível para fins de investigação ou didáticos, a especialização dos estudos, mas sem jamais perder a essência de unidade insuperável. Ou que entre retórica e filosofia seria possível uma síntese que superasse ambas. Entretanto,

⁷⁵“These two branches of knowledge [la filosofia e la retorica, nda] were, as Cicero has clearly shown, so closely united, not merely in theory but in practice, that the same men were regarded as uniting the qualifications of orator and philosopher. Subsequently this single branch of study split up into its component parts, and tank to the indolence of its professors was regarded as consisting of several distinct subjects. As soon as speaking became a means of livelihood and the practice of making an evil use of the blessings of eloquence came into vogue, those who had a reputation for eloquence ceased to study moral philosophy, and ethics, thus abandoned by the orators, became the prey of weaker intellects. As a consequence certain persons, disdaining the toil of forming character and establishing rules of life and kept to themselves what is, if we must make a division, the better part of philosophy, but presumptuously laid claim to the sole possession of the title of philosopher, a distinction which neither the greatest generals nor the most famous statesmen and administrators have ever dared to claim for themselves. For they preferred the performance to the promise of great deeds” (QUINTILIAN, *Institutio Oratoria*, I proemio 13-15 , H. E. Butler (trad.), Cambridge (Mass.), Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1920-22).

⁷⁶GRASSI, E., *Rhetoric as Philosophy: The Humanist Tradition*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1980, p. 47-48. Onde cita QUINTILIAN, *Institutio Oratoria*, III.1. 5, III.3.1, III.1.13.

⁷⁷“Reason then was the greatest gift of the Almighty, who willed that we should share its possession with the immortal gods. But reason by itself would help us but little and would be far less evident in us, had we not the power to express our thoughts in speech; for it is the lack of this power rather than thought and understanding, which they do to a certain exercise possess, that is the great defect in other living things” (QUINTILIAN, *Institutio Oratoria*, II.16.14-15).

⁷⁸ CICERO, *De Inventione*, I.2.

parece-nos que a unidade (se é que podemos falar em unidade) estaria no pensar e no falar, pois o próprio pensar elaborar-se-ia de forma dialógica, quer dizer, tendencialmente voltado à comunicação. Deste modo, seria ínsito aos pensamentos uma pretensão de comunicação, mesmo que esta nunca ocorra, mesmo que os pensamentos nunca sejam verbalizados ou transmitidos por gestos ou qualquer outro meio. Portanto, o próprio pensar seria constitutivamente argumentativo. Neste sentido, pode o estudo da retórica ser dissociado da investigação dos processos mentais? Vico convoca retiradamente a fantasia e o pensar metafórico, pois a memória, a fantasia e o “ingegno” constituem a base filosófica da *Scienza Nuova*⁷⁹. Levando em consideração essas características ainda sim poderíamos reconhecer uma identidade-unidade entre retórica e filosofia na obra vichiana?

Depois de Quintiliano a retórica sofreu o esvaziamento da “ars civilis”, conservando tão somente o seu aspecto literário e técnico (formalístico). A retórica já empobrecida como arte da composição e parte da lógica⁸⁰. A reconstituição (com as devidas problematizações) da retórica na Idade Média exorbitaria (e em muito) os estreitos limites desta investigação⁸¹. Todavia, não podemos deixar de consignar que a retórica não desapareceu da cena, pois a mesma integrava o “trivium” juntamente com a gramática e a lógica. Sem esquecer evidentemente a forte resistência religiosa que atribuiu proeminência à gramática e à lógica⁸². Neste momento, a retórica perdeu o seu significado político e foi reduzida a três versões, a saber: a) uma parte da lógica, enquanto disciplina do argumento provável; b) uma retórica sacra dependente da teologia (“ars praedicandi”), resultante da distinção agostiniana entre a eloquência sacra e profana; c) uma arte da composição literária tanto para a escrita de versos (“ars poetriae”) como para a de cartas⁸³.

⁷⁹“(…) onde la memoria è la stessa che la fantasia (...); e a «fantasia» altresì prendesi per l'ingegno (...). E prende tali tre differenze: ch'è memoria, mentre rimembra le cose; fantasia, mentre l'altera e confratà; ingegno, mentre le contorna e pone in assettamento e acconcezza” (*Scienza Nuova*, in *Opere*, vol. I, a cura di A. Battistini, Milano, Mondadori, 1990, capoverso 819).

⁸⁰ MOONEY, M. Vico in the Tradition of Rhetoric, Princeton University Press, 1985, p. 39-40.

⁸¹ Na doutrina ver especialmente: KENNEDY, *Classical Rhetoric and its Christian and Secular Tradition from Ancient to Modern Times*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1980. cap. 8 and 9; MCKEON, R. P., *Rhetoric in the Middle Age*, in R. Crane (ed.), *Critics and Criticism: Ancient and Modern*, Chicago, University of Chicago Press, 1952. MURPHY, J. J., *Rhetoric in the Middle Ages: A History of the Rhetorical Theory from Saint Augustine to the Renaissance*, Tempe, AZ, Arizona Center for Medieval and Renaissance Studies, 2001; VICKERS, *In Defence of Rhetoric*, cap. 4.

⁸² MONFASANI, J., *Humanism and Rhetoric*, in A. Rabil Jr. (ed.), *Humanism in the Disciplines*, vol. III, *di Renaissance Humanism: Foundations, Forms, and Legacy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1988, p. 173.

⁸³ MOONEY, M. Vico in the Tradition of Rhetoric, p. 39.

A retórica teve de esperar pelo Humanismo para a sua recuperação, sobretudo pelos primeiros humanistas italianos. O surgimento das cidades-estados e com elas a agitada vida política impuseram a necessidade de uma educação superior, que exigia o resgate da arte de bem falar e escrever. Autores como Brunetto Latini, Coluccio Salutati, Francesco Petrarca, Leonardo Bruni, Francesco Valla foram os primeiros autores a darem impulso ao movimento cultural conhecido como “Humanismo”, que interroga a condição humana a partir das obras literárias e filosóficas dos clássicos⁸⁴. Muitos textos antigos perdidos foram encontrados, como “Brutus” de Cícero e outros que existiam em versões fragmentadas foram recuperados na sua integralidade, como “Institutiones oratoria” de Quintiliano e “De oratore” e “Orator” de Cícero. E mesmo “Rethorica” de Aristóteles foi resgatada em termos autônomos, quer dizer, como obra de retórica ao invés de ética ou de psicologia⁸⁵. O que precisa ficar claro é que a retórica humanista não foi uma mera reprodução da antiga, pois ela realçou os aspectos literários em detrimento da “ars civilis”, quer dizer, houve uma proeminência do caráter literário sobre o político da eloquência.

4. A PROBLEMÁTICA QUESTÃO QUANTO À ORIGEM DO TEXTO

Qual a importância de “Institutiones Oratoriae” na bibliografia vichiana? Nicolini não atribuía nenhuma importância científica à obra, na verdade, considerava a retórica “pseudociência empírica e meramente normativa”⁸⁶. Para além de acusar Vico, nos seus últimos anos, de tentar conciliar o “manual” com “Scienza Nuova”. Uma afirmação que nos obriga a parar e mais do que isto nos incita a investigar as razões que o levaram a tecer estas críticas. As peremptórias afirmações parecem fundar-se na

⁸⁴ Na doutrina ver muito especialmente: KRISTELLER, P. O., *Renaissance Thought and Its Sources*, M. Mooney (ed.), Nueva York, Columbia University Press, 1979, p. 89-98, 242 ss.; KRISTELLER, P. O., *Humanism*, in C. B. Schmitt (ed.), *The Cambridge History of Renaissance Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 122-130; MONFASANI, J., *Humanism and Rhetoric*, in A. Rabil jr. (ed.), *Humanism in the Disciplines*, Vol. 3, de *Renaissance Humanism: Foundations, Forms, and Legacy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1988, p. 175 ss.; SEIGEL, J., *Rhetoric and Philosophy in Renaissance Humanism: The Union of Eloquence and Wisdom, Petrarch to Valla*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1968, p. 206-225; SKINNER, Q., *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, cap. II; GARIN, E., *L’Umanesimo italiano. Filosofia e vita civile nel Rinascimento*, Bari, Laterza, 1965, p. 11-14; MOONEY, M., *Vico in the Tradition of Rhetoric*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1985, p. 39-40.

⁸⁵ VICKERS, *In Defence of Rhetoric*, p. 286 e 254 ss.

⁸⁶ *Institutiones Oratoriae*, in *Opere*, vol. VIII, a cura di F. Nicolini, Bari, Laterza, 1941, p. 221.

“Autobiografia” de Vico que não alude às “Institutiones” quando formula um catálogo com as suas principais obras⁸⁷. Se por um lado Nicolini não ignorou o lado filólogo de Vico, por outro negligenciou aquela de jurista e romanista, especialmente representada em “De genere iudiciali” (§ 22^o)⁸⁸. Interpretação que nos incita liminarmente a rejeitar. Vico não teria pensado em publicar as suas próprias lições e a omissão no catálogo seria tão somente formal e sem o peso atribuído por Nicolini. E mesmo que Giambattista não atribuísse valor científico ao próprio manual, não é razão bastante para considerá-lo privado de tal valor⁸⁹. Levar a sério tais argumentos é aceitar que Giambattista estaria em contradição com as suas próprias idéias, pois para ele o Professor de Retórica deve “essere esperto in ogni arte e in ogni scienza”⁹⁰. Levar a sério tais argumentos significa ainda muito especialmente desconhecer o mestre responsável e comprometido com o aprimoramento de suas idéias que foi Vico⁹¹.

Outra questão nuclear diz respeito à origem do texto. Há um manuscrito de 72 laudas conservado na “Biblioteca Nazionale di Napoli” (“*Institutionum oratoriarum liber unus: exposuit utriusque iuris doctor Iohannes Baptista a Vico in neapolitano Gymnasio die 24 mensis aprilis anno 1711*”), que foi publicado por Giuseppe Ferrari (*Opere di G. Vico, Milano, 1837*)⁹². Nicolini

⁸⁷ Ibid, p. 221-22.

⁸⁸ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. CI

⁸⁹ Ibid, p. XXV.

⁹⁰ De ratione XV, in *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 239.

⁹¹ “Nulla io temo tanto quanto d’aver formulato falsi giudizi più che su altre discipline, próprio sull’eloquenza, appunto perchè la insegno. Ho dato questi chiarimenti per serbar dignità all’ufficio che ricopro ed anche al mio costume” (De nostri temporis studiorum ratione, in *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 242). Ver muito especialmente no final de Autobiografia: “Non ragionò mai delle cose dell’eloquenza se non in séguito della sapienza, dicendo che l’eloquenza altro non è che sapienza che parla, e perciò la sua cattedra esser quella che doveva indirizzare gl’ingegni e fargli universale, e che l’altre attendevano alle parti, questa doveva insegnare l’intero sapere, per cui le parti bem si corrispondan tra loro e bem s’intendan nel tutto” (Autobiografia, in *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 92). E ainda: “Con la spessa lezione di oratori, di storici e di poeti diletta l’ingegno di osservare tra lontanissime cose nodi che in qualche ragion comune le stringessero insieme, che non i bei nostri dell’eloquenza che fanno dilettevoli l’acutezza” (De ratione, in *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p.16). E ainda a orientação para os jovens se dedicarem a tópica: “nella topica che è l’arte di ritrovare, che è sol privilegio degl’ingegnosi (come il Vico, fatto accorto da Cicerone, vi s’impiegò nella sua)” Ibid. p. 17. Este último é um trecho igualmente repetido na Autobiografia. Ainda sobre a tópica: “(...) essi apparecchiebbero la materia per poi ben giudicare, poichè non si giudica bene se non si è conosciuto il tutto della cosa, e la topica è l’arte in ciascheduna cosa di ritrovare tutto quanto in quella è; e si andrebbero dalla natura stessa i giovani a formarsi i filosofi e bem parlanti”(Ibid. p. 17).

⁹² “Noi non pubblichiamo le lezioni inedite di Vico perchè sarebbe inutile l’aggiungere una sterlissima para frasi alle migliaia che già esistono della vecchia Rettorica di Cicerone e di Quintiliano” (*Opere ordinate ed illustrate coll’analisi storica della mente di Vico in relazione alla Scienza della civiltà da Giuseppe Ferrari, I, Milano, 1837, p. 279*). Ao tratar da sorte de Vico ver muito especialmente: “I primi studj di Vico erano

tem dúvidas se se trata de uma cópia ou um texto original⁹³. Um outro exemplar como o precedente foi utilizado por L. Parchetti, para a sua versão italiana de 1844: “Delle istituzioni oratorie, opere inedita di Giovan Battista Vico, volgarizzata dal latino, Novi”⁹⁴. Outro texto foi publicada em 1845 pela C. Tipa com o título: “Delle istituzioni oratorie di Giambattista Vico, Napoli”. Ambas publicações foram reimpressas em 1865 na obra vichiana organizada por F. S. Pomodoro para os editores Morano: “Opere di Giambattista Vico, vol. VII, Istituzioni oratorie e scritti inediti di G. Vico, Napoli”⁹⁵. Nicolini publicou em 1941 uma nova e parcial edição do curso de retórica com o seguinte título: “Institutiones oratoriae in Vico VIII”⁹⁶. Há ainda notícias de um outro texto: “Joannis Ba(pti)stae de Vico liber -rhetoricae nomen- 1738. Institutionum oratoriarum liber”, com 208 laudas na qual três não estão numeradas e mais quatro em branco. Este exemplar foi adquirido por Benedetto Croce e conservado até hoje na sua Biblioteca. Também aqui há dúvidas quanto à autenticidade e à datação, não se sabe ao certo se foi com base no curso de 1737-38 ou 1738-39. Sem evidentemente excluir a possibilidade de ter sido ditado por Gennaro Vico⁹⁷. De qualquer forma este exemplar é posterior a obra “Scienza Nuova”, o que é suficiente para refutar a tese formulada por Nicolini a Vico de tentar conciliar “Institutiones Oratoriae” com “Scienza Nuova”. No texto de Croce desperta atenção a omissão de alguns parágrafos, precisamente “De materia rhetoricae”, “De locis argumentorum commoventium”, “De elegantia Latini sermonis”, “De compositione”, excetuando o primeiro os

state rivolti alla poesia ad eloquenza; i suoi versi meschinamente prosaici, le prose grettamente ampollose; noi conosciamo queste produzioni perchè degli uomini grandi si conoscono anche i difetti: i contemporanei di Vico leggevano i suoi versi, lodavano le sue prose, e furono inesorabili nella noncuranza delle sue opere scientifiche” (FERRARI, Giuseppe, Opuscoli di Giambattista Vico, Napoli, Stamperia di classici latini, 1860, p. III). “(...) le sue produzioni letterarie venivano stampate con lusso, poi ristampate nelle Raccolte, mentre nessun suo scritto scientifico ebbe l’onore d’una ristampa: senza le sue bassezze, i suoi versi, le sue orazioni, la sua cattedra di retorica, egli sarebbe morto di fame, e certamente quando a settant’anni fu nominato regio istoriografo, si pensò a premiare l’adulatore dei potenti, non l’autore della Scienza Nuova” (ibid, p. III). Mas Ferrari reconhece a genialidade de Vico: “L’oscurità di Vico non può essere un fatto meramente casuale: un secolo e una nazione non sono gratuitamente ostili, nè gratuitamente favorevoli; l’oscurità di Vico adunque è un problema storico che involge nella sua soluzione e destini della scienza da lui proposta: questo problema è uno di quelli che possono essere sciolti facilmente, ma che sono il corollario di un’intesa scienza: chi lo recusa, ignora la scienza; chi l’accetta e vi sorpassa leggermente, tratta un miracolo come un accidente” (ibid, p. VII)

⁹³ Institutiones Oratoriae, in Opere, vol. VIII, a cura di F. Nicolini, Bari, Laterza, 1941.

⁹⁴ Delle istituzioni oratorie, a cura di L. Parchetti, Novi, Moretti, 1844, pp. 168.

⁹⁵ Institutiones Oratoriae, in Opere complete, vol. VII, Napoli, Morano, 1865.

⁹⁶ Institutiones Oratoriae, in Opere, vol. VIII, a cura di F. Nicolini, Bari, Laterza, 1941, p. 159-196.

⁹⁷ Ibid, p. 225. Ver ainda: NICCOLINI, F., Giambattista Vico e i figli Luisa e Gennaro (a cura di B. Nicolini), Napoli, 1982.

outros não seriam tão nucleares na escrita vichiana. Benedetto Croce teve o mérito de despertar os estudos vichianos no início do século XX com uma investigação dedicada a Giambattista, que mais tarde tornou-se um clássico “La Filosofia di Giambattista Vico”⁹⁸. Entretanto, ele igualmente foi responsável por ter obscurecido o papel fundamental que a tradição retórica teve no pensamento de Vico, por estar mais preocupado em reforçar uma interpretação idealista e enxergar no gênio napolitano um precursor de Hegel, mesmo que menos maduro e consciente dos seus resultados. O filósofo Benedetto Croce uma das principais vozes da filosofia idealista na Itália levou às últimas consequências a idéia da manifestação e constituição do espírito nas suas diferentes formas independentemente das recortes concretos da história. O que explica claramente a sua atitude negligente no que concerne ao papel nuclear que a retórica teve no conjunto da obra de Vico. Se por um lado Croce reconheceu a ascendência humanista de Vico, por outro, ele procurou marginalizar os seus elementos retóricos. Basta invocarmos concepção prática da poesia que Croce ignora a favor de uma interpretação romântica e “estetizante”, o que decerto o aproximaria do ideal estético do romantismo ou mesmo a forma tímida e parcial em que abordou as *Institutiones Oratoriae*. Em sentido contrário, quer dizer, valorizando o papel central da retórica e sobretudo reconhecendo no gênio napolitano um dos expoentes da tradição latina e humanista, nomes como Ernesto Grassi, Pietro Piovani, Hans-Georg Gadamer, Andrea Battistini, Michael Mooney, Giuliano Crifò, dentre outros⁹⁹.

Retomando ainda a problemática questão quanto à origem do texto, há um outro exemplar: “*Eruditissimi Viri U. J. D. Jo: Baptistae de Vico Publici Neapolis Acad. ci primi. Rii I(n)stitutionum oratoriarum libri IV. Ab eodem in G: Achad.a explicati inceptiq: XII Kalendas novembris 1741. Emanuel Paparone Gallipolitanus, Gallipoli exarabat*”, com 204 laudas mais contra-

⁹⁸ CROCE, Benedetto, *La filosofia di Giambattista Vico*, Laterza, Bari, 1962.

⁹⁹ Sobre a interpretação crociana ver muito especialmente: MOONEY, Vico in the Tradition of Rhetoric, p. 26-29; PIOVANI, P., Vico without Hegel, en G. Tagliacozzo y H. V. White (eds.), *Giambattista Vico: An International Symposium*, Baltimore, John Hopkins University, 1969; WHITE, H., What Is Living and What Is Dead in Croce's Criticism of Vico, in G. Tagliacozzo and H. V. White (eds.), *Giambattista Vico: An International Symposium* Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1979. Sobre Vico como representante da tradição retórica e humanista: MOONEY, Vico in the Tradition of Rhetoric, p. 13-19; GRASSI, E., *Vico e l'Umanesimo*, Milano, Guerini e Associati, 1992; GARIN, E., *Vico e l'eredità del pensiero del Rinascimento*, in A. Battistini (ed.), *Vico oggi*, Roma, Armando Editore, 1979; GADAMER, Hans Georg, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 2. Auflage, 1965, J. C. B. Mohr Tübingen, p. 16-17; BATTISTINI, A., *La sapienza retorica di Giambattista Vico*, Milano, Guerini e Associati, 1995, p. 9-14.

capa e índice, que pertenceu a L. G. Desimone, F. Crispi (1895) e depois chegou às mãos de B. Donati conservado na “Biblioteca comunale Augusta di Perugia” serviu de base para a sua publicação de 1922 e 1936¹⁰⁰. Com uma conclusão inevitável: não há um texto original, mas sim diversos materiais de várias procedências e datas¹⁰¹. Donati em 1936 ao apresentar a sua versão afirma tratar-se de um apócrifo fiel e genuíno, pois conservaria as lições ministradas por Vico no seu último curso entre 21 de outubro de 1741 a 12 de janeiro de 1742¹⁰². Entretanto, o último curso oficial de Vico desenvolveu-se entre 18 de outubro de 1740 e 12 de janeiro de 1741¹⁰³. Sem esquecer evidentemente que Gennaro Vico o substituiu parcialmente na cátedra de Retórica desde 1736 e definitivamente a partir de 12 de janeiro de 1741. Duas reflexões possíveis: desde 1736 quando Gennaro assumiu parcialmente o cátedra do pai o curso permaneceu com o mesmo nome¹⁰⁴ e as diferenças entre a última lição e a de 1736 foi fruto de uma permanente e exigente atividade de revisão empreendida por Gennaro e Giambattista¹⁰⁵. Como já vimos, se para Nicolini a retórica não passava de “pseudoscienza empirica e meramente normativa”¹⁰⁶, coube a Fubini por em relevo o valor da retórica vichiana: “l’uso sapiente di certi schemi retorici, nei quali la sua ispirazione originalissima trova da própria disciplina e la própria forza”¹⁰⁷. O texto de Fubini representa a continuidade de uma linha de investigação iniciada por Sorrentino¹⁰⁸, Donati¹⁰⁹ e Righi¹¹⁰. As nossas dificuldades genéticas (quanto ao texto) parecem supridas pelo contato direto com “Institutiones Oratoriae” na obra de Giuliano Crifó, fruto de um trabalho rigoroso que se baseou no inédito curso de retórica de 1741¹¹¹.

¹⁰⁰ Ver muito especialmente: DONATI, B., *Le Lezioni di Rettorica del Vico: a proposito di un manoscritto delle ‘Institutiones Oratoriae’*: Cagliari, 1922, in *Studi economico-giuridici Università di Cagliari*, XIV, 1922-23, p. 35-60 e ainda DONATI, B., *Nuovi studi sulla filosofia civile di G. B. Vico*, Firenze, 1936.

¹⁰¹ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. LXXVI-LXXVII.

¹⁰² DONATI, B. *Nuovi studi sulla filosofia civile di G. B. Vico*, Firenze, 1936, p. 145-146.

¹⁰³ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. LXXXVIII.

¹⁰⁴ *Ibid*, p. LXXXIX

¹⁰⁵ DONATI, B., *Nuovi studi sulla filosofia civile di G. B. Vico*, p. 147.

¹⁰⁶ *Institutiones Oratoriae*, in *Opere*, vol. VIII, a cura di F. Nicolini, Bari, Laterza, 1941, p. 221.

¹⁰⁷ FUBINI, M. *Stile e umanità di G. Vico*, 1 ed. 1956, 2 ed. 1965, Milano-Napoli, p. 76 apud CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. 76

¹⁰⁸ SORRENTINO, A., *La retorica e la poetica di Vico ossia da prima concezione estetica del linguaggio*, Torino, 1927.

¹⁰⁹ DONATI, B. *Nuovi studi sulla filosofia civile di G. B. Vico*, Firenze, 1936, p. 134 ss.

¹¹⁰ RIGHI, G. *Carattere e continuità dell’elemento etico nelle opere del Vico ossia l’anima della meditazione vichiana*, in *RIFD*, n° 8, 1928, p. 481 ss apud CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. XLVI.

¹¹¹ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, texto critico versione commento di Giuliano Crifó, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli, 1989.

5. COM A PALAVRA GIAMBATTISTA VICO ...

Muitos aspectos da retórica clássica e latina serão recuperados por Giambattista Vico e esta investigação propõe-se a estudar estas influências e as suas superações nas suas lições sobre retórica. Uma nota biográfica digna de nota é que Giambattista Vico foi professor de retórica na “Università Regia di Napoli”, obtendo a cátedra com uma dissertação sobre o capítulo VI, livro III da “Institutiones oratoria” de Quintiliano como ele mesmo conta na sua Autobiografia¹¹². A partir deste momento olvidaremos os nossos esforços na tentativa de resgatar os traços fundamentais das lições de Vico sobre Retórica com as problematizações devidas. O primeiro desafio que Vico enfrenta em “Institutiones Oratoriae” versa sobre o nome da retórica. Ao constatar a impossibilidade de traduzir a palavra «retorica» em latim com a mesma elegância encontrada no grego, Vico leciona que retórica no seu étimo grego não corresponde adequadamente nem «facondia» nem «eloquenza». A primeira seria “aquela excelente qualidade do discurso na qual parece resultar não de qualquer arte ou prática, mas sim da natureza mesma (...)”¹¹³. Como se o orador transformasse no próprio “fluir” das coisas que fala. E a segunda também seria aquela excelente qualidade, entretanto que “não realiza toda a força do discurso”¹¹⁴, pois espera pela reflexão dos ouvintes: “Immo sublimis orationis character amat dictionem quae multa involute, multa abrupte, multa suspense, multa auditoribus cogitanda relinquat”¹¹⁵. A retórica vichiana reconhece deliberadamente a importância do auditório na medida em que sugere que o discurso “sublime” prefere o exprimir-se inacabado, quer dizer, aquele que explora as palavras não ditas e as experiências dos ouvintes. No latim não existia uma palavra para designar a “arte de bem falar” dos gregos e para suprir este vácuo linguístico passaram a usar «retorica», ocorre que para os gregos «retore» é

¹¹² VICO, G., Autobiografia, in Opere, F. Nicolini (ed.), Milán y Nápoles, Riccardo Ricciardi Editore, 1953, p. 30. Ver muito especialmente: “Tra il 1696-97, protetto da Giuseppe Lucina, Vico cominciò a salire in grido di letterato (...) vacata la cattedra della rettorica, (...) vi concorse con una lezione di un’ora sopra le prime righe di Fabio Quintiliano, (...) per la quale meritò ottenerla con un numero abbondante di voti. (...) Frattanto il signor duca di Medinaceli viceré aveva restituito in Napoli il lustro delle buone lettere (...) con un’ accademia (...) del fiore de’ letterati, (...) perché era cominciata a salire (...) in somma riputazione la più dall’ onore di essere stato tra tali accademici annoverato, tutto applicossi a professare umane lettere” (VICO, G., L’ autobiografia ..., a cura di B. Croce e F. Nicolini, Bari, 1929, p. 23-24).

¹¹³ CRIFÒ, Giuliano, Institutiones Oratoriae, p. 4.

¹¹⁴ Ibid, p. 4

¹¹⁵ “Anzi, lo stile di discorso sublime predilige un modo di esprimersi che lasci involute molte cose, molte ne lasci interrote, molti in sospeso, molte ne lasci alla riflessione degli ascoltatori” (Ibid, p. 4).

pessoa dotada de tal talento, isto é, designa o próprio orador¹¹⁶. O nome da retórica é encontrado pela primeira vez em Platão nas obras “Phaedrus”¹¹⁷ e “Gorgias”¹¹⁸. Cícero em “De oratore”¹¹⁹ propõe, diante da falta em latim do termo «rhetor», a expressão “magister dicendi” para a pessoa talentosa na arte de bem falar. Se por um lado Vico retoma a discussão a respeito do nome da retórica, por outro, ele não se limita a reproduzir as lições de Cícero, ele a discute amplamente e explora o viés terminológico noutros termos, privilegiando a análise “faculitas-facilitas-facondia”. Esta discussão também foi tratada na “Seconda Risposta del Vico 1712”¹²⁰, o que só reforça a idéia de continuidade e de aprimoramento constantes no texto vichiano¹²¹. A análise etimológica tão presente nos seus escritos aparece como ponto de partida para as suas reflexões, pois as palavras carregariam muito mais do que apenas letras e significados contemporâneos, mas precisamente toda uma história. Por trás de cada palavra uma história a ser contada. As palavras seriam quase artefatos arqueológicos, pois são transportadoras de traços, vestígios, reminiscências de outros momentos históricos só que com uma nota de ingenuidade e fidelidade insuperáveis. Vico leciona que desde o ápice da filosofia grega faltava-lhe um termo para designar o especialista na arte de bem falar, haja vista que “a retórica se aprendia com a filosofia mesma”¹²². Uma das questões centrais para Vico era entender a mente humana, nesse esforço consigna que a “filosofia forma a mente humana com as verdadeiras virtudes”¹²³. Ao cariz pedagógico da filosofia estaria ínsito o trinômio do teórico-prático-retórico, na medida em que a filosofia ensina a pensar, a fazer e a dizer com verdade e dignidade¹²⁴. Giambattista assume na essência a idéia de que “Qui autem ex vero et pro dignitate loquitur, is optimus erit orator”¹²⁵, quer dizer, o orador ótimo será aquele que fala segundo verdade. Sem excluir evidentemente a unidade

¹¹⁶ Ibid, p. 4.

¹¹⁷ Cfr. Phaedrus, 261 a.

¹¹⁸ Cfr. Gorgias, 449 d, 500 e.

¹¹⁹ Cfr. De oratore, I 12, 52; I 18-19, 84-87, III 24, 92-94, 32, 125.

¹²⁰ VICO, Giambattista, Opere a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 344.

¹²¹ Na doutrina sobre o nome da retórica: SORRENTINO, A., La retorica e la poetica di Vico ossia da prima concezione estetica del linguaggio, Torino, 1927, p. 52; VOLKMANN, R., Die Rhetorik der Griechen und Römer, Leipzig, 1885, rist. Hildesheim, 1963, p. 1 ss; LAUSBERG, H., Handbuch der literarischen Rhetorik, München, 1969, p. 40 ss.

¹²² CRIFÒ, Giuliano, Institutiones Oratoriae, p. 4 e p. 6.

¹²³ Ibid, p. 6

¹²⁴ Ibid, p. 6.

¹²⁵ “Sarà pertanto ottimo oratore colui che parla secondo verità e a vantaggio di ciò che è degno” (Ibid, p. 6).

existente entre retórica e filosofia e para tal desiderato convoca Cícero que “declara de haver obtido na Academia a sua riqueza retórica”¹²⁶ ¹²⁷. O que é decerto retomar a idéia de que inicialmente retórica e filosofia estavam unidas e quando houve a separação [“(...) teve início o dissídio entre língua e coração”]¹²⁸. A unidade existente entre filosofia e retórica e a integridade ética do orador são muito especialmente sentidas quando Vico considera que “(...) eloquente quem, insigne em cada tipo de discurso, está preparado igualmente a cada gênero de causa e porta-se garante de todas as qualidades e em primeiro lugar da verdade e dignidade do discurso”¹²⁹. A diversidade de gêneros de discursos é acompanhada por uma pluralidade de gêneros de causas (por exemplo, causas cíveis e criminais). O eloquente para além do domínio nos discursos demonstrativo, deliberativo e judicial é igualmente notável no trato da diversidade de gêneros de causas. Sem excluir a dimensão ética que o discurso deve transportar, quer dizer, parece-nos que a retórica vichiana não se constitui tão somente uma arte de persuasão, desprovida de uma intencionalidade axiológica. Ora haveria aqui uma conexão substancial e insuperável entre verdade e justiça, o que decerto não traduz apenas valor lógico, mas sobretudo axiológico. Neste sentido, a especulação vichiana sobre a retórica não é desprovida da preocupação de como o homem se comporta na sociedade.

Vico atribui à retórica a natureza de talento, como a faculdade de falar de modo adequado a persuadir. Ele denomina “faculdade” com base numa análise etimológica decorrente de «*faciliter dicunt*» quase uma «*faculitas*», quer dizer, a faculdade de quem é capaz de exprimir-se de modo adequado, particularmente uma “*facilità*”. Ele realça a dimensão praxística da retórica, na medida em que reconhece que o orador só será digno de receber esta denominação quando atue de forma desembaraçada no trato das causas¹³⁰. O gênio napolitano sem descuidar de seu lado literato, identifica o “dizer” como a atividade peculiar do orador e explica: “(...) «dizer» significa pronunciar discursos com pensamentos excelentes e com palavras escolhidíssimas, bem colocadas em um certo contexto e ordenadas de

¹²⁶ Ibid, p. 6.

¹²⁷ “(...) whatever ability I possess as an orator comes, not from the workshops of rhetoricians, but from the spacious grounds of the Academy” CICERO, in Brutus, Orator, G. L. Hendrickson e H. M. Hubbell (eds. e trad.), Cambridge (Mass.), Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1934, 12-13.

¹²⁸ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. 6.

¹²⁹ Ibid, p. 8.

¹³⁰ Ibid, p. 10.

modo que escutá-las seja um prazer”¹³¹. Se por um lado Vico reconhece a importância do deleite dos ouvintes, por outro, assume a consonância de sentimentos como um importante aliado ao convencimento¹³². A retórica vichiana confessa aos olhos de toda a gente a sua dimensão performática, pois “onde não se consegue persuadir perde-se o discurso”¹³³. A retórica aqui assume um cariz instrumental, que já não é apenas metodológico, preocupante pois o discurso assume-se como tendencialmente voltado a conformar o ânimo do ouvinte, quer dizer, fazer com que este queira aquilo que o discurso propõe¹³⁴. Esta característica da retórica vichiana aproxima-se da ciceroniana em detrimento da quintiliana¹³⁵.

O objetivo principal da retórica é fletir (“dobrar”) os ânimos com a palavra¹³⁶. Aqui a consonância dos sentimentos desenvolve um papel fundamental, na medida em que o discurso deve gerar regozijo e comoção nos ouvintes. Para tanto deve o orador desde o início conciliar-se com os ânimos dos ouvintes e sustentar argumentos que creditem a causa que defende (como verdadeira!)¹³⁷. Nesta ordem de idéias confia-se primeiro na capacidade de atrair jubilosamente; segundo na perspicácia e por fim na força do discurso¹³⁸. Neste sentido, o orador conquista os ouvintes com a grandeza da verdade e com o envolvimento dos sentimentos¹³⁹. Embora não se constitua a pura e simples manipulação da vontade dos ouvintes, aqui as tintas são carregadas numa tal racionalidade estratégica, que organiza-se tendencialmente voltada para o convencimento daqueles. Esta dimensão não podemos negligenciar. Sem esquecer obviamente que são nos argumentos que residem a força do discurso, neste sentido

¹³¹ “«Dicere» autem est fundere orationes optimis sententiis verbisque lectissimis, iisque intra certos ambitus apte collocatis et in aurium iucunditatem compositis, eloqui, quare fit ut dicere proprium sit oratoris” (Ibid, p. 10).

¹³² Ibid, p. 10.

¹³³ Ibid, p. 12.

¹³⁴ “Persuadere enim est inducere in auditore animum orationi conformem, hoc est ut auditor velit quae oratio proponit” (Ibid, p. 12).

¹³⁵ CICERO, De inventione, I 5, 6; Idem, De oratore, I 31; Institutio oratoria, II, 15. Na doutrina especializada: PALADINI, Scritti minori, Roma, 1973, p. 39 ss.; PAGANINI, R. VALENTI, La Retorica di Cicerone nella moderna problematica culturale, in Boll. Studi Latini, n° 7, 1977, p. 327 ss.; MICHEL, A. La Théorie de la Rhétorique chez Cicéron, Entretiens XXVIII, Vandoeuvres-Genève, 1982, p. 109 ss.

¹³⁶ “Imprimis finis oratoris, est diximus, est flectere animus dictione” (CRIFÒ, Giuliano, Institutiones Oratoriae, p. 14).

¹³⁷ Ibid, p. 14.

¹³⁸ “Harum partium prima lenitatem, media acumen, tertia vim orationis desiderat” (Ibid, p. 14).

¹³⁹ Ibid, p. 14.

é necessário atribuir credibilidade a causa: o orador sábio vai atrás da verdade¹⁴⁰. Se por um lado Vico reconhece a dimensão de “ars civilis” da retórica, realçando todavia a sua componente sentimental, na medida em que as pessoas comuns apreciariam as “verdades ornamentadas” e estariam suscetíveis à efervescência das paixões. Por outro lado, ele assume a retórica como “somente um tal modo que se pode celebrar o rito”¹⁴¹. Trata-se de um rito segundo à verdade e dignidade. Neste sentido, muito especialmente o texto “Filosofia ed eloquenza” de 1737, que exemplarmente coleciona: “(...) non v’è eloquenza senza verità e degnità, delle quali due parti componesi la sapienza. Rem tibi socraticae poterunt ostendere chartae”¹⁴². Admitamos que a retórica ou eloquência seja a própria sabedoria que fala¹⁴³. Quanto à matéria da retórica Vico ensinava que o orador poderia constantemente raciocinar também sobre coisas puramente teóricas, quer dizer, orador não precisaria ficar confinado tão somente aos fatos¹⁴⁴. E igualmente assume que a matéria peculiar aos oradores são as questões particulares (determinadas!)¹⁴⁵, pois o orador ótimo será aquele que conhece as coisas nas suas peculiaridades. Uma vez que a consonância dos sentimentos decorrem das imagens de casos singulares e não de argumentos gerais¹⁴⁶. Para Giambattista três são os gêneros às questões particulares, a saber: o demonstrativo, o deliberativo e o judicial. “O primeiro aplica-se ao elogio e a crítica, o segundo persuade ou dissuade, mostrando que coisa ocorrerá no futuro, o terceiro acusa ou defende, discutindo aquilo que ocorreu no passado. No gênero demonstrativo propõe-se honestidade ou a torpeza, naquele deliberativo

¹⁴⁰ “Nec quid sane amplius ab oratore sapientes requirunt: utpote qui vera sequuntur quia vera sunt” (Ibid, p. 14)

¹⁴¹ Ibid, p. 14.

¹⁴² VICO, Giambattista, *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 940. Quanto à segunda parte: “A filosofia socrática poderá fornecer argumento”.

¹⁴³ Ver muito especialmente: “(...) per lo natural legame onde noi dicemmo essere stretti insieme la lingua e ‘l cuore, perocché ad ogni idea sta naturalmente la sua própria voce attaccata, onde l’eloquenza non è altro che la sapienza che parla” e “(...) la sapienza è la perfezionatrice dell’uomo nel suo próprio esser d’uomo, ch’è mente e lingua” (Ibid, p. 941).

¹⁴⁴ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. 16.

¹⁴⁵ “La materia poi può consistere o in un argomento generale o in una questione particolare. Un argomento generale può essere quello della virtù, della giustizia, dello Stato, delle leggi, argomenti di cui propriamente si occupano i filosofi. Questione speciale è quella che si rivolge a un qualche specifico problema ed altra distinzione è tra questione generale e questione speciale, la prima è detta questione indeterminata, la seconda determinata” (Ibid, p. 17).

¹⁴⁶ Ibid, p. 19.

a utilidade ou a sua falta, no judicial o rigor ou equidade”¹⁴⁷. Aqui Vico resgata muito da tradição aristotélico-ciceroniana, entretanto numa leitura dentro de seu tempo¹⁴⁸, Aristóteles realça a importância de silogismos, pois para ele os oradores deliberativo, demonstrativo e judicial devem buscar as premissas, quer sobre o possível e o impossível, quer sobre o grande e o pequeno, quer sobre o mais e o menos, quer sobre o geral e o particular. Estes seriam os lugares por excelência das premissas¹⁴⁹. O testemunho de Vico distancia-se da retórica Aristotélica, pois este a considerava por um lado como ciência analítica e por outro como saber político, além de entendê-la como semelhante à dialética e aos discursos sofísticos¹⁵⁰. Para Aristóteles quanto mais se tentarem imaginar a dialética ou a retórica não apenas como faculdades mentais, mas como ciência, mais se estará a obscurecer a sua real natureza. Desta forma, estar-se-ia a construir ciência sobre determinados materiais estabelecidos e não só a discursos¹⁵¹. Sem excluir ainda que para Aristóteles a retórica não é autônoma na medida em que é considerada uma parte da dialética. Pois nenhuma das duas seriam ciência na definição de um assunto específico, mas tão somente faculdade de proporcionar razões para os argumentos¹⁵². Como já vimos, a pretensão de verdade em Vico é tão somente a verdade “provável”, nos “*ex locis autem ratiocinantibus*” nos quais granjeam as conclusões prováveis e verossímeis. O que decerto não constitui um problema de conhecimento ou contemplativo, mas prático porque o verossímil surgiria na relação com uma ação. Nesta ordem de idéias o silogismo é um processo mental que poderá vir a fornecer a “verdade provável”¹⁵³, na qual a tópica crítica¹⁵⁴ exerce um papel fundamental na identificação do termo médio. Uma crítica digna de nota formulada por Vico é que os antigos viam a retórica quase inteiramente colocada no gênero forense, entretanto obtempera e reconhece quem é talhado para o oratória forense saberá persuadir e também elogiar muito mais facilmente¹⁵⁵.

¹⁴⁷ “*Demonstrativum in laude et vituperatione versatur. Deliberativum in futuri temporis provisione suadet vel dissuadet. Iudiciale in praeteriti disceptatione accusat vel defendit*” (Ibid, p. 20).

¹⁴⁸ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. 442.

¹⁴⁹ ARISTÓTELES, *Obras Completas, Retórica*, vol. VIII, tomo I, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Coordenação de António Pedro Mesquita, 2ª Edição, revista, 2005, p. 106.

¹⁵⁰ Ibid, p. 107.

¹⁵¹ Ibid, p. 107.

¹⁵² Ibid, p. 97.

¹⁵³ Neste sentido: SORRENTINO, A., *La retorica e la poetica di Vico ossia da prima concezione estetica del linguaggio*, Torino, 1927, XI; VERENE, D. Ph., *Vico's Science of Imagination*, Ithaca a. London, 1981, p. 47.

¹⁵⁴ De antiquissima VII, 5 in *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 299.

¹⁵⁵ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. 22.

6. “DE GENERE IUDICIALI”

Vico explorou exemplarmente o gênero judicial (§ 22º), identificando-o “na ação proposta pelo acusador e na oposição empreendida pelo acusado”¹⁵⁶. Nesta senda o acusador afirma que o acusado cometeu um fato e este poderá assumir três posturas, a saber: a) nega o cometimento do fato; b) admite o fato, mas nega que tenha a natureza ou o nome afirmado pelo acusador; c) afirma ter agido legitimamente. Sendo possível extrair daqui três estados: a) “estado conjecturável” (teria cometido o fato?); b) “estado definidor” (o que teria cometido?); c) “estado de qualidade” (teria agido legitimamente?). Portanto, o estado é em que consiste a causa, e como já vimos é tríplice: “*stato del fatto*”, “*stato del nome*”, “*stato del diritto*”^{157 158}. O conhecimento jurídico de Giambattista pode ser especialmente sentido quando ele discorre sobre o “*iudicatio*”, quer dizer “o ponto controverso da causa nasce da negação oposta pelo acusado e do fundamento da acusação estabelecido pelo acusador: a questão principal sobre o qual os juízes devem decidir e que cabe ao orador asseverar”¹⁵⁹. O nexó entre retórica e direito desnuda-se claramente quando Vico afirma que ao defensor cabe em princípio negar as acusações, sustentando que não são verossímeis e se não houver a possibilidade de refutá-las, pelo menos, atenuá-las ou enfraquecê-las¹⁶⁰. Sem excluir evidentemente a orientação “quanto aos indícios que não se possam negar: desvalorize-os ou inverta o significado”¹⁶¹. O “*sensus communis*” é convocado na medida em que sugere que no “*stato del nome*”, os lugares são comuns a ambas partes, que os definem segundo o senso comum e o significado das palavras¹⁶². Quanto ao “*stato del diritto*”, interpela-se pelo sentido racional ou legal, que suscita se o agente cometeu legitimamente o fato, aqui a legitimidade é compreendida à luz da razão, “que é a lei do gênero humano”¹⁶³. Ele explica que a legitimidade do fato pode ser sustentada pela via absoluta e pela “*assunzione*”. A primeira traduz-se simplesmente no reconhecimento de

¹⁵⁶ “Causa in hoc genere constat ex intentione accusatoris et depulsione rei. Accusator enim intendit «reum fecisse»” (CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. 112).

¹⁵⁷ *Ibid*, p. 113.

¹⁵⁸ “Status igitur est in quo stat causa, et, ut vidimus, triplex est, facti, nominis, iuris; seu coniecturae, definitionis, qualitatis” (*Ibid*, p. 112).

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 115.

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 117-119.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 119.

¹⁶² *Ibid*, p. 119.

¹⁶³ “(...) ubi iuris appellatione rationem accipio, quae lex est generis humani” (*Ibid*, p. 118).

que o fato praticado estaria lastreado numa diversidade de fontes jurídicas, como “um bom direito, reclamando o instinto natural, o consenso universal, o juízo dos especialistas, as leis do nosso Estado, os usos, os institutos, os pactos, os precedentes, as sentenças transitado em julgado”¹⁶⁴. Já a “*assunzione*” reconhece a ilegitimidade do fato em si, mas que por alguma razão extrínseca é afastada (“*comparatione*”, “*relatione*”, “*remotione*”, “*concessione*”)¹⁶⁵. O “*stato del diritto*” ou “estado de qualidade” interpela-nos a respeito do significado da lei, que subdivide-se em “*leges contrarias*” (antinomia), “*scriptum et sententiam*” (letra e espírito), “*ratiocinationem*” (silogismo), “*ambiguum*” (ambiguidade) e “*translationem*” (reenvio)¹⁶⁶. Exploraremos apenas a “*scriptum et sententiam*” em que há discrepância entre a vontade de quem escreveu a lei e o resultado da letra, quer dizer, entre a vontade do autor e o texto. Giambattista vislumbra duas possíveis atitudes, quer a favor da interpretação literal contra a intenção do legislador, quer a favor da vontade do legislador contra a letra da lei. Numa atitude professoral, mas também assumidamente retórica, o gênio napolitano aponta que na defesa da interpretação literal normalmente são invocados os argumentos de que manutenção da República depende da proteção da santidade das leis. Sem excluir ainda que se o fato merecesse ser excluído da previsão legislativa o caminho seria precisamente a utilização de ficções jurídicas, quer dizer, dependeria de lei para considerá-los inexistentes. Ou mesmo de que a discricionariedade do juízo deve ser limitada, sob pena de consagração do arbítrio: ao juiz não deve ser franqueado a possibilidade de acrescentar exceções à lei¹⁶⁷. Neste sentido, as referidas exceções constituiriam defeitos da lei, decorrente da imprudência do legislador, que em última análise colocaria em causa a própria autoridade da lei¹⁶⁸. Sem excluir ainda a importância do “*exemplum*” quando da realização do direito numa determinada comunidade¹⁶⁹.

Quanto à defesa da vontade do legislador contra a letra da lei, Giambattista aponta como argumento normalmente invocado, a

¹⁶⁴ Ibid, p. 121.

¹⁶⁵ Ibid, p. 121.

¹⁶⁶ Ibid, p. 123.

¹⁶⁷ Ibid, p. 125 e 127.

¹⁶⁸ “*Exceptiones enim nihil aliud esse nisi legum vitia, quae et legum latores imprudentiae coarguant et legum auctoritatem affligant*” (Ibid, p. 126).

¹⁶⁹ “*Legum rigorem in uno cive experiri, id esse ceteris omnibus legum reverentiam incutere et rigorem nimium in uno ex civibus esse nimiam clementiam in ceteros*” (Ibid, p. 126).

equidade assimilada como moderadora do direito stricto, quer dizer, superadora da literalidade da lei e assumidamente comprometida com os seus significados mais profundos. Na verdade, este seria o papel da “iurisprudencia”, garantir a comum utilidade através da arte do justo e do bom¹⁷⁰. Portanto, “verba servire legibus, non leges verbis”¹⁷¹, quer dizer, as palavras servem à lei, não as leis às palavras, neste sentido desprezar a vontade do legislador significaria muito especialmente fraudar a própria lei. No que concerne às exceções estas representariam não o defeito da lei, mas precisamente a sua correção. Para Vico os legisladores não possuiriam clarividência necessária capaz de prever todas as situações fáticas possíveis, portanto fazia mister conferir aos juizes discricionarietade¹⁷². Como se vê Giambattista conhecia o fenômeno jurídico, nomeadamente na sua dimensão prática. Aqui retórica forense é explorada no horizonte de inteligibilidade da decisão prática. Para além de convocar a relação entre “lex” e “ius”, confessadamente de influência ciceroniana, que evidencia a diferença entre “iustitia civilis” e “iustitia naturalis”, respectivamente “sapientia” sem “iustitia” e “iustitia” sem “sapientia”¹⁷³. O que naturalmente permite uma ligação com a “ratio civilis” e a “ratio naturalis” e sobretudo com a problemática “acquitias civilis” identificada em Vico na razão de estado. A convocação da equidade só reforça a ideia de que Vico estava no seu tempo não obstante todo o seu brilhantismo, para além de revelar naturalmente as influências do jusnaturalismo¹⁷⁴. Sem evidentemente excluir o conhecimento de Vico sobre o direito romano que pode ser especialmente sentido na passagem “De mente heroica” em que sublinha: “(...) il Corpus iuris di Giustiniano, fonte copiosissima per lo studio delle antichità romane, imbandigione saporosissima di eleganze linguistiche latine, tesoro inviolato di leggi umane”¹⁷⁵. Parece-nos que o discurso vichiano sugere uma conexão substancial e insuperável entre a retórica e o direito, muitas vezes confirmada pela jurisprudência romana. Giuliano

¹⁷⁰ “ (...) id promittere iurisprudencia, nempe artem esse aequi bonique, hoc est utilitatis communis” (Ibid, p. 126).

¹⁷¹ Ibid, p. 128.

¹⁷² Ibid, p. 129.

¹⁷³ Ver especialmente: CICERO, De res publica, III, 20, 31.

¹⁷⁴ “Vera vita, vere vivere appo Terenzio, è vivere in conformità della natura humana diritta, e quel verum est è nelle leggi per aequum est, guardando l’equità naturale della ragione spiegata, ch’è quella che si pratica dalla Giurisprudenza nuova, è una ragione di giusto conosciuta da’ Filosofi da’ quali unicamente si há la verità delle cose” destaque do original (De ratione XI, in Opere a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 208 ss).

¹⁷⁵ De mente heroica, in Opere a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 919.

Crifò noticia a denominada “funzione equitativa dell’oratoria forense”¹⁷⁶, quer dizer, uma especial mediação entre direito e retórica, que Vico já em *De ratione* havia explorado. Neste texto, ele explica que a jurisprudência busca fazer prevalecer o “*jus strictum*”, ou seja, o sentido literal da lei que entretanto encontraria oposição da oratória forense (que obviamente aspira à equidade!)¹⁷⁷. Mas que equidade está Vico a referir-se? A equidade política ou a natural? Ele confessadamente assume o primado da equidade natural, que deita suas raízes no humanismo jurídico de Hugo Grotius¹⁷⁸. Sem negligenciar obviamente a relação estreita entre retórica e liberdade política, elegantemente sublinhada por Vico na carta à Estevan (1729): “*Ed in vero innumerabili sono stati gli scienziati uomini autori di grandissime discoverte; ma due soli al mondo furono i perfetti oratori, Demostene e Cicerone, con la cui eloquenza visse e, quelli morti, morì la libertà d’Atene, la più ingentilita e la più dotta, e di Roma, la più luminosa e più grande città del mondo*”¹⁷⁹.

Poderíamos muito especialmente atribuir à retórica forense uma função corretiva, na medida em que a equidade natural atua como guia para obter-se uma decisão justa, quer sob a perspectiva prática, quer sob a perspectiva do senso comum. Subjacente à decisão: uma fissura capaz de interpelar constantemente o consenso, naturalmente tendo em vista a manutenção da autoridade do próprio estado. Haveria em Vico uma quase identificação da retórica (como arte de persuadir) com a arte de interpretar a lei? A partir do diagnóstico de que “*la giurisprudenza e l’oratoria forense erano separate*”¹⁸⁰, Giambattista precisa a relação entre “*iusprudentia*” e

¹⁷⁶ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. LXIV.

¹⁷⁷ “(...) gli oratori coll’ invocare la ragion naturale, e col produrre ragioni tratte dal comun sentire degli uomini, signoreggiano gli animi della moltitudine, per la quale è fatta propriamente l’eloquenza, imperciocché al sapiente basta una sola parola. Perciò (...) in Roma, sotto la popolare repubblica, gli oratori ornati di eloquenza facevano prevalere l’equità allo stretto senso della legge” (VICO, G., *Opere giuridiche*, introduzione di N. Badaloni, a cura di P. Cristofolini, Firenze, 1974, p. 286).

¹⁷⁸ “(...) ad una popolare repubblica ove i filosofi della giustizia, dello Stato, o delle ragionando, fondano i lor discorsi sulla ragion naturale, non sulla ragione politica o civile” (Ibid, p. 287). O primado da equidade natural pode ser muito especialmente sentido: “(...) dell’equità naturale, non più attenendosi alle formole verbali, ma alla formola della mente, non al certo, ma al vero; non all’equità politica, ma all’equità naturale, cioè all’equità eterna e universale” (Ibid, p. 288).

¹⁷⁹ VICO, G., *L’autobiografia* ..., a cura di B. Croce e F. Nicolini, Bari, 1929, p. 212.

¹⁸⁰ “(...) e i giureconsulti, quando professassero anche l’avvocatura, si contentavano di discettare soltanto sulla lettera: gli avvocati, invece, ora sulla lettera, ora sullo spirito: bensì sulla lettera anche i mediocri, sullo spirito non altri che quelli eloquentissimi” quer dizer “(...) i giureconsulti non s’occupavano, per professione, se non del diritto stretto, e patrocinare l’equità era compito dei soli avvocati” (*De ratione* XI, in *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 208 ss e p. 214 ss).

“oratoria”, realçando a influência desta última na criação do direito pelo pretor. Parece que Vico já identificava que a interpretação jurídica não seria monopólio do legislador, afastando-se claramente de Justiniano: “Leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet interpres legum solus imperator juste existimabitur”¹⁸¹ e mais já enxergava um poder juridicamente criador dos juízes por meio da retórica, quer dizer, da atividade interpretativa. Levar a sério tais argumentos significa muito especialmente assumir o caráter constitutivo da interpretação jurídica, que em Vico não foi tratada autonomamente, mas no âmbito da retórica em sentido lato. Obviamente sem os refinamentos teóricos quer quanto aos limites constitucionais da criação jurídica, quer quanto aos desenvolvimentos metodológicos como instância de controle, não impediram a Giambattista de reconhecer à oratória um papel importante na criação do direito pelo pretor. Para além disso, o gênio napolitano quando versa sobre a defesa da vontade do legislador contra a letra da lei aponta como argumento normalmente invocado a equidade, ora assimilada como moderadora do direito em sentido estrito, quer dizer, superadora da literalidade da lei e assumidamente comprometida com os seus significados mais profundos. Parece-nos que Vico pensa a obediência à lei não em sentido meramente formal, mas já com um sentido e uma intencionalidade materiais. Não se trata obviamente de uma acrítica obediência à “lex”, mas precisamente uma salutar obediência ao “ius”. Neste sentido, a retórica vichiana abriria normativamente a fonte de direito ao distinguir a “lex” do “ius”. Quando Giambattista explica que a legitimidade do fato poderia estar lastreada numa diversidade de fontes reflete a assunção do direito de forma diversa da concebida pelo positivismo jurídico, que reduziu-o ao direito positivo posto e/ou imposto e do positivismo legalista que identificou a lei ao texto. Claramente para Vico a lei não se exprime só no texto e o direito não se resume à lei. Ele atribui à retórica uma dimensão já normativa e não simplesmente hermenêutica, pois o texto não é assumido tão somente como texto, mas precisamente como norma que o texto pretende manifestar. O que causa-nos uma certa perplexidade é que o gênio napolitano intuía uma interpretação jurídica problematicamente intencionada, pois quando desenvolve o parágrafo sobre o gênero judicial pressupunha um problema prático interrogante de uma certa validade normativo-jurídica. Sem excluir a invocação da

¹⁸¹ Cfr. Corpus Iuris Civilis, I. 14, 12 §§ 3º e 5º.

tópica que reforçaria o seu compromisso com a realização do direito no concreto juízo decisório. Mas ele reconhece a existência de um sistema jurídico pressuposto, pois na defesa da interpretação literal ele alude que normalmente é invocado o argumento de que a manutenção da República depende da proteção da santidade das leis. Em outros termos, a santidade de uma lei que integra um sistema jurídico que lhe é pressuposto. A nossa perplexidade cresce quando percebemos que Giambattista já intuía que a função da validade própria do direito apenas poderia assumir-se pela mediação de um caso-problema, quer dizer, pela mediação de uma controvérsia prática suscitada por um problema normativo. Portanto, a denominada “funzione equitativa dell’oratoria forense”¹⁸², isto é, aquela especial mediação entre direito e retórica apenas torna-se operativa a partir do caso decidendo. Se por um lado Vico teria de esperar por Savigny e sobretudo pelo positivismo jurídico do século XX para distinguir a interpretação da lei e a integração de lacunas, por outro lado, ele já intuía a necessidade de um desenvolvimento autônomo do direito, quer dizer, a autônoma constituição do direito nas mãos do pretor através da retórica. Aqui a “*iurisprudentia*” seria garante da comum utilidade através da arte do justo e do bom, ela estaria comprometida com a justiça, quer dizer, a “*iurisprudentia*” não poria em causa um problema cognitivo, mas um problema prático-normativo cujo valor último é a justiça. Neste sentido, o critério de justeza vichiano não estaria na dimensão textual da lei, mas precisamente em saber de que modo prático-normativo extrairemos do sistema o critério de justiça reclamado pelo problema jurídico concreto. Portanto, a justiça conduziria e determinaria a própria interpretação. Neste sentido, a “*iurisprudentia*” deve garantir o que é justo e bom, quer dizer, “*id promittere iurisprudentia nempe artem esse aequi bonique*”¹⁸³. Assim a jurisprudência vichiana para além de sua dimensão prático-normativa, a interpretação assume-se como realização dessa intenção prático-axiológica, quer dizer, de uma interpretação comprometida com as exigências materiais da justiça. Sob esta perspectiva haveria uma insuperável validade axiológica-normativa que se realiza (e que se deve realizar!) na justeza da decisão do problema jurídico concreto. A “retórica judicial” ostentaria uma função corretiva, na medida em que a equidade natural atuaria como guia para se obter uma decisão justa. No testemunho de Vico a retórica

¹⁸² CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. LXIV.

¹⁸³ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. 126.

seria capaz de sacrificar (corrigir) o texto da lei em nome de sua intenção prático-axiológica, sobretudo naquelas hipóteses em que o respeito pela literalidade do texto frustrasse a intenção prático-axiológica.

Como se vê convive-se harmonicamente a dimensão prática com a dogmática no gênero judicial vichiano, se por um lado é no âmbito prático que são forjados os pressupostos intencionais da futura decisão, por outro lado, é no dogmático que se obtêm os resultados juridicamente vinculantes daquela. Não obstante, não tenha desenvolvido a distinção entre “interpretatio iuris” e “interpretatio legis” quando explora o gênero judicial, Vico parece inclinar-se para a primeira acepção, afastando-se de uma estreita interpretação da lei, que o positivismo jurídico e legalista veio impor e que continua a ser a base da interpretação jurídica. No parágrafo “De genere iudiciali” (§ 22º) ele explora exemplarmente a concepção que considera decisiva na interpretação a averiguação da vontade do legislador contra a letra da lei, aqui o objetivo seria reconstituir a vontade do legislador histórico. Tal concepção mais tarde foi batizada nos discursos metodológicos como teoria subjetivista. Para além de noticiar também a favor da interpretação literal contra a intenção do legislador, na qual a interpretação deverá privilegiar o sentido objetivamente identificado no texto da lei. É relativamente comum a afirmação de que entre a teoria subjetivista e objetivista a semelhança estaria na assunção do texto como objeto de interpretação. Entretanto, Giambattista quando versa a favor da vontade do legislador contra a letra da lei não convoca o texto, não obstante o pressuponha, mas a equidade como “moderadora do direito estreito”, ou seja, “deinde doceat aequitatem esse omnis iusti matrem et utilitatem stricti iuris esse moderatirem”¹⁸⁴. Obviamente Vico ao seu tempo não procedeu a distinção metodológica problemática entre interpretação e aplicação ou mesmo entre interpretação e integração. Problemática porque resiste às considerações mais sofisticadas da metodologia jurídica que reconhece uma unidade indivisível na realização do direito, nomeadamente sustentada em suas linhas essenciais, dentre outros por Radbruch, Heck, Engisch, Kaufmann, Esser, Kriele, Larenz, Müller, Hesse, Fikentscher, Castanheira Neves, Pinto Bronze. Se por um lado Vico não abandonou a ideia de existência de um a priori sistema normativo, por outro lado realçou o papel constitutivo da retórica no concreto juízo decisório. Vico

¹⁸⁴ Ibid, p. 126.

ainda não tinha consciência de que a argumentação desenvolvida no caso-problema, que naturalmente é o ponto de partida da reflexão metodológica, realiza a mediação entre o problema e o sistema, na qual o sistema jurídico pressuposto, quer dizer, a priori normatividade transmuta-se num constante constituendo, graças à argumentação desenvolvida pelas partes e sobretudo pelo juiz no problema jurídico concreto. Portanto, a decisão jurídica para Vico resultaria da dialética entre a força persuasiva dos argumentos e a objetivação de uma certa normatividade jurídica pressuposta.

7. CHAIM PERELMAN CONHECIA “DELLE ISTITUZIONI ORATORIE” DE DON LUIGI PARCHETTI

A importância da retórica vichiana pode ser especialmente sentida na reivindicação de Perelman quando da formulação de sua fecunda teoria da argumentação, mesmo quando atribui referências a Vico quando na verdade são de Cícero ou vice-versa¹⁸⁵. Perelman no seu esforço de atribuir à Razão um âmbito próprio que não se reduz à lógica e entre a negação do ontológico e o abandono do fundamento metafísico propõe a Nova Retórica. A primeira referência a Vico encontra-se no parágrafo sobre a adaptação do orador ao auditório (“Adaptation de l’orateur à l’auditoire” § 5º)¹⁸⁶ que convoca o texto “De nostri temporis studiorum ratione”¹⁸⁷, na qual Vico explora a necessidade de conformação do discurso à opinião do auditório. Como já vimos, a “eloquenza” é a excelente qualidade que “não realiza toda a força do discurso”¹⁸⁸, pois espera pela reflexão dos ouvintes: “Immo sublimis orationis character amat dictionem quae multa involute, multa abrupte, multa suspense, multa auditoribus cogitanda relinquat”¹⁸⁹. A retórica vichiana reconhece deliberadamente a importância do auditório

¹⁸⁵ Ver muito especialmente: CRIFÒ, Giuliano, Retorica e Filosofia in Giambattista Vico, *Le «Institutiones Oratoriae» un bilancio critico*, Atti del Convegno «Retorica e filosofia in Giambattista Vico, 19 marzo 1990, Guida Editori, p. 119.

¹⁸⁶ “Tout l’objet de l’éloquence, écrit Vico, est relatif à nos auditeurs, et c’est suivant leurs opinions que nous devons régler nos discours” (PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation*, Tome Premier, Press Universitaires de France, Paris, 1958, p. 31).

¹⁸⁷ Perelman explora a edição: VICO, G. *Opere*, Ordinate ed illustrate coll’analisi della mente di Vico in relazione alla scienza della civiltà da Giuseppe Ferrari, Milão, Soc. Tipogr. Classici italiani, 1837, vol II, 1835-1836, p. 10.

¹⁸⁸ CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, p. 4

¹⁸⁹ “Anzi, lo stile di discorso sublime predilige un modo di esprimersi che lasci involute molte cose, molte ne lasci interrote, molti in sospenso, molte ne lasci alla riflessione degli ascoltatori” (Ibid, p. 4).

na medida em que sugere que o discurso “sublime” prefere o exprimir-se inacabado, quer dizer, aquele que explora as palavras não ditas e as experiências dos ouvintes. Entretanto, parece-nos que Vico não atribuía o mesmo peso que Perelman reconhece à adaptação do orador ao auditório, pois para este último o importante na argumentação seria o parecer do auditório, e não o que o próprio orador considerasse verdadeiro¹⁹⁰. Em tom peremptório proclamava: “Mais aucun orateur, pas même l’orateur sacré, ne peut négliger cet effort d’adaptation à l’auditoire”¹⁹¹. Para Vico o objetivo principal da retórica seria “dobrar” os ânimos dos ouvintes com a palavra¹⁹². Neste sentido deve o orador desde o início conciliar-se com os ânimos do auditório e sustentar argumentos que creditem a causa que defende (como verdadeira!)¹⁹³. A distância entre os autores pode ainda ser claramente percebida na consideração vichiana de que o orador conquista os ouvintes com a grandeza da verdade e com o envolvimento dos sentimentos¹⁹⁴. Assim caberia ao orador formular ou contribuir para a formulação da opinião do auditório e não adaptar-se pura e simplesmente à opinião do auditório. Na verdade, a retórica vichiana assume-se claramente como tendencialmente voltada a conformar o ânimo do ouvinte, quer dizer, fazer com que este queira aquilo que o discurso propõe¹⁹⁵. Portanto, há aqui uma grande diferença de perspectiva entre o discurso de Perelman e de Vico. Sem excluir evidentemente, a radicalização do papel do impreciso auditório nos escritos de Perelman, na medida em que a este caberia determinar a qualidade da argumentação e o próprio comportamento do orador¹⁹⁶. Na relação orador-auditório Perelman consagra apenas uma regra: a adaptação do discurso ao auditório¹⁹⁷. A invocação vichiana por ser ainda percebida quando Perelman no seu esforço de denunciar a

¹⁹⁰ “L’important, dans l’argumentation, n’est pas de savoir ce que l’orateur considère lui-même comme vrai ou comme probant, mais quel est l’avis de ceux auxquels elle s’adresse” (PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, p. 31).

¹⁹¹ Ibid, p. 31-32.

¹⁹² “Imprimis finis oratoris, est diximus, est flectere animus dictione” (CRIFÒ, Giuliano, Institutiones Oratoriae, p. 14).

¹⁹³ Ibid, p. 14.

¹⁹⁴ Ibid, p. 14.

¹⁹⁵ “Persuadere enim est inducere in auditore animum orationi conformem, hoc est ut auditor velit quae oratio proponit” (Ibid, p. 12).

¹⁹⁶ PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, p. 32.

¹⁹⁷ “Il n’y a qu’une règle en cette matière, qui est l’adaptation du discours à l’auditoire, quel qu’il soit: le fond et la forme de certains arguments, appropriés à certaines circonstances, peuvent paraître ridicules dans d’autres” (Ibid, p. 33). O auditório em Perelman é exemplarmente explorado a partir de três leituras: o auditório universal, constituído pela humanidade; o auditório formado por um único interlocutor e o constituído pelo próprio sujeito.

banalidade da invocação dos “lugares” (“les lieux”§ 21º) e também a negligência quanto ao seu valor argumentativo, neste sentido faz alusão aos “lugares-oratórios”, pretensamente convocado por Vico para opor àqueles de quem tratam os Tópicos¹⁹⁸. Para Perelman os lugares são “as premissas de ordem geral que permitem fundar valores e hierarquias”¹⁹⁹. Na verdade, o que interessa a este autor é explorar a forma pela qual os auditórios são levados a considerar os “lugares”, e nesta senda identifica os seguintes, a saber: lugares da quantidade (“lieux de la quantité”), da qualidade (“de la qualité”), da ordem (“de l’ordre”), do existente (“de l’existant”), da essência (“de l’essence”), da pessoa (“de la personne”)²⁰⁰. Decerto trata-se de uma dimensão importante da obra de Perelman, mas que exorbita (e em muito !) os estreitos limites desta investigação. O que efetivamente interessa-nos é que de acordo com o parágrafo “De arte topica” (§ 13º) das “Institutiones Oratoriae” não haveria a referida oposição à tópica realçado por Perelman. Muito pelo contrário, como já vimos, a tópica é convocada como “arte de encontrar argumentos relativamente a qualquer questão proposta”²⁰¹, portanto indica os lugares comuns aos oradores, quer dizer, a arte tópica indica os elementos da argumentação²⁰².

Perelman convoca Vico em mais uma volta quando versa sobre os problemas técnicos de apresentação de dados (“Problèmes techniques de présentation des données”§ 37º), especificamente quando reconhece que os oradores concisos sensibilizam menos o coração²⁰³. Como já

¹⁹⁸ “De plus en plus, on entend par lieux communs ceux que Vico, par exemple, appelle les lieux oratoires pour les opposer à ceux dont traitent les Topiques” (PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, p. 112-113). Aqui Perelman refere-se a VICO, G. Delle istituzioni oratorie, opera inedita volgarizzata dal latino dal padre Don Luigi Parchetti C. R., Somasco, Novi, Moretti, 1844, p. 20.

¹⁹⁹ Ibid, p. 113.

²⁰⁰ Ibid, p. 114.

²⁰¹ L’arte topica § 13, in CRIFÒ, Giuliano, Institutiones Oratoriae, p. 51.

²⁰² “In questo tipo di luogo rientrano la definizione, la divisione, la etimologia, la congiunzione etimologica di parole, il genere, la specie, il tutto, le parti, la causa, appunto, efficiente, l’autore, la materia, la forma, lo scopo, gli effetti, il soggetto, le circostanze concomitanti che possono essere relative sia alla cosa sia alla persona sia al luogo sia al tempo. A questo luogo vanno riferite le facultà, le occasioni e gli strumenti; inoltre gli antecedenti, i concomitanti, i conseguenti, i simili, i dissimili, i congrui e i repugnanti; tre tipi di opposti, vale a dire i contrari, privativi, i contraddittori; inoltre i relativi e i comparati, tra i quali si trovano il più, il pari, il meno. Questi luoghi sono, per così dire, gli elementi dell’argomentazione (....)” grifo nostro, in CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 51.

²⁰³ “Si le style rapide est favorable au raisonnement, le style lent est créateur l’émotion: «car l’amour se forme par l’habitude ... D’où il advient que les orateurs concis et brefs pénètrent peu le coeur, et émeuvent moins»” (PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, p. 194). Esta referência é extraída de VICO, G. Delle istituzioni oratorie, p. 87.

tivemos a oportunidade de explorar os sentimentos constituem um importante aliado do orador na retórica vichiana, portanto, a consonância dos sentimentos desenvolve um papel fundamental, na medida em que o discurso deve gerar regozijo e comoção nos ouvintes. Neste sentido, deve o orador desde o início conciliar-se com os ânimos dos ouvintes e sustentar argumentos que creditem a causa que defende²⁰⁴. Nesta ordem de idéias confia-se primeiro na capacidade de atrair jubilosamente; segundo na perspicácia e por fim na força do discurso²⁰⁵. Para o gênio napolitano, o orador conquista os ouvintes com a grandeza da verdade e com o envolvimento dos sentimentos²⁰⁶. No entanto Giambattista não fica por aqui, ele insiste com o papel dos sentimentos exemplarmente quando explica que “os argumentos voltados a excitar ou a acalmar os sentimentos obtêm-se nos lugares que comovem”²⁰⁷. E sobretudo quando considera que “o orador ótimo deverá saber por que razões este ou aquele sentimento poderá excitar ou acalmar”²⁰⁸. Sem excluir evidentemente que os sentimentos permeiam todo o discurso “como o sangue no corpo”: “(...) et uti per corpus sanguis, ita per universam orationem diffundantur”²⁰⁹. Perelman continua a convocar Vico especialmente quando trata das figuras argumentativas e de estilo. Ele consigna que o texto a priori não possibilitaria a sua identificação como figura, e sobretudo se este desempenhará a função de figura argumentativa ou de figura de estilo²¹⁰. Sendo certo que a figura mal sucedida na primeira acepção encontrará sempre refúgio na condição de figura de estilo²¹¹. Perelman ao tratar especificamente das “Les figures du choise, de la présence et de la communion” § 42º) considera que a amplificação pode ser sentida como uma figura quando tenha um escopo diferente da mera presença, o que se daria precisamente na amplificação mediante enumeração das partes. Para corroborar tal entendimento Perelman convoca um trecho do texto

²⁰⁴ CRIFÒ, *Institutiones Oratoriae*, p. 14.

²⁰⁵ “Harum partium prima lenitatem, media acumen, tertia vim orationis desiderat” (Ibid, p. 14).

²⁰⁶ Ibid, p. 14.

²⁰⁷ “Ex locis denique commoventibus desumuntur argumenta, quae in excitandis aut sedandis animorum affectibus versantur” (CRIFÒ, *Institutiones Oratoriae*, p. 90).

²⁰⁸ “Optimi autem erit oratoris nosse et qui et erga quos et quibus de causis hoc vel illo affectu homines soleant commoveri vel sedari (...)” (Ibid, p. 90).

²⁰⁹ Ibid, p. 92.

²¹⁰ PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation*, p. 230.

²¹¹ Ibid, p. 231.

de Vico que realça a “congerie” (acúmulo)²¹². Como se vê a convocação do gênio napolitano aqui é meramente marginal. Decerto não se trata de um resgate de qualquer compreensão vichiana basilar, pois Giambattista explora de forma autônoma “De amplificatione” (§ 31º), na qual explica que “a amplificação é uma afirmação de certo modo sustentada, que agitando os ânimos, faz adquirir credibilidade ao que se diz”²¹³. O que caracterizaria precisamente a amplificação é que “põe mais os ânimos em movimento”²¹⁴. A amplificação poderia ser identificada em cinco fontes, a saber: aumento (“incremento”), comparação (“comparatione”), silogismo (“ratiocinatione”), acúmulo (“congerie”) e refino (“expolitione”)²¹⁵. A simples alusão à “congerie” em Perelman impõe-nos uma breve visita na retórica vichiana, a “amplificação por acúmulo” ocorre quando muitos fatos são colocados juntos no intuito de parecer maior, através da enumeração de muitos e vários fatos, reunidos num único lugar, que reforçarão o argumento apto a ser introduzir espontaneamente nos ânimos dos ouvintes²¹⁶. Há ainda uma outra referência à Giambattista quando explica as figuras de comunhão (“figures de communion”) que seriam “aquelas em que, mediante procedimentos literários, o orador empenha-se em criar ou confirmar a comunhão com o auditório graças a uma cultura, tradição ou passado comuns”²¹⁷. Ora Perelman faz uma breve alusão à comunicação oratória (“communication oratoire”) na qual o orador convida ao adversário a participar da própria deliberação, sempre no intuito de reforçar a comunhão com o auditório²¹⁸. Sendo certo que estas duas últimas referências não geram maiores consequências, sobretudo pelo seu caráter

²¹² “Tes yeux sont formés à l’impudence, le visage à l’audace, la langue aux parjures, les mains aux rapines, le ventre à la glotonnerie ... les pieds à la fuite: done, tu es toute malignité” (Ibid, p. 237). Esta referência é extraída de VICO, G. Delle istituzioni oratorie, p. 81.

²¹³ “«Amplificatio» est gravior quaedam affirmatio quae motu animorum conciliat in dicendo fidem” (CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 208).

²¹⁴ Ibid, p. 209.

²¹⁵ Ibid, p. 210.

²¹⁶ Ibid, p. 214 e 216. Vico para exemplificar a “amplificação por acúmulo” recorre a Cícero no elogio a Pompeu: “Quod denique genus belli esse potest, in quo illum non exercuerit fortuna rei publicae? Civile, Africanum, Transalpinum, Hispaniense, mixtum ex civibus atque ex bellicosissimis nationibus, servile, navale bellum, varia et diversa genera et bellorum et hostium non solum gesta ab hoc uno, sed etiam confecta” (Ibid, p. 214). Na tradução italiana: “C’è forse un genere di guerra in cui agli non abbia dato prova di sé a vantaggio dello Stato? La guerra civile, quella africana, quella transalpina, quella spagnola, nello stesso tempo contro cittadini romani e contro popoli bellicosissimi, quella servile e quella marittima, guerre e nemici diversissimi tra loro, da lui non solo condotte ma anche portate a termini” (Ibid, p. 215).

²¹⁷ PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, p. 239.

²¹⁸ Ibid, p. 240. Esta referência é extraída de VICO, G. Delle istituzioni oratorie, p. 147.

marginal em relação ao potencial contributo da retórica vichiana. Ainda no primeiro tomo do tratado sobre argumentação Perelman convoca quase literalmente a lição de Vico sobre “De figuris verborum repetitionis” § 49^o), inclusive os exemplos. Ao tratar da tautologia aparente (“tautologie apparente” § 51^o) Perelman resgata a lição de Vico sobre “ploce” na qual um mesmo termo poderá designar a pessoa ou seu comportamento ou a sua propriedade²¹⁹. A mesma consideração pode ser feita quanto à explicação da antanáclase (“l’antanaclase”) como um caso especial de homonímia²²⁰. Sem olvidar os esforços de Perelman de enxergar nas tautologias uma dimensão quase-lógica e o seu cariz argumentativo apenas identificável na situação concreta²²¹, parece-nos que o autor não conseguiu superar, em seus contornos essenciais, as lições de Vico a respeito.

Perelman ao explorar o valor argumentativo da analogia convoca a conhecida “Orazioni in morte di Angiola Cimini” para evidenciar a possibilidade de realização de analogias em cadeia, quer dizer, novas analogias com base nos referentes²²². Sem evidentemente afivelar a

²¹⁹ “(...) selon Vico, dans la figure appelée ploce (« Corydon depuis ce temps m’est Corydon») le même terme est pris pour signifier la personne et pour signifier le comportement (ou la chose et ses propriétés)” PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, p. 292. Esta referência é extraída de VICO, G. Delle istituzioni oratorie, p. 142. Na lição de Vico: “«Ploce» est quando vox eadem uno loco personam aut rem, alio mores et proprietates significat: Corydon, Corydon est tempore nobis” (CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 342). Na tradução italiana: “La «ploce» si há quando la stessa parola significa in un luogo la persona o la cosa, in altro il carattere e le qualità. P. es.: Coridone, da allora per me è Coridone” (Ibid, p. 343).

²²⁰ “Dans l’antanaclase il ne s’agit plus que d’un emploi de l’homonymie: Être aimé m’est cher à condition de ne pas coûter cher” (PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, p. 294). Esta referência é extraída de VICO, G. Delle istituzioni oratorie, p. 142. Na lição de Vico: “«Antanaclasis» est, cum usurpatur vox eadem, significatione diversa, ut «amari iucundum est, modo ne quid insit amari»” CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 342). Na tradução italiana: “Si ha l’«antanaclasi» quando si ripete la stessa espressione con significato diverso, p. es. «esser amato mi è caro, perché non costi caro»” (Ibid, p. 343). Para Jean Dubois, a “homonímia é a identidade fônica (homofonia) ou a identidade gráfica (homografia) de dois morfemas que não têm o mesmo sentido, de um modo geral”. DUBOIS, Jean, Dicionário de Linguística, Editora Cultrix, 2007, p. 326.

²²¹ PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, p. 293-294,

²²² “Les analogies peuvent aussi être greffées l’une sur l’autre, une partie du phore devenant le point de départ d’une nouvelle analogie. Vico recourt à ce procédé pour nous décrire l’effet que fit la mort d’Angela Cimmino, sur la princesse de la Roccella qui venait de perdre son mari et: dont le deuil amer et récent faisait que, pour haut et grand que fût son coeur, pareil à un vase vivant de l’or le plus pur, il était rempli d’une telle douleur que rien d’autre, pour aucune autre raison, d’aucune manière, ne pouvait y pénétrer; cependant, si fortement le frappa le deuil de la mort de notre marquise, que, ainsi qu’un corps dur qui y aurait été jeté, il le fit résonner de deux sublimes sonnets” (Ibid, p. 526-527). Esta referência é extraída de VICO, G., VICO, G. Opere, Ordinate ed illustrate coll’analisi della mente di Vico in relazione alla scienza della civiltà da Giuseppe Ferrari, Milão, Soc. Tipogr. Classici italiani, 1837, vol VI: Orazione in morti di Angela Cimmini, p. 301. Convém consignar que Aristóteles tratou da analogia como técnica de amplificação em Retórica, Livro

máscara de crítico literário, até porque faltaria-nos competência para tal desiderato, poderíamos naturalmente retomar a citação de Perelman e mais do que isto, prosseguir do ponto que ele parou para explorarmos outras leituras possíveis desta belíssima oração: "(...) in due sublimi sonetti da'quali apertamente se scorge esser vero quello che, per comporre sublime, bisogna vestire le passioni de'grandi, i quali nati, nidriti e tutta l'età versati in grandezze, formano naturalmente grandi e magnifiche idee: alla quale grande fortuna se per avventura, come in questa real donna, fior d'ingegno e buon lume d'arte, si uniscano, allora le loro fantasie con quel raro nesto di sublimità e naturalezza i concetti dell'animo meravigliosamente ritraggono"²²³. Este pequeno trecho já seria suficiente para apreciarmos uma escrita de rara beleza, a retórica vichiana encontra nesta oração um momento aplicativo ... que já não é tão somente de uma "retórica senhora de si" (disciplina normativa) mas de uma experimentação lograda da estilística²²⁴. Sem olvidar obviamente a presença constante "De amplificatione", rosto por excelência do gênero demonstrativo, voltado ao elogio e a crítica que em Giambattista estão exemplarmente comprometidos com a honestidade²²⁵. Vico dá prova desta quando descreve o sentimento de cólera, que já não é tão somente um defeito, mas ingrediente da virtude literária: "Con tutto ciò, poichè la grande Architetta, interessata di sì vago gentil suo lavoro, dovevavi pure in una sua qualche parte peccare, peccò in quella, onde la sua bell'opera, perchè destasse maggior meraviglia, fosse più del dovere, come i pittori dicono, caricata, e nel di lei nobile sangue rovesciò con troppo piena mano la collera; non quella già quasi sempre temeraria e soventi fiata anche fiera, qual è a tutto il feminil sesso comunque, ma ragionevole e generosa e qualche appunto a donna di eroica virtù convenivasi"²²⁶. Não podemos negligenciar que a dimensão pública da oração comportaria dois objetivos, a saber: render homenagem ao falecido e recomendar imitá-lo nas suas virtudes,

III, 1405a, in ARISTÓTELES, Obras Completas, Retórica, vol. VIII, tomo I, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Coordenação de António Pedro Mesquita, 2ª Edição, revista, 2005, p. 246 e ss.

²²³ VICO, G., Opuscoli di Giambattista Vico posti in ordine da Giuseppe Ferrari, Napoli, Stamperia de Classici latini, 1860, p. 153.

²²⁴ Neste sentido: BATTISTINI, Andrea, La struttura retorica dell'orazione di Vico in morte di Angela Cimmino, in Comunicazione presentata al Congresso Vico-Venezia (Isola di S. Giorgio Maggiore, 21-25 agosto, 1978), p. 88.

²²⁵ "Demonstrativum in laude et vituperatione versatur" (CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 20).

²²⁶ VICO, G., Opuscoli di Giambattista Vico posti in ordine da Giuseppe Ferrari, Napoli, Stamperia de Classici latini, 1860, p. 143-144.

portanto a oração já não transportaria apenas o gênero demonstrativo, mas revestir-se-ia também do deliberativo na medida em que persuade ou dissuade, mostrando que coisa ocorrerá no futuro^{227 228}. Ora a retórica vichiana por mais uma volta reconhece a importância do auditório, na medida em que nesta oração Vico concilia-se desde o início com o horizonte de inteligibilidade dos seus destinatários, pois a oração fúnebre integrava uma parte importante das tradições da comunidade. Na verdade, as homenagens fúnebres constituía uma prática social peculiar às famílias detentores de posses e/ou status social, sem excluir evidentemente que era um eficiente instrumento de comunicação social. Se por um lado em Perelman é evidente o seu esforço de referir-se à argumentação como uma dimensão superadora da redução das técnicas de prova à lógica formal²²⁹ e de re-atribuir à retórica o seu status filosófico²³⁰. Por outro lado em Vico, a partir desta oração de rara beleza, concebe a retórica e a imaginação como verdadeiros instrumentos cognitivos e principalmente reivindica dignidade científica também ao verossímil e ao provável (campo por excelência da retórica !)²³¹.

Prosseguindo com a análise das dimensões vichianas convocadas por Perelman, o autor ao versar sobre as “metáforas adormecidas” (“*métaphores endormies*”) mais uma vez alude à Vico, agora para explicar a catacrese. Nesta senda, ele convoca inicialmente as lições de Aristóteles a respeito: “*par une sorte d’abus substitue au mot propre et précis un mot de sens voisin et approchant*”, posteriormente recorre a Vico, Dumarsais e

²²⁷ “*Demonstrativum in laude et vituperatione versatur. Deliberativum in futuri temporis provisione suadet vel dissuadet. Iudiciale in praeteriti disceptatione accusat vel defendit*” (CRIFÒ, *Institutiones Oratoriae*, p. 20).

²²⁸ BATTISTINI, Andrea, *L’eloquenza e la morte*, in *Vico tra antichi e moderni*, Il Mulino, 2004, p. 217.

²²⁹ PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation*, Press Universitaires de France, Paris, 1958.

²³⁰ Idem, *Philosophies premières et philosophie régressive*, in *Rhétorique et philosophie: Pour une théorie de l’argumentation en philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1952, p. 99-100 e 105; Idem, *Réflexions sur la justice*, in *Revue de l’Institut de Sociologie*, 1951, p. 280-281.

²³¹ BATTISTINI, Andrea, *La struttura retorica dell’orazione di Vico in morte di Angela Cimmino*, in *Comunicazione presentata al Congresso Vico-Venezia (Isola di S. Giorgio Maggiore, 21-25 agosto, 1978)*, p. 77. Para Battistini esta oração traria um duplo contributo, a saber: histórico e exegetico. Quando ao primeiro por está temporalmente entre Orações inaugurais e *De mente heroica confessaria* a herança do humanismo, sobretudo de Petrarca e dos ensinamentos retóricos. Exegetico, por consituir uma terceira linha de investigações a respeito da relação entre Vico e a retórica: “*Sinora infatti, soprattutto con Pagliaro, Grassi, De Mauro e Verene, si è individuato nella retorica vichiana un mezzo per trasformare la scienza storica in ricerca antropologica ovvero, specie con i vecchi Donati e Sorrentino, e poi con Perelman, Giuliani e Mooney, si sono reabilitate le Institutiones oratoriae vichiane per sottolineare anche i meriti teoretici della retorica, mai scissa nel Vico della filosofia, dall’etica e dal diritto*” (p. 88). Convém sublinhar que Battistini reconhece em Mario Fubini o precursor desta nova linha de investigação.

Baron como argumento de autoridade que insiste numa relação da catacrese com a metáfora²³². Vico ao discorrer sobre os modos de ser dos “tropi” (“De troporum affectionibus” § 44º) vê na “catacrese ou ‘abusio’ uma certa dureza da metáfora”²³³. Sem desconsiderar todo o esforço de Perelman para o desenvolvimento de técnicas voltadas para o “despertar das metáforas” ou mesmo de termos que nunca foram metáforas²³⁴. Parece-nos que não foi dada a glória devida às lições vichianas sobre os “tropi”²³⁵, sobretudo quando alude à necessidade de sua utilização diante da falta de termos próprios na língua²³⁶. Quer dizer, a uma possível função pré-lógica da língua! Sem evidentemente excluir, a ausência de referências à compreensão vichiana da metáfora e os seus possíveis desdobramentos filosóficos. Para Vico, “a metáfora é portanto o tropo com a qual a palavra é transportada do seu próprio significado para um significado estranho, baseando-se na semelhança”²³⁷. A não-invocação de Vico neste tema causa uma certa perplexidade, pois como é cediço para Perelman “a metáfora seria uma analogia condensada, resultante da fusão de um elemento do foro com um elemento do tema”²³⁸. Mais do que isto, “c’est dire que la métaphore peut intervenir pur accréditer l’analogie”²³⁹. Sem evidentemente excluir a sua principal receita para o “despertar das metáforas

²³² PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, Tome Second, p. 547. A referência é ao texto Rhétorique à Herennius, liv. IV, § 45º.

²³³ “«Catachresis», sive «abusio», est quaedam metaphorae durtities” (CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 328).

²³⁴ “Un exemple en serait «feuille de papier». Même si pareille expression n’a rien d’une métaphore, si sa genèse est différente et si elle est plutôt une extension, une «projection», qu’une fusion, cela n’empêche qu’elle puisse devenir une métaphore agissante par l’usage des techniques de réveil que nous venons de signaler” (PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, Tome Second, p. 547).

²³⁵ “Os tropi modificam uma palavra do seu significado próprio e originário a um outro impróprio e estranho (...) Duas são as causas desta mudança: a necessidade e embelezamento” tradução livre, (CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 311). Para Vico os “tropi” são, a saber: a metáfora (“De metaphora” § 40º); a metonímia (“De metonymia” § 41º); sinédoque (“De synecdoche § 42º) e a ironia (“De ironia” § 43º). Todos são desenvolvidos no texto Institutiones oratoriae, mas também em Scienza nuova de 1725, respectivamente nos parágrafos 40º, 41º, 42º e 43º.

²³⁶ “Necessitas ea fuit, quod cum verba, ut inquit iurisconsultus, sint rerum notae, et multo plures sint in natura res verbis: hinc quaeque lingua in quamplurimis rebus proprio vocabulo destituitur, eoque aliena accersenda fuere (...) (CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 310).

²³⁷ “Igitur tropus est metaphora, quo verbum a propria significatione in alienam transfertur, ob similitudinem (...)” (Ibid, p. 314).

²³⁸ “Nous ne pourrions mieux, en ce moment, décrire la métaphore qu’en la concevant, tout au moins en ce qui concerne l’argumentation, comme une analogie condensée, résultant de la fusion de l’élément du phore avec un élément du thème” (PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation, Tome Second, p. 535). Perelman socorre-se das expressões “tema” e “foro” para explicar a analogia, o tema constituiria os termos sobre os quais repousa a conclusão e o foro serve para fundar o raciocínio, sendo normalmente mais conhecido que o tema.

²³⁹ Ibid, p. 536.

adormecidas”, quer dizer, a partir dela desenvolver por mais uma volta a analogia²⁴⁰. Realmente não entendemos o porquê da não reivindicação das lições vichianas sobre a metáfora no tratado de Perelman, sobretudo por deitar igualmente raízes na analogia.

A aventura de Perelman pela retórica vichiana acompanha todo o seu “*Traité de L’argumentation*”, ao explorar o papel dos pares filosóficos e as suas transformações (“*Le rôle des couples philosophiques et leurs transformations*” § 92º), quer dizer, ao explorar o viés argumentativo das dissociações, quer para a rejeição, quer para a inversão de pares consolidados. Sendo certo que o esforço argumentativo segundo Perelman visa não à rejeição, mas precisamente a inversão dos pares filosóficos²⁴¹. Perelman especificamente ao considerar que algumas comutações nos termos que integram os pares “poderiam ser analisadas como uma inversão de metáfora”²⁴² convoca Vico: “*Le poème doit être une peinture parlante, et une peinture un poème muet*”²⁴³. O gênio napolitano utiliza este exemplo para explicar a figura de pensamento explicativa denominada transposição (“*antimetabole*” ou “*trasposizione*”) que na verdade é uma máxima ao contrário, resultante precisamente da inversão das palavras²⁴⁴. A omissão de Perelman quanto aos possíveis desdobramentos filosóficos da metáfora é especialmente corroborada neste parágrafo diante desta tímida convocação de Vico. Perelman quando estuda os enunciados que incentivam a dissociação (“*Énoncés incitant à la dissociation*” § 94º) refere-se a Vico para explicar a figura de oxímoro, “*nier d’une chose qu’elle soit ce qu’elle est*”²⁴⁵, quer dizer, “quando de uma coisa nega-se aquilo que essa é”²⁴⁶. Para Vico o oxímoro é uma figura de pensamento explicativa, conforme podemos depreender do título do parágrafo em que se localiza: “*De figuris sententiarum ad explicationem*” (§ 58º). Se para Perelman o oxímoro convida a um esforço de dissociação, para Vico é simplesmente uma figura de pensamento explicativa²⁴⁷. Na verdade estas

²⁴⁰ “La manière la plus usuelle de réveiller une métaphore est de développer à nouveau, à partir d’elle, une analogie” (Ibid, p. 543).

²⁴¹ Ibid, p. 569-570.

²⁴² Ibid, p. 571.

²⁴³ Ibid, p. 571. Esta referência é extraída de VICO, G. Delle istituzioni oratorie, p. 150.

²⁴⁴ CRIFÒ, *Institutiones Oratoriae*, p. 383

²⁴⁵ PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation*, Tome Second, p. 590.

²⁴⁶ “«Oxymoron» est cum idem de seipso negatur (...)” (CRIFÒ, *Institutiones Oratoriae*, p. 382).

²⁴⁷ Vico convoca uma série de exemplos notadamente da literatura clássica, a saber: “(...) «Questo qualcosa

figuras de pensamento (“formas esplêndidas de pensar”) dão forma ao discurso, quer dizer, articulam e conferem força ao discurso²⁴⁸. Perelman ainda num esforço reflexivo sobre as definições dissociadoras (“Les definitions dissociatives” § 95º) que para além de serem um instrumento da argumentação quase-lógica, seriam também mecanismos de dissociação convoca Giambattista²⁴⁹. Neste senda, ele enxerga a antítese também como uma hipótese de aplicação de definição dissociadora tão somente por ser opor a uma ideia que se cria única. No desenvolvimento de seu texto por mais uma volta cita Vico: “Ainsi, de cette antithèse spéciale que l’on appelle énantiose et dont Vico prend l’exemple chez Cicéron: C’est là non loi écrite, mais naturelle”²⁵⁰. O que importa-nos frisar é que Vico concebe a antítese apenas como mais uma figura de pensamento explicativa²⁵¹, decerto sem vislumbrar as potencialidades dissociadoras identificada por Perelman.

A aventura de Perelman pela retórica vichiana termina com a análise dos paliativos para os perigos da amplitude da argumentação (“Les palliatifs aux dangers de l’ampleur” § 102º) que seriam estratégias argumentativas para proteger o orador da fragilidade/extensão do próprio discurso, destacando-se exemplarmente nesta empresa a renúncia a certos argumentos, decerto secundários na totalidade da argumentação²⁵². Neste sentido, as renúncias seriam concessões aptas a proteger o discurso dos riscos de sua extensão, ou seja, “la concession s’oppose surtout aux dangers de la démesure”²⁵³. Perelman sustenta que a concessão ensejaria algumas vezes a figura da építrope e para explicá-la socorre-se mais uma vez das lições de Giambattista: “(...) nous concédons à l’adversaire des choses même iniques, même fausses, même ineptes ou douteuses, par surabondance de

è un niente»; «Se hai senno, non sapere quel che sai». E con Terenzio: «Impazzire con ragione»; e in Orazio: «Strenua inerzia», «insana sapienza»; «vivere sotto l’influsso di una dottrina sbagliata»; e in Ovidio: «Concordia discorde», e «i giusti onori per una morte ingiusta». E in Marziale: «Non sempre profuma chi sempre profuma». Ed anche: «Chi, o Massimo, abita in ogni luogo, non abita da nessuna parte» (CRIFÒ, *Institutiones Oratoriae*, p. 385).

²⁴⁸ “In his enim figuris formantur illa, in quibus omnes artus et vires orationis consistunt: sunt enim illustres concipiendi figurae, unde figurae sententiarum appellantur” (Ibid, p. 364).

²⁴⁹ PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation*, Tome Second, p. 590.

²⁵⁰ Ibid, p. 594. Esta referência é extraída de VICO, G. *Delle istituzioni oratorie*, p. 150.

²⁵¹ “«Enantiosis» orationem ex antithetis seu contrariis illustrat. Praestantissima omnium est illa de lege defensionis Pro Milone: «Est enim haec non scripta, sed nata lex ...» (CRIFÒ, *Institutiones Oratoriae*, p. 382).

²⁵² PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique Traité de L’argumentation*, Tome Second, p. 643-649.

²⁵³ Ibid, p. 646.

droit”²⁵⁴. Diversamente de Perelman o gênio napolitano não vê a “epitrope” como um paliativo para argumentação, mas apenas como uma figura de pensamento probatória (“De figuris sententiarum ad probationem” § 57º) ao lado de outras como “prolepsis” (“prolessi”), “hypobole” (“hypobolé”), “anacoenosis” (“anacenososi”), “color” (“tono”), “gnome” (“gnome”), “noëma” (“noema”)²⁵⁵. A epitrope que poderia ser séria ou irônica “é figura com a qual concedemos ao adversário coisas também injustas, também duvidosas, também falsas como se fossem justas, certas, verdadeiras, por abundância de boas razões de que dispomos e que permite-nos de mostrar que, também concedendo aquilo que tínhamos por negar, somos superiores na causa”²⁵⁶. Como se vê Vico era um literato preocupado com a beleza de seu texto, que por mais que esforçemo-nos para reproduzi-lo, ficaremos sempre aquém da harmonia e esplendor do original em latim.

As reflexões que se seguem concentram-se sobretudo na problemática se Perelman teve fortuna na convocação da retórica vichiana para a formulação de sua teoria da argumentação racional e prática? Efetivamente não constitui nosso objetivo realizar uma análise exaustiva de suas teses, mas tão somente mensurar (se é que é possível!) o contributo de Delle istituzioni oratorie de Don Luigi Parchetti de 1844, precisamente fonte de consulta de Perelman. Sem olvidar que a empresa de Perelman se por um lado pretendia formular uma teoria da argumentação que não se reduzisse à velha e já desgastada dedução lógica, por outro lado não almejava superar in toto a lógica formal, mas apenas realçar a sua dimensão prática. A retórica de Vico é desde sempre prática, não obstante integre um discurso proclamador de uma Scienza nuova. Portanto, desde “Institutiones oratoriae” já haveria a defesa de uma argumentação prática, o contributo de Perelman reside precisamente em tentar resgatar dimensões desta retórica autônoma, normativa e não-psicológica. A retomada da tradição da antiga retórica no texto de Perelman concentra-se principalmente em Aristóteles, Cícero e Quintiliano. A motivação lógico-analítica de Perelman, quer dizer, o desejo de enxergar a argumentação como uma forma estendida de Razão é responsável por negligenciar dimensões importantes da retórica

²⁵⁴ Ibid, p. 646. Esta referência é extraída de VICO, G. Delle istituzioni oratorie, p. 148.

²⁵⁵ CRIFÒ, Institutiones Oratoriae, p. 366-375.

²⁵⁶ “«Epitrope» seu «concessio» est, qua etiam iniqua, etiam falsa, etiam inepta vel dubia tamquam aequa, certa, vera adversario concedimus, ex nostri iuris abundantia, qua ita affluimus, ut etiam concessis iis, quae negare pro iure nostro poteramus, nihilominus nos superiores in causa esse doceamus” (Ibid, p. 370).

vichiana, como uma relação entre retórica e filosofia muito particular, sobretudo pela valorização da imaginação e da fantasia; o nexu entre retórica e direito, entre retórica e filosofia jurídica e mesmo entre a lógica e a cultura; descuido a respeito da linha de continuidade estilística entre as obras latinas e *Institutiones oratoriae*, até porque os esforços de Perelman centraram-se, em muitas passagens, na análise lógica da estrutura do argumento; negligenciou a continuidade existente entre a retórica vichiana e o restante de sua obra, na qual precisamente “*Institutiones*” insere-se num continuum do processo de formação de sua filosofia; não explorou a dimensão praxista confessadamente assumida, pois a retórica aqui não constitui um mundo separado da praxis, o que decerto contribuiria (e em muito!) para o seu discurso de argumentação prática; negligenciou o primado da retórica judicial e mesmo o grau de juridicidade identificável na retórica; deixou passar em brancas nuvens a tríade poderosa memória-fantasia-“ingegno” explorada na parte mais filosófica e menos técnica de “*Institutiones*”; não realçou o compromisso com a verdade da retórica vichiana, quer dizer, a estreita relação entre retórica e ética; isto sem falar no silêncio absolutamente eloquente de parágrafos primorosos como “por que os oradores excelentes são assim raros” (“*Cur praeclari oratores tam rari sint*” § 7º), “a formação civil do futuro orador” (“*De civili institutione futuri oratoris*” § 8º) e “a formação literária preparatória da retórica” (“*De institutione literaria rhetoricae parasceva*” § 9º).

Há uma diferença abissal entre a retórica de Vico e a Nova Retórica de Perelman que decorre precisamente do fato de que o gênio napolitano considerava que “(...) eloquente quem, insigne em cada tipo de discurso, está preparado igualmente a cada gênero de causa e porta-se garante de todas as qualidades e em primeiro lugar da verdade e dignidade do discurso”²⁵⁷. Portanto, o eloquente para além do domínio nos discursos demonstrativo, deliberativo e judicial é igualmente notável no trato da diversidade de gêneros de causas. O que importa-nos nesta altura realçar é a dimensão ética que o discurso deve transportar, quer dizer, parecemos que a retórica vichiana não se constitui tão somente uma arte de persuasão, desprovida de uma intencionalidade axiológica. Com uma conclusão inevitável haveria aqui uma conexão substancial e insuperável entre verdade e justiça, o que decerto não traduz apenas valor lógico,

²⁵⁷ CRIFÒ, *Institutiones Oratoriae*, p. 8.

mas sobretudo axiológico. Ao passo que os argumentos quase-lógicos de Perelman parecem militar a favor de uma conclusão decorrente de uma relação independente do conteúdo. Portanto, a referência a adaptação do orador ao auditório; a invocação de uma não-existente oposição de Vico à tópica; a convocação da amplificação, da “ploce”, da antanáclase, da catacrese, do oxímoro, da antítese e da epítrope definitivamente não exploram o potencial contributo da retórica de Giambattista Vico. Levar a sério tais argumentos significa rejeitar a ideia de que o esforço de Perelman seria tão somente formular uma teoria da argumentação racional e prática, que decerto a reconstituição da do semblante literário-filosófico de Vico não poderia contribuir.

Apenas uma última nota, não poderíamos terminar esta investigação sem exteriorizar o imenso prazer pessoal e intelectual que experimentamos neste breve e intenso mergulho na genialidade de Vico. Por outro lado, intuimos que o contributo vichiano está longe de ter se esgotado... o que naturalmente ensejará novas investigações nos mais diversos ramos do conhecimento.

Verba volant, scripta manent.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola, História da Filosofia, vol. VII, tradução de António Ramos Rosa e António Borges Coelho, Editora Presença, Lisboa, 1970.
- AGRIMI, Mario, Retorica e Filosofia in Giambattista Vico, Le «Institutiones Oratoriae» un bilancio critico, Atti del Convegno «Retorica e filosofia in Giambattista Vico, 19 marzo 1990, Guida Editori.
- ARENDT, H. Philosophy and Politics, Social Research, vol. 57, nº 1 1990.
- ARISTÓTELES, Obras Completas, Retórica, vol. VIII, tomo I, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Coordenação de António Pedro Mesquita, 2ª Edição, revista, 2005.
- BARILLI, R. Rhetoric, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1989.
- BATTAGLIA, F. L'unità del sapere nelle prime Università occidentali, in Riv. intern. fil. dir., nº 32, 1958.
- BATTISTINI, Andrea, L'eloquenza e la morte, in Vico tra antichi e moderni, Il Mulino, 2004.
- BATTISTINI, A., La sapienza retorica di Giambattista Vico, Milano, Guerini e Associati, 1995.

- BATTISTINI, Andrea, La struttura retorica dell'orazione di Vico in morte di Angela Cimmino, in *Comunicazione presentata al Congresso Vico-Venezia (Isola di S. Giorgio Maggiore, 21-25 agosto, 1978)*.
- BOISSIER, G., *Cicerone e i suoi amici (Cicéron et ses amis)*, traduzione di Carlo Saggio, BUR, 1959.
- BÜCHNER, K., *Cicero bestand und Wandel seiner geistigen Welt*, Heidelberg, 1964.
- CANFORA, L., *Giulio Cesare*, Laterza, 1999.
- CICERO, Brutus, in *Brutus, Orator*, G. L. Hendrickson e H. M. Hubbell (eds. e trad.), Cambridge (Mass.), Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1934.
- CICERO, De Inventione, I.3 en De Inventione, De Optimo Genere Oratorum, Topica, M. Hubbell (trad. and ed.), Cambridge (Mass.), Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1949.
- CICERO, De Oratore, III.56-61, E. W. Sutton y H. Rackham (trad.), Cambridge (Mass.), Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1942.
- CICERO, De res publica, II.
- CONNOLLY, J., *The State of Speech: Rhetoric and Political Thought in Ancient Rome*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2007.
- CRIFÒ, Giuliano, *Institutiones Oratoriae*, testo critico versione commento di Giuliano Crifò, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli, 1989.
- CRIFÒ, Giuliano, *Retorica e Filosofia in Giambattista Vico*, Le «*Institutiones Oratoriae*» un bilancio critico, Atti del Convegno «*Retorica e filosofia in Giambattista Vico*, 19 marzo 1990, Guida Editori.
- CRIFÓ, G. *Studi sul quasi-usufrutto romano I*, Padova, 1977.
- CROCE, Benedetto, *La filosofia di Giambattista Vico*, Laterza, Bari, 1962.
- DONATI, B., *Le Lezioni di Rettorica del Vico: a proposito di un manoscritto delle 'Institutiones Oratoriae'*: Cagliari, 1922, in *Studi economico-giuridici Università di Cagliari*, XIV, 1922-23.
- DONATI, B., *Nuovi studi sulla filosofia civile di G. B. Vico*, Firenze, 1936.
- EVERITT, A., *Cicero. A turbulent life* (in inglese), Londra, John Murray Publishers, 2000.
- FANTHAM, Elaine, *The Roman World of Cicero's De oratore*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- FERRARI, G. *Opere ordinate ed illustrate coll'analisi storica della mente di Vico in relazione alla Scienza della civiltà da Giuseppe Ferrari*, I, Milano, 1837.
- FEZZI, L., *Il tribuno Clodio*, Laterza, 2008.

- FISH, Stanley, Rhetoric, in M. Bernard-Donals and R. R. Glejzer (eds.), Rhetoric in an Antifoundational World.
- FONTANA, B., Reason and Politics: Philosophy Confronts the People, *Boundary 2*, vol. 33, n° 1 2006.
- FRASCHETTI, A., *Augusto*, Laterza, 2004.
- FRUTTERO, C. e LUCENTINI, Franco, *La morte di Cicerone*, Nuovo Melangolo, 1995.
- FUBINI, M. *Stile e umanità di G. Vico*, I ed. 1956, II ed. 1965, Milano-Napoli.
- GADAMER, Hans Georg, *Verità e metodo*, tr. it. G. Vattimo, Milano.
- GADAMER, Hans Georg, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 2. Auflage, 1965.
- GARIN, E., *L'Umanesimo italiano. Filosofia e vita civile nel Rinascimento*, Bari, Laterza, 1965.
- GARIN, E., *Vico e l'eredità del pensiero del Rinascimento*, in A. Battistini (ed.), *Vico oggi*, Roma, Armando Editore, 1979.
- GIBBON, E., *Declino e caduta dell'Impero Romano*, Milano, Mondadori, 1986.
- GIGANTE, Marcello, *Rhetorica e Filosofia in Giambattista Vico*, Le «*Institutiones Oratoriae*» un bilancio critico, Atti del Convegno «*Rhetorica e filosofia in Giambattista Vico*, 19 marzo 1990, Guida Editori.
- GRASSI, E. *Critical Philosophy or Topical philosophy? Meditations on De nostri temporis studiorum ratione*, in *Symposium*, 1969.
- GRASSI, Ernesto, *Rhetoric as Philosophy: The Humanist Tradition*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1980.
- GRASSI, E., *Vico e l'Umanesimo*, Milano, Guerini e Associati, 1992.
- GRIMAL, Pierre, *Cicerone*, *Il Giornale*, Milano, 2004.
- HASKELL, H.J., *This Was Cicero: Modern Politics in a Roman Toga*, New York, Alfred A. Knopf, 1942.
- HETZEL, A. *Rhetorical Acosmism and Radical Democracy*, in International Conference "Rhetoric, Politics, Ethics", in Ghent University, 21-23 Aprile, 2005.
- IJSSELING, S. *Rhetoric and Philosophy in Conflict: An Historical Survey*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1976.
- JAEGER, W., *Paideia: The Ideals of Greek Culture*, vol. III.
- KASER, M. *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, *Nachr. d. Akad. d. Wiss. In Göttingen, Phil.-hist.*, Nr. 2. 1962.

- KENNEDY, G., *A New History of Classical Rhetoric*, Princeton, Princeton University Press, 1994.
- KENNEDY, *Classical Rhetoric and its Christian and Secular Tradition from Ancient to Modern Times*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1980.
- KENNEDY, G., *The Art of Rhetoric in the Roman World*, 300 B. C. -A. D. 300, Princeton University Press, 1972.
- KRISTELLER, P. O., *Humanism*, in C. B. Schmitt (ed.), *The Cambridge History of Renaissance Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- KRISTELLER, Paul O. *Renaissance Thought and Its Sources*, M. Mooney (ed.), New York, Columbia University Press, 1979.
- KUMANIECKI, Kazimierz, *Cicerone e la crisi della Repubblica romana*, Centro di Studi Ciceroniani, Roma, 1972.
- LAUSBERG, H., *Handbuch der literarischen Rhetorik*, München, 1969.
- LEPORE, Ettore, *Il pensiero politico romano del I secolo*, in Arnaldo Momigliano; Aldo Schiavone (a cura di), *Storia di Roma*. Vol. II/1, Torino, Einaudi, 1990.
- LEPORE, Ettore, *Il princeps ciceroniano e gli ideali politici della tarda Repubblica*, Istituto italiano per gli studi storici, Napoli, 1954.
- MARCHESI, C., *Storia della letteratura latina*, Principato, 1969.
- MASARACCHIA, A. , *Isocrate, Retorica e Politica*, Roma, GEI, 1995.
- MCKEON, R. P., *Rhetoric in the Middle Age*, in R. Crane (ed.), *Critics and Criticism: Ancient and Modern*, Chicago, University of Chicago Press, 1952.
- MICHEL, A. *La Théorie de la Rhétorique chez Cicéron*, Entretiens XXVIII, Vandoeuvres-Genève, 1982.
- MONFASANI, J., *Humanism and Rhetoric*, in A. Rabil Jr. (ed.), *Humanism in the Disciplines*, vol. III, di *Renaissance Humanism: Foundations, Forms, and Legacy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1988.
- MONTEFUSCO, L. C., *Aristotle and Cicero on the officia oratoris*, in W. W. Fortenbaugh e D. C. Mirhady (eds.), *Peripatetic Rhetoric after Aristotle*.
- MOONEY, M. *Vico in the Tradition of Rhetoric*, Princeton University Press, 1985.
- MURPHY, J. J., *Rhetoric in the Middle Ages: A History of the Rhetorical Theory from Saint Augustine to the Renaissance*, Tempe, AZ, Arizona Center for Medieval and Renaissance Studies, 2001.
- NARDUCCI, E., *Eloquenza e astuzie della persuasione in Cicerone*, Firenze, Le Monnier, 2005.
- NARDUCCI, E., *Introduzione a Cicerone*, Bari, Laterza, 2005.

- NARDUCCI, E., Cicerone. La parola e la politica, Bari, Laterza, 2009.
- NICOLINI, F., Giambattista Vico e i figli Luisa e Gennaro (a cura di B. Nicolini), Napoli, 1982.
- PALADINI, Scritti minori, Roma, 1973.
- PAGANINI, R. VALENTI, La Retorica di Cicerone nella moderna problematica culturale, in Boll. Studi Latini, n° 7, 1977.
- PERELLI, L., Il pensiero politico di Cicerone. Tra filosofia greca e ideologia aristocratica romana, La nuova Italia, 1990.
- PERELLI, L., Storia della letteratura latina, Paravia, 1969.
- PERELMAN, Ch. et OLBRECHTS-TYTECA, L. La Nouvelle Rhétorique Traité de L'argumentation, Tome Premier, Press Universitaires de France, Paris, 1958.
- PESSOA, Fernando, Livro do Desassossego, São Paulo, Companhia das Letras, 1997.
- PIOVANI, P., Vico without Hegel, en G. Tagliacozzo y H. V. White (eds.), Giambattista Vico: An International Symposium, Baltimore, John Hopkins University, 1969.
- QUINTILIAN, Institutio Oratoria, H. E. Berther (trad.), Cambridge, Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1920-22.
- RAWSON, E., Cicero, A portrait, Allen Lane, 1975.
- RAWSON, E., L'aristocrazia ciceroniana e le sue proprietà, in M.I. Finley (a cura di). La proprietà a Roma, Bari, Laterza, 1980.
- RIGHI, G. Carattere e continuità dell'elemento etico nelle opere del Vico ossia l'anima della meditazione vichiana, in RIFD, n° 8, 1928.
- RIPOSATI, B. Studi sui 'Topica' di Cicerone, Milano, 1947.
- SCHIAPPA, Edward, The Beginnings of Rhetorical Theory in Classical Greece, New Haven y Londres, Yale University Press, 1999.
- SEIGEL, J., Rhetoric and Philosophy in Renaissance Humanism: The Union of Eloquence and Wisdom, Petrarch to Valla, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1968.
- SKINNER, Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes.
- SKINNER, Q., The Foundations of Modern Political Thought, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.
- SÓCRATES, Antidosis, Isocrates in three volumes: vol. II, G. Norlin (ed. and trad.), Londres, Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1962.
- SORRENTINO, A., La retorica e la poetica di Vico ossia da prima concezione estetica del linguaggio, Torino, 1927.

- STOCKTON, D. L., Cicerone. Biografia politica, Milano, Rusconi Libri, 1984.
- STROH, Wilfried, Cicerone, Bologna, Il Mulino, 2010.
- TRAINA, Giusto, Marco Antonio, Laterza, 2003.
- UTCENKO, S. C., Cicerone e il suo tempo, Editori Riuniti, 1975.
- VASOLI, C., Topica, retorica e argomentazione nella 'prima filosofia' del Vico, in *Revue. intern. de phil.* n° 33, 1979.
- VERENE, D. Ph. Vico. La scienza della fantasia, trad. it., Roma, 1981.
- VERRI, Antonio, Giambattista Vico nella cultura contemporanea, Edizioni Milella, 1979.
- VICKERS, B. In Defense of Rhetoric, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- VICO, Giambattista, Autobiografia, in *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953.
- VICO, Giambattista, De Antiquissima, in *Opere*, a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, Ricciardi, 1953.
- VICO, Giambattista, De arte topica §12, in *Institutiones Oratoriae*, testo critico versione commento di Giuliano Crifò, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli, 1989.
- VICO, Giambattista, De mente heroica, in *Opere*, a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, Ricciardi, 1953.
- VICO, Giambattista, De nostri temporis studiorum ratione, in *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953.
- VICO, Giambattista, De ratione XV, in *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953.
- VICO, Giambattista, Delle istituzioni oratorie, a cura di L. Parchetti, Novi, Moretti, 1844.
- VICO, Giambattista, *Institutiones Oratoriae*, in Giuliano Crifò, *Institutiones Oratoriae*.
- VICO, G., L'autobiografia, a cura di B. Croce e F. Nicolini, Bari, 1929.
- VICO, G., Le orazioni inaugurali, in *Opere*, vol. I, a cura di G. Gentile-F. Nicolini, Bari, Laterza, 1968.
- VICO, G., Le orazioni inaugurali, il De italorum sapientia ..., a cura di G. Gentile e F. Nicolini, Bari, 1914.
- VICO, Giambattista, *Opere* a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953.
- VICO, G., *Opere giuridiche*, introduzione di N. Badaloni, a cura di P. Cristofolini, Firenze, 1974.
- VICO, G. *Opere*, Ordinate ed illustrate coll'analisi della mente di Vico in relazione alla scienza della civiltà da Giuseppe Ferrari, Milão, Soc. Tipogr. Classici italiani, 1837.
- VICO, G., *Opuscoli di Giambattista Vico posti in ordine da Giuseppe Ferrari*, Napoli, Stamperia de Classici latini, 1860.

- VICO, G., Scienza Nuova, in *Opere*, vol. I, a cura di A. Battistini, Milano, Mondadori, 1990.
- VIEHWEG, Theodor, *Topica e Giurisprudenza*, a cura di Giuliano Crifò, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 4. durchgesehene Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1969.
- VILLANI, Antonio, *In Limine*, in *Institutiones Oratoriae*, testo critico versione commento di Giuliano Crifò, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli, 1989.
- VOLKMANN, R., *Die Rhetorik der Griechen und Römer*, Leipzig, 1885, rist. Hildesheim, 1963.
- WHITE, H., *What Is Living and What Is Dead in Croce's Criticism of Vico*, in G. Tagliacozzo and H. V. White (eds.), *Giambattista Vico: An International Symposium Baltimore*, Johns Hopkins University Press, 1979.

AS RECENTES REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: BREVE ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Karla Nanci Grandó

Juíza Federal na 2ª Região

RESUMO: O presente estudo objetiva discorrer sobre as principais alterações vivenciadas na prática processual penal, tendo em vista as sucessivas alterações do Código de Processo Penal, efetivadas pelas Leis nº 11.690/2008, nº 11.719/2008, nº 11.900/2009 e nº 12.403/2011. Colocam-se as principais alterações, bem como sua percepção pelos operadores do direito processual penal, em especial os Juízes Federais da 2ª Região.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal – alterações legislativas – Código de Processo Penal – Princípio da identidade física do juiz – audiência de instrução e julgamento - leis especiais – conflitos – aplicação – prática.

1 – INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal pátrio (Decreto-Lei nº 3.689/1941), promulgado mais de quarenta anos antes do advento da Constituição Federal de 1988, contém dispositivos eivados de forte viés inquisitório, pois condizente com o momento histórico em que foi elaborado.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, que erigiu como valores básicos da sociedade o respeito à dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o princípio da presunção de inocência,

dentre outros, surgiu a necessidade de se reinterpretar os dispositivos do Código de Processo Penal à luz desses novos princípios.

Diversas disposições contidas no Código tornaram-se obsoletas, e a reforma passou a ser cogitada. Em realidade, medida muito mais efetiva seria a elaboração de um novo Código de Processo Penal, condizente com o atual momento vivido pela sociedade brasileira, mais amadurecida e cidadã, e ciente da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

No entanto, ante as enormes dificuldades enfrentadas para a elaboração de um novo Código (atualmente em trâmite o Projeto de Lei no Senado – PLS nº 156), diversas reformas pontuais foram sendo efetivadas pelo Congresso Nacional, em especial nos anos de 2008 e 2009, na chamada “minirreforma”, sendo editadas as Leis nº 11.689/2008, nº 11.690/2008, nº 11.719/2008 e nº 11.900/2009, que trouxeram alterações substanciais ao rito processual ordinário, e, mais recentemente, a Lei nº 12.403/2011, que deu novo regramento à prisão preventiva e instituiu uma série de outras medidas cautelares preferenciais.

Por meio do presente estudo procurar-se-á tecer breves considerações sobre as principais alterações trazidas por essas leis, buscando apontar a forma como tais modificações vem sendo interpretadas e aplicadas pelos Juízes federais da 2ª Região, assim como indicando o tratamento jurisprudencial atualmente conferido ao tema.

2 – A NOVA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

A Lei nº 11.719/2008 conferiu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, passando a instituir que a audiência de instrução e julgamento, que antes era dividida em três partes (interrogatório, sumário de acusação e sumário de defesa), passa a ser realizada em ato único. Além disso, altera-se a ordem das inquirições, passando a ser a seguinte: declarações do ofendido, inquirição das testemunhas arroladas pela acusação, inquirição das testemunhas arroladas pela defesa e, por último, o interrogatório do acusado.

Entendemos que a mudança promovida pela Lei nº 11.719/2008 neste aspecto é bastante interessante, pois ao mesmo tempo confere maior celeridade ao processo penal, com a concentração dos atos em apenas uma única audiência, e coloca o interrogatório do réu como último ato da instrução, maximizando-se os princípios do contraditório e ampla defesa, já que o réu poderá manifestar-se sobre toda a prova anteriormente produzida.

É claro que, embora desejável, nem sempre será possível que a audiência de instrução e julgamento seja una. Há casos extremamente complexos, que envolvem diversos acusados, que muito provavelmente exigirão um fracionamento da audiência em vários dias. Há, também, os casos em que é necessária a expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas, ou até mesmo para interrogatório do réu, o que também não permitirá a observância integral do disposto no art. 400 do Código de Processo Penal.

Acerca das alterações legislativas que alteraram a forma de condução da audiência de instrução e julgamento, algumas questões merecem destaque.

Primeiramente, a questão que envolve a necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas arroladas pela acusação ou pela defesa. Neste ponto, houve muita divergência entre os magistrados federais participantes do Curso “A reforma do Código de Processo Penal”, oferecido pela EMARF, via sistema EAD, e ministrado pelo instrutor e Juiz Federal Cássio Granzinoli. Nesse sentido, alguns colegas optam por expedir a carta precatória e fixar o prazo de 60 (sessenta) dias para seu cumprimento, designando audiência de instrução e julgamento no Juízo em data posterior ao final deste prazo. Assim, independentemente do cumprimento da carta precatória, após o prazo fixado, realiza-se a audiência no Juízo, inclusive com interrogatório do réu. Os juízes que defendem essa prática fulcram seu entendimento no disposto no art. 222, §1º do Código de Processo Penal, no sentido de que a expedição de carta precatória não suspenderá a instrução criminal.

Data maxima venia aos entendimentos de ilustres colegas que assim procedem, entendemos que deve ser observada a ordem de inquirição de testemunhas, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, mesmo quando envolva a expedição de cartas precatórias. A questão, de fato, não

é simples, e comporta diversas soluções, sem que seja possível vislumbrar prejuízo à defesa em qualquer dos entendimentos esposados. Senão vejamos.

Quando há necessidade de expedição de carta precatória para oitiva de testemunha arrolada pela acusação, temos entendido que a carta deve ser expedida, e somente após o seu cumprimento é que poder-se-ia designar data para a realização de audiência de instrução e julgamento. Na hipótese de carta precatória expedida para oitiva de testemunha arrolada pela defesa, entendemos por designar audiência no Juízo para a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, contudo, condicionando-se o interrogatório do réu ao retorno da precatória.

A questão, no entanto, não é de fácil solução, havendo necessidade de se observar e compatibilizar os princípios da ampla defesa e do contraditório com o da razoabilidade e o da duração razoável do processo.

Ainda, há a questão atinente ao modo de inquirição das testemunhas e do acusado, que foi alterado pela nova redação conferida pela Lei nº 11.690/2008 ao art. 212 do Código de Processo Penal. A nova redação do mencionado art. 212 estabelece que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (...)”, sendo que, no parágrafo único, há disposição no sentido de que “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a instrução”.

A reforma legislativa institui o mecanismo do *cross examination*, por meio do qual dispensa-se a intervenção do juiz, podendo as partes formular perguntas diretamente às testemunhas. Nos termos do que nos ensina Pacelli e Fischer¹, tal alteração, analisada em conjunto com as demais promovidas pela chamada *minirreforma*, “foi uma clara opção pela consolidação de um modelo processual com feições acusatórias, com o distanciamento do juiz do papel de protagonista da prova”.

Apesar de ser claro quanto à formulação de perguntas às testemunhas diretamente pelas partes, a alteração legislativa deixou de regulamentar expressamente dois pontos importantes: primeiro, o momento em que o juiz poderá complementar a inquirição, referido no parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal; segundo, a forma de inquirição do réu no interrogatório.

¹ Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, *in* Comentários ao Código de Processo Penal, 3ª Ed., p. 395.

Com relação ao primeiro ponto, muito se tem discutido, parecendo-nos mais razoável a interpretação segundo a qual, ao final da inquirição pelas partes, o Juiz poderá complementar as perguntas, já que ele permanece sendo o destinatário final das provas. Entendemos, ainda, que por vezes a intervenção do Juiz pode ocorrer durante a inquirição por uma das partes, seja para aproveitar o contexto da inquirição, seja para esclarecer ponto não suficientemente formulado. Primeiro, porque o Juiz continua sendo o responsável pela condução e presidência da audiência de instrução e julgamento, cabendo zelar pela correção e regularidade do ato, bem como sendo sua função esclarecer as perguntas formuladas às testemunhas. Segundo, porque a redação do parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal não estabelece em momento algum que a complementação de perguntas pelo Juiz deva ocorrer somente ao final da inquirição, motivo pelo qual entendemos que o Juiz pode complementar as perguntas formuladas pelas partes, no momento que entender adequado para tanto.

Por fim, merece destaque a menção ao disposto no § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal, que prevê que “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”. A leitura de tal dispositivo sugere que todas as diligências complementares à instrução devem ser requeridas pelas partes no momento da audiência de instrução e julgamento, não havendo mais que se falar na fase de diligências, prevista anteriormente no art. 499 do Código de Processo Penal, o qual foi, inclusive, revogado pela Lei nº 11.719/2008.

Sendo assim, todas as diligências pretendidas pelas partes deverão ser requeridas no momento do oferecimento da denúncia, para a acusação, e na resposta preliminar, pela defesa. Eventualmente, se da instrução decorrer a necessidade de requerimentos complementares, estes deverão ser formulados na audiência de instrução e julgamento. A este respeito, convém ressaltar que as partes não poderão requerer toda e qualquer diligência nessa fase, mas somente aquelas que decorrerem da instrução.

Ainda no que diz respeito ao requerimento de diligências complementares, sabe-se que, por vezes, ante a complexidade da causa, poderá ser requerido prazo pelas partes a fim de apresentarem seus requerimentos. Neste caso, a depender da complexidade do caso concreto,

entendemos perfeitamente possível a fixação de um prazo razoável para a manifestação das partes.

3 – O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

A Lei nº 11.719/2008, alterando a redação do art. 399 do Código de Processo Penal, passou a incluir no processo penal o princípio da identidade física do Juiz, que antes tinha aplicação somente no âmbito do processo civil, forte no art. 132 do Código de Processo Civil.

Nos termos do § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal, “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Sem dúvida alguma é com bons olhos que se observa a inclusão deste dispositivo no Código de Processo Penal, pois o acompanhamento do Juiz à fase de coleta de provas é muito importante para o seu convencimento. Parece ser senso comum que o contato direto do Juiz com a produção da prova, a colheita dos depoimentos das testemunhas e o próprio contato pessoal com o réu é muito salutar, e propicia um julgamento mais próximo da verdade suficiente (preferimos aqui a tese da “verdade suficiente”, em detrimento daquela que preconiza a busca pela “verdade real”, já que a verdade atingida por meio do processo sempre será processual). Assim, como regra geral, o Juiz que preside a instrução, ou, mais especificamente, a audiência de instrução e julgamento (que se pretende única com as alterações legislativas realizadas), deve proferir a sentença.

A regra da observância da identidade física do Juiz, contudo, não deve ser vista como absoluta, sob pena de gerar situações insólitas e até mesmo insolúveis. Há necessidade de se interpretar o dispositivo acima citado de forma sistêmica, socorrendo-se da regra do art. 3º do Código de Processo Penal, que remete à aplicação suplementar do Código de Processo Civil. A este respeito, confira-se o que ensina Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, *in* Comentários ao Código de Processo Penal, 3ª Ed., pp. 771/772:

“Mas o dispositivo em voga não pode ser aplicado a ponto de gerar uma total imobilidade do sistema jurídico processual penal.

O reconhecimento expresso do princípio da identidade física do juiz não importa que, necessariamente, o mesmo magistrado que coletou a prova deverá – e só ele – proferir a sentença. Não pode ser assim. O novel instituto precisa ser interpretado sistemicamente. É dizer: à falta de explicitação acerca de sua aplicação específica no âmbito do processo penal, por força do disposto no art. 3º do CPP, há de se invocar suplementarmente a regra do art. 132 do Código de Processo Civil: “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor.” Nem poderia ser de forma diversa, pensamos. Aplicado de forma isolada, o disposto agora no §2º do art. 399 do CPP poderia conduzir a absurdos, como, por exemplo, mesmo diante de réu preso, o processo ter de aguardar o retorno da fruição das (legais e constitucionais) férias do juiz que coletou a prova. Igualmente poderia gerar situações em que, concluída a instrução processual, restasse promovido ou aposentado o magistrado que coletou toda a prova, o que impossibilitaria seu substituto legal de analisar o processo. (...) Insiste-se: não é assim que se trata o princípio em tela. Aliás, em qualquer procedimento hermenêutico, a invocação isolada (mais ainda aliteral) de regra legal é um dos maiores equívocos procedimentais que se pode cometer nessa seara.”

Vê-se, portanto, que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, e comporta diversas exceções no ordenamento jurídico pátrio. A título de exemplo, quando um juiz é removido ou se encontra em gozo de férias ou de uma licença estendida, o processo certamente será impulsionado e até mesmo julgado pelo substituto legal do magistrado afastado.

Por outro lado, além das hipóteses previstas no art. 132 do Código de Processo Civil, as quais excepcionam a observância da identidade física do juiz e são aplicáveis ao processo penal, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal, existem outras situações que também podem implicar a não observância desse princípio. Como o c. Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir, o rol previsto no art. 132 do CPC não é taxativo, admitindo outras exceções não expressamente previstas neste dispositivo legal. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE

FÍSICA DO JUIZ - ROL NÃO TAXATIVO DO ART. 132 DO CPC - REMOÇÃO - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. I. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. II. O condomínio é parte legítima para propor ação demolitória em virtude de invasão de área comum perpetrada por outro condomínio. Precedentes. Súmula 83/STJ. III. O acolhimento das alegações da agravante não dispensa o reexame de prova. Rever a conclusão a que chegou o Tribunal a quo demandaria a incursão no conjunto probatório para concluir-se da forma requerida pelo Recorrente. Incide nesse ponto a Súmula 7/STJ. IV. O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido. (STJ, AGA 201000718645, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 1300354, 3ª Turma, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJE DATA:22/02/2011, grifo nosso).”

A reforçar o caráter relativo do princípio da identidade física do juiz, deve ser lembrado também o entendimento jurisprudencial no sentido de que a inobservância dessa regra somente tem o condão de gerar nulidade ao processo se demonstrada a existência de prejuízo concreto daí decorrente. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMOÇÃO DO JUIZ DA INSTRUÇÃO. SENTENÇA PROFERIDA POR OUTRO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ARTIGO 132 DO CPC). NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NA PROLAÇÃO DO DECISÓRIO. 1. A remoção do juiz da instrução para assumir, definitivamente, outra Vara, se enquadra entre as exceções admitidas pelo artigo 132 do CPC, de modo a possibilitar a prolação da sentença por outro magistrado. 2. Para que se configure a violação ao Princípio da Identidade Física do Juiz, a ensejar a nulidade da sentença, a parte recorrente deve veicular e demonstrar, em suas razões de recurso, de forma inequívoca, qual o prejuízo concreto que a prolação da sentença, por magistrado diverso daquele que instruiu o processo, ter-lhe-ia causado. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AGRESP 200000209210, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 249894, 3ª Turma, Rel.

VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS), DJE DATA:01/12/2009, grifo nosso).

Por todos estes argumentos, vê-se que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, mas relativo, e é normal e recorrente no cotidiano da administração judiciária a existência de hipóteses em que o processo não será sentenciado por aquele juízo que conduziu a audiência de instrução.

Não obstante, tem sido adotada por parte dos magistrados federais da 2ª Região², a salutar prática de não designação de audiências de instrução e julgamento por um juiz, no período de gozo de suas férias regulamentares, excepcionados, evidentemente, os processos relativos a réus presos e que demandem andamento célere. Essa prática, além de privilegiar a regra da identidade física do Juiz no processo penal, também busca evitar eventual alegação de nulidade pelas defesas, que não raro possuem caráter meramente protelatório e com intuito de criação de tumulto processual.

4 – O NOVO RITO COMUM ORDINÁRIO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E OS RITOS ESPECIAIS

O Código de Processo Penal prevê a existência de ritos processuais especiais, que devem ser observados em relação a determinados crimes. Além dos ritos especiais previstos no próprio Código de Processo Penal, existem aqueles previstos em legislação extravagante, como é o caso da Lei nº 11.343/2006, que regulamenta os crimes de tráfico de substâncias entorpecentes, bem como estabelece rito especial para o processamento da correspondente ação penal.

Acerca da aplicação do novo procedimento ordinário no processamento desses crimes que, anteriormente à “minirreforma”, possuíam rito próprio, a doutrina diverge.

Para Eugênio Pacelli e Douglas Fisher, por exemplo, o rito previsto nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal é absolutamente incompatível com as alterações legislativas promovidas no CPP, em especial

² Conforme pode ser observado dos debates realizados por ocasião do Curso “A reforma do Código de Processo Penal”, oferecido pela EMARF, via sistema EAD, e ministrado pelo instrutor e Juiz Federal Cássio Granzinoli.

pela Lei nº 11.719/2008, não sendo, portanto, mais aplicável. Segundo os ilustres doutrinadores, tais dispositivos teriam sido implicitamente revogados pelo § 4º do art. 394 do CPP, na redação conferida pela Lei nº 11.719/2008. Já outros doutrinadores defendem a idéia de que o correto seria *compatibilizar* o disposto nos artigos 514 a 518 com os artigos 394 e seguintes, todos do CPP. Seguindo essa vertente de pensamento, ao ser oferecida a denúncia, o Juiz teria de intimar o acusado a fim de apresentar a resposta prévia prevista no art. 514 do CPP, e posteriormente, caso recebida a denúncia, deveria citá-lo a fim de apresentar a resposta preliminar do art. 396 do CPP.

Em que pese o balizado entendimento doutrinário acima citado, entendemos que, da forma como foi realizada a reforma no Código de Processo Penal, não observando a melhor técnica, bem como não determinando a revogação expressa de diversos dispositivos contraditórios, é difícil afirmar, de modo seguro, que houve revogação dos ritos especiais previstos nos artigos 513 a 518 do CPP.

Na prática, e considerando a dúvida gerada pela reforma incompleta levada a efeito pela Lei nº 11.719/2008, entendemos que deve ser observado, nas hipóteses em que a denúncia verse exclusivamente sobre crimes que exigem procedimento especial para seu processamento os ritos especiais previstos no Código de Processo Penal ou nas leis extravagantes, em detrimento do novo rito comum ordinário, previsto nos artigos 394 e seguintes, do mesmo Código.

Entendemos desta forma basicamente por três motivos: primeiro, porque não houve revogação expressa de tais dispositivos pelas sucessivas leis que trataram da reforma; segundo, porque tais procedimentos são especiais, ou seja, observam as peculiaridades inerentes aos tipos penais envolvidos, daí preferir-se a sua observância, em detrimento do rito comum ordinário; e, por fim, por não vislumbrarmos qualquer prejuízo às partes na adoção dos procedimentos especiais, já que a reforma processual penal buscou justamente trazer alguns de seus elementos para o rito comum ordinário (como, por exemplo, a intimação do acusado para apresentar resposta preliminar, prevista no art. 396 do CPP).

Nos debates efetivados no Curso: Reformas do Código de Processo Penal, conforme já relatado alhures, observou-se divergências de entendimentos

entre os magistrados federais participantes, o que demonstra que a reforma não primou pela melhor técnica, bem como indica que a elaboração de um novo Código de Processo Penal, que unifique de uma vez por todas os procedimentos, é urgente, a fim de que se possa obter um processo penal coerente e sistemático.

5 – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, temos que as alterações promovidas pela chamada “minirreforma” no Código de Processo Penal foram, em sua maioria, bastante positivas, pois proporcionam uma maior participação da vítima (ofendido) e das partes (acusação e defesa) no processo penal e no convencimento do Juiz; a concentração dos atos e a consequente celeridade no processamento; além do exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, com a colocação do interrogatório do acusado como último ato de instrução.

Entretanto, é recomendável que elabore um novo diploma processual penal, pois as reformas realizadas de forma esparsa, ao mesmo tempo que trazem importantes inovações, deixam muitas dúvidas quanto à aplicação de alguns dispositivos, pois coexistem com normas antigas e, por vezes, são mesmo incompatíveis com determinações anteriores ainda não expressamente revogadas.

6 – BIBLIOGRAFIA

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 249894, STJ, 3ª Turma, Rel. VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS), publicado no DJE em 01/12/2009.

Agravo Regimental no Agravo De Instrumento nº 1300354, AGA 201000718645, STJ, 3ª Turma, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, publicado no DJE em 22/02/2011.

FERREIRA, Wanessa Carneiro Molinaro. “Recentes Alterações do Código de Processo Penal: novo rito do procedimento comum ordinário”. Artigo publicado na Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 201-209, dez. 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. “A reforma do Código de Processo Penal”, artigo publicado em 07/2008 no sítio eletrônico Jus Navigandi.

NUNES, Walter. "Reforma do Código de Processo Penal: Leis n. 11.689, n. 11.690 e n. 11.719, de 2008". Artigo publicado na revista CEJ, v. 13, n. 44, jan.mar/2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Comentários ao Código de Processo Penal/Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

MEDIAÇÃO AMBIENTAL: NOVOS PARADIGMAS

Maria de Lourdes Coutinho Tavares

Juíza Federal na 2ª Região

RESUMO: O presente texto visou a abordar os conflitos ambientais e a eco-mediação como novo paradigma de resolução mais célere e eficaz em comparação como os meios tradicionais de resolução existentes, bem como a compatibilidade da mediação ambiental com a natureza de indisponibilidade do bem jurídico envolvido.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos. Mediação ambiental. Indisponibilidade bem jurídico.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo examinar como as soluções negociadas facilitadas em sede de direito ambiental se inter-relacionam com o conceito de interesse público. Atentando-se para o fato de os bens ambientais não serem titularizados por alguns indivíduos, mas, ao contrário, por toda a coletividade, situa-se a viabilidade e o espectro de incidência da mediação sobre conflitos envolvendo o meio-ambiente. Assentada a exata noção de indisponibilidade afeta a questões ambientais, percorre-se um estudo acerca de métodos consensuais de solução de controvérsias utilizando-se fundamentalmente da experiência estrangeira, para, finalmente, atingir a conclusão de ser a mediação o processo mais adequado à composição de impasses afetos ao atendimento pleno de um desenvolvimento sustentável.

Em algumas ocasiões, a surpresa é a transposição do instituto da mediação para uma área onde não se destaca (apesar de algumas vezes estar presente) o caráter emocional do conflito, como ocorre, costumeiramente, nos conflitos decorrentes de relações de família. Em outras, falar em negociação e meio ambiente já causa certo impacto. Como permitir concessões envolvendo um bem que não é individual, mas de toda a humanidade? Aliás, perceber a existência de um interesse difuso, naturalmente inerente à problemática ambiental, já faz com que muitos autores atribuam enorme resistência à adoção de soluções negociadas nesse âmbito, conferindo uma nota de indisponibilidade aos bens ambientais.

Por outro lado, se observarmos atentamente nossa vida cotidiana, vamos identificar vários exemplos de como dispomos de recursos ambientais de uma forma – vamos dizer assim – socialmente tolerada. Vejamos como exemplo dos automóveis, onde, só por utilizá-los, já dispomos de uma parcela de ar puro, despejando uma considerável quantidade de CO₂ na atmosfera. A própria legislação de trânsito prevê níveis toleráveis de “emissões poluentes”, cuja observância é aferida (ou deveria ser) no momento da vistoria periódica oficial. Será que não dispomos de uma quantidade significativa de água para nossas necessidades básicas? E o papel, que apesar de ser causa da derrubada de milhares de árvores tem resistido tão duramente às constantes inovações tecnológicas?

Alguns podem se insurgir contra tais exemplos, dizendo que em muitos desses casos há uma compensação financeira para a utilização de recursos naturais. Ora, mas se o argumento usado para resistir à adoção da mediação ambiental como método de composição de conflitos envolvendo o meio ambiente está centrado na impossibilidade de serem utilizadas soluções negociadas na tutela de interesses difusos, voltados a proteção de bens indisponíveis, como dizer que estes interesses cederiam diante de uma mera contraprestação financeira?

Creio que o problema esteja na falta de caracterização do que seria esse interesse difuso relacionado ao meio ambiente. Se entendermos que o interesse difuso seja a conservação pura e simples de recursos naturais indisponíveis, de fato, estaríamos na iminência de, por exemplo, permitir que os usuários de “e-readers” (como o Kindle) tenham deferidas medidas

judiciais com a finalidade de fechar livrarias e editoras que ainda vendam e trabalhem com livros de papel. E que ciclistas exijam a proibição da fabricação, venda e circulação de automóveis.

No entanto, se tomarmos, por exemplo, o art. 225 da Constituição Federal, veremos que o núcleo difuso relacionado ao meio ambiente é, na realidade, a proteção do equilíbrio ecossistêmico, voltado à garantia do acesso a recursos ambientais tanto no presente quanto no futuro. Assim, nada impediria a utilização de recursos ambientais individualmente. O que não se admite é que tal utilização seja capaz de acarretar algum desequilíbrio no ecossistema, impedindo a auto-regeneração do meio e, conseqüentemente, sua utilização por geração futuras.

Assim, chegamos a nossa primeira indagação fundamental: se uma determinada atividade é capaz de desequilibrar o ecossistema, mas, ao mesmo tempo, se mostrar necessária ao nosso desenvolvimento, o que fazer? Só há uma solução: criar soluções para reequilibrá-lo. Abram-se as portas para a mediação ambiental.

2. PARÂMETROS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 Dano Ambiental

O estudo de problemas ambientais gira em torno de um conceito fundamental e propedêutico à exata compreensão dos contornos de incidência e à aplicabilidade de processos negociados de solução de controvérsias à matéria: o dano ambiental.

Podem ser identificadas duas variáveis importantes à aferição da lesividade de determinada conduta, considerando seus reflexos à questão ambiental. A primeira variável expressa a dificuldade em se definir o conceito de meio ambiente, enquanto que a segunda decorre do próprio processo de composição de disputas, quando são buscadas alternativas que atendam aos interesses de todos os envolvidos.

A tutela do meio ambiente só se mostra possível e racionalmente legítima a partir do momento em que se define a espécie de conduta capaz de gerar dano ambiental. Todavia tal noção é muitas vezes confundida

com o que se poderia chamar de dano à natureza, criando um pressuposto falso para a utilização dos instrumentos de proteção, seja na esteira da prevenção, seja na esfera da reparação. De fato, poder-se-ia afirmar com total convicção que toda conduta capaz de colocar em risco o meio ambiente seria, por sua própria natureza, passível de causar o chamado dano ambiental. Entretanto, nem sempre um comportamento de exploração de recursos naturais e/ou culturais é capaz de produzir o mesmo resultado, visto que não se confundem as noções de bens ambientais com o próprio bem jurídico ambiental. Estes últimos são aqueles elementos naturais e culturais individualmente considerados, como florestas, animais e o ar, que compõem uma classe de bens públicos de uso comum essenciais à sadia qualidade de vida (FIORILLO, 2009, p. 109), capazes de serem desfrutados por qualquer pessoa dentro de determinados limites. A noção de bem jurídico ambiental, porém, consiste na integração ecológica de cada um desses elementos, que se desprende de seus componentes para formar uma singularidade ficcional própria. Aqui está o principal vetor da aplicação à matéria de métodos negociais de solução de controvérsias, pois os interesses que envolvem a tutela do meio ambiente estão intrinsecamente ligados à uma razão de equilíbrio ou equidade intergeracional e, na maioria das vezes, ocultos pelas discussões sobre posições - permitir ou proibir determinada conduta. O conflito de posições acaba por gerar um impasse típico de ser solucionado pela via adjudicatória, atribuindo-se rótulos de vencedores e perdedores às partes envolvidas no problema. Quando o foco da questão passa a girar em torno da manutenção do equilíbrio sistêmico (proteção do bem jurídico ambiental), deixam-se as posições de lado para se permitir a discussão de idéias capazes de preencher todos os interesses afetos à controvérsia, abrindo espaço para a adoção de meios de negociação e mediação.

Hodiernamente, ao se pretender definir o conceito de meio ambiente, torna-se necessário fazê-lo sob o prisma das relações dinâmicas entre seus componentes. Em suma, pode-se compreendê-lo como um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas¹.

Por ser composto de uma série de componentes dinâmicos, em sua tutela descabe a busca por um estado absoluto de equilíbrio ecológico, mas uma forma de viabilizar as condições para que o sistema consiga absorver

e gerir todas as relações que lhe são implicadas. Assim, sendo o homem elemento integrante desse sistema, sua atuação somente pode ser vista como destoante e lesiva no momento em que constitui uma barreira ao curso regular do processo de recomposição natural de uma perturbação. Notadamente processos de predação e competição são plenamente auto-ajustáveis quando mantidas as condições para que estas relações se estabilizem, independentemente de ser possível verificar uma oscilação sazonal na quantidade populacional de cada comunidade de acordo com os eventos causais nelas incidentes. Evidentemente o desenvolvimento humano exige o consumo de determinados recursos naturais, razão pela qual haverá sempre um nível tolerável de degradação de bens ambientais plenamente auto-regenerável. A violação desse limite estaria configurada pelo rompimento da capacidade de absorção inerente ao próprio sistema, caso em que se estará diante de um dano ambiental.

Portanto, impossível analisar de forma absoluta se determinada conduta humana é ou não lesiva ao meio ambiente, sendo imperioso identificar como a mesma afetará os processos naturais concretos e em que medida irá alterar a capacidade de o ecossistema se recompor de tal perturbação. Com efeito, ao contrário do conceito de bem ambiental, a noção jurídica de meio ambiente - ou bem jurídico ambiental - não é passível de ser visualizada a partir da mera expressão física, exigindo, por seu turno, uma abstração dogmática capaz de traduzir o conjunto de relações naturais de manutenção e reestruturação do ecossistema.

Necessário, no entanto, frisar ser o homem elemento integrante desse organismo e, por tal razão, irá participar dessas relações dinâmicas entre os diversos elementos componentes do meio através da utilização e exploração dos recursos que lhe são colocados à disposição. Sendo os bens ambientais essenciais à sadia qualidade de vida, não se pode olvidar que o homem só estará exercendo integralmente suas potencialidades se lhe for possível explorar de forma racional os recursos naturais existentes. Caso se entendesse que a mera utilização dos bens ambientais pelo ser humano fosse capaz de gerar dano, imperiosa seria sua exclusão do conceito de meio ambiente, conclusão que inobstante ainda encontra vozes em uma ideologia ecocêntrica, vem perdendo espaço para a idéia de que todo o processo de normatização ambiental deriva da necessidade de se situar a humanidade como destinatária das normas ambientais (FIORILLO, 2009, p. 109). Aliás, esta combatida

dicotomia entre homem e meio-ambiente surge como um dos pilares de sustentação ideológica do modo de produção capitalista, permitindo-se justificar o deterioro dos recursos naturais em prol da indústria e da acumulação de capitais (ANTUNES, 2006, p. 231).

A própria idéia de resguardar o meio ambiente para o gozo de gerações presentes e futuras insere um elemento dinâmico no contexto da tutela ambiental. Somente com o entendimento de que o interesse coletivo sobre o meio-ambiente é a própria manutenção das condições necessárias ao gozo de uma vida digna pelo homem poderá ser quebrado o aparente paradoxo desenvolvimento-proteção.

Efetivamente o uso de um recurso natural leva a sua diminuição quantitativa e, em um raciocínio simplista, a uma tendência de sua escassez no futuro. Em um raciocínio simplista como este, surgiriam duas opções capazes de compor o problema: vedar a exploração de determinado recurso, protegendo o meio ambiente e impedindo o desenvolvimento econômico-social, ou permitir sua exploração, impulsionando o desenvolvimento da sociedade sob duras penas ao meio natural. Fácil, por conseguinte, é a conclusão de que adotada a via meramente adjudicatória, não se poderia preencher devidamente a tutela dos bens ambientais e impulsionar o desenvolvimento humano em um só tempo - a não ser que se adote como solução o ponto médio entre as duas hipóteses, o que seria inservível à tutela adequada do meio ambiente e, ao mesmo tempo, limitaria, em muito, o desenvolvimento humano. Demonstra-se, portanto, que o recurso ao direito objetivo não serve a uma correta gestão da problemática ambiental (SUSSKIND; CRUIKSHANK, 1989, p. 17).

Desta primeira variável, afeta à questão ambiental, toda essa expressão como um conjunto de problemas ambientais que se agregam e se potencializam, surge a necessidade de que tais conflitos sejam solucionados primordialmente por uma via não-adjudicatória - como a mediação - rompendo-se com a concepção geral de que tais métodos somente seriam indicados aprioristicamente àquelas disputas de caráter eminentemente emotivo-interpessoal, visto que somente com um processo de discussão de soluções envolvendo as partes afetadas será possível vislumbrar alternativas eficazes a evitar o dano ao bem jurídico ambiental e ao mesmo tempo permitir um grau máximo de desenvolvimento da sociedade.

2.2 Possibilidade e conveniência da utilização da eco-mediação nas questões ambientais

Os conflitos em torno dos bens ambientais não opõem apenas dois interesses pessoais contrapostos, mas sim uma multiplicidade de partes e interesses públicos e particulares, eventualmente locais e nacionais, sendo que as partes se apresentam muitas vezes através de representantes de grupos ou comunidades. O processo de mediação destes conflitos multi-partes é assim bastante complexo. No entanto, é possível chegar a soluções que satisfaçam todos na medida em que atendem a alguns interesses de cada uma das partes.

O mediador ambiental atua como terceiro neutro e imparcial ao promover o diálogo, sem impor ou sugerir uma solução para a contenda, tentando de toda forma dissolver a postura adversarial entre as partes, utilizando uma formação técnica especializada.

A mediação ambiental surgiu nos Estados Unidos no início da década de 70, foi sucessivamente adotada pelo Canadá e se encontra em estudos na Europa.

Embora o Direito Ambiental verse sobre direitos indisponíveis, um de seus princípios é o da participação, que preconiza o envolvimento dos cidadãos, individual ou coletivamente, para a formulação e execução da política ambiental, que garante a transparência das decisões e a participação efetiva de todos, em face disso a mediação satisfaz na condução das questões, pois reduz os custos ao diminuir o número de reuniões das audiências públicas e apresenta um alto nível de cumprimento. Por isso, acreditamos que deveria ser mais utilizado pelos órgãos públicos ambientais, pelo Ministério Público e partes interessadas na tratativa ambiental.

Paralelamente à crença de que o progresso ilimitado resolverá todos os problemas da humanidade, vive-se – como desde o auge da guerra fria não se tinha registro – o medo da extinção do planeta, em decorrência da finitude dos recursos naturais, da degradação ambiental sem precedentes e das mudanças climáticas que já ameaçam a vida na terra. Entre os efeitos ainda não mensurados da descomunal evolução científico-tecnológica do final do Século XX, que gerou uma perplexidade existencial, e do triunfo do capitalismo sobre o socialismo, conduzindo à hegemonia neo-liberal e globalizante, está a exacerbação das desigualdades e, conseqüentemente,

dos conflitos, assim como o surgimento de novas demandas (na proporção dos novos direitos e necessidades advindas), quer entre os indivíduos e/ou organizações, quer de natureza social, aí incluídos os conflitos ambientais, que segundo ACSELRAD (2004, p. 02):

(...) constituem uma realidade que tende a ocupar cada vez mais espaço na agenda pública, tanto nacional como internacional, à medida em que se aprofunda o processo de transformação econômica e social dos territórios. É a emergência dos conflitos ambientais que põe em evidência a disputa por hegemonia entre distintas concepções sobre as formas de incorporação da natureza para satisfazer necessidades materiais, simbólicas e espirituais de indivíduos e de comunidades. O seu estudo representa uma necessidade urgente, tanto para a academia quanto para a comunidade política e para os atores sociais."

Contudo, as regras e sanções jurídicas mostram-se incapazes de acompanhar e abranger o dinamismo do comportamento social, e a resolução dos conflitos de interesses que surgem na sociedade segue, ainda, no Brasil, o arcaico modelo do monopólio do Poder Judiciário que, com suas históricas mazelas – como demonstrado no trabalho elaborado pelo Banco Mundial em 1996, intitulado "O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para Reforma, conhecido como Documento Técnico nº 319 (DAKOLIAS, 1996) - não consegue dar conta da nova realidade eclodida, expondo a sua atual incapacidade para servir de sustentação a um sistema político verdadeiramente democrático.

Assim, o atual momento histórico exige outras perspectivas, não só frente aos conflitos emergentes, mas também em relação às maneiras ortodoxas de resolução, de onde se extrai a necessidade da concepção de estruturas que conduzam a novas reflexões e atitudes, assoalhando um caminho no qual possa prevalecer o diálogo e a construção de consensos, e não um obsoleto, autoritário, ineficaz, e por vezes tendencioso, regramento estatal.

Contribuir para a criação dessas novas estruturas, caracterizadas por instâncias de discussões mais amplas, hábeis a internalizar as implicações sociais, culturais e econômicas no processo de solução de controvérsias, notadamente as ambientais, inclusive viabilizando e potencializando a participação pública, levando-se em conta os interesses dos atores sociais envolvidos e a realidade como ela é sentida pelos sujeitos (multiverso),

e não como a lei diz que deve ser – como ocorre na mediação – é a alternativa proposta neste trabalho.

De forma a ilustrar os contornos do problema, tome-se a intensa controvérsia sobre a natureza jurídica do ato de ajustamento de conduta celebrado entre órgãos do Estado e causadores de acidentes coletivos, como aqueles celebrados com agentes poluidores visando a impedir ou minimizar a ocorrência do dano ambiental. Apesar de já ter sido analisada pela jurisprudência da mais alta corte do país a possibilidade de um órgão público fazer concessões sobre o direito material envolvido em uma disputa transindividual, parcela considerável da doutrina somente vislumbra a possibilidade de as pessoas estatais diretamente envolvidas na discussão promoverem concessões recíprocas em suas posições, quando estas se referirem às condições de cumprimento das obrigações legais, ou seja, sobre aspectos acidentais da questão principal em disputa, sob o argumento de estarem limitados pela presença do interesse público indisponível característico de tais controvérsias.

Não se pretende aqui simplesmente comungar com um ou outro entendimento, defendendo seus principais argumentos, e rechaçar correntes jurídicas divergentes. Na verdade, o objetivo principal deste estudo é aprofundar a discussão em um âmbito mais restrito, circunscrevendo apenas os conflitos decorrentes de matéria ambiental. Por certo, a discussão não pode ser traçada no plano genérico do ato ilícito coletivo, já que os diversos interesses em jogo apresentam elementos bastante divergentes e especificidades inerentes a cada matéria envolvida. Não se pode, por exemplo, considerar que conflitos ambientais e consumeristas compartilhem das mesmas premissas e características, merecendo tratamento único da ciência jurídica, não obstante muitas vezes ser possível que, na prática, ambos se inter-relacionem. Aliás, normalmente é de fácil visualização o direito subjetivo do consumidor lesado, enquanto que a lesão ao meio-ambiente nem sempre expressa de forma nítida os elementos estáticos dos tradicionais direitos subjetivos, dificultando, de certa forma, sua tutela autônoma (SOUZA NETO; SARMENTO, 2007, p. 793).

A finalidade que se persegue, portanto, é analisar elementos fundamentais dos conflitos afetos ao meio ambiente de modo a perquirir bases capazes de distingui-los dos demais e compreender se sua

titularidade universal configura um obstáculo intransponível à utilização de soluções negociadas como a mediação.

Dessa forma, a investigação acerca da possibilidade e conveniência da utilização da eco-mediação nas questões ambientais – intrinsecamente conflitivas –, cada vez mais presentes no cotidiano do cidadão, revela-se oportuna e imposterável. Pois não se trata apenas de configurar uma ‘engenharia ambiental’, capaz de olhar os fenômenos sob a lente de um quadro pré-construído de possibilidades institucionais de equacionamento e resolução de conflitos, mas, sim, de reconstituir a sociologia relacional que dá historicidade aos mesmos. Nesse sentido, merece particular atenção o esforço crescentemente generalizado de criação, em inúmeros países da América Latina, de projetos voltados para a disseminação de tecnologia de resolução de conflitos ambientais (ACSELRAD, 1996, p. 09).

2.3 Definição de conflitos. Conflitos Ambientais. Resolução de Conflitos Ambientais.

2.3.1 Definição de conflitos

O humano, ser de natureza multidimensional e que se vai construindo em relação, é uma confluência de intrincados fatores em movimento, entre eles o biológico, o psicológico e o social; protagonista de pensamentos racionais e simbólicos, que se mesclam e convivem mutuamente, é produtor e produto de suas circunstâncias, que o distinguem e revelam sua singularidade (MULLER, 2007). Essa singularidade, por sua vez, propicia que os acontecimentos sejam vivenciados ou percebidos de forma única. A isso se denomina idiosincrasia. Se por um lado os torna de uma complexidade infinita e de um fascinante mistério, por outro, acaba ensejando diferentes visões de mundo e formas de conduta, o que em muitos casos gera antagonismo, ou ainda, o conflito. O conflito é, portanto, um fenômeno onipresente na interação humana, e pode ser definido como uma colisão de interesses decorrente do conjunto de condições psico-socio-culturais únicos que integram cada ser.

Os conflitos são, ainda, resultados da vida de relação, ou seja, quando o homem se contrapõe a seus semelhantes em função da necessidade

inata de realização da vontade/necessidade de cada um, estando esta em oposição à vontade/necessidade do outro. São ínsitos à natureza humana e pertencem à fisiologia da vida social, não sendo em si mesmos bons ou ruins, importando mais a forma como os indivíduos lidam com eles; tanto podem conduzir à degradação dos relacionamentos, como a transformações positivas e ao crescimento.

Conflito também pode ser entendido como qualquer forma de oposição de forças antagônicas. Significa diferenças de valores, “escassez de poder, recursos ou posições, divergências de percepções ou idéias, dizendo respeito, então, à tensão e à luta entre as partes” (BREITMAN; PORTO, 2001, p. 93). Pode-se dizer que os conflitos ocorrem, nas relações, quando ao menos duas pessoas independentes percebem seus interesses como incompatíveis (HOKER; VILMOT apud FONKERT, 1999).

Leciona MORÉ (2003) que em nossa sociedade o conflito se associa à rivalidade, a oposição e à diferença, sendo estas mal vistas em nosso sistema de crenças. Muitas vezes se vive as diferenças como uma agressão. Mas o antagonismo não é destrutivo em si, nem bom em si, mas pode ser entendido como um elemento da evolução, e mais, um dos elementos da própria vida. Portanto, os antagonismos são parte integral do meio onde nascemos, nos criamos e morremos; de forma que não podem ser extirpados, já que fazem parte de nossos sistemas de interação.

A definição chinesa para a expressão conflito é composta por dois sinais superpostos: um quer dizer perigo e, o outro, oportunidade. O perigo é permanecer um impasse que retire as energias individuais; a oportunidade é considerar as opções e abrir-se a ocasiões que permitirão novas relações entre os indivíduos e inventar meios de solucionar os problemas cotidianos.

WARAT (2001) explica que o conflito, não sendo nem negativo nem positivo em si mesmo, mas parte da existência humana, remete a uma questão essencial concernente à forma como manejá-lo, de tal maneira que ambas as partes possam sair ganhando.

2.3.2 Conflitos Ambientais

De maneira geral, os conflitos ambientais podem ser conceituados como

tipos de conflitos sociais que expressam lutas entre interesses opostos que disputam o controle dos recursos naturais e o uso do meio ambiente comum (ALEXANDRE, 1999-b, p. 18). Ou ainda, “o jogo de interesses opostos que emergem no contexto da disputa pela apropriação sistemas de interação.” (ALEXANDRE, 1999-b, p. 18).

O conflito ambiental pode ser entendido, também, como resultado de uma pretensão à exploração de um bem ambiental, surgido no momento em que outrem busca impedir ou regulamentar essa iniciativa.

Ainda, conforme Alexandre existe uma capacidade crescente da sociedade civil organizada de impedir que projetos empresariais de desenvolvimento sejam implementados à revelia de um processo efetivo de discussão pública e democrática junto às comunidades envolvidas. Isso parece comprovar que, ao longo dos últimos anos no Brasil, tem-se percebido, como característica muito própria e marcante, a maturação política gradual de setores sociais sensíveis aos problemas sócio-ambientais, cuja conseqüência é o incremento desses conflitos na sociedade.

A existência de conflitos ambientais, conforme acentuam FINK, ALONSO e DAWALIBI (2001, p. 113), decorre da “continuidade de um complexo modelo de exploração econômica, caracterizado pela ação predatória, e da evidente necessidade de preservarem-se os recursos naturais ainda existentes”.

Ou, como sustenta MILARÉ (2000, p. 33), emergem de um fenômeno elementar, segundo o qual “os homens, para satisfação de suas novas e múltiplas necessidades, que são ilimitadas, disputam os bens da natureza, por definição limitados”.

Os conflitos ambientais podem ser subdivididos em três vertentes: (a) os conflitos de uso, nos quais ocorre uma disputa entre particulares ou destes com o Poder Público, em relação a determinado bem ou recurso ambiental; (b) os conflitos entre empreendedores, públicos ou privados, que intentam a exploração dos recursos naturais, e a sociedade civil, que defende sua preservação ou conservação; (c) os conflitos entre entes da Administração Pública, nos quais a controvérsia gira na atribuição recíproca de responsabilidades para solução de um dano ou iminente prejuízo ambiental, ou na omissão de agir de um dos entes, com o efeito de gerar prejuízo à área de atuação da outra entidade estatal.

Em termos ambientais, portanto, pode-se dizer que os conflitos são multilaterais, sendo uma das partes necessariamente a sociedade, titular do direito de fruição de um ambiente natural livre de degradação.

O conflito ambiental pertence ao gênero do conflito social, do qual é espécie, verificando-se que naqueles também ocorrem enfrentamentos sociais e confrontos de forças organizadas contra o Estado (MILARÉ, 2000).

De acordo com FINK, ALONSO e DAWALIBI (2001), a visível e permanente degradação ambiental, sugere que os meios tradicionais de solução de conflitos precisam ser utilizados em maior escala, mas, sobretudo, que novas formas, como a negociação e a mediação, sejam estimuladas e implementadas.

Não obstante a profusão em que ocorrem os conflitos ambientais no cenário nacional, revestindo-se o tema, só por essa circunstância, de especial relevância, verifica-se que o assunto ainda é pouco trabalhado no âmbito científico. A maioria dos doutrinadores satisfazem-se com a abordagem do dano ambiental, praticamente abstraindo que a degradação ao meio ambiente, antes de se concretizar, tem subjacente a realização de um interesse resistido, potencialmente em condições de ser harmonizado por um processo de composição prévia entre as partes envolvidas.

É provável que a falta desse embasamento contribua para que até hoje a sociedade brasileira não tenha ainda desenvolvido uma cultura negocial em matéria ambiental. Por outro lado, a falta de foros próprios para o diálogo voltado à solução de controvérsias que tenham por objeto o patrimônio ambiental, bem como a ausência de estímulo à utilização dos meios alternativos de resolução de disputas, como a negociação e a mediação, as demandas surgidas no contexto ambiental acabam desaguando no Poder Judiciário, através das ações civis públicas, cuja eficácia é predominantemente reparadora, e não preventiva.

2.3.3 A Resolução de Conflitos Ambientais

A Constituição Federal, em seu art. 225, alçou o meio ambiente a bem de uso comum do povo. Cuida-se, portanto, de um direito difuso e, como tal, indisponível.

A Magna Carta também atribuiu ao Ministério Público a função institucional de exercer “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III).

Já a Lei n.º. 7.347/85, que instituiu a ação civil pública – instrumento por excelência para a tutela dos direitos coletivos –, ao lado do Ministério Público, estabelece outras legitimidades para a defesa dos interesses difusos, que recaem sobre a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações da sociedade civil (art. 5.º).

Prescreve o art. 840 do Código Civil que “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

De outro tanto, o mesmo Diploma Legal dispõe no art. 841 que “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”, ou seja, concessões mútuas só podem ser realizadas por quem pode dispor do direito em litígio ou ameaçado.

Já a Lei n.º 9.307/96 (Lei da Arbitragem) estabelece em seu art. 1.º que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Sob este prisma, em princípio, seria inadmissível qualquer transação em matéria ambiental (MACHADO, 2000).

A transação em matéria ambiental, conquanto seja tachada de impossível, vem ocorrendo de forma velada nos licenciamentos ambientais e nos Termos de Compromisso de Ajustamento de Condutas.

Efetivamente, um número cada vez maior de doutrinadores têm se posicionado favoravelmente à celebração de compromissos de ajustamento de condutas, argumentando que o seu objeto não é propriamente o meio ambiente, mas a forma de adoção das medidas destinadas à recuperação ou prevenção de danos ambientais, ou ainda, o estabelecimento de certas regras e comportamentos a serem observados pelo interessado.

À escassez de estatísticas, os dados empíricos e a experiência evidenciam que os ajustamentos de conduta celebrados pelos entes legitimados, na realidade, extrapolam em muito esses limites meramente

formais, invocados pelos autores para não admitirem a possibilidade de transação com os bens ambientais – o que de resto freqüentemente ocorre –, sustentando, na contramão dos acontecimentos, a inadmissibilidade da prática de dano ao meio ambiente com o aval do Estado.

Os próprios órgãos ambientais fazem concessões contrárias à lei em contrapartida de restrições oferecidas pelos empreendedores em projetos submetidos ao licenciamento, tudo isso sem qualquer participação ou fiscalização da sociedade civil. Implicitamente, portanto, admite-se a compensação por danos permitidos ao meio ambiente.

Não é outra a razão de ser das medidas compensatórias estão previstas no Direito pátrio através da Resolução CONAMA nº 02/96, de 18 de abril de 1996, que dispõe:

“Art. 1º. – Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas ou outros ecossistemas, o licenciamento de empreendimentos de relevante impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente com fundamento no EIA/RIMA, terá como um dos requisitos a serem atendidos, pela entidade licenciada, a implantação de uma unidade de conservação de domínio público e uso indireto, preferencialmente, uma Estação Ecológica, a critério do órgão licenciador, ouvido o empreendedor.”

E complementa no art. 2º:

“Art. 2º. – O montante dos recursos a serem empregados na área a ser utilizada, bem como o valor dos serviços e das obras de infraestrutura necessárias ao cumprimento do disposto no art. 1º., será proporcional à alteração e ao dano ambiental a ressarcir e não poderá ser inferior a 0,5 % (meio por cento) dos custos totais previstos para implantação do empreendimento.”

Acerca das medidas compensatórias, FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI, Promotor de Justiça em São Paulo, em sua Tese aprovada no 3º. Congresso Internacional de Direito Ambiental, assevera: “Com efeito, a doutrina tem admitido como forma de reparação do dano a denominada compensação, consistente em uma prestação positiva (obrigação de fazer), e que reverta em prol das questões ambientais”

E argumenta no seguinte sentido:

“Com a compensação, garante-se que os recursos a serem empregados serão destinados diretamente à aquisição de bens ou realização de atos de valor ambiental, garantindo-se assim, e ainda que indiretamente, a efetivação de uma política ambiental, seja preventiva, seja de recuperação de áreas degradadas”

Aduz ainda o ilustre membro do *Parquet* paulista:

“Diante deste quadro, poderíamos mesmo alegar que a compensação se reveste de todos os requisitos necessários para que seja tida como uma das maneiras mais eficazes de reparação do dano ambiental, posto a sua maleabilidade quanto às infinitas possibilidades de atos que possam retribuir ao meio ambiente os danos a eles causados”

Não se pode deixar de admitir o fato de que, apesar de ser conceituado como bem indisponível de uso comum do povo, a agressão ao meio ambiente é alvo de constantes autorizações dissimuladas por parte daqueles que detêm a exclusividade de sua defesa, permitindo-se até mesmo privatizações de bens públicos ambientais, sem nenhuma participação da sociedade civil ou contrapartida aos interesses comunitários.

Nesse contexto, parece irrecusável que sejam criadas instâncias de participação popular, que possam servir de verdadeiras salvaguardas ao equilíbrio ambiental e espelho aos reais interesses da população.

Aliás, na esteira do Princípio 10, da Declaração do Rio de 1992, que assim dispõe:

“Princípio 10 – A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processo de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.”

Superada a impostura segundo a qual o meio ambiente não pode ser

objeto de transação – que contrasta seriamente com a realidade nacional e, particularmente, com a regional –, ter-se-iam abertos os caminhos para a germinação da negociação e da mediação ambientais com base científica, capazes de se converterem em instrumentos hábeis a promover uma nova era de desenvolvimento com verdadeira e legítima proteção ao meio ambiental, eis que supõem princípios democráticos, transparência procedimental e intensa participação da cidadania, em última análise, detentora da soberania e responsável por seus desígnios.

Implica também na admissão de que, dos organismos legitimados à defesa do meio ambiente, o Ministério Público, salvo honrosas exceções localizadas, está em estágio pré-organizacional em matéria ambiental; os órgãos do executivo não dispõem de meios e recursos para a magnitude da atuação que lhe é reservada; e, a sociedade civil, como um todo, tem dificuldades para organizar-se e até desconhecimento de seu papel.

2.4 A competência administrativa em matéria ambiental: critério para fixação da competência jurisdicional e aspecto motivador de conflitos ambientais.

Outra dificuldade cuja superação se impõe reside nos conflitos judiciais entre entes da Administração Pública, as três esferas. É comum que o deslinde da controvérsia dependa da definição da competência do órgão ambiental e/ou ente federativo para expedir a licença ambiental, ora inexistente no caso sob litígio, ou e para exercer o poder de polícia na área ambiental sob enfoque.

Diante dessa panorama, afigura-se razoável, como critério de definição da competência do ente federativo para a expedição do licenciamento – controvérsia que muito se repete na seara judicial – que seja o **alcance do impacto ambiental**. **Deve prevalecer o critério do alcance do impacto ambiental direto** intrínseco ao direito ambiental segundo os ditames constitucionais e não o critério da titularidade do bem.

A competência administrativa em matéria ambiental é repartida politicamente pelos três níveis de governo por força do texto constitucional.

Sendo assim, será da competência de um órgão ambiental federal a concessão da licença ambiental, caso esse órgão seja apontado pela

legislação ambiental como o responsável pela “jurisdição” (tutela, gestão) da área em questão (por exemplo : Parque Nacional da Serra da Bocaina e da Estação Ecológica Tamoios) .

O critério utilizado pela lei, para efeito de fixação das competências, não decorre do regime constitucional dos bens da União (não é o critério do domínio do bem), pois a licença é um instrumento de gestão ambiental.

O Legislador Constituinte ao repartir entre a União, os Estados , o Distrito Federal e os Municípios, as várias competências do Estado Brasileiro, repartiu também as atribuições relacionadas ao meio ambiente, estabelecendo a competência comum à União, Estados e Municípios para articularem políticas públicas ambientais e exercerem suas competências administrativas, objetivando proteger o meio ambiente, nos termos do art. 23 da Constituição da República.

Com efeito, a Resolução CONAMA nº 237/97 veio a regulamentar a atuação dos membros do SISNAMA na execução da Política Nacional do Meio Ambiente, disciplinando critérios para exercício da competência para o licenciamento a que se refere o art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, buscando a integração na atuação dos órgãos competentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, em conformidade com as respectivas competências. Tal repartição de atribuições restou fundada na “predominância do interesse” com base nos impactos ambientais da atividade ou empreendimento.

Neste sentido, dispõe o art. 4º da Resolução CONAMA nº 237/97:

“Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;

V - bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

§ 1º - O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

§ 2º - O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.

Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;

IV - delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios

em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento”.

Desse modo, se a obra ou atividade impugnada localiza-se no entorno de Unidade de Conservação Federal, diante das regras acima transcritas, resta fixada a competência dos órgãos ambientais federais para o licenciamento e fiscalização, restando afastada a competência do órgão ambiental estadual.

O art. 5º da Resolução CONAMA nº 237/97 é bastante claro ao preconizar que compete ao órgão ambiental estadual o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal.

O precedente que se segue ilustra bem o caso vertente:

“CONSTITUCIONAL, AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA AUTARQUIA-RÉ PARA CONTRA-RAZÕES. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL, AUSÊNCIA DE DANO E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. DANO AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DISCUSSÃO SOBRE FATOS. IMPOSSIBILIDADE. LICENÇA AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DO IBAMA. ZONA DE AMORTECIMENTO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. RESERVA EXTRATIVISTA MARINHA. DESMATAMENTO E QUEIMADA, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE. I – Trata-se de apelação em mandado de segurança em que o impetrante pretendia suspender dois autos de infração lavrados pelo IBAMA em razão de obra iniciada no entorno de unidade de conservação, em área com declividade superior a 45º, em que foi efetuado desmatamento, sem prévia autorização do órgão ambiental federal, bem como houve a utilização de queimada. II – Em bem lançada sentença, o magistrado denegou a segurança, asseverando a competência do órgão federal. Ressaltou-se que a prévia manifestação de incompetência para o licenciamento não vincula o órgão ambiental federal no exercício de sua fiscalização, mormente quando o impetrante desmatou, sem prévia autorização do IBAMA, e realizou queimada – atividade ilegal nos termos da legislação ambiental (Lei nº 4.771/1965, art. 27) – em área localizada no entorno (“zona de amortecimento”) de unidade de

conservação (Reserva Extrativista Marinha). III – Com relação a diversas informações trazidas aos autos pela autoridade impetrada, o impetrante pretende suscitar controvérsia, o que inviabiliza a discussão na via estreita do mandado de segurança que, como se sabe, não o admite. IV – Apelação improvida”.

(BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação em Mandado de Segurança nº 200102010250992-RJ. Relator: Desembargador Antônio Cruz Netto. Publicado em: 19/12/2008) (sem grifos no original)

Sendo assim, não obstante seja polêmica tal questão, afigura-se como mais razoável o critério para definição da competência para licenciamento e exercício do poder de polícia a “predominância do interesse” e o “impacto ambiental direto”, de modo que a competência deve estar vinculada à esfera do ente público responsável pela gestão da Unidade de Conservação de proteção integral, sendo, *in casu*, um ente da esfera federal.

Não obstante a questão da competência do ente público para o exercício do poder de polícia não seja alvo de transações ambientais, por se tratar de questão de ordem pública, cuida-se de uma premissa extremamente relevante para viabilizar ou não a mediação ambiental a ser conduzida pelo Juiz competente.

2.5 Indisponibilidade do Bem Jurídico x Mediação Ambiental

Corretamente caracterizada a noção de bem ambiental, e enfrentada a abordagem mais sistematizada do conflito propriamente dito, mantida a proposta de restringir a análise na busca a uma resposta para a indagação sobre se a indisponibilidade do direito difuso em jogo seria capaz de obstaculizar a adoção de meios autocompositivos. O conceito de indisponibilidade é tratado de forma bastante variada na doutrina, ora sob o aspecto de indisponibilidade dos bens públicos, ora como indisponibilidade do direito difuso. Tal conceito resultando na idéia de que tal característica incide sobre o meio ambiente como um todo e não sobre cada elemento natural ou cultural que o compõe, pois que a compreensão do homem como integrante do ecossistema pressupõe a possibilidade de disposição de uma parcela de recursos em prol do seu desenvolvimento regular. Com

lastro nesta primeira premissa, já é possível vislumbrar o limite para a utilização de meios negociais de soluções de conflitos envolvendo matéria ambiental: a exigência de manutenção do meio ambiente em uma situação capaz de deflagrar o movimento natural de auto-regeneração, fator hábil a configurar o núcleo do interesse difuso em foco - e, portanto, indisponível - no que se refere aos conflitos ambientais. Tal conclusão, como se verá, irá determinar a capacidade de aplicação da mediação ao tema.

Ponto fundamental em qualquer discussão sobre métodos de negociação, sendo esta entendida em sentido amplo (negociação em sentido estrito e mediação) é a compreensão de que as atenções do debate devem girar em torno dos interesses envolvidos e não sobre as posições aduzidas pelas partes. Empiricamente é possível imaginar uma série de conflitos decorrentes das relações entre o homem e os bens ambientais onde algumas das partes se posicionem contra a utilização de determinado recurso, enquanto outras se posicionem a favor de sua exploração. A discussão sobre posições somente ensinará a que apenas alguma das partes saia vencedora do embate ou, ao menos, a que nenhuma das partes se veja plenamente atendida em suas demandas, com um resultado situando-se no meio termo entre cada pleito formulado, situação esta, muitas vezes e de forma equivocada, confundida como sendo aquela resultante de um processo de mediação. Por outro lado, ocultos atrás de cada posição estão os variados interesses perseguidos por cada um dos envolvidos no problema e que podem nem mesmo estar em conflito. Identificados os interesses, ampliado estará o espectro de soluções que poderão ser aplicadas a cada caso, permitindo-se a construção de um consenso legitimado a atender todos os participantes. Aliás, tratando-se de disputas complexas, como aquelas relacionadas à questão ambiental, estarão negociando na mesma mesa um vasto número de partes e que por vezes formam coalizões nem sempre afetadas a interesses comuns, simplesmente pelo fato de partilharem de posições semelhantes. Resta claro, portanto, que quanto maior o número de partes inseridas em uma negociação, mais difícil será alcançar uma solução adequada, mormente se o debate girar em torno de posições (FISHER; PATTON; URY, 2010, p. 07).

Apontar os interesses das partes nestas disputas públicas ambientais, no entanto, pode ser uma tarefa árdua, tendo em vista que o conflito, na grande maioria das vezes, tem como móvel uma atividade humana

que produz a ocorrência de benefícios públicos - também chamados de externalidades positivas - e custos sociais - que se convencionou denominar de externalidades negativas. Tais elementos (externalidades) caracterizam-se como produtos não contabilizados na renda do empreendedor, consoante DERANI (2008, p. 90). A inserção de uma indústria derivadora de grande volume de resíduos sólidos em um corpo d'água, do qual uma pequena comunidade de pescadores retira a sua subsistência, por exemplo, pode gerar uma série de efeitos: i) a contaminação das águas e a possível mortandade de peixes (externalidade negativa); ii) desenvolvimento da infraestrutura regional (externalidade positiva); iii) aumento da oferta de empregos indiretos, decorrente do incremento do setor terciário (externalidade positiva).

Havendo um número variado de externalidades, haverá também uma quantidade diversa de atingidos pela atividade que as originou, razão pela qual um dos principais elementos a definir esta espécie de disputa como complexa é a existência de um grande número de indivíduos ou grupos com os mais variados interesses (SHMUELI; KAUFMAN, n.. 24). Uma negociação que não leve em conta os interesses individuais de cada participante tenderá à polarização do debate em torno de uma aparente dicotomia desenvolvimento-proteção, criando uma série de obstáculos à solução mais adequada do problema. Notadamente, esta será aquela que permita o máximo atendimento aos interesses dos envolvidos sem que haja qualquer lesão ao meio bem jurídico ambiental. Como já visto, este conceito traduz o conjunto de relações dinâmicas e integradas entre o homem e os bens ambientais individualmente considerados, adquirindo feição autônoma a partir da supressão de cada um de seus elementos individualmente considerados.

Aqui se coloca o principal aspecto das questões analisadas no tocante à decomposição do processo autocompositivo entre seus diversos participantes, uma vez que, em se tratando de conflito ambiental, será imperiosa a consideração dos interesses das pessoas públicas envolvidas.

Anteriormente já se verificou que os bens ambientais, a despeito de sua titularidade universal, não concebem por si sós a característica da indisponibilidade, pressupondo, pelo contrário, uma certa disposição decorrente de sua utilização regular pelo homem. Não seria, por exemplo,

razoável vislumbrar uma proibição à utilização de automóveis em razão da emissão de monóxido de carbono de cada um deles. Da mesma forma seria inviável a proibição da utilização de papel em razão de a produção de celulose ser extremamente custosa para a preservação de determinadas florestas. No entanto há a necessidade de se manterem as condições para que o meio ambiente possa gerir essa atuação humana, adequando todas as formas de desenvolvimento a uma maneira coerente de exploração do meio natural, utilizando-se das medidas menos gravosas possíveis e buscando, a todo momento, resguardar os meios de obtenção de direitos, o que, a longo prazo, permitirá a manutenção de uma cadeia de progresso sustentável.

A tutela dessas condições - compreendidas no fenômeno denominado meio ambiente - deveria, em tese, estar inserida na esfera de interesses de cada um dos envolvidos, já que afetas à própria perpetuação da espécie humana. Claramente será importante para cada uma das partes envolvidas a possibilidade de exploração a longo prazo dos recursos naturais existentes, contribuindo para viabilizar um progresso social contínuo, efetivado por meio da tutela sobre a capacidade de recomposição do meio. Todavia, nem sempre é possível garantir que as partes inseridas na negociação estejam suficientemente aptas a vislumbrar ou defender interesses de longo prazo, distorção que é muitas vezes causada pela desigualdade econômica dos envolvidos, capaz de ensejar a que poderosos empreendedores voltados ao curto prazo pressionem a produção de acordos ilegítimos e incapazes de solucionar de forma eficiente o problema, mas que também pode ser causada por inúmeros outros fatores, nem sempre fáceis de serem visualizados como a diferença de conhecimentos jurídicos entre os envolvidos, a própria habilidade negociadora das partes e seus representantes, a capacidade de cada um dos negociadores assumir riscos e a possibilidade de suportarem retardos à solução do problema (GOLDBERG; RESNIK, p. 473).

Este é um dos argumentos em que a doutrina contrária à adoção de meios negociais tem se apoiado para criticar a utilização de processos como a mediação. Tais doutrinadores elencam basicamente três formas de a disparidade das partes influenciar negativamente um acordo: i) a incapacidade daqueles participantes financeiramente menos favorecidos de coletarem e analisarem os prognósticos do resultado de eventual processo judicial, bem como de visualizarem as desvantagens do processo

de autocompositivo - inseridos neste contexto a incapacidade de recolher informações suficientes a compreender o problema de forma global; ii) a necessidade de disputantes com dificuldades econômicas de obterem uma prestação de forma rápida, ainda que esta seja inferior ao que lhe seria justo receber em juízo; e iii) a impossibilidade de determinadas partes arcarem com os custos de um processo judicial (FISS; RESNIK, 2003, p. 473). Segundo esta concepção, tais problemas seriam evitados em um procedimento jurisdicional em razão da figura do magistrado, apto a utilizar um vasto número de medidas para diminuir o impacto das desigualdades entre as partes (FISS; RESNIK, 2003, p. 473).

Tais asserções, apesar de estarem permeadas de elaborado raciocínio lógico, partem de uma premissa que, no afã de se defender a manutenção do monopólio jurisdicional de composição de litígios, é deixada ao largo da exposição, fazendo com que o debate recaia sobre pontos secundários da questão. Ao se afirmar que conflitos onde haja uma desigualdade de poder entre as partes seriam melhor solucionados, ou solucionados de forma mais justa, através do método adjudicatório jurisdicional, lastreia-se toda o pensamento na idéia de que o mesmo tipo de conflito, em situações normais, seria passível de ser submetido a qualquer instrumento de resolução ou, em outras palavras: restaria irrelevante a natureza do conflito para se determinar qual o método de solução que lhe é mais adequado, bastando serem verificadas questões secundárias, como a posição das partes na balança de poder.

No entanto, a noção de meio ambiente como um conjunto de relações integradas e dinâmicas entre os elementos que o integram e as consequências - externalidades - advindas de condutas que são foco das questões ambientais apontam para uma inter-relação entre diversos fatores que se apresentam com elevado grau de importância no panorama geral da disputa. Tais elementos servem para indicar a natureza policêntrica da maioria destes conflitos. Conflitos policêntricos são aqueles em que cada decisão a ser tomada está ligada a mais de uma variável do problema, sendo, portanto incapazes de serem solucionados a partir de um modelo de julgamento dicotômico entre certo ou errado e, conseqüente, inviáveis de serem compreendidos pela simples análise de provas e argumentos aduzidos pelas partes, até mesmo porque cada espécie de decisão poderá exigir uma redefinição do conjunto de partes afetadas (FULLER, 1978, p.

353). O conceito de conflito policêntrico é plenamente aplicável em sede de direito ambiental, uma vez que, como exposto, são sempre compostos de, pelo menos, duas variáveis inter-relacionadas. A primeira seria a relativa à identificação sobre a potencialidade de determinada conduta em produzir um dano ambiental, que seria a lesão ao meio ambiente como um todo e não meramente aos elementos naturais ou culturais individualmente considerados. Esta análise depende, todavia, das medidas a serem tomadas para estimular as condições necessárias a que o meio consiga gerir eventual perturbação. Ademais, estas poderão influir também no número de partes a se tornarem afetadas pelo problema. No final da década de 70 o professor da Harvard Law School Lon Fuller apresentou dois exemplos capazes de explicar como o processo adjudicatório seria incapaz de lidar com determinadas situações. O primeiro representa a hipótese do falecimento de uma rica senhora colecionadora de arte, deixando em testamento todo o seu acervo particular para dois conhecidos museus norte americanos, sem especificar, porém, o destino individual de cada obra. A questão, que, aparentemente, poderia ser resolvida através de uma divisão equânime dos bens, passa a ter contornos policêntricos no fato de que a disposição de cada pintura terá implicações na disposição das demais. Por exemplo, considerando a necessidade dos destinatários dos bens organizarem uma exposição consistente e ordenada, se uma das galerias receber, por exemplo, um Renoir, não lhe será mais tão importante receber um Cezanne, passando a ser seu interesse o recebimento de um Bellows. O problema, desta forma, não poderá ser resolvido através da produção de provas ou oposição de argumentos fáticos e jurídicos, como tradicionalmente o faz a jurisdição, pois que a decisão sobre o destino de cada quadro implicará nas decisões seguintes em relação aos demais, impedindo a produção de uma norma concreta aplicável ao caso - razão lógico-jurídica capaz de fundamentar relações do tipo certo-errado ou culpado-inocente (FULLER, 1978, p. 353). O segundo exemplo dado pelo autor reflete a hipótese em que as cortes judiciais são utilizadas, em um regime socialista, para fixar preços e salários. Neste caso, além de a marcha judicial ser incapaz de acompanhar as constantes mudanças no cenário econômico, o método adjudicatório não conseguiria levar em conta as complexas repercussões decorrentes de qualquer mudança em preços e salários. Um aumento de preço do alumínio, por exemplo, afetaria a demanda e, conseqüentemente, também os preços do aço, de diversos

tipos de plásticos, bem como uma infinidade de madeiras e outros metais. Com efeito, cada uma das decisões tomadas ensejaria um determinado conjunto de repercussões e exigiria a redefinição das partes afetadas pela questão (FULLER, 1978, p. 353).

Agora imagine-se novamente o exemplo da indústria derivadora de resíduos sólidos instalada próxima a uma comunidade de pescadores, onde aparentemente estaria fulminando a capacidade de recomposição daquele ecossistema aquático e, conseqüentemente, a subsistência da atividade pesqueira - ocorrência de dano ambiental. Na hipótese, por exemplo, de ser aventada a possibilidade de o Município - que poderá ter seus interesses atendidos pela mior circulação de bens e geração de emprego local - construir uma emissora subterrânea em direção ao oceano, passando por uma cidade vizinha, se estará repercutindo na análise da primeira variável, o que poderá, inclusive, levar a conclusão sobre a inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado. Todavia, referida medida passará a produzir efeitos também sobre os moradores do Município vizinho - que também sofrerão de outras externalidades positivas (como a geração de empregos) e negativas (eventual sobrecarga do sistema de escoamento - que possam vir a ser afetados pela construção do emissário). O decorrer do conflito, inclusive, poderá fomentar o desenvolvimento de novas tecnologias de tratamento de resíduos, trazendo à discussão também toda uma classe de expertos na matéria. Desta forma, na esteira de conflitos deste tipo, exige-se uma maior atenção na maneira como se moldarão as possibilidades futuras, demonstrando certa incompatibilidade entre estes e o método utilizado pelas cortes judiciais, mais comprometido em apurar responsabilidades decorrentes de fatos pretéritos (SUSSKIND; CRUIKSHANK, 1989, p. 242).

Somado a isso, em matéria ambiental nem sempre é cabível atribuir responsabilidades pelo dano ambiental àquele que diretamente utiliza ou explora recursos naturais (ARAGÃO, 1997, p. 134), pois, como já se afirmou, a utilização de bens da natureza pelo homem é uma decorrência natural de sua incorporação ao conceito de meio ambiente. A tutela deste, por sua vez, pressupõe a identificação de quem seriam aqueles utilizadores que detêm os meios de controle sobre as condições que levam à ocorrência de atos de poluição, entendidos estes como sendo os atos potencialmente capazes de afetar o equilíbrio ambiental intergeracional, e de que forma

se poderia evitar seja afetado o equilíbrio do meio, dificultando a que seja solucionado o problema através da mera aplicação de normas abstratas e da atribuição de rótulos culpado-inocente. Veja-se outro exemplo: o processo produtivo de automóveis não provoca significativos danos ao meio ambiente, todavia a sua utilização pelo consumidor provoca elevado grau de poluição atmosférica e sonora, atualmente verificado nas cidades. Contudo, não se pode ignorar que, dadas as condições da vida moderna, os proprietários de veículos não têm muitas alternativas a sua utilização, sendo mais razoável, em sendo constatada a ocorrência de dano ao bem ambiental, exigir-se alguma atitude por parte dos fabricantes, que detêm meios de controle aptos a construir veículos menos poluentes ou, mesmo, a investigar alternativas de transporte. Neste caso, apesar de o consumidor ser efetivamente o poluidor, aquele que detém maior capacidade de evitar o dano é o próprio fabricante, de onde se pode perceber a fluidez na identificação das partes envolvidas na questão ambiental e sua adequação a categoria de disputas preconizada por Fuller.

Com efeito, considerando que conflitos policêntricos não são adequados à resolução por meio de processos adjudicatórios, refuta-se a premissa de que seria possível comparar a eficácia de um ou outro meio através de elementos acidentais do problema, como a desigualdade de forças entre as partes. Provavelmente a errônea consideração de que quaisquer questões possam ser solucionados através do mecanismo jurisdicional decorra da grande quantidade de problemas policêntricos levados a juízo, situações em que o magistrado, muitas das vezes, acaba por fazer as vezes de mediador, já que, por dever de ofício, está obrigado a dar uma resposta à provocação que lhe é formulada. Assentada essa primeira noção, que por si só, já impede a comparação pura e simples de métodos diversos de solução de disputas, claramente, ao se preconizar a utilização da mediação em determinados conflitos, deve ser anotado que o poder que se destaca por sua desigualdade de forças - seja econômico, político, cultural ou de outra espécie - estará no mesmo patamar que o poder das boas idéias - consideradas aquelas capazes de atender a todos os interesses em jogo -, pois há uma priorização da solução do problema em relação à mera composição do conflito. Nesta esteira, sem dúvida, o poder de veto carregado por cada um dos participantes, que é inerente a qualquer processo autocompositivo - onde as soluções são definidas

pelas próprias partes -, contribui bastante para a diminuição do desequilíbrio eventualmente existente (SUSSKIND; CRUIKSHANK, 1989, p. 17). Merece ainda ser destacado que têm sido aplicadas diversas medidas com a finalidade de assegurar a legitimidade do processo de mediação, equilibrando-se eventuais distorções existentes nos conflitos, como na legislação processual do Hawaii, onde há a exigência de que os mediadores sigam determinados padrões editados por cortes judiciais (GOLDBERG, et al, p. 160).

Aliás, no que toca às disputas ambientais, a presença de um elemento indisponível no foco do problema exigirá a presença de órgãos estatais na mediação, característica que será bastante útil a impedir a produção dos efeitos nocivos antes expostos, aptos a fomentar acordos capazes de por termo aos conflitos, mas não aos problemas que os originaram, ensejando sua retomada em curto prazo e, muitas vezes, causando danos irreparáveis ao meio ambiente. Reitera-se que a indisponibilidade incide sobre o bem jurídico ambiental e não sobre seus recursos naturais e culturais individualmente considerados. Será exatamente a presença destes participantes oficiais no processo autocompositivo que permitirá a observância do interesse de proteção do bem jurídico ambiental, notadamente de caráter indisponível. Veja-se que esta indisponibilidade em nada alteraria uma mediação onde houvesse uma fundada consciência entre as partes de que o acordo devesse objetivar uma estabilidade de largo prazo, pois que o ideal da sustentabilidade acabaria sendo perseguido por todos os envolvidos, inobstante serem opostas e aparentemente conflitantes as posições inicialmente apresentadas. O processo de mediação não busca um meio termo entre duas posições inconciliáveis, mas a construção, através de um processo comunicativo e legitimador, da solução que melhor atenda os interesses das partes, o que é factível na grande maioria dos casos, tendo em vista que para cada interesse identificado, podem ser vislumbradas inúmeras posições capazes de satisfazê-lo.

Portanto, de fundamental importância, para se evitar que eventual desequilíbrio envolvendo os disputantes evolua para um acordo ineficiente e incapaz de tutelar integralmente os interesses das partes, é propiciar uma representatividade adequada daqueles que, de alguma forma, são afetados pelo problema, incluindo aí, além dos potenciais poluidores e grupos atingidos, todos os órgãos oficiais com finalidade institucional inserida no contexto do conflito.

Outrossim, como sucedâneo da mesma crítica feita aos meios consensuais autocompositivos, está o enfoque de que um procedimento cujo produto seja um acordo derivado unicamente do consenso atingido pelas partes, ao contrário do adjudicatório, não serviria para assegurar, explicar e dar força aos valores constantes do ordenamento jurídico, o que traduzido para os contornos do presente estudo, seria o mesmo que preconizar a incapacidade do acordo alcançado concretizar a idéia de proteção ao meio ambiente ou fomentar a educação das partes sobre os valores ambientais constitucionais e infraconstitucionais ínsitos à matéria (FISS; RESNIK, 2003, p. 477/478). Referida alegação constitui uma grande preocupação do Poder Público na implementação de meios consensuais de solução de disputas complexas ambientais, servindo muitas vezes de entrave à sua utilização. Trata-se, em verdade, do equivocado pensamento de que o produto das negociações poderia constituir uma abdicação da responsabilidade legal (SUSSKIND; CRUIKSHANK, 1989, p. 241). Sua incorreção já pode mesmo ser antevista, diante do que se afirmou sobre a característica policêntrica dos conflitos ambientais e a presença de pessoas públicas nas negociações.

Não se enquadram nos contornos deste estudo os escopos educativos do processo de mediação ambiental, porém resta claro ser este o instrumento capaz de permitir o maior grau de participação popular e com mais possibilidades de discussão sobre a questão em conflito, o que contribuirá para que os princípios que permearam a formação do acordo final tenham maior absorção por seus participantes, entendimento que servirá até mesmo para direcionar negociações informais para a solução e prevenção de futuras disputas. Seu objeto, por outro lado, recai sobre a forma como se relaciona o processo de mediação de conflitos ambientais com a indisponibilidade do interesse público, razão pela qual merece análise a segunda parte da crítica formulada anteriormente, lastreada na suposta incapacidade de proteção dos valores ambientais pelo processo de solução negociada.

Claramente o interesse público defendido pelas pessoas públicas envolvidas no impasse também será comum a todos os envolvidos, uma vez que o dano ambiental afetará características essenciais a um acordo desejado. É possível perceber que o produto final de uma negociação bem dirigida, além de atender aos interesses diretos e pessoais de cada um

dos envolvidos, preencherá requisitos de justiça, durabilidade, eficiência, estabilidade e adaptabilidade (SHMUELI; KAUFMAN, 2001, p. 11). A lesão ao bem ambiental, contudo, conduziria a uma quebra no equilíbrio intergeracional, impedindo que uma negociação não destinada a atender o interesse de proteção do meio ambiente seja vista como justa e acertada no futuro. Ademais, um acordo que não observe este elemento, fomentaria a escassez de recursos naturais, implicando na explosão de novos conflitos e no incremento contínuo dos custos de obtenção de matéria-prima, lesando, de forma progressiva, o relacionamento entre as partes.

Ocorre que o processo de solução consensual que se postula pressupõe a presença do Poder Público, representado por seus órgãos competentes, como forma de evitar que distorções eventualmente insertas no caso apresentado para mediação permitam a violação de normas cogentes e valores que dão conteúdo ao ordenamento jurídico. O raciocínio é similar àquele apresentado quanto à afirmação de que as partes não necessariamente teriam seus interesses integralmente atendidos em situações de desequilíbrio de poder, uma vez que a preservação da sustentabilidade ambiental reflete também interesse mediato dos disputantes, ainda que isto não possa, por razões diversas, ser percebido e invocado pelos mesmos durante a mediação. A exigência de ratificação do acordo por todos os participantes, incluindo os disputantes em posição de autoridade, que poderão utilizar de seu poder de veto sempre que o resultado previr a disposição ou a violação do interesse público, expressado através de normas cogentes garantidoras de um desenvolvimento sustentável, servirá fundamentalmente para evitar que a má gestão do processo autocompositivo permita uma certa flexibilização do interesse público.

A própria presença oficial e o estímulo a que os impasses sejam solucionados pela via consensual, principalmente se adotada uma postura de atuação preventiva, servirá para legitimar as políticas públicas ambientais instituídas pela Administração e, se corretamente utilizada, impedir-se-á o desenvolvimento de diversos conflitos decorrentes da oposição dos afetados em relação a normativas ambientais impostas, até porque o estágio da ciência, na grande maioria das vezes, não é capaz de identificar um ponto ótimo de fixação de padrões de utilização de recursos a serem observados pelos administrados.

Esse raciocínio se aplica, também e especialmente, quando entes públicos litigam na área ambiental, em decorrência da inércia ou ineficiência de alcançarem uma solução consensual na esfera administrativa, compelindo o Poder Judiciário a, inevitavelmente, interferir na seara de políticas públicas. Nesse contexto, o incentivo à mediação pelo magistrado provoca o efeito de ser alcançado um consenso entre os entes da Administração, sem que o Judiciário tenha, por meio de uma prestação jurisdicional, inexoravelmente, adentrar no campo da fixação e execução de políticas públicas.

3. CONCLUSÃO

O longo período em que o sistema jurisdicional se manteve como principal método estatal de solução de conflitos acabou por construir na própria ciência jurídica uma cultura de litigância, compreendendo o fenômeno jurídico através de sua aplicação adjudicatória. Neste contexto, não obstante o surgimento e a importação de novos instrumentos e modelos de composição de controvérsias, ainda é possível perceber sua subutilização prática, fundada na incapacidade de adequá-los a uma visão dogmática temerosa da perda de controle estatal.

A idéia da sociedade de massa e a aparente incapacidade de o cientista do direito acompanhar as cada vez mais céleres transformações sociais levou a um tratamento também massificado dos problemas jurídicos, momento em que se passou a estabelecer uma dogmática própria a todo e qualquer conflito de ordem difusa ou coletiva. Contudo esta racionalidade acaba impedindo a correta compreensão sobre as peculiaridades dos diversos interesses envolvidos nas variadas esferas da vida social.

Diferentemente do que ocorre com vários outros conflitos, em sede ambiental nem sempre é possível verificar os limites do direito subjetivo tutelado. Os bens ambientais - noção que engloba todos os recursos culturais e naturais componente do conceito de meio ambiente - são plenamente disponíveis pelo homem, apesar de sua titularidade universal. Por outro lado esta exploração não pode colocar em risco o conjunto de relações entre estes diversos elementos capaz de permitir a recuperação

natural do meio sobre qualquer perturbação. Esse conceito abstrato e dinâmico que permite o funcionamento adequado do sistema configura a noção de bem jurídico ambiental, razão pela qual lhe incide a característica da indisponibilidade.

A confusão sobre o âmbito de incidência do elemento de indisponibilidade acaba por criar confusão quando da aplicação de soluções negociadas, pois, se equivocadamente direcionado, impedirá a própria utilização pelo homem dos recursos colocados à sua disposição. Por outro lado, compreender o dano ambiental como uma lesão a um bem jurídico caracterizado por um conjunto de relações dinâmicas distintas dos elementos inseridos no ecossistema acaba por interligar a análise sobre a ocorrência do ato ilícito - lesão ao bem jurídico meio ambiente - às próprias soluções a serem adotadas para que se viabilizem as condições para a auto-regeneração regular do sistema.

O manejo dessas duas variáveis acaba por gerar uma série de repercussões que nem sempre podem ser antecipadas abstratamente, permeando um conteúdo policêntrico ao problema. O método adjudicatório por sua incapacidade de lidar com controvérsias policêntricas se mostra inadequado a gerir tais situações, sendo portanto, irrelevante qualquer comparação entre métodos de solução de conflitos que dispense esta primeira premissa.

A mediação, a seu turno, considerada uma forma de negociação facilitada, permite uma maior fluidez tanto no que se refere às partes envolvidas quanto na discussão sobre as soluções a serem alcançadas, até porque dirigida ao máximo atendimento dos interesses de cada um dos envolvidos, acabando por se mostrar prioritariamente mais hábil a gerir os impasses sobre questões ambientais.

Ademais, atingida uma representatividade adequada entre os envolvidos no conflito, o processo de mediação estará imune às distorções derivadas do desequilíbrio de poder eventualmente existente entre as partes. A própria participação de órgãos públicos, cujos interesses se relacionem com o problema a ser analisado, se conscientes dos exatos limites do conceito de indisponibilidade do bem jurídico tutelado, será capaz de efetivar uma solução justa e a longo prazo do problema, sem que se cogite na flexibilização de responsabilidades legais.

4. REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, Maria. In O setor judiciário na América Latina e no Caribe : elementos para reforma. Washington : Banco Mundial, 1996., pag. 9);
- ACSELRAD, Henri (Org.). In Conflitos Ambientais no Brasil. Rio de Janeiro : Relume Dumará : Fundação Heinrich Böll, 2004, p. 2);
- ALEXANDRE, Agripa Faria. In A deslegitimidade da problemática sócio-ambiental no tratamento dado pelo Ministério Público aos conflitos sócio-ambientais de Florianópolis. In Revista de Estudos Ambientais, Blumenau, v. 1, no. 2, maio/ago. 1999-b, p. 18;
- Gestão de conflitos sócio-ambientais no litoral Sul do Brasil : estudo de representações sociais dos riscos envolvidos no projeto de construção do Porto da Barra, na Ilha de Santa Catarina, no período de 1995-1999. 1999. Dissertação (Mestrado) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis;
- ANTUNES, Paulo de Bessa. In Direito Ambiental. Rio de Janeiro : 2006. Lúmen Júris, 9ª edição, p. 231;
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O princípio do poluidor pagador : pedra angular da política comunitária do ambiente. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra : Coimbra, 1997, p. 134;
- BREITMAN, S et al. In Mediação familiar : uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana;
- DAKOLIAS, Maria. In O setor judiciário na América Latina e no Caribe : elementos para reforma. Washington : Banco Mundial, 1996;
- DERANI, Cristiane. In Direito Ambiental Econômico. São Paulo:Saraiva, 2008, p. 90;
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. In Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo:Saraiva:2009 10ª. Edição, p. 109;
- FINK, Daniel Robert et al. In Aspectos jurídicos do Licenciamento Ambiental. 2ª. Ed., Rio de Janeiro:Editora Forense Universitária, 2002;
- FISHER, Roger et al. In Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In. Nova York: Penguin Books, 2010, 2ª edição;
- FISS, Owen et al. Adjudication and its Alternatives - In An Introduction to Procedure. Nova Iorque: Foundation Press. 2003;
- FONKERT, R (1999). Mediação familiar : recurso alternativo à terapia familiar na resolução de conflitos em famílias com adolescentes. In Schnitman, D. F. & Littlejohn, S. Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre : Artmed;FULLER, Lon L. In The Forms and Limits of Adjudication. 92 Harv. L. Rev, 1978;
- GARCIA, Emerson. In Ministério Público - Organização, Atribuições e Regime Jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição;

- GOLDBERG, Owen et al. In *Adjudication and its Alternatives – Na Introduction to Procedure*. Nova Yorque:Foundation Press;
- GOLDBERG, Stephen B. et al. In *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*,. Nova Iorque : Wolters Kluwer Law & Business, 5a.edição, p. 160/473;
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. In *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo:Malheiros, 2000;
..... In *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2005;
- MAZZILLI, Hugó Nigro. In *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006;
- MILARÉ, Edis. In *Direito do Ambiente*. São Paulo:Revista dos Tribunais: São Paulo : 2000;
..... In *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005;
- MORÉ, C.L.O.C. (2003) In *O Conflito e o Conflito Psíquico*. Aula da disciplina de Psicopatologia I, do Departamento de Psicologia da UFSC, em 17.04.03. Florianópolis;
- REINAUD, Jaceny Maria. Problemas da definição de “conflitos ambientais” em projetos de urbanização – estudo de caso: plano de desenvolvimento da planície entremares, na Praia do Campeche – Ilha de Santa Catarina. 2001.11 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Centro Tecnológico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis;
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al (Org). In *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2007;
- REINAUD, Jaceny Maria. Problemas da definição de “conflitos ambientais” em projetos de urbanização – estudo de caso: plano de desenvolvimento da planície entremares, na Praia do Campeche – Ilha de Santa Catarina. 2001.11 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Centro Tecnológico, Universidade Fedederal de Santa Catarina, Florianópolis.
- SHMUELI, Deborah et al,. In *Environmental Mediation In The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalém : The Jerusalém Institute for Israel Studies. 2001, N.. 24;
- SUSSKIND, Lawrence et al – In *Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989;
- SUSSKIND, Lawrence et al. In *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Yorque : Basic Books, 1989;
- WARAT, L.A. In *Em nome do acordo : a mediação no direito*. Buenos Aires:ALMED, 1999.

A ALTERIDADE COMO CAMINHO DE RECONSTRUÇÃO DO HUMANISMO

Rafael Soares Duarte de Moura

Advogado, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, onde também se graduou. É coordenador e professor do curso de Direito da Faculdade Del Rey. Foi coordenador do grupo de pesquisa sobre as formas de interpretação do direito: hermenêutica jurídica na matriz fenomenológica e epistemológica. Atuou nos grupos de pesquisa: Fenomenologia e Direito e Neoconstitucionalismo, Argumentação Jurídica e Ciência do Direito da Faculdade de Direito da UFMG em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais. .

RESUMO: O pensamento levinasiano procurou responder ao soerguimento de uma razão estruturalista que resignou o homem a um conceito abstrato, frágil e fechado em sua individualidade existente.

O presente trabalho procura problematizar a abordagem de Emmanuel Lévinas sobre a crise do humanismo. Essa crise será apresentada por meio do pensar a construção do indivíduo, encastelado em si mesmo, por meio da análise das correntes de pensamento racional-estruturalistas e da ontologia desenvolvida pela metafísica de inspiração idealistas.

Serão tematizados os limites da razão para o desenvolvimento de um humanismo levinasiano. Nesse sentido, a superação da dicotomia sujeito-objeto por meio do agir humano será pensada como forma de se redescobrir o Ser que procura encontrar a dignidade e fazer a experiência concreta do sentido do existir.

PALAVRAS-CHAVE: Sentido, Crise do Humanismo, Individualismo, Vida em sociedade, Evolução.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura problematizar a abordagem de Emmanuel Lévinas sobre a crise do humanismo. Essa crise será apresentada pelo pensar a construção do indivíduo, encastelado em si mesmo, por meio da análise das correntes de pensamento racional-estruturalistas e da ontologia de desenvolvida pela metafísica de inspiração idealistas.

Serão tematizados os limites da razão para o desenvolvimento de um humanismo levinasiano. Nesse sentido, a superação da dicotomia sujeito-objeto por meio do agir humano será pensada como forma de se redescobrir o Ser que procura encontrar a dignidade e fazer a experiência concreta do sentido do existir.

Os resultados dessa abordagem permitirão problematizar o enquadramento do indivíduo nas estruturas de uma sociedade, que o totaliza e o nadifica, abordando a questão da violência como face do totalitarismo decorrente das estruturas de poder presentes na sociedade.

1. A OBJETIFICAÇÃO DO HOMEM COMO FRUTO DO INDIVIDUALISMO: O PROCESSO DE SIGNIFICAÇÃO E SUA IMBRICAÇÃO À EXPERIÊNCIA

Quando se pensa em crise do humanismo, faz-se imperioso tecerem-se algumas considerações prévias, exatamente para que o sentido das construções teóricas a serem desenvolvidas seja identificado por meio da compreensão de alguns conceitos hermenêuticos próprios desenvolvidos por Emmanuel Lévinas sobre o sentido formado por meio da percepção do sujeito.

Cumpram-se ressaltar, inicialmente, que a crise da qual o filósofo lituano fala representa a desvalorização do homem, a objetificação deste fruto de uma cultura em que a busca pela satisfação do Eu e suas vontades se propaga como referencial de conduta.

O fetichismo da cultura contemporânea reside na propagação a todos os seus setores desse código estrutural. A fetichização do código manifesta-se na obsessão pelo objeto-sígnio como satisfação

sempre insatisfeita do desejo de diferenciar-se a qualquer preço. Nada mais foge a essa reinscrição pelo signo: o prazer, a beleza, o amor, o verdadeiro e até mesmo o inconsciente, enquanto objeto de posse e manipulação. (MELO, 1988, p. 149)

Deve-se situar o pensamento filosófico levinasiano no período marcado por duas grandes guerras mundiais. Período este em que, paradoxalmente à evolução social das técnicas e dos progressos científicos, afloram-se as misérias humanas que se apresentam desde a exclusão social pelo desemprego e marginalização até as mais primitivas decorrentes do horrendo extermínio do homem pelo homem.

Os padrões tecnológicos e econômicos que predominaram até o atual momento conduziram inúmeros grupos sociais ao desemprego e subemprego, ao isolamento nas cidades e a todo tipo de exclusão e de exploração. (GUSTIN, 2012)

Essa realidade suscita o pensar a crise do humanismo sob o contexto ontológico em que o indivíduo, identidade única e insubstituível¹, vê-se encastelado em si mesmo. Fechamento este decorrente não apenas das consequências humanitárias das guerras, que provocaram uma introspecção quase que instintiva do homem, descrente do mundo que o cerca. Representa, além disso, o resultado de uma metafísica ontológica que separou o ser do próprio humano. Essa separação, artificialismo afastado da realidade fenomênica, representa, para Lévinas, o império da Egotatria, ou seja, de um individualismo existencial. Cada indivíduo representado como que uma ilha do existente isolada do outro.

O individualismo figura como criador um ambiente de comunicação restrito ao Eu e sua visão/compreensão conceitual. Fato esse que favorece a construção da noção de homem afastada da realidade mesma, um idealismo etéreo demais para a humanidade insegura e machucada pelas mazelas do próprio homem. A dominação e a coisificação do homem pelo seu igual se torna a grande problemática pensada por Emmanuel Lévinas.

¹ Cf. BEAUVOIR, Simone de. Por uma moral da ambiguidade seguido de Pirro e Cinéias. Tradução de Marcelo J. de Moraes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, p. 89.

O empobrecimento da experiência humana como fato que atingiu não só o indivíduo, mas a vitalidade da cultura em seu conjunto, a partir das primeiras décadas do nosso século, já tinha sido apontado por Walter Benjamim simultaneamente como nova forma de barbárie e motivo de um estado de desilusão radical com o século. Segundo ele, ao abrir mão do patrimônio humano, a geração da época preparava-se para sobreviver à cultura, ou melhor, para uma cultura de vidro – referência às propostas de Scheerbart –, que não deixasse rastros. Tal estado de melancolia diante do progresso tecnológico acentua-se em Baudrillard, no momento em que o sentido se exaure numa palingenesia total e que a espécie humana parece ter transposto um ponto a partir do qual ela perdeu irreversivelmente sua história. (MELO, 1988, p. 153)

Quando do individualismo do homem emerge, inclusive, sistemas totalitários de destruição humana, vendo-se a ciência instrumentalizada, inclusive, para essa finalidade, e a linguagem utilizada para legitimar ideologias e sistemas políticos perversos, o pensamento levinasiano denuncia a cegueira que impera. Esta, juntamente com a insensibilidade, depara-se com uma sociedade em que a racionalidade se vê instrumentalizada e inflada numa visão absolutizante, na qual o homem não se apresenta mais como fonte de hospitalidade, mas, sim, como individualidade de interesses egoísticos.

O homem esquecera-se a muito da sua humanidade, pois esta se convertera em um ideal transcendental distante, não mais compreendido e assimilado pela inteligibilidade. Não se trata, portanto, de uma crise decorrente das constantes rupturas nas estruturas de pensamento e valores sociais. A crise que Lévinas denuncia representa a frieza existencial à qual o homem se acomodou, esquecendo-se da igualdade em humanidade do seu semelhante-que-diferente. Crise essa que não se restringe apenas as discussões teórico-acadêmicas, mas que alcançam a nadificação do próprio homem que vê sua existência desrespeitada pelo seu semelhante.

Antes de se tratar desta crise, apresentam-se algumas linhas sobre o sentido da linguagem, veículo de significação e compreensão, que serão de grande valia para se compreender a hermenêutica ontológica proposta pelo pensamento levinasiano.

Na obra *Humanismo do Outro Homem* (LÉVINAS, 1993), Emmanuel Lévinas apresenta o sentido de Significação e Receptividade que permearão todo o seu pensamento e que serão de importância máxima para que se possa sinalizar o viés hermenêutico a ser conferido no desenvolvimento destas simples elucubrações.

Para Lévinas “nenhum dado estaria imediatamente munido de identidade, nem poderia entrar no pensamento pelo efeito de um simples choque contra a parede de uma receptividade” (LÉVINAS, 1993, p. 23). O que se propõe com essa afirmação é, justamente, que a compreensão hermenêutica não resulta de um imediatismo binário, ou seja, não se apresenta como uma resultante advinda de uma simples leitura pragmática, um mero ato mecânico desenvolvido pelo intérprete.

Tem-se que “dar-se à consciência, cintilar para ela, pediria que o dado, previamente, se colocasse num horizonte aclarado, à semelhança da palavra que recebe o dom de ser entendida, a partir de um contexto ao qual se refere.” (LÉVINAS, 1993, p. 23). Esses dizeres são essenciais para que a interpretação dos fenômenos da vida, sejam eles políticos, sociais, antropológicos, econômicos, naturais, deva ter por referencial o contexto histórico-social no qual o intérprete se encontra em constante estado de imersão.

Todo o referencial, cabedal de conhecimento, recebido pelo hermeneuta se apresenta como resultante das interações histórico-culturais presentes no processo de formação do indivíduo como pessoa², notadamente no desenvolvimento dos inúmeros relacionamentos sociais no decorrer da vivência humana. Dessa forma, “a significação seria a própria iluminação deste horizonte. Mas este horizonte não resulta de uma adição de dados ausentes, pois cada dado já teria necessidade de um horizonte para definir-se e dar-se.” (LÉVINAS, 1993, p. 23)

É exatamente esse horizonte prévio que se presentifica no olhar do

² Assim, pode-se dizer que “nós somos seres da palavra, todavia a palavra se torna carne em nós, pois nós enquanto sujeitos históricos, nos encarnamos e constituímos pela palavra. Entendendo a palavra num sentido amplo de linguagem e a linguagem no sentido abrangente de forma simbólica criada, nós somos a palavra que se encarna nos rasgos singulares de cada subjetividade histórica.” (grifo nosso) (BARTOLOMÉ RUIZ, 2006, p.79)

indivíduo que possui todo um histórico de desenvolvimento valorativo, que o permite tecer suas considerações interpretativas a partir da resultante, ainda que não definitiva e estática, da sua formação social.

Não se pode pensar a consciência afastada da fenomenidade mesma, pois a abordagem fenomênica do sujeito consciente é uma das mais expressivas pontuações desenvolvidas pela abordagem ética dentro do humanismo levinasiano. “A consciência não poderia ser considerada como uma realidade pura e simples. Toda a sua espiritualidade reside no sentido que ela pensa. A consciência visa e tende para qualquer coisa.” (LÉVINAS, 1997, p. 20)

Ao humano se configura, no processo do existir, a ação que o impele,

impulsiona-o a reconhecer-se transformando o mundo que habita e fazendo desse mundo seu mundo. Esse (re)conhecimento transformador é sempre uma dação de sentido para o mundo que vive. [...] Qualquer sentido é uma perspectiva, uma forma de simbolizar a realidade, por isso podemos afirmar que o ser humano é um ser naturalmente simbólico ou simbolicamente não natural. O simbolismo conecta a pessoa ao mundo. (BARTOLOMÉ RUIZ, 2006, p.78) (grifo nosso)

Não há de se compreender a ideia de consciência focada no ser ensimesmado, fechado em si. O ser é mais do que um projeto idealista, é uma constante busca do outro fora de si.

Outrem é, com efeito, incomparável, não intercambiável, ele não se dá senão a partir da singularidade irredutível e única do eu, do eu que eu sou, eu e somente eu tanto quanto este lugar e inalienável. É exatamente esta relação, que não é uma, que Levinas chama de ética. (BENSUSSAN, 2009, p. 24)

Esta ética do outro se configura como um caminho sem retorno. (MELO, 2003, p. 44)

É exatamente no “psiquismo humano como saber – que vai até à consciência de si – que a filosofia que nos é transmitida situa o lugar do que é significativo e a origem da filosofia; é no saber e na consciência que ela procura o espírito.” (LÉVINAS, 1984, p. 13). Assim, essa busca pelo espírito perpassa, em Lévinas, pela compreensão dialogal que avança à

condição de autoconsciência, na qual o Eu e o outro estabelecem toda uma construção por meio do contato com o rosto.

Dizer que outrem é o rosto de outrem sobreimpõe, então, a supervalorização de toda definição, sua exasperação num indefinível, num infinito. O que significa muito precisamente que o rosto não é uma forma plástica, uma aparência sensível, um fenômeno. Ele não se restringe a tudo aquilo que dele eu vejo, naquilo que eu posso dele tocar. O rosto é o que se encontra para além destas figuras de sentido (da sensibilidade imediata e de toda a significação intencional). (BENSUSSAN, 2009, p. 20)

Tem-se que o “pensar autrement é uma tarefa exigente e complicada. Exige o abandono do Mesmo da condição de condutor da racionalidade; exige que o Eu abandone o seu lugar privilegiado e se torne responsável, servidor, incapaz de matar ou de reduzir o outro num conceito.” (MELO, 2003, p. 18). Dessa forma, é no existir e no desenvolver-se em meio à sociedade que o Eu se debruça para o “vívido humano que se reconhece e se admite como experiência, isto é, se deixa legitimamente converter em ensinamentos, em lições de coisas na sua descoberta ou na sua presença” (LÉVINAS, 1984, p. 13).

Essa busca pelo saber, pelas respostas às inúmeras indagações que se avultam a partir do simples momento em que o Eu existe fazem com que a complexidade do desenvolvimento dos pensamentos não designem “simplesmente uma espécie de um gênero, mas os diversos momentos, as articulações de uma estrutura ou as múltiplas dimensões do mesmo acto da consciência que é o acto do saber” (LÉVINAS, 1984, p. 14)

A consciência, por assim dizer, neste existir no seu eterno desenvolver em sociedade, “constitui uma presença para ela mesma e somente se exterioriza através dos elementos reais do imediatamente dado (o mundo e as coisas que o revestem) [...] como fato constitutivo, o ser que é consciência de ser consciência de algo transcende a evidência de toda verdade científica” (MELO, 2003, p. 45).

Não se pode conceber a consciência como fruto de um mero mecanismo pragmático de concatenação de ideias que produzam um sentido determinado. Não é a consciência que se debruça sobre o

mundo dado em evidência, mas é o mundo que, para ser percebido pela consciência, adentra à mesma para que possa ser aclarado e entendido. Segundo Lévinas

é esta noção de horizonte ou de mundo, concebida segundo o modelo de um contexto e, finalmente, segundo o modelo de uma linguagem e de uma cultura – com tudo o que de aventura e de “já feito” históricos comportam – que é o lugar em que, conseqüentemente, se situa a significação. (LÉVINAS, 1993, p. 24)

Desta forma, o intérprete, podendo ser ele, por exemplo, um magistrado, um parlamentar, um chefe do poder executivo, ou a quem ele tenha delegado funções e atribuições, desenvolverão suas atribuições e funções nos limites e competências definidos pela lei, tendo, também, como referencial constituinte todo o substrato valorativo-conceitual no qual foram formados.

É por isso que se pode afirmar que a consciência de cada um, no exercício do próprio conscientizar-se dessa mesma consciência, dentro do processo de construção da significação, não pode ser concepcionada como uma realidade apartada do espaço-tempo (MELO, 2003, p. 45). A imersão no dia-a-dia proporciona ao Eu sair do si em direção ao outro por meio dos acontecimentos da vida.

Ser eu é, para além de toda a individualização que se pode ter de um sistema de referências, possuir a identidade como conteúdo. O eu não é um ser que se mantém sempre no mesmo, mas o ser cujo existir consiste em identificar-se, em reencontrar sua identidade através de tudo o que lhe acontece. É a identidade por excelência, a obra original da identificação. (LÉVINAS, 2008a, p. 22)

O desenvolvimento das atividades e competências de cada um dos poderes que constituem o atual Estado Democrático de Direito Brasileiro, por exemplo, feito por pessoas, imbuídas de subjetividade singulares, se dá por meio da linguagem, como forma inequívoca de significação e construção permanente do pensamento³, linguagem esta que “refere-se à

³ “Já o pensamento desperto para o rosto ou pelo rosto é o pensamento comandado por uma irredutível diferença: pensamento que não é pensamento de... pensamento que não é tematização, mas não- indiferença para com o outro, rompendo o equilíbrio da alma igual e impassível de conhecer.” LÉVINAS, 2008b, p. 213.

posição daquele que escuta e daquele que fala, que dizer, à contingência da sua história.”(LÉVINAS, 1993, p. 24)

O saber, essa contínua construção por meio da linguagem, é exatamente a percepção interior do que se apresenta no mundo, o saber “é uma relação do próprio como Outro onde o Outro se reduz ao Próprio e se despoja da sua alienidade, onde o pensamento se refere ao Outro, mas onde o Outro já não é outro enquanto tal, onde ele é já o próprio, já meu” (LÉVINAS, 1984, p. 14). É de se ressaltar que essa redução ao Próprio não significa em absoluto a desconstrução do outro, ou um amoldamento do outro sob o prisma/ótica do *Eu*. O outro no pensamento levinasiano nunca será nadificado, submetido ao império absoluto da compreensão do *Eu*.

O outro metafísico é outro de uma alteridade que não é formal, de uma alteridade que não é um simples inverso da identidade, nem de uma alteridade feita de resistência ao Mesmo, mas de uma alteridade anterior a toda iniciativa, a todo imperialismo do Mesmo; outro de uma alteridade que constitui o próprio conteúdo do outro, outro de uma alteridade que não limita o Mesmo, porque nesse caso o Outro não seria rigorosamente Outro: pela comunidade da fronteira, seria, dentro do sistema, ainda o Mesmo. (LÉVINAS, 2008a, p. 25)

Assim como a linguagem se desenvolve e se constitui em seus elementos estruturais por meio de uma conjuntura de variáveis presentes no desenvolvimento da sociabilidade humana, a experiência “não aparece mais feita de elementos isolados, alojados, de algum modo, num espaço euclidiano onde poderiam expor-se, cada um por si, diretamente visíveis, significando a partir de si.” (LÉVINAS, 1993, p.24)

A experiência, compreendendo essa como resultante da vivência do homem, das suas inúmeras interações sociais, verificadas nos relacionamentos cotidianos, contribui de forma decisiva para a compreensão do que seja a justiça e a injustiça presentes no meio social.

O homem, ao presenciar ativa ou passivamente os fatos e acontecimentos sociais, é conduzido à reflexão valorativa sobre o ocorrido. Aqui reside a formação crítica do pensamento que pode sopesar esses fatos e denunciar as violações e desrespeitos.

A experiência, enquanto acumulo de vivências, pode ser também pensada como resultante de uma série de fatos sociais que conduzem, por exemplo, a se modificar um preceito legal, por não coadunar esse com a realidade social vigente, ou, até mesmo, a se reestruturar toda uma nova ordem constitucional, por meio da convocatória de uma assembleia constituinte.

A experiência se mostra como resultante das percepções do viver de cada pessoa, de cada cidadão, que, após participar dessa vivência, tiveram por experiência a conjuntura de elementos que “significam a partir do “mundo” e da posição daquele que olha” (LÉVINAS, 1993, p.24).

A significação se apresenta como anterior a percepção dos dados, exatamente porque ela se desenvolve durante todo o processo formativo e constituidor da pessoa, sendo assim, “a significação precede os dados e os clareia.” (LÉVINAS, 1993, p.25)

Tem-se que o processo da significação pode capacitar o indivíduo de forma adequada, ou insatisfatoriamente incompleta, a interpretar criticamente os dados, os fatos sociais que se apresentam a sua percepção. Portanto, esse processo é de suma importância para a compreensão valorativa que o indivíduo tece sobre os fatos da vida. Incluindo-se nestes a dimensão do bem e do mal que se pode ou não fazer ao outro, conformada essa visão a compreensão que se tem do que é a justiça e de como ela se presentifica nas relações humanas e se, de fato, é possível verificá-la na legalidade dos atos do Estado de Direito.

Lévinas ressalta, neste momento, a relevância das etimologias heideggerianas, ressaltando que a justificação e a forma das mesmas se dão a partir do momento em que “o sentido, empobrecido e monótono, do termo designado, em aparência, um conteúdo da experiência exterior ou psicológica, conduzem a uma situação de conjunto em que converge, para se aclarar, uma totalidade de experiências.” (LÉVINAS, 1993, p.25)

Dessa forma, tem-se a exaltação do sentido, visto enquanto elemento integrado à experiência, externa ou interna, para que se possa resultar em uma compreensão auxiliada pelas etimologias que conduzem ao afastamento da mera intuição no processo de formação de sentido. Possibilitado, dessa forma, será compreender esse processo como resultante da noção de que a

“experiência é uma leitura; a compreensão do sentido, uma exegese, uma hermenêutica e não uma intuição” (LÉVINAS, 1993, p.26).

A significação resulta do existir de uma pessoa que, em seu contexto histórico, plena de pré-significações conceituais desenvolvidas no transcorrer da vivência, foi marcada pelas impressões que a vida proporciona na experiência dos viventes. Por meio dessas impressões, o indivíduo será ou não sensível, poderá ou não visualizar o sentido dos fatos ocorridos, por meio de um juízo valorativo conformado à compreensão da justiça solicitada das mais diversas formas e situações no viver. Não se pode esperar uma construção significativa a partir do nada. Não se pode esperar a construção histórica de conceitos, como os de dignidade de pessoa humana, Estado de Direito, moralidade pública, divisão dos poderes, limites no exercício das competências constitucionais, a partir do inexistente. A experiência capacita o homem ao aprimoramento de si e dos outros.

É na própria dinâmica desenvolvimentista das estruturas sociais que se constroem conceitos que são revisitados, retificados, ratificados, aprimorados, dotados de nova significação, de novo *locus* na estrutura social. Não se pode compreender o atual desconectado do passado. Dessa forma, o existir não se limita ao presente, mas se configura como resultante do existiu, do existindo e do existirá.

A significação permeará o presente e o futuro como uma visão estruturada a partir do passado. Portanto:

em momento algum teria havido aí nascimento primeiro da significação a partir de um ser sem significação e fora de uma posição histórica em que a linguagem é falada. E, sem dúvida, é isto que se quis dizer quando se nos ensinou que a linguagem é a casa do ser. (LÉVINAS, 1993, p. 26)

E essa importância conferida por Lévinas à linguagem, qual seja:

É nessa revelação que a linguagem, como sistema de signos, somente pode constituir-se. O outro interpelado não é um representado, não é um dado, não é um particular, por um lado já aberto à generalização. A linguagem, longe de supor universalidade e generalidade, torna-as apenas possíveis. A linguagem supõe interlocutores, uma

pluralidade. [...] A relação da linguagem supõe a transcendência, a separação radical, a estranheza dos interlocutores, a revelação do Outro a mim. [...] O discurso e assim experiência de alguma coisa de absolutamente estranho, "conhecimento" ou "experiência" pura, traumatismo do espanto. [...] A estranheza de outrem, a sua própria liberdade! Só seres os livres podem ser estranhos uns aos outros. A liberdade que lhes é "comum" é precisamente o que os separa. (LÉVINAS, 2008a, p. 62-63)

Conduz a noção do significado do objeto apresentado, sob o prisma fenomenológico, pois, a posição de relevo conferida ao objeto, a significação do mesmo, face o intérprete no horizonte histórico, parte do destaque dado à linguagem como doadora de sentido aos objetos observados. Dessa forma, "os objetos tornar-se-iam significantes a partir da linguagem e não a linguagem a partir dos objetos dados ao pensamento e que as palavras designariam, na função de simples sinais." (LÉVINAS, 1993, p. 26)

O sentido conferido às construções desenvolvidas pela sociedade se presentifica exatamente por meio da linguagem enquanto signos doadores de significância. Não se concepciona o existir de um objeto como se o mesmo fosse "posto diante de um pensamento" (LÉVINAS, 1993, p. 26). Ele, de forma alguma seria dotado de significância anterior ao sentido dado por meio da linguagem.

O homem é um ser cultural por excelência, ou seja, ele, desde sua imersão na vida pelo existir fazendo-se carne, se insere em uma sociedade previamente desenvolvida e em constante evolução de costumes, concepções, valores, estruturas políticas, etc.. Esse aspecto cultural do homem possibilita a ele viver e criar conceitos e significações que o conduzem a possibilidade do questionamento desses de forma a poder, com essa inserção em sociedade, exteriorizar uma concreta e efetiva contribuição que se agrega ao tecido múltiplo social.

Essa contribuição pode se espelhar, inclusive, no aprimoramento das instituições sociais de representação por meio do agregar valores, de forma a se possibilitar a contribuição de visões humanas plurais que apresentam o desafio da coexistência entre elas e solicitam uma resposta que valore, por meio da equidade, realidades e compreensões oriundas de existências singulares. De forma que:

O ser é exterioridade: o próprio exercício do seu ser consiste na exterioridade, e nenhum pensamento poderia obedecer melhor ao ser do que deixando-se dominar pela exterioridade. A exterioridade é verdadeira, não num espaço lateral que a capta na sua oposição à interioridade, mas num frente a frente que já não é inteiramente visão, mas vai mais longe do que a visão; o frente a frente estabelece-se a partir de um ponto, separado da exterioridade tão radicalmente que se aguenta por si próprio, é eu; de maneira que qualquer outra relação que não partisse desse ponto separado e, conseqüentemente, arbitrário (mas cuja separação e arbitrariedade se produzem de uma maneira positiva como eu), falharia o campo - necessariamente subjectivo - da verdade. A verdadeira essência do homem apresenta-se no seu rosto, em que ele é infinitamente diferente de uma violência semelhante à minha, oposta à minha e hostil e já em luta com a minha num mundo histórico em que participamos no mesmo sistema. Ele detém e paralisa a minha violência pelo seu apelo que não faz violência e que não vem de cima. (LÉVINAS, 2008a, p. 286-287)

Essa cultura da qual a pessoa faz parte se apresenta como elemento que conduz a formação das concepções e conceitos. Se “a significação não pode ser inventada na interioridade do pensamento. O próprio pensamento insere-se na Cultura através do gesto verbal do corpo que o precede e o supera” (LÉVINAS, 1993, p. 30).

Conclui-se que a pessoa vivente e inserida em uma cultura parte dessa para se desenvolver, para efetivar construções e significados novos ao pensamento já existente. “A Cultura objetiva, à qual, pela criação verbal, ele acrescenta alguma coisa de novo, ilumina-o e o conduz.” (LÉVINAS, 1993, p. 30). Essa condução é exatamente de caráter referencial, pois o homem parte de uma estrutura conceitual de significâncias prévias, que proporcionam a ele substrato e instrumental para o desenvolvimento do pensar⁴ e, como esperado, favorecem um potencial para inovar o existente.

É precisamente o caminhar do homem, esse contínuo conhecer-se e conhecer o mundo que o cerca, que conduz a conclusiva afirmação que sustenta ser, mesmo que na sua não perfeição e na sua incompletude, o inteligível buscado exatamente através da imersão do homem em

⁴ “O pensamento e a liberdade vêm-nos da separação e da consideração de Outrem – esta tese está nos antípodas do espinosismo.” LÉVINAS, 2008a, p. 96.

seu horizonte histórico, que, por meio do viver, dia-após-dia, alcança a compreensão, ainda que não absoluta, perene e conclusiva. Nesse sentido:

quer seja de origem hegeliana, bergsoniana ou fenomenológica, a filosofia contemporânea da significação opõe-se assim a Platão num ponto fundamental: o inteligível não é concebível fora do devir que o sugere. Não existe significação em si que um pensamento podia alcançar, saltando por cima dos reflexos, deformantes ou fiéis, mas sensíveis, que conduzem a ela. (LÉVINAS, 1993, p. 32)

Errando e acertando no complexo viver o dia-a-dia, é possibilitado ao homem o repensar contínuo de seu comportamento e de sua visão de mundo. Esse repensar trás esperança à humanidade calejada por seus erros e tropeços, mas sedenta por ver a concretude de uma realidade em que a paz decorrente da justiça seja experienciada por todos. A prudência a que o homem é chamado a relevar decorre do aprendizado com os erros e os acertos. Estes possibilitam o viver o presente de forma diferenciada e sábia. O que se pode pedir e sugerir ao homem não é a perfeição imediata, idealizada, mas o pôs-se a caminho do contínuo aprimoramento de si e das estruturas que possibilitam o existir com os outros.

2. A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA SUJEITO-OBJETO POR MEIO DO AGIR HUMANO

A tomada de decisão pelo sujeito nada mais é do que reflexo de uma reflexão gerada por meio de todo um existir histórico. Não que o existir histórico seja visto sob uma perspectiva absolutizante, da qual o indivíduo se subordine como que preso aos grilhões temporais dos séculos, mas sim porque é exatamente no horizonte histórico que se dá o laboratório, que é a vida, na qual o indivíduo poderá pensar, intuir e, ainda que partindo de referenciais pré-concebidos e ideias recebidas pela educação/cultura referenciais, poderá subvertê-los, repensá-los, reinventá-los, recriá-los, ou mesmo substituí-los. Assim:

o antiplatonismo da filosofia contemporânea consiste nesta subordinação do intelecto à expressão: o face-a-face – alma ideia – interpreta-se, assim como uma abstração limite de um estar lado a lado num mundo comum; o intelecto visando ao inteligível

repousaria ele próprio sobre o ser que esta pretende apenas clarear [...] A significação da decisão a tomar não pode ser inteligível a não ser para aquele que tiver vivido todo o passado que conduz a decisão. (LÉVINAS, 1993, p. 35)

A pessoa que interpreta, que pensa, deve ser considerada, também, como o próprio objeto interpretado, pensado. “Ver o objeto constitui já uma maneira de o compreender e isto não se deve ao juízo inerente a qualquer visão. A visão – ou antes, a evidencia – não é um sentimento que acompanhe a compreensão racional. A própria evidencia é a penetração do verdadeiro. A noção da razão define-se por ela.” (LÉVINAS, 1997, p. 28). Não há como dissociar objeto do observador, pois essa taxatividade dicotômica não é absoluta e dependerá das inúmeras posições ocupadas no processo de formação do sentido. “O corpo é o fato de que o pensamento mergulha no mundo que pensa e que, por consequência, exprime este mundo ao mesmo tempo que pensa” (LÉVINAS, 1993, p. 30). O homem é parte da sociedade enquanto pensa a mesma, não há como não o ser.

O legislador, como exemplificação, que exerce seu *munus* público ao elaborar leis para disciplinarem as diversas necessidades sociais, também deve se colocar como destinatário das mesmas, já que se submeterá a elas como parte integrante da sociedade que é. Assim mesmo é o magistrado que sentencia, que profere acórdãos em colegialidade, pois será sua atividade dirigida a sociedade da qual faz parte. O dizer o que é justo representa um fardo dos não pequenos quando se pensa na extrema importância do ato. O ser responsável diante dessa nobre atividade representa o fato de que o “falar sobre a justiça como se vive é preciso ter olhos abertos para o olho da rua e um bom par de sapatos para andar por elas. E ver. E ouvir. E sentir. E cheirar. E tocar” (LOPES, 2011, p. 273). O magistrado deve, portanto, ter um acurado senso do mundo real, do dia-a-dia do homem comum. Deve, igualmente, pautar sua atividade julgadora cômico da responsabilidade de que suas decisões poderão se configurar como precedentes a serem utilizados, ainda que em situações em que for um demandante/litigante no Poder Judiciário.

A priori, pode este pensamento induzir a uma compreensão de que o juiz que assim se pauta, o faz de forma interesseira, já que a sua conduta visaria a si próprio na condição de demandante. Porém, o que se quer destacar, neste momento, é a noção de que todos os indivíduos são

agentes e pacientes das regras sociais por eles criadas. Mais à frente se verá que a noção de agir na responsabilidade, pautado pela gratuidade ética se configura como ideal de comportamento para Lévinas que afasta o comportamento hipotético.

Ao administrador público, em seu exercício de competências, cabe também aplicar esse raciocínio. Ele que, na condição de gestor da máquina pública, de administrador de recursos provenientes de impostos, se apresenta, igualmente, como contribuinte. Como gestor, poderá passar a condição de cidadão que pleiteia um serviço público, ou demanda uma solução administrativa para suas demandas pessoais.

Evidente que essas exemplificações são apenas apontamentos que conduzem a afirmação de que a superação entre sujeito e objeto não pode ser considerada como um simples raciocínio binário, mas deve ser pautada pela noção de que “nós não somos sujeitos do mundo e parte do mundo de dois pontos de vista diferentes, mas, na expressão, nós somos sujeito e parte ao mesmo tempo. Perceber é, ao mesmo tempo, receber e exprimir, por uma espécie de prolepse.” (LÉVINAS, 1993, p. 30)

Portanto, a percepção de que o sujeito é, além de avaliador, analisador e remetente ativo, é, também, avaliado, analisado e destinatário passivo, deveria ser um norteador da conduta humana no exercício de quaisquer atividades desenvolvidas no esteio social.

A construção do sentido certamente seria permeada de uma humanização mais intensa se o observador se colocasse como observado, como receptor dos conceitos por ele próprio desenvolvidos. Sustenta Lévinas que “nós sabemos, pelo gesto, imitar o invisível e coincidir *Kinesteticamente* como gesto visto: na percepção, nosso corpo é também o “delegado” do Ser.” (LÉVINAS, 1993, p.30)

O que se deve com essa percepção consolidar é precisamente a desconstrução da “ideia fixa de todo o pensamento contemporâneo: a superação da estrutura sujeito-objeto.” (LÉVINAS, 1993, p. 31)

3. OS LIMITES DA RAZÃO PARA O HUMANISMO LEVINASIANO

Com esta superação, tendo já estabelecido o processo de construção do sentido por meio da percepção do sujeito, passa-se, agora, a discorrer sobre um novo conceito de humanismo, que se avulta frente a uma crise pré-estabelecida, que atinge esse sujeito percebido. Crise manifestada pelas “ciências, ou a razão instrumental, que buscou a verdade pela via da experiência e da lógica, falharam com os seus dogmatismos cegos e obtusos”. (MELO, 2003, p. 27)

Tem-se que a razão, apesar de tornar “possível a sociedade humana, mas uma sociedade cujos membros não fossem mais do que razões dissipar-se-ia como sociedade” (LÉVINAS, 2008a, p. 110), não é condição suficiente para a determinação do ser humano e suas inúmeras possibilidades de ser.

O conhecimento (logos) pretende ser exaustivo numa função explicativa, para tanto reduz o conhecimento a categorias, classifica e organiza por semelhanças e diferenças. Porém, o humano, ainda que contenha uma dimensão lógica e explicativa inerente a sua condição, supera qualquer explicação e transcende as classificações possíveis. (BARTOLOMÉ RUIZ, 2006, p. 69)

O humano não pode ser reduzido a conceitos e teorias, sua dimensão é muito maior do que uma redução definidora e estabelecidora de fronteiras da compreensão do existir. Neste sentido:

pode-se pensar que a estranha noção de uma razão suspeita não surgiu de um discurso filosófico que simplesmente se deixou levar por suspeitas ao invés de produzir provas. Seu sentido impõe-se no “deserto que cresce”, na miséria moral crescente da era industrial. Sentido que significa no gemido ou no grito denunciador de um escândalo, ao qual a razão – capaz de pensar como ordem um mundo onde se vence “o pobre com um par de sandálias” – ficaria insensível sem esse grito. (LÉVINAS, 2008b, p. 20)

A crise do humanismo, ou poder-se-ia expressar anti-humanismo, segundo Lévinas e Ribeiro Júnior, apresenta um traço marcadamente singular, qual seja: “a contradição do humanismo ocidental, identificado com a razão moderna, refém da própria autonomia. O humanismo se viu,

naquele momento, questionado pela reivindicação absoluta da autarquia da liberdade.” (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 23)

O que se mostra, então, é uma busca pela satisfação pessoal, pela auto realização plena a todo o custo, por um individualismo agressivo, sob o pseudo rótulo da salvaguarda absoluta da preservação das vontades individuais. Segundo Lévinas “a crise do humanismo em nossa época tem, sem dúvida, sua fonte na experiência da ineficácia humana posta em acusação pela própria abundância de nossos meios de agir e pela extensão de nossas ambições.” (LÉVINAS, 1993, p. 71)

O ocidente vive em uma época em que se faz imperioso tudo ser compreendido, conhecido, analisado e sintetizado. Se algo não puder ser apreendido pela mente racionalista, ele pode ser considerado como irrelevante. Nesse ínterim, “excluíam a ética da teoria estruturalista com base em sua natureza alegadamente não-científica, enquanto Levinas rejeitava a teoria estruturalista porque ele excluía a ética do pensamento científico. (SOUZA; OLIVEIRA, 2008, p. 664). Percebe-se toda uma ansiedade por categorizar de forma racional o mundo, com o intuito de levar a cabo um estado de inteligibilidade perfeita, de forma que nada figure como resistência à ordem tecnológica focada na utilidade e na ordem política da justiça. (HUTCHENS, 2007, p. 29)

Contraditoriamente, em concorrência ao pleno desenvolvimento das instituições sociais, que se apresentam com sistemas políticos em estado de constante refinamento, ordenamentos jurídicos aprimorados com eficazes técnicas legislativas, progresso científico inigualável nas mais diversas áreas do saber, tem-se uma série de barbarismos humanitários cometidos na mesma ou maior intensidade aos progressos da humanidade.

Vida em que, sob o nariz da ciência, se comete loucuras, se come e se distrai, se tem ambições e gostos estéticos, se chora e se indigna, em que se esquece a certeza da morte e de toda a física, a psicologia e a sociologia que, por trás da vida, comandam esta vida. A diferença entre o sujeito e a realidade, atestada pela ideologia, derivaria, assim, ou de má realização sempre adiada ou do esquecimento sempre possível da ciência. (LÉVINAS, 2008b, p. 22)

Exemplifica-se esta situação paradoxal com o soerguimento de

ideologias totalitárias que combatem ideologias pré-existentes por meio de novas ideologias igualmente alienadoras e manipuladoras⁵. Lévinas já ressaltava que:

desde muito tempo, com certeza, esta alienação se tornara sensível aos homens. Porém, após o século XIX, foi encontrado, com Hegel, um sentido a esta alienação [...] ela provém das experiências das revoluções que soçobraram na burocracia e na repressão; provém das violências totalitárias que se fizeram passar por revoluções. Pois nelas se aliena a própria desalienação. Na empresa revolucionária que, conduzida com um a consciência extrema, não consegue menos enganar a intenção vigilante que a quer, e na ação arrancada com mão firme – mão de ferro – que a guia, fracassa ou, pelo menos, denuncia-se a recorrência a si, a ideia de um eu (moi) que se identifica ao reencontrar-se. O reencontro de si consigo não se verifica. A interioridade não seria rigorosamente interior. Eu é um outro. Não é a identidade mesma que estará em xeque? O sentido deveria ser procurado num mundo que não traz vestígios humanos e que não falseia a identidade das significações, num mundo puro de toda a ideologia. (LÉVINAS, 1993, p. 94)

Essas ideologias que conduziram às duas grandes guerras mundiais, ao desenvolvimento de correntes de pensamentos que atribuem superioridade racial de grupos humanos sobre os outros, genocídios em escalas perturbadoras cometidos em nome dessas correntes desumanizantes⁶, dentre outros indícios sociais, como algumas concepções de economia e de política, reduzem o ser humano a meros números, estatísticas, objetos de análise científica, desconsiderando traços mais elementares da própria natureza humana, como a dignidade, identidade e subjetividade. Tem-se que:

O debate sobre o humanismo remete aos modos de subjetivação que existem e aos dispositivos de poder que os fabricam. O paradigma do liberalismo econômico, hegemônico em nossas sociedades, visa o adestramento das subjetividades pelo disciplinamento dos

⁵ “Se for verdade o que diz Althusser, a ideologia exprime sempre a maneira pela qual a dependência da consciência relativamente às condições objetivas ou materiais que a determinam – e que a razão científica apreende em sua objetividade – é vivida por essa consciência.” LÉVINAS, 2008b, p. 21.

⁶ Ressalta Lévinas que “a ideologia usurpa as aparências da ciência, mas o enunciado do seu conceito arruína o crédito da moral. [...] ela marca, provavelmente, o fim de toda uma ética dos homens e, em todo o caso, desconcerta a teoria do dever e dos valores.” LÉVINAS, 2008b, p. 19.

indivíduos e pelo controle de seus desejos; seu objetivo é produzir subjetividades flexibilizadas que cooperem ativamente com as demandas institucionais. Tal e como nós o conhecemos, o indivíduo é um produto da modernidade, fruto de um complexo leque de técnicas de disciplinamento e controle sobre a sua subjetividade. A característica principal do indivíduo moderno é sua capacidade adaptativa e cooperante, sua versatilidade e flexibilidade para integrar-se ao ritmo vertiginoso de mudanças que as sociedades tecnológicas demandam. Sua sujeição consentida se faz por muitos meios (educação, propaganda, burocratização, estímulos, indução, compensação, punições, hierarquias, autoimagem, etc.) o indivíduo interioriza as verdades simbólicas das demandas estruturais como se de verdades existenciais se trata-se. Assume para si os valores hegemônicos porque vê neles vantagens para a sua vida: ter, prazer, poder, possibilidades, futuro, expectativas, desejos, etc. [...] Tudo se faz com aparência de muita liberdade. Aparentemente o indivíduo moderno não é forçado, como era o súdito, a se dobrar autoritariamente às demandas institucionais. Porém, essa aparência de liberdade formal, tão comum em nossas sociedades, esconde a armadilha sinuosa de grandes dispositivos de poder que trabalham a fabricação do indivíduo pela indução do seu desejo e pela ameaça de exclusão. (grifo nosso) (BARTOLOMÉ RUIZ, 2006, p. 96)

Lévinas sustenta que “os mortos que ficaram sem sepultura nas guerras e campos de extermínio afixam a ideia de uma morte sem amanhã e tornam tragicômica a preocupação para consigo mesmo e ilusórias tanto a pretensão do *animal rationale* a um lugar privilegiado no cosmos, como a capacidade de dominar e de integrar a totalidade do ser numa consciência de si.” (LÉVINAS, 1993, p. 71)

O “abismo humano é inexplicável. Ele pode ser narrado, apontado, mas nunca exaurido na explicação. Nenhum tipo de categoria (psico-analítica, econômicas, lingüísticas, biológicas, etc.) pode chegar a defini-lo. [...] Cada pessoa é uma obra de arte absolutamente singular[...] A obra de arte é irrepetível [...] Quem é o autor da subjetividade? Ninguém além do próprio sujeito” (BARTOLOMÉ RUIZ, 2006, p. 70).

Eis o caráter singular atribuído ao Eu e ao outro que, afastados estão

de um enquadramento lógico-formal, pela sua própria natureza singular existencial. Esta constatação representa um chamado à reflexão sobre como uns e outros, em suas existências, estão a se relacionar na sociabilidade para a qual o humano foi criado⁷. Um desafio que o pensador lituano se propõe a refletir.

CONCLUSÃO

O sentido de fato se apresenta como elemento indispensável para a consolidação da experiência, mediante o olhar valorativo sobre os fatos da vida em sociedade.

O voltar-se para uma postura de reflexão sobre o complexo viver representa a possibilidade do aprimoramento contínuo do comportamento com os outros em sociedade, na medida em que as impressões e os valores aplicados à vida se apresentam como abertos a revisão crítica.

A sabedoria do viver é representada exatamente pela busca contínua do aprimoramento de si e das estruturas que possibilitam o existir com os outros.

Dessa forma, a construção do sentido seguramente será enriquecida/humanizada quando a postura do eu que observa seja aberta a possibilidade de se permitir que seja observado, ou seja, quando o observador passe a se visualizar como receptor dos conceitos por ele próprio ou por outros desenvolvidos.

Os resultados dessa abordagem permitem problematizar o enquadramento do indivíduo nas estruturas de uma sociedade, que tende a totalização e a nadificação, por meio da abordagem da questão da violência como face do totalitarismo decorrente das dinâmicas de poder presentes na sociedade.

⁷ “Chama-lhe sociabilidade por simples convergência, equação e delimitação ou relações com o outro, interindividuais e intergrupais.” GURVITCH in MATA MACHADO, 1953, p. 111.

THE ALTERITY AS A WAY OF RECONSTRUCTION OF HUMANISM

Abstract: The levinasian thought sought to answer to uplift a structuralist reason that man resigned to an abstract concept, fragile and closed in his individuality exists. This paper aims to discuss the thought of Emmanuel Levinas about the crisis of humanism. This crisis will be presented through the construction of individual thinking, closed in on itself, through the analysis of lines of rational-structuralist thought and the ontology developed by metaphysics of idealist inspiration.

Thematized limits are the reason for developing a levinasian humanism. In this sense, overcoming the subject-object dichotomy through human action be thought as a way to rediscover the Being who seeks to find the dignity and the concrete experience of the sense of existence.

Keywords: Sense, Crisis of Humanism, Individualism, Life in society, Evolution.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. *As Encruzilhadas do Humanismo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

BENSUSSAN, Gérard. *Ética e experiência a política em Levinas*. Passo Fundo, RS: IFIBE, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de souza. *Importância de redes sociais mistas para a efetividade de capital social e humano e de governança social em comunidades de depauperamento social: questões de fundo sobre sua aplicação na região metropolitana de Belo Horizonte*. Portal Conselhos MG. Disponível em: <<http://www.conselhos.mg.gov.br/publicacao/artigo>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

HUTCHENS, B. C. *Compreender Lévinas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2008a.

_____. *De Deus que vem à Ideia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008b.

_____. *Descobrir a existência com Husserl e Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. *Humanismo do outro homem*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

_____. *Transcendência e Inelegibilidade*. RJ: Edições 70, 1984.

LOPES, Mônica Sette. *O juiz como agente de sua independência: entre o diálogo e o medo*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 103, p. 257-284, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/103257284.pdf>> 2011. Acesso em: 11 jun. 2012.

MELO, Hygina Bruzzi de. A cultura do simulacro: filosofia e modernidade em J.Baudrillard. São Paulo: Loyola, 1988.

MELO, Nélcio Vieira de. A Ética da Alteridade em Emmanuel Lévinas. Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 2003.

RIBEIRO JÚNIOR, Nilo. Sabedoria da Paz: Ética e Teo-lógica em Emmanuel Lévinas. São Paulo, SP: Edições Loyola, 2008.

SOUZA, Ricardo Timm de; OLIVEIRA, Nythamar de (Org). Fenomenologia hoje III. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

A CONTROVÉRSIA ACERCA DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS EM AUDIÊNCIAS CRIMINAIS: A INTERPRETAÇÃO DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP (LEI N. 11.690/2008)

Vlamiir Costa Magalhães

Juiz Federal. Mestre em Direito Penal pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Direito Público da Economia pela Universidade de Coimbra/Portugal e pela EMARF – Escola da Magistratura Regional Federal do TRF da 2ª Região

RESUMO: Este trabalho trata da interpretação sobre a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.690/2008 no que concerne à ordem de inquirição de testemunhas em audiências criminais, bem como as respectivas consequências.

PALAVRAS-CHAVE: Inquirição – ordem – testemunhas – processo penal – nulidades.

“Os sistemas processuais vêm sendo utilizados como pano de fundo para encobrir preferências ideológicas de conhecidos setores da doutrina. Há um verdadeiro esforço criativo em subverter dados históricos e informações provenientes do direito comparado (doutrina, reformas legislativas e jurisprudência de altas cortes) a fim de que os sistemas acusatório e inquisitivo sejam apresentados com características que nunca tiveram (...) Isso provoca uma luta pela apropriação ou utilização dos termos acusatório e inquisitivo. De um lado, a simples aderência do termo acusatório a um determinado sistema faz com que ele obrigatoriamente seja composto por

princípios e institutos de caráter liberal, e seu processo não passe de um enfrentamento que trate de interesses meramente privados. Por outro lado, o termo inquisitivo vem sendo utilizado para afastar tudo o que não é de interesse de uma determinada linha doutrinária, pois fica mais fácil vincular certos institutos ou práticas judiciais à idéia de algo pejorativo ou arbitrário, embora a história do processo penal não corrobore tais conclusões.”

Mauro Fonseca Andrade¹

I - INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Lei n. 11.690, em 09 de junho de 2008, vem sendo discutida, no meio doutrinário e jurisprudencial, uma importante questão de cunho processual penal referente à interpretação da nova redação conferida ao artigo 212, caput e parágrafo único², do Código de Processo Penal. Em sequência, serão expostos neste estudo: (1) os posicionamentos que vêm sendo ostentados na jurisprudência; (2) a análise dos fundamentos das correntes que abordam o tema e (3) as conclusões do autor.

II – A APRECIACÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP

No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência encontra-se dividida quanto ao tema. Neste contexto, a 5ª Turma³ tem se manifestado no sentido de que a nova redação do dispositivo legal citado suprimiu o sistema presidencialista e inaugurou o sistema acusatório no processo penal brasileiro, consistindo este, segundo o entendimento acolhido pelo aludido órgão jurisdicional, na imposição de que vítimas, testemunhas e interrogado sejam inquiridos, direta e inicialmente, pelas partes, podendo

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2009, p. 465.

² “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

³ Apenas à guisa de exemplo, relaciono os seguintes julgados: HC n. 155.020 – RS, rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 16.12.2010 e HC 145.182 – DF, rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 04.02.2010.

o magistrado tão-somente complementar os questionamentos. O aludido órgão jurisdicional fixou também que a eventual iniciativa da inquirição pelo magistrado configura *error in procedendo* gerador de prejuízo presumido para as partes e nulidade absoluta, a ensejar, portanto, a invalidação da audiência de instrução e julgamento, o que poderia ser declarado, inclusive, em sede de *habeas corpus*.

A seu turno, a 6ª Turma⁴ do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o posicionamento retrocitado ao sustentar que, ainda que se considere que houve efetiva alteração legal da ordem de questionamentos, em caso de inobservância da suposta nova sequência de inquirição, quando muito, estar-se-ia diante de nulidade relativa, a demandar, portanto, alegação tempestiva e efetiva comprovação de prejuízo concreto pela parte interessada, respectivamente, nos termos dos artigos 563 e 571, ambos do CPP.

No seio dos Tribunais Regionais Federais⁵, a jurisprudência pende, maciçamente, para o acolhimento do entendimento chancelado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos expressos anteriormente.

Vale destacar que, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁶, foi impetrado mandado de segurança preventivo por membro do Ministério Público Federal com o objetivo de ver reconhecida a suposta prerrogativa das partes quanto à iniciação da inquirição - que teria sido consagrada a partir da Lei n. 11.690/2008 -, pleiteando-se ordem no sentido de que o juízo criminal de primeiro grau fosse limitado a somente poder efetuar perguntas às testemunhas depois das partes. Um outro mandado de segurança com a mesma finalidade foi impetrado, também por membro do Ministério Público Federal, junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª

⁴ Neste sentido, relaciono, a título de exemplo, os seguintes julgados: RHC 2755 – PR, rel. Min. OG Fernandes, julgado em 11.05.2010; HC 121215 - DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01.12.2009 e HC 144909 – PE, rel. Min. Nilson Naves, julgado em 04.02.2010.

⁵ A título de ilustração, relaciono os seguintes julgados: TRF – 2ª Região, 1ª Turma, rel. Des. Federal Maria Helena Cisne Cid, MS 20100201004625-3, julgado em 02.06.2010; TRF – 3ª Região, HC 201103000005583, HC 44064, 5ª Turma, rel. Juíza Louise Figueiras, julgado em 07.02.2011; TRF – 4ª Região, 8ª Turma, Apelação Criminal 0067368720074047001, rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em 02.06.2010 e TRF – 5ª Região, HC 00070687320104050000, HC 3930, 4ª Turma, rel. Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo, julgado em 25.05.2010.

⁶ TRF – 2ª Região, 1ª Turma, rel. Des. Federal Maria Helena Cisne Cid, MS 20100201004625-3, julgado em 02.06.2010.

Região⁷. Ambas as medidas foram rejeitadas. No primeiro feito, a ordem foi denegada, entendendo-se que inexistente ilegalidade quanto à iniciação da inquirição pelo magistrado. No segundo, embora extinto sem resolução do mérito, foi igualmente declarada a inexistência de ilegalidade quanto à iniciação da inquirição pelo magistrado.

III – OS FUNDAMENTOS DAS VERTENTES SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP

A corrente que defende que houve efetiva alteração da ordem tradicional de formulação de perguntas em audiência para o fim de permitir ao magistrado somente a complementação dos questionamentos iniciais das partes atribui esta manobra a duas premissas que teriam sido estabelecidas pela nova lei: (1) o afastamento do sistema presidencialista de inquirição com a adoção do sistema de exame direto e cruzado de produção probatória (cross examination) e (2) a inauguração do sistema acusatório no direito processual brasileiro.

Quanto à primeira premissa, não há dúvidas de que o sistema presidencialista⁸, ao menos quanto à inquirição de testemunhas, foi abandonado como regra geral⁹. Portanto, as partes (Ministério Público e Defesa) passaram a ter o direito de arguir as testemunhas diretamente, isto é, sem a necessidade de direcionar a pergunta ao magistrado, o que tem a louvável finalidade de tornar o ato processual mais célere¹⁰.

Quanto à segunda premissa, há notório equívoco na afirmação de que

⁷ TRF – 5ª Região, Questão de Ordem em MS (n. 20080500101261801 – 102297/01), rel. Des. Federal Cesar Carvalho, julgado em 19.02.2009. Neste feito, foi declarada a falta de interesse de agir, por inadequação da via eleita, haja vista a inviabilidade do manejo do mandado de segurança para exercer o controle abstrato sobre o exercício da função jurisdicional com o fim de impor ao juízo impetrado, preventivamente, a adoção de determinada interpretação sobre dispositivo legal.

⁸ Embora aparentemente desnecessário, é sempre bom reprimir que o poder de polícia e de condução dos atos em audiência permanece com o magistrado, nos termos do 251 do CPP.

⁹ Desde já, deve-se atentar para a manutenção do sistema presidencialista de inquirição, isto é, com questionamentos iniciados e, posteriormente, intermediados pelo magistrado no interrogatório (art. 188 do CPP). Nas oitavas do rito do Tribunal do Júri (art. 473 do CPP), embora aberta a possibilidade questionamentos direto das partes ao ofendido e às testemunhas, manteve-se, expressamente, a iniciação da inquirição pelo magistrado.

¹⁰ Ainda assim, a fim de exercer, de forma correta e oportuna, o controle referido na parte final do caput do artigo 212 (indução, pertinência e repetição), é aconselhável que o magistrado oriente a testemunha a somente responder cada uma das perguntas formuladas pelas partes após a autorização do Juízo.

a Lei n. 11.690/2008 inaugurou o sistema acusatório no processo penal brasileiro. Aliás, a confusão conceitual nesta seara é não só corriqueira, mas também antiga e universal¹¹. Este erro é ainda mais enfatizado quando se assevera que o legislador brasileiro nada mais fez senão importar a sistemática vigente nas nações que adotam a sistemática processual conhecida como Common Law, notadamente Estados Unidos e Inglaterra, o que talvez se explique pela incorreta tradução e mesmo a incompreensão do verdadeiro conteúdo das ideias contidas em determinados termos empregados nestes países.

IV - OS SISTEMAS PROCESSUAIS E A REALIDADE BRASILEIRA

Em nenhum momento, a Constituição da República ou a legislação brasileira fazem qualquer referência expressa à adoção deste ou daquele sistema processual.

De maneira geral, a doutrina pátria costuma distinguir os tipos de sistemas processuais de acordo com a concentração das funções de acusação e julgamento num mesmo órgão (modelo inquisitório) ou atribuição destas funções a órgãos distintos (modelo acusatório)¹². É evidente que, sob este prisma mais simplista, o modelo brasileiro é acusatório, ao menos desde a promulgação Constituição de 1988, vide o disposto no artigo 129, I. No entanto, devido às características que permeiam o inquérito policial (artigo 20 do CPP) e à subsistência de previsões legais que conferem ao magistrado o controle (ex.: artigo 28 do CPP) ou a atuação sobre matéria probatória (ex.: art. 156, I e II, do CPP), há quem afirme que o modelo brasileiro é misto ou, ao menos, não é puro.

Quanto ao direito comparado, como bem explica ANDRADE¹³, na amplitude do sistema acusatório que seria empregado nos Estados Unidos

¹¹ É por tal razão que ANDRADE noticia o susto que teve quando, ao iniciar pesquisa na Universidade de Barcelona, percebeu que, de dez autores, obteve dez conceitos diferentes sobre o sistema acusatório. A situação tornou-se ainda mais crítica pelo fato de que algumas características do sistema acusatório dadas por certos autores encaixavam-se, perfeitamente, nas características que outros autores atribuíam ao sistema inquisitório. Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores...* Op. Cit., p. 07/08.

¹² Neste sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 08 e TORNAGHI, Hélio. *Instituições de direito processual penal*. 2ª edição. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 01 e PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 242.

¹³ Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores...* Op. cit., p. 104/105.

e na Inglaterra, coexistem duas vertentes as quais se distinguem pela forma de intervenção do juízo e das partes ao longo do processo. Na primeira, denominada adversary system, somente se admite a figura do juiz passivo no tocante à matéria probatória. Neste aspecto, o magistrado age como uma espécie de árbitro ou moderador e quem faz o juízo de valor sobre a prova colhida são os jurados. Já na segunda vertente, denominada alhures de inquisitorial system, ocorre certa flexibilização, sendo admitida a atuação positiva do juízo na busca de elementos probatórios que o auxiliem na fundamentação decisória, o que se aproxima da realidade do processo penal, dada a natureza eminentemente pública dos interesses envolvidos nesta seara.

Logo, o reconhecimento alhures da existência de um sistema acusatório como gênero do qual uma das espécies é denominada de inquisitorial inviabiliza, por si só, a defesa da transposição pura e simples da disciplina estrangeira sobre o tema para o cenário pátrio, sobretudo, em se considerando as gritantes diferenças culturais, históricas e jurídicas entre o Brasil e os países que adotam o Common Law. Neste aspecto, há que se combater o complexo de inferioridade¹⁴ que, vez por outra, acomete a doutrina e a jurisprudência brasileiras. Também por este motivo, ANDRADE¹⁵ enfatiza a comum inexistência de menção aos documentos históricos que porventura tenham servido de base à formulação dos conceitos doutrinários e jurisprudenciais sobre sistemas processuais, o que acaba por refletir-se nos múltiplos desacertos que se têm visto quanto à verdadeira classificação do ordenamento brasileiro.

V – FUNDAMENTAÇÃO E TOMADA DE POSIÇÃO

Diante do exposto, penso que a fase do colonialismo jurídico-intelectual

¹⁴ Neste sentido, é patente o acerto da afirmação do Desembargador Federal, Dr. Abel Gomes, que, em específica referência à controvérsia que constitui objeto deste estudo, referiu-se ao ex-Presidente da República, Luiz Ignácio Lula da Silva, segundo o qual temos de acabar com o complexo de vira-lata, isto é, com a mania de achar que tudo o que vem do estrangeiro é melhor ou mais eficaz. Parafraseando o magistrado federal citado: “nós somos cães de raça em matéria processual”. Vide notas taquigráficas registradas no julgamento proferido pela 1ª Turma Especializada do TRF 2ª Região (MS 20100201004625-3, Rel. Maria Helena Cisne Cid, julgado em 02.06.2010).

¹⁵ Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores... op. cit., p. 451. Ao ilustrar a confusão gerada pelo não aprofundamento da pesquisa histórica, este autor exemplifica que, ao longo da Inquisição na Espanha, foi concedida a titularidade da ação penal ao Ministério Público, sendo esta, portanto, a curiosa origem “inquisitorial!” daquela que, segundo a maioria, seria a principal característica do sistema acusatório. Op. cit., p. 454 e 459.

já se foi e não deixa saudades em nosso país. Com efeito, não se pode pretender importar, de forma cega e acrítica, tudo o que vigora - ou que se acredita vigorar - em outros países. É de se indagar o que exatamente se pretende com isto? Qual é a vantagem para a sociedade brasileira na permissão para que as inquirições tendenciosas e intimidadoras retratadas em filmes hollywoodianos se espriaiem no cotidiano forense de nosso país? A quem interessa uma coleta probatória dirigida e gerida por atitudes e intenções parciais?

Definitivamente, a iniciação dos questionamentos pelo magistrado não gera qualquer restrição ao direito das partes de formular questionamentos no momento próprio. É evidente que não há substituição das partes pela atuação do Juízo e, muito menos, mitigação da partição das funções processuais que seria inerente ao sistema acusatório. Outrossim, a redação do artigo 212, caput e parágrafo único, do CPP não delimita, em qualquer hipótese, que o juiz somente possa formular perguntas após as partes¹⁶, tendo deixado expressa apenas a faculdade do magistrado de complementar as indagações das partes.

É bom lembrar que a produção probatória tem por único objetivo auxiliar a formação do convencimento do órgão julgador, que, como bem se sabe, está obrigado a fundamentar suas decisões nas provas produzidas. Portanto, ainda que não fosse prevista, a atuação do magistrado em questões probatórias estaria constitucionalmente embasada como corolário da teoria dos poderes implícitos¹⁷. Ademais, não basta a imposição de fundamentação decisória, esta tem que ser lastreada em elementos probatórios colhidos de forma lúdima e neutra. Portanto, o magistrado e, em última análise, a sociedade são os maiores interessados numa instrução probatória isenta de direcionamentos indevidos, eis que, somente assim, lograr-se-á a fiel observância do mandamento contido no artigo 93, IX da CR/1988. O destinatário final e legítimo da prova é o órgão julgador e a recente consagração expressa do princípio da identidade física do juízo no âmbito processual penal (artigo 397 do CPP) veio a corroborar esta realidade.

¹⁶ Mesmo aqueles que defendem que houve alteração legal da ordem de inquirição admitem que isto pode vir a distorcer a prova com a feitura de questões voltadas à obtenção de respostas que se amoldem às teses defendidas pelas partes. Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 391.

¹⁷ Segundo esta, quando o ordenamento jurídico atribui uma finalidade a determinado agente, entidade ou órgão, este goza, ainda que tacitamente, dos meios necessários ao fiel cumprimento da referida meta.

Noutro giro, ainda que se considerasse, hipoteticamente, que a ordem de inquirição foi alterada, é desarrazoada a afirmação de que eventual inobservância desta constitui nulidade absoluta, a ponto de tornar desnecessária a arguição imediata pela parte que se julga prejudicada e, sobretudo, a comprovação de efetivo prejuízo. Neste sentido, cabe sublinhar o teor da decisão proferida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁸, que deixou claro o seguinte:

“(...) a oitiva de testemunha sem observância dessa nova ordem não resulta nulidade absoluta, pois não se altera o sistema acusatório nem se viola a lei. O juiz, no modelo brasileiro, não é mero espectador, visto que possui participação ativa no processo cujo controle incumbe-lhe. Dele se espera a proteção de direitos e garantias constitucionais e também a busca da verdade real. Anote-se que o próprio CPP, em seu art. 473, permite que, no júri, as perguntas sejam feitas inicialmente pelo juiz presidente e, depois, pelas partes diretamente. Vê-se que o caráter acusatório é o mesmo nos dois procedimentos, de sorte que não há a nulidade pela alteração da ordem de perguntas.”

Grifou-se.

Não bastasse isso, a tese de que há uma nova ordem impositiva de inquirição protegida pela ameaça de nulificação do procedimento despreza importantes dados de cunho sistemático.

A iniciativa do magistrado na inquirição foi mantida pelo legislador tanto no interrogatório (art. 188 do CPP), quanto em todas as oitivas do procedimento do Tribunal do Júri (art. 473, caput do CPP). Com efeito, esta última disposição legal reforça a preocupação do legislador em buscar uma coleta de provas o mais neutra possível, protegendo os jurados, leigos por essência, da influência passional das partes mediante a inicial e benfazeja atuação jurisdicional. Outro dado digno de nota é a previsão legal de questionamentos obrigatórios ao ofendido a serem formulados, de forma preliminar, pelo magistrado (artigo 201 e parágrafos do CPP). Ressalte-se que este último dispositivo legal tem sua redação dada pela mesma Lei n. 11.690/2008, que alterou o artigo 212 do Código de Processo Penal.

¹⁸ Precedentes citados no informativo n. 421 STJ: HC 121.215-DF, DJe 18/11/2008 e HC 144.909-PE, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 4/2/2010.

Ainda assim, segundo entendimento de parcela da jurisprudência¹⁹, o absoluto afastamento do magistrado da atividade probatória - por meio da integral supressão do sistema presidencialista - seria o principal pilar da “inauguração” do sistema acusatório no Brasil, o que teria sido operado pela Lei n. 11.690/2008. Com todas as vênias cabíveis, tais premissas são falsas e as conclusões respectivas, equivocadas.

A uma, o magistrado não foi afastado por completo da atividade probatória, bastando a leitura do artigo 156 do CPP para se chegar a esta conclusão. Repare-se que este dispositivo legal também teve sua redação alterada pela mesma Lei n. 11.690/2008, que alterou o artigo 212 do CPP. A duas, o sistema presidencialista de inquirição não foi extinto por completo, bastando a leitura do artigo 188 do CPP para se chegar a esta conclusão. A três, a Lei n. 11.690/2008 não instalou ou “inaugurou” o sistema acusatório no processo penal brasileiro, uma vez que, há mais de duas décadas, a partição das funções processuais de acusar e julgar - principal característica do sistema acusatório, segundo a opinião majoritária - é garantida constitucionalmente (vide art. 129, I da CR/1988).

Como visto, o sistema presidencialista de inquirição (direcionamento das perguntas ao magistrado) de testemunhas foi afastado na dicção do artigo 212 do CPP com o exclusivo fim de proporcionar maior celeridade ao ato processual. Aliás, o mero direcionamento de perguntas ao magistrado em nada vulnerava a imparcialidade do juízo ou o sistema acusatório²⁰. Caso se entenda o contrário, independentemente da edição da Lei n. 11.690/2008, todas as audiências criminais realizadas, desde 05.10.1988, com iniciação da inquirição pelo magistrado teriam de ser anuladas, o que jamais ocorreu, ao menos com este fundamento.

Pelo exposto, entendo que o acolhimento de postura interpretativa diversa importa na admissão de um legislador esquizofrênico, capaz de contradizer, num único dispositivo (artigo 212, caput e parágrafo único, do CPP), toda a sistemática que manteve em outras normas afetas ao

¹⁹ Cf. HC 155020/RS, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 16.12.2010.

²⁰ Mesmo entre os que defendem que houve instituição do tal sistema de exame cruzado e direto (cross examination), há quem reconheça a ausência de qualquer proveito prático na alteração, eis que a iniciação dos questionamentos pelo magistrado jamais foi um problema no processo penal brasileiro. Neste sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 411.

mesmíssimo tema, qual seja: a oitiva de pessoas em Juízo. Com vigor, não é sensato considerar que a vislumbrada violação ao sistema acusatório e à imparcialidade judicial foi parcialmente expurgada, como regra geral, mas pode continuar sendo praticada, com base legal expressa, em outros ritos e atos de oitiva. Se o objetivo do legislador era verdadeiramente alterar o sistema de inquirição para evitar ofensa a uma ilusória prerrogativa das partes, porque a ordem de todas as oitivas previstas na legislação processual não foi também alterada para ser iniciada por questionamentos das partes? Verifica-se que esta é apenas uma das questões que vagam sem resposta no mar de incongruências e aberrações em que flutua a tese defensora da “nova ordem”.

Em verdade, a suposta prerrogativa das partes quanto à iniciação da inquirição é fruto de interpretação aditiva, isto é, que visa a incluir no texto legal aquilo que determinados setores almejam ver consagrado. Com efeito, não podem ser ignoradas as pressões, sobretudo no âmbito das Casas Legislativas, para que o processo penal como um todo venha a ser disciplinado de forma a permitir a contaminação por intenções que passam longe do interesse público. Neste contexto, na última ponta, o magistrado figuraria como um mero espectador, quase uma peça decorativa que passaria a ornamentar as audiências criminais deste país.

Reconheça-se que tal ideia não está isolada, mas encontra-se inserida no bojo de um movimento mais amplo e vigoroso que tem, ao longo dos últimos anos, procurado abrir portas para o narcisismo processual de alguns e para o estrelato inócuo de interesses ora corporativos, ora particulares, ora impublicáveis, sempre com nítido prejuízo, não para os magistrados que ainda ousam atuar na jurisdição criminal brasileira, mas sim para o interesse social na busca da verdade em um processo justo. A se seguir este caminho lamentável, estamos bem próximos do dia em que a própria presença do juiz em audiência será considerada desnecessária, se é que já não o é, pelo menos para alguns²¹.

²¹ Há quem defenda que as partes têm o direito de ditar, diretamente ao funcionário público responsável pela digitação, os relatos orais das testemunhas para fins de redução a termo, sem que o magistrado tenha qualquer participação nisto. Neste sentido: RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 554/555.

VI – CONCLUSÕES

“O primeiro cuidado de quem pretende conhecer a verdade deve ser o de não se influenciar por preconceitos de espécie alguma e procurar os acontecimentos com absoluta isenção e serenidade.”

Hélio Tornaghi²²

Por todo o exposto, o entendimento que me parece razoável e técnico é no sentido de que:

1 - A tradicional ordem de inquirição a testemunhas cumpre a meta de isenção e neutralidade que se espera da instrução oral em juízo e atende ao interesse público concernente à busca da verdade real. Logo, a iniciativa da inquirição pelo magistrado não vulnera a imparcialidade do juízo, o devido processo legal ou o sistema processual acusatório (isto em se adotando o conceito chancelado pela maioria doutrinária e jurisprudencial de que o mesmo consiste na distribuição das funções processuais de acusar e julgar a órgãos distintos);

2 - A redação dada pela Lei n. 11.690/2008 ao artigo 212, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal não alterou a tradicional ordem de inquirição de testemunhas e não autoriza que se enxergue uma ilusória prerrogativa absoluta das partes quanto à iniciação da inquirição em audiências criminais. Há que se interpretar o dispositivo referido sob o prisma sistemático em cotejo com os demais dispositivos legais relacionados à matéria. O legislador apenas deixou expressa a faculdade do magistrado quanto à complementação dos questionamentos das partes²³;

3 – Ainda que se considere que a Lei n. 11.690/2008 instituiu uma nova ordem de inquirição nas audiências de instrução e julgamento do rito ordinário, a eventual inobservância desta não gera nulidade absoluta. Quando muito, configurar-se-ia mera irregularidade ou nulidade relativa, a demandar, portanto, alegação imediata e comprovação concreta do prejuízo eventualmente suportado pelas partes, nos termos do que tem entendido a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

²² TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 15.

²³ Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 480.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2009.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NETO, Pedro de Araújo Yung-Tay. A reforma processual penal de 2008 e a ordem de inquirição das testemunhas após a novel redação do art. 212 do CPP. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1902, 15 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11732>>. Acesso em: 14 mar. 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____ e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____ Instituições de direito processual penal.. 2ª edição. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1977.

Julgados

AGRAVO INTERNO

Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Agravo Interno: Processo Nº 2012.02.01.006123-8

Agravante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO - UFES

Agravado: DECISÃO DE FLS. 44/50

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Agravo Interno interposto pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO em face da decisão monocrática de fls. 44/50, que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal Cível de Vitória/SJRJ (fls. 29/38), em 25/04/2012, nos autos da Ação Ordinária nº 0005437-47.2009.4.02.5001 (2009.50.01.005437-5).

Os autos informam que BRUNO VIEIRA GOBBI ajuizou Ação Ordinária, com pedido de antecipação de tutela, em face da ASSOCIAÇÃO CAPIXABA DE ENSINO SUPERIOR – ACES, MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO e UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES, objetivando a expedição de diploma de graduação em Administração de Empresas com ênfase em Comércio Exterior e o pagamento de indenização por danos morais (fls. 10/22).

O pedido foi julgado procedente nos seguintes termos (fls. 33/38):

...sendo a UFES, por delegação do Ministério de Educação, a instituição que deve registrar o diploma do autor e, por conseguinte, quem deve zelar pela observância de todo o regramento incidente na espécie para que tal registro se dê regularmente, totalmente pertinente que continue no pólo passivo.

(...).

No que se refere ao pedido de expedição de diploma, é de se dizer que o autor colou grau no curso de Administração com ênfase em Comércio Exterior no dia 27/1/2006 (fls. 19 e 20), preenchendo, assim, todos os requisitos pessoais necessários à expedição e registro de seu diploma de curso superior.

Em pesquisa ao site da Imprensa Nacional (I) verifiquei que a instituição de ensino responsável por ministrar o curso em comento possuía autorização de funcionamento expedida pelo MEC desde o ano de 1998 (Portaria nº 122 de 16/2/1998), tendo ainda seu reconhecimento atestado, pelo prazo de 1 (um) ano, através da Portaria nº 2.271 de 3/8/2004, pendente, contudo, de renovação.

A Portaria nº 122 foi publicada na página 54 da Seção 1 do Diário Oficial de 16/2/2008, segunda-feira, tendo sido prolatada pelo Sr. Paulo Renato Souza, Ministro do Estado da Educação e do Desporto à época.

Neste contexto, o Decreto nº 5.773/2006, que estabelece as diretrizes ao exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior, dispõe em seu art. 34 que “o reconhecimento de curso é condição necessária, juntamente com o registro, para a validade nacional dos respectivos diplomas”.

Não obstante tal regramento, o mesmo diploma legal acima assinalado prevê, em seus artigos 54 e 57, algumas atenuantes à sua plena incidência: (...).

Ora, se a própria legislação que rege a matéria contempla a possibilidade de expedição de diploma para alunos de instituições de ensino descredenciadas ou com cursos desativados, mostra-se evidente que o mesmo benefício deve ser concedido ao autor, visto que se instruiu em faculdade autorizada e reconhecida perante o MEC até 5/8/2005, período em que o autor freqüentava o último semestre do curso, cuja única irregularidade constada seria a ausência de renovação de reconhecimento ocasionada pela negligência da própria instituição de ensino superior.

Ademais, a jurisprudência pátria, em situações semelhantes, tem se posicionado no sentido de que a autorização de funcionamento dada a um curso superior importa, apenas, na sua sujeição a um período de observação, probatório, para fins de futuro reconhecimento pelo MEC.

Portanto, a menos que seja identificada nesse espaço de tempo alguma irregularidade, o curso autorizado pela autoridade educacional gera efeitos concretos em relação aos alunos que dele participam de boa-fé, os quais fazem jus, ao final, ao diploma de conclusão e respectivo registro.

Nesse mesmo sentido, corroborando o posicionamento ora exposto, considero oportuno colacionar alguns julgados do TRF da 2ª Região:

(...)

É certo que o autor não pode ser prejudicado pela conduta inerte da instituição de ensino que não procedeu à renovação do referido curso na forma e prazo adequado, devendo ser acolhida a pretensão autoria de expedição do diploma.

Contudo, também o registro é condição necessária para a validade do diploma, conforme disposto no artigo 34 do Decreto nº 5.773/2006, in verbis: (...).

Nessa esteira, a medida de expedição do diploma não pode ser adotada dissociada do seu devido registro, a fim de que o diploma logre validade. E no que diz respeito ao registro, não há qualquer dúvida de que tal incumbência é da UFES, o que é incontroverso nos autos.

No entanto, no que se refere à expedição do diploma a questão é mais complexa. É que, de fato, caberia à Faculdade Metropolitana de Vitória a sua expedição. Entretanto, impor tal obrigação à referida faculdade ou à ACES não mudaria a situação do autor, eis que seria medida inócua se considerarmos que tais pessoas jurídicas sequer compareceram aos autos, sendo possível supor a dissolução irregular (fática) das mesmas.

Por conta disso, e considerando o direito do autor de receber seu diploma devidamente registrado, determino que a UFES proceda à confecção do referido diploma e posteriormente o registre.

Em relação a tal pedido, defiro a antecipação de tutela nesta nesta sentença, eis que preenchidos os requisitos autorizadores da medida presentes no art. 273 do CPC, estando o periculum in mora caracterizado pela impossibilidade de o autor se candidatar a cargos de nível superior, além das diversas dificuldades enfrentadas pelo demandante no mercado de trabalho por não ter seu diploma.

Resolvido o primeiro pedido, verifico que o autor requereu também a condenação dos réus a indenizá-lo por danos morais.

Embora o réu tenha dirigido tal pleito a todos os réus, indistintamente, verifico que em relação a UFES e à União não há nexos de causalidade apto a justificar tal condenação.

(...).

Ante o exposto, DEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA e JULGO PROCEDENTE a pretensão autoral para reconhecer o direito do autor de receber seu diploma devidamente registrado, razão pela qual determino que a UFES, no prazo de 15 (quinze) dias, efetue o registro e confecção do diploma do autor, nos termos do art. 48, §1º da Lei nº. 9.394/96 e com base nos documentos de fls. 18/19, devendo constar expressamente em seu bojo que o mesmo foi expedido por decisão judicial ainda não definitiva, indicando o número do processo e a qualificação deste juízo. Por ocasião do trânsito em julgado do presente decisum, deverá ser confeccionado novo diploma, desta feita sem qualquer referência à expedição por determinação judicial.

Além disso, JULGO PROCEDENTE a pretensão autoral para condenar os réus ACES - Associação Capixaba de Ensino Superior e Faculdade Metropolitana de Vitória, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais que fixo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), quantia que será devidamente corrigida, com juros de mora contados a partir do evento danoso, qual seja o dia 26/9/2006, data em que o autor solicitou que a primeira requerida providenciasse seu diploma e teve conhecimento da perda de autorização para funcionamento do curso.

Por fim, JULGO IMPROCEDENTE o pleito de danos morais em relação as réus União e UFES, nos termos da fundamentação.

Assim, resolvo o mérito da causa com fundamento no art. 269, I do CPC.

Às fls. 44/50, foi indeferido o pedido de suspensão da referida sentença.

A Agravante aduz inexistir lei obrigando-a a conceder diploma a quem nunca foi seu aluno. Alega restar demonstrado que a manutenção da tutela antecipada concedida pode causar grave lesão à ordem pública em razão do seu efeito multiplicador, no sentido de permitir que qualquer aluno

de instituição de ensino fechada pelo MEC venha a recorrer ao Judiciário para obrigá-la a lhe conceder diploma, sem vestibular e sem enfrentar os rigores de uma universidade federal.

É o relatório.

Peço dia.

Desembargadora Federal **Maria Helena Cisne**
Presidente

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Recurso de Agravo Interno interposto pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO em face da decisão monocrática de fls. 44/50, que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal Cível de Vitória/SJRJ (fls. 29/38), em 25/04/2012, nos autos da Ação Ordinária nº 0005437-47.2009.4.02.5001 (2009.50.01.005437-5).

Não assiste razão à Agravante, pois, neste momento processual, entendo persistirem as razões expendidas na decisão monocrática de fls. 44/50. Confira-se:

A suspensão dos efeitos de sentença proferida contra o Poder Público somente deve ter aplicação em situações excepcionalíssimas, quando ficar demonstrado de plano que o cumprimento imediato do provimento judicial importará em risco concreto de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

É o que se infere do art. 4º, caput e § 1º, da Lei nº 8.437/1992 (grifos apostos):

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

Sobre o tema, importa conferir destaque à decisão proferida pelo Min. Cezar Peluso nos autos do Suspensão de Tutela Antecipada nº 541/SP (Dje 29/07/2011):

A jurisprudência desta Corte assentou que a potencialidade danosa da decisão deve ser comprovada de forma inequívoca pelo requerente, dado o caráter excepcional do pedido de suspensão. Nesse sentido, o Ministro CELSO DE MELLO, então na Presidência da Corte, decidiu, na SS nº 1.185 (DJ de 4.8.1999), que:

“A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei nº 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva da liminar mandamental, resultará comprometido o interesse público”.

Ademais, não custa lembrar que a legislação sempre exigiu não apenas a ocorrência de lesão, mas que esta seja grave. É o que revela análise histórica da evolução normativa do instituto da suspensão. O predicado da gravidade foi repetidamente mantido como requisito em todas as normas que versaram sobre o incidente de suspensão: arts. 13 da Lei nº 191/1936; 4º da Lei nº 4.348/1964; 12, § 1º, da Lei nº 7.347/1985; 25 da Lei nº 8.038/1990; 4º da Lei nº 8.437/1992; e, finalmente, 15 da atual Lei do Mandado de Segurança, nº 12.016/2009, verbis :

“Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”.

Assim, para que se considere grave, o dano deve ser de magnitude capaz de inviabilizar ou dificultar sobremaneira a atuação da Administração Pública. (...).

Convém ter presente, outrossim, que os incidentes processuais de suspensão de liminar, de segurança e de tutela antecipada, constituem medidas excepcionais, que devem ser tratados com o rigor que a excepcionalidade das medidas exige, considerando-se a organicidade do Direito. Assim decidiu a Ministra ELLEN GRACIE, na SL nº 188 (DJE de 31.1.2008):

“Assevero, todavia, que a suspensão da execução de ato judicial constitui, no universo de nosso sistema normativo, providência de caráter excepcional, impondo-se o máximo rigor na averiguação dos pressupostos autorizadores da medida de contracautela, de forma a aplicá-la, no exercício da atribuição monocrática prevista na lei, quando a manutenção da decisão hostilizada importe verdadeiro risco de lesão aos valores públicos nela homenageados”.

Portanto, não se admite analisar, em sede de pedido de suspensão, a ocorrência de eventual erro de procedimento ou de julgamento da decisão que se pretende suspender, o que será objeto, se for o caso, do recurso cabível, competindo ao Presidente do Tribunal apenas verificar se de sua execução possa decorrer risco de grave lesão aos bens tutelados pela legislação de regência.

Sendo assim, as alegações de não possuir a Requerente função de fiscalização das demais entidades de educação e de inexistência de lei que a obrigue a expedir diploma a quem não foi seu aluno consubstanciam matérias inerentes ao mérito da própria Ação Ordinária, o qual será oportunamente apreciado pelo Juízo competente.

Passa-se, portanto, à análise do mérito do pedido de suspensão.

A Requerente aduz ser nocivo à ordem pública o efeito multiplicador da referida decisão, que levará alunos de instituições de ensino fechadas recorrerem ao Judiciário para obrigá-la a lhes conceder diplomas, sem que tenham prestado vestibular ou enfrentado os rigores de uma universidade federal.

A inexistência de um conceito predeterminado para definir o conceito de “lesão” relacionado a cada uma das esferas previstas no art. 4º, caput, da Lei nº 8.437/1992 faz aumentar a dificuldade de um julgamento para a realidade que se apresenta. Torna-se, portanto, imprescindível a demonstração inequívoca, mediante provas concretas de dano, não sendo suficiente a mera alegação.

In casu, a alegação de configuração de lesão à ordem pública revela-se genérica e desacompanhada de qualquer elemento de convicção nesse sentido.

Ressalte-se que a decisão ora impugnada obrigou a Requerente a expedir tão-somente um diploma de conclusão de curso superior a título precário, com validade até o trânsito em julgado da Ação Ordinária (fl. 37). Ademais, não se questiona caber à universidade federal o registro de diplomas de alunos provenientes de outras instituições de ensino.

Trata-se a Requerente de braço da administração indireta da União no Estado do Espírito Santo e vinculado ao MEC, o qual autorizou a FACULDADE METROPOLITANA DE VITÓRIA a lecionar o curso de Administração de Empresas com ênfase em Comércio Exterior até 05/08/2005 (fl. 34). Ademais, muito embora BRUNO VIEIRA GOBBI não tenha sido aluno da UFES, não houve possibilidade de sua transferência para a universidade federal porque, aparentemente, já havia concluído o curso na faculdade particular à época da expiração da referida autorização do MEC (fl. 33).

Por derradeiro, além de não haver notícia de outras ações semelhantes movidas em face da Requerente, consultando aos portais eletrônicos da SJES e deste Tribunal, verifico que, até o presente momento, não logrou pleitear a reconsideração da referida decisão ou interpor recurso, o qual poderia, em tese, ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Sendo assim, não se vislumbra risco de lesão à ordem pública a justificar a suspensão dos efeitos da decisão de fls. 29/38.

Diante do exposto, INDEFIRO o pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida na Ação Ordinária nº 0005437-47.2009.4.02.5001 (2009.50.01.005437-50).

Saliente-se que a própria Agravante admite que, por delegação do MEC, efetua o registro de todos os diplomas de nível superior expedidos pelas instituições de ensino do Estado do Espírito Santo (fl. 57).

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Agravo Interno. É como voto.

Desembargadora Federal Maria Helena Cisne
Presidente

EMENTA

AGRAVO INTERNO. AÇÃO ORDINÁRIA. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Deve ser indeferido o pedido de suspensão dos efeitos de sentença proferida em ação civil pública, se a alegação de configuração de lesão à ordem pública revela-se genérica e desacompanhada de qualquer elemento de convicção nesse sentido.
2. A decisão que obrigou a UFES a expedir tão-somente um diploma de conclusão de curso superior a título precário, com validade até o trânsito em julgado da Ação Ordinária, não incorre em risco de lesão à ordem pública a justificar a suspensão dos seus efeitos, tendo em vista se tratar aquela universidade federal de braço da administração indireta da União no Espírito Santo, a quem compete, por delegação do MEC, o registro de todos os diplomas de nível superior expedidos por instituições de ensino naquele Estado.
3. Agravo Interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Interno, nos termos do Voto da Relatora.

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2012 (data do julgamento).

Desembargadora Federal **Maria Helena Cisne**
Presidente

EMBARGOS INFRINGENTES

1ª Seção Especializada

Embargos Infringentes: Processo Nº 2001.51.01.539410-6

Embargante: Fernando Antonio Di Blasio Ribeiro

Embargado: Ministerio Publico Federal

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes (fls. 480/488) opostos por FERNANDO ANTÔNIO DI BLASIO RIBEIRO, em face do acórdão de fls. 476, o qual, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação, mantendo a condenação do embargante pela prática do crime tipificado no art. 168-A do CP, à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Segundo a denúncia (fls. 02/03), entre dezembro de 1997 e julho de 2000, o embargante, na qualidade de administrador da empresa SBC – SISTEMA BRASILEIRO DE CIRCULAÇÃO LTDA, deixou de repassar à Previdência Social contribuições descontadas dos salários dos empregados.

A denúncia foi recebida em 03/02/2006 (fls. 240).

No julgamento da apelação (sessão de 06/09/2011), o voto lavrado pelo em. Relator (fls. 462/463), Juiz Federal Convocado MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO, negou provimento ao recurso, por não vislumbrar a hipótese de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Entretanto, de ofício, declarou a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, no tocante às condutas praticadas em dezembro de 1997 e janeiro de 1998.

A divergência instaurou-se em relação ao voto do em. Revisor Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, que dava provimento ao apelo (fls. 464/467), por entender configurada a inexigibilidade de conduta diversa caracterizada por crise financeira intransponível.

O embargante pretende a prevalência do voto vencido. Recurso admitido à fl. 499.

À douta revisão.

Rio de Janeiro, 31 de outubro e 2012.

VOTO

Mérito

A materialidade e a autoria são incontestes e sequer são atacadas no presente recurso. O cerne da questão está restrito à tese de inexigibilidade de conduta diversa, no caso, se a empresa SBC – SISTEMA BRASILEIRO DE CIRCULAÇÃO LTDA enfrentava uma crise financeira incontornável, causa excludente da culpabilidade, cujo *onus probandi* é exclusivamente da defesa¹.

Nesse contexto, os documentos de fls. 265/274, demonstram que o recorrente efetuou o repasse à Previdência Social de alguns meses (04/1998, 05/1998, 12/1998, 01/1999 a 05/1999, 08/1999 e 11/1999), o que serve de indicativo acerca das referidas dificuldades, dando a entender que arcava com as contribuições quando em tese lhe era viável.

Os empréstimos bancários registrados às fls. 303/307, ainda que contraídos em períodos posteriores aos fatos, se coadunam com a tese defensiva e podem revelar que eventualmente serviram a quitar dívidas passadas, ainda que não existam elementos que permitam vinculá-los ao débito objeto da denúncia.

¹ STJ - RESP 685203 - Processo: 200401137033 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA – Relator: JOSÉ ARNALDO DA FONSECA - DJ DATA:28/03/2005 PÁGINA:310.

STJ – QUINTA TURMA – Relator: Ministro Gilson Dipp - RESP 612367 - DJ de 14.06.2004 p.00276

TRF 2ª Região - ACR 2486 - Processo: 200002010448039 UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA – Relator: JUIZ JOSE NEIVA/no afast. Relator - DJU DATA:22/02/2005 PÁGINA: 95;

TRF 2ª Região - ACR 2881 - Processo: 200102010237574 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA – Relator: JUIZ SERGIO SCHWAITZER - DJU DATA:20/05/2004 PÁGINA: 255;

TRF 2ª Região – ACR 2631. Processo: 200002010614055 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA – Relator: JUIZ POUL ERIK DYRLUND - DJU DATA:14/06/2004 PÁGINA: 295.

O ofício da Receita Federal (fls. 352), no sentido de que a empresa SBC foi admitida em dois programas de recuperação fiscal, e posteriormente excluída por inadimplência, também é indício de que atravessaria momento financeiramente delicado, o que acaba de algum modo corroborado pelo registro de execuções fiscais já referidas no voto-vencido (fls. 467).

Com efeito, não consta nos autos nenhum daqueles documentos que de modo mais caricato identificariam claramente um quadro de crise financeira incontornável, como dívidas de água, luz, telefone, IPTU, fornecedores, títulos protestados ou indicação de redução do quadro de pessoal da empresa, bem como indicativos documentais acerca da condição patrimonial pessoal do recorrente para efeito de confronto.

Entretanto, a meu ver, a conjugação de indícios acima analisados não pode ser desconsiderada a ponto de se fazer olvidar que, ao menos, levam à incerteza sobre se o gestor teria condições, naquelas circunstâncias, de optar pelo recolhimento das contribuições previdenciárias sem prejuízo de outros compromissos e deveres também relevantes.

Desta forma, como medida de justiça à luz da dúvida que deve beneficiar o réu e de segurança jurídica, o embargante deve ser absolvido com base no art. 386, VII CPP.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE.

1. Na demonstração da inexigibilidade de conduta diversa, é preciso considerar que o recolhimento das contribuições previdenciárias aos cofres do INSS seria possível porque o agente possui numerário para tal. Contudo, se o fizesse, comprometeria outros pagamentos imprescindíveis à sobrevivência da própria empresa que, em não

ocorrendo, poderiam afetar a percepção de verbas imprescindíveis à alimentação do agente ou de seus funcionários.

2. Não há nenhum daqueles documentos que de modo mais caricato identificam um quadro de crise financeira incontornável, como dívidas de água, luz, telefone, IPTU, fornecedores, títulos protestados ou indicação de redução do quadro de pessoal da empresa, bem como indicativos documentais acerca da condição patrimonial pessoal do recorrente para efeito de confronto.
3. As provas analisadas não podem ser desconsideradas a ponto de se fazer olvidar que, ao menos, levam à incerteza sobre se o gestor teria condições, naquelas circunstâncias, de optar pelo recolhimento das contribuições previdenciárias sem prejuízo de outros compromissos e deveres também relevantes.
4. Como medida de justiça à luz da dúvida que deve beneficiar o réu e de segurança jurídica, o embargante deve ser absolvido com base no art. 386, VII CPP.
5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os membros da Primeira Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 2012 (data do julgamento).

Desembargador Federal **Abel Gomes**
Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

2ª Seção Especializada

Ação Rescisória: Processo Nº 2010.02.01.000202-0

Autor: Uniao Federal / Fazenda Nacional

Réu: Companhia Siderúrgica Nacional - CSN

Réu: Daudt, Castro e Gallotti Olinto Advogados

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Rescisória ajuizada pela UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL em face da COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL e DAUT, CASTRO E GALLOTTI OLINTO ADVOGADOS objetivando a redução da verba honorária arbitrada na Ação Ordinária nº 94.0021929-6.

Aduz, em síntese: (a) que a requerida postulou na ação ordinária acima referida, condenação da União Federal a restituir o valor correspondente a 1.222.659,48 UFIR's, mediante compensação; (b) que o pedido foi julgado procedente, sendo o INSS condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa; (c) que a E. 4ª Turma Especializada desta Corte, limitou-se a conhecer da remessa necessária, negando-lhe provimento; (d) que interpôs recurso especial, sustentando a violação do art. 20, § 4º, do CPC e postulando a redução do valor da condenação em honorários advocatícios; (e) que a E. 2ª Turma do STJ, por unanimidade, não conheceu do recurso, com fundamento da Súmula 282 do STF, tendo o acórdão transitado em julgado em 19/09/2008, conforme consta à fl. 401 do processo originário; (f) que o conceito de mérito abrange questões acessórias, no que concerne à fixação da verba honorária; (g) que houve violação a literal disposição de lei contante no

art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC; (h) que o valor da causa arbitrado na ação ordinária importa em CR\$ 3.888.000.000,00 (três bilhões, oitocentos e oitenta e oito milhões de cruzeiros reais), padrão monetário vigente à época do ajuizamento da ação; (i) que o C. STJ faz, excepcionalmente, exame da razoabilidade na fixação da verba honorária, de modo a afastar possíveis excessos, autorizando rescisão julgado e novo julgamento da causa para que se atenda ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC; (j) que o valor da causa atualizado, até o mês de dezembro de 2008, importa em R\$ 20.472.678,44 (vinte milhões, quatrocentos e setenta e dois mil e seiscentos e setenta e oito reais e quarenta e quatro centavos); (k) que a exequente apresentou memória discriminada de cálculos, apresentando o crédito resultante da repetição de indébito, correspondente a R\$ 6.258.060,58 (seis milhões, duzentos e cinquenta e oito mil e sessenta reais e cinquenta e oito centavos); portanto, o valor da causa foi superinflacionado. Requer a antecipação dos efeitos da tutela a fim de suspender a execução dos honorários advocatícios fixados, na Ação Ordinária nº 94.0021929-6, impedindo a expedição do precatório no valor nela definido, até o julgamento da presente rescisória e a rescisão do julgado, para que a verba honorária seja fixada nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, arbitrada, preferencialmente, em quantia certa.

Juntou os documentos de fls. 39/462.

O pedido de tutela antecipatória foi indeferido (fls. 465 e verso).

A União Federal interpôs agravo interno da decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela. Alega que “não há como autorizar o pagamento de vultosa soma pecuniária que posteriormente terá de ser parcialmente devolvida. É mais lógico e prudente saber se há certeza suficiente para autorizar o pagamento de honorários nos termos da lei do que realizá-lo acodadamente e depois ter que se desfazer os efeitos do ato”, havendo risco de irreversibilidade em caso de êxito da União nestes autos. Pugna pela concessão da antecipação dos efeitos da tutela pleiteada.

Citado, DAUT, CASTRO E GALLOTTI OLINTO ADVOGADOS apresentaram contestação às fls. 490/506. Aduzem, resumidamente: (a) que a E. 4ª Turma não conheceu do recurso interposto pelo INSS, por intempestividade, e negou provimento à remessa necessária; (b) que houve expressa

concordância da Fazenda Nacional, que não interpôs embargos à execução; (c) que esta Corte é incompetente para processar e julgar a presente rescisória, tendo em vista que a decisão que se pretende rescindir foi proferida pelo C. STJ, por decisão monocrática; (d) que a matéria questionada nestes autos encontra-se preclusa, por não ter apresentado impugnação ao valor da causa no momento adequado, bem assim dada concordância da União Federal aos valores objeto da execução do julgado; (e) que inexistente violação literal a lei. Pugna pela improcedência do pedido autoral.

Juntou os documentos de fls. 507/537.

Por meio da petição de fls. 542/545, a União Federal requer a reconsideração da decisão que indeferiu a antecipação da tutela, ou, quando menos, que haja pronunciamento ao agravo interno interposto.

Intimados, a União Federal apresentou suas razões finais às fls. 550/554, requerendo a procedência do pedido constante na inicial. Daut, Castro e Gallotti Olinto Advogados alegam que a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN não foi citada, requerendo, anulação dos atos decisórios de fls. 540 e 548, para determinar a citação da primeira ré – CSN (fls. 557/558).

Com vista dos autos, o d. Ministério Público Federal opinou pela procedência da ação, para serem os honorários advocatícios arbitrados em 3% (três por cento) do valor da condenação (R\$ 6.258.060,58)

Citada, a CSN, apresentou contestação às fls. 581/598, requerendo o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva ad causam, tendo em vista que os honorários advocatícios encontram-se na esfera jurídica de direito dos advogados.

Razões finais de DAUT, CASTRO E GALLOTTI OLINTO ADVOGADOS às fls. 627/639.

Novamente, para razões finais, o Ministério Público Federal reiterou seu parecer de fls. 563/570.

Por força de minha remoção da 3ª para esta 4ª Turma Especializada (PRES. ATO Nº 422, de 2 de agosto de 2011), os autos foram a mim atribuídos e conclusos no dia 25 de outubro de 2011 (fl. 656).

Pela decisão às fls. 659/665, reconsiderarei a decisão impugnada (fls. 465 e verso), ocasião em que determinei o imediato bloqueio do precatório correspondente a verba honorária sucumbencial nos autos da Ação Ordinária nº 94.0021929-6.

O MM. Juiz a quo informa, através do Ofício de fls. 674/675 e documentos a ele anexos, que o depósito da verba honorária sucumbencial foi levantado pelo beneficiário.

A COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL – CNS pede reconsideração da decisão de fls. 659/665, caso negativo, seja o pedido admitido como agravo interno (fls. 679/686). Argumenta que a verba honorária sucumbencial pertence exclusivamente ao segundo réu (Daudt, Castro, Galliotti, Olinto Advogados), sendo, portanto, parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente demanda. (fls. 679/686).

Já Daudt, Castro, Galliotti e Olinto Advogados argumenta que a verba sucumbencial foi fixada dentro dos limites do art. 20, § 3º, do CPC; que a antecipação da tutela se restringiu à suspensão do precatório, tendo este, sido levantado, restando prejudicada a decisão de fls. 659/665; que a Fazenda Nacional requereu compensação dos valores depositados no precatório com débitos do requerente objeto de parcelamentos, cujo pedido foi indeferido do MM. Juízo da 22ª Vara Federal/RJ; que desta decisão a Fazenda Nacional se opôs com Agravo de Instrumento nº 2011.02.01.016932-0; que existe continência entre o pedido desta ação rescisória e o agravo de instrumento acima mencionado. Requer a reunião dos autos para julgamento simultâneo (fls. 688/691).

Dispensada a revisão (RI-TRF2, art. 44, inc. IX).

É o relatório. Peço dia.

Desembargador Federal **José F. Neves Neto**
Relator

VOTO

Conforme relatado, trata-se de ação rescisória ajuizada pela União Federal/Fazenda Nacional em face da COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL-

CSN e DAUDT, CASTRO E GALLOTTI OLINTO ADVOGADOS, objetivando a redução da verba honorária arbitrada na ação Ordinária nº 94.0021929-6, assim como de agravo interno interposto pela CSN em face da decisão de fls. 659/665, que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Não ocorre relação de prejudicialidade entre esta ação rescisória e o recurso de agravo de instrumento, que atacou decisão proferida nos autos da ação originária, já em fase de execução; sendo certo que o ajuizamento de ação rescisória não impede a execução do julgado na ação originária (CPC, artigo 489).

Inferese dos documentos juntados pelos réus (fls. 692/738), que o referido Agravo de Instrumento, foi manejado pela União Federal contra a decisão que autorizou a expedição de precatório para pagamento dos honorários sucumbenciais, em favor da sociedade de advogados que possuía débitos parcelados com a agravante, em inobservância ao disposto no art. 100, § 9º, da Constituição, com redação dada pela EC nº 62/2009.

Assim sendo, indefiro o pedido formulado pelo segundo réu (fls. 688/691) de reunião da presente ação com o Agravo de Instrumento nº 2011.02.01.016932-0.

Quanto à alegada incompetência deste Tribunal para processar e julgar a presente ação rescisória, sob o argumento de que a decisão rescindenda fora proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, não assiste razão à parte Daudt, Castro e Gallotti Olinto Advogados. O Eg. Superior Tribunal de Justiça não conheceu do Recurso Especial que atacou a decisão da Quarta Turma deste Regional.

Confira-se o teor do acórdão lavrado pelo Tribunal Superior (cópia à fl. 440):

“PROCESSUAL CIVIL, AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 282/STF.

Não há como esta Corte analisar tese que não foi discutida pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 282/STF

Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 1043546/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2008)

Assinalo que não é o caso de aplicação do enunciado da súmula 249 do Eg. STF, porquanto essa somente é aplicável nos casos em que o Tribunal Superior “*tiver apreciado a questão federal controvertida*”. *In verbis*:

“É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”

Desse modo, aplicável ao caso, o verbete da Súmula nº 515, do STF:

“A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.”

Portanto, a competência é deste Tribunal Regional Federal da 2ª Região e, por força do disposto no artigo 14, inciso I, do Regimento Interno, desta Segunda Seção Especializada:

“Art. 14. No âmbito de sua especialização, às Seções Especializadas compete processar e julgar:

I - as ações rescisórias e as revisões criminais de seus julgados e dos julgados das Turmas Especializadas.”

Também não merece acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, suscitada pela Companhia Siderúrgica Nacional.

É firme a orientação do Eg. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a legitimidade especial conferida ao advogado da parte pelo artigo 23 da Lei nº 8.906/94, para executar o valor dos honorários de sucumbência, não exclui a legitimidade ordinária da parte vencedora para reclamá-lo em juízo. Destarte, a parte na ação originária é também parte legítima para figurar no pólo passivo da ação rescisória.

Ressalto que, em sede de ação rescisória, essa condição da ação – legitimidade *ad causam* – é preenchida com a presença das mesmas partes, eventualmente em pólos opostos, que figuraram no processo que originou a decisão que se pretende rescindir, e, no caso, como litisconsortes os advogados beneficiados pela verba de sucumbência, por força do artigo

23 do Estatuto da OAB. Em outras palavras, quem figurou como parte no processo originário também deve figurar nessa condição na ação rescisória.

Nesse sentido, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA À COISA JULGADA - ART. 485, INCISO IV, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO À CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS DE CONTAS VINCULADAS AO FGTS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA PARTE ORIGINÁRIA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. DECISÃO RESCINDENDA QUE CONFLITA COM A ORIENTAÇÃO FIRMADA EM ACÓRDÃO ANTERIORMENTE TRANSITADO EM JULGADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, a legitimação especial conferida ao causídico pelo art. 23 da Lei n. 8.906/94 para executar a verba sucumbencial não exclui a legitimidade ordinária da parte vencedora para reclamá-las em juízo, notadamente quando inexistente conflito entre eles. Pelas mesmas razões, ambas as partes também são partes legítimas para integrar a ação rescisória em que se discute os próprios honorários. Assim, apesar de não ser possível afastar o interesse do advogado dos requeridos em integrar o polo passivo da presente rescisória tendo em vista o seu objeto - cabimento ou não de honorários advocatícios em ação na qual se discute a correção monetária dos saldos de contas vinculadas ao FGTS, não se pode afastar a legitimidade daqueles que foram partes integrantes do processo originário, que poderiam promover a execução da verba honorária em nome próprio. Não há, portanto, como afastar a legitimidade da parte vencedora da demanda originária para responder ao pleito rescisório.

[...]”

(AR 3273/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 18/12/2009)

Afastadas as preliminares suscitadas, passo ao exame do mérito.

Na Ação Ordinária nº 94.0021929-6 fora atribuído à causa, o valor de CR\$ 3.888.000.000,00 (três bilhões, oitocentos e oitenta e oito milhões de cruzeiros reais – padrão monetário vigente à época do ajuizamento da ação). Esse valor atualizado até dezembro de 2008, quando foi requerida

a execução do julgado (fls. 449/451), importava em R\$ 20.472.678,44 (vinte milhões, quatrocentos e setenta e dois mil, seiscentos e setenta e oito reais e quarenta e quatro centavos), que foi a base de cálculo dos honorários sucumbenciais devidos pela União Federal/Fazenda Nacional, até aquela data.

Com efeito, dispõe o CPC no artigo 20, em seus §§ 3º e 4º:

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

[...]

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.”

À luz do dispositivo legal supra transcrito, nas causas de pequeno valor e naquelas em que sucumbente a Fazenda Pública, o Magistrado deverá fixar a verba honorária segundo o critério da equidade, o qual, no dizer de Nelson Nery Júnior, “*deve ter em conta o justo, não vinculado à legalidade*” (CPC Comentado, 5ª ed., p. 410). Nessas hipóteses, o Magistrado não fica adstrito aos limites legais, podendo, por conseguinte, fixar a verba honorária em montante inferior a dez por cento, ou mesmo exceder o limite de 20% (vinte por cento), levando em conta as diretrizes contidas nas alíneas a, b, e c do parágrafo 3º do referido artigo 20 do CPC.

Verifica-se que a verba honorária foi fixada em desobediência ao critério

de equidade, contido no § 4º do art. 20 do CPC, que ocasionou arbitramento da verba honorária de valor superior a dois milhões (R\$ 2.047.267,84 – valor atualizado até janeiro de 2008), com violação literal à lei.

Na hipótese dos autos, considero exorbitante a verba honorária fixada pelo Juiz de 1º grau, principalmente levando-se em conta o valor da condenação apurado em sede de execução.

A jurisprudência tem admitido a elevação ou redução da quantia arbitrada com fulcro no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, em situações excepcionais, quando aquela se mostrar exorbitante ou ínfimo em relação à complexidade da demanda e seu valor econômico, de que são exemplos os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. OCORRÊNCIA. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM DESOBEDIÊNCIA AO CRITÉRIO DE EQUIDADE PREVISTO NO ART. 20, § 4º, DO CPC. CONDENAÇÃO EXORBITANTE E DESPROPORCIONAL. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL E DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A 1ª SEÇÃO.

1. Cuidam os autos de ação rescisória ajuizada pelo INSS visando desconstituir acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região que acolheu pedido de majoração de honorários advocatícios para 5% (cinco por cento) resultando a verba honorária em importância superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). A demanda originária versou sobre o alcance da imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social no tocante ao pagamento de contribuição previdenciária a teor da constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 9.732/98 sobre a Lei nº 8.212/91 que teve, por fim, a aplicação do entendimento pacífico do STF acerca do tema. À exordial, a Autarquia Previdenciária alegou que ocorreu no acórdão rescindendo error in iudicando na aplicação do § 3º do art. 20 do CPC, dado que à espécie deveria ser observada a regra do § 4º do citado dispositivo processual, fato que resultou na fixação de honorários desproporcionais ao trabalho desenvolvido pelo causídico. O TRF da 4ª Região (fls. 163/189), por maioria, rejeitou as preliminares suscitadas e julgou improcedente a ação rescisória, por entender: a) restarem preenchidos os pressupostos objetivos da condição da ação; b) afastar a aplicação da Súmula nº 343/STF em face da ausência de controvérsia nos Tribunais sobre a questão em debate; c) o acórdão rescindendo interpretou de forma equitativa e adequada o art. 20,

§ 4º, do CPC. Inconformados, o INSS (fls. 192/223) e o Ministério Público Federal (fls. 225/238), além de divergência jurisprudencial, apontam negativa de vigência dos artigos 20, § 3º, "a", "b" e "c" e 4º e 485, V, do CPC. Sustentam os recorrentes que o valor da verba honorária seria excessivo e desproporcional, considerando-se a natureza do processo originário, o tempo despendido e o trabalho realizado pelo patrono da causa, fatores que não foram apreciados quando da prolação do julgado, de modo que restou caracterizada a literal violação de lei a ensejar a procedência da rescisória. Contra-razões (fls. 256/271), pugnando pela manutenção do julgado combatido, ao entendimento de que: a) a violação do art. 20, § 4º, do CPC não se operou pelo simples fato de que a decisão rescindenda foi fundada exclusivamente na interpretação desse dispositivo; b) a pretensão recursal é rediscutir matéria fática apreciada no julgado combatido; c) o pleito vai de encontro à consolidada jurisprudência desta Corte; d) a ação rescisória com base no art. 485, V, do CPC, não pode ser acolhida se no decisum rescindendo não se detectar contrariedade flagrante é evidente a literalidade da lei, sob pena de transformá-la em recurso ordinário. Parecer do Ministério Público Federal (fls. 283/290) opinando, em preliminar, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, o seu provimento.

2. Afasta-se a aplicação do Enunciado nº 343/STF, dado que a matéria rescindenda não detém entendimento divergente no âmbito dos Tribunais pátrios.

3. A jurisprudência desta Corte, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado que o arbitramento da verba honorária se fez de modo irrisório ou exorbitante, tem entendido tratar-se de questão de direito e não fática, repelindo a aplicação da Súmula nº 07/STJ.

4. Há violação literal de lei, à luz do disposto no art. 485, V, do CPC, quando o acórdão rescindendo, ao majorar a verba honorária fixada na sentença, para 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, o fez de maneira superficial sem efetivamente atentar ao critério de equidade exigido pelo art. 20, § 4º, do CPC, fato que ocasionou o arbitramento da verba em valor superior a R\$ 1.118.566, 42, (atualizados até 11/03/2005 - fl. 164).

5. No julgado que pretende a rescisão foi apreciada matéria com entendimento consolidado no âmbito do egrégio Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento da ADIn nº 2.028-5/DF, Rel. Min. Moreira Alves. De um exame superficial da lide originária, nota-

se que a tese de direito discutida não teve grande complexidade jurídica, com trâmite processual absolutamente tranqüilo e célere.

6. Recursos especiais do INSS e do Ministério Público Federal providos. Verba honorária fixada na demanda originária em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)."

(STJ.RESP 200601116380. RESP - RECURSO ESPECIAL – 845910. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. DJ: 23/11/2006, p. 228)

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO PROPOSTA SOB O RITO ORDINÁRIO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, CPC. OFENSA.

1. Cabível ação rescisória para discussão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que pode ser configurada ofensa ao art. 20 e §§ do CPC (entre outros, AR 3754/RJ, 1ª Seção do STJ, rel. Ministro José Delgado, DJe de 23/06/2008). Ação rescisória conhecida.

2. Nas causas em que não houver condenação, como na hipótese em que julgado improcedente o pedido do autor, os honorários advocatícios deverão ser fixados mediante apreciação equitativa do juiz (art. 20, § 4º, do CPC).

3. Para que os valores sejam fixados com equidade, deverão ser aferidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço (§ 4º combinado com as alíneas do § 3º do art. 20 do CPC).

4. Afigura-se exorbitante e desproporcional a fixação dos honorários em 10% sobre o valor da causa originária, quando se trata de matéria pacificada no judiciário, em clara ofensa ao § 4º do art. 20 do CPC.

5. Rejulgado parcialmente o recurso de apelação, honorários advocatícios reduzidos para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos réus.

6. Agravo regimental dos réus julgado prejudicado. Ação rescisória julgada procedente."

(TRF1 - AÇÃO RESCISORIA – 200701000203398 – Quarta Seção. Rel. Desembargador Federal Maria do Carmo Cardoso – DJF1: 06/12/2010, p. 14.)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. CAUTELAR FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. FIXAÇÃO EM VALOR EXORBITANTE. ART. 20, PARÁGRAFOS 3º E 4º DO CPC. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 16 DA LEI Nº 8.397/92. REDUÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.

1. Ação rescisória em que se busca a desconstituição de acórdão prolatado por esta Corte Regional, que reformou sentença proferida em sede de ação cautelar fiscal, invertendo o ônus sucumbencial para condenar a Fazenda Nacional a pagar honorários advocatícios no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

2. Nos casos em que for vencida a Fazenda Pública, o diploma processual civil não estabelece percentuais para a verba honorária, ficando ao livre arbítrio do juiz a fixação desse ônus.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que ‘nos casos previstos no art. 20, parágrafo 4º, do CPC, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, que levará em conta, o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço’. (REsp nº 727.079/SE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 03.04.2006. p. 253).

4. No caso dos autos é indubitável que o valor dos honorários que estão sendo executados contra a Fazenda Pública é exorbitante e desprovido de razoabilidade, tendo em vista que a verba honorária foi fixada em sede de ação cautelar fiscal, em que não se reconhece maior complexidade e nem demanda trabalho árduo por parte do patrono. Isto sem contar que por se tratar de matéria onde se discute basicamente a verossimilhança do direito a controvérsia é de fácil solução.

5. Viola o artigo 20, parágrafo 4º do Código de Processo Civil a decisão que fixa os honorários advocatícios em valor exorbitante, que corresponde a cerca de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), sem atentar para os critérios de proporcionalidade e razoabilidade estabelecidos no citado dispositivo processual.

6. Ação Rescisória que se julga procedente para desconstituir a sentença rescindenda no tocante aos honorários advocatícios e, no

juízo rescisório, arbitrar a verba honorária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)."

(TRF5. Ação Rescisória 6379. Pleno. Rel. Desembargador Federal Francisco Barros Dias. DJE: 01/07/2011, p. 741).

Nesse mesmo sentido, opinou o il. Representante do *Parquet* Federal, em sua manifestação acostada às fls. 563/570, cujo teor, com a devida vênia, faço integrar ao presente, conforme excertos, in verbis:

"(...)

Os honorários estabelecidos na decisão rescindenda são demasiados até porque o valor a que foi condenada a UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL, a título de repetição de indébito, é de R\$ 6.258.060,58 (seis milhões, duzentos e cinqüenta e oito mil, setenta reais e cinqüenta e oito centavos), muito inferior, portanto, ao montante apontado como valor da causa e que efetivamente foi levado em conta no cálculo das verbas advocatícias.

Não justifica que os valores a que a Fazenda foi condenada a título de honorários de advogado (R\$ 2.047.267,84) represente quase metade daquilo a que foi condenada a título principal (R\$ 6.258.060,58).

Está patente, na decisão rescindenda, que aquele valor (R\$ 2.047.267,84), não foi definido com equidade, simplesmente porque à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, não se revela justo.

Assim, foram violadas as normas insculpidas no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, a desconstituição da coisa julgada para que outra decisão fixe honorários advocatícios em percentuais mais justos com os critérios do § 3º do mesmo art. 20 e com a realidade verificada naquele caso.

Entendo que, sopesados os critérios do art. 20, § 3º, do CPC, bem como as circunstâncias do caso concreto, devem os honorários de advogado serem fixados em 3% (três por cento) do valor da condenação (R\$ 6.258.060,58 – seis milhões, duzentos e cinqüenta e oito mil, sessenta reais e cinqüenta e oito centavos).

Isto posto, opino pela procedência da ação, devendo, em sede de *judicium rescissorium* (sic), serem os honorários advocatícios fixados em 3% (três por cento) do valor da condenação (R\$ 6.258.060,58 – seis milhões, duzentos e cinqüenta e oito mil, sessenta reais e cinqüenta e oito centavos)."

Em resumo, a ação ordinária tratou de anulatória de débito fiscal, cumulada com repetição de indébito, com fundamento na inexigibilidade de multa moratória equivalente a 60% (sessenta por cento) sobre o valor da dívida, porquanto a contribuinte, autora da Ação Ordinária, entende que é devida a multa no percentual de apenas 30% (trinta por cento), por força da Lei nº. 7.787/89, artigo 10, inc. III.

Destarte, a questão controvertida era basicamente de direito, com dilação probatória simplificada e, a requerimento da própria autora, houve julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, inc. I).

Naquela ação foi atribuído à causa o valor, atualizado até dezembro de 2008 (data do pedido de execução do julgado), equivalente a R\$ 20.472.678,44 (vinte milhões, quatrocentos e setenta e dois mil, seiscentos e setenta e oito reais e quarenta e quatro centavos). Calculado o valor dos honorários advocatícios, no percentual fixado na sentença (dez por cento), obteve-se a quantia de R\$ 2.047.267,84 (dois milhões, quarenta e sete mil, duzentos e sessenta e sete reais e oitenta e quatro centavos). O que é exorbitante e desproporcional, considerados todos os aspectos que orientam a fixação dessa verba sucumbencial, tais como: a natureza e a complexidade da causa, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

Em juízo rescisório, reapreciando a remessa oficial da sentença prolatada na ação originária, atento às disposições legais e às particularidades do caso concreto, afigura-se razoável a redução do valor dos honorários de sucumbência, para fixá-lo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), nesta data.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido para, em juízo rescindente, desconstituir, em parte, o v. Acórdão de fls. 409/410, proferido na Ação Ordinária nº 94.0021929-6 (AC. 2000.02.01.057640-6), e, em juízo rescisório, DAR PARCIAL PROVIMENTO à Remessa Oficial, para reduzir o valor dos honorários sucumbenciais, fixando-os em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com fulcro no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Prejudicado o agravo interno de fls. 679/688.

Condeno os réus, nesta rescisória, ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em consonância com o artigo 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal **José F. Neves Neto**
Relator

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. CPC, ART. 20, §§ 3º E 4º. VALOR EXORBITANTE. OFENSA AO CRITÉRIO DE EQUIDADE. CPC, ART. 485, INC. V. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DE DECISÃO QUE APRECIOU PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO NA AÇÃO ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DE CONEXÃO OU CONTINÊNCIA.

1. Ação rescisória ajuizada pela União Federal/Fazenda Nacional objetivando rescindir o julgado da ação ordinária de anulatória de débito fiscal, cumulada com repetição de indébito, exclusivamente no que se refere aos honorários de sucumbência, que foram fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, resultando no montante de R\$ 2.047.267,84 (dois milhões, quarenta e sete mil, duzentos e sessenta e sete reais e oitenta e quatro centavos), em dezembro de 2008, quando foi requerida a execução do *decisum*.
2. O valor dos honorários advocatícios fora fixado na sentença prolatada pelo magistrado de primeiro grau. A sentença foi confirmada pela Eg. Quarta Turma Especializada deste Tribunal. Interposto Recurso Especial, o Eg. STJ, não conheceu do recurso, sequer debateu sobre as teses da recorrente (REsp. 1.043.546/RJ). Portanto, aplicável o disposto na Súmula 515 do Supremo Tribunal Federal, em detrimento daquele constante da Súmula 249.
3. A competência para processar e julgar a presente ação rescisória é desta Segunda Seção Especializada, conforme previsto no artigo 14, inciso I, do Regimento Interno desta Corte Regional.

4. Não ocorre relação de prejudicialidade entre esta ação rescisória e o recurso de agravo de instrumento, que atacou decisão proferida nos autos da ação originária, já em fase de execução; sendo certo que o ajuizamento de ação rescisória não impede a execução do julgado na ação originária (CPC, artigo 489).
5. É firme a orientação do Eg. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a legitimidade especial conferida ao advogado da parte pelo artigo 23 da Lei nº 8.906/94, para executar o valor dos honorários de sucumbência, não exclui a legitimidade ordinária da parte vencedora para reclamá-lo em juízo. Por tal razão, a parte na ação originária é também parte legítima para figurar no pólo passivo da ação rescisória.
6. Em ação rescisória, essa condição da ação – legitimidade *ad causam* – é preenchida com a presença das mesmas partes, eventualmente em pólos opostos, que figuraram no processo que originou a decisão que se pretende rescindir, e, no caso, como litisconsortes os advogados beneficiados pela verba de sucumbência, por força do artigo 23 do Estatuto da OAB. Em outras palavras, quem figurou como parte no processo originário também deve figurar nessa condição na ação rescisória.
7. A fixação de honorários de sucumbência em valor exorbitante ou ínfimo caracteriza ofensa ao artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, por inobservância do critério de equidade, viabilizando, por conseguinte, o ajuizamento de ação rescisória com fundamento no artigo 485, inciso V, desse mesmo diploma legal. Precedentes do Eg. STJ.
8. No caso, a ação ordinária tratou de anulatória de débito fiscal, cumulada com repetição de indébito, com fundamento na inexigibilidade de multa moratória equivalente a 60% (sessenta por cento) sobre o valor da dívida, porquanto a contribuinte, autora da Ação Ordinária, entende que é devida a multa no percentual de apenas 30% (trinta por cento), por força da Lei nº. 7.787/89, artigo 10, inc. III. Destarte, a questão controvertida era basicamente de direito, com dilação probatória simplificada e, a requerimento da própria autora, houve julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, inc. I).

9. Naquela ação foi atribuído à causa o valor, atualizado até dezembro de 2008 (data do pedido de execução do julgado), equivalente a R\$ 20.472.678,44 (vinte milhões, quatrocentos e setenta e dois mil, seiscentos e setenta e oito reais e quarenta e quatro centavos). Calculado o valor dos honorários advocatícios, no percentual fixado na sentença (dez por cento), obteve-se a quantia de R\$ 2.047.267,84 (dois milhões, quarenta e sete mil, duzentos e sessenta e sete reais e oitenta e quatro centavos). O que é exorbitante e desproporcional, considerados todos os aspectos que orientam a fixação dessa verba sucumbencial, tais como: a natureza e a complexidade da causa, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.
10. Em juízo rescisório, reapreciando a remessa oficial da sentença prolatada na ação originária, afigura-se razoável a redução do valor dos honorários de sucumbência, para fixá-lo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), nesta data.
11. Ação rescisória procedente. Agravo interno, que atacada a antecipação dos efeitos da tutela, prejudicado. Em juízo rescisório, remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes acima indicadas, decide a 2ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, JULGAR PROCEDENTE a ação rescisória e PREJUDICADO o agravo interno. Em juízo rescisório, DAR PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial, para reduzir o valor dos honorários sucumbenciais, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2012 (data do julgamento).

Desembargador Federal **José F. Neves Neto**
Relator

EMBARGOS INFRINGENTES

3ª Seção Especializada

Embargos Infringentes: Processo Nº 2003.51.01.023834-6

Embargante: Uniao Federal

Embargado: Anderson Lazaro Pereira de Oliveira

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos infringentes opostos contra a parte do acórdão que, por maioria, deu provimento à apelação apresentada pelo Autor, garantindo-lhe o direito de ter anulado o ato de sua exclusão do serviço ativo da Marinha.

Trata-se de ação ordinária na qual o Autor – Soldado Fuzileiro Naval – pretende invalidar o ato administrativo que anulou a sua incorporação, com a conseqüente reintegração às fileiras da Força Naval, sob a alegação de que a Administração deu entendimento diverso à finalidade do art. 105, § 9º, I, do Decreto 57.654/66, pois o desligamento se motivou no fato de ter um filho, mas sem restar provada a sua condição de “arrimo de família”.

O Autor comenta que existem diversos militares da mesma graduação que possuem filhos, assinalando que o Estatuto dos Militares não faz qualquer restrição a respeito, razão por que se revela ilegal e discriminatório o ato administrativo em comento.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, mormente por entender que “*não há respaldo legal à pretensão do autor de obter o restabelecimento de sua incorporação aos quadros da Marinha do Brasil*”.

O magistrado esclareceu, em síntese, que, tratando-se de Soldado Fuzileiro Naval integrante do Círculo de Praças, ainda não se completara os 10 anos de efetivo serviço previstos no Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80) para que a praça adquira a estabilidade no cargo, podendo ser licenciado *ex officio*, conforme o art.121, § 3º do mesmo Estatuto. Nesse contexto, ressaltou: *"não há óbice para que o licenciamento ocorra de acordo com a discricionariedade da Administração, salvo nos casos de patente ilegalidade, não cabendo ao Judiciário substituir-se ao administrador na avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade"*.

Ademais, acrescentou, havendo nos autos declaração do Autor de que não tinha filhos ao ser matriculado como recruta no Curso de Formação de Soldados do Corpo de Fuzileiros Navais, deve-se reconhecer que a anulação do ato de seu ingresso se baseou nas previsões das regras do edital do concurso e na legislação pertinente (art. 94, VI da Lei 6.880/80 e art. 139,§§ 1º e 2º do Decreto 57.654/66) e há de se admitir que a prestação de declaração falsa pelo Autor é fato que legitima o ato de anulação de sua incorporação, que se fundamentou justamente na referida declaração.

Em prosseguimento, aduziu que se figurava irrelevante perquirir sobre a razoabilidade da restrição imposta para ingresso nos quadros da Marinha, assinalando que deveria o Autor, antes de incorporar-se, valer-se dos meios próprios para impugnar o edital ou mesmo a declaração apresentada e não ter omitido fato posto como relevante, firmando declaração falsa, em virtude de não julgar razoável a exigência.

Por fim, sinalou que não se pode perder de vista que o Autor é militar temporário, ao qual se aplicam as regras estatutárias do licenciamento *ex officio*, *"de forma que, ainda que não houvesse cometido qualquer ilícito, seu licenciamento do serviço ativo estaria no âmbito da discricionariedade da Administração Militar"*. (fls. 183/188)

Em suas razões de apelação (fls. 190/196), o Autor-apelante reforça a tese expendida na inicial e afirma que *"não há que falar em informação falsa, posto que, ao incorporar nas fileiras da Marinha, com relação ao filho o Apelante nada informou"*, bem como que, no caso, houve de sua parte *"omissão no dever de informar, o que é diferente de prestar informação falsa (conduta ilícita), como quis caracterizar o ilustre julgador"*; e, dessa

forma, não seria caso de anulação de incorporação e, sim, de aplicação de pena disciplinar, nos termos do Regulamento Disciplinar da Marinha (Decreto 88.545/83).

Reafirma, outrossim, que a proibição de o candidato ser pai contida no edital viola o art. 5º da Constituição Federal e aos preceitos do Estatuto dos Militares, o qual não proíbe o militar de ter filhos e permite que o conscrito tenha filho ou outro dependente (art. 50, §2º, II).

O MM. Relator, Des. Fed. FREDERICO GUEIROS, votou no sentido de dar provimento ao recurso, ao fundamento de que, *"na espécie, ao contrário do que ocorre nos casos de limitação de idade mínima e máxima para o ingresso nas carreiras militares, que, quando impostas a todos os candidatos indistintamente, não se vislumbra qualquer ilegalidade, em razão da atividade peculiar da atividade por eles exercida, entendo que a restrição ao ingresso na Marinha apenas em virtude de o candidato ter filhos, esbarra, à toda evidência, no comando do artigo 5º, da Carta Maior, eis que dá a candidatos e possíveis candidatos tratamento não-isonômico"*.

Nesse passo, embora concordando que a prorrogação do tempo de serviço do militar temporário se encontra na esfera do poder discricionário da Administração Castrense e que não configuraria ilegalidade o licenciamento do militar antes de completado o período aquisitivo de sua estabilidade, ressaltou que, na hipótese, o ato de anulação da incorporação fundamentou-se na irregularidade cometida pelo Autor; donde, *"em assim procedendo, seu ato fica vinculado aos motivos expostos para todos os efeitos jurídicos, de acordo com a teoria dos motivos determinantes"*.

Dessa forma, arrematou, *"uma vez reconhecido o vício na motivação do ato em epígrafe, há que se determinar a anulação do ato de desincorporação do ex-militar"*. (fls. 215/220)

Divergiu o Des. Fed. GUILHERME COUTO DE CASTRO (voto-vista de fls. 223), sob o argumento de não existir qualquer inconstitucionalidade na previsão de que o Fuzileiro Naval seja recrutado em seleção que abranja quem não tem filhos, na medida em que, em tese, o corpo de fuzileiro naval *"destina-se a formar guerreiros para as mais delicadas situações"*; sinalando que, em todos os países do mundo e até em tempo de guerra, *"a existência de filhos é critério dos mais prestigiados na seleção de soldados e fuzileiros"*.

Além disso, aponta, “o fato é que o autor fez declaração falsa para ingressar e tudo só veio à tona devido à ordem de desconto de alimentos, oriunda da Justiça estadual” e, “se o caso era de lutar contra o critério, o autor deveria tê-lo feito antes”, somando-se a tudo, “o autor nem tinha estabilidade, quando foi desligado”.

Em remate, raciocina que: “a visão da doura maioria resulta no seguinte: (i) as forças armadas não podem usar, para selecionar os que vão se submeter a forte e duro treinamento de guerra, critério mundialmente aceito e plenamente razoável; (ii) não fosse por isso, não pode afastar quem deliberadamente mentiu e omitiu; e (iii) o autor, sem estabilidade, agora é reintegrado, anos e anos depois, e ganha a estabilidade (pelo tempo) e todos os atrasados, ao contrário de boa parte dos que passaram por privações e duro treino, passando a ser um enorme exemplo invertido de como as coisas funcionam”.

Tal voto, contudo, restou vencido, comungando os demais membros da Sexta Turma desta Corte com o entendimento esposado pelo d. Relator, proferindo-se a seguinte ementa (fls. 221):

“ADMINISTRATIVO - MILITAR - ANULAÇÃO DE INCORPORAÇÃO - IRREGULARIDADE COMETIDA NO MOMENTO DO RECRUTAMENTO - ARRIMO DE FAMÍLIA - RESTRIÇÃO - AFRONTA AOS DITAMES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - MOTIVAÇÃO DO ATO - VINCULAÇÃO - TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE ANULAÇÃO DA DESINCORPORAÇÃO DO SERVIÇO ATIVO - REINTEGRAÇÃO - POSSIBILIDADE

1. Não obstante o reconhecimento de que a anulação da incorporação do militar tenha decorrido de norma prevista na legislação castrense, cabe ao Poder Judiciário manifestar-se sobre a legalidade da restrição imposta pela norma editalícia referente ao acesso à vida castrense, verificando se tal restrição afronta os ditames da Constituição da República.

2. A restrição ao ingresso na Marinha apenas em virtude de o candidato ter filhos, esbarra no comando do artigo 5º, da Carta Maior, eis que dá a candidatos e possíveis candidatos tratamento não-isonômico.

3. Se o ato anulatório da incorporação do Autor fundamentou-se na irregularidade por ele cometida, a ele fica vinculado para todos os efeitos jurídicos, de acordo com a teoria dos motivos determinantes.

4. Uma vez reconhecido o vício na motivação do ato que desincorporou o Autor do Serviço Ativo da Marinha, deve ser este anulado, com a sua consequente reintegração àquela Força, com efeitos a partir da data do licenciamento indevido. Condenação da ré no pagamento das prestações vencidas contadas a partir do referido licenciamento, corrigidas monetariamente de acordo com a Tabela de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora de 0,5% (cinco por cento) ao mês, a contar da citação.

5. Recurso provido. Sentença reformada. Procedência do pedido."

Os presentes embargos se baseiam no voto vencido, consignando, em síntese, a União Federal que, diante das peculiaridades e dos riscos inerentes à carreira militar, mostra-se razoável a exigência de que o soldado fuzileiro naval, no momento da incorporação, não seja arrimo de família; explicando que, *"além do recruta, nos primeiros anos de incorporação, não contribuir para a pensão militar, ele está sujeito a situações de perigo, inclusive a eventual participação em conflito armado, durante as quais não pode temer pela própria vida ou em relegar ao desamparo algum ente que dele dependa para sobreviver"*.

Requer, portanto, seja provido o recurso, com a reforma do v. acórdão.

Contra-razões (fls. 245/250) e parecer do Ministério Público Federal (fls. 259/263), ambos pugnando pelo não provimento dos embargos infringentes.

É o Relatório.

Sem revisão, a teor do disposto no art. 43, IX, do Regimento Interno desta Corte.

Desembargador Federal **Sergio Schwaitzer**
Relator

VOTO

Sergio Schwaitzer (Relator):

Como relatado, cuida-se de embargos infringentes interpostos pela UNIÃO, objetivando a prevalência do voto dissidente proferido pelo Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO, o qual sufragou

o entendimento de não existir qualquer inconstitucionalidade na previsão de que o Fuzileiro Naval seja recrutado em seleção que abranja quem não tem filhos, tanto porque o Corpo de Fuzileiros Navais se destina a formar "*guerreiros*", como também porque tal critério de seleção de soldados e fuzileiros é mundialmente aceito e plenamente razoável, por conta do forte e duro treinamento de guerra; acrescentando-se o fato de que ex-Soldado emitiu declaração falsa para ingressar na Força Naval e nem tinha estabilidade, quando foi desligado.

Isto porque, no entender do voto condutor do Acórdão, da lavra do eminente Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, o multicitado critério de seleção esbarra no comando do art. 5º, da Constituição Federal, por conferir a candidatos e possíveis candidatos tratamento não-isonômico, restando traduzido o julgado na seguinte ementa:

"ADMINISTRATIVO - MILITAR - ANULAÇÃO DE INCORPORAÇÃO - IRREGULARIDADE COMETIDA NO MOMENTO DO RECRUTAMENTO - ARRIMO DE FAMÍLIA - RESTRIÇÃO - AFRONTA AOS DITAMES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - MOTIVAÇÃO DO ATO - VINCULAÇÃO - TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE ANULAÇÃO DA DESINCORPORAÇÃO DO SERVIÇO ATIVO - REINTEGRAÇÃO - POSSIBILIDADE

1. Não obstante o reconhecimento de que a anulação da incorporação do militar tenha decorrido de norma prevista na legislação castrense, cabe ao Poder Judiciário manifestar-se sobre a legalidade da restrição imposta pela norma editalícia referente ao acesso à vida castrense, verificando se tal restrição afronta os ditames da Constituição da República.

2. A restrição ao ingresso na Marinha apenas em virtude de o candidato ter filhos, esbarra no comando do artigo 5º, da Carta Maior, eis que dá a candidatos e possíveis candidatos tratamento não-isonômico.

3. Se o ato anulatório da incorporação do Autor fundamentou-se na irregularidade por ele cometida, a ele fica vinculado para todos os efeitos jurídicos, de acordo com a teoria dos motivos determinantes.

4. Uma vez reconhecido o vício na motivação do ato que desincorporou o Autor do Serviço Ativo da Marinha, deve ser este anulado, com a sua conseqüente reintegração àquela Força, com

efeitos a partir da data do licenciamento indevido. Condenação da ré no pagamento das prestações vencidas contadas a partir do referido licenciamento, corrigidas monetariamente de acordo com a Tabela de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora de 0,5% (cinco por cento) ao mês, a contar da citação.

5. Recurso provido. Sentença reformada. Procedência do pedido."

Destarte, cinge-se o cerne da controvérsia em perquirir acerca da configuração, ou não, de inconstitucionalidade no critério de seleção do recrutamento para prestação do Serviço Militar obrigatório previsto no edital da Marinha, de modo a macular de vício o ato de anulação de incorporação do ex-Soldado Fuzileiro Naval.

Em primeiro, há observar que a Constituição Federal, em seu art. 142, § 3º, X, deixa expresso que a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os direitos e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades; e reza, no art. 143, que o serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

Por sua vez, a Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares), recepcionada pela mesma Constituição Federal, preceitua que "*o ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica*" (art. 10); bem como que "*a convocação em tempo de paz é regulada pela legislação que trata do serviço militar*" (art. 12). E, especificamente no caso de Praça, estabelece que "*a exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado o militar decorrem dos seguintes motivos: [...] anulação de incorporação*" (art. 94, VI); bem como que "*a anulação da incorporação e a desincorporação da praça resultam na interrupção do serviço militar com a conseqüente exclusão do serviço ativo*", e que "*a legislação que trata do serviço militar estabelece os casos em que haverá anulação de incorporação ou desincorporação da praça*" (art. 124, caput, e parágrafo único).

Nessa direção, a Lei 4.375/64, ao dispor sobre a prestação do Serviço Militar, fixa que "*todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar, na forma da presente Lei e sua regulamentação*" (art. 2º); que "*a obrigação*

para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos” (art. 5º); que “a classe convocada será constituída dos brasileiros que completarem 19 (dezenove) anos de idade entre 1º de janeiro e 31 de dezembro do ano em que deverão ser incorporados em Organização Militar da Ativa ou matriculados em Órgãos de Formação de Reserva” (art. 17); e que “aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação dêsse tempo, uma ou mais vêzes, como engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Fôrça Armada interessada” (art. 33). Instrui, ademais, que “incorporação é o ato de inclusão do convocado ou voluntário em uma Organização Militar da Ativa das Fôrças Armadas” (art. 20); que “o serviço ativo das Fôrças Armadas será interrompido: pela anulação da incorporação” e que “a anulação da incorporação ocorrerá em qualquer época, nos casos em que tenham sido verificadas irregularidades no recrutamento, inclusive relacionados com a seleção em condições fixadas na regulamentação da presente Lei” (art. 31, a, § 1º).

Nesse sentido, o citado Decreto 57.654/66, que regulamenta a Lei do Serviço Militar, preceitua que “o serviço ativo das Forças Armadas será interrompido: pela anulação da incorporação;” e que “as prescrições do presente Capítulo são extensivas, no que forem aplicáveis e de acôrdo com legislação peculiar, aos incorporados que se encontrem prestando o Serviço Militar sob outras formas e fases, previstas no Título VI, dêste Regulamento” (art. 138, nº 1 e parágrafo único). Sinaliza que “a anulação da incorporação ocorrerá, em qualquer época, nos casos em que tenham sido verificadas irregularidades no recrutamento, inclusive relacionadas com a seleção”; que “caberá a autoridade competente, Comandantes de Organizações Militares, RM, DN ou ZAé, mandar apurar, por sindicância ou IPM, se a irregularidade preexistia ou não, à data da incorporação, e a quem cabe a responsabilidade correspondente”; que “se ficar apurado que a causa ou irregularidade preexistia à data da incorporação, esta será anulada e nenhum amparo do Estado caberá ao incorporado. Além disso: [...] se a responsabilidade pela irregularidade couber ao incorporado, ser-lhe-á aplicada a multa prevista no nº 2 do art. 179, dêste Regulamento, independentemente de outras sanções cabíveis no caso;” e que “são

competentes para determinar a anulação a autoridade que efetuou a incorporação, desde que não lhe caiba responsabilidade no caso, e as autoridades superiores àquela' (art. 139, §§ 1º; 2º, 1 e 3º).

Do exame da legislação de regência, deflui claro que todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar; obrigação esta que começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 anos e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 anos de idade. Verifica-se, também, que a incorporação é o ato de inclusão do convocado ou voluntário em uma Organização Militar da Ativa das Forças Armadas e que a incorporação poderá ser anulada, com a conseqüente interrupção do serviço ativo, em qualquer época, nos casos em que tenham sido verificadas irregularidades no recrutamento, inclusive relacionadas com a seleção. Na hipótese, caberá à autoridade competente – Comandantes de Organizações Militares, Regiões Militares, Distritos Navais ou Zonas Aéreas – mandar apurar, por sindicância ou IPM, se a irregularidade preexistia, ou não, à data da incorporação e a quem cabe a responsabilidade correspondente; e, se ficar apurado que a causa ou irregularidade preexistia à data da incorporação, esta será anulada e nenhum amparo do Estado caberá ao incorporado.

Ora, ao que se evidencia dos autos, em 06/03/95, o Apelante, ora Embargado, foi incorporado ao Corpo de Praças do Corpo de Fuzileiros Navais, comprometendo-se a servir no referido Corpo pelo prazo de 3 (três) anos; concluiu o Curso de Formação de Soldados e foi promovido à graduação de Soldado Fuzileiro Naval, em 02/06/95.

Proseguia regularmente na carreira até que, através do Ofício nº 2496/97 de 14/08/97, o Juízo de Direito da Vara de Família de Campo Grande comunicou à Pagadoria do Pessoal do Centro de Recrutamento do Corpo de Fuzileiros Navais que deveria ser descontada dos vencimentos líquidos do militar, a título de pensão provisória, uma quantia correspondente a 15% dos seus ganhos líquidos, a ser entregue a ANA CARLA SILVA, referente à pensão alimentícia (fls. 17).

Em 02/10/97, o Centro de Reparos e Suprimentos Especiais do Corpo de Fuzileiros Navais (CRepSupEspCFN) – organização onde servia – enviou mensagem ao Comando de Pessoal de Fuzileiros Navais (CPesFN) informando que o Soldado apresentara Certidão de Nascimento do filho ALANDERSON SILVA DE OLIVEIRA, nascido em 08/10/93 (fls. 83).

O Comando de Pessoal de Fuzileiros Navais determinou, então, fosse instaurada sindicância para apurar possível irregularidade constatada na documentação apresentada (fls. 84). Em atendimento, o Comando do Centro de Reparos e Suprimentos Especiais do Corpo de Fuzileiros Navais (CRepSupEspCFN), por meio da Portaria 34, de 16/10/97, determinou a instauração da sindicância (fls. 123).

Realizada a sindicância (fls. 121/175), o Capitão-Tenente Encarregado do procedimento elaborou Relatório, constatando ser autêntica a Certidão de Nascimento do filho do SD-FN- LÁZARO, nascido em 08/10/93, e que o fato se deu quando aquele tinha 18 anos de idade, anteriormente ao seu ingresso na Marinha. Certificou, ainda, que, a despeito de o SD-FN- LÁZARO afirmar que desconhecia o requisito de não ter filhos necessário ao ingresso no Corpo de Fuzileiros Navais, havia prova documental (Declaração de Situação Familiar) por ela assinada, confirmatória do conhecimento deste requisito. Concluiu, portanto, que a irregularidade preexistia à data da incorporação. Eis seus termos:

“Verificando-se cuidadosamente os presentes Autos desta Sindicância, constatei que:

[...]

É autêntica a documentação apresentada pela Srt^a ANA CARLA DA SILVA (folha nº 31).

Trata-se de uma Certidão de Nascimento expedida pela Décima Quarta Circunscrição de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato – Freguesia de Madureira – sétima Zona – Estado do Rio de Janeiro (folha nº 32).

Consta nesta Certidão que ALANDERSON SILVA DE OLIVEIRA, nascido aos oito dias do Mês de outubro do ano de mil e novecentos e noventa e três, do sexo masculino, é filho de ANDERSON LÁZARO PEREIRA DE OLIVEIRA e de ANA CARLA DA SILVA (folha nº 32).

O fato ocorreu antes do ingresso do SD-FN- LÁZARO na Marinha, resultante de um relacionamento afetivo entre a Srt^a ANA CARLA DA SILVA e o SD-FN- LÁZARO; por consequência é pai desde os dezoito anos de idade (folha nº 32).

O SD-FN- LÁZARO alega não ter recebido na época o livreto onde constam os requisitos necessários ao ingresso no CFN e que desconhecia também o requisito de não ter filhos (folha nº 34).

Embora tenha alegado desconhecer o fato, há prova documental (Declaração de Situação Familiar) assinada pelo militar do conhecimento deste requisito (folha nº 48).

Por conseguinte, contrariou, o referido soldado, também o contido no Art. 139, parágrafo 2º, nº 1, do Decreto 57.654/66, de 20/01/66 do Regulamento da Lei do Serviço Militar (RLSM), cujo dispositivo foi mostrado ao militar quando do seu ingresso na Marinha (folha nº 47).

Sendo assim, a irregularidade preexistia à data da incorporação, contrariando o parágrafo 2º do Art. 139 do Decreto 57.654/66, de 20/01/66, do Regulamento da Lei do Serviço Militar (folha nº 47 e 48).

O fato ocorrido, ao que tudo indica, enquadra e conduz o militar à situação prevista no parágrafo 2º do Art. 139 do Decreto 57.654/66, de 20/01/66, do Regulamento da Lei do Serviço Militar (folha nº 47)."

Por conseguinte, em 22/11/97, o Comandante do Centro de Reparos e Suprimentos Especiais do Corpo de Fuzileiros Navais exarou solução (fls. 175), determinando a remessa dos autos da sindicância ao Comando de Pessoal de Fuzileiros Navais, a fim de instruírem o competente processo de anulação de incorporação, como se segue:

"Verificando-se da Sindicância a que mandei proceder pela Portaria nº 34/97, em cumprimento à mensagem P-102357Z/OUT/97 do Comando de Pessoal de Fuzileiros Navais, de acordo com a alínea b do Art. 10 do CPPM, que o fato apurado, conduz o militar à situação prevista no parágrafo 2º do Art. 139 do Decreto 57.654/66, de 20/01/66, do Regulamento da Lei do Serviço Militar, determino que o relatório e a solução dos autos da presente Sindicância sejam remetidos ao Comando de Pessoal de Fuzileiros Navais, de acordo com o § 1º do Art. 22 do CPPM, Decreto-Lei nº 1002/69, de 21 OUT69, a fim de instruírem o competente processo de anulação de incorporação".

Anote-se que, realmente consta dos presentes autos (fls. 169) cópia da "Declaração de Situação Familiar", preenchida e assinada em 12/08/94, na qual o então voluntário à incorporação como "Recruta" afirmava "*ser solteiro, não ter filhos, não viver em concubinato e não ser arrimo de família*".

No contexto, o então Soldado Fuzileiro Naval, em 16/04/98, submeteu-se a inspeção de saúde pela Junta Regular de Saúde do Centro de Instrução Graça Aranha (JRS/CIAGA), sendo julgado "Apto" para fim de

reengajamento/licenciamento do Serviço Ativo da Marinha (fls. 19); e, pela Portaria 622 de 23/10/98 do Comando de Pessoal de Fuzileiros Navais, teve anulada a incorporação, de acordo com os arts. 94, VI e 124, parágrafo único da Lei 6.880/80; arts. 138, nº 1, parágrafo único e 139, §§ 1º; 2º, 1 e 3º do Decreto 57.654/66 (fls. 81).

Assim, correto o MM. Juízo sentenciante ao entender que, no procedimento do ato de anulação da incorporação, a Administração Naval agiu em estrita consonância com a legislação pertinente.

De outro giro, igualmente comungo com o posicionamento adotado pelo Des. Fed. GUILHERME COUTO DE CASTRO, em seu voto-vista (fls. 223), no sentido de não se verificar qualquer inconstitucionalidade na previsão de que o Fuzileiro Naval não tenha filhos.

A uma, por julgar que dita restrição não viola o preconizado no artigo 5º da Constituição Federal. Com efeito, há ponderar que um jovem de 18 anos, que já tenha filhos, não ostenta posição idêntica à de outro jovem da mesma idade que não os tenha. E, como é cediço, o princípio da isonomia exige a igualdade de situações a serem amparadas; sendo bem certo que nossa doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar que o princípio de igualdade consiste em *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem”*. Desse ponto de vista, não se pode aventar que a Marinha tenha dado tratamento não-isonômico aos possíveis candidatos; sem falar que a restrição é imposta indistintamente a todos os candidatos que tenham prole, estes, sim, em condição similar à do Autor, ora Embargado.

A duas, por pensar que, em verdade, a multiticada restrição até acaba por privilegiar os comandos de proteção à família, inculpidos nos arts. 226 e ss. da Constituição Federal.

Aqui, forçoso reconhecer que o distanciamento da participação do Brasil nos grandes conflitos mundiais – a 1ª Guerra Mundial (1914 – 1918) e a 2ª Guerra Mundial (1939 – 1945) – é que nos leva a estranhar e/ou repelir a “limitação” imposta ao ingresso de candidatos “Recrutados” para a prestação do Serviço Militar, obrigatório ou voluntário. Distanciamento esse que não experimentava o legislador em 1964 e 1966, eis que provavelmente nasceu no período da 2ª Guerra Mundial e assistia o ingresso do país no

“Regime de Ditadura Militar”, época de numerosos conflitos internos. A partir daí, torna-se fácil entender a razão desse legislador, ao normatizar o Serviço Militar, prescrever a dispensa de incorporação dos brasileiros da classe convocada em Organizações Militares da Ativa, tendo em vista a sua situação peculiar de ser arrimo de família.

Aliás, tampouco hodiernamente seria adequado desprezar-se a importância do critério em comento, quando se tem em mira a destinação constitucional das Forças Armadas – defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais da lei e da ordem –, porque dela se realça que a principal finalidade da carreira militar, mesmo na atualidade, é o preparo para a guerra.

No particular, pertinente ainda se mostra o voto-vencido, ao destacar que em todos os países do mundo, em tempo de paz ou de guerra, a existência de filhos é critério dos mais prestigiados no momento da seleção de soldados e fuzileiros.

Em suma, correto afiançar que não cuida a espécie de um critério de seleção eivado pelo vício da inconstitucionalidade, mas, sim, de uma benesse prevista pelo legislador, que se enquadra perfeitamente nas normas constitucionais de proteção especial que o Estado deve dispensar à família, máxime no que tange ao dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores; proteção que melhor se justifica ao se destinar a pais adolescentes – jovens recrutas entre 18 e 19 anos de idade –, no início da vida madura.

De toda sorte, não se pode olvidar que a anulação da incorporação se deu mais pela circunstância de o ex-Soldado haver prestado uma declaração falsa ao se candidatar à matrícula como recruta no Curso de Formação de Soldados do Corpo de Fuzileiros Navais. Atente-se que, inobstante a existência da prova documental, o ex-Soldado, não apenas alegou na via administrativa desconhecer o fato, como também agora, na via judicial, em suas razões de apelo, insiste em negar a ocorrência da prestação de informação falsa, pretendendo a reforma da r. sentença *a quo*, sob a escusa de que, no caso, houve de sua parte “*omissão no dever de informar, o que é diferente de prestar informação falsa (conduta ilícita), como quis caracterizar o ilustre julgador*”.

Seguindo esse raciocínio, difícil não concordar que a prestação de declaração falsa pelo ex-Soldado é fato que legitima o ato de anulação

de sua incorporação, que se lastreou justamente na referida declaração. Certamente, deveria ele, antes de incorporar-se, utilizar os meios próprios para impugnar o edital e/ou a declaração apresentada e não ter omitido fato posto como relevante, firmando declaração falsa, em virtude de não julgar razoável a exigência. Mesmo porque, apurada a irregularidade na incorporação, a Administração não pode se furtar a observar o princípio da legalidade, ao qual está sujeita, por força do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. E, manifestamente, não compete ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, atuar como legislador positivo para afastar comando expresso de lei.

É de se acordar, por fim, que, ocupando-se de Soldado Fuzileiro Naval, praça que não havia completado os 10 anos de efetivo serviço previstos no Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80) para a aquisição da estabilidade no cargo, plenamente viável seria à Administração efetivar o seu licenciamento *ex officio*, pelo término dos 3 (três) anos a que se comprometeu a servir no Corpo de Praças do Corpo de Fuzileiros Navais e/ou por conveniência do serviço, ante a contravenção disciplinar especificada no Regulamento Disciplinar para a Marinha (art. 7º nº 33 – “*faltar à verdade ou omitir informações que possam conduzir à sua apuração*”), tudo nos termos do art.121, § 3º do mesmo Estatuto. Todavia, questionar-se a discricionariedade da Administração, nos casos em que não se patenteia ilegalidade, implicaria adentrar no mérito do ato administrativo; sendo incontroverso que descabe ao Judiciário substituir-se ao administrador na avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade.

Logo, não logrando êxito em afastar-se a presunção de veracidade e legitimidade do ato da Administração Naval, impossível invalidar o ato de anulação de incorporação do ex-Soldado, de molde a assegurar a sua reintegração ao Serviço Ativo da Marinha.

Face ao exposto e na forma da fundamentação supra, dirijo do voto do Relator e DOU PROVIMENTO aos embargos infringentes, para que prevaleça o voto vencido.

É como voto.

Desembargador Federal **Sergio Schwaitzer**
Relator

VOTO vencido

A Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA DA SILVA: Adoto como razões de decidir as notas taquigráficas que ora determino sejam juntadas aos autos.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MILITAR. SOLDADO FUZILEIRO NAVAL (SD-FN). ANULAÇÃO DO ATO DE INCORPORAÇÃO. CRITÉRIO DE SELEÇÃO DO RECRUTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. DESCABIMENTO.

1. Ao exame da normatização de regência (Constituição Federal, Leis 4.375/64 e 6.880/80, e Decreto 57.654/66), não se verifica qualquer inconstitucionalidade na previsão de que o Fuzileiro Naval não tenha filhos.
2. Dita restrição não viola o preconizado no artigo 5º da Constituição Federal. Com efeito, há ponderar que um jovem de 18 anos, que já tenha filhos, não ostenta posição idêntica à de outro jovem da mesma idade que não os tenha. E, como é cediço, o princípio da isonomia exige a igualdade de situações a serem amparadas; sendo bem certo que nossa doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar que o princípio de igualdade consiste em "*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualam*". Desse ponto de vista, não se pode aventar que a Marinha tenha dado tratamento não-isonômico aos possíveis candidatos; sem falar que a restrição é imposta indistintamente a todos os candidatos que tenham prole, estes, sim, em condição similar à do Autor, ora Embargado.
3. Em verdade, a multiticada restrição até acaba por privilegiar os comandos de proteção à família, inculpidos nos arts. 226 e ss. da Constituição Federal. Aqui, forçoso reconhecer que o distanciamento da participação do Brasil nos grandes conflitos mundiais – a 1ª

Guerra Mundial (1914 – 1918) e a 2ª Guerra Mundial (1939 – 1945) – é que nos leva a estranhar e/ou repelir a “limitação” imposta ao ingresso de candidatos “Recrutas” para a prestação do Serviço Militar, obrigatório ou voluntário. Distanciamento esse que não experimentava o legislador em 1964 e 1966, eis que provavelmente nasceu no período da 2ª Guerra Mundial e assistia o ingresso do país no “Regime de Ditadura Militar”, época de numerosos conflitos internos. A partir daí, torna-se fácil entender a razão desse legislador, ao normatizar o Serviço Militar, prescrever a dispensa de incorporação dos brasileiros da classe convocada em Organizações Militares da Ativa, tendo em vista a sua situação peculiar de ser arrimo de família. Aliás, tampouco hodiernamente seria adequado desprezar-se a importância do critério em comento, quando se tem em mira a destinação constitucional das Forças Armadas – defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais da lei e da ordem –, porque dela se realça que a principal finalidade da carreira militar, mesmo na atualidade, é o preparo para a guerra. No particular, destaca-se que em todos os países do mundo, em tempo de paz ou de guerra, a existência de filhos é critério dos mais prestigiados no momento da seleção de soldados e fuzileiros. Em suma, correto afiançar que não cuida a espécie de um critério de seleção eivado pelo vício da inconstitucionalidade, mas, sim, de uma benesse prevista pelo legislador, que se enquadra perfeitamente nas normas constitucionais de proteção especial que o Estado deve dispensar à família, máxime no que tange ao dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores; proteção que melhor se justifica ao se destinar a pais adolescentes – jovens recrutas entre 18 e 19 anos de idade –, no início da vida madura.

4. Não se pode olvidar que a anulação da incorporação se deu mais pela circunstância de o ex-Soldado haver prestado uma declaração falsa ao se candidatar à matrícula como recruta no Curso de Formação de Soldados do Corpo de Fuzileiros Navais. Atente-se que, inobstante a existência da prova documental, o ex-Soldado, não apenas alegou na via administrativa desconhecer o fato, como também agora, na via judicial, em suas razões de apelo, insiste em negar a ocorrência da prestação de informação falsa, pretendendo a reforma da r. sentença

a quo, sob a escusa de que, no caso, houve de sua parte “*omissão no dever de informar, o que é diferente de prestar informação falsa (conduta ilícita), como quis caracterizar o ilustre julgador*”.

5. Difícil não concordar que a prestação de declaração falsa pelo ex-Soldado é fato que legitima o ato de anulação de sua incorporação, que se lastreou justamente na referida declaração. Certamente, deveria ele, antes de incorporar-se, utilizar os meios próprios para impugnar o edital e/ou a declaração apresentada e não ter omitido fato posto como relevante, firmando declaração falsa, em virtude de não julgar razoável a exigência. Mesmo porque, apurada a irregularidade na incorporação, a Administração não pode se furtar a observar o princípio da legalidade, ao qual está sujeita, por força do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. E, manifestamente, não compete ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, atuar como legislador positivo para afastar comando expresso de lei.
6. Ocupando-se de Soldado Fuzileiro Naval, praça que não havia completado os 10 anos de efetivo serviço previstos no Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80) para a aquisição da estabilidade no cargo, plenamente viável seria à Administração efetivar o seu licenciamento *ex officio*, pelo término dos 3 (três) anos a que se comprometeu a servir no Corpo de Praças do Corpo de Fuzileiros Navais e/ou por conveniência do serviço, ante a contravenção disciplinar especificada no Regulamento Disciplinar para a Marinha (art. 7º nº 33 – “*faltar à verdade ou omitir informações que possam conduzir à sua apuração*”), tudo nos termos do art.121, § 3º do mesmo Estatuto. Todavia, questionar-se a discricionariedade da Administração, nos casos em que não se patenteia ilegalidade, implicaria adentrar no mérito do ato administrativo; sendo incontroverso que descabe ao Judiciário substituir-se ao administrador na avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade.
7. Logo, não logrando êxito em afastar-se a presunção de veracidade e legitimidade do ato da Administração Naval, impossível invalidar o ato de anulação de incorporação do ex-Soldado, de molde a assegurar a sua reintegração ao Serviço Ativo da Marinha.
8. Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator, constante dos autos, que fica fazendo parte integrante do presente julgado. Vencida a Des. Fed. Vera Lucia Lima.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2012.

Desembargador Federal **Sergio Schwaitzer**

Relator

HABEAS CORPUS

1ª Turma Especializada

Habeas Corpus: Processo Nº 2012.02.01.003006-0

Impetrante: Wilson Luiz Soares Reis

Paciente: Wilton Luiz Andrade Reis

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por WILTON LUIZ SOARES REIS, em favor de WILTON LUIZ ANDRADE REIS, no qual aponta como autoridade coatora o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, objetivando a nulidade da medida cautelar nº 2002.51.01.501746-7 e, sucessivamente, o desentranhamento das interceptações telefônicas realizadas dos autos no processo nº 2002.51.03.001916-9.

Aduz o impetrante que as interceptações telefônicas realizadas foram ilegais, a uma por não existir, nos autos da medida cautelar nº 2002.51.01.501746-7, nenhum dado balizador para contagem do prazo das determinações judiciais para quebra de sigilo telefônico, e a duas o fato do Delegado responsável pelo inquérito ter efetuado escutas telefônicas antes da primeira decisão judicial de quebra de sigilo telefônico e deletado arquivos de áudio, sem permissão do Juízo.

Foram juntados documentos e um DVD, folhas 10/11.

A liminar foi por mim indeferida, folha 63.

Informações do Juízo Impetrado, folhas 68/77.

Manifestação da Procuradoria Regional da República, folhas 81/93, opinando pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório. Em mesa para julgamento.

Desembargador Federal **Antonio Ivan Athié**

Relator

VOTO

O *writ* não deve ser conhecido.

Da leitura das informações do MM. Juízo Impetrado, folhas 68/77, é possível constatar que a validade das interceptações telefônicas referentes ao Paciente foi analisada na sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 2002.51.03.001916-9.

Desse modo, verifica-se a inadequação da via eleita, eis que o *habeas corpus*, remédio constitucional destinado a proteger a liberdade do indivíduo, não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso de apelação, o qual já foi, inclusive, interposto pela defesa do Paciente (folha 76, último parágrafo).

Outrossim, considerando que a via estreita do *habeas corpus* não pode ser utilizada para exame aprofundado do conjunto probatório, bem como que não existe ameaça concreta à liberdade do Paciente, cabe aguardar que a questão objeto deste *writ* seja trazida ao conhecimento desta Corte através do recurso adequado, o que permitirá ampla cognição e valoração da matéria.

Ante o exposto, deixo de conhecer deste *habeas corpus*.

É como voto.

Desembargador Federal **Antonio Ivan Athié**

Relator

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Proferida sentença nos autos da ação penal originária, configura-se

a inadequação da via eleita, eis que o *habeas corpus*, remédio constitucional destinado a proteger a liberdade do indivíduo, não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso de apelação.

2. Inexistindo ameaça concreta à liberdade do Paciente, cabe aguardar que a questão objeto deste *writ* seja trazida ao conhecimento desta Corte através do recurso adequado, o que permitirá ampla cognição e valoração da matéria.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em não conhecer do presente *habeas corpus*, nos termos do Voto do Relator.

Rio de Janeiro, 02 de maio de 2012 (data do julgamento).

Desembargador Federal **Antonio Ivan Athié**
Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

2ª Turma Especializada

Embargos de Declaração: Processo Nº 2011.51.01.802995-0

Embargante: Eduardo Cosentino da Cunha

Embargado: V. Acórdão De Fls. 223

Recorrente: Eduardo Cosentino da Cunha

Recorrido: Francisco Otavio Archila da Costa

Recorrido: Maria Aguida Menezes Aguiar

RELATÓRIO

Embargos de Declaração, opostos por EDUARDO COSENTINO DA CUNHA, em face de Acórdão que negou provimento ao Recurso em Sentido Estrito do querelante para manter a decisão de rejeição da queixa-crime, a teor do art. 395, III, do CPP (falta de justa causa) contra FRANCISCO OTÁVIO ARCHILA COSTA e MARIA AGUIDA MENEZES AGUIAR pela prática dos delitos do art. 138 e 139 (calúnia e difamação), na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Embargos de Declaração de EDUARDO (fls.226/228) alegando omissões, no voto, sobre o momento processual em que se pretende a prova do dolo; sobre o pedido de diligências e sobre o rol das testemunhas; a defesa afirma que *"o momento não é de condenação ou absolvição, mas de mero juízo de admissibilidade da ação privada e, portanto não se exige "segurança"; sustenta que o intuito de ofender, o dolo, deve ser aferido no final da ação, especialmente, porque o querelante requereu diligências relevantes, a saber, solicitação das gravações do inquérito, nas quais de acordo com a nota incriminada, seria chamado de "chefão"*

(o que é mentira) e arrolou testemunhas, no intuito de provar o “animus caliniandi” e “animus difamandi”.

Narra a queixa-crime que a honra de EDUARDO, deputado federal no exercício da função, foi atingida em diversas matérias jornalísticas do jornal “O Globo” entre os dias 21/11/2010 e 27/11/2010. A Sentença de fls. 167/171 decide pela rejeição da queixa-crime, concordando com os argumentos do MPF que afirma: *“as notícias jornalísticas referidas, em momento algum chegam a imputar qualquer fato à pessoa do querelante, cingindo-se, a todo momento, apenas em apontar o envolvimento de “parlamentar do Rio” ou “um deputado federal” ou “senador da República” ou “deputado ou senador”. [...]*

Conclui o juiz: *“De fato, pela análise do conteúdo das notícias veiculadas e da leitura atenta da inicial, observa-se que os termos e expressões que o querelante considera caluniosas e difamatórias à sua pessoa são abstratas, não se podendo afirmar com segurança que foram dirigidas ao autor com o intuito de lhe imputar à prática de crime ou que atentem contra a sua reputação”*

O Voto de fls. 214/220 decidiu pela manutenção da decisão de rejeição da queixa-crime, sob o fundamento de que *“os documentos se restringem às cópias das matérias jornalísticas que, demonstram, claramente, um “animus narrandi” por parte dos jornalistas FRANCISCO e MARIA, no exercício regular de suas funções de informar e esclarecer ao público, em geral, sobre os acontecimentos referentes a agentes públicos e a supostas irregularidades; narram os fatos, sem qualquer intuito de ofender ao recorrente [...], inclusive sequer foi mencionado o nome do querelante; as notícias se referiam a informações de um inquérito policial que envolveria um “deputado federal ou senador da República” ou “parlamentar do Rio”.*

É o Relatório.

Desembargador Federal Messod Azulay Neto

Relator

VOTO

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO AUTOR. QUEIXA-CRIME FORMULADA POR DEPUTADO FEDERAL. CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. ARTS. 138 E 139 DO CP. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU AMBIGUIDADES. EMBARGOS DESPROVIDOS PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO.

I- Embargos de Declaração do autor em face de Acórdão que manteve a rejeição da queixa-crime em relação aos crimes de calúnia e difamação; o embargante alega omissão sobre o pleito de diligência, sobre as testemunhas e sobre o momento em que deve ser apreciado o dolo.

II- No momento da decisão sobre recebimento ou não da queixa-crime, deve ser verificada a prova da materialidade do crime e indícios de autoria; a acusação deve preencher os requisitos do art. 41, do CPP, ser clara, precisa e caracterizar o delito. Ora, conforme explicitado no Voto, a queixa foi inepta, na medida em que não demonstrou os fatos criminosos; o nome do suposto caluniado sequer foi mencionado em notícias que apresentam claramente um “animus narrandi”.

III- O embargante demonstra, na realidade, inconformismo com a decisão de mérito do Colegiado; ora, inexistem omissões, obscuridades ou contradições no Acórdão recorrido; os embargos declaratórios não se prestam à rediscussão de matéria já decidida, portanto im procedem as alegações do Embargante.

IV- Embargos de Declaração do autor desprovidos.

Conforme relatado, trata-se de Embargos de Declaração, opostos por EDUARDO, em face de Acórdão que negou provimento ao recurso do querelante, mantendo a decisão de rejeição da queixa-crime, a teor do art. 395, III, do CPP (falta de justa causa) contra FRANCISCO OTÁVIO e MARIA ÁGUIDA pela prática dos delitos de calúnia e difamação, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Os presentes Embargos não apontam qualquer omissão, contradição ou obscuridade; a defesa demonstra, apenas, seu inconformismo com a decisão do Colegiado. Nos Embargos, o autor alega omissões sobre o

momento processual em que pretende a prova do dolo; sobre o pedido de diligências e sobre o rol das testemunhas.

Ora, ninguém pode ser processado sem uma base mínima de materialidade do crime supostamente praticado, em respeito aos princípios da dignidade humana, devido processo legal, contraditório e ampla defesa; os fatos criminosos devem ser narrados de forma clara, precisa, configurando-se a tipicidade da conduta e os indícios de autoria.

No caso em tela, não poderiam ser apreciados pleitos de diligências ou rol de testemunhas se os acusados apresentaram, em suas matérias jornalísticas, apenas um *“animus narrandi”*, não se configurando a prática de quaisquer crimes.

Insta consignar que o Relator manifestou claramente as motivações de seu convencimento, *in verbis*:

“Não assiste razão ao recorrente, vez que não trouxe elementos capazes de demonstrar a ocorrência do crime, pois os termos e expressões consideradas caluniosas e difamatórias à sua pessoa são abstratas (o nome dele nem é citado, os jornalistas usaram as expressões “deputado federal ou senador da República” e “parlamentar do Rio”); não se pode afirmar com segurança que foram dirigidas ao autor com o intuito de lhe imputar à prática de crime ou que atentem contra a sua reputação; ao contrário apresentam um claro “animus narrandi”.

Ora, todas as alegações dos embargos possuem natureza de inconformismo com a decisão de mérito. Portanto, não assiste razão ao embargante, pois o Acórdão encontra-se fundamentado e completo; de fato, inexistem omissões, obscuridades, ambiguidades ou contradições no decisum recorrido; os embargos declaratórios não se prestam à rediscussão de matéria já decidida.

Face ao exposto, NEGOU PROVIMENTO aos Embargos Declaratórios, mantendo o Acórdão recorrido.

É como Voto.

Desembargador Federal Messod Azulay Neto

Relator

EMENTA

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO AUTOR. QUEIXA-CRIME FORMULADA POR DEPUTADO FEDERAL. CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. ARTS. 138 E 139 DO CP. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU AMBIGUIDADES. EMBARGOS DESPROVIDOS PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. Embargos de Declaração do autor em face de Acórdão que manteve a rejeição da queixa-crime em relação aos crimes de calúnia e difamação; o embargante alega omissão sobre o pleito de diligência, sobre as testemunhas e sobre o momento em que deve ser apreciado o dolo.
2. No momento da decisão sobre recebimento ou não da queixa-crime, deve ser verificada a prova da materialidade do crime e indícios de autoria; a acusação deve preencher os requisitos do art. 41, do CPP, ser clara, precisa e caracterizar o delito. Ora, conforme explicitado no Voto, a queixa foi inepta, na medida em que não demonstrou os fatos criminosos; o nome do suposto caluniado sequer foi mencionado em notícias que apresentam claramente um “animus narrandi”.
3. O embargante demonstra, na realidade, inconformismo com a decisão de mérito do Colegiado; ora, inexistem omissões, obscuridades ou contradições no Acórdão recorrido; os embargos declaratórios não se prestam à rediscussão de matéria já decidida, portanto im procedem as alegações do Embargante.
4. Embargos de Declaração do autor desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO aos Embargos de Declaração do autor da queixa-crime, nos termos do Relatório e Voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 4 de dezembro de 2012 (data do julgamento)

Desembargador Federal **Messod Azulay Neto**
Relator

AGRAVO INTERNO

3ª Turma Especializada

Agravo Interno: Processo Nº 2012.02.01.014275-5

Agravante: Botafogo de Futebol e Regatas

Agravado: Uniao Federal / Fazenda Nacional

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto por BOTAFOGO DE FUTEBOL E REGATAS, em face de decisão de fls. 275/280 que, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso, mantendo a decisão de primeiro grau que deferiu o pedido formulado pela exequente de penhora dos valores relativos ao direito de transmissão televisiva do Executado, referente ao Campeonato Brasileiro de Futebol, no período de 2012 a 2017, limitada ao valor atualizado do crédito tributário exequendo.

Repisa a parte recorrente os mesmos argumentos expostos nas razões do recurso de agravo de instrumento, em síntese, que a penhora da renda advinda das transmissões televisivas seria demasiadamente onerosa e teria um efeito devastador e irreversível para o Botafogo; que estaria sendo violado o artigo 620 do CPC; que a penhora poderia ser efetivada sobre imóvel em que se situa a sede do clube ou mesmo sobre os valores decorrentes da renda oriunda da bilheteria dos jogos em que detiver o mando de campo.

É o relatório. Apresento o feito em mesa para julgamento.

Juiz Federal convocado **Theophilo Miguel**
Relator

VOTO

O Exmo. Juiz Federal Convocado Theophilo Miguel (Relator):

Ab initio, cumpre ressaltar que as decisões monocráticas, fulcradas no art. 557, do CPC, têm por primado maior a economia e a celeridade processual, não obstaculizando, outrossim, o acesso às vias especiais.

Nesta seara, eventual nulidade da decisão monocrática por ofensa ao art. 557 do CPC fica superada quando a questão é reapreciada pelo órgão Colegiado, na via de agravo regimental (Precedentes do STJ).

Ademais, o recurso não merece ser acolhido, vez que, *in casu*, o recorrente não apresentou qualquer subsídio capaz de viabilizar a alteração dos fundamentos da decisão hostilizada. Destarte, persistem firmes os argumentos expostos na decisão monocrática recorrida, *verbis*:

“Importante ressaltar, de início, que trata-se de executivo fiscal proposto pela UNIÃO/FAZENDA NACIONAL em face do agravante, no montante, atualizado até junho de 2012, de R\$ 8.177.028,40 (oito milhões, cento e setenta e sete mil e vinte e oito reais e quarenta centavos).

O dinheiro sempre ocupou o topo da lista de preferência entre os bens penhoráveis, por refletir a máxima efetividade à execução do crédito. Assim, plenamente razoável a decisão do juízo a quo de determinar a penhora dos valores relativos ao direito de transmissão televisiva do Executado referente ao Campeonato Brasileiro de Futebol, no período de 2012 a 2017, limitada ao valor atualizado do crédito tributário exequendo.

Tudo indica que posicionamento adotado na decisão agravada vai ao encontro da orientação firmada no âmbito do TRF-2ª Região. Com efeito, no julgamento do AG 200302010049109 (DJU - Data: 08/05/2008), esta Corte Regional assentou que a penhora referente aos valores relativos ao direito de transmissão televisiva, diferentemente da penhora sobre o faturamento, não é medida excepcional, mas penhora de crédito a ser recebido de terceiro, com fulcro no art. 671 do CPC. A propósito, vale conferir a ementa do citado julgado:

EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO – AUSÊNCIA DE NULIDADE. 1 - A apreensão de parcela de quota-parte de direitos

de transmissão de jogos do Campeonato Carioca de Futebol não constitui medida constritiva sobre faturamento, circunstância que o Superior Tribunal de Justiça só tem admitido excepcionalmente, mas sim penhora de crédito a ser recebido de terceiro, com fulcro no art. 671 do CPC. 2 - Agravo de instrumento improvido. (AG 200302010049109, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::08/05/2008 - Página::177.)

Vale esclarecer, que o princípio da menor onerosidade não pode inviabilizar a satisfação do crédito pelo devedor.

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte Regional, conforme julgado, in verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA POR DIVIDENDOS QUE SERÃO DISTRIBUÍDOS AOS ACIONISTAS DA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 4.357/64. 1-Segundo consta dos autos, a agravada requereu a substituição da penhora incidente sobre um bem imóvel pelos dividendos que serão distribuídos aos acionistas da agravante, cujo montante perfaz a quantia de R\$ 113.167.012,67 (cento e treze milhões, cento e sessenta e sete mil, doze reais e sessenta e sete centavos). A decisão agravada deferiu esse pedido, determinando a penhora do numerário até o montante atualizado da dívida, que é de R\$ 4.038.955,93 (quatro milhões, trinta e oito mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e noventa e três centavos). 2-De acordo com entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do princípio da menor onerosidade na execução deve ser aplicado com bastante cautela e razoabilidade, pois ela se dá, precipuamente, no interesse do credor, sob pena de restar esvaziada a sua efetividade. 3- A penhora em dinheiro constitui meio construtivo apoiado pela legislação processual civil. Na hipótese, caracterizada como está a disponibilidade do numerário em valores suficientes para a cobertura do débito, não há que se falar em execução de modo mais oneroso para a parte executada. 4- O bloqueio de ativos bancários é medida que está em consonância com a instrumentalidade, a celeridade e os fins do processo. Sobretudo porque a eternização de execuções fiscais, assoberbadas de medidas inúteis e pouco pragmáticas, somente prejudica a exequente, desacreditando o próprio Estado, em última análise. 5- O bloqueio de ativos financeiros (até o limite do débito), regulamentado pela Lei nº 11.382/2006, sobre atender à ordem de preferencial de penhora nas execuções fiscais (CPC, art.

655,1), não prescinde da exaustão das diligências para localização de outros bens penhoráveis que não dinheiro. Precedentes do STJ.

6- Desse modo, tendo a agravada comprovado na execução fiscal que a executada está prestes a realizar vultosa distribuição de dividendos a seus acionistas e não sendo esses valores impenhoráveis, não há nenhum óbice à substituição da penhora sobre montante relativo a esses dividendos, observado o cobrado na valor da execução fiscal, até porque há previsão legal expressa (art. 32 da Lei nº 4.357/64), impedido às empresas em débito para com a União, por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição, a: 1) distribuírem bonificações a acionistas; ou 2) darem ou atribuírem participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos.

7- A decisão que determinou a penhora sobre os valores relativos aos dividendos a serem distribuídos aos acionistas é expressa no sentido de limitar a penhora ao limite do débito discutido na execução fiscal. Desse modo, como o montante dos dividendos é muito superior ao valor do débito, a Agravante poderá distribuir dividendos (o valor restante) após a consolidação da garantia da execução fiscal.

8- Não há que se falar em nulidade da decisão agravada, por não ter sido dada a oportunidade a agravante de se manifestar acerca da substituição da penhora, uma vez que, como o prazo para a realização da distribuição de dividendos estava bastante próximo (fls. 142), se o pleito não fosse deferido de plano, perderia o seu objeto, de modo que, na hipótese, a possibilidade de contraditório ficou postergada para quando a executada tivesse ciência da medida constritiva judicial, podendo, então, impugná-la diretamente em 1.º Grau ou em sede recursal, como o fez neste caso.

9- Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado. (AG 201102010070776, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::23/09/2011 - Página::150/151.)

Como bem salientado pelo magistrado de primeiro grau, o imóvel dado em garantia pelo Executado possui diversas outras penhoras sobre ele, o que dificulta sua alienação em leilão, além de não ser suficiente para garantir os débitos exequendos.

No mais, à luz da nova sistemática processual, penso que a concessão de provimento judicial, em sede de agravo de instrumento, somente se mostra cabível nas situações claras de fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação (art. 527, II, CPC).

O Código de Processo Civil pátrio definiu alguns instrumentos jurídico-processuais, vocacionados à promoção da plena efetividade das tutelas jurisdicionais e a garantir aos jurisdicionados o gozo e o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica. Tal construção legal tem como razões principiológicas a própria concepção do Estado de Direito, cuja existência jurídica implica o “monopólio” da jurisdição e, por outro lado, o dever de prestá-la, nos termos como previsto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

Nessa medida, se a ordem jurídica confere ao juiz monocrático um amplo e rico espaço de formulação de medidas judiciais, propiciando-lhe um extenso espaço para que possa se desincumbir, com eficiência, de seu munus de prestar a jurisdição de forma ágil e bastante eficaz – qualidades essas de inexorável valor para a sociedade –, mostra-se contraproducente, por se tratar justamente de medida de urgência, possa esse instrumento jurídico-processual ser embargado por intermédio de uma reavaliação dos mesmos fatos jurídicos ainda que por outro órgão jurisdicional de grau superior.

Tal reavaliação, em sede de recurso, mostra-se cabível apenas quando se tratar de situação jurídica de manifesta excepcionalidade, evidenciada por fundado receio de grave dano de difícil reparação recorrente dos efeitos da decisão judicial impugnada ou em casos de flagrante decisão teratológica, o que não ocorreu in casu.

Conclusão

Posto isso, nego seguimento ao presente agravo de instrumento, nos termos dos artigos 527, I e 557, caput, do CPC.”

Destarte, verifica-se que o recorrente não apresentou novos argumentos capazes de ensejar um juízo de retratação, pelo que é de se manter a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Juiz Federal convocado **Theophilo Miguel**
Relator

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DOS VALORES RELATIVOS AO DIREITO DE TRANSMISSÃO TELEVISIVA. POSSIBILIDADE. NÃO CONSTITUI MEDIDA EXCEPCIONAL. RECURSO DESPROVIDO.

- Não merece acolhida recurso de agravo interno onde o recorrente não apresenta qualquer subsídio capaz de viabilizar a alteração dos fundamentos da decisão hostilizada, persistindo, destarte, imaculados e impassíveis os argumentos nos quais o entendimento foi firmado.
- O dinheiro sempre ocupou o topo da lista de preferência entre os bens penhoráveis, por refletir a máxima efetividade à execução do crédito. Assim, plenamente razoável a decisão do juízo *a quo* de determinar a penhora dos valores relativos ao direito de transmissão televisiva do Executado, referente ao Campeonato Brasileiro de Futebol.
- A penhora dos valores relativos ao direito de transmissão televisiva, diferentemente da penhora sobre o faturamento, não é medida excepcional, mas penhora de crédito a ser recebido de terceiro, com fulcro no art. 671 do CPC. Precedentes desta Corte Regional.
- Destarte, deve ser mantida a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.
- Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2012 (data do julgamento).

Juiz Federal convocado **Theophilo Miguel**
Relator

APELAÇÃO CÍVEL

4ª Turma Especializada

Apelação Cível: Processo Nº 2004.51.01.503059-6

Apelante: Uniao Federal / Fazenda Nacional

Apelado: Ramos Peixoto Comercio e Distribuição de Generos Alimenticios LTDA
- Massa Falida

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por UNIÃO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL em face da sentença que extinguiu a execução fiscal por falta de interesse de agir.

O juiz, tendo ocorrido o encerramento da falência sem a quitação do débito, entendeu que nada mais poderia se exigir da massa falida e como não se poderia responsabilizar os sócios, também não seria possível sobrestar o feito executivo para diligenciar neste sentido. Sendo assim extinguiu o feito por falta de interesse.

Em recurso de fls 44/55, a apelante alega que é possível o redirecionamento da execução para os sócios com a finalidade de restringir seu patrimônio particular, diante da impossibilidade de se obter respaldo em bens da empresa devedora, até o limite total do crédito em execução, em decorrência do encerramento do processo falimentar, sem a respectiva quitação do débito fiscal.

Sem Contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADORA FEDERAL LANA REGUEIRA – Trata-se de apelação em face da sentença que extinguiu a execução fiscal por falta de interesse de agir.

O cerne da questão gravita em torno da possibilidade de se suspender a execução e redirecionar o feito para o sócio-gerente após o encerramento da falência.

Inicialmente cumpre esclarecer que, quanto ao redirecionamento, é somente admitido nos termos do art. 135, III, do CTN, quando há início de prova de que este agiu com excesso de mandato ou infringência à lei ou estatuto, não decorrendo da simples inadimplência no recolhimento de tributos, como no caso dos autos.

Assim, inexistindo bens da massa falida, uma vez que a falência restou encerrada, não é possível o redirecionamento do feito, posto que não estão presentes os requisitos legais.

O entendimento jurisprudencial acerca do redirecionamento é que é configurada a responsabilidade dos administradores da sociedade nas hipóteses em que esta é dissolvida de forma irregular.

Neste caso particular em análise, a dissolução ocorreu em virtude de falência, o que não acarreta a suposição de que houve irregularidade na dissolução.

Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. OFENSA AO ARTIGO 535, II, DO CPC. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO REGIONAL. SUMULA N. 283/STF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS. ART. 13 DA LEI 8.620/93. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. SUSPENSÃO DO EXECUTIVO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE, IN CASU. 1. Incide a Súmula 211/STJ caso a matéria federal tida por ofendida não tenha sido ventilada no aresto a quo recorrido, a despeito da oposição dos embargos declaratórios. 2. Não há violação do art. 535 do CPC quando o decisório decide de forma clara, integral e suficientemente fundamentada a lide, não configurando omissão a adoção de tese diversa daquela defendida

pela parte. 3. A falta de impugnação de fundamento do acórdão combatido, capaz de, por si só, manter o aresto, atrai a incidência da Súmula 283/STF. 4. Mesmo em se tratando de débitos para com a Seguridade Social, a responsabilidade pessoal dos sócios só existe quando presentes as condições estabelecidas no art. 135, III, do CTN, o que não ocorreu na espécie. 5. É cediço que a insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal não autoriza a suspensão da execução, a fim de que se realize diligência no sentido de se verificar a existência de co-devedores do débito fiscal, que implicaria apurar a responsabilidade dos sócios da empresa extinta correção da extinção do executivo fiscal na hipótese de encerramento do processo falimentar sem resíduo de bens. 6. Agravo regimental não provido.

(STJ - AGRESP 200700345258 – Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES – Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA – Fonte: DJE DATA:05/08/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. FALÊNCIA. 1. É possível o redirecionamento da execução para pessoa que não conste na certidão de dívida ativa, por força do art. 568, inciso V, do Código de Processo Civil, sendo necessário, porém, que a causa para tal redirecionamento esteja prevista nas hipóteses de responsabilização previstas no direito material. Precedentes do STJ. 2. Quanto às obrigações tributárias, existe hipótese de responsabilização dos sócios por dívidas da empresa prevista no art. 135 do CTN. É, porém, dependente do estabelecimento de uma causalidade entre o débito tributário surgido e alguma conduta do sócio-gerente no sentido da prática dos atos estipulados no artigo (atos com infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto). Precedentes do STJ. 3. Entende-se configurada a responsabilidade dos administradores da sociedade nas hipóteses em que esta é dissolvida de forma irregular. Nos casos de quebra da sociedade, não há a inclusão automática dos sócios. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. 4. Agravo de instrumento improvido.

(TRF2 - AG 200902010065373 – Relator: Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES – Órgão Julgador: QUARTA TURMA ESPECIALIZADA – Fonte: E-DJF2R - Data::30/03/2010 - Página::133)

O processo falimentar é uma forma regular de dissolução da sociedade, que não comporta a aplicação das normas dos artigos 134 e 135 do CTN, assim, decretada a falência, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.

Portanto, tendo ocorrido o encerramento da falência, sem a quitação do débito, nada mais há que se exigir da massa falida. Para que se efetive o redirecionamento do feito há necessidade de início de prova de excesso de mandato ou violação à lei ou ao contrato social ou ao estatuto (art. 135 do CTN), conforme entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o inadimplemento do tributo não constitui infração à lei, a ensejar a responsabilidade solidária dos sócios, ainda que tenham exercido a gerência da empresa.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inexistindo bens da massa falida, uma vez que a falência restou encerrada, não é possível o redirecionamento do feito, posto que não estão presentes os requisitos legais.
2. O processo falimentar é uma forma regular de dissolução da sociedade, que não comporta a aplicação das normas dos artigos 134 e 135 do CTN, assim, decretada a falência, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato

eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.

3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

A quarta turma especializada do tribunal regional federal da 2ª região, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro,

Desembargadora Federal **Lana Regueira**
Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5ª Turma Especializada

Apelação Cível: Processo Nº 2010.51.01.022409-1

Apelante: Vectro Oil Distribuidora de Combustíveis Ltda

Apelado: Agência Nacional do Petróleo, Gas Natural e Biocombustíveis - ANP

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação, interposto por VECTRO OIL DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA., em sede de ação ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, contra a sentença (fls. 156/158), que julgou improcedente o pedido de declaração de insubsistência do Auto de Infração n. 259689, ao fundamento de que ao Poder Judiciário é defeso adentrar no mérito administrativo, cabendo-lhe tão-somente a análise da regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Em suas razões (fls. 02 e ss.), a apelante, sociedade comercial distribuidora de combustíveis, argumenta ter sofrido autuação indevida, uma vez que a ANP lhe exigira a prestação de informações que eram apenas cobradas das pessoas jurídicas inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS, não sendo àquela época, ainda, parte integrante deste rol; que, conforme os documentos juntados com a petição inicial, comprovou a concessão da Inscrição Estadual somente aos 07/05/2009, enquanto que a autuação fora realizada aos 09/01/2008; que resta claro o fato de a autora ter sido autuada enquanto ainda não estava autorizada a comercializar, não havendo a obrigação ao atendimento de normas exclusivamente determinantes de procedimento por empresas em funcionamento, relativas a dados de volumes de compra-e-venda – por inexistentes.

A AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO – ANP, por sua vez, em contrarrazões (fls. 171 e ss.), alegou que a suposta falta de atividade operacional foi devidamente analisada no curso do procedimento administrativo, no sentido de que, mesmo a suposta falta de atividade operacional não afasta a obrigação de entrega do Demonstrativo de Produção e Movimentação de Produtos, na forma prevista no art. 1º, inciso II e art. 2º, da Resolução ANP n. 17/2004.

O Ministério Público Federal, em sua quota de fls. 182/187, opinou pelo desprovimento do recurso, ao fundamento de que “a autorização outorgada para a atividade de distribuição de combustíveis é válida em todo o território nacional, não merecendo prosperar a alegação da Recorrente de que, à data da autuação, não estava inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS (Inscrição Estadual) e que, por isso, não era ainda parte integrante das empresas abrangidas pela legislação aplicada pela ANP” (fl. 186).

Este é relatório. Peço inclusão em pauta.

Desembargador Federal **Aluísio Gonçalves de Castro Mendes**
Relator

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

No mérito, cinge-se a controvérsia à verificação da nulidade do Auto de Infração n. 259969, lavrado contra a recorrente, sociedade comercial distribuidora de combustíveis, pela falta de apresentação tempestiva de informações referentes aos meses de março a setembro de 2007, por meio do Demonstrativo de Produção e Movimentação de Produtos – DPMP-SIM, nos termos previstos na Resolução ANP n. 17/04 e no art. 8º, inciso XVII, da Lei 9.478/97, resultando na cominação de multa, no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

A AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP, implantada pelo , é o órgão regulador das atividades que integram a indústria do petróleo e gás natural e a dos biocombustíveis no Brasil. É uma autarquia federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia e responsável

pela execução da política nacional para o setor energético do petróleo, gás natural e biocombustíveis, de acordo com a Tem, por atribuições: (i) regular: estabelecer regras por meio de portarias, instruções normativas e resoluções, para o funcionamento das indústrias e do comércio de óleo, gás e biocombustíveis; (ii) contratar: promover licitações e assinar contratos em nome da União com os concessionários em atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, e autorizar as atividades das indústrias reguladas e (iii) fiscalizar: fazer cumprir as normas nas atividades das indústrias reguladas, diretamente ou mediante convênios com outros órgãos públicos¹.

Assim dispõe o art. 8º, inciso XVII, da Lei 9.478/97, *expressis verbis*:

“Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

(...)

XVII - exigir dos agentes regulados o envio de informações relativas às operações de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação;”

Já a Resolução ANP n. 17/04, por sua vez, especifica tal exigência, sem qualquer menção – em referência ao caso *sub examine* – à obrigatoriedade de inscrição estadual, para fins de recolhimento de ICMS, como se deduz do texto normativo ora colacionado, *verbis*:

“Art. 1º Os agentes a seguir relacionados ficam obrigados a enviar à ANP informações mensais sobre as suas atividades, em conformidade com o disposto nesta Resolução:

I - produtores de derivados de petróleo, derivados de gás natural ou de derivados de xisto;

II - distribuidoras de derivados de petróleo, de derivados de gás natural, de derivados de xisto e demais combustíveis;

III - agentes autorizados a operar dutos e terminais;

¹ Informações disponíveis na homepage www.anp.gov.br, acessada em 27/09/2012.

IV - empresas de comércio exterior;

V - coletores, rerrefinadores ou coletores-rerrefinadores de óleo lubrificante;

VI - transportadores-revendedores-retalhistas; e

VII - todo e qualquer agente econômico autorizado ou não pela ANP, à exceção dos já citados nos incisos anteriores, que seja responsável por atividades de importação, exportação, produção, processamento, movimentação, transporte e transferência, armazenamento e distribuição de petróleo, de qualquer derivado de petróleo, de gás natural ou de xisto, bem como de quaisquer outros produtos regulados pela ANP.

§ 1º Os agentes relacionados neste artigo que utilizam a Nota Fiscal Eletrônica ficam obrigados a preencher o Campo 29 da TABELA 2 - REGISTRO DA MOVIMENTAÇÃO, item 4.2 do Regulamento Técnico ANP nº 1/2004 nominado de "Chave de acesso da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e)" com o campo numérico utilizado para identificar a NF-e de forma inequívoca, conforme definido na versão mais atual do Manual de Integração do Contribuinte, disponível no Portal Nacional da NF-e (), e os Campos 18 e 19 da referida tabela, com o número "0000000" e "00", respectivamente.

§ 2º Os agentes relacionados neste artigo que não utilizam a Nota Fiscal Eletrônica ficam obrigados a preencher todos os dígitos do Campo 29 da TABELA 2 - REGISTRO DA MOVIMENTAÇÃO, item 4.2 do Regulamento Técnico ANP nº 1/2004 nominado de "Chave de acesso da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e)" com o número "0", preenchendo normalmente os Campos 18 e 19 da referida tabela.

§ 3º O preenchimento do formulário nos termos dos §§ 1º e 2º supra com as informações solicitadas deverá se iniciar no mês de setembro de 2010, até seu 15º dia, relativo ao mês vencido de agosto de 2010, nos termos do art. 2º.

Art. 2º. As informações de que trata o art. 1º devem ser enviadas mensalmente à ANP, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente com os dados apurados no mês vencido, por meio do arquivo eletrônico "Demonstrativo de Produção e Movimentação de Produtos - DPMP", que está disponível no sítio da ANP -.

Parágrafo único. Os procedimentos para o preenchimento e a

remessa do DPMP estão contidos no Regulamento Técnico ANP - Nº 1/2004, anexo a esta Resolução.

Art. 3º. As instruções e os arquivos com codificações necessárias ao preenchimento do DPMP estão disponíveis no sítio da ANP -, os quais serão atualizados periodicamente.

Art. 4º. As informações que nos termos da presente Resolução serão fornecidas pelos agentes econômicos regulados terão sua integridade, confidencialidade e disponibilidade garantidas conforme as normas, procedimentos e controles da ANP, com base no estrito cumprimento, pela Agência, da legislação aplicável.

Das Penalidades

Art. 5º. O não-cumprimento das determinações contidas na presente Resolução sujeita o infrator a multa, suspensão temporária, total ou parcial de funcionamento, cancelamento de registro e a revogação de autorização nos termos que dispõe a Lei nº , de 26 de outubro de 1999, ou de legislação que venha a substituí-la, bem como de disposições legais aplicáveis à época da infração.”

A par do recorrente entendimento jurisprudencial, no sentido da impossibilidade de incursão, pelo Poder Judiciário, no mérito do ato administrativo, limitando-se à atuação no campo da regularidade do procedimento (*due process of law*)², há que se ponderar sobre a aplicação irrestrita do mencionado precedente a toda e qualquer demanda judicial, sob pena de se violar o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Com efeito, já nos foi dada a oportunidade de discorrer sobre o tema, à luz do princípio do acesso à Justiça, em que, valendo-nos de PONTES DE MIRANDA, salientamos que as pessoas e instituições, em geral, encontram-se vinculadas pela norma, a qual pode ser, invocada, inclusive em face do próprio Poder Judiciário, seja na sua atividade administrativa, normativa ou jurisdicional³. *A fortiori*, da Administração Pública Direta e Indireta.

² Precedentes do STJ: MS 16.530/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 30/06/2011; RMS 22.567/MT, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/05/2011; AgRg no MS 15.603/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 04/05/2011; RMS 32.910/SP, Informativo 487, de 7 a 18/11/2011; MS 11.053/DF, Rel. DFC VASCO DELLA GIUSTINA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2012, DJe 31/08/2012.

³ Dicionário de Princípios Jurídicos. TORRES, R. L.; TAKAOKA, E. T.; GALDINO, F. (org.). Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional à Luz do Acesso à Justiça. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Elsevier: Rio de Janeiro, 2011; p. 597.

Há que se analisar, casuisticamente, a subsunção da norma à hipótese fática, sem que tal proceder afaste-se de uma verdadeira verificação da legalidade do ato administrativo. É dizer: nos casos *contra* ou *praeter legem*, desprovidos de proporcionalidade, é razoável que o Poder Judiciário anule o ato administrativo, na esteira do que preconiza a teoria dos motivos determinantes: o motivo há de ser legal, verdadeiro e compatível com o resultado, de modo a conferir validade ao ato⁴.

Elucidativos são os precedentes do c. STF, sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade e da inafastabilidade da prestação jurisdicional, em casos semelhantes, *expressis verbis*:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA MENOS SEVERA. O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem como custos legis (art. 10 da Lei nº 1.533/51), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança. Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, e 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92. Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de todas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento inoportável na via estreita do writ, conforme assentou o acórdão recorrido. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (g.n., RMS 24901, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2004, DJ 11-02-2005 PP-00013 EMENT VOL-02179-01 PP-00135 RIP v. 6, n. 29, 2005, p. 361-364 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 90-96 RDA n. 240, 2005, p. 310-313 RTJ VOL-00194-02 PP-00590)

⁴ HC 141925/DF, Ministro Teori Zavascki, 14/04/2010: “*HABEAS CORPUS*. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, DETERMINANDO A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL EM RAZÃO DE SUA CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DO FUNDAMENTO. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, SEGUNDO A QUAL A VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, AINDA QUE DISCRICIONÁRIO, VINCULA-SE AOS MOTIVOS APRESENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. INVALIDADE DA PORTARIA. ORDEM CONCEDIDA.”

"[mutatis mutandis] (...) O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua "contra legem" ou "praeter legem", não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)". Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul. Reconhecimento de situação configuradora do "periculum in mora". Medida cautelar deferida."

(g.n., ACO-QO 1048, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 30/08/2007, publicado em 31/10/2007, Tribunal Pleno)

"Agravamento regimental no agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Princípios da ampla defesa e do contraditório. Ofensa reflexa. Prequestionamento. Ausência. Controle judicial. Ato administrativo. Possibilidade. Precedentes. (...) 4. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos. 5. Agravo regimental não provido.

(STF, AI 596830 AgR/S, Min. DIAS TOFFOLI, D. J. 07/02/2012)

Adequando-se a fundamentação ao caso em concreto, verifica-se, a princípio, pela cópia do procedimento administrativo n. 48610.000517/2008-11 juntada aos autos (fls. 33/48), a obediência às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Na hipótese fática, verifica-se, pela leitura dos dispositivos legais pertinentes, inexistir obrigação legal, para fins de fiscalização pela ANP, de inscrição na Receita Estadual. Este ponto diz respeito, tão-somente, à regularidade da sociedade comercial perante a Fazenda Pública, e não pode ser alegado para o descumprimento de obrigações outras impostas pela Administração.

Veja-se, com efeito, que a recorrente inscreveu-se no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica sob o nº. 03.608.910/0001-40, em 25 de maio de 2001, descrevendo como atividade econômica principal o "comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo,

exceto lubrificantes, não realizado por transportador retalhista (T. R. R.)” – cf. fl. 21. Causa, no mínimo, estranheza, o fato de somente ter providenciado e obtido a Inscrição Estadual perante o Estado de Minas Gerais em 2009 (fl. 105), oito anos após o seu registro perante a Receita Federal.

Observou, ainda, a ANP que: “o fato da empresa não ter a inscrição estadual em determinado ente da federação não afeta as obrigações de envio de dados à ANP, pois a autorização outorgada para a atividade de combustíveis tem validade em todo o território nacional, podendo a pessoa jurídica atuar em outros estados” (fl. 65). Ressalta-se, outrossim, que a obrigação de prestar informações relativas à produção, armazenamento e distribuição de combustível independe da quantidade de produto movimentado: é dizer, mesmo na inexistência deste, a obrigação de envio formal do DPMP persiste.

Ao se analisar o art. 5º da Resolução ANP n. 17/04, constata-se ter sido aplicada, ao caso, pela falta de apresentação tempestiva de informações, a penalidade menos gravosa dentre as previstas⁵, qual seja, multa, em valor fixado consoante a seguinte fundamentação:

“Contemplando a documentação juntada aos autos e considerando ser a atuada uma Distribuidora, cujo Capital Social mínimo exigido é de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), considera-se a aplicação do valor mínimo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto no inciso XIX, do artigo 3º, da Lei n. 9.847/99, acrescido de 100% (cem por cento) em face da capacidade econômica da atuada, suficiente para atender às funções repressiva e preventiva da norma.” (fl. 110)

Não se mostra, portanto, desproporcional o ato impugnado.

Por fim, saliente-se que o auto de infração, como ato administrativo que é, goza da presunção de veracidade e legitimidade do seu conteúdo, verdadeira prerrogativa do Poder Público, dentre outras que o colocam em posição de supremacia sobre o particular, não tendo o ora recorrente logrado infirmá-lo, nas palavras de Di Pietro:

“A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presume-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com

⁵ “(...) multa, suspensão temporária, total ou parcial de funcionamento, cancelamento de registro e a revogação de autorização nos termos que dispõe a Lei 9.847, de 26 de outubro de 1999.”

observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública⁶

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal **Aluísio Gonçalves de Castro Mendes**
Relator

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. CONTROLE JURISDICIONAL. ATO ADMINISTRATIVO. MÉRITO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. SANÇÃO. HIPÓTESE FÁTICA. SUBSUNÇÃO À NORMA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DESPROVIMENTO.

Cinge-se a controvérsia à verificação da nulidade do Auto de Infração n. 259969, lavrado contra a recorrente, sociedade comercial distribuidora de combustíveis, pela falta de apresentação tempestiva de informações referentes aos meses de março a setembro de 2007, por meio do Demonstrativo de Produção e Movimentação de Produtos – DPMP-SIM, nos termos previstos na Resolução ANP n. 17/04 e no art. 8º, inciso XVII, da Lei 9.478/97, resultando na cominação de multa no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

A par do recorrente entendimento jurisprudencial, no sentido da impossibilidade de incursão, pelo Poder Judiciário, no mérito do ato administrativo, limitando-se à atuação no campo da regularidade do procedimento (*due process of law*), há que se ponderar sobre a aplicação irrestrita do mencionado precedente a toda e qualquer demanda judicial, sob pena de se violar o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Deve-se analisar, casuisticamente, a subsunção da norma à hipótese fática, sem que tal proceder afaste-se de uma verdadeira verificação da legalidade do ato administrativo. É dizer: nos casos *contra* ou *praeter legem*,

6 Direito Administrativo. 22ª Ed. Atlas: São Paulo, 2009. PP. 197-198.

desprovidos de proporcionalidade, é razoável que o Poder Judiciário anule o ato administrativo, na esteira do que preconiza a teoria dos motivos determinantes: o motivo há de ser legal, verdadeiro e compatível com o resultado, de modo a conferir validade ao ato.

Adequando-se a fundamentação ao caso em concreto, inexistente obrigação legal, para fins de fiscalização pela ANP, de inscrição na Receita Estadual. Este ponto diz respeito, tão-somente, à regularidade da sociedade comercial perante a Fazenda Pública, e não pode ser alegado para o descumprimento de obrigações outras impostas pela Administração. A obrigação perante a ANP de prestar informações relativas à produção, armazenamento e distribuição de combustível independe da quantidade de produto movimentado: é dizer, mesmo na inexistência deste, o dever de envio formal do Demonstrativo de Produção e Movimentação de Produtos - DPMP persiste.

Ao se analisar o art. 5º da Resolução ANP n. 17/04, constata-se ter sido aplicada, ao caso, pela falta de apresentação tempestiva de informações, a penalidade menos gravosa dentre as previstas, qual seja, multa, em valor fundamentado, não se mostrando desproporcional o ato impugnado.

O auto de infração, como ato administrativo que é, goza da presunção de veracidade e legitimidade do seu conteúdo, verdadeira prerrogativa do Poder Público, dentre outras que o colocam em posição de supremacia sobre o particular, não tendo o ora recorrente logrado infirmá-lo.

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do Relatório e do Voto, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Rio de Janeiro, 16 de outubro de 2012. (data do julgamento).

Desembargador Federal **Aluísio Gonçalves de Castro Mendes**
Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

6ª Turma Especializada

Agravo de Instrumento: Processo Nº 2012.02.01.010593-0

Agravante: Linda Brandão Dias

Agravado: Ministério Público Federal

RELATÓRIO

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Linda Brandão Dias contra decisão interlocutória, proferida pelo juízo da 3ª vara federal de Volta Redonda da seção judiciária do Rio de Janeiro (fls. 24/38), no bojo da “*AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA*” (sic) proposta pelo Ministério Público Federal – “MPF” – em face da agravante e dos Srs. Carlos Alberto dos Santos Ávila Castro, Luiz Antônio dos Santos Ávila Castro e Hércules Anton de Almeida, que deferiu a medida liminar pleiteada pelo MPF para determinar indisponibilidade dos bens da agravante, nos seguintes termos, *in verbis*:

“Ante o exposto e o que mais consta dos autos, DEFIRO, EM PARTE, A LIMINAR requerida pelo Ministério Público Federal para DECRETAR A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA RÉ LINDA BRANDÃO DIAS até o montante de R\$ 668.554,50 (seiscentos e sessenta e oito mil, quinhentos e cinqüenta e quatro reais e cinqüenta centavos) e do réu LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS ÁVILA CASTRO, até o montante de R\$ 153.541,36 (cento e cinqüenta e três mil, quinhentos e quarenta e um reais e trinta e seis centavos) e, por consequência, determinar, conforme requerido e a fim de operacionalizar as necessárias medidas constritivas:

a) A expedição de ofício à Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro solicitando seja determinado a todas as serventias e cartórios que informem a este Juízo, no prazo de 10 (dez) dias, a existência de bens imóveis em nome dos réus em epígrafe, abstendo-se de registrar qualquer ato de alienação dos mesmos;

b) A comunicação ao Banco Central do Brasil, pelo Sistema BACENJUD, a fim de que notifique as instituições financeiras nas quais tais réus mantêm movimentação financeira, a fim de que sejam indisponibilizados, a fim de que não sejam resgatadas e transferidas sob qualquer forma, as quantias depositadas em contas correntes e aplicações financeiras por ela mantidas;

c) A expedição de ofício à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, para que informe a existência de ações, quotas, ou participações societárias de qualquer natureza em nome de referidos réus, abstendo-se de registrar qualquer alienação nas mesmas; e,

d) A expedição de ofício ao DETRAN, para que não proceda à transferência da propriedade de veículos pertencentes aos 1º. e 3º. réus, indicando-se a esse Juízo a relação dos mesmos.”

(Fls. 37/38)

2. Nesse ponto, vale esclarecer que a presente ação coletiva foi proposta pelo *Parquet* Federal em face da agravante, aduzindo, em síntese e nos termos de sua petição inicial (fls. 178/232) e da emenda de sua petição inicial (fls. 248/264)¹, que a agravante, no exercício de seu cargo de magistrada da Justiça do Trabalho, dentre outras irregularidades: (i) teria prestado atividade jurisdicional em processos judiciais, em que se encontrava com vício de suspeição, atentando contra regras processuais para fins de favorecimentos pessoais; (ii) teria prestado atividade jurisdicional em reclamação trabalhista, desobedecendo à ordem administrativa de afastamento emanada da Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região, buscando atender a interesses pessoais dela própria e dos demais réu-agravados, com quem mantém vínculos familiares e pessoais; (iii) teria criado um esquema fraudulento no processo de liquidação judicial da empresa “Viação Agulhas Negras Ltda.”, no qual atua como juíza competente, eis que teria nomeado, em clara conduta de nepotismo,

¹ Emenda à petição inicial determinada em juízo preliminar de admissibilidade desta ação coletiva, conforme decisão de fls. 234/246

o seu companheiro (o Sr. Carlos Alberto dos Santos Avila Castro – 2º réu) para exercer o *munus* público de administrador judicial da sociedade liquidanda, e, ainda, o seu cunhado (o Sr. Luiz Antonio dos Santos Ávila Castro – 3º réu) e o seu advogado pessoal (o Sr. Hércules Anton de Almeida – 4º réu) como auxiliares daquele administrador judicial, inclusive com o pagamento de prestações pecuniárias desnecessárias e incompatíveis com tais funções públicas e, pior, descumprindo decisões judiciais, emanadas de diversas outras reclamações trabalhistas que determinavam a reserva de crédito, no patrimônio da sociedade liquidanda, para o pagamento de verbas trabalhistas e indenizatórias de diversos empregados da empresa; (iv) teria incrementado, ilicitamente, seu patrimônio a partir deste esquema fraudulento no processo de liquidação extrajudicial, eis que, através dele, conseguiria obter benefícios, vantagens e favores econômicos com todos os particulares, nele, envolvidos; e (v) determinado a constrição patrimonial, via sistema BACEN-JUD, dos ativos financeiros do Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro (“DETRO”), entidade pública totalmente estranha ao processo de liquidação judicial (“Viação Agulhas Negras Ltda.”), objetivando compensar o “rombo” do patrimônio da empresa, em razão do esquema fraudulento com o desvio de dinheiro em prol da agravante e dos demais réu-agravados, para fins de pagamento das dívidas daquela sociedade, o que denotaria a atuação da agravante como se fosse a verdadeira administradora e liquidante da empresa em atuação estranha à jurisdição imparcial a que estava investida na qualidade de juíza do trabalho.

3. Neste contexto fático, então, o MPF, após descrever os fatos acima sintetizados com minudências, tipifica a conduta da agravante da seguinte forma: (i) quanto ao item *“3.1 Liquidação judicial presidida pela requerida – Juíza do Trabalho: indicação de seu companheiro como administrador judicial e contratação de seu cunhado para exercer funções na empresa”* (fls. 190/201), que *“Desta forma, em relação aos fatos ilícitos descritos neste item, a conduta praticada pela ré Linda Brandão Dias caracteriza ato de improbidade administrativa do que dispõem o artigo 9º da Lei 8.429/92, segundo o qual ‘constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta*

lei' e o artigo 11, caput, da Lei 8.429/92, segundo o qual 'Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições" (fl. 200); (ii) quanto ao item "3.2) Da atuação da magistrada em processos judiciais cujo patrocínio e interesse pessoal envolveriam seu advogado particular" (fl. 201/207), que "Verifica-se que também, aqui, a conduta praticada pela ré Linda Brandão Dias caracteriza ato de improbidade administrativa, enquadrado nos moldes do que dispõem o art. 9º, caput e artigo 11, ambos da Lei 8.429/92." (fl. 207); (iii) quanto ao item "3.3 - Atuação irregular da demandada no processo judicial n.º 1526-2007-341-01-00-1 - Descumprimento da decisão de afastamento proferida pela Corregedoria Regional do TRT da 1ª Região - RC 4513-2007-000-01-00-9" (fls. 207/213), que "Como se vê, todo agente público, seja ele magistrado ou não, tem o dever jurídico de observar os preceitos regentes da legalidade e da moralidade, de modo que, ao deixar de cumprir uma decisão judicial 'superior', estará incorrendo na conduta típica descrita pelo art. 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa." (fl. 212); (iv) quanto ao item "3.4 - Recebimento ilegal de dádivas pela requerida: obra em residência da ré financiada por advogado com fins escusos" (fls. 213/216), que "Nesse aspecto, infere-se que a conduta da primeira ré, Linda Brandão Dias e do quarto réu, Hércules Anton de Almeida, enquadram-se no que dispõe o art. 9º, caput, I da Lei 8.429/92." (fl. 216); e (v) quanto ao item "3.5 - Da execução incidental ex officio com o posterior bloqueio e penhora de numerário de entidade pública estranha à lide determinada pela requerida para o pagamento de dívidas de da empresa Viação Agulhas Negras no processo n.º 00237-2006-341-01-00-9" (fls. 216/220), que "A atuação que se espera de um magistrado é aquele agir que esteja em estrita obediência aos preceitos legais e morais. Sob o falso manto da defesa social, aquela juíza extrapolou a competência material, e, além disso, praticou atos que violam a sistemática processualística (arresto de bens públicos ex officio), sem falar nas ordens de levantamento do numerário mesmo após a reforma da decisão proferida em instância superior que determinou sua suspensão, ao arrepio da lei, configurando-se, mais uma vez, o enquadramento da narrada conduta ao que dispõe o art. 11, I, da Lei 8.429/92." (fl. 220)

4. Destarte, o MPF realiza os seguintes pedidos, com relação à agravante

(Sra. Linda Brandão Dias): (i) a título de medida cautelar e nos termos da emenda de sua petição inicial (fls. 248/264), "*o pedido liminar de indisponibilidade de bens e valores utilizando-se os novos parâmetros abaixo indicados [...] a) 1ª Requerida Linda Brandão Dias: a.1 – o valor a ser considerado indisponível corresponde à soma de R\$92.600,00 (valor do enriquecimento ilícito propiciado a outrem e a ela, indiretamente, em razão dos ganhos auferidos por seu companheiro) e R\$38.385,34 (valor do enriquecimento ilícito propiciado a outrem e a ela, indiretamente, em razão dos ganhos auferidos por seu cunhado, correspondente a R\$2.000,00 {RPA recebido – fl. 469} e salário recebido de 18.01.2007 a 07.07.2008), totalizando R\$130.985,34; e a multa civil correspondente a R\$392.956,02 (três vezes o valor do acréscimo patrimonial, conforme o art. 12, I, da Lei 8.429/92), perfazendo o total relativo à indisponibilidade de bens de R\$523.941,36 (quinhentos e vinte e três mil, novecentos e quarenta e um reais e trinta e seis centavos); a.2- o valor corresponde R\$668.554,50 (seiscentos e sessenta e oito mil e quinhentos e cinqüenta e quatro reais e cinqüenta centavos), com base na multa civil por ato de improbidade administrativa pela prática de atos atentórios aos princípios da Administração Pública previstos no art. 11 da Lei 8.429/92 (30 vezes o salário por ela percebido, na forma do art. 12, III, Lei 8.429/92) [...] Totalizando a quantia a ser considerada indisponível o valor de R\$523.941,36 + R\$668.554,50 = R\$ 1.192.495,86 (um milhão cento e noventa e dois, quatrocentos e noventa e cinco reais e oitenta e seis centavos)." (fls. 262/263); e (ii) a título de pedido definitivo, (a) "*a) a condenação dos réus a, solidariamente, indenizarem o dano moral de natureza difusa, propiciado por suas condutas, em valor a ser arbitrado pelo Juízo"*; e (b) "*b) a condenação da ré LINDA BRANDÃO DIAS, nas sanções previstas nos incisos I e III do art. 12 da lei 8.429, impondo-lhe a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente a seu patrimônio; a perda da função pública que esteja exercendo; a suspensão dos direitos políticos por 10(dez) anos; o pagamento de multa civil a ser arbitrada com base no acréscimo patrimonial e na remuneração que percebe; a proibição de contratar com o Poder Público e de receber incentivos fiscais, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10(dez) anos"* (Fls. 230/231)*

5. Pois bem. A decisão ora agravada, ao deferir a medida liminar nos moldes, acima, reproduzidos, debruçou-se sobre a seguinte fundamentação:

(i) quanto ao pedido da medida cautelar de indisponibilidade, no valor de R\$523.941,36 (quinhentos e vinte e três mil, novecentos e quarenta e um reais e trinta e seis centavos), por força do suposto ato de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito imputado pelo *Parquet* (art. 9º da Lei n.º 8.429/92) à agravante, asseverou (a) que “*No caso dos autos, apesar dos fortes indícios de cometimento de ato de improbidade, não há prova de enriquecimento ilícito por parte da 1ª ré, seja em razão da nomeação de seu companheiro ou de seu cunhado para o exercício de cargos na empresa que se encontrava sob intervenção judicial, sendo que, quanto ao último, sequer há prova de que sua nomeação tenha sido efetivada, ainda que indiretamente, pela ré.*”; (b) que “*De fato, não consta dos autos qualquer prova de que, com tais nomeações, a 1ª. ré efetivamente se beneficiou dos valores auferidos pelos 2º. e 3º réus.*”; (c) que “*O fato é que as verbas auferidas que causaram enriquecimento ilícito tanto de um como de outro não poderiam dar causa ao enriquecimento ilícito também da 1ª. ré, malgrado o regime de bens a que esta e o 2º. réu se sujeitam, sob pena de se estar subsumindo o mesmo fato jurídico (nomeação de companheiro para atuar como administrador judicial da empresa Viação Agulhas Negras Ltda.) a mais de uma modalidade de infração à probidade administrativa (Arts. 9º, caput e inciso I e II, caput e incisos I e II da Lei nº 8.429/93), o que no entender deste Juízo importaria em bis in idem.*”; (d) que “*Assim, no que tange à 1ª. ré, entendo que, em juízo de cognição sumária, há indícios da prática de ato atentatório aos princípios da Administração Pública que, em tese, possibilitaram o enriquecimento ilícito de terceiros, estes já devidamente “enquadrados” nos dispositivos legais pertinentes.*”; (e) que “*Ademais, mesmo que ao final da instrução, de fato, comprove-se o enriquecimento ilícito por parte da 1ª ré, a aplicação das sanções capituladas no art. 12, inciso I da Lei nº 8.429/93 está garantida diante da indisponibilidade que a seguir será determinada, com base na multa civil prevista no inciso III do mesmo dispositivo legal.*”; e (f) que “*Feitas tais considerações, entendo que deve ser indeferido o bloqueio de bens da 1ª. ré em virtude de seu enriquecimento ilícito.*”; e (ii) quanto ao pedido da medida cautelar de indisponibilidade, no valor de R\$668.554,50 (seiscentos e sessenta e oito mil e quinhentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta centavos), por força do suposto ato de improbidade administrativa de atentado aos princípios da Administração Pública imputado pelo *Parquet* (art. 11º da Lei n.º 8.429/92) à agravante, asseverou (a) que “*Nesse ponto,*

entendo que merece ser acolhido o pedido formulado pelo Ministério Público Federal.”; (b) que “ Conforme análise já efetivada na decisão de fls. 3196/3208 e na presente, há fortes indícios que a nomeação, ainda que indireta, do 2º. réu para o exercício da atribuição de administrador judicial da empresa Viação Agulhas Negras, que se encontrava sob intervenção judicial em ação que tramitava perante a Vara Trabalhista da qual a 1ª. ré é titular, pode ser configurada como ato que atenta contra princípios da administração pública, em especial os princípios da impessoalidade e da moralidade, merecendo enquadramento, ao menos, no artigo 11, caput e inciso I da Lei 8.429/92.”; (c) que “ É prática que sempre foi vedada pelo ordenamento jurídico o nepotismo, tendo o assunto sido objeto da Súmula Vinculante número 13 do Supremo Tribunal Federal’; (d) que “ Assim, em análise perfunctória, percebem-se sérios indícios de violação ao princípio da imparcialidade e aos deveres de honestidade, sem prejuízo de eventual violação a outros elencados no artigo 11 da Lei 8.429/92, o que será melhor apurado ao longo do processo.”, (e) que “ Razoável, entretanto, que a multa em tela seja fixada em 30 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público, no caso, Juíza Trabalhista Titular (R\$ 22.285,15), uma vez que a norma contida no artigo 12, III prevê que a mesma alcance até 100 vezes tal quantum.”, (f) que “ Em face de tais considerações, decido que nesse ponto a liminar deve ser deferida.” (fls. 24/38)

6. A agravante pugna “ o provimento do presente Agravo de Instrumento para ao final se acolher o pedido de reconsideração da decisão que determinou a indisponibilização dos bens da agravante.” (fl. 21), suscitando, para tanto, as seguintes razões recursais: (i) “ Sob argumentos que não demonstram dolo da agravada, sob argumentos apoiados em base frágil e sem sustentação, sob argumento em disse me disse, o MPF requereu a indisponibilidade dos bens da agravante, por enriquecimento ilícito e mais multa civil em R\$1.192.495,86”; (ii) “ A decisão agravada afastou todo e qualquer demonstração de enriquecimento ilícito”; (iii) “ Entretanto, mesmo entendendo que não houve ato da agravante que pudesse comprovar qualquer enriquecimento ilícito, a decisão agravada entendeu por tornar indisponível os bens da agravante por conta de eventual condenação em multa civil, o fazendo em valor absolutamente desproporcional, ou seja, 30 vezes o salário percebido.”; (iv) “ Dada a natureza jurídica de agentes políticos, os juízes de direito não estão submetidos à lei de improbidade

administrativa, mas apenas à Lei de Crimes de Responsabilidade, especialmente no que toca à responsabilidade político-administrativa.”; (v) “Como se vê, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a Carta Magna brasileira não admite a concorrência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa para agentes políticos. Assim, incluídos os magistrados no rol de agentes políticos que são, não se sujeitam ao comando da Lei de Improbidade Administrativa”; (vi) “Como se vê, fixou o STF o entendimento de que a relação de penas aplicáveis aos magistrados está prevista em rol taxativo na Loman ou seja, não admitindo a sua extensão a outros dispositivos legais.”; (vii) “A agravante conseguiu adquirir, ao longo de toda a sua carreira como magistrada do trabalho, um pequeno patrimônio, absolutamente compatível com seus vencimentos. Além disso, todo o seu patrimônio foi adquirido antes de todo esse imbróglia jurídico envolvendo seu nome”; (viii) “Ou seja, tudo o que foi tornado indisponível pela decisão agravada foi adquirido em data bem anterior aos fatos alegados na presente ação.”; (ix) “O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que não é cabível a indisponibilidade de bens quando não há lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito.”; e (x) “Para tanto, é importante lembrar que a própria decisão agravada deixa claro que não houve enriquecimento ilícito, e, por não haver na presente ação dano ao erário, a conclusão lógica que se chega é a impossibilidade de indisponibilidade do patrimônio.” (fls. 02/20)

7. Foram prestadas as informações pelo juízo *a quo* à fl. 268.

8. Foram apresentadas as contrarrazões pelo MPF às fls. 270/280.

9. E, por fim, os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal atuante nesta 2ª instância da Justiça Federal, o qual, oficiando, exarou o parecer de fls. 283/286, no qual opinou “pela conversão em agravo retido ou, se diverso o entendimento, pelo seu desprovemento.”

É o relatório. Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**
Relator

VOTO

1. Conheço do agravo de instrumento, porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

2. A presente controvérsia centra-se em saber se se mostra cabível (ou não) o deferimento da medida cautelar de indisponibilidade dos bens da agravante, enfrentando as seguintes teses: (i) se é possível a prática de atos de improbidade administrativa por parte de juízes do trabalho, juízes federais e juízes de direito; e (ii) se esta tutela de urgência é admissível, quando o único ato de improbidade administrativa imputado à agravante, após o juízo de admissibilidade da petição inicial do *Parquet* federal (decisão de fls. 24/38), é o do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 (“Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”).

3. No mérito, o presente recurso merece provimento. Senão, vejamos.

4. Inicialmente, rechaça-se a tese da agravante de que, pela sua qualidade de juíza do trabalho, não se sucumbiria ao regime da lei de improbidade administrativa (“LIA”), eis que, na qualidade de agente político, sucumbiria, unicamente, ao regime dos crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50.

5. A orientação, hoje, pacificada na jurisprudência pátria é no sentido de que não é todo e qualquer agente político que não se submete ao regime da LIA. Ao contrário, a interpretação é bastante limitada e restritiva, quanto a este tema, com a consolidação do entendimento de que os únicos agentes políticos excluídos do regime da LIA são aqueles mencionados na paradigmática Reclamação n.º 2.318/RJ, julgada pela pretório Excelso, quais sejam: os ocupantes dos cargos de Ministro de Estado e outros agentes políticos elencados na Lei n.º 1.079/50, os quais, além do enquadramento legal neste último diploma legal, ainda detêm o foro de prerrogativa de função para tais crimes naquela Corte Constitucional, nos termos do art. 102, inciso I, alínea c) da CF/88.

Tal entendimento, aliás, pautou-se no fundamento, não de que os agentes políticos não poderiam acumular os regimes da LIA e também o regime dos crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50 (tal qual tenta

fazer crer a agravante), mas sim pelo fundamento de que, ao admitir tal cumulação de responsabilidade, haveria, no que toca à ação de improbidade administrativa destes agentes políticos aludidos na Reclamação n.º 2.138/RJ, a usurpação da competência constitucional do STF (art. 102, inciso I, alínea c), da CF/88), eis que a competência das ações de improbidade administrativa, em regra, dá-se nos juízes de direito de 1ª instância, o que, então, afrontaria a vontade do Poder constituinte originário. Em outras palavras, note-se que o entendimento densificado da Reclamação n.º 2.138/RJ, não é o de que os agentes políticos não respondam por atos de improbidade administrativa nos moldes da LIA, mas sim de que, tão-somente, os agente políticos, com foro de prerrogativa de função para os crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50 fixada no STF (art. 102, inciso I, alínea c), da CF/88) é que, em prol da preservação desta competência constitucional, não se sucumbem a LIA, mas apenas ao regime da Lei n.º 1.079/50.

Daí é que, fora deste contexto exarado na Reclamação n.º 2.138/RJ, é certo que, com base no art. 37, §4º, da CF/88 c/c art. 12, caput, da LIA, é possível, ainda que para os agentes políticos, a cumulação da responsabilidade, pelo mesmo ato, tanto no campo penal pelos crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50, como também no campo da improbidade administrativa pelos atos de improbidade tipificados na LIA.

6. Pois bem. No caso em tela, uma vez que os juízes togados que não se enquadram no precedente judicial paradigmático da Reclamação n.º 2.138/RJ do STF, bem como uma vez que os juízes de direito enquadram-se no conceito legal de “agentes públicos” do art. 2º da LIA, não há do que se olvidar: os juízes do trabalho submetem-se sim ao regime de responsabilidade da LIA.

7. No mesmo sentido do entendimento ora sedimentado, veja-se a ementa emanada do STJ, a qual, não obstante se refira a acusado que exercia o mandato eletivo de Prefeito, traduz a mesma orientação no sentido de que os agentes não mencionados na Reclamação n.º 2.138 do STF, respondem sim por atos de improbidade administrativa, tal qual ocorre com os juízes de direito do caso vertente, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.429/92 E DO DECRETO N. 201/67 DE FORMA

CONCOMITANTE. ATO IMPROBO QUE TAMBÉM PODE CONFIGURAR CRIME FUNCIONAL. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. JUÍZO SINGULAR CÍVEL E TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE DO PRECEDENTE DO STF (RECLAMAÇÃO N. 2.138/RJ) IN CASU. 1. Os cognominados crimes de responsabilidade ou, com designação mais apropriada, as infrações político-administrativas, são aqueles previstos no art. 4º do Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, e sujeitam o chefe do executivo municipal a julgamento pela Câmara de Vereadores, com sanção de cassação do mandato, litteris: “São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato” [...]. 2. Deveras, as condutas tipificadas nos incisos do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 versam os crimes funcionais ou crimes de responsabilidade impróprios praticados por prefeitos, cuja instauração de processo criminal independente de autorização do Legislativo Municipal e ocorre no âmbito do Tribunal de Justiça, ex vi do inciso X do art. 29 da Constituição Federal. Ainda nesse sentido, o art 2º dispõe que os crimes previstos no dispositivo anterior são regidos pelo Código de Processo Penal, com algumas alterações: “O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações” [...] (Precedentes: HC 69.850/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 27 de maio de 1994 e HC 70.671/PI, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19 de maio de 1995). 3. A responsabilidade do prefeito pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal. O código Penal define sua responsabilidade penal funcional de agente público. Enquanto que o Decreto-Lei n. 201/67 versa sua responsabilidade por delitos funcionais (art. 1º) e por infrações político-administrativas (art. 4º). Já a Lei n. 8.429/92 prevê sanções civis e políticas para os atos improbos. Sucede que, invariavelmente, algumas condutas encaixar-se-ão em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie de responsabilização do prefeito, conforme for o caso. 4. A Lei n. 8.492/92, em seu art. 12, estabelece que “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito” [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato improbo pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza. 5. O bis in idem não está configurado, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, não repercute na

órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular). 6. O precedente do egrégio STF, relativo à Rcl n. 2.138/RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro Gilmar Mendes (acórdão publicado no DJ de 18 de abril de 2008), no sentido de que “Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação abrogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição”, não incide no caso em foco em razão das diferenças amazônicas entre eles. 7. Deveras, o julgado do STF em comento trata da responsabilidade especial de agentes políticos, definida na Lei n. 1.079/50, mas faz referência exclusiva aos Ministros de Estado e a competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade. Ademais, prefeito não está elencado no rol das autoridades que o referido diploma designa como agentes políticos (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 884.083/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ de 26 de março de 2009; REsp 1.103.011/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 20 de maio de 2009; REsp 895.530/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 04 de fevereiro de 2009; e REsp 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, relator para acórdão ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 10 de março de 2008). 8. O STF, no bojo da Rcl n. 2.138/RJ, asseverou que “A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n.º 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei n.º 1.079/1950)” e delineou que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei 1.079/50 não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos diplomas, a LIA e a Lei 1.079/1950, preveem sanções de ordem política, como, v. g., infere-se do art. 2º da Lei n. 1.079/50 e do art. 12 da Lei n. 8.429/92. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de bis in idem, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco. 9. No caso sub examinem, o sentido é oposto, pois o Decreto n. 201/67, como anteriormente demonstrado, dispõe sobre crimes funcionais ou de responsabilidade impróprios (art.

1º) e também a respeito de infrações político-administrativas ou crimes de responsabilidade próprios (art. 4º); estes submetidos a julgamento pela Câmara dos Vereadores e com imposição de sanção de natureza política e aqueles com julgamento na Justiça Estadual e com aplicação de penas restritivas de liberdade. E, tendo em conta que o Tribunal a quo enquadrou a conduta do recorrido nos incisos I e II do art. 1º do diploma supra (“apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio” e “utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”), ou seja, crime funcional, ressoa evidente que a eventual sanção penal não se sobreporá à eventual pena imposta no bojo da ação de improbidade administrativa. Dessa forma, não se cogita bis in idem. 10. Recurso especial conhecido e provido.

(Primeira Turma, RESP 1066772, Relator Benedito Gonçalves, DJE de 03/09/2009) (Grifo nosso)

8. Dito isso. Passa-se, agora, ao segundo ponto da controvérsia recursal, acima, descrito na parte introdutória do voto, qual seja o de verificação do cabimento (ou não) da tutela de urgência de indisponibilidade dos bens da agravante, partindo-se da premissa de que esta é acusada, tão-somente, pelo ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11 da LIA).

9. Aqui, merece acolhimento a tese levantada pela agravante com o conseqüente provimento do recurso de agravo. Senão, vejamos.

10. Da leitura do art. 7º da LIA, resta claro que a tutela de urgência tem aplicabilidade, tão-somente e nas palavras do dispositivo legal, *in verbis*: “Art. 7º: Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Observe-se que a medida cautelar é incidente, tão-somente, no caso em que o réu da ação coletiva é acusado, ou dos atos de improbidade administrativa do art. 9º da LIA (“Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito”), ou dos atos de improbidade administrativa do art. 10º da LIA (“Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário”), não englobando, pois, os atos de

improbidade administrativa do art. 11 da LIA (“Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”).

Ora, considerando-se que se trata de medida cautelar que relativiza o direito fundamental do acusado de propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII, da CF/88), é certo que, não obstante sua nobre finalidade de assegurar a frutuosidade do interesse público no cumprimento de eventual sentença de procedência quanto às sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e de ressarcimento integral do dano (arts. 9º, 10º, e 12, incisos I e II, da Lei n.º 8.429/92), não pode, por outro turno, ter interpretação elástica e abrangente, justamente, por relativizar, repita-se, direito fundamental do acusado.

Ademais e na mesma linha de raciocínio acima desenvolvido (o art. 7º da LIA não comporta qualquer tipo de interpretação extensiva), tem-se que a tutela de urgência é limitada, tão-somente, a acautelar as sanções de, nos termos do seu parágrafo único, *in verbis*: “*A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito*”.

Isto significa que o objeto de garantia da medida cautelar limita-se, apenas, à executoriedade, acaso proferida sentença de procedência dos pedidos da ação coletiva, das sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (art. 12, inciso I, LIA) e de ressarcimento integral do dano (art. 12, inciso II, da LIA), não podendo ser elastecida para acautelar as demais sanções de perda da função pública, de suspensão dos direitos políticos, de pagamento de multa civil, e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, mesmo que tais sanções traduzam conteúdo econômico-pecuniário.

11. Pois bem. No caso em tela, considerando-se que o juízo *a quo*, expressamente, afastou a imputação do *Parquet* à agravante quanto ao ato de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito (art. 9º, da LIA), admitindo a ação coletiva, apenas, quanto à acusação do ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública (art.

11 da LIA)², bem como considerando que o juízo *a quo*, expressamente, aplicou a tutela de urgência para acautelar a sanção de multa civil³, conclui-se que o magistrado de piso deu, incorretamente, interpretação ampliativa ao art. 7º da LIA, o que, como exposto acima, não corresponde à melhor interpretação do dispositivo, afinal relativiza o direito fundamental de propriedade do acusado para além dos limites, legalmente, autorizados neste art. 7º da LIA.

Destarte, neste ponto, merece provimento o agravo de instrumento, reformando a decisão agravada para indeferir a medida cautelar de indisponibilidade.

12. Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, reformando a decisão para indeferir, por completo, o requerimento de decreto da medida cautelar de indisponibilidade solicitado pelo *Parquet* federal.

13. Por conseqüência, determino as seguintes providências a serem efetivadas pela Subsecretaria desta Turma Especializada:

- a) A expedição de ofício à Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, requisitando às serventias e cartórios que sejam desconstituídas eventuais averbações de indisponibilidade nos bens imóveis em nome da agravante, anteriormente, expedidas pelo Juízo da 3ª vara federal de Volta Redonda da seção judiciária do Rio de Janeiro;
- b) A comunicação ao Banco Central do Brasil, pelo Sistema BACENJUD, a fim de que seja desconstituída a eventual ordem de indisponibilidade sobre as contas bancárias e sobre ativos financeiros em nome da agravante, anteriormente, expedida pelo Juízo da 3ª vara federal de Volta Redonda da seção judiciária do Rio de Janeiro;

² “Feitas tais considerações, entendo que deve ser indeferido o bloqueio de bens da 1ª. ré em virtude de seu enriquecimento ilícito.” (fl. 31)

³ “Postula, ainda, o MPF, a constrição de bens da 1ª. ré até o montante de R\$ 668.554,50 em decorrência da multa civil por improbidade administrativa pela prática de atos atentatórios aos princípios da Administração Pública previstos no artigo 11 da Lei 8.429/93 (30 vezes o salário por ela percebido, na forma do artigo 12, III da Lei 8.429/93). (fl. 31) [...] Nesse ponto, entendo que merece ser acolhido o pedido formulado pelo Ministério Público Federal. (fl. 31) [...] Em face de tais considerações, decido que nesse ponto a liminar deve ser deferida.” (fl. 33)

- c) A expedição de ofício à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, para que seja desconstituída eventual ordem de indisponibilidade de ações, quotas, ou de participações societárias de qualquer natureza em nome da agravante, anteriormente, expedida pelo Juízo da 3ª vara federal de Volta Redonda da seção judiciária do Rio de Janeiro; e
- d) A expedição de ofício ao DETRAN, para que seja desconstituída eventual ordem de indisponibilidade de veículos pertencentes à agravante, anteriormente, expedida pelo Juízo da 3ª vara federal de Volta Redonda da seção judiciária do Rio de Janeiro;

É como voto.

Desembargador Federal **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**
Relator

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS. PROVIMENTO.

1. Na origem, cuida-se de ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal (“MPF”) em face da agravante e de outros réus, através da qual o *Parquet* pleiteia a condenação desta nas sanções do art. 12, incisos I e III, da LIA, ao argumento de que a agravante, na qualidade de juíza do trabalho, teria cometido atos de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA) e de atentado contra os princípios da administração pública (art. 11 da LIA) em decorrência de diversas irregularidades cometidas no exercício da jurisdição, tais como: teria atuado em processos judiciais, em que se encontrava com vício de suspeição, para fins de favorecimentos pessoais; teria criado um esquema fraudulento no processo de liquidação judicial da empresa “Viação Agulhas Negras Ltda.”, nomeando, em clara conduta de nepotismo, o seu companheiro, o seu cunhado e o seu advogado pessoal para atuarem

como auxiliares do juízo, inclusive, com o pagamento de verbas desnecessárias e incompatíveis com tais funções; teria descumprido decisões judiciais, emanadas de diversas outras reclamações trabalhistas que determinavam a reserva de crédito, no patrimônio da sociedade liquidanda, para o pagamento de verbas trabalhistas e indenizatórias de diversos empregados da empresa; dentre outras. No que toca à agravante, o juízo *a quo*, após admitir a petição inicial apenas quanto ao ato de improbidade de atentado contra os princípios da administração pública (art. 11 da LIA), decretou a medida cautelar de indisponibilidade de seus bens, visando a assegurar o pagamento de eventual sanção de multa. Contra tal decisão, a agravante interpôs o presente recurso, visando à reforma da decisão para inderir a tutela de urgência.

2. A controvérsia centra-se em saber se se mostra cabível (ou não) o deferimento da medida cautelar de indisponibilidade dos bens da agravante, enfrentando as seguintes teses: (i) se é possível a prática de atos de improbidade administrativa por parte de juízes de direito; e (ii) se a tutela de urgência, ora em apreciação, é admissível, quando o único ato de improbidade imputado à agravante é o do art. 11 da LIA (“Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”).
3. Não é todo e qualquer agente político que não se submete ao regime da LIA. Ao contrário, a interpretação é bastante limitada e restritiva, quanto a este tema, com a consolidação do entendimento de que os únicos agentes políticos excluídos do regime da LIA são aqueles mencionados na paradigmática Reclamação n.º 2.318/RJ do STF, quais sejam: os ocupantes dos cargos de Ministro de Estado e outros agentes políticos elencados pela Lei n.º 1.079/50, como possíveis sujeitos daqueles crimes de responsabilidade, mas desde que tais agentes políticos tenham foro de prerrogativa de função para tais crimes naquela Corte Constitucional, nos termos do art. 102, inciso I, alínea c) da CF/88, justamente, para que não haja a usurpação desta competência constitucional por magistrado de direito, os quais, em regra, são os competentes para o julgamento da ação coletiva de improbidade administrativa. Destarte, uma vez que os juízes de

direito não se enquadram no contexto da Reclamação n.º 2.138/RJ, submetem-se ao regime da LIA (art. 37, §4º da CF/88 c/c art. 2º da LIA). Precedente do STJ citado: 1ª Turma, RESP 1066772, Relator Benedito Gonçalves, DJE de 03/09/2009.

4. O art. 7º da LIA, que contempla a possibilidade de decretação da medida cautelar de indisponibilidade dos bens, não comporta interpretação ampliada, eis que relativiza o direito fundamental de propriedade do acusado (art. 5º, caput e inciso XXII, da CF/88), não obstante sua nobre finalidade de assegurar a fruibilidade do interesse público no cumprimento de eventual sentença de procedência quanto às sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente e de ressarcimento integral do dano (arts. 9º, 10º, e 12, incisos I e II, da LIA). Daí é que, tal tutela de urgência é incidente, tão-somente, no caso em que o réu da ação coletiva é acusado, ou dos atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (art. 9º da LIA), ou dos atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (art. 10 da LIA), não englobando, pois, os Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA), além do que visa acautelar, tão-somente, as sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente (art. 12, inciso I, LIA) e de ressarcimento integral do dano (art. 12, inciso II, da LIA), não podendo ser estendida para acautelar as demais sanções de perda da função pública, de suspensão dos direitos políticos, de pagamento de multa civil, e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, mesmo que tais sanções traduzam conteúdo econômico-pecuniário.
5. *In casu*, considerando-se que o juízo *a quo* afastou a imputação do *Parquet à agravante* quanto ao ato de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito (art. 9º, da LIA), com a admissibilidade da ação coletiva apenas quanto ao ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA), bem como considerando-se que o juízo *a quo* aplicou a tutela

de urgência para acautelar a sanção de multa civil, conclui-se que o juízo *a quo*, indevidamente, elasteceu o comando normativo do art. 7º da LIA, pelo que deve ser reformada para indeferir a medida cautelar de indisponibilidade.

6. Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, na forma do relatório e voto do Relator constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Rio de Janeiro, 08/10/2012 (data do julgamento).

Desembargador Federal **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**

Relator

APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO

7ª Turma Especializada

Apelação. Reexame Necessário: Processo Nº 2008.51.01.020054-7

Apelante: Uniao Federal

Apelado: Natalia Moreira Vaz de Melo

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pela UNIÃO, visando à reforma de sentença (fls. 224/228) que, ratificando a liminar concedida (fls. 51/52), julgou procedente o pedido, para declarar a autora apta a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência física, determinando que a ré promova sua nomeação e posse no cargo ao qual concorreu (Analista Judiciário, Especialidade Execução de Mandado do TRT), por entender o magistrado que a deficiência da autora (Distonia por Tarefa – Específica (câimbra dos escrivães), catalogada sob a referência: CID 10: G 24.3, fls. 30 e 216 verso), que consiste na limitação da escrita, impedindo-a “de realizar a escrita normal ou convencional com caneta ou lápis”, compromete sua capacidade “para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” (art. 3º, I, do Decreto 3.298/99), além de acarretar a necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que possa transmitir informações necessárias ao desempenho da função ou atividade a ser exercida.

Em suas razões (fls. 232/239), sustenta a União que as atividades empreendidas pela Administração Pública são subordinadas ao Princípio da Legalidade, de forma a agir somente quando expressamente autorizada

por lei; que as normas previstas no edital vinculam tanto a Administração quanto o candidato, de forma que o administrador em todo o momento agiu conforme o edital; que a inscrição da candidata na qualidade de deficiente físico não lhe garante o direito imediato de reconhecimento desta condição; que a doença da qual a autora é portadora não está prevista no rol disposto no art. 4º do Decreto 3.298/99, não podendo, portanto, ser considerada deficiência, ressaltando que o laudo judicial de fl. 216 apenas afirma ser “conveniente” enquadrar a autora como deficiente, ante a constatação de ser esta portadora da “câimbra do escrivão”, pelo que não poderia ser considerada deficiente para a finalidade buscada na petição inicial.

Alega, ainda, que, diante de medida liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04, declarando constitucional a Lei nº 9.494/97, qualquer decisão condenatória proferida contra Fazenda Pública só poderá ser executada após seu trânsito em julgado, suspendendo com eficácia *ex nunc* e vinculante tanto os efeitos de qualquer decisão deferitória da tutela antecipada, bem como os efeitos da decisão antecipatória já proferida. Outrossim, alega ser vedada a antecipação de tutela contra o Poder Público que importe em concessão de vantagens pecuniárias, vencimentos, reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vencimentos aos servidores públicos, por força do art. 1º da Lei nº 9.494/97.

A apelada, em contrarrazões (fls. 245/265), requer o improvimento do recurso, sustentando que o rol contido no artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 não deve ser considerado taxativo, conforme decidido na sentença, bem como que a reserva de vagas em concursos públicos para portadores de deficiência tem como função social minorar as desigualdades decorrentes da condição física deste determinado grupo, sendo desdobramento do princípio da isonomia (art. 5º, I, da CF).

É o relatório.

Desembargador Federal **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**
Relator

VOTO

A sentença deve ser parcialmente reformada.

Conforme consta dos autos, a autora prestou concurso público para o cargo de Analista Judiciário, Especialidade Execução de Mandado, regido pelo Edital nº 01/2008 do TRT – 1ª Região, classificando-se em 4º lugar na listagem específica dos portadores de deficiência (fl. 103).

Em razão disso, foi convocada a comparecer ao TRT, a fim de submeter-se a avaliação a ser realizada por equipe multiprofissional, visando a verificar se sua deficiência, Distonia por Tarefa – Específica (câimbra ou mal dos escrivães e músicos), catalogada sob a referência: CID 10: G 24.3 (fls. 30 e 216 verso), se enquadrava na previsão do art. 4º do Decreto nº 3.298/99, bem como se havia compatibilidade ou não da deficiência com as atribuições do cargo a ser ocupado.

O Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, estabelece, em seus arts 3º e 4º, I, II e III, que:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparésia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 600; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

No caso, a Junta Médica Oficial do TRT emitiu laudo (fl. 38), declarando “que a candidata Natália Moreira Vaz Melo foi periciada em 01.10.2008, sendo considerada inapta como candidata à vaga de deficiente, por sua deficiência não se enquadrar no artigo 4º, inciso III, do Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1988, modificado pelo Decreto 5296/2004”, que trata, contudo, de deficiência visual.

Tendo em vista a divergência entre o laudo apresentado pela autora (fl. 30) e pela Junta Médica do TRT (fl. 38), nomeou o magistrado médico Neurologista para atuar como perito do Juízo, Dr. Luiz Ribbas, que, ao apresentar o laudo pericial de fl. 216, concluiu pela presença de patologia na área neurológica. Observe-se que, em resposta aos quesitos da União (fl. 203), o perito judicial afirmou (fl. 216, verso) que:

“4) Não. (quando perguntado, à fl. 82, se “A autora possui alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se

sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de função?”.

[...]

“b) A autora é portadora de uma distonia denominada câimbra ou mal dos escrivães e músicos, de natureza desconhecida.”

[...]

“d) Considerando sua moléstia especificamente limitante para escrita manual convencional com caneta, na minha opinião, é conveniente enquadrá-la como deficiente.”

Da análise do laudo acima, verifica-se que o perito judicial não foi conclusivo quanto à deficiência física da autora, pois, se por um lado considerou conveniente enquadrá-la como tal (quesito letra b da União à fl. 203), em outro momento negou que a autora se enquadre na definição de deficiência presente no art. 4º, I do Decreto nº 3.298/99, vez que o quesito nº 4 da autora se apresenta como a transcrição deste dispositivo.

Portanto, resta saber se a hipótese contida no art. 4º, I, do Decreto nº 3.298/99 apresenta-se como taxativa ou exemplificativa. Neste sentido, o referido decreto deve ser interpretado à luz da norma que regulamenta, qual seja, a Lei nº 7.853/89, que assim dispõe:

“Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

[...]

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos,

inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

[...]

III - na área da formação profissional e do trabalho:

[...]

c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência”.

Desta forma, se a própria lei assegura a igualdade de oportunidade às pessoas portadoras de deficiência, bem como tratamento prioritário tendente a viabilizar a sua inserção no mercado de trabalho, sem fazer maiores distinções acerca das deficiências, não caberia ao decreto determinar restrições que fossem de encontro ao espírito da norma legal, razão pela qual se impõe a leitura do inciso I do art. 4º do Decreto nº 3.298/99 como um rol não exaustivo.

Ademais, cumpre ressaltar que há Projeto de Lei em curso no Senado que acrescenta dispositivos à Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, para incluir as definições de deficiência e estabelecer que a síndrome do escrivão constitui modalidade de deficiência física (fls. 95/98).

Tal entendimento é ainda corroborado pela leitura do art. 3º do referido decreto, que utiliza definição ampla e não-casuística para definir deficiência, entendendo, ainda, o Superior Tribunal de Justiça que o art. 4º, III, deve ser interpretado em consonância com o artigo 3º:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR. DIREITO A CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. O art. 4º, III, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência visual, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal, de modo a não excluir os portadores de visão monocular da disputa às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes.

2. Recurso ordinário provido.

(STJ - QUINTA TURMA, RMS 19.257/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 10/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 333).

Com efeito, como corretamente posto na sentença (fl. 226), segundo inteligência do art. 3º do Decreto 3.298/99, “a deficiência da autora, que consiste na limitação da escrita, impedindo-a “de realizar a escrita normal ou convencional com caneta ou lápis” (fls. 216 – quesito 3), compromete a sua capacidade “para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” (D. 3298/99, art. 3º, I), além de acarretar a “necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que (...) possa transmitir informações necessárias (...) ao desempenho de função ou atividade a ser exercida”. (D. 3298/99, art. 3º, III), adequando-se perfeitamente à Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, que objetiva “assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência” (art. 1º)”.

Contudo, deve ser reformada a sentença quanto à nomeação e posse da autora no cargo ao qual concorreu, porquanto “o trânsito em julgado é condição *sine qua non* para nomeação de candidato cuja permanência em concurso público foi garantida por meio de decisão judicial” (STJ, AgRg no REsp 1074862/SC).

Com efeito, é prematuro qualquer comando judicial provisório que venha a autorizar o ingresso de candidato no serviço público, antes do trânsito em julgado da decisão que, como no caso, lhe reconheceu o direito de participação no concurso concorrendo às vagas destinadas a deficiente físico, até para evitar que a expectativa criada de permanência no serviço público se transforme em uma frustrante desvinculação do candidato, caso venha a ser modificada a decisão provisória, devendo, pois, aguardar-se o trânsito em julgado da sentença. (Precedentes do STF: RMS 23.820-DF e RMS 23.692-DF)

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à remessa necessária e à apelação da União, apenas para excluir da condenação a nomeação e posse da autora no cargo de Analista Judiciário, Especialidade Execução de Mandado, do TRT-1ª Região, antes do trânsito em julgado do acórdão.

É como voto.

Desembargador Federal **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**
Relator

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. DEFINIÇÃO. ROL NÃO EXAUSTIVO.

1. O Decreto 3.298/99 deve ser interpretado à luz da norma que regulamenta, qual seja, a Lei nº 7.853/89, que assegura igualdade de oportunidade às pessoas portadoras de deficiência, bem como tratamento prioritário tendente a viabilizar sua inserção no mercado de trabalho, sem fazer maiores distinções acerca das deficiências. Dessa forma, não caberia ao decreto determinar restrições que fossem de encontro ao espírito da norma legal, razão pela qual se impõe a leitura do inciso I do art. 4º do Decreto nº 3.298/99 como rol não exaustivo.
2. Corroboram tal entendimento os seguintes itens do referido decreto: inciso I do art. 3º - considera deficiência *toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano*, e primeira parte do inciso I do art. 4º - enuncia deficiência física como *alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física* [...].
3. A deficiência da autora, Distonia por Tarefa – Específica (câimbra ou mal dos escrivães e músicos), a impede, conforme perícia judicial,

de realizar a escrita normal ou convencional com caneta ou lápis, o que compromete sua capacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano. Logo, nos termos das normas supracitadas, a autora está apta a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência física.

4. Além disso, Projeto de Lei em curso no Senado acrescenta dispositivos à Lei nº 7.853/89, para incluir as definições de deficiência e estabelecer que a síndrome do escrivão constitui modalidade de deficiência física.
5. “O trânsito em julgado é condição *sine qua non* para nomeação de candidato cuja permanência em concurso público foi garantida por meio de decisão judicial” (STJ, AgRg no REsp 1074862/SC). Precedentes do STF: RMS 23.820-DF e RMS 23.692-DF.
6. Remessa e apelação da União parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas: decidem os membros da 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, *dar parcial provimento* à remessa necessária e à apelação, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 17 de outubro de 2012 (data do julgamento).

Desembargador Federal **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**
Relator

APELAÇÃO CÍVEL

8ª Turma Especializada

Apelação Cível: Processo Nº 2011.51.01.012504-4

Apelante: Excel Elevadores LTDA

Apelado: Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por EXCEL ELEVADORES LTDA em ataque à sentença proferida pelo MM. Juízo da 19ª Vara Federal desta Cidade, nos autos de mandado de segurança impetrado pela ora Apelante contra ato do SUPERINTENDENTE GERAL DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ, objetivando a anulação do ato administrativo que lhe impôs pena de suspensão temporária de participação em procedimento licitatório e impedimento de contratar com a UFRJ, bem como o cancelamento do registro da penalidade no SICAF.

A controvérsia foi adequadamente sumariada na r. sentença recorrida, como se infere do excerto a seguir transcrito (fls. 710/711):

“Como causa de pedir, alega, em síntese, que, no período de entre 2000 e 2008, prestou serviços de manutenção e reparação de elevadores à UFRJ e, posteriormente, foi sucedida pela empresa TR Rio Elevadores; que a empresa que a sucedeu a impetrante, entregou, ao término do contrato, todos os elevadores sem funcionamento, razão pela qual foi a impetrante contratada, em caráter emergencial, por apenas 1 (um) mês, enquanto se concluía regular procedimento licitatório; que, tendo se sagrado vencedora da licitação, formalizou o contrato nº 71/2009, o qual foi cumprido, com a devolução de

todos os elevadores em funcionamento; que, não obstante, foi arbitrariamente punida pela UFRJ, que alegou a verificação de intercorrências com os equipamentos, com freqüentes paralisações, durante a execução do contrato administrativo; que, por força da própria manutenção e da pendência de peças, os elevadores ficaram parados apenas por alguns momentos (três meses distantes, durante o prazo contratual de 24 meses; que a pena aplicada, de suspensão de participar em licitação e impedimento de contratar com a UFRJ pelo prazo de 2 (dois) anos, viola o princípio da proporcionalidade e caracteriza desvio de finalidade e abuso de poder; que tal punição vem comprometendo sua atividade empresarial, sendo certo que, com seu registro no SICAF, passou a alcançar todos os órgãos e entidades da Administração Pública federal, produzindo efeitos semelhantes à declaração de inidoneidade, prevista no art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93. Daí o pedido.

Acompanharam a inicial, comprovante de recolhimento de custas,procuração e documentos (fls. 35/434).

O pedido de medida liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fl. 437.

Às fls. 439/444, a Impetrante requereu a juntada de documentos (fls. 445/527) e reconsideração da decisão que indeferiu a liminar, o que foi parcialmente deferido, nos termos da decisão de fl. 437.

A autoridade Impetrada prestou informações às fls. 538/544. Sustentou que a UFRJ contratou com a impetrante, mas durante a execução do contrato a fiscalização constatou o inadimplemento de parte das obrigações, o que motivou a abertura do processo administrativo para apuração de irregularidades (processo nº 23079.045310/2009-00); que a impetrante apresentou esclarecimentos sobre as irregularidades apontadas, e a UFRJ acatou os argumentos prestados; que, entretanto, foi constatado pelo fiscal do contrato a persistência da inadimplência; que, diante desse fato novo, a impetrante foi mais uma vez notificada para prestar novos esclarecimentos e a insuficiência destes ensejou a aplicação de penalidade de advertência, cumulada com multa, na forma da cláusula 16ª do contrato; que as penalidade aplicadas não foram suficientes para conter a inadimplência contratual da impetrante, o que gerou reclamações e deixou clara a desídia e inabilidade da

contratada, que causou inequívoco transtorno à toda comunidade acadêmica; que, por conseguinte, após regular observância do direito ao contraditório e da ampla defesa, foi aplicada à impetrante pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a UFRJ pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 87,III da lei 8.666/93. Anexou documentos (fls. 545/671).

Às fls. 672/681, a UFRJ requereu reconsideração da decisão de fl. 528. Na oportunidade, salientou que a punição aplicada sempre esteve restrita a seu âmbito.

Entretanto, a decisão foi mantida, sob fundamentação exposta à fl. 682. Inconformada, a UFRJ informou a interposição de agravo de instrumento (fls. 683/702).

Remetidos os autos ao Ministério Público Federal, este opinou pela denegação da segurança (fls. 706/709).

Ao denegar a segurança, revogando os efeitos da liminar anteriormente deferida, consignou a ilustre sentenciante que a Impetrante não logrou êxito no cumprimento de suas obrigações contratuais, mesmo após as reiteradas solicitações, demonstrando falta de comprometimento com as obrigações assumidas. Asseverou ainda, a ilustre julgadora, que a penalidade contra a qual a Impetrante se insurge foi precedida de outras, menos gravosas, a ela aplicada, em decorrência do inadimplemento contratual, o que lança por terra a tese de violação ao princípio da proporcionalidade, desvio de finalidade e abuso de poder.

Em seu apelo, repisa a Impetrante os argumentos expendidos na exordial, pugnando pela reforma do julgado.

Alega que a sanção aplicada violou frontalmente o princípio da proporcionalidade, não levando em consideração as especificidades do caso concreto, o grau de sua culpabilidade, o que gerou um descompasso entre a gravidade da conduta praticada e a penalidade efetivamente aplicada, com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93.

Assevera que a inscrição da penalidade no SICAF é arbitrária, excessiva e desproporcional, porquanto ocasiona seu impedimento de celebrar contrato não apenas com a UFRJ, mas em todas as esferas do Poder Público.

Contra-razões da União Federal protestando pela manutenção da sentença.
Promoção do parquet federal opinando pelo desprovemento do apelo.
É o relatório.

Desembargador Federal **Sergio Schwaitzer**
Relator

VOTO

Conforme relatado, busca a Impetrante, na presente ação mandamental, a anulação de ato administrativo que lhe aplicou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ pelo prazo de 2 (dois) anos, penalidade esta que se estendeu a toda a Administração Pública em decorrência de sua anotação no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

Como é de curial sabença, na ação de mandado de segurança não se admite dilação probatória. Por tal razão, exige-se que a demonstração do direito líquido e certo que se alega vulnerado ocorra de plano, por meio de provas pré-constituídas nos autos.

Em razão de falhas identificadas na execução do contrato celebrado entre a Apelante e a UFRJ, que tem como objeto "*a prestação de serviços contínuos de manutenção preventiva e corretiva de 28 (vinte e oito) elevadores instalados em diversas Unidades da UFRJ, com fornecimento de materiais, equipamentos e ferramentas...*" (fls. 181), houve, no âmbito de regular processo administrativo (23079.045310/2009-00 - fls. 545/671) onde, vale dizer, foram asseguradas à Empresa Excel Elevadores Ltda. as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a aplicação da penalidade que deu ensejo à impetração do presente writ.

Ao que se infere da leitura do processo administrativo, há farta documentação indicativa de que a Impetrante foi por diversas vezes notificada pela UFRJ por conta da má prestação do serviço para o qual foi contratada. Impende destacar que, antes mesmo da aplicação da pena de suspensão, foi a mesma penalizada com advertência e multa.

A hipótese é de inexecução parcial de contrato, conduta passível de penalização, ex vi do disposto na cláusula décima sexta do contrato (fls. 186/188), cuja dicção encontra-se em conformidade com o teor dos artigos 7º da Lei nº 10.520/2002 e 87 da Lei nº 8.666/93.

Alega a Apelante haver desproporcionalidade entre o suposto inadimplemento que motivou a suspensão e os efeitos daí decorrentes, que culminaram na anotação feita junto ao SICAF.

As atribuições da autoridade coatora, como não poderia deixar de ser, cingem-se à gestão administrativa do órgão ao qual está vinculado - UFRJ. Deste modo, ao consignar expressamente em sua decisão a suspensão do direito da Impetrante de, pelo prazo de dois anos, participar de certames licitatórios promovidos pela referida Autarquia, nada mais fez o subscritor do ato administrativo do que tomar medida comportada nos lindes de sua competência.

Registre-se, porém, que a sanção administrativa se deu em razão de falha na execução do contrato, situação esta descrita no art. 7º da Lei 10.520/2002, dispositivo legal que, por óbvio, não foi editado para salvaguardar tão somente a UFRJ, mas sim a Administração Pública em seu sentido mais amplo, tratando-se de norma cogente que, além do caráter sancionatório, introduz mecanismo hábil e garantidor a uma prévia seleção daqueles que tencionam contratar com o Poder Público. Esta é a mens legis. Atentemos para o teor do referido artigo:

“Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.”

Vê-se, pois, que o descredenciamento da Impetrante no SICAF em razão de falha identificada na execução do contrato, tudo no bojo de

regular procedimento administrativo, não é medida inserida no âmbito da discricionariedade da autoridade coatora, mas sim uma consequência prevista em lei para a sanção administrativa por ela imposta, que, cabe asseverar, não padece de desproporcionalidade ou irrazoabilidade, revelando-se, em verdade, necessária, na medida em que as penalidades mais brandas anteriormente aplicadas - advertência e multa -, não surtiram o efeito almejado pela Administração, qual seja, a adequada execução do objeto do contrato.

Quanto ao prazo de suspensão estipulado (dois anos), não verifico ter havido excesso por parte da Administração que justifique a sua redução. Ademais, importante destacar que o art. 7º da Lei nº 10.520/2002, norma especial que regula o pregão, expressamente referenciada no item 16.4 do Contrato, estabelece o prazo máximo de suspensão de 5 (cinco) anos, sendo certo que a sua fixação, no caso vertente, em prazo inferior a este limite revela a adequação e proporcionalidade da sanção aplicada, consideradas as circunstâncias e a gravidade dos fatos apurados.

Em suas razões recursais, assevera a Impetrante que os elevadores se encontravam em péssimo estado de conservação ao tempo do início da vigência do contrato, e que o seu grau de culpabilidade - elemento subjetivo da conduta -, deveria ter sido levado em consideração. Ocorre que os elementos de prova contidos nestes autos não são bastantes a demonstrar o alegado, circunstância esta que, à toda evidência, demanda dilação probatória, medida, no entanto, incompatível com o rito célere da ação mandamental.

Constata-se, por conseguinte, que não há o que se alterar na sentença recorrida.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal **Sergio Schwaitzer**
Relator

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - PREGÃO ELETRÔNICO - INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO POR DOIS ANOS - ART. 87 DA LEI Nº 8.666/93 - ADEQUAÇÃO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA - DESCREDECIMENTO NO SICAF - LEI Nº 10.520/2002 - CONFORMIDADE DO ATO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. Ação mandamental em que busca a Impetrante a anulação de ato administrativo que lhe aplicou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ pelo prazo de 2 (dois) anos, penalidade esta que se estendeu a toda a Administração Pública em decorrência de sua anotação no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.
2. A sanção administrativa que suspende temporariamente o direito da Impetrante de licitar e contratar com a Administração Pública tem previsão no art. 87 da Lei nº 8.666/93, sendo o descredenciamento no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF uma situação decorrente da aplicação do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, norma cogente que, além do caráter sancionatório, introduz mecanismo hábil e garantidor a uma prévia seleção daqueles que tencionam contratar com o Poder Público, em todas as suas esferas.
3. Hipótese em que a sanção cominada, levada a efeito no bojo de regular processo administrativo, com as garantias do devido processo legal, se revela adequada, proporcional e razoável, além de necessária, na medida em que as penalidades mais brandas anteriormente aplicadas - advertência e multa -, não surtiram o efeito almejado pela Administração, qual seja, a adequada execução do objeto do contrato.
4. O art. 7º da Lei nº 10.520/2002, norma especial que regula o pregão, expressamente referenciada no Termo de Contrato, estabelece o prazo máximo de 5 (cinco) anos para a incidência da sanção nele

contida. O Administrador, ao cominar penalidade em prazo inferior ao limite legal, o fez de modo adequado e proporcional, ajustado às circunstâncias e à gravidade dos fatos apurados.

5. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, constante dos autos, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 10 de outubro de 2012. (data de julgamento)

Desembargador Federal **Sergio Schwaitzer**
Relator

Impressão e acabamento:
CPGRAF/SED
TRF 2ª Região

Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 3261-8304 ♦ 3261-8530 ♦ 3261-8599 ♦ 3261-8465
Fax: 3261-8449 ♦ www.trf2.gov.br/emarf

