

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

**Julho 2007**

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

## Conselho Editorial\*

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente  
Desembargadora Federal Selene de Almeida  
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros

\*Portaria/Cojud 610-001 de 27/07/2006

## Coordenação de Edição

### Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Nelsília Maria Ladeira Luniére de Sousa – Diretora

### Setor de Apoio ao Gabinete da Revista

Ana Cristina Euripedes de Oliveira – estagiária

Emérita Regina Cossão Oliveira

Fábia Cristina de Barros

Martha Simone Hormann Oliveira

Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

### Entrevista

Martha Simone Hormann Oliveira

### Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

### Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

### Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

## Produção Editorial

### Divisão de Produção Editorial – DIEDI

Benvolio Evangelista da Silva – Diretor

### Editoração Eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Geraldo Martins Teixeira Júnior

Luciana Fernandes Menezes

### Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

### Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa

Edleusa Santos da Trindade Züit

Evanildes Carvalho Amorim

Maria Benáurea Santos

Magda Giovana Alves

Samuel Nunes dos Santos

Renato Cunha

### Confecção de fotolitos

Techno Arte Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Setor de Autarquia Sul, quadra 4, bloco N – Edifício Funasa, 9º andar

70070-040 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3221-6693 e 3221-6675 – Fax: (61) 3323-2874

E-mail: cojud-revista@trf1.gov.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

Os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com o original e padronização.

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1  
(out./dez. 1989) – . — Brasília: TRF-1ª Região, 1989.  
v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência  
– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF 1ª Região

# Plenário

**Presidente:**

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

**Vice-Presidente:**

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

**Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

# Corte Especial

## **Presidente:**

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

## **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

## **Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

### **1ª Seção**

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente  
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves  
Desembargador Federal José Amílcar Machado  
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira  
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves  
Desembargadora Federal Neuza Alves

### **2ª Seção**

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente  
Desembargador Federal Tourinho Neto  
Desembargador Federal Olindo Menezes  
Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
Desembargador Federal Cândido Ribeiro  
Desembargador Federal Hilton Queiroz  
Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

### **3ª Seção**

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente  
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Desembargador Federal João Batista Moreira  
Desembargador Federal Souza Prudente  
Desembargadora Federal Selene de Almeida  
Desembargador Federal Fagundes de Deus  
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

### **4ª Seção**

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente  
Desembargador Federal Catão Alves  
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias  
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva  
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
Desembargador Federal Leomar Amorim

### **1ª Turma**

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves  
– Presidente  
Desembargador Federal José Amílcar Machado  
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

### **2ª Turma**

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente  
Desembargadora Federal Neuza Alves

### **3ª Turma**

Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Presidente  
Desembargador Federal Tourinho Neto  
Desembargador Federal Olindo Menezes

### **4ª Turma**

Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes –  
Presidente  
Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
Desembargador Federal Hilton Queiroz

### **5ª Turma**

Desembargadora Federal Selene de Almeida – Presidente  
Desembargador Federal João Batista Moreira  
Desembargador Federal Fagundes de Deus

### **6ª Turma**

Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues –  
Presidente  
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Desembargador Federal Souza Prudente

### **7ª Turma**

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva –  
Presidente  
Desembargador Federal Catão Alves  
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

### **8ª Turma**

Desembargador Federal Leomar Amorim – Presidente  
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias  
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

### **Conselho de Administração**

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Presidente  
Desembargador Federal Carlos Olavo – Vice-Presidente  
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian –  
Corregedor-Geral  
Desembargador Federal Cândido Ribeiro  
Desembargador Federal Hilton Queiroz  
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves  
Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes  
Desembargador Federal Amílcar Machado  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

### **Comissão de Jurisprudência**

Desembargador Federal José Amílcar Machado – Presidente  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo  
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira – Efetivo  
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues –  
Suplente

### **Comissão de Regimento**

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente  
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo  
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo  
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – Suplente

### **Comissão de Acervo Jurídico**

Desembargador Federal José Amílcar Machado – Presidente  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva  
Desembargador Federal João Batista Moreira

### **Comissão de Promoção**

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente  
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves  
Desembargadora Federal Neuza Alves  
Desembargador Federal Olindo Menezes  
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes  
Desembargadora Federal Selene de Almeida  
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues  
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
Desembargador Federal Leomar Amorim

### **Revista do Tribunal**

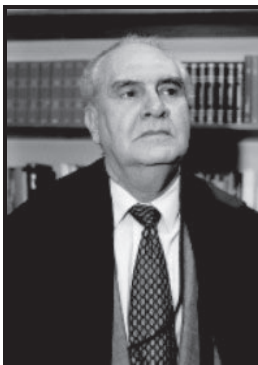
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

### **Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMF**

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor  
Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Vice-Diretor

### **Seccionais**

Seção Judiciária do Estado do Acre  
Seção Judiciária do Estado do Amapá  
Seção Judiciária do Estado do Amazonas  
Seção Judiciária do Estado da Bahia  
Seção Judiciária do Distrito Federal  
Seção Judiciária do Estado de Goiás  
Seção Judiciária do Estado do Maranhão  
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso  
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais  
Seção Judiciária do Estado do Pará  
Seção Judiciária do Estado do Piauí  
Seção Judiciária do Estado de Rondônia  
Seção Judiciária do Estado de Roraima  
Seção Judiciária do Estado do Tocantins



Desembargador Federal  
Adhemar Maciel  
abril/89 – novembro/92



Desembargador Federal  
Catão Alves  
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal  
Leite Soares  
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal  
Tourinho Neto  
junho/94 – abril/97



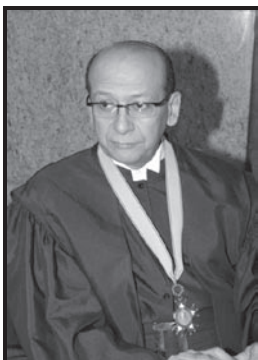
Desembargador Federal  
Osmar Tognolo  
maio/97 – maio/99



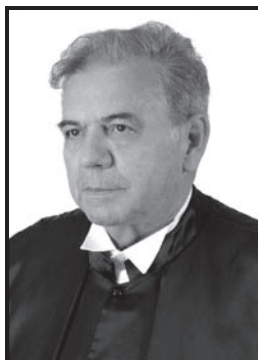
Desembargador Federal  
Aloísio Palmeira Lima  
maio/99 – julho/2001



Desembargador Federal  
Jirair Aram Meguerian  
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal  
Olindo Menezes  
maio/2003 – maio/2005



Desembargador Federal  
Carlos Fernando Mathias  
julho/2005 – maio/2006



Desembargador Federal  
Luciano Tolentino Amaral  
a partir de junho/2006





## **Editorial, 13**

---

## **Juramento dos acadêmicos em Direito, 15**

---

## **Em Foco, 17**

---

**O Direito aplicado: um caminho para o ensino jurídico no Brasil**

Leomar Amorim

## **Atualidades: ponto de vista, 21**

---

**Súmula vinculante: uma realidade**

Gilmar Mendes

## **Gastando o Latim, 25**

---

## **Habeas Verbum: Língua do Direito, 27**

---

**Oferenda aos deuses**

Dad Squarisi

## **Artigos Doutrinários**

---

**Desafios éticos do juiz brasileiro, 29**

José Renato Nalini

**Questões fundamentais de defesa do acusado em sindicância ou processo administrativo disciplinar no regime da Lei 8.112/1990, 35**

Antonio Carlos Alencar Carvalho

**A legitimidade das agências executivas à luz da teoria habermasiana no estado democrático de direito brasileiro, 45**

Adriane da Silveira Seixas

**A revolução da cidadania em busca de uma república democrática, 52**

José Murilo de Carvalho

**Racionalidade e espiritualidade, 58**

Urbano Zilles

## **Tópicos Jurídicos**

---

**Redução da maioria penal, 69**

Arthur Pinheiro Chaves

**Primeiríssimas impressões sobre a resposta a Consulta 1.398 do Tribunal Superior Eleitoral. A perda de condição necessária para o exercício de mandato parlamentar e os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da segurança jurídica, 71**

José Ricardo Biazzo Simon e Renata Fiori Puccetti Klotz

## Teses e Dissertações

---

**A propriedade industrial em face do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, 77**

Lyssandro Norton Siqueira

## Acórdãos – Inteiros Teores

---

**Corte Especial – Programa de assistência aos servidores do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.**

**Exclusão de dependentes (pais). Renda familiar, 119**

Rel.: Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

Mandado de Segurança 2002.01.00.042882-7/DF

**1ª Seção – Processual Civil. Antecipação dos efeitos da tutela. Garantia da coisa julgada, 127**

Rel.: Des. Federal José Amilcar Machado

Agravo Regimental em Ação Rescisória 2006.01.00.037541-7/MG

**2ª Seção – Sistema Vigia de interceptações telefônicas. Sistema de interceptação telefônica Guardiã. Linha privada de comunicação de dados – LPCD, 129**

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

Mandado de Segurança 2004.01.00.059657-6/GO

**3ª Seção – Responsabilidade civil do Estado. Preso político. Tortura. Direito à indenização. Fixação do valor, 143**

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Embargos Infringentes na Apelação Cível 1997.35.00.006010-0/GO

**4ª Seção – Contratos de câmbio. Fraude. Decurso de tempo entre a infração e a aplicação da multa.**

**Prescrição administrativa. Lei 9.873/1999. Princípio da irretroatividade das leis, 159**

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2000.34.00.029459-3/DF

**1ª Turma – Servidor público. Procurador da Fazenda Nacional. MP 43/2002. Lei 10.549/2002.**

**Representação mensal e “pro labore” de êxito. VPNI. Momento da implantação do novo regime jurídico de remuneração, 169**

Rel.: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)

Apelação Cível 2005.34.00.015845-3/DF

**2ª Turma – Auxílio-invalidez. Servidor público militar reformado. Cancelamento. Decadência. Data da efetiva lesão. Reforma ex officio do militar, 175**

Rel.: Des. Federal Neuza Alves

Apelação Cível 2002.34.00.036747-7/DF

**3ª Turma – Habeas Corpus. Redução à condição análoga à de escravo. Causa de aumento da pena.**

**Prescrição, 178**

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

Habeas Corpus 2007.01.00.013313-4/PA

**4ª Turma – Habeas Corpus. Estrangeiros. Doença grave. Tratamento. Deportação, 182**

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro

Apelação Criminal 2006.41.00.000012-8/RO

**5ª Turma – Ação cível pública. FGTS. Aplicação dos recursos e disponibilidades financeiras do fundo. Dever de regulamentação da norma legal, 188**

Rel.: Juiz Federal César Augusto Bearsi (convocado)

Apelação Cível 2000.34.00.013305-3/DF

**6ª Turma – Ação popular. Portarias ministeriais. Outorga de permissão para exploração de serviço de televisão por assinatura, via satélite, sem prévia licitação. Nulidade. Tutela inibitória. Remoção do ilícito administrativo, 193**

Rel.: Des. Federal Souza Prudente

Remessa ex officio 2003.01.00.041809-3/DF

**7ª Turma – Exceção de pré-executividade para excluir co-responsável da execução fiscal. Fatos geradores do crédito previdenciário contemporâneos à participação na sociedade. Rejeição em face da responsabilidade solidária, 197**

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Agravo Interno no Agravo de Instrumento 2006.01.00.048522-5/MG

**8ª Turma – Administrativo. Inmetro. Autos de infração. Imposição de multa com base nas Portarias 02/1982, 74/95 e 96/2000 do Inmetro, 202**

Rel.: Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (convocado)

Apelação Cível 2005.35.00.000560-7/GO

## Decisões Monocráticas

---

**Ação civil pública. Declaração de nulidade do procedimento de licenciamento ambiental das obras da Usina Hidrelétrica de Estreito e de nulidade das licenças prévias e de instalação já expedidas. Impacto ambiental das obras nas comunidades indígenas. Legitimidade da União para pleitear medida suspensiva. Obra de interesse nacional. Grave lesão à economia pública, 209**

Rel.: Des. Federal Presidente

Suspensões de Segurança 2007.01.00.017913-9/MA e 2007.01.00.018029-8/MA

**Agravo contra liminar concedida em mandado de segurança para excluir do conceito de faturamento (base de cálculo do PIS/Cofins) o valor correspondente ao ICMS – Leis 10.637/2002 (PIS) e 10.833/03 (Cofins): presunção de constitucionalidade, 214**

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Agravo de Instrumento 2007.01.00.019980-9/DF

**Agravo contra conversão do direito à compensação em restituição em dinheiro (RPV) na execução do julgado: art. 475-G do CPC, 216**

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Agravo de Instrumento 2007.01.00.021789-0/MG

**Ação popular. Suspensão dos efeitos de liminar. Determinação, inaudita altera parte, da suspensão imediata do pagamento aos Srs. Deputados Federais e Senadores da chamada Verba Indenizatória Parlamentar, instituída pelo Ato da Mesa da Câmara dos Deputados 62/2001, 218**

Rel.: Des. Federal Presidente

Suspensão de Segurança 2007.01.00.022313-2/DF

**Previdenciário. Pensão por morte. Pedido de reconsideração, 221**

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana  
Recurso 2005.38.00.706124-2/MG

**Previdenciário. Concessão de benefício. Liquidez. Requisito essencial. Sentença ilíquida. Anulação *ex officio*, 223**

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana  
Recurso 2005.38.00.743120-1/MG

**Previdenciário. Ausência de requerimento administrativo. Interesse de agir, 224**

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana  
Recurso 2006.38.00.752719-4/MG

**Previdenciário. Ex-ferroviário. Revisão de aposentadoria paga pelo INSS e União. Falta de interesse de agir. Extinção sem resolução de mérito, 226**

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana  
Recurso 2007.38.00.709975-4/MG

## Breviário

---

**Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)), 227**

Responsabilidade civil. Prisão ilegítima. Danos morais.

Lei 7.787/1989. Autônomos e administradores. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Coisa julgada em sentido contrário. Princípio da isonomia. Direitos fundamentais de primeira geração.

Equipamento obrigatório em veículos. Suporte de mão. Acessibilidade e segurança de idosos e portadores de deficiência.

Importação. Desembarque de contêineres cheios sem a respectiva documentação. Erro operacional da operadora portuária. Falta de nexo causal entre a conduta da impetrante e a infração tributária.

Queixa crime. Difamação e injúria.

Ação possessória. Área pública ocupada por servidores públicos federais há mais de duas décadas. Construção de moradia. Realização de benfeitorias. Liminar para desocupação em trinta dias.

Ação civil pública. Danos coletivos a consumidor. Funcionamento irregular de curso superior. Inexistência de autorização do MEC.

Projeto de manejo florestal sustentado. Dúvidas quanto à identificação, localização e regularidade dominial da área onde se pretende implementar o projeto. Promoção de diligências junto aos órgãos fundiários.

## Estatística, 231

---

## Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 241

---

## Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 243

---

Com esta edição termina o meu mandato de 1 ano como Diretor da Revista, vencido aos 27/07/2007.

Foi um ano que passou rápido, como tudo o mais hoje em dia, mas com tempo suficiente para muitas, algumas profundas, inovações e transformações.

Se é certo que as instituições valem por si, não menos certo que as pessoas que as compõem ou as constituam lhes dão cor, tamanho, voz e vez, sem, por isso ou com isso, comprometer a impessoalidade de que são, ou devem ser, dotadas.

Nessa linha, meu primeiro agradecimento dirijo à Presidente Assusete Magalhães e à Corte Especial, que, com sensibilidade, acolheram e souberam compreender o meu expresso e manifestado desejo de não ser (re)eleito para novo mandato de 2 anos.

Meu agradecimento às Desembargadoras Selene de Almeida e Maria do Carmo Cardoso e à Juíza Federal Mônica Sifuentes pela presteza e valiosa contribuição que me prestaram e à Revista como membras do Conselho Editorial, uma das minhas iniciativas.

Meu agradecimento à Dra. Nelsília Lunière de Sousa, Diretora da Cojud – Revista, e a toda a equipe pela valiosa dedicação aos interesses da Revista, com afinco, amor e não menos invejável idealismo.

Segundo a minha visão e concepção da Revista, criei as seções Editorial, Entrevistas, Atualidades, Dicas de Português, Expressões Latinas comumente usadas, Teses e Dissertações, essa última seção especialmente reservada aos membros do Judiciário Federal que se afastam para cursos de mestrado e doutorado (infelizmente muito pouco aproveitado). Introduzi espaço específico para lembrar a todos os artífices do Direito o nosso solene compromisso acadêmico de dedicação à causa do Direito e da Justiça.

Com muito orgulho e satisfação tenho a honra de passar ao meu sucessor, Desembargador Federal Hilton Queiroz, a direção da nossa Revista, com a certeza de que, com ele, ela estará muito mais bem atendida. Sua Excelência consegue aliar ao seu brilhante e competente dinamismo judicante, incomum e apreciável cultura humanística e das letras, fruto, por certo, da continuada aplicação espartana aos assuntos do intelecto. Muito boa sorte e muito êxito, Dr. Hilton, nessa nova missão que a Corte lhe confiou.

Finalmente, aos colaboradores articulistas e a todos quantos, de alguma forma, me acudiram, prontamente, com o seu saber, meu especial e agradecido abraço.

A todos os leitores, o meu reconhecido apreço pela atenção e valorização do nosso trabalho, com especiais escusas pelas minhas falhas.

Com abraço, Paz e Bem,

Desembargador LUCIANO TOLENTINO AMARAL

Diretor



“Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defecturum.”

Tradução: “Eu prometo exercer as funções de meu grau sempre fiel aos princípios da probidade e, apoiando meu trabalho no Direito, fazendo justiça e promovendo os bons costumes, jamais faltar à causa da humanidade”.





# O Direito aplicado: um caminho para o ensino jurídico no Brasil

Leomar Amorim\*

Por Martha Hormann



O Desembargador Federal Leomar Amorim, Presidente da Comissão de Avaliação de Documentos do TRF 1ª Região, é, este mês, o magistrado apresentado pela Revista à comunidade jurídica.

Nesta entrevista, ele tece comentários sobre a desejada celeridade do Judiciário, em contraste com a lei processual, que permite às partes inúmeros recursos durante o processo.

Sobre o ensino jurídico, que na qualidade de professor conhece tão bem, aponta caminhos que podem levar a excelência, analisando o método indutivo e o dedutivo de ensino.

Aborda, também, o perfil do juiz brasileiro em comparação com a magistratura europeia, em geral, que teve a oportunidade de observar por ocasião de seu mestrado, feito em Portugal. Conta um pouco de sua história de vida e de como chegou ao cargo de Desembargador. E, como não poderia deixar de ser, fala do descarte de documentos na Corte, que é objeto do trabalho da Comissão que preside.

**Revista:** Na sua visão, a Reforma do Judiciário foi satisfatória?

**Leomar Amorim:** Não, porque essencialmente a celeridade dos julgamentos de processos está sujeita a uma série de fatores que não foram atacados na Reforma. O primeiro fator que considero de relevância fundamental é a reforma da legislação processual. De acordo com o sistema atual, a parte que tem um bom advogado pode procrastinar a solução definitiva da questão por vários anos, pelo uso regular dos recursos que a ordem jurídica permite. Se queremos celeridade, rapidez, solução expedita para os processos, a legislação infraconstitucional deve ser reformada, e isso não ocorreu.

Por outro lado, parece-me que também em relação aos recursos materiais e humanos do Judiciário, ainda há um déficit muito grande, serve como causa desse atraso na solução dos processos.

Há um terceiro fator que, na Justiça Federal, é definitivo no atraso dos processos. Aqui, o maior vio-

lador da ordem jurídica é o governo federal, ou seja, é a Fazenda Pública, no nosso caso, a União, as autarquias federais e as empresas públicas. Praticamente, no âmbito da Justiça Federal, 70% dos processos, pelo menos, têm como parte-ré a União, autarquia ou empresa pública, ou seja, o cidadão está pedindo a correção, a garantia de um direito fundamental, que provavelmente foi violado por esses entes do governo.

Portanto, são as entidades públicas que causam esse atraso na solução dos processos, principalmente em razão dos recursos. Nunca se satisfazem, nunca aceitam a decisão e sempre impugnam as decisões em todas as instâncias possíveis.

**Revista:** O senhor tem experiência como professor universitário. Como vê os cursos de Direito atualmente, estão aptos à preparação dos profissionais da área?

**Leomar Amorim:** Sempre observei no ensino jurídico um problema que considero sério. É que o Direito é fato e é norma. As faculdades de Direito, em regra, só ensinam ao aluno a parte abstrata, a parte normativa do Direito. O fato jurígeno, o acontecimento humano que dá origem ao direito raramente é examinado. Para mim o ensino jurídico deve ser visto sob dois aspectos.

\* Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

Primeiro, sob o aspecto indutivo, a aula deve ter como pressuposto a experiência, o Direito aplicado. Portanto, o professor deve utilizar o método indutivo, aquele que parte do particular para o geral. Isso implica o exame de processos, a ida do aluno aos tribunais, aos juízos, para ver como o Direito se aplica concretamente.

O outro aspecto, do método, é o método dedutivo, aquele que parte do geral para o particular, é aquele em que o aluno estuda a norma, a doutrina, as fontes do Direito e disserta sobre o assunto. Em regra, as faculdades de Direito só utilizam o método dedutivo, que parte do geral para o particular. Portanto, o aluno fica totalmente dissociado da realidade.

Como professor, pela experiência que tenho de vinte anos de magistério, verifico que, por exemplo, quando aplico prova em que mando o aluno dissertar sobre um determinado tema, como “Fale sobre o princípio da legalidade”, o aluno é capaz de escrever cinco ou dez laudas de forma abstrata, sem nenhum vínculo com a realidade. Entretanto, quando uso o método indutivo, que parte do particular para o geral, formulo uma questão e peço para o aluno solucioná-la, ele não sabe. Exatamente porque tem dificuldade de relacionar o fato com a norma.

O Professor Miguel Reale, que é um dos mais eminentes *jusfilósofos* brasileiros, entende o Direito como uma disciplina cultural que deve ser vista como fenômeno tridimensional: o Direito é fato, é valor e é norma. Na faculdade de Direito, como regra, só se estuda a norma, não se estuda o fato nem o valor. Então, o déficit que entendo que há nas faculdades de Direito é exatamente esse: prescinde-se do aspecto fático, ou seja, da factualidade do Direito e, no momento mais sofisticado do ensino jurídico, sequer se trata do valor.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, ao longo de dois séculos, interpretando a mesma Constituição, admitiu a escravidão no século XIX. Depois, já na metade do século XX, admitiu a igualdade com separação. Só na década de 60, admitiu a igualdade total entre negros e brancos. Verifica-se que a mesma norma jurídica teve três interpretações que importaram mutação da própria norma constitucional ao longo de dois séculos, e isso ocorreu exatamente porque aquele fato e aquela norma foram valorados segundo as condições sociopolíticas do momento em que elas foram interpretadas. Por isso o professor Reale, com certeza, tem razão quando diz que Direito é fato, valor e norma; na faculdade, só se examina norma.

**Revista:** Que avaliação o senhor faz da magistratura brasileira?

**Leomar Amorim:** Considero que os magistrados brasileiros estão preparados para o desempenho da função constitucional que cabe ao Poder Judiciário. Tenho experiência de conhecer outras ordens jurídicas porque fiz mestrado em Portugal e, na Europa, pude examinar outras ordens jurídicas como a da Espanha, a da França e a da Inglaterra, e posso afirmar que o Brasil é um dos países onde o Judiciário tem mais poder no sentido formal. Nós, os juízes, no Brasil, podemos, por exemplo, expedir uma ordem *in natura* contra o governo, contra a Fazenda Pública para que faça ou deixe de fazer alguma coisa. Esse sistema, como regra, não é admitido no Direito europeu continental. Agora, isso não quer dizer muita coisa, porque, malgrado esse poder que a Constituição confere ao juiz, a realidade é tão cruel, tão difícil, que muitas vezes o juiz, mesmo reconhecendo o direito da parte, determinando o cumprimento da sentença, tem grande dificuldade em torná-la efetiva. Nós assistimos, há três semanas, na Escola de Magistratura, a uma conferência de um Ministro, Udo Steiner, do Tribunal Federal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em que dizia que os direitos sociais basicamente não estão na Constituição alemã, Lei Fundamental, e, não obstante, os tribunais sociais efetivam esses direitos. Por exemplo, os riscos inerentes à vida social ou à velhice todos são tutelados, todos são protegidos, todos são assegurados pelo Poder Judiciário alemão. Enquanto nós temos uma Carta, uma Constituição que confere catálogos quase inumeráveis de direitos que só existem no plano formal — porque a efetividade desses direitos no plano material depende de uma série de fatores, e me parece que o principal é o econômico-financeiro, ou seja, é uma conta que alguém tem de pagar; e o pagador dessa conta, embora receba o dinheiro em quantidade, hoje correspondente a quase 40% do PIB, que é a carga tributária brasileira, não tem feito face às demandas sociais dos cidadãos. Hoje o Brasil tem uma carga tributária semelhante a um país de primeiro mundo, a um país europeu e, não obstante, tem serviços públicos de terceiro ou quarto mundo, o que é lastimável.

**Revista:** Que perspectiva de mudança o senhor enxerga para essa realidade?

**Leomar Amorim:** A perspectiva de mudança depende de nós todos, os 180 milhões de habitantes que, de

quatro em quatro anos, são chamados a eleger os legisladores, os que vão fazer a norma abstrata, que são os membros do Congresso Nacional, e os que vão torná-la efetiva no mundo fenomênico, que são os chefes do Poder Executivo. Administrar, dizia o Professor Seabra Fagundes, é aplicar a lei de ofício. Então, pelo menos esses dois segmentos dos Poderes do Estado, o Legislativo e o Executivo, têm responsabilidade determinante para que esses desígnios constitucionais, direitos e liberdades públicas se efetivem de fato, e não fiquem como letra morta formalmente na Constituição, como se ela fosse uma mera folha de papel.

**Revista:** O senhor poderia contar um pouco sobre sua trajetória na carreira jurídica, por que escolheu ser magistrado?

**Leomar Amorim:** Eu me formei em 1978 e, logo depois, fui advogado de um banco federal onde fiquei durante oito anos, mas, desde que saí da faculdade, o meu desejo era ser juiz. Sempre achei que a profissão de juiz é uma das mais dignas, uma das mais sublimes que existem. Penso que a profissão de advogado é mais difícil, pelo menos no sacrifício pessoal, porque ele não tem, ao final do mês, um valor certo para a manutenção de si próprio e de sua família. Entretanto, no caso, escolhi a magistratura por achar que me realizaria profissionalmente. Penso que o juiz tem, de certo modo, uma função divina, porque tem um mandato constitucional de efetivar os direitos dos cidadãos, sobretudo quando há violação a esses direitos. Então, o juiz é uma espécie não só de garantidor da ordem jurídica como também de restaurador dos direitos violados. É uma função extraordinária, transcendente, e eu me identifiquei muito com ela também por outro atributo, que considero essencial à magistratura, sem o qual, materialmente, não existe o juiz, que é a imparcialidade, a isenção. As pessoas muito passionais, muito nervosas, provavelmente terão grandes dificuldades em julgar, porque o julgamento requer um equilíbrio muito grande para olhar os dois lados e propor a solução. Isso não quer dizer que a solução seja a verdadeira ou a justa, mas, segundo a visão de quem julga, ela traduz a solução mais correta.

**Revista:** Desde 2000, o senhor é Presidente da Comissão de Avaliação de Documentos do Tribunal, com o objetivo de dar andamento ao descarte de documentos. Poderia falar um pouco sobre isso?

**Leomar Amorim:** Essa Comissão de Descarte foi criada com a função de permitir ao Tribunal que fizesse

uma gestão mais racional dos papéis que tramitam na Justiça. Hoje, ainda não tenho dados precisos, temos dezenas de milhares de processos arquivados ao longo desses quarenta anos — a Justiça Federal foi restaurada há quarenta anos; portanto, neste ano, está fazendo quarenta anos que a Justiça Federal está funcionando. A Justiça Federal produziu uma massa extraordinária de papéis, e isso deve ter criado um grande problema de gestão, com repercussão, inclusive, no meio ambiente. Portanto, a função da Comissão de Descarte é exatamente propor uma forma racional de gestão desses papéis. Já realizamos descarte, por duas vezes, de procedimentos, de papéis administrativos, e pretendemos, proximamente, realizar o descarte de autos judiciais, aqueles que se enquadram dentro dos atos normativos da Justiça Federal. É evidente que esse descarte pressupõe a organização dos papéis e a salvaguarda dos documentos de valor histórico, probante e fiscal, que tenham algum interesse para as partes. Essa é uma situação transitória, porque daqui a, no máximo, cinco anos, com a informatização total dos processos, não haverá mais esse descarte no sentido físico, de triturar papel para reciclar, exatamente porque os autos serão digitalizados e esta Comissão provavelmente está fadada a ser extinta em razão da tecnologia que o Tribunal passará a usar brevemente.

**Revista:** Considerando que o papel tem vida útil limitada, qual é a alternativa para preservar os documentos de valor histórico, por exemplo?

**Leomar Amorim:** Já propus ao Tribunal, e isso provavelmente está em estudo, que se faça a microfilmagem ou digitalização dos papéis, pois só assim poderemos preservar de forma perene esses documentos. Portanto, a preservação desses papéis, na verdade, está subordinada ao uso de tecnologias que a permitam. Os bancos, por exemplo, já usam essa tecnologia de microfilmagem, e nós aqui, com certeza, também iremos usá-la, exatamente para que os autos de determinado processo fiquem preservados para o futuro.

**Revista:** Em breve teremos o primeiro descarte judicial da Seção Judiciária do DF. Como estão os preparativos?

**Leomar Amorim:** Os preparativos estão a cargo da Seção Judiciária, que recebeu autorização da Comissão de Descarte para tanto. Eu examinei o arquivo, muito bem organizado, mas já está praticamente pleno, cheio de processos. Então, o Diretor do Foro fez a proposição

e nós a deferimos. Evidentemente que esse descarte pressupõe o preenchimento de todos os requisitos, que estão em resolução no Conselho da Justiça Federal e deste Tribunal. Está a cargo da Direção do Foro da Seção Judiciária do DF o cumprimento de todas as etapas necessárias à salvaguarda dos processos que têm valor histórico, probante e fiscal. E satisfeitos os requisitos, inclusive de temporalidade, que é o essencial, os processos serão objeto de descarte.

# Súmula vinculante: uma realidade

Gilmar Mendes\*

Por Martha Hormann



O instituto da súmula vinculante foi adotado no ordenamento jurídico brasileiro através da EC 45, que incluiu na Constituição o art. 103-A.

Buscando desafogar o Judiciário de ações repetidas, que percorrem todas as instâncias, desembocando no Supremo Tribunal Federal, com respaldo das leis processuais que, por um lado garantem ampla defesa, e por outro propiciam o alongamento quase sem fim das demandas, a súmula vinculante foi regulamentada pela Lei 11.417, de 19/12/2006. Há aproximadamente seis meses, portanto.

Três súmulas já foram editadas ao tempo desta entrevista. O consenso sobre o tema, no entanto, ainda não se instalou na comunidade jurídica. Argumentos como a desejável redução da incerteza quanto a decisões conflitantes em diversos julgados e instâncias e o incremento da celeridade e da economia processuais contrapõem-se ao entendimento de que o instituto afronta a independência funcional dos magistrados, além de atingir as garantias constitucionais do livre-acesso à Justiça e do devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da CF).

Para falar do assunto, a Revista apresenta, neste número, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, autoridade incontestável no assunto e participante efetivo das primeiras experiências com o novo instituto.

**Revista:** Quais são os critérios utilizados para escolha de decisões que se tornam súmula vinculante?

**Gilmar Mendes:** A Constituição adotou, em linhas gerais, os mesmos critérios que já eram válidos para a edição da súmula do Supremo Tribunal Federal: basicamente, que haja decisões reiteradas sobre matéria constitucional. Portanto, supõe-se aqui a existência de controvérsias reiteradas de temas que tenham uma tendência de repetição. De modo geral, identificam-se tais temas no sistema tributário, no sistema previdenciário, no sistema administrativo, entre outros. São temas que tendem à repetição, são causas homogêneas. Entretanto, questões de caráter processual, que não são da competência somente do Supremo, mas também de outros Tribunais, não serão objeto de sumulação. Além do mais, a Lei 11.417 estabeleceu uma exigência muito severa, qual seja, a aprovação por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, o que, na verdade, envolve oito

votos, portanto, exige praticamente consenso. Esse foi um cuidado que o Texto Constitucional assumiu e que foi mantido pelo legislador ordinário.

**Revista:** Na prática, então, a súmula vinculante está afeta apenas ao Direito Público?

**Gilmar Mendes:** Não apenas ao Direito Público, mas à matéria constitucional, pois a nossa Constituição trata de temas amplíssimos, que abrangem todo o sistema de direitos fundamentais, as questões indígenas, as discussões sobre cultura, direitos sociais etc. A rigor não podemos fazer essa classificação, a não ser que entendamos que o Texto Constitucional, tendo positivado alguma matéria, a publicizou. Diria que, tal como está explicitado no texto, seja mais cuidadoso afirmar-se que matérias disciplinadas na Constituição poderão ser objeto de súmula, porque, de certa forma, é disso que cuida o Supremo Tribunal Federal, como guardião da boa aplicação da Constituição.

**Revista:** Quando uma decisão é considerada reiterada o suficiente para se tornar uma súmula?

**Gilmar Mendes:** A rigor, o critério passa por certa subjetividade. Normalmente, a reiteração é percebida

\* Gilmar Mendes é Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal e Professor de Direito Constitucional na Universidade de Brasília. Ex-Procurador da República, Ex-Consultor Jurídico da Presidência da República, Ex-Advogado-Geral da União.



quando o Tribunal leva uma questão ao Pleno, a discute amplamente e depois verifica a repetição dessa decisão nas Turmas e também nas decisões monocráticas, que podem eventualmente ser alvejadas por agravo regimental. Talvez precisemos da contribuição do Tribunal e até da doutrina para estabelecer os princípios de avaliação. Como fixar esse critério? Certamente não poderá ser a primeira decisão, mas a reiteração poderá ocorrer em curto espaço de tempo, visto que, em razão da cisão funcional da Corte, há julgamentos da competência do Plenário, das Turmas ou dos próprios relatores, os quais estão autorizados regimentalmente a julgar por decisões monocráticas, desde que em consonância com o que foi decidido no julgamento Plenário. Então, é possível que, em um par de dias, em poucos meses talvez, já tenhamos uma massa de casos que possa ser qualificada como um quadro de decisões iterativas.

**Revista:** Com o fim da propositura de ações que visem a desfecho contrário ao sumulado, que situações levariam o Supremo a rever as súmulas vinculantes?

**Gilmar Mendes:** Na verdade, o Tribunal pode descobrir que um enunciado contém, por exemplo, uma regra excessiva, que diz mais do que deveria, que comporta uma redução teleológica. Isso acontece frequentemente com a prática da súmula. Muitas súmulas, na tradição do Supremo, são aplicadas já com um entendimento diferenciado daquilo que balizou a sua edição inicial. Isso o próprio Tribunal poderá verificar mediante provocação dos interessados, por meio de eventual recurso. Ademais, a Lei 11.417 estabeleceu, seguindo a linha da Constituição, aqueles que são legitimados a propor não só a formulação de súmula, mas também a sua revisão. Entre eles estão os defensores públicos, os partidos políticos, o governador de Estado ou do Distrito Federal, eventualmente os municípios e os próprios tribunais de justiça e demais tribunais. A rigor, temos um elenco significativo de entes e órgãos que poderão provocar o Supremo Tribunal Federal para deflagrar um processo de revisão ou até de cancelamento do entendimento sumulado.

**Revista:** A edição de súmulas vinculantes é uma atribuição legislativa do Judiciário?

**Gilmar Mendes:** Essa é uma discussão que não tem fim e que desperta um debate doutrinário extremamente interessante. Diria que a função de Cortes como o Supremo Tribunal Federal não é a função exclusiva de resolver determinado processo, determinada contrové-

sia posta no processo, mas de fixar balizas, orientações para os demais tribunais em relação a casos idênticos ou semelhantes, seja isso feito num caso concreto, seja numa súmula. Logo, a súmula cumpre a função de projetar, e agora com força vinculante, as decisões emanadas de um órgão de jurisdição constitucional. Na doutrina existe base para se dizer que essa função, que é função de Corte Constitucional, assemelha-se um pouco à de um órgão legislativo, mas prefiro afirmar que a súmula, na verdade, é um instrumento relevantíssimo apto a permitir que o Supremo Tribunal Federal cumpra bem as suas funções de órgão eminente da jurisdição constitucional.

**Revista:** Há vinculação da Administração à matéria sumulada pelo Supremo?

**Gilmar Mendes:** Na verdade, reside nesse ponto, talvez, a grande inovação desse instrumento – porque súmula já tínhamos no modelo anterior; ela remonta aos anos sessenta do século passado – que é a pretensão de vincular não só os órgãos judiciais, mas também a Administração. É notório que a Administração dá ensejo, com a sua recalcitrância, a um número imenso de processos. Embora determinada matéria já esteja pacificada no Judiciário, a Administração, seja ela federal, estadual ou municipal, continua com seu entendimento, com a sua orientação, e faz com que todos os que pretendam obter benefício, vantagem ou reconhecimento já fixado na jurisprudência, tenham que recorrer ao Judiciário. Assim, a proposta agora consagrada no Texto Constitucional e positivada na Lei 11.417 estabelece uma vinculação para a Administração, sugerindo que o direito, eventualmente, não precisará ser requerido ao Judiciário; ele poderá ser reivindicado junto à própria Administração. Diria que é uma proposta que beira a uma revolução cultural. Se atingirmos, em um grau razoável, a boa prática dessa orientação, provavelmente vamos nos livrar de uma massa enorme de processos, porque a Administração, tão logo saiba do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, há de se curvar a essa orientação. Evitaremos, assim, tanto o surgimento de uma massa de demandas como a preterição dos direitos daqueles que, por alguma razão, não vão ao Judiciário.

Aqui, talvez, esteja o grande desafio e a grande ameaça. Por que ameaça? Porque se a Administração continuar a ser recalcitrante, muito provavelmente teremos uma avalanche de Reclamações para o Supremo

Tribunal Federal. Logo, teremos trocado o nome da crise. A crise que se chama “Recurso Extraordinário” passará a se chamar “Reclamação”. Portanto, devemos ter muito cuidado com o manejo desse instrumento. A Lei sugere mecanismos para obrigar que haja, primeiro, uma exaustão nas instâncias administrativas. Tudo isso deverá ser cuidadosamente discutido. Certamente teremos um longo aprendizado com a aplicação das súmulas vinculantes.

**Revista:** A súmula vinculante tem cumprido o papel de desafogar o Judiciário?

**Gilmar Mendes:** Ainda é muito cedo para dizer. Temos poucas súmulas editadas. Precisamos nos debruçar sobre o trabalho de feitura de súmulas, que é muito difícil, pois há um temor de que, editada a súmula, não possamos, pelo menos em um curto espaço de tempo, revisitá-la. Daí a necessidade de selecionarmos bem as matérias. Todavia, acreditamos que a súmula cumprirá um papel importante de racionalização do afazer judicial, evitando que orientações já pacificadas tenham de ser a toda hora reafirmadas pelo Tribunal.





- *Oculum pro oculo, et dentem pro dente*

## Olho por olho, dente por dente

Essa expressão ainda é famosa e usada — inclusive traduzida nas várias línguas — para indicar o princípio da justiça arcaica, baseada na vingança e na retribuição exata do mal sofrido (é a chamada “lei de talião”). Com essa frase faz-se referência sobretudo à lei mosaica que só aparentemente era desapiedada e na realidade queria conter as punições nos justos limites; contudo, na cultura cristã, ela é freqüentemente contraposta à misericórdia de Deus do *Novo Testamento*. De fato, em *Êxodo* (21,33 s.), a propósito de quem bate em uma mulher grávida, Deus ordena a Moisés: *Reddet... oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede*, “restituirá olho pro olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”; esse princípio também é enunciado no *Levítico*, no interior de uma série de leis inspiradas por ele (24,17-22), e no *Deuteronômio* (19,21), a respeito do falso testemunho. A contestação cristã dessa norma baseia-se numa análise explícita de Jesus, no *Evangelho de Mateus* (5,38 ss.).

- *Audiat et altera pars*

## Ouçã-se também a outra parte

Hoje em dia essa expressão é muito famosa: em sentido próprio, indica que a sentença não deve ser proferida antes que tenham sido atentamente ouvidas e avaliadas as razões de ambas as partes; igualmente, na linguagem comum, é usada com referência a disputas e discussões. Tal formulação é medieval, mas esse princípio jurídico já era difundido na Antigüidade: no *Digesto* (48,17,1) estabelece-se que não é justo condenar alguém sem ter ouvido suas razões; os oradores áticos (Desmóstenes, *Oração sobre a coroa*, 2; 6, *Contra Timócrates*, 151, Isócrates, *Antidosis*, 21) fazem referência a um juramento do juiz, que promete ouvir tanto o acusador quanto o acusado. Todavia, nas literaturas clássicas esse motivo não está presente só em contextos técnicos, mas pode surgir com valor proverbial: muito importantes são um trecho de *Medéia* de Sêneca (vv. 199 s.: *Qui statuit aliquid parte inaudita altera / aequum licet statuerit, haud aequus fuit*, “quem tomou uma decisão sem ouvir ambas as partes, mesmo que tenha tomado a decisão justa, não agiu de modo justo”); um de Santo Agostinho (*De duabus animabus*, 14,22: *Audi partem alteram!*, “ouve a outra parte!”); e um provérbio grego (não profiras um veredito antes de ouvir ambas as partes), que é atribuído a Demócrito na chamada *Mantissa proverbiorum* (2,6).

- *Optima est legum interpres consuetudo*

## O melhor intérprete das leis é o costume

Essa máxima é de Calístrato (37), podendo-se encontrar semelhança em *Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt*, “não devem ser em nada mudadas as coisas que sempre tiveram interpretação segura” (Paulo, 1,3,23). Para serem aplicadas, as leis precisam ter fundamentos concretos, mas, como há sempre uma margem de insegurança, deve-se confiar na interpretação habitual. Nas várias línguas européias existem expressões equivalentes às brasileiras *O costume é rei, porque faz lei* e *O costume faz a lei* (cf. Mota 145). Para a importância da *consuetudo* em campo não estritamente jurídico, cf. n. 159.

- *Reus excipiendo fit actor*

## O réu, ao opor exceção, torna-se autor

Essa norma, ainda conhecida em âmbito jurídico, deriva do *Digesto* (Ulpiano, 44,1,1: *Reus in exceptione actor est*, “o réu, ao opor exceção, é autor”); portanto, não se esperam provas e demonstrações por parte do réu (cf. n. 1141) desde que ele não oponha uma exceção: em tal caso terá todos os ônus do autor. Essa é a aplicação de uma norma lembrada por Celso (*Digesto*, 22,3,9: *Qui excipit probare debet quod excipitur*, “quem opõe uma exceção deve fornecer as provas da exceção”).

- *Advocatus diaboli*

## Advogado do diabo

Essa expressão deriva dos processos de beatificação e canonização da Igreja católica, onde ao *postulator* ou *advocatus Dei*, que define as razões da canonização, contrapõe-se aquele que procura todas as minúcias para dificultá-la e é chamado de *postulator fidei* ou *advocatus diaboli*. Atualmente essa locução — inclusive traduzida nas várias línguas européias — pertence à linguagem comum, indicando a pessoa que defende as posições menos populares e conformistas, ou então aquele que procura objeções às coisas que já foram dadas por aceitas apres-

sadamente. Às vezes também designa a pessoa que, nas discussões, procura encontrar e pôr em evidência todas as possíveis objeções, mesmo as mínimas e capciosas; muitas vezes acaba por indicar simplesmente um advogado muito hábil, capaz de ótimas defesas.

- *Redde rationem*

Presta contas

Essa expressão ainda é de uso comum, inclusive substantivada, para indicar o momento em que se deve prestar contas — em sentido concreto ou metafórico — de tudo o que se fez, ou seja, até o momento crucial de enfrentar tudo o que ficou suspenso. Frequentemente é usada em sentido sarcástico ou jocoso. O uso do verbo *reddere* em relação a *ratio* já é freqüente no latim clássico: ver, por exemplo, Plauto (*Menaechmi*, 206, onde o sentido é estri-tamente “pecuniário”), Cícero (*In Verrem*, 4,11,29), *Digesto*(40,12,34 [Ulpiano]; 40,7,40 [Cévola]); deve-se lembrar principalmente uma passagem do *Evangelho de Lucas* (16,2: *Rede rationem villicationis tuae*, “dá conta da tua administração”), que sem dúvida facilitou a posterior difusão dessa expressão.

- *Manifesta haud indigent probatione*

As coisas evidentes não precisam de prova

Essa é uma norma pertencente ao patrimônio comum do direito, sendo ainda freqüentemente citada, mas cuja fonte preciosa é desconhecida, ainda que uma sentença de Publílio Siro (M 47), acolhida por Walter (14423), afirme: *Manifesta causa secum habet sententiam*, “a causa evidente contém em si a sentença.” Paralelamente, diz-se também *Nulla est maior probatio quam evidentia rei*, “não há maior prova do que a evidência,” e *In claris non fit interpretatio*, “nas questões claras não cabe interpretação.” Um preceito clássico pode ser visto no *topos* do *Res ipsa testis*, “a própria coisa é testemunha,” presente em muitos textos — a partir de Plauto, *Aulularia*, 421 — inclusive em fórmulas como *Res ipsa indicat / loquitur / clamat* (para trechos, remeto a Otto 1522, Weyman 63; 78; 286, Sutphen 205 s.); o verbo *probare* está em Salviano, *Ad ecclesiam*, 4,6,31. O equivalente grego é “a própria coisa mostrá-lo-á,” presente em vários autores (por exemplo Cratino [fr: 188 K.-A.], Sófocles [fr: 388 R.], Aristófanes [*Lisítrata*, 375], Eurípedes [*As bacantes*, 396], Ésquines [*Adversus Timarchum*, 40,6], Plutarco [*Vida de Pompeu*, 23], Filóstrato [*Vida de Apolônio de Tiana*, 30]) e registrado pelos paremiógrafos (Greg. Cypr. L. 2,92, Apost. 4,49).

(Extraído de *Dicionário de sentenças latinas e gregas* de Renzo Tosi, Martins Fontes Editora Ltda., 2000.)

# Oferenda aos deuses\*

Dad Squarisi\*\*

“Existe no silêncio tão profunda sabedoria que às vezes ele se transforma na mais perfeita das respostas.”

Fernando Pessoa

Olimpo era a morada dos deuses gregos. Lá viviam Zeus e Hera, o rei e a rainha. No mesmo monte sagrado, residiam a sedutora Vênus, o belo Apolo, a sábia Minerva, a profetisa Cassandra, o ególatra Narciso, a linda Psiquê, o brincalhão Cupido.

Os homens tinham mil formas de homenagear as divindades. Uma: fazer preces e oferendas. Outra: superar-se no esporte. Para atender as duas funções, construíram Olímpia. O nome da cidade deriva de Olimpo. Lá, só havia templos, ginásios, estádios e hipódromo.

Os mortais apareciam por ali para venerar os deuses e torcer pelos atletas. Cumpridas as obrigações, voltavam pra casa. De quatro em quatro anos, os melhores esportistas do mundo invadiam Olímpia. Exibiam-se nus. Belos, corriam, lutavam, morriam. Demonstravam força e persistência. O prêmio era uma coroa da oliveira sagrada e o ganha-pão para o resto da vida. O espetáculo recebeu o nome da cidade anfitriã — Olimpíada ou Jogos Olímpicos.

## Oferenda à Língua

Os deuses não só engrandeceram o esporte. Eles também enriqueceram a língua. Doaram ao vocabulário português muiiiiiiiiiiiiiitas palavras e expressões. Todas têm relação com personagens, lugares e acontecimentos descritos na mitologia. A seguir, cinco amostras de expressões.

### 1) Cama de Procusto

Procusto era muiiiiiiiito mau. Mas a aparência dele enganava. Parecia alegre e simpático. Recolhia os viajantes que chegavam à cidade e os levava pra casa dele. Lá, submetia-os a sessão de tortura. Obrigava os altos a se deitarem num leito curto e cortava-lhes a parte do corpo que sobrasse da cama. Os baixos não escapavam. Esticava-os até que atingissem as dimensões de um leito grande. Procusto morreu do mesmo jeitinho. Perseu amarrou-o na cama. Cortou-lhe a parte do corpo que sobrou. Era a cabeça.

### 2) Fênix Renascida

Fênix tem as penas vermelhas, azuis e douradas. Em toda a terra, só há uma fênix. Sem companheiro, a ave não pode ter filhotes. Inventou, então, um jeito de ficar viva. Quando fica velhiiiiiiinha, engana a morte. Vai pra floresta. Com plantas cheirosas e ervas mágicas, faz um ninho bem gostosinho. Em seguida, o incendeia. Quando as chamas estão bem altas, ela salta para o meio da fogueirinha. Vira cinza. Então, acontece o milagre. Das cinzas nasce outra fênix. É a fênix renascida. E começa tudo de novo.

### 3) Cassandra

Apolo apaixonou-se por Cassandra. Mas a princesa de Tróia o esnobou. Ele insistiu. Ela, então, partiu pra chantagem. Em troca do amor, exigiu o dom da adivinhação. O deus, caidinho de paixão, atendeu a amada. Mas ela deu pra trás. De olho em outro, não namorou o belo. Traído, Apolo vingou-se. Manteve o dom de adivinhação da moça, mas fez que ninguém acreditasse nela. Hoje, Cassandra virou substantivo comum. É a pessoa — homem ou mulher — que prevê desgraças que nunca se concretizam.

\*Texto publicado na coluna Caderno C, *Correio Braziliense*, de 01/07/2007.

\*\* Jornalista e editora de opinião do jornal *Correio Braziliense*.

#### **4) Toque de Midas**

Midas, rei muito poderoso, encontrou Silene de porre no jardim. Com pena do homem caído, levou-o ao palácio. No caminho, descobriu que o bebum era mágico. Podia satisfazer todos os desejos. Midas pediu o dom de transformar em ouro tudo o que tocasse. Dito e feito. Quando chegou em casa, o ambicioso testou a conquista. Tocou no sofá. O móvel virou ouro. Encostou a mão na cadeira. Ela virou ouro. Pegou um pedaço de pão. A comida virou ouro. Pegou uma taça de vinho. A bebida virou ouro. Morto de fome e sede, Midas suplicou a Deus que lhe tirasse o poder. Foi atendido. Mas a história ficou na língua. Toque de Midas significa saber criar riquezas.

#### **5) A Pedra de Sísifo**

Sísifo só queria se sair bem. Traia os amigos. Mentia pra mãe. Trapaceava a mulher. Um dia, soube que ia morrer. Achou má idéia. A saída era passar a morte pra trás. Quando a indesejada chegou, ele a distraiu. Conversou. Riu. Contou piadas. Num vacilo, ele a prendeu. O mundo ficou superpovoado em pouco tempo. Numa distração dos guardas, a morte escapou. Começou a trabalhar sem perda de tempo. Sísifo foi o primeiro contemplado. Ao chegar ao outro mundo, pediu pra voltar. (Tinha de apanhar algo muito importante.) Solto, não mais apareceu. Muito depois, tornou a morrer. Recebeu, então, um senhor castigo: levar um baita bloco de pedra até o alto da montanha. Mas a pedra não pára. Quando ele chega lá, a pedra rola. Ele a carrega de novo. A pedra torna a rolar. O coitado faz isso até hoje. É o castigo de Sísifo.

# Desafios éticos do juiz brasileiro

José Renato Nalini\*

O Judiciário brasileiro foi chamado a exercer um protagonismo crescente a partir das últimas décadas do século passado. Contribuiu para isso o fenômeno universal da *judicialização da política* ou da *politização da Justiça*. Mas não é essa a única explicação possível. A situação nacional contribuiu para intensificar a atuação judicial e para trazê-la a uma exposição insólita.

## A Constituição de 05/10/1988

Um dos fatores mais nítidos dessa transformação foi o advento de uma Constituição que abandonou velhos paradigmas. A Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988 foi chamada “Constituição Panacéia”, porque pretendeu resolver todos os problemas nacionais. Promulgada após longo período de autoritarismo, foi considerada a solução para as grandes questões brasileiras.

O desprestígio dos demais poderes — um Executivo agigantado e onipotente, um Legislativo subserviente à vontade presidencial — canalizou todas as esperanças para o Judiciário. O menos corrupto dos Poderes herdou enormes responsabilidades a partir de 1988. A Constituição brasileira de 1988 foi aquela que mais acreditou no juiz. Criou instrumentos de ampliação do acesso à Justiça e mecanismos de macrorresolução dos conflitos.

O próprio Judiciário, como instituição, não estava preparado para assumir tais dilatadas responsabilidades. Manteve-se institucionalmente distanciado dos clamores e das aspirações. Foi reservado, comedido, módico em iniciativas implementadoras da nova realidade constitucional.

Instrumentos de ilimitado alcance foram esvaziados, como o mandado de injunção. A Reforma do Judiciário, que se desejava profunda e estrutural, permaneceu quase treze anos no Congresso, sem grande

interesse da própria Justiça no sentido de sua ultimação.

Todavia, a Constituição estava a vigor e suscitou o exercício de uma nova criatividade por parte de alguns magistrados. Embora oriundos de uma formação jurídica arcaica, conservadora, no mais ortodoxo e dogmático positivismo, os juízes encontraram uma Carta instigante. A Constituição é do tipo dirigente e principiológica. Em lugar da rigidez da lei, biunívoca — vale ou não vale — ela acolheu princípios. Muita vez antagônicos. Pôs em questão a tutela da privacidade e da intimidade, mas garantiu a transparência como um dos valores básicos da Democracia. Protegeu a propriedade, mas submeteu-a ao cumprimento de sua função social. Ampliou a liberdade de expressão, mas igualmente assegurou o direito à responsabilização por danos materiais e morais dela resultantes.

A formação jurídica tradicional se submetia à lógica da subsunção. A explicação silogística da dicção da sentença mostrou-se superada com o advento de uma Constituição principiológica. Os princípios não se submetem à equação do silogismo, nem atendem à regra da subsunção. Princípios podem ser otimizados e aceitam o exercício da ponderação. Regras conflitantes se repelem. Princípios podem conviver.

A interpretação constitucional passou a permitir uma amplitude de atuação jurisdicional com que a velha Magistratura não estava acostumada. Até para os mais positivistas, a figura da pirâmide do ordenamento tem no seu ápice a Constituição. Esta é fundamento de validade de toda a infranormatividade. E um pacto pre-nhe de princípios, rico de perspectivas, pleno de promessas, foi um campo de atuação propício ao desenvolvimento de várias modalidades de ativismo judicial.

## A falência da lei

Outra vertente contribuiu para essa conversão do juiz em agente de transformação.

O Parlamento moderno perdeu sua condição de elaborar leis com o grau de perfectibilidade desejável. Primeiro, diante da complexidade contemporânea. O conhecimento e a ciência avançam com rapidez insus-

\* Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, integrante da Primeira Câmara de Direito Público, da Câmara Especial de Direito Ambiental e do Órgão Especial da Corte, como membro eleito nas primeiras eleições após a Emenda Constitucional 45/2004.

cetível de paralelo no processo legislativo clássico. A sociedade muda muito depressa e a elaboração das leis é caminho lento e tortuoso.

Em segundo lugar, o legislador deixou de ser o formulador de regras abstratas e gerais de conduta adequadas à condução da sociedade na consecução do bem comum. Elegem-se, de preferência, representantes de setores muito bem definidos. Tais legisladores defenderão, no Parlamento contemporâneo, os interesses de tais setores, aos quais tributam sua eleição. Nem sempre os interesses localizados coincidem com os interesses da Nação.

A lei que hoje se edita é uma resposta ambígua, tópica, pontual, para problemas muito específicos. Fruto de compromisso possível entre setores que se digladiam na busca de espaço maior na luta pelo poder. Essa lei imperfeita nunca permitiria uma aplicação literal por parte do juiz. Para poder implementá-la, ele completa o trabalho do legislador. Passa a legislar supletivamente, sob pena de não conseguir aplicar o ordenamento.

A capacidade de produção legiferante é reduzida. É por isso que o Executivo começa a legislar profusamente. Precisa enfrentar questões inesperadas e não pode se submeter ao tempo do Legislativo. E aquilo que deveria ser exceção — a edição das Medidas Provisórias — passa a ser a regra. O Executivo legisla mais do que o Legislativo.

Para suprir essa deficiência institucional, o Legislativo migra para o exercício de funções anômalas. Prioriza a investigação, a fiscalização do Executivo e se converte num órgão julgador.

Diante da realidade paradoxal de um Executivo que legisla, de um Legislativo que julga, o Judiciário é acusado de administrar. No Brasil, a possibilidade de concessão de liminares, medidas urgentes e satisfativas da prestação jurisdicional invocada, torna o juiz alguém que interfere decisivamente nas políticas públicas. O elenco de prerrogativas outorgadas ao juiz para influenciar a administração foi acrescido com a figura da *antecipação de tutela*, que é modalidade de adiantamento — *in limine* — da decisão final.

Essa a situação brasileira, num quadro evidentemente simplificado e quase caricatural. Todavia, suficiente a propiciar uma reflexão em torno à relevância que a ética judicial assumiu nestas últimas décadas.

## A seleção de juízes

O Brasil optou pelo concurso público de provas e títulos para selecionar a maior parte de seus juízes<sup>1</sup>. A magistratura de carreira é recrutada por um sistema de provas de conhecimento. Participa do concurso, em todas as suas fases, um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, para conferir transparência ao processo.

A opção do concurso é considerada satisfatória por preencher duplice requisito. É uma forma *democrática* de seleção, pois todos os bacharéis em Direito podem concorrer e também é *aristocrática*, no melhor sentido da expressão: apenas os mais talentosos serão aprovados.

Ocorre que o concurso tem sido realizado de maneira a privilegiar o conhecimento teórico. Examina-se o candidato sob a ótica de sua capacidade de memorização. Insiste-se na acumulação de conhecimentos e a sabedoria exigida é tradicional: o domínio da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

Isso garante o ingresso na Magistratura de uma juventude tecnicamente preparada. Aliás, preparada intensivamente por cursos especializados que, na verdade, dominam a técnica da preparação. A identidade das estratégias de recrutamento, reiteradas há muitas décadas, permitem o treino intensivo dos candidatos. Basta estimular a capacidade mnemônica e o êxito estará assegurado.

Uma seleção baseada na capacidade de acumulação de informações não garante à Magistratura o acesso dos mais éticos, dos vocacionados, dos experientes, dos possuidores de capacidade de trabalho e de consciência institucional.

Esse o drama do concurso público de provas e títulos. Drama que a resistência dos conservadores

<sup>1</sup> A nomeação para os Tribunais Superiores é privativa do Presidente da República, que submete o nome ao referendo do Senado Federal. Após uma sabatina do indicado pelo Senado, o Presidente da República o nomeia e ele se torna magistrado vitalício. Existe ainda o “quinto constitucional”. Um quinto (20%) dos Tribunais é integrado por advogados experientes e por membros do Ministério Público. Esse “quinto” se torna um “terço” no Superior Tribunal de Justiça, a Corte encarregada de unificar a aplicação do direito federal em toda a Federação. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a Corte máxima da Nação, procedem de várias origens. O Presidente da República tem a liberdade de indicá-los, desde que possuam mais de 35 anos, formação jurídica e reputação ilibada.



impede reversão. O constituinte de 1988 já tentou reverter esse quadro. Inseriu na Constituição alguns dispositivos destinados a converter a Magistratura numa instituição mais ética, mais crítica, mais próxima ao povo e às legítimas aspirações do povo por uma Justiça mais humana e menos dele distanciada<sup>2</sup>.

Desde 1988, não sobrevieram os cursos oficiais de preparação, durante os quais os atributos pessoais dos candidatos a juiz poderiam ser aferidos. Com o advento da Reforma do Judiciário em 2004, o constituinte renovou a mensagem, agora com redobrada ênfase. Há esperança de que a Enfam — Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, hoje confiada à maior Corte de Justiça a que pode aspirar um integrante da Magistratura — o Superior Tribunal de Justiça — venha a corrigir as falhas de um recrutamento que produziu bons frutos, mas que merece ajustar-se às exigências contemporâneas.

É essencial que uma permanência nas Escolas da Magistratura constitua *fase imprescindível do concurso de ingresso*. Só com o acompanhamento próximo do candidato a juiz é que se poderá aferir sua vocação, seu sentido ético, sua capacidade de trabalho, sua conduta, seu equilíbrio e outras qualidades que um concurso priorizador da memória não chega a detectar.

## A Reforma do Judiciário

A Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, trouxe a tão esperada Reforma do Poder Judiciário, em trâmite pelo Congresso desde 1992.

Não foi a profunda reforma estrutural desejada pelos mais lúcidos. De qualquer forma, trouxe a sinalização de que o povo brasileiro quer outra Justiça. Uma Justiça mais eficiente, sem o exagero do *eficientismo*. Uma Justiça mais preparada e consciente de sua responsabilidade histórica. Uma Justiça que, para come-

çar, remova a única deficiência consensualmente reconhecida por todos: a intolerável lentidão.

A preocupação do constituinte derivado com a lentidão da Justiça está presente em vários dispositivos da Emenda. Foi acrescentada, à longa enunciação do art. 5º, uma nova categoria de direito fundamental: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

O constituinte quer mais maturidade do juiz brasileiro, pois exigiu 3 anos de experiência jurídica<sup>3</sup> para que o candidato se inscreva em concurso de ingresso. Renovou a pretensão de que o magistrado seja operoso e produtivo, pois a aferição do merecimento se dará conforme o desempenho e pelos critérios objetivos da produtividade e presteza no exercício da jurisdição<sup>4</sup>. Manteve o requisito da frequência e do aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento<sup>5</sup>. Vedou a promoção do juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão<sup>6</sup>.

Enfatizou a necessidade da formação continuada, desde a preparação até o último estágio de permanência na carreira<sup>7</sup>. Criou a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, com a função de regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira<sup>8</sup>.

Prevenido pela circunstância de que, desde 1988, o Judiciário não atendeu a tais reclamos, criou o Conselho Nacional de Justiça, com a vocação de *controle externo* da Magistratura brasileira<sup>9</sup>.

Foi a *reforma possível*, considerada a heterogeneidade dos interesses, a sofisticada estrutura da Justiça brasileira, com duas justiças comuns — a Estadual e a Federal — e três justiças especiais: laboral, militar e eleitoral. Além da presença do Ministério Público, alçado à condição de verdadeiro *supra poder* a partir de 1988

<sup>2</sup> A Constituição de 1988 previu aferição do merecimento do magistrado para fins de promoção, pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento (alínea c do inciso II do art. 93) e previu cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira (inciso IV do art. 93). A mensagem do constituinte era clara: existe necessidade de *preparação* — sempre prévia ao concurso — para alguém se tornar juiz. E a condição de juiz não dispensa o profissional de atualização permanente, na adequada concepção de formação continuada.

<sup>3</sup> Art. 93, I, com a redação da Emenda 45/2004.

<sup>4</sup> Art. 93, II, c, com a redação da Emenda 45/2004.

<sup>5</sup> Idem, ibidem.

<sup>6</sup> Art. 93, II, e, com a redação da Emenda 45/2004.

<sup>7</sup> Art. 93, IV, com a redação da Emenda 45/2004.

<sup>8</sup> Art. 105, parágrafo único, I e 111-A, § 2º, I, com a redação da Emenda 45/2004.

<sup>9</sup> Art. 103, b, com a redação da Emenda 45/2004.

e a influência crescente da Ordem dos Advogados do Brasil, hoje com mais de *um milhão de advogados credenciados* em todo o país.

## A ética do juiz brasileiro

Poder-se-á indagar: e a ética do juiz brasileiro?

O juiz brasileiro não dispõe de um Código de Ética<sup>10</sup>, mas os preceitos éticos estão disseminados na Constituição, nos Códigos e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Não é difícil extrair significados éticos para os preceitos fundantes. Ao reclamar um juiz operoso, produtivo, diligente, que resida na comarca, interessado em atualização contínua, o constituinte está a propor um perfil eminentemente *ético* para o magistrado brasileiro.

A Lei Orgânica da Magistratura exige a *virtude* como dever legal do juiz brasileiro. Pois ao estabelecer os deveres do magistrado, encerra o rol exemplificativo com o eloqüente comando: *manter conduta irrepreensível na vida pública e particular*<sup>11</sup>. Ora, o que é a *irrepreensibilidade*, senão a qualidade ou o caráter de irrepreensível? E irrepreensível é o sem mácula, escoreito, perfeito, que não dá margem a repreensão ou censura.

Não é por falta de lei que não se concede à ética judicial a relevância devida. Relevância crescente

<sup>10</sup> Ao redigir a “Proposta Concreta para a Reforma do Judiciário”, propus ao então relator da Reforma do Judiciário, o Deputado Jairo Carneiro, a inserção de um inciso destinado a conferir ao STJ — Superior Tribunal de Justiça — a elaboração do Código de Ética do Juiz Brasileiro. A proposta não foi aceita na redação do substitutivo final da reforma. Mas o Conselho Nacional de Justiça optou por elaborar um projeto, ora submetido à avaliação e reflexão de todos os interessados a discutir-lo.

<sup>11</sup> O art. 35 da Lei Complementar Federal 35, de 14/03/1979 dispõe: São deveres do magistrado: I – cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II – não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV – tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; V – residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI – comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão; e não se ausentar, injustificadamente, antes de seu término; VII – exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII – manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

diante do destroço moral em que imersa considerável parte das instituições políticas no Brasil deste início de século.

O juiz ético saberá assimilar as mensagens normativas da Reforma do Judiciário e investirá numa carreira imersa no aprendizado contínuo. Mas aprendizado não meramente técnico ou teórico, mas aprendizado para administrar conflitos e angústias. Aprendizado para solucionar os problemas postos pelas partes. Aprendizado que envolve o autoconhecimento, para melhor dominar suas deficiências e para investir nos seus talentos.

A verdadeira reforma do Judiciário é a reforma da consciência. Sem uma consciência ética, de nada adiantará a melhor das Constituições e a mais perfeita entre as leis.

## O paradoxo ético do juiz brasileiro

O juiz brasileiro vive momento paradoxal. A crise política atinge a vida pública e contamina as instituições. Há um sentimento generalizado de desalento e descrença. A juventude, principalmente, sente-se frustrada e convencida de que não há espaço para a moralidade na esfera estatal.

O juiz integra a sociedade e não passa incólume a essa sensação de descrença. Sente-se cobrado e, quanta vez, impotente para refrear a cupidez e paralisar o ciclo dos desmandos.

Simultaneamente, parcela significativa da comunidade reconhece no Judiciário o guardião das promessas do constituinte. Quando desmoronam os pilares das certezas, dos valores, da suficiência da lei e da operosidade da razão, resta fortalecida a simbologia da Justiça.

Diante de uma sociedade que parece haver perdido o sentido da moral, o juiz parece encarnar o que resta da moralidade maltratada.

Confia-se no Judiciário como a última alternativa. Daí a multiplicação das demandas, a busca do justo concreto sob suas várias exteriorizações, o recurso à Justiça em crise como fenômeno que não se pode negar.

Entre os frangalhos institucionais de um aparelho estatal desprestigiado, emerge a Justiça como esperan-



ça de retempero da vida social. Depende da postura do juiz encarar o desafio ou somar-se ao passivo do crédito coletivo.

Terá o juiz consciência da missão que estes tempos a ele reservaram? As instituições, até o momento, não se deram conta disso e nem se preocupam com a formação de um profissional polivalente, apto a superar dificuldades, hábil ao navegar incertezas, pronto para reconhecer que suas competências já não se mostram satisfatórias diante da complexidade da vida.

Formação técnica distanciada de uma profunda reflexão e vivência ética de nada servirá para garantir a sobrevivência da Justiça. Esta poderá subsistir como instância burocrática, eficiente ao legitimar a ficção democrática e garantir a manutenção do *statu quo*. Nunca assumirá a missão redentora de pacificar, de harmonizar e de sinalizar à sociedade carente de valores os signos distintivos de uma civilização em marcha.

Enorme a responsabilidade dos que têm a missão de formar os futuros juizes. Dependerá da consciência desses formadores incutir na mocidade sequiosa de bandeiras, não de farrapos, desejosa de valores e padrões, cansada de falsos líderes, a força e a vontade de reagir.

É urgente reabilitar a ética. Palavra tão utilizada em todos os discursos e semanticamente comprometida. Todavia, essencial à caracterização do juiz do futuro.

Não padece a Magistratura de falta de erudição. Ao contrário, erudição em excesso pode mascarar a produção massiva de injustiças. Um povo que já convive com o crescimento da miséria e da exclusão, que sofre com a mais perversa distribuição de rendas do mundo, com a mais injusta carga tributária e com os juros mais elevados do planeta, merece um juiz confiável.

Entre as quatro idoneidades salientadas por Rodolfo Luis Vigo para o juiz de hoje — a física-psicológica, a técnico-jurídica, a gerencial e a ética<sup>12</sup> — ousaria afirmar que esta última é a mais importante. Um juiz ético, ainda sem estímulos ou a despeito das vicissitudes que atormentam a função judicial em nossos pa-

ises, cuidará de manter-se física e psicologicamente hígido, de se aperfeiçoar técnico-juridicamente e de investir em sua capacidade gerencial. Já o juiz desprovido de ética, por mais aquinhoado que seja nas outras idoneidades, longe estará de se converter em artífice da harmonia e da paz.

Harmonia e paz que nunca deixaram de habitar o recôndito das mais profundas aspirações do homem.

## Onde foi parar a ética?

A sociedade brasileira mergulhou numa crise permanente de valores. A derrocada da família, a redução da importância da Igreja, a falência da Escola, tudo isso veio a caracterizar uma era em que o egoísmo prepondera. Materialismo, consumismo, narcisismo, individualismo exacerbado não podem conviver pacificamente com a ética.

O que ocorreu?

Houve descuido dos pensadores e das pessoas capazes de transformar o mundo em relação à filosofia. Por que se abandonou a filosofia? Por que ela não solucionava problemas. Ela problematiza. Ela angustia. Recorrentes as indagações: — *Por que nasci? O que estou fazendo no planeta? Por que morro sem pedir e para onde vou depois da morte? Haverá vida depois da morte?*

A filosofia impõe às pessoas um encontro com a finitude. Tira delas a aparente imortalidade. Age-se, no mundo contemporâneo, como se todos fossem viver eternamente. É tabu falar da morte.

Ora, a filosofia tem uma tríplice divisão em seu conteúdo. Ela fala sobre a inteligência do que é — a teoria. Contempla a *sede de justiça*, que é a ética. Procura a sapiência ou a salvação: a sabedoria. Tanto que, utopicamente atingida a sabedoria, ninguém mais precisaria ser seu *amigo*, tradução do filósofo. Estaria descoberto o caminho da salvação.

No momento em que se lançou fora a filosofia, pois ela faz enfrentar o problema do efêmero, da morte que é o único encontro marcado, a mais democrática das ocorrências, jogou-se com ela a ética. Por isso o mundo tem dificuldades em reencontrar essa ciência do comportamento moral do homem em sociedade e de se ajustar a parâmetros morais.

<sup>12</sup>VIGO, Rodolfo Luis. “Ética Judicial e Interpretação Jurídica”, no prelo em *Quaestio Iuris* n. 2, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro.

Cumpra ao mundo jurídico — e nele, principalmente ao juiz, reencontrar esse caminho. Dissolva o divórcio, restaure a aliança entre a técnica e a filosofia. E o mundo ganhará se todos formos mais éticos.

# Questões fundamentais de defesa do acusado em sindicância ou processo administrativo disciplinar no regime da Lei 8.112/1990

Antonio Carlos Alencar Carvalho\*

Os servidores públicos investidos em cargo efetivo ou em comissão sujeitam-se a um conjunto de regras de conduta no exercício da função pública, as quais são constituídas de deveres e proibições legalmente capitulados, que formam um *regime disciplinar*, destinado à preservação dos parâmetros de conduta funcional, cujo descumprimento confere à Administração Pública o exercício do poder-dever de punir os transgressores com as penalidades previstas em lei: advertência, suspensão, multa, destituição de cargo ou de função em comissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e demissão (arts. 127, I a VI, e 130, § 2º, Lei 8.112/1990).

A infração disciplinar constitui exatamente o comportamento irregular do servidor público, atentatório da disciplina no exercício da função pública.

O poder disciplinar estatal, todavia, não mais pode ser exercitado sumariamente (o instituto da verdade sabida não foi recepcionado pelo disposto no inciso LV do art. 5º da Carta de 1988), mas sempre com o respeito ao *devido e prévio processo legal*, com a instauração de *sindicância punitiva* (para aplicação de penalidades de advertência ou até 30 dias de suspensão: art. 145, II, Lei 8.112/1990) ou *processo administrativo disciplinar*, para aplicação de penas de suspensão de mais de 30 dias e demais sanções não comportadas na sede do procedimento sindicante (art. 146, Lei 8.112/1990).

Cumprido, em face disso, apresentar algumas questões fundamentais de defesa na sindicância punitiva ou no processo administrativo disciplinar, sob o ponto de vista do controle da consentânea validade formal.

## 1 Prescrição da pretensão punitiva antes da abertura do procedimento sindicante ou do processo administrativo disciplinar

Primeira questão a ser observada é se a instauração do processo administrativo disciplinar ou da sindicância apenadora, na data de publicação da portaria ou decreto pertinente, não se verificou após já estar prescrito o direito de o Estado punir a infração administrativa. Se adrede decorridos mais de cinco anos do conhecimento da irregularidade pelo órgão administrativo competente, descabe a abertura de feito sancionador, por força do óbice prescricional.

Se o fato apurado se enquadra em falta estritamente disciplinar, passível de penas de *suspensão* ou *advertência*, o lapso temporal entre o conhecimento do fato pela Administração Pública e a instauração do feito punitivo reduz-se e não poderá ser superior a 2 anos e 180 dias, respectivamente (art. 145, II e III, § 1º, Lei 8.112/1990).

Em se tratando de comportamento enquadrado como crime contra a Administração Pública (arts. 312 a 326, Código Penal – CP e legislação extravagante, como Lei 6.766/1979), os marcos cronológicos prescricionais serão os definidos no Estatuto Criminal (art. 142, § 2º, Lei 8.112/1990, e art. 109, CP) – observadas algumas condições pela jurisprudência (vide nota 15). Uma vez decorrido o intervalo temporal máximo, estará prescrita a pretensão punitiva e findo o direito estatal de a transgressão funcional render apuração e punição contra o servidor público.

Destaque-se que a *mera abertura de sindicância puramente investigativa, em cujo fim não se aplica punição ao servidor investigado, não interrompe o fluxo do prazo prescricional, efeito somente alcançado em caso de sindicância-processo, de natureza apenadora*, na esteira da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça.

\* Procurador do Distrito Federal, Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, pós-graduando em Direito Público e Advocacia Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, ex-servidor da Justiça Federal/DF.

## 2 Impedimento e suspeição dos membros do colegiado sindicante ou processante

A sindicância e o processo administrativo disciplinar deverão ser processados somente por *comissão* (art. 149, § 2º, Lei 8.112/1990), integrada por três servidores estáveis, cujo presidente, pelo menos, deverá ostentar nível hierárquico ou grau de escolaridade igual ou superior ao do acusado.

*Os componentes do conselho processante devem ser imparciais, insuspeitos e desimpedidos.* Lamentavelmente, a praxe administrativa e os precedentes de controle jurisdicional de legalidade do processo administrativo disciplinar revelam que não é raro o manejo dessa espécie de feito punitivo pela Administração Pública sem justa causa, à míngua do efetivo cometimento de falta funcional pelo servidor acusado, senão como exercício desvirtuado da finalidade pública própria do instituto, com o propósito de satisfação do ânimo de vindita ou abuso de poder por parte das autoridades administrativas hierarquicamente superiores ou por integrantes de comissões contra infelizes subordinados ou colegas perseguidos.

Por isso que o ordenamento jurídico federal se preocupou em regular as hipóteses de suspeição e impedimento no processo administrativo disciplinar. *Dar-se-á a suspeição dos membros de colegiados processantes ou sindicantes:* se forem inimigos ou amigos íntimos do acusado, ou dos respectivos cônjuges, companheiros ou parentes até o terceiro grau (art. 20, Lei Geral de Processo Administrativo da União: Lei Federal 9.784/1999).

*O impedimento ocorrerá se os servidores que formam o conselho disciplinar:* a) tiverem interesse no assunto que deflagrou o feito apenador; b) estiverem litigando judicial ou administrativamente com o processado; c) tiverem sido os autores da denúncia da irregularidade (representantes), ou tiverem elaborado perícia na fase de sindicância ou processual sobre a matéria dos autos, além de terem sido ouvidos como testemunhas no feito sindicante ou no processo disciplinar realizado por anterior comissão; d) forem parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro do servidor acusado (art. 149, § 2º, Lei 8.112/1990, c.c. arts. 18 a 20 e 69 da Lei Federal 9.784/1999).

*Os servidores que, em sindicância investigativa prévia, concluíram pelo cometimento de infração disciplinar pelo servidor investigado não podem ser novamente designados para atuar no processo administrativo disciplinar,* porquanto já formaram convencimento pela culpabilidade do acusado, de forma que não mais atendem os pressupostos de isenção e imparcialidade (art. 150, *caput*, Lei 8.112/1990), entendimento jurisprudencial dos Tribunais Regionais Federais da Primeira Região (AG 2005.01.00.064319-5/DF, 2ª Turma, julgamento em 17/05/2006) e da Quarta Região (REO 12072, Processo: 200004010650490/PR, 4ª Turma, decisão de 17/10/2000).

Pela mesma razão, *os integrantes do conselho processante que elaboraram, previamente, indicição e relatório pela punição do processado não podem ser renomeados para coleta de provas adicionais, no caso de a autoridade julgadora converter o julgamento em diligência,* com a necessária designação de novo trio instrutor, haja vista que a tendência seria de antecipada manutenção da opinião já declinada conclusivamente acerca da responsabilidade do indiciado pelos componentes do colegiado anteriormente indicado, os quais, ao subscreverem essas peças acusatórias, formaram peremptoriamente seu convencimento sobre a culpabilidade do servidor.

Não poderiam, depois disso, agir com absoluta independência e liberdade para, com a reabertura da fase instrutória, reapreciar os novos elementos probatórios colhidos à luz dos já existentes e redigir nova peça de indicição e relatório pela eventual absolvição, porque, para isso, teriam que contrariar dezenas ou até centenas de laudas que subscreverem e motivaram, com rigor, contra o acusado, sem falar na hipótese comum de, nessa hora, já haver um natural desgaste entre o colegiado instrutor e o funcionário, decorrente dos atritos advindos de destemperos e até agressões verbais nas razões defensórias escritas apresentadas contra a peça indiciatória lavrada, o que pode levar a comissão a considerar a punição do indiciado uma “questão de honra” e um objetivo que guiará os motivos e fundamentos expressos nas peças oficiais submetidas à autoridade julgadora, o que decerto prejudica o ideal de sobriedade e isenção administrativas.

## 2.2 Requisitos das autoridades instauradora e julgadora

As mesmas hipóteses preditas supra se aplicam à autoridade que determina a abertura do feito ou que o julga, também dos agentes públicos que emitem parecer nos autos. São nulos os atos praticados por agentes públicos suspeitos ou impedidos, o que pode acarretar a nulidade de eventual punição aplicada.

## 3 Garantias do acusado que devem ser respeitadas pela comissão de processo administrativo disciplinar na instalação e instrução processual

Como reflexo das garantias do contraditório e de ampla defesa (art. 5º, LV, Constituição Federal de 1988), *o servidor tem o direito de ser citado para que tome ciência dos fatos objeto do processo administrativo disciplinar, de obter cópias dos documentos que compõem os autos, bem como do teor da sindicância investigativa, se previamente instalada, prerrogativas asseguradas em lei (art. 3º, II, Lei. 9.784/1999).*

Conquanto vigore orientação jurisprudencial no sentido de que a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar não deve expor os fatos objeto de censura e que deflagraram a abertura do feito punitivo, mas somente quando elaborada a indicição, afigura-se possivelmente prejudicado o efetivo exercício do direito de ampla defesa e contraditório ao longo da instrução processual, já que o acusado não tem precisa e pormenorizada ciência, em muitos casos, sobre as causas da instauração do processo apenador, modo pelo qual também não terá plenas condições de averiguar quais meios probatórios são úteis ou pertinentes para repelir a pretensão acusatória oficial.

Ora, *se o processo disciplinar é instituído para o oferecimento de acusação de fato certo, cuja autoria e materialidade já estão definidas* (do contrário deveria ser aberta sindicância para apuração pertinente), não se compreende o porquê de a Administração não expor os elementos fáticos constitutivos da falta disciplinar imputada.

Não se admite que o feito se torne em um instrumento de devassa e perseguição da vida funcional inteira do acusado, uma “carta branca” para encontrar

algo que deponha contra o servidor e justifique uma punição qualquer. A instauração do processo sancionador administrativo não pode ser um pretexto para punir de alguma forma, mediante acusações montadas artificialmente, determinado funcionário antipatizado, nem como meio de dificultar a defesa pela sonegação de informações e teses acusatórias. *Não se trata de procedimento inquisitorial, mas de processo contraditório, em que vigoram os mandamentos da lealdade e da boa-fé processual* (art. 4º, II, Lei 9.784/1999), *dos quais deriva a exigência de verídica e clara exposição do pensamento da acusação e da defesa.*

### 3.1 Direito de requerer a produção de provas e formalidades

O acusado pode requerer a produção de provas (art. 156, *caput*, Lei 8.112/1990; art. 38, *caput*, Lei 9.784/1999) e se lhe franqueia estar presente nas reuniões da comissão processante ou ser cientificado das deliberações ali adotadas. Não se pode tolerar mais as reuniões “a portas fechadas”, secretas, do colegiado instrutor, às quais se tolhe o acesso do acusado ou seu advogado. Vigora o princípio da publicidade na Administração Pública, devendo o sigilo processual ser oposto perante terceiros até o julgamento, mas não diante do servidor processado ou seu defensor.

O acusado tem o direito de nomear advogado como seu procurador e defensor no feito (art. 3º, IV, Lei 9.784/1999), providência fundamental na sede do processo administrativo sancionador, haja vista que amiúde o servidor público, deixando de atribuir a gravidade e importância do feito punitivo, sem dispor da indispensável formação jurídica, assume o ônus de patrocinar sua própria defesa (quando não deixa o feito correr à sua revelia) e é surpreendido com a publicação da penalidade disciplinar, não raramente sua demissão ou a cassação de sua aposentadoria.

Além do direito de propor a colheita de prova testemunhal, *o processado deve ser notificado, com pelo menos três dias úteis de antecedência* (art. 26, § 2º, Lei Federal 9.784/1999), *para comparecer às audiências de inquirição de testemunhas*, porquanto o colegiado oficial deve proporcionar certo tempo para preparação da defesa no ato processual, e não prejudicar a atividade defensoria mediante manobras de súbita intimação para a prática de atos processuais.



Faculta-se ao acusado ou a seu defensor contraditar os depoentes suspeitos e apontar-lhes a falta de isenção para prestar depoimento como testemunhas compromissadas, lançando, em ata, as razões pertinentes.

É prerrogativa da defesa reinquirir as testemunhas após as perguntas da comissão. O indeferimento desmotivado de questões, quando acarretar prejuízo para o acusado, poderá implicar a nulidade relativa do ato processual e da eventual sanção imposta ao fim do processo disciplinar, se embasada no meio probatório viciado.

### 3.2 Direito de fiscalizar as provas colhidas pela comissão oficial

O acusado pode formular protestos e exigir a transcrição em ata de questões indeferidas pelo presidente do colegiado disciplinar e deve fiscalizar a reprodução das respostas das testemunhas na ata de audiência, porquanto *os registros devem corresponder à fidedigna expressão do depoimento*, na forma capitulada no Código de Processo Penal (art. 215), subsidiariamente aplicável ao processo administrativo disciplinar (entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos; do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: APC 3331294/DF, DJU de 20/09/1995, p. 13.381; e do Tribunal de Contas da União: decisão 358/1998).

Não se pode admitir a praxe de o presidente do conselho instrutor proceder a um longo questionário informal da testemunha e somente depois escolher o que achar mais conveniente para fazer constar da ata de audiência, às vezes só no que pertinente às teses acusatórias, o que viola o princípio do devido processo legal e de imparcialidade e impessoalidade das atividades administrativas.

*O funcionário processado e seu advogado podem reclamar e se recusar a assinar ata de audiência, cujas transcrições dos depoimentos se encontrem em manifesto desacordo com a realidade*, formulando petição de protesto nesse sentido o mais rapidamente possível (art. 7º, XI, Lei 8.906/1994), ou até mesmo, em último caso, retirarem-se da sala de audiência nessas situações, diante da insistência do conselho disciplinar em violar o dever legal de fidedignidade na reprodução das oitivas, sob pena de a assinatura consumir a ilegalidade, pois, dian-

te da autoridade julgadora ou das instâncias superiores da Administração Pública, ou mesmo em sede de controle jurisdicional, prevalecerá o termo subscrito pelo colegiado, pela testemunha e pela defesa.

Nada obsta que a defesa ainda promova representação à autoridade superior competente em caso desse tipo de comportamento ilegal e imoral dos membros da comissão processante.

O processado detém a prerrogativa de acompanhar diligências, inspeções, de conhecer o conteúdo de documentos colacionados aos autos pelo trio disciplinar, formular quesitos para perícia e falar do laudo pericial, impugnando respostas fundamentadamente (art. 156, *caput*, Lei 8.112/1990; art. 38, *caput*, Lei 9.784/1999), propor acareações, requerer a exibição de documentos, dentre outros meios instrutórios.

Consigne-se que *o reconhecimento pessoal do acusado não pode ser realizado*, como sói verificar-se na praxe de alguns órgãos administrativos, *na audiência de testemunhas* (perguntando-se ao depoente se reconhece o servidor porventura presente durante a inquirição como o autor da infração administrativa apurada), mas seguir os procedimentos subsidiariamente aplicáveis do Código de Processo Penal, com a colocação de pessoas assemelhadas para visualização do particular ou vítima que realizará o reconhecimento, cabendo reclamação oral ou por escrito, mediante consignação na ata de audiência.

### 3.3 Privilégio contra a auto-incriminação

Também é prerrogativa constitucional do funcionário (privilégio contra a auto-incriminação), quando do interrogatório (que deve ser realizado somente no fim da coleta das demais provas), deixar de responder a perguntas incriminadoras ou que possam acarretar-lhe prejuízo próprio ou à sua família, além de que o direito positivo assegura que o silêncio do acusado não poderá ser interpretado em seu desfavor, nem caracterizar confissão (art. 186, *caput* e parágrafo único, Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/2003).

### 3.4 Interrogatório no término da instrução

*Se o acusado tiver sido ouvido na fase de sindicância ou no início do processo administrativo discipli-*

nar, é seu direito ser interrogado novamente ao fim da instrução, sob pena de cerceamento de defesa, segundo tendência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça<sup>(1)</sup>.

Corroborando Léo da Silva Alves (Processo disciplinar passo a passo, Brasília Jurídica, 2ª ed., 2004, p. 185):

“Se o interrogatório fosse no início da instrução, ficaria prejudicada a sua manifestação, uma vez que não poderia questionar ou impugnar as provas futuras” (...) no interrogatório, é possível que o acusado consiga dirimir todas as dúvidas. Os fatos podem restar esclarecidos ao seu favor. Se a dispensa decorreu da negligência da autoridade processante, o processo está mortalmente ferido.”<sup>(2) (3)</sup>

*Ajunte-se que a ausência de interrogatório é inaceitável acinte ao devido processo legal e à garantia de ampla defesa e contraditório, implicante da nulidade processual.* Trata-se de ato processual em que o acusado pode, conhecendo o inteiro teor das provas colhidas pelo colegiado oficial, apresentar suas justificativas e razões defensórias orais pessoalmente ao colegiado instrutor, sendo, outrossim, o momento em que a comissão deve expor seus pontos-de-vista sobre os fatos apurados e externar eventuais conclusões censuradoras decorrentes do acervo probatório reunido, dando a conhecer ao servidor no que fundamenta o juízo acusatório, a fim de que possa haver a resposta e esclarecimento pelo funcionário. Não se pode admitir a deslealdade do conselho disciplinar de calar logo no ordinariamente último ato de instrução (salvo se deferido pleito fundado no art. 161, § 3º, da Lei 8.112/1990 ou se convertido o julgamento em diligência para coleta de provas complementares, por ordem da autoridade julgadora), que precederá a lavra de peça acusatória de indicição ou absolutória sumária (se o trio processante deixar de lavrar ato indiciatório, por considerar o acusado inocente ou não ser possível o exercício do direito de punir por outro motivo).

*Se houver a conversão do julgamento em diligência, em face de a autoridade julgadora considerar importante a coleta de novos meios de prova capazes de permitir uma decisão mais segura, o colegiado processante nomeado para esse fim deve lavrar novo ato de indicição, abrir prazo para razões escritas e elaborar novo relatório conclusivo, confrontando o teor das peças anteriormente redigidas com os elementos instrutórios complementares colacionados, aditando, confirmando ou modificando, no que couber, os dois atos da trinca*

oficial, à luz do conteúdo dos novos dados de instrução colhidos.

Conquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça proclamasse que o acusado não teria direito a reinquirir o interrogado (“A lei faculta ao procurador do acusado a reinquirição tão-somente das testemunhas (art. 159 da Lei 8.112/1990” - MS 8259/DF), tem-se, não obstante, que a superveniência da Lei Federal 10.792/2003, que deu nova redação ao art. 188, do Código de Processo Penal (o qual se aplica subsidiariamente ao rito do processo administrativo disciplinar) modificou esse entendimento: “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

Segue que o presidente da comissão de processo administrativo disciplinar poderá franquear oportunidade para que algum fato, ainda não esclarecido quando do término da inquirição pelo órgão oficial, possa ser elucidado mediante perguntas propostas pela defesa, respeitado o mister de pertinência e relevância das questões formuladas.

### 3.5 Nomeação de defensor *ad hoc* para atos de instrução

*O acusado que deixar de comparecer a atos instrutórios, dos quais também não participou seu advogado constituído, possui a prerrogativa de ter defensor “ad hoc” nomeado para o ato processual, sob pena de cerceamento de defesa, segundo a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>(4)</sup> e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região<sup>(5)</sup>.*

## 4 Indicição

A Lei 8.112/1990 estatui o seguinte: “Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.”

Depois de encerrada a produção de provas, a comissão processante apreciará os elementos hauridos nos autos e, se concluir pela culpabilidade do servidor, deverá elaborar peça acusatória intitulada *indicição* (art. 161, *caput*, L. 8.112/1990), a qual deve ser funda-

*mentada, estritamente, na objetiva, lógica e imparcial análise do conteúdo probatório do feito, com a descrição dos fatos e meios instrutórios que respaldam as conclusões pelo cometimento de infração disciplinar, seguida do devido enquadramento dentro das hipóteses legalmente descritas. É nesse momento que o quadro fático amparador das teses acusatórias deve ser explicitado, para ciência do servidor. É nula peça indiciatória que não contém a exposição dos fatos, das provas e respectiva tipificação legal, por cerceamento de defesa.*

A ausência de termo de indicição implica nulidade insanável no processo administrativo disciplinar.

Endossa José Armando da Costa:

O despacho de instrução e indicição, articulando os fatos e as provas contra o indiciado, estabelece os limites possíveis de sua condenação. De modo que nem a comissão poderá extravasar do contexto das acusações articuladas, nessa peça formal indiciatória, contra o servidor imputado. Se o servidor indiciado deve direcionar o seu esforço de defesa ao derredor das acusações que lhe são feitas no despacho de instrução e indicição, não será legítimo o julgamento da autoridade que o condene por fato não previsto em tal instrumento de conclusão indiciatória. Podemos, por conseguinte, elucidar que é nulo o processo disciplinar que contenha condenação que se funde em fato não sintetizado nessa peça acusatória.<sup>(6)</sup>

## 5 Defesa escrita

O servidor indiciado terá dez dias para apresentação de razões escritas de defesa, salvo se houver mais de um acusado, hipótese em que o prazo será dobrado (art. 161, §§ 1º e 2º, Lei 8.112/1990), contando-se do primeiro dia útil seguinte ao do recebimento do mandado expedido pelo presidente da comissão (art. 238, Lei 8.112/1990), ou da última publicação do edital no Diário Oficial da União ou em jornal de grande circulação local (art. 163, parágrafo único, Lei 8.112/1990).

*O acusado poderá requerer o sobrestamento do prazo de defesa para a produção de novas provas, em face do teor da peça de indicição, as quais deverão ser deferidas pelo presidente da comissão, salvo se forem protelatórias, impertinentes ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos (art. 156, § 1º, Lei 8.112/1990), sob pena de cerceamento de defesa no caso de indeferimento injustificado.*

*Os argumentos de defesa devem ser apreciados devidamente e confrontados com as provas dos autos (art. 38, § 1º, Lei 9.784/1999), sem margem para conclusões alheias ao estrito conteúdo processual. O servidor que, citado, deixar de apresentar defesa no prazo legal (revelia), deverá ter nomeado defensor dativo para o oferecimento de razões escritas.*

## 6 Relatório

No relatório, a comissão processante deve retratar fielmente o teor das provas colhidas, as teses acusatórias e os argumentos de defesa, apontando a existência de circunstâncias atenuantes em favor do acusado, além da natureza e gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público e os antecedentes funcionais (art. 128, Lei 8.112/1990). O colegiado deve concluir pela responsabilidade ou ino-cência do servidor processado e os dispositivos legais supostamente violados, remetendo os autos para julgamento.

*Não podem ser articuladas acusações de fatos novos no relatório, não externadas na indicição, sob pena de cerceamento de defesa (Tribunal Regional Federal da Quarta Região, REOMS 97.04.62230-9/SC, DJ de 02/08/2000), se não houver oportunidade de pronun-ciamento do acusado ou seu defensor sobre as novas increpações, antes do julgamento.*

Frisa Sebastião José Lessa:

“Tem o réu o direito de saber qual é a nova acusação, pois pode defender-se dela e lograr absolvição quanto à nova imputação” (...) na ocorrência da *mutatio libelli*, o acusado deve ser chamado a defender-se sobre a nova imputação.”<sup>(7)</sup>

De outra banda, *se houver o reenquadramento jurídico das acusações, tem despontado tendência jurisprudencial no sentido de que o indiciado tem, outrossim, o direito de se pronunciar previamente ao julgamento acerca da mudança de teses acusatórias, sob pena de agressão à garantia constitucional do contraditório.*

Consagrou o col. Superior Tribunal de Justiça:

O art. 168, *caput* e seu parágrafo único, da Lei 8.112/90, possibilita, tão-somente, à autoridade pública discordar, de maneira motivada, da pena sugerida pela comissão. 3. Embora a autoridade administrativa não tenha que acatar a capitulação da infração realizada pelos órgãos e agentes auxiliares,



no processo disciplinar, encontra-se vinculada aos fatos apurados e indiciados pela mas, nunca, alterar a indicição do servidor pela comissão processante, durante a fase de julgamento. Precedentes. 4. Por outro lado, resta comprovado o prejuízo dos Recorrentes, com a *mutatio libelli*, haja vista que a imputação do fato segundo o qual agiram no exercício de função pública é circunstância essencial para a tipicidade dos ilícitos administrativos e, consequentemente, de aplicação da pena de demissão. 5. O processo administrativo disciplinar encontra-se eivado do vício da inobservância do contraditório e da ampla defesa. 6. Recurso provido. <sup>(8)</sup>

Confirma o Tribunal Regional Federal da Terceira Região (destaque não original):

*A mudança do enquadramento legal da infração de que o servidor é acusado, na fase de julgamento do processo disciplinar, sem que lhe tenha sido dada nova oportunidade de defesa, implica violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Aplicação analógica do artigo 384 do Código de Processo Penal.* <sup>(9)</sup>

Igual é a doutrina de Romeu Felipe Bacellar Filho:

No entanto, se a acusação for alterada (nova tipificação ou mudança na graduação da pena), dependendo da análise dos fatos nela contida, será necessária a reabertura da fase probatória. Assim, a fase probatória estende-se tanto à fase legal de instrução como a de defesa. <sup>(10)</sup>

*O Tribunal Regional Federal da Quarta Região decidiu que, na hipótese de mudança da acusação inicial (no caso concreto embasada na prática de abandono de cargo e inassiduidade habitual), a punição por fato diverso (improbidade administrativa) será nula se não reaberta oportunidade para defesa pertinente* <sup>(11)</sup>.

Há certa tendência em se secundar o antigo entendimento de que “o acusado se defende de fatos, não de enquadramentos jurídicos”, na medida em que inúmeras afrontas ao direito de defesa real, efetiva, se acobertavam sob esse expediente dissimulado da Administração Pública, quando, na verdade, a tipificação legal é tão relevante que a própria lei exige que, na indicição, seja expressamente tipificada a infração disciplinar (art. 161, *caput*, Lei 8.112/1990), mesmo porque o contraditório implica se conceda à defesa o repensar das teses e conclusões acusatórias, inclusive sob a ótica da tipificação legal da conduta censurada, porquanto o confronto de idéias defensó-

rias com os argumentos de acusação tende a permitir o alcance de uma solução processual mais justa e juridicamente correta quando do julgamento.

Nesse sentido, O Tribunal Regional Federal da Segunda Região estatuiu que “a indicição de servidor, em processo administrativo disciplinar, sem constar da acusação a indicação das normas legais tidas por infringidas, nos fatos atribuídos ao indiciado, é nula, por violência ao devido processo legal” <sup>(12)</sup>, juízo compartilhado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região. <sup>(13)</sup>

Destaque-se que *o reenquadramento errôneo pode representar a diferença entre uma pena de demissão ou uma singela advertência pelos mesmos fatos* (por exemplo art. 116, I, *versus* art. 117, XV, Lei 8.112/1990), o que significa não pouco para o acusado, de sorte que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana demanda o respeito ao contraditório sob a ótica da tipificação jurídica da conduta, mesmo porque, até que o servidor consiga um provimento judicial para suspender uma eventual penalidade demissória ou logre decisão administrativa pela procedência de um pedido de reconsideração ou recurso hierárquico junto à Administração Pública, os prejuízos decorrentes de uma interpretação jurídica errônea podem ser irreparáveis para o agente público indiciado e sua família, com a perda do seu cargo público ou a cassação de sua aposentadoria.

## 7 Julgamento

A autoridade julgadora ou o órgão competente têm o dever de motivar a decisão punitiva. Todos os argumentos de defesa devem ser apreciados à luz do teor das provas produzidas. *Não se pode tolerar que, depois de fatigante empenho da defesa em carrear aos autos provas da inocência ou menor gravidade da conduta do acusado, o julgador profira uma decisão arbitrária, alheia à lógica e objetiva conclusão decorrente do exame do conteúdo fático-probatório presente no processo administrativo disciplinar ou na sindicância punitiva.*

*O julgamento deverá respeitar o princípio constitucional da individualização da pena e da proporcionalidade, conforme tendência jurisprudencial, de maneira que, sendo as circunstâncias do art. 128, da Lei 8.112/1990, favoráveis ao acusado, o STJ tem asse-*

gurado o direito à conversão da pena de demissão em suspensão.

Pontificou o Superior Tribunal de Justiça:

A substituição da pena disciplinar de demissão pela de suspensão é um direito subjetivo do indiciado, desde que presentes os requisitos subjetivos exigidos na dosimetria da aplicação das penalidades. É passível de controle judicial decisão da autoridade administrativa que adota parecer omisso quanto à existência de circunstâncias atenuantes.<sup>(14)</sup>

No mesmo sentido, outros julgados do STJ (ROMS 10316/SP, o MS 7260/DF e o ROMS 10269/BA; *DJ* de 26/04/1999, p. 128, relator o Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma).

Não obstante, insta trazer a lume que o colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ tem mantido penas de demissão em caso de condutas graves, ainda que existentes circunstâncias favoráveis ao acusado (MS 6547/DF; MS 6.663/DF; MS 7.005/DF; RMS 7491/DF; MS 8526/DF). Ajunte-se que a demissão, no sistema da Lei 8.112/1990, constitui ato administrativo vinculado, o que não afasta, contudo, a possibilidade de o controle jurisdicional anular penas disciplinares consideradas excessivas, atentatórias ao princípio da proporcionalidade (STJ – MS 7074/DF, MS 10825/DF; STF – ROMS 24.699-9, RMS 24.901-DF).

Se houver a oitiva de órgão jurídico e elaboração de parecer prévio ao ato decisório, o acusado terá direito de se pronunciar sobre conclusões desfavoráveis contra ele lançadas na peça, além de constituir cerceamento de defesa a articulação de fatos, teses acusatórias inovadoras ou enquadramentos jurídicos mais gravosos no opinativo, sem a audição do servidor processado antes do julgamento, segundo orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça.

*Se o julgamento se embasar em acusações e teses acusatórias não constantes da indicição, dar-se-á irreparável violência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que implica a anulação do ato decisório, consoante o juízo do excelso Supremo Tribunal Federal (RMS 24.699-DF) e do eg. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (AC 94.01.16951-9/DF, relatora a Desembargadora Federal Assuete Magalhães, 2ª Turma, *DJ* de 06/11/1995, p. 75.776).*

## 8 Decretação de nulidades processuais e desfazimento de penalidades aplicadas

---

Se tiver sido desrespeitada garantia procedimental do acusado ou se cometidas irregularidades nos atos instrutórios, os atos processuais respectivos serão nulos, especialmente os de coleta de prova, *se ficar comprovado o prejuízo para a defesa*, o que ocorrerá sempre que o julgamento se embasar ou proferir conclusão censuradora contra o servidor com fulcro na prova ou ato defeituoso, como, por exemplo, quando a autoridade julgadora atribui o cometimento de ilícito disciplinar pelo processado com fulcro no depoimento de testemunha, cuja audiência foi consumada sem a notificação prévia do acusado ou seu advogado para comparecimento.

Ou no caso de perícia, em que se arrimaram os fundamentos da penalidade de demissão, para a qual não se intimou o funcionário ou seu defensor para o oferecimento de quesitos, da mesma forma que o processo em que a citação para defesa contra a indicição foi procedida por edital, quando o acusado tinha endereço certo registrado na repartição e no qual não houve tentativa de citação do servidor imputado (STJ – RMS 7.005/BA).

O mesmo ocorrerá em caso de produção de provas ilícitas contra o acusado, vedadas no direito positivo da União (art. 30, Lei Federal 9.784/1999), consignando-se que a jurisprudência se posicionou pela possibilidade de utilização da prova emprestada, do uso do produto da interceptação telefônica na via administrativa, após autorização judicial.

## 9 Prescrição intercorrente e retroativa no processo administrativo disciplinar ou na sindicância punitiva

---

Apesar de a sindicância ou de o processo administrativo disciplinar terem sido instaurados em princípio tempestivamente, antes do decurso do prazo prescricional sob a referência do tempo desde que foi conhecido o fato pela Administração (art. 142, I a III e § 1º, Lei 8.112/1990), com o efeito conseqüente da interrupção e recontagem, a partir do zero, dos marcos cronológicos para punição decorridos até a data de instauração do procedimento sindicante ou do processo disciplinar (art. 142, § 3º, Lei 8.112/1990), pode ocorrer

a extinção do direito de punir estatal pela excessiva demora da tramitação sem julgamento do feito (*prescrição intercorrente*).

É que, na esteira da jurisprudência consagrada dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a contagem do lapso prescricional, interrompida com a respectiva abertura, torna a correr novamente após findo o limite temporal para conclusão e julgamento da sindicância e do feito disciplinar (art. 142, § 4º, Lei 8.112/1990), que é, respectivamente, de 80 (art. 145, parágrafo único, e 167, Lei 8.112/1990) e 140 dias (art. 152, *caput*, e 167, Lei 8.112/1990), e não mais pode haver nova interrupção, *nem sequer com a redesignação da mesma ou de novas comissões processantes para apurar os mesmos fatos*.

Assim sendo, em se cuidando de faltas disciplinares que não são classificadas como crimes contra a Administração Pública <sup>(15)</sup>, mas infrações exclusivamente funcionais, uma vez decorridos os prazos capitulados no art. 142, I a III, da Lei 8.112/1990, após o decurso de 80 ou 140 dias da instauração, conforme se trate, respectivamente, de sindicância ou processo administrativo disciplinar, não mais podem ser impostas penas de demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade ou destituição de cargo ou função comissionados (5 anos), suspensão (2 anos) ou advertência (180 dias).

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou a *prescrição retroativa* à data de abertura do processo disciplinar ou do procedimento sindicante pelos mesmos marcos cronológicos. Assim sendo, por exemplo, se instaurado processo administrativo disciplinar três anos após o conhecimento da prática de irregularidade funcional que se supunha passível de demissão, considerou-se, aparentemente, não ter ocorrido a prescrição inicial da pretensão punitiva da Administração Pública até a data de julgamento. Mas se o ato decisório resolveu pela imposição de pena de suspensão no caso, em vez da penalidade demissória, verifica-se a modalidade prescricional retroativa à data de instauração do feito, visto que o prazo de dois anos para aplicabilidade dessa sanção (art. 142, II, Lei 8.112/1990) já havia expirado quando da abertura do processo, ocorrida somente depois de três anos da ciência da irregularidade.

*Se a infração funcional também constitui crime, expressamente previsto como falta disciplinar no estatuto dos servidores públicos, a contagem dos prazos prescri-*

*cionais obedecerá os parâmetros cronológicos da legislação penal, desde que exista ação penal em curso contra o servidor* (Superior Tribunal de Justiça – MS 12.090/DF, ROMS 18.093/PR, ROMS 18.096/PR, RMS 18551/SP), contando-se os prazos pelos parâmetros ordinários da Lei 8.112/1990 se não existe denúncia recebida contra o acusado (Supremo Tribunal Federal: MS 20.645, Pleno), lição abraçada por José Armando da Costa (Prescrição Disciplinar, Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 218-219, 222).

## 10 Pedido de reconsideração e recurso administrativo

---

O servidor punido tem o direito de requerer a reconsideração do ato punitivo à mesma autoridade que proferiu o julgamento, no prazo de trinta dias da publicação da penalidade, cabendo, em caso de indeferimento e manutenção da pena, recurso à(s) autoridade(s) hierarquicamente superior(es) na escala administrativa (arts. 106 a 108, da Lei 8.112/1990), ressalvado o caso de decisão proferida originariamente pelo Chefe do Poder Executivo, do Ministério Público da União, pelo Presidente do Tribunal ou da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, hipótese em que somente é admitido pedido de reconsideração.

## 11 Revisão do processo administrativo disciplinar ou da sindicância punitiva

---

Quando, depois da punição, surgirem fatos, provas ou circunstâncias *novos*, o servidor poderá requerer a revisão do processo administrativo disciplinar, para o fim de que nova comissão processante (composta por outros servidores que não os integrantes do feito originário) colha meios probatórios inéditos e submeta seu relatório conclusivo sobre a instrução e o pleito revisional à autoridade administrativa competente, com vistas à possível anulação da pena aplicada.

Atende o requisito da novidade, por exemplo, a hipótese de superveniente sentença penal absolutória, prolatada em processo criminal instalado pelos mesmos fatos apurados no processo administrativo disciplinar, que declara inexistente o crime ou nega a autoria por parte do servidor apenado na esfera administrativa, desde que não exista o cometimento paralelo de faltas exclusivamente disciplinares não compreendidas nos

efeitos do decreto judicial alforriador (Súmula 18, Supremo Tribunal Federal).

Ainda no caso de existência de resíduo administrativo capaz de justificar a manutenção da punibilidade no campo disciplinar, apesar da absolvição na via judicial, cumpre-se verificar se as faltas residuais (infrações exclusivamente disciplinares, como é o caso da insubordinação grave ou do proceder de forma desidiosa — respectivamente arts. 132, VI, e 117, XV, Lei 8.112/1990) não estão sujeitas a pena mais branda do que a efetivamente aplicada, hipótese em que o servidor outrora demitido poderá ser reintegrado ao cargo público com a anulação da sanção demissória, admitida a aplicabilidade de suspensão, multa ou advertência, conforme o caso, se porventura não estiver prescrito o direito de punir da Administração Pública.

## 12 Conclusão

Cabe, pois, aos órgãos e autoridades competentes para o exercício do controle administrativo e jurisdicional sobre os atos praticados no processo administrativo disciplinar e na sindicância apenadora velar pela regularidade formal e pelo efetivo respeito às garantias e direitos do servidor acusado, considerando-se algumas das questões fundamentais nos procedimentos, como as expostas neste articulado.

## Notas

<sup>(1)</sup>Mandado de Segurança 7736/DF, *DJ* de 04/02/2002, p. 277, Terceira Seção.

<sup>(2)</sup>*A prova no processo disciplinar*, Lúmen Juris, 2003, p. 53.

<sup>(3)</sup>*Processo disciplinar passo a passo*, Brasília Jurídica, 2ª ed., 2004, p. 165, 185.

<sup>(4)</sup>ROMS 15168/BA, MS 9201/DF, MS 7239/DF.

<sup>(5)</sup>AMS 9301301857/BA, *DJ* de 08/10/2001, p. 256; AMS 91.01.00887-0/DF.

<sup>(6)</sup>*Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*, Brasília Jurídica, 5ª ed., 2005, p. 231.

<sup>(7)</sup>*Do processo administrativo disciplinar e da sindicância*, Brasília Jurídica, p. 46-47, p. 52.

<sup>(8)</sup>REsp 617103/PR, 6ª Turma, *DJ* de 22/05/2006, p. 255.

<sup>(9)</sup>AC 89030052722/SP, 1ª Turma, decisão de 09/11/1993, *DOE* de 01/12/1993, p. 134, relator o Desembargador Federal Theotonio Costa.

<sup>(10)</sup>*Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, Max Limonad, 1998.

<sup>(11)</sup>AC 171093, Processo 9604564285/RS, 4ª Turma, decisão de 12/09/2000, *DJU* de 10/01/2001, p. 260, relator o Desembargador Federal A. A. Ramos de Oliveira.

<sup>(12)</sup>Apelação em mandado de segurança, Processo 8902093786/RJ, 3ª Turma, decisão de 21/05/1996, *DJ* de 27/08/1996, relator o Desembargador Federal Rogério Carvalho, por unanimidade.

<sup>(13)</sup>AC 171093, Processo 9604564285/RS, 4ª Turma, decisão de 12/09/2000, *DJU* de 10/01/2001, p. 260, relator o Desembargador Federal A. A. Ramos de Oliveira.

<sup>(14)</sup>ROMS 11259/RS, *DJ* de 22/04/2002, p. 259, relator o Ministro Vicente Leal, 6ª Turma.

<sup>(15)</sup>Nestas a contagem dos prazos é o da lei penal: art. 142, § 2º, Lei 8.112/1990, desde que o servidor responda a ação penal, segundo a tendente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que não admite a contagem dos prazos pelos parâmetros cronológicos da legislação criminal se o servidor não foi denunciado pelos fatos, ou quando o Ministério Público tenha requerido o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação, inclusive segundo entendimento antigo do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: Mandado de Segurança – MS 20.645, julgado em 30/04/1987. *Vide* também sobre o tema artigo de nossa autoria: “Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punição de infrações administrativas (art. 142, Lei 8.112/1990)”, publicado no *site* jurídico eletrônico Jus Navigandi: [www.jus.com.br/doutrina/direito\\_administrativo/processo\\_disciplinar](http://www.jus.com.br/doutrina/direito_administrativo/processo_disciplinar).



# A legitimidade das agências executivas à luz da teoria habermasiana no estado democrático de direito brasileiro

Adriane da Silveira Seixas\*

## Introdução

Seara de relativa incipiência no âmbito da Administração Pública brasileira, as Agências Executivas apresentam faceta calcada nas diretrizes traçadas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (Brasil, 1995<sup>a</sup>), cujo teor delineou as funções maiores do Estado Brasileiro.

Entretanto, sua origem remete aos Estados Unidos da América, nas quais as agências proliferaram já na década de 1930.

As condições sócio-econômico-políticas em que as agências se desenvolveram naquele país diferem completamente do momento e das condições em que estas foram importadas às terras brasileiras, na década de 1990.

Este sucinto artigo visa levantar questões acerca da legitimidade das agências executivas à luz do modelo dialógico proposto por Jürgen Habermas em sua teoria do discurso, bem como analisar maneiras de ampliar a legitimidade de tomada de decisão destas agências.

Para tanto, analisa-se brevemente o modelo de administração pública norte-americano, comparando-o com o modelo brasileiro, e definindo como as agências executivas foram regulamentadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

O instituto é definido, para que então possa ser compreendido de forma holística, e comparado com o modelo habermasiano de construção decisória.

A adequação das agências executivas brasileiras ao modelo procedimental/habermasiano de formação de decisões, buscando conferir-lhe maior legitimidade é por fim exposta nas considerações finais do texto.

## 1 Desenvolvimento

### 1.2 O surgimento das agências no direito comparado

As agências administrativas, reguladoras ou executivas, foram concebidas nos Estados Unidos da América no século XVII, mas proliferaram entre os anos de 1930 e 1960, impulsionadas pelos arquitetos do New Deal.

O New Deal, política governamental antagônica ao federalismo dual levado às últimas conseqüências naquele país, implementado pelo então presidente norte-americano Rossevelt, consistiu em resposta à sociedade que, assolada na recessão econômica iniciada em 1929, precisava ser ressuscitada pelo aumento da intervenção governamental.

A autonomia intocável dos Estados Federados em face do Governo Federal não permitia que este regulasse quaisquer atividades do mercado econômico, mas a depressão de 1929 tornou sua intervenção imprescindível.

Neste quadro político-econômico surgiram as agências autônomas, reunindo os três poderes até então separados pela Constituição. Representava-se assim o fortalecimento do Estado Federal, contrariando a tradição de supervalorização dos entes federados.

Os reformadores do New Deal visavam fazer justiça social, redistribuindo a riqueza através da intervenção do Governo Federal.

Destarte, diferentemente do que ocorreu no Brasil, conforme restará demonstrado ao longo deste trabalho, as agências surgiram nos Estados Unidos para fortalecer a intervenção do Estado.

Foram, para tanto, divididas segundo os critérios de independência e funcionalidade, sendo que quanto ao primeiro critério poderiam ser consideradas independentes ou executivas; e quanto ao segundo, reguladoras ou de benefício social.

\* Advogada em Belo Horizonte, graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos, pós-graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, aluna da disciplina isolada Tendências do Direito Administrativo: Administração Pública Dialógica do curso de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Imperioso destacar que as agências norte-americanas desenvolveram-se perante um ordenamento jurídico caracterizado pela procedimentalização, garantindo uma maior legitimidade de suas decisões, uma vez que envolvem necessariamente a participação dos interessados.

Observa-se, ainda, que nos Estados Unidos da América as agências preocupam-se antes com o mercado e depois com o serviço público propriamente, o que, apesar de dar margem a diversas discussões, tendo em vista o confronto entre as demandas económicas e as sociais, difere claramente do modelo administrativo brasileiro.

Em seu país de origem, as agências executivas consistem em uma enorme variedade de estruturas organizativas, incluindo diversos órgãos e departamentos públicos, que se vinculam à execução dos serviços, implementando as políticas sociais do governo, vinculadas ao chefe do Poder Executivo.

### 1.3 As agências executivas no Brasil

Em verdade, as agências executivas brasileiras, cujas diretrizes foram traçadas desde o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995, alçaram carácter constitucional por intermédio da Emenda 19/1998, que deu nova redação ao art. 37 da Carta Maior, legitimando sua disseminação para todos os Entes da Federação.

Todavia, a rigor, a Constituição da República contempla apenas a expressão “órgão regulador”, e a legislação infraconstitucional apresenta termos confusos, ora denominando-as de autarquias submetidas a um regime “especial”, ora caracterizando-as como autarquias “qualificadas”.

Destaca-se, ainda, que a denominação “agência” é alvo de críticas contundentes.

Assim se verifica no posicionamento de Di Pietro: “o vocábulo ‘agência’ é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro no movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo que abrange qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao

controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”<sup>1</sup>.

A locução “agência executiva” surgiu no Brasil especificamente com o advento da Lei 9.649/1998, norma infraconstitucional que regulamenta a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e facultava ao chefe do Poder Executivo, dentro do campo da discricionariedade, revestir autarquias e fundações públicas de qualificação especial, prestando-se a executar determinado empreendimento de interesse público.

Seu surgimento teve como pano de fundo o movimento de desestatização deflagrado na década de 1990, consoante previsto no Programa Nacional de Desestatização (Lei Federal 8.031/1990 modificada pela Lei 9.491/1997) na esteira dos efeitos da globalização e no fracasso do Estado Empresário brasileiro.

Para que se possa compreender a crise deste Estado Empresário é necessário tecer algumas considerações acerca da história da administração pública brasileira.

O modelo administrativo brasileiro foi inicialmente pautado no sistema europeu, notadamente o modelo burocrático francês. Neste paradigma de administração pública, o Estado prima pelo comportamento unilateral e hierárquico da administração.

Vital Moreira esclarece que “na concepção tradicional a administração pública apresentava um perfil unitário, baseado nos serviços departamentais hierarquizados, na direcção governamental e na responsabilidade parlamentar do governo pela actividade da administração”<sup>2</sup>.

A estrutura funcional bipartida, entre Administração Direta e Indireta, foi também inspirada no modelo Europeu, e se deve essencialmente em razão da impossibilidade de se atingir todos os fins delimitados pelo interesse público por meio de uma estrutura completamente centralizada.

Urge destacar, entretanto, que a descentralização não implica no fim do poder centralizado, uma vez que este rege toda a Administração Pública.

<sup>1</sup> *In Direito Administrativo*. Ed. Atlas, 11ª ed., 1999, p. 385.

<sup>2</sup> *In Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra, 1997, pp. 31/5.

O Estado Brasileiro assumiu durante décadas postura autoritária e intervencionista, atuando em diversas áreas econômicas, o que deu origem à expressão Estado Empresário.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mediante a qual foi reforçado o caráter social do Estado, bem como ocorreu o fim do ciclo de autoritarismo vigente, este assumiu como própria diversas tarefas destinadas ao bem-estar social, o que contribuiu para acentuar a crise fiscal em curso.

Neste cenário, ocupado com os custos das questões eminentemente sociais e preso à tradicional inoperância da máquina administrativa, o Estado Democrático vislumbrou sua inferioridade perante as expectativas do mercado, com a patente impossibilidade de competir em um mundo cada dia mais globalizado.

A crise do Estado Empresário, que culminou na criação de um programa nacional de desestatização, trouxe à baila um novo modelo de Estado: ao invés do Estado Empresário, nascia um Estado Regulador.

É neste momento que surgem as agências brasileiras: executivas e reguladoras, criadas tanto para regular o mercado quanto para executar com maior presteza e competitividade aquelas atividades que permaneceram no âmbito da Administração Pública.

A criação destas agências no Brasil teve como principal motivação a despolitização dos entes da administração indireta prestadores ou reguladores de serviços, para conduzir a uma maior eficiência e credibilidade.

É assente, portanto, que os motivos que fomentaram a criação das agências nos Estados Unidos da América divorciam diametralmente daqueles do Brasil, tendo em vista que o paradigma estadunidense prestigia maior intervenção do Estado Federal, enquanto no modelo brasileiro colima pela menor interferência política.

## 1.4 Características e requisitos

A chancela outorgada por ato do Presidente da República, por via de decreto específico, concede denominação e qualificação de agência executiva às autarquias e fundações públicas que já desempenham tarefas e serviços exclusivos do Estado, a fim de elevá-las ao *status* de agência especial, desde que preencham os

requisitos delineados no texto legal infracitado, notadamente no seu art. 51, *verbis*.

I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II – ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

§ 2º O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

Cumpre narrar, que dois outros atos normativos regulamentam o funcionamento das agências na órbita federal: o Decreto 2.487/1998, que definiu o Ministério supervisor da entidade autárquica ou fundacional como competente para qualificá-la como agência executiva, e o Decreto 2.488/1998, que definiu medidas de organização administrativa específicas para as autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas.

Os critérios e procedimentos para a elaboração e acompanhamento dos contratos de gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das Agências Executivas devem ser elaborados pelo Poder Executivo.

O título de agência executiva, outorgado a determinada autarquia ou fundação, tem cunho precário, podendo ocorrer sua desqualificação mediante ato presidencial de mesma natureza, devidamente fundamentado, especialmente se emanado no curso do plano de reestruturação e do contrato de gestão.

Via inversa, a manutenção do título depende do cumprimento de todos os termos definidos pelo plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento e da renovação do contrato de gestão celebrado.

Neste contexto, o ato presidencial que denomina e qualifica as autarquias e as fundações públicas produz efeitos jurídicos de múltiplas repercussões que afetam sobremaneira a autonomia de gestão destes respectivos entes.

### 1.4.1 Contratos de gestão

Na concepção dos mentores da reestruturação da Administração Pública, o contrato de gestão estaria

identificado com o princípio da individualização da autonomia e consistiria em toda relação negociada entre o Poder Público e suas instâncias operativas, buscando maior eficiência através de formas alternativas de controle que privilegiam a autonomia gerencial e os resultados, e não os meios de ação administrativa.

A denominação “contrato de gestão” é objeto de diversas críticas da doutrina, uma vez que a maioria dos doutrinadores entende não se tratar de um contrato, mas sim de um ato administrativo, que deve ser visto como acordo organizativo de natureza normativa e caráter regulamentar, que tem de contrato apenas o nome.

Na óptica de Egon Bockmann Moreira tal instrumento tem natureza de um ato administrativo complexo, uma vez que é firmado simultaneamente por inúmeros agentes públicos: o dirigente da autarquia, o Ministério supervisor e os Ministérios do Planejamento e Orçamento e da Fazenda, praticado no exercício da competência específica dos respectivos órgãos e entidades signatários. “Essa espécie de contrato de gestão é ato administrativo plurisubjetivo (praticado por mais de um sujeito), unitário (todas as manifestações fundem-se num só ato), indivisível (não admite validade através da fragmentação das manifestações dos agentes) e unânime (não admite dissensão).”<sup>3</sup>

Para Paulo Modesto, o termo contrato de gestão é uma expressão que admite usos conceituais variados, e que, aplicada às entidades da administração indireta e órgãos da administração direta, não origina qualquer relação contratual, “mas um simples acordo de gestão, um fato jurídico institucional apto a deslocar a entidade ou o órgão para o campo de incidência de norma legal especial”<sup>4</sup>.

### 1.4.2 Plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional

O plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional objetiva a busca da eficiência, exigindo das entidades autárquicas e fundacionais, candidatas a se tornarem agências executivas, a elaboração

de um programa de desenvolvimento que se baseie nos critérios de excelência de qualidade.

Segundo o entendimento de Paulo Modesto “A apresentação de um ‘plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento’, previsto pela lei, é exigência reveladora da preocupação do legislador com a modificação do modo de funcionamento da entidade e com a especificação de suas maiores dificuldades operacionais. Segundo os administradores, plano estratégico é o esquema fundamental e com perspectiva de longo prazo dos trabalhos (projetos e atividades) a serem desenvolvidos para alcançar metas determinadas.”<sup>5</sup>

### 1.4.3 Efeitos jurídicos

A qualificação de uma autarquia ou fundação com agência executiva produz diversos efeitos jurídicos.

O primeiro deles seria o enquadramento da entidade nos benefícios previstos em lei para todas as agências executivas, como, por exemplo, a elevação em vinte por cento do limite máximo para as modalidades de licitação (art. 24, parágrafo único da Lei 8.666/1993, com a redação da Lei 9.648/1998).

Destacam-se, ainda, outros benefícios concedidos às agências executivas pelo Decreto 2.488/1998, como a autorização para edição de ato normativo próprio quanto aos seus servidores e quanto aos valores de diárias no país; a dispensa da celebração de termos aditivos a contratos e convênios, dentre outros.

### 1.4.4 Agência executiva versus agência reguladora

As agências executivas e as reguladoras possuem alguns pontos em comum e, lado outro, diversas diferenças.

Trata-se de autarquias ou fundações que possuem *status* de “agência especial”. Entretanto a concessão deste caráter nas agências reguladoras se materializa por intermédio de lei específica, e nas agências executivas mediante ato do Poder Executivo.

<sup>3</sup> In *Agências Executivas Brasileiras e os “contratos de gestão”*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 229: p. 146.

<sup>4</sup> In *Agências Executivas: A Organização administrativa entre o casuismo e a padronização*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 228: p. 78.

<sup>5</sup> In *Agências Executivas: A Organização administrativa entre o casuismo e a padronização*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 228: p. 79.



No entendimento de Ivan Antônio Pinheiro e Paulo César Delayti Motta, “toda AR, pela sua condição de autarquia, pode ser qualificada como AE, desde que preencha os pré-requisitos; porém, nem toda AE é uma AR”<sup>6</sup>.

As diferenças entre estas autarquias “especiais” circunscrevem-se ao campo dos recursos financeiros, uma vez que as reguladoras possuem recursos próprios advindos da taxa de regulação paga pelo concessionário ou permissionário dos serviços por ela implementados, o que não ocorre com as executivas que dependem diretamente de repasse do poder executivo.

Existem, ainda, distinções na seara do poder normativo, posto que as agências reguladoras encampam medidas políticas de normatização do mercado, enquanto que as executivas tem o papel apenas de execução das políticas públicas, embora possam colaborar em sua confecção.

Acrescente-se que o grau de independência também difere de uma para outra, sendo que as reguladoras possuem maior autonomia, bem como diferem os critérios de admissão de seus gestores.

## 1.5 As agências executivas sob à luz da teoria habermasiana

Jürgen Habermas, sociólogo alemão que criou a Teoria do Discurso, revolucionou a ciência do direito ao apresentar um modelo alternativo de democracia àqueles preexistentes.

Trata-se do modelo procedimentalista de democracia que se diferencia dos paradigmas liberal e republicano, no qual as decisões serão sempre construídas a partir do discurso realizado por todos os interessados, em situações ideais de fala, em que o argumento mais razoável prevalecerá.

Para Jürgen Habermas, portanto, “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> In *A condição de autarquias especial das agências reguladoras e das agências executivas e as expectativas sobre a qualidade da sua gestão*. RAP. Rio de Janeiro. 36 (3) maio/jun 2002, p. 478.

<sup>7</sup> In *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

Partindo desta premissa norteadora de um Estado Democrático Procedimental, denota-se que todos os entes deste Estado deverão propiciar a participação dos interessados nas tomadas de decisão, para que tal deliberação seja legítima.

Entretanto, este modelo procedimental e dialógico de tomada de decisões encontra diversos obstáculos na forma estrutural da administração pública brasileira, eivada pelo mal da burocratização excessiva e da hierarquização.

Apesar de existirem na atualidade alguns canais de participação popular junto à administração pública, como os conselhos gestores, o orçamento participativo, dentre outros — o que demonstra um avanço considerável na busca por um modelo mais dialógico — as agências brasileiras, tanto as reguladoras quanto as executivas, não foram concebidas desta forma.

Destarte, as agências executivas brasileiras, que objetivam a execução das políticas públicas, não possuem um canal que possibilite a participação popular na escolha de como encampar estas políticas, o que difere das agências norte-americanas.

Conforme exposição anterior, nos Estados Unidos da América as agências foram concebidas perante um ordenamento jurídico caracterizado pela procedimentalização, o que garante maior transparência nas suas decisões e maior legitimidade.

Tendo em vista a estrutura administrativa brasileira, questiona-se a legitimidade das agências executivas.

O ordenamento jurídico brasileiro, no qual as agências executivas foram inseridas, é obviamente diverso daquele onde este instituto foi criado, pelo que, para que se atinjam seus objetivos iniciais é necessário que o ordenamento pátrio se adapte ao novo modelo de democracia, apresentado por Habermas.

## 1.6 Exemplos de agências executivas brasileiras

Exemplos atuais de agências executivas são o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (Inmetro), a Agência de Inteligência, a Agência de Desenvolvimento do Nordeste (Adene) e a Agência de Desenvolvimento da Amazônia (Ada), as duas últimas sucessoras, respectivamente, das antigas Sudene e Sudam.

O Inmetro, agência executiva brasileira mais antiga, desde o início da década de 90 desenvolve um vigoroso processo de modernização, através de uma aproximação com os princípios elencados na Reforma do Aparelho do Estado, conduzido pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare).

Ao se tornar uma Agência Executiva, mediante a celebração de um contrato de gestão e a elaboração de um planejamento estratégico, o Inmetro passou a atuar com maior eficiência, conquistando diversos prêmios e caráter de instituição que prima pela excelência, sendo reconhecido por toda a sociedade.

Denota-se que o sucesso desta agência não se limitou a aspectos formais, mas refletiu na sua imagem e desempenho, alcançando resultados excelentes na atuação como uma “empresa moderna” que visa à satisfação de seus clientes, além da observância, como pessoa jurídica de direito público, dos princípios da responsabilidade fiscal.

Observando processos democráticos de participação popular e de tomada de decisões, o Inmetro vislumbra, à luz da teoria habermasiana, maior legitimidade.

Apesar do exemplo vitorioso, é preciso esclarecer tratar-se de uma grata exceção na administração pública brasileira, mas que já demonstra a possibilidade de se garantir a eficiência e a legitimidade dos serviços públicos prestados à sociedade.

As demais agências executivas constituídas infelizmente não seguiram os passos traçados pelo Inmetro.

A Agência de Desenvolvimento do Nordeste (Adene) e a Agência de Desenvolvimento da Amazônia (Ada), respectivas sucessoras da Sudene e Sudam, segundo José Dos Santos Carvalho Filho, tiveram origem “mais em razão dos escândalos e do desvio de dinheiro público que envolveram as antigas autarquias do que por motivo de modificação estrutural”<sup>8</sup>.

Evidente que agências constituídas visando apenas ocultar problemas como a corrupção não apresentarão qualquer avanço.

É este o entendimento do eminente doutrinador supra-referido: “não adianta nada só mudar o *nomen juris*, se o caos, o descontrole e a desorganização administrativa continuarem a grassar entre pessoas vinculadas ao estado. É o mesmo que trocar seis por meia dúzia”<sup>9</sup>.

Para que as agências executivas alcancem os reais objetivos de sua concepção legal, imperioso que a estrutura administrativa brasileira trace os caminhos da democratização, mediante a observância dos princípios trazidos pela teoria habermasiana, e se afaste a cada dia da indesejada burocracia.

## Considerações finais

Este artigo teve como objetivo discutir a legitimidade das agências executivas à luz da teoria habermasiana do discurso, abordando a forma de criação destas agências no Brasil em paralelo com o país de origem, enumerando as características que lhes são pertinentes.

Cumprir observar que as agências, sejam elas executivas ou reguladoras, foram importadas de um modelo normativo completamente diferente do brasileiro, uma vez que este, em vez de primar pela observância do procedimentalismo — forma dialógica de constituir decisões — privilegia a manutenção da hierarquia e o comportamento unilateral da Administração Pública.

Destarte, impossível analisar a questão de legitimidade das agências no Brasil, sem questionar a estrutura da administração pública brasileira.

No posicionamento sufragado por Paulo Modesto as agências brasileiras foram criadas numa “tentativa de uma assimilação do modelo norte-americano das agências independentes; mas a assimilação não foi perfeita”<sup>10</sup>.

O ilustre doutrinador reforça que “no caso das agências executivas, no entanto, o modelo brasileiro não guarda qualquer conexão com o conceito norte-

<sup>9</sup> *In Manual de Direito Administrativo*. 17ª Edição, Ed. Lumim Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 426.

<sup>10</sup> *In Agências Executivas: A Organização administrativa entre o casuismo e a padronização*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 228: p. 83.

<sup>8</sup> *In Manual de Direito Administrativo*. 17ª Edição, Ed. Lumim Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 425.

americano das agências executivas ou de qualquer outro país”<sup>11</sup>.

Restou evidente que o ordenamento jurídico brasileiro precisa desenvolver-se de modo mais democrático, observando os novos princípios trazidos pelo modelo procedimental de democracia, para que entidades como as agências executivas possam ser realmente legitimadas.

Nas palavras de Egon Bockmann Moreira, “a legitimação democrática da conduta das autoridades independentes dá-se pelo comportamento procedimental que devem adotar, envolvendo a participação dos interessados não só na tomada de decisões, mas também quando da elaboração das regras (estatutos, regulamentos e contratos futuramente aplicáveis aos particulares)”.

Cumprе ressaltar a importância da participação de todos para que as escolhas proferidas pelas agências sejam legítimas, concebendo o cidadão como verdadeiro vértice desta relação.

A necessidade de se operar as mudanças supracitadas talvez reflita o número reduzido de agências executivas criadas no Brasil até os dias atuais.

É possível que esta pequena utilização do instituto decorra da própria ineficiência da administração pública, cujos entes não se dispõem a elaborar um plano de reestruturação organizacional, exigência legal para que a autarquia ou fundação receba a qualificação de agência executiva.

Força é convir que a criação de novas agências cujas decisões sejam dotadas de um grau maior de legitimidade implica em modificações na própria estrutura administrativa brasileira.

Conclui-se, finalmente, que a execução de políticas públicas pelas agências executivas e as próprias agências poderão ser consideradas legítimas à luz da teoria do discurso caso a administração pública brasileira continue em busca da democratização e da crescente ampliação dos canais de participação popular, para, quem sabe, tornar-se um exemplo até mesmo para a iniciativa privada.

## Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed., Ed. Lumim Juris, Rio de Janeiro, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 1ª ed., Ed. Atlas, 1999, p. 385.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2003.

MODESTO, Paulo. *Agências Executivas: A Organização administrativa entre o casuismo e a padronização*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 228.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Executivas Brasileiras e os “contratos de gestão”*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 229.

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra, 1997.

PINHEIRO, Ivan Antônio e MOTTA, Paulo César Delayti. *A condição de autarquias especial das agências reguladoras e das agências executivas e as expectativas sobre a qualidade da sua gestão*. RAP. Rio de Janeiro. 36 (3) maio/jun 2002.

<sup>11</sup> In *Agências Executivas: A Organização administrativa entre o casuismo e a padronização*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 228: p. 83.

# A revolução da cidadania em busca de uma república democrática\*

José Murilo de Carvalho\*\*

## Introdução

O tema que me foi dado pelo ministro Velloso é “A revolução da cidadania: como o povo e a sociedade civil podem dizer o que querem ao Estado”. Junto com o tema veio também a orientação de que deveria levantar pontos para debate dentro de um viés pragmático, isto é, voltado para a eventual definição de uma agenda de transformação da sociedade. Vou procurar seguir as duas indicações. Para felicidade dos ouvintes, não vou apresentar uma discussão teórica sobre os problemas da cidadania hoje. Definirei alguns conceitos indispensáveis e, a partir deles, buscarei levantar pontos para discussão dentro da temática proposta.

## Conceitos

Para efeito desta exposição, suponho que o objetivo a ser alcançado pela sociedade brasileira seja a construção de uma república democrática. Defino república democrática como um sistema político que se sustenta sobre um tripé de valores: a liberdade, a igualdade e a participação.

Chamo a liberdade de república, a igualdade de democracia. Participação é o agente catalisador que produz o amálgama de liberdade e igualdade, que vem a ser a república democrática.

Liberdade, igualdade e participação não convivem facilmente. Só excepcionalmente coexistiram nos sistemas políticos históricos. Pode-se dizer mesmo que sua convivência é fenômeno da contemporaneidade ocidental. Historicamente, liberdade e igualdade viveram com frequência às turras, e a participação podia ser um fator positivo ou negativo na combinação das

duas. A liberdade muitas vezes sobreviveu à custa da igualdade, a igualdade muitas vezes destruiu a liberdade, a ampliação da participação foi muitas vezes causa do colapso da liberdade e da igualdade.

## Percursos históricos

Pode-se dizer que as combinações de liberdade, igualdade e participação existentes hoje em dia originaram-se de três grandes revoluções históricas. A primeira delas foi a revolução econômica que marcou o mundo anglo-saxão. Sua base foi a liberdade civil que acompanhou a criação da sociedade de mercado. Foi uma revolução de baixo para cima, de fora para dentro do Estado. A sociedade moldou o Estado. Essa revolução provocou de início grande desigualdade, mas, ao longo de extenso período histórico, promoveu um nível razoável de igualdade dentro da liberdade, sob o impulso de crescente participação. A Inglaterra é hoje uma república democrática.

A segunda revolução foi política, seu modelo foi a França. Começou também de baixo para cima, mas seu alvo foi a conquista e a reforma do Estado para, por meio dele, operar a transformação da sociedade estatal em sociedade de mercado. A ênfase inicial na igualdade causou grandes restrições à liberdade e só muito lentamente chegou-se à convivência dos três componentes. A França é hoje uma república democrática.

A terceira revolução foi social e tem seu melhor exemplo na experiência soviética. Também se deu de baixo para cima e buscou conquistar o Estado. Mas o radicalismo de sua ênfase democrática levou ao sacrifício total da liberdade e da participação. Oitenta e oito anos depois, no entanto, graças à aceitação da liberdade e da participação, a Rússia e os antigos satélites da União Soviética caminham também para a formação de repúblicas democráticas.

A quarta revolução foi a brasileira que, como a batalha de Itararé, não houve. Não tivemos revolução econômica, política ou social. Luís Werneck Viana, inspirado em Gramsci, fala de uma revolução brasileira passiva. Creio que ele quer dizer que as coisas se

\* Extraído da Revista do Centro Dom Vital – A Ordem, volume 95, 2006, Editora Folha Carioca Ltda.

\*\* Graduação em Sociologia e Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (1965), mestrado em Ciência Política – Stanford University (1969), doutorado em Ciência Política – Stanford University (1975), pós-doutorado em História da América Latina na University of London (1977), professor titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro e membro da Academia Brasileira de Ciências e da Academia Brasileira de Letras.

movem, mesmo sem acontecimentos dramáticos. Isso, sem dúvida, acontece. Mas, mesmo admitindo a hipótese, o que me interessa aqui é o passivo gerado pela revolução passiva. Em 117 anos de regime chamado republicano, tivemos durante 41 anos, até 1930, uma república oligárquica de liberdade para poucos e alta desigualdade; durante 15 anos, até 1945, tivemos uma ditadura democrática, sem liberdade e participação, mas com preocupação com a igualdade; durante 19 anos, até 1964, tivemos um esboço de liberdade com participação ampliada, mas sem igualdade; por 21 anos, até 1985, tivemos uma ditadura sem liberdade, igualdade e participação; finalmente, passados mais 21 anos, temos hoje uma república com liberdade e participação, mas ainda não democrática na medida em que a igualdade apenas muito lentamente se constrói.

## A revolução da cidadania

---

O problema central, o nó, de nosso sistema político hoje é exatamente este: por que uma república liberal com participação ampliada não gera igualdade, não se transforma em república democrática? As evidências da persistência da desigualdade não precisam ser expostas aqui. Houve, a partir do início do século, pequeno avanço na redução da desigualdade, mas o Brasil permanece na companhia dos 9% de países mais desiguais do mundo. O número de pobres está em torno de 35 milhões, variando de acordo com a definição usada. Também houve avanços, e esses maiores do que na renda, nesse outro componente importante da desigualdade que é a educação. Mas permanece o fato de que 7% dos brasileiros entre 15 e 64 anos são analfabetos e cerca de 70% são analfabetos funcionais. A dificuldade de reduzir a desigualdade é agravada pelos baixos índices de crescimento da economia que nos últimos dez anos ficou abaixo da média mundial. A pergunta que me foi colocada, “como o povo e a sociedade civil podem dizer o que querem ao Estado”, tem a ver exatamente com esse ponto, com a ineficácia da participação em ambiente de liberdade para produzir resultados mais contundentes no terreno da igualdade.

A primeira resposta à pergunta é, obviamente, que em um sistema representativo a maneira pela qual o povo diz ao governo o que quer é pelo exercício do voto. Ora, o povo brasileiro é obrigado a votar e vota ampla e maciçamente, mais do que em repúblicas democráticas. De 1945 até hoje, a expansão do voto foi

espetacular, passou de 13% para 70% da população. Por outro lado, se chamarmos de sociedade a parte organizada do povo, ela também age com liberdade no campo político, civil e jurídico. Se há ampla participação do povo e da sociedade organizada, das duas uma: ou a participação é um instrumento inadequado para gerar mudança, ou há algo errado com ela. De um ponto de vista histórico, a primeira hipótese é perfeitamente justificada. É possível mesmo dizer que, historicamente, a igualdade foi introduzida com maior eficácia e rapidez em regimes ditatoriais. No Brasil, isso se deu durante a ditadura do Estado Novo. Na América Latina de hoje, ainda estamos cercados de exemplos de tentativas de limitar a liberdade em nome do social. Mesmo no Brasil, houve ensaios recentes nessa direção.

Mas minha premissa aqui, e estou seguro que é também a premissa do organizador do fórum, é a de que o Brasil deve buscar a realização de uma república democrática, não de uma ditadura democrática, mesmo que a última seja encarada apenas como uma etapa para a primeira. Historicamente, a ditadura democrática foi sempre vista como ponto de chegada e não de transição. Ela se tornou etapa intermediária contra a vontade de seus operadores. A premissa republicana (preservação da liberdade) foi parte do pacto que levou ao poder o governo atual. Resta, então, perguntar se há algo de errado na representação, ou na maneira como é praticada entre nós.

## Representação ineficaz

---

A representação parlamentar está desgastada em todo o mundo. O esvaziamento político do Congresso e a desmoralização dos políticos não é especialidade nossa. Onde vigorem sistemas presidencialistas de governo, o Parlamento perde poder diante do Executivo e do Judiciário. Mas desmoralização pela corrupção é mais nossa do que das repúblicas democráticas. A combinação de esvaziamento com desmoralização gera enorme desencanto com o sistema representativo, fenômeno que se espalha pela América Latina, a se crer nas pesquisas do Latino-barômetro. Segundo essas pesquisas, em 2005 apenas 53% dos latino-americanos consideravam a democracia política superior a qualquer outra forma de governo. Entre os brasileiros, apenas 37% tinham essa opinião. Na América Latina, apenas 31% estavam satisfeitos com o funcionamento da democracia, no Brasil, 22%. Na América Latina, 36%



confiaram no governo, 28% no Congresso, 31% no judiciário, e 19% nos partidos políticos. Não é surpresa que a farra mensaleira, seguida da absolvição corporativa dos culpados, tenha gerado um movimento a favor do voto nulo.

Entre nós, os representantes oficiais do povo, têm-se comportado de tal modo a levar a níveis inéditos a desmoralização do sistema representativo e de toda a República. Tornamo-nos uma república das arábias quando a Procuradoria-Geral da União apresentou denúncia contra 40 ladrões. Ou a superamos em muito quando o Ministério Público listou 170 deputados suspeitos de falcaturas. A desmoralização pessoal dos representantes reflete-se na instituição, ao ponto de levar o senador Cristóvão Buarque a afirmar, com algum exagero, mas não totalmente fora de propósito, que o Brasil é hoje governado por medidas provisórias do Executivo e por liminares do Judiciário. A situação é agravada quando os contribuintes são informados de que pagam 100 mil reais por mês para sustentar um deputado e que a Câmara consome R\$ 2,6 bilhões por ano, três vezes mais do que os investimentos do governo federal em saúde.

Argumentou-se, inclusive e em altas esferas, que a corrupção é nossa e que não havia novidade nas revelações mensaleiras. É óbvio, no entanto, que a prática não justifica o crime e que o comportamento do partido que chegou ao poder agitando a bandeira da ética constituiu crime de estelionato eleitoral, fator agravante da frustração política e da descrença, se não do cinismo cívico. Ou, nas palavras do presidente do Tribunal Superior Eleitoral, fator “de um misto de revolta, desprezo e até mesmo repugnância”. No caso do Congresso, a justificativa é que a instituição é assim porque foi eleita assim. A culpa seria do eleitor. Em parte é, em parte não é. Não é, na medida em que o sistema de voto proporcional dificulta a relação entre eleitor e representante. Pesquisas mostram que seis meses depois das eleições os eleitores não se lembram mais qual foi seu candidato. O sistema proporcional inviabiliza também a possibilidade de cassação pelo eleitor do mandato do deputado ou senador corrupto ou ineficiente durante o mandato. Todos têm quatro e nove anos, respectivamente, de imunidade e de impunidade. Esses fatores institucionais pertencem, no entanto, a outra discussão.

O que deixo sugerido aqui é que, além da já cogitada eliminação do voto secreto nas decisões de cassação, seria necessário pensar em outras medidas moralizadoras que operem no intervalo das eleições. O fim do foro privilegiado para crimes comuns poderia ser uma delas. Se o autopoliciamento não tem funcionado, seria talvez o caso de se pensar também em introduzir algum tipo de controle assemelhado ao que foi criado para o Judiciário. O Conselho Nacional de Magistratura, embora com funções restritas, já conseguiu avanços na moralização do Judiciário, sobretudo na contenção do nepotismo, do clientelismo e dos privilégios. Ou que se pense em outros mecanismos. O que é certo é que uma república que se quer representativa não pode conviver com as práticas atuais.

## A tese do troco

---

A necessidade de novas medidas de controle do comportamento dos representantes se torna mais urgente quando se considera a precariedade do controle externo exercido pelas eleições. A tese da culpa do eleitor mencionada acima tem um lado correto. A entrada maciça de eleitores no sistema a partir de 1945, aliada aos altos índices de analfabetismo funcional e de pobreza, certamente torna boa parte do eleitorado vulnerável a práticas clientelísticas e populistas. Nesse terreno é que medram os políticos fisiológicos, é que se reelegem os corruptos. É nesse fenômeno que se baseou João Ubaldo, em crônica publicada no *Globo*, para colocar na boca de um de seus personagens o que poderíamos chamar de tese do troco. A tese afirma que os políticos responsáveis por bandalheiras e absolvidos pelos colegas levarão o troco do eleitor na próxima eleição. A conclusão pessimista de um segundo personagem, aparentemente encampada por João Ubaldo, é que, devido às condições do eleitorado e às características do sistema eleitoral, não haverá troco. Os corruptos voltarão ao Parlamento ou se elegerão novos aspirantes a corruptos. O personagem conclui: “O Brasil é o único país que não vai pra frente por falta de troco”.

Mas o problema não pode certamente ser resolvido com a cassação do eleitor, como feito em 1881, quando da introdução da eleição direta. A meu ver, o único remédio para a situação é de efeito a médio prazo. Só o aumento da escolaridade e o fim da pobreza darão ao eleitor condições de liberdade que lhe permitam rejeitar propostas clientelísticas. Dizer isso,

no entanto, é proclamar um círculo vicioso: para que o eleitor se veja em condições de escolher representantes capazes de aprovar políticas públicas que acabem com o analfabetismo funcional e a pobreza, é necessário que ele já se tenha libertado dessas duas pragas. Até lá, será impossível evitar, por exemplo, que políticas sociais fundamentalmente corretas, como o programa de Bolsa Família, se transformem em imensas máquinas clientelísticas, capazes de terem peso decisivo nas próximas eleições presidenciais.

É nessa realidade também que se baseiam os mensaleiros para distinguir entre opinião pública e opinião nacional. A distinção faz sentido. A opinião pública é a da sociedade que lê jornal e revista, que acessa a internet, que frequenta os *blogs*, que se organiza em sindicatos e associações. É a opinião que pode dar o troco, mas numericamente minoritária. A opinião nacional adiciona à opinião pública a multidão dos sem-troco, dos que têm baixa escolaridade e baixa informação, dos que só vêem televisão, dos desorganizados (lembre-se que apenas 20% dos trabalhadores são sindicalizados). A opinião nacional fecha o olho à mensagem e desculpa os mensaleiros porque sua prioridade é sobreviver no mundo da necessidade.

O descompasso entre o amplo direito do voto e a restrita liberdade econômica para votar é uma perigosa armadilha para o sistema representativo. Ele tem levado ao populismo de estilo “chavista” e “moralista”, contra o qual não é certo que o Brasil já se tenha definitivamente vacinado. Há indícios perturbadores de que se pretende lançar a opinião nacional majoritária contra a opinião pública minoritária, em lamentável retrocesso político.

## Afiando a cidadania

---

Escolaridade generalizada e alta funciona a médio prazo. A médio prazo, é possível que muitos neste salão ainda estejam vivos, mas creio que o ministro Velloso quer propostas de efeito mais imediato, capazes de afiar as garras dos cidadãos e torná-los menos passivos diante dos desacertos daqueles que os representam, governam, e julgam. Isso significa criar alternativas ao déficit de representação do Parlamento, aumentar o controle sobre o superávit de poder do Executivo e sobre o desempenho também deficitário do Judiciário. Estamos aqui diante de um vasto campo de experimen-

tação, limitado apenas por nossa capacidade de imaginar. Em determinado momento, ao final da ditadura, acreditamos nos movimentos populares como fatores de mudança. Erramos. Desses movimentos, resta, com poder de fogo, apenas o MST, que já perde legitimidade e se tem limitado à arena restrita do mundo rural. Recentemente, o MST manifestou interesse em se expandir para o mundo urbano. Tal expansão teria, sem dúvida, efeito potencialmente revolucionário. Mas será bloqueada pela presença do tráfico, ao qual o MST, ou que outro nome adote, terá de disputar o domínio das favelas. Recuso-me, assustado, a pensar na hipótese colombiana de uma aliança entre um eventual MST urbano e o tráfico.

Também já depositamos esperança nas experiências de orçamento participativo. A avaliação dos resultados não tem sido conclusiva. Essas experiências esbarram na relutância dos próprios prefeitos em sujeitar fatias substantivas do orçamento à decisão das comunidades, na inevitável tentativa da manipulação clientelística, e na oposição dos representantes tradicionais localizados nas câmaras e assembléias legislativas. Alguns analistas têm chamado, com toda a razão, a atenção para novos instrumentos de ação criados pela Constituição de 1988. Mencionam-se, sobretudo, os institutos jurídicos das ações diretas de inconstitucionalidade, de ação popular e de ação civil pública. Há aí, sem dúvida, um vasto campo de atuação, limitado, no entanto, pela falta de conhecimento da existência dessas armas e pela descrença na eficácia dos tribunais.

## Informação e educação

---

A ignorância dos instrumentos constitucionais de defesa dos cidadãos está vinculada ao desconhecimento escandaloso, já comprovado em pesquisas, que os brasileiros têm de seus direitos. Ignora-se não apenas como exercê-los, mas sua própria existência. Pesquisa de 1997 na Região Metropolitana do Rio de Janeiro revelou que 60% dos entrevistados não conseguiam citar um direito sequer. Nesse campo, há experiências exitosas de algumas ONGs que criaram balcões de direitos em comunidades carentes. Nesses balcões, voluntários explicam os direitos, indicam os caminhos para os reclamar, encaminham os interessados às pessoas e órgãos competentes. Não consigo convencer-me de que a multiplicação, aos milhares, desses balcões nas favelas



não possa ter um efeito poderoso de afiar as armas dos cidadãos.

Na mesma direção, a introdução da obrigatoriedade do ensino do título II da Constituição, dedicado aos direitos e garantias, da oitava série ao final do ensino médio, pode ter enorme impacto. A Constituição, como existe hoje, é em boa parte obra de ficção, devia ser classificada nas livrarias na seção de literatura brasileira. Em minha experiência de professor universitário de História do Brasil, só encontrei um aluno que declarou ter lido a Constituição. Ele o fizera porque era, ao mesmo tempo, aluno de Direito. O título II deveria ser condensado em cartilhas a serem distribuídas de graça e ensinado em todas as escolas, públicas e privadas. Essa educação cívica é indispensável em qualquer país. Em matéria de cidadania, assim como em outras, todos nascem analfabetos e não será nos lares que a maioria se alfabetizará.

Outro instrumento estratégico para dar garras ao cidadão é o que se convencionou chamar de inclusão digital, já objeto de iniciativas de alguns órgãos do governo e de várias ONGs. Os milhões em dinheiro público mensalizados, nepotizados, clientelizados, desviados, ou simplesmente furtados, seriam mais que suficientes para equipar todas as escolas, do básico ao terceiro grau, com computadores. O peso da internet na política dificilmente poderia ser exagerado. Ele ficou evidente durante o plebiscito sobre o comércio de armas e durante as CPIs do mensalão e dos mensaleiros. Na internet, a informação corre mais rápido, mais livre, mais comentada, mais discutida, mais irreverente. O Brasil já tem cerca de 30 milhões de internautas e seu número cresce rapidamente. Multiplicado esse número, digamos, por três, teremos 90 milhões de cidadãos mais bem informados, uma cidadania com mais garra, com abundante troco para dar aos políticos. A inclusão digital é a maneira mais rápida de aumentar o coeficiente de opinião pública no conjunto da opinião nacional.

---

## Parcerias

---

No terreno da administração, o estabelecimento de parcerias com o terceiro setor está longe de ser consensual, mas também está longe de esgotar suas possibilidades. A falta de consenso deve-se em parte ao argumento de que tarefas públicas devem ser executa-

das pelo Estado, em parte por não se confiar no terceiro setor. Quanto ao primeiro ponto, é óbvio que se o Estado cumprisse sua obrigação, não haveria necessidade de parcerias. Mas, mesmo que cumprisse, haveria sempre campos de atuação abertos à cooperação. Afinal, a definição do que seja tarefa de Estado não é fixa, altera-se ao longo da história. Quanto ao segundo ponto, a falta de confianças no terceiro setor, é também óbvio que toda ONG que se candidatar a parcerias com o governo deveria ser obrigada a se submeter à rigorosa auditoria independente. A não ser assim, o risco de serem usadas como fonte escusa de desvio de dinheiro público continuará grande. Em se tratando de ONGs bem administradas e bem auditadas, as parcerias, sobretudo nas áreas de segurança e controle da violência, educação de jovens e educação cívica, constituem um método barato e eficaz de complementar a ação de governos em áreas problemáticas. Há, sem dúvida, ONGs apenas interessadas em repassar, ou mesmo desviar, dinheiro público; outras, no entanto, são compostas de voluntários, muitos deles remanescentes da velha esquerda idealista, ainda imunes ao vírus do cinismo que já contagiou quase todos os brasileiros.

---

## Cidadão e contribuinte

---

Termino com uma proposta que diz respeito a uma revisão da própria conceituação de cidadão. Somos herdeiros de uma longa história sem grandes rupturas, em que as transformações se dão pelo alto, em que o patrimonialismo ainda persiste e, quando muito, se transforma em mero estatismo. É alheia à nossa tradição a concepção do Estado com produto de forças e lutas sociais, formatado de fora para dentro, típico da revolução burguesa, ou de baixo para cima, como o gerado pela Revolução Francesa. Em nossa tradição, o Estado é visto como proprietário dos dinheiros públicos, podendo deles dispor livremente. O dinheiro, nessa visão, não é público, é estatal. Nosso conceito e prática da cidadania limitam-se a mencionar os direitos civis, políticos e sociais, com ênfase nos últimos que foram reforçados recentemente pela invenção dos direitos do consumidor. Ser cidadão entre nós é, sobretudo, ser incorporado ao crescente exército de funcionários públicos, de operários de estatais, de contratadores de serviços públicos, de aposentados e pensionistas. Usei uma vez a expressão estadania para me referir a esse traço da cultura política nacional.

Um aspecto crucial da tradição anglo-saxônia, fundadora da democracia liberal moderna, ficou totalmente eclipsado entre nós. Refiro-me à própria origem da representação moderna quando, no século XIII, os barões ingleses arrancaram do rei a Magna Carta. Para aceitar que o rei lhes impusesse taxas e serviço militar, exigiram, em contrapartida, o direito de se representar nos conselhos reais. É conhecido o princípio: “*No taxation without representation*”, nenhum imposto sem representação, e a representação como condição para a cobrança de imposto. O conceito de cidadão como pagador de impostos, como contribuinte, permanece até hoje como um dos pilares da tradição anglo-saxônia. A visão do cidadão como contribuinte tem muitas vantagens e pode servir de base para uma atuação política muito mais agressiva, sobretudo em uma tradição, como a nossa, em que os representantes, que deveriam ser a contrapartida da taxação, acabam sendo eles mesmos os maiores comedores dos impostos. Lembremos dos 2,6 bilhões anuais gastos pela Câmara.

Ora, se o cidadão é o contribuinte, o que de fato é, o dinheiro é dele e não do Estado. Sendo dele, o dinheiro é público, assim como o Estado é um administrador público. O cidadão-contribuinte é dono do Estado, a quem encarrega de administrar seus impostos em benefício público. Tudo o que o Estado, em todos os seus poderes, em todas as suas agências, em todos os seus níveis, do presidente ao prefeito, depende, ou desperdiça, ou desvia, ou furta, sai do bolso do contribuinte. Trata-se, como costuma dizer Ancelmo Góis, “do meu, do seu, do nosso, dinheiro”. Se o cidadão se convence dessa verdade de que é o dono do dinheiro público, ele será muito mais criterioso ao pagar impostos e muito mais vigilante no controle dos gastos públicos. Isso é, sobretudo, importante em país de forte tradição fiscalista, em que a carga tributária é das mais altas do mundo e em que o gasto do dinheiro público é dos mais irresponsáveis. Uma ação contundente do cidadão-contribuinte atingiria o coração desse Estado fiscalista e teria mais eficácia do que próprio exercício do voto.

Uma consequência prática dessa premissa é que, se o dinheiro é do cidadão, ele tem o direito de saber exatamente quanto está pagando ao governo quando exerce suas atividades econômicas. Como acontece em muitos países, as notas fiscais ou qualquer nota de compra de bens e serviços deveriam informar a parcela que vai para o governo a título de imposto. A lei deveria impor o fornecimento dessa informação. Creio que já

existe uma associação chamada De Olho no Imposto, criada conjuntamente pela Associação Comercial de São Paulo e pela Força Sindical, que luta exatamente pela aprovação de lei nesse sentido. Outra ONG, a Contas Abertas, é excelente exemplo de serviço de esclarecimento do contribuinte sobre como é gasto seu dinheiro. Recentemente, ela revelou, por exemplo, que foram gastos 16 milhões de dólares de dinheiro público, desviados de outras rubricas, para pagar a passagem de um astronauta brasileiro ao espaço. Ao tomar conhecimento desses gastos, o cidadão estará em muito melhor condição de avaliar os custos e benefícios do passeio espacial. Como instrumentos adicionais de informação, os jornais poderiam ser incentivados a criar seções de defesa dos direitos do contribuinte semelhantes às que já possuem de defesa do consumidor.

Em casos extremos, os cidadãos deveriam ter o direito de se recusarem a pagar impostos quando o dinheiro público estivesse sendo pilhado ou mal gasto. Se é legítima a revolta contra o despotismo político, também será legítima a revolta contra o despotismo fiscal e o mau uso do dinheiro público. É a velha e boa lição dos movimentos de desobediência civil de Henri Thoreau e do Mahatma Gandhi.

## Mil Flores

---

Algumas das sugestões acima, e o espírito geral que as informa, representam rompimentos com nossa tradição cívica de estadania, de fatalismo diante do poder, de descaso pelo interesse público, de resistência à ação coletiva, de cinismo político. Como historiador, alimento muito ceticismo em relação a promessas de mudanças, sobretudo quando elas pretendem “refundar esse país”. Mas o ministro Velloso, ao justificar esse fórum, falou em revolução. Não é de seu estilo querer “refundar esse país”, mas entendo que, usando a expressão, ele pretendia desafiar nossa imaginação a inventar caminhos para a construção de uma república democrática. Pode-se dizer que a busca de novos caminhos é hoje uma preocupação universal. Tudo está em aberto, inclusive a própria idéia de cidadania. O que há de positivo é verificar que hoje temos melhores condições do que no passado de participar ativamente do esforço, sem ter de esperar que outros nos indiquem o caminho. Que floresçam mil flores, como conclamou Mao Tse Dong. Flores brasileiras, naturalmente.

# Racionalidade e espiritualidade\*

Urbano Zilles\*\*

Na sociedade de consumo, aparentemente, há pouco espaço para valores espirituais. Vivemos na sociedade da tecnociência, na qual somos absorvidos cada vez mais pelos meios. Vivemos em função das máquinas que criamos: automóvel, computador, televisão, etc. Vivemos em função de metas imediatas. Os meios precisam produzir antes de serem superados por mais novos e mais velozes. Evitamos projetos a mais longo prazo. Numa democracia, o mandato dos governantes é breve e, por isso, pouco lhes interessam projetos a longo prazo. Tudo isso ocorre no mundo material.

Vivemos numa sociedade que aposta na tecnociência, na racionalidade científica. Mas esta não cumpre as promessas messiânicas de resolver os mais profundos problemas humanos, pois instrumentalizou, não só a razão, mas o próprio homem, reduzindo-o à razão instrumental. Não ouve os apelos mais profundos do coração humano em busca de sentido. Perguntamos: ainda há espaço no mundo da tecnociência para falar de espiritualidade?

A sociedade industrial não cumpriu a promessa de oferecer um mundo segundo a medida do homem todo e de todos os homens. Trouxe-nos como parâmetro de valor o critério da produtividade, da manipulação das pessoas, da atrofia dos sentimentos, a poluição ecológica, a violência. Nesse mundo, produto da racionalidade técnico-científica, encontramos o homem contemporâneo, tentando reconquistar sua espiritualidade, como podemos observar em fenômenos amplamente difundidos, como o recurso ao ocultismo, o interesse dos ocidentais pela meditação oriental, a explosão de movimentos religiosos e a sensibilidade pelo transcendente da experiência.

Em dimensões universais, observamos o renascimento da magia e da astrologia. Entre nós amplo espaço é dado ao horóscopo nos meios de comunicação. Magos, cartomantes e astrólogos organizam-se para dividir seus clientes. O recurso religioso ao ocultismo parece ser um manifesto contra a sociedade centrada por demais na racionalidade instrumental, tecnológica e burocrática, em busca do mistério mais profundo, oculto no mistério do cosmo. Já dizia o cientista, filósofo e literato francês, Blaise Pascal, que “o coração muitas vezes tem razões que a própria razão desconhece”. Ao lodo do tarô e da quiromancia, no mundo ocidental, há certa fascinação pela mística asiática, as formas de meditação da ioga e do Zen. No seio das Igrejas cristãs florescem movimentos religiosos autônomos que correspondem à exigência de comunicação e de segurança afetiva do homem de hoje. Acentuam aspirações mais profundas, como a redescoberta de Deus. O homem de hoje sente-se envolvido por um Ser superior, pois experimenta um mistério que o transcende. Quer olhar para além das coisas às quais somos reduzidos também nós. Esta constatação até permite indagar se as Igrejas tradicionais se distanciaram da evolução histórica ou se se tornaram elas mesmas vítimas do racionalismo iluminista. Por outro lado, encontramos, no maravilhoso mundo criado pelas conquistas da tecnociência, uma juventude com grandes interrogações: que significa, por exemplo, o consumo alarmante de narcóticos? Nesse fenômeno complexo, certamente há fuga, alienação, hedonismo. Mas não expressará tudo isso uma aspiração para o transcendente? O que caracteriza a eminente dignidade da pessoa humana, não é só sua singularidade e imanência, mas também a transcendência. Não será o consumo de drogas, a violência homicida e suicida o substitutivo para um vazio religioso? Onde os homens rejeitam a Deus como Pai comum, será inútil o grito por solidariedade fraterna, pois homens tentarão usurpar o lugar de Deus, para serem senhores e explorarem seus semelhantes, abrindo caminhos para todas as formas de corrupção e violência.

Depois de F. Nietzsche (1844-1900) ter proclamado “a morte de Deus”, a Revolução Francesa ter entronizado a deusa Razão, a história parece zombar das previsões racionalistas e científicas. Quando tudo

\* Extraído da Revista do Centro Dom Vital – A Ordem, volume 95, 2006, Editora Folha Carioca Ltda.

\*\* Bacharelado pela Faculdade de Filosofia Nossa Senhora Imaculada Conceição (1962), graduação em Filosofia, licenciatura pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1971), graduação em Teologia, bacharelado pela Theologische Hochschule Beuron (1966), doutorado em Teologia pela Universität Munster (Westfälische-Wilhelms) (1969) e professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

parecia anunciar os funerais de Deus e o fim da religião, quando a sociedade ocidental convencionara ser de bom-tom não falar de assunto religioso em público, o mundo foi invadido por miríades de deuses e demônios, por um novo fervor religioso, por fanatismos e fundamentalismos, que antes sequer imaginávamos, tanto pela intensidade quanto pela variedade de suas formas, enchendo os espaços profanos do mundo que se proclamara secularizado. As palavras de Plutarco (50-120) tornam-se nova realidade no mundo da tecnociência: “Podereis encontrar uma cidade sem muralhas, sem edifícios, sem ginásios, sem leis, sem uso de moedas como dinheiro, sem cultura das letras. Mas um povo sem Deus, sem oração, sem juramentos sem ritos religiosos, sem sacrifícios, tal nunca se viu” (cit. Por Caetani, Francesco M. *Deus*. Lisboa: Sampedro, 1961, p. 41). Poderia alguém dizer que isso diziam os antigos. Mas no século XX o filósofo alemão Max Scheler (1874-1928) confirma: “Há uma lei essencial: todo o espírito finito crê ou em Deus ou em um ídolo” (*Vom Ewigen im Menschen*, p. 261). O homem sempre se inclina, ou diante de um Deus, ou diante de ídolos que se criaram no Ocidente e no Oriente: ante a força, ante o Estado, ante a raça, ante o capital, ou ante as obras de sua própria inteligência. E esses deuses são mortais. Em nossa civilização, o homem cria seus deuses, mesmo que, geralmente, não tragam o rótulo de religião, mas são venerados como se fossem objetos religiosos. Em nossa exposição, tentaremos mostrar que racionalidade e espiritualidade não se excluem, mas se complementam mutuamente.

## Ciência e espiritualidade

---

O conceito de ciência é ambíguo, pois as ciências são muitas e múltiplas. Podemos distingui-las em formais, empírico-formais e hermenêuticas. As empírico-formais caracterizam-se pela racionalidade e objetividade. O problema surge quando reduzimos a realidade ao que se pode ver, medir, pesar. Há realidades profundamente humanas, que escapam aos critérios da verificação empírica, como fé, amor, esperança e fidelidade.

A estrutura do conhecimento científico é *triádica*. Provo algo a alguém. A estrutura da fé, do amor e fidelidade é *diádica*, pois expressa atos que não se demonstram com um ato da razão, mas se testemunham. Envolvem, pois, não só nossa razão, mas todo o nosso ser.

A ciência procura compreender a natureza. Para isso busca, na diversidade dos fenômenos observados, certas regularidades, certos padrões de comportamento. Mas a natureza sempre será maior e mais complexa que o conjunto das regularidades observadas. A observação é a base de toda a ciência, seja a observação natural ou a provocada por nós, mediante experiências. As possibilidades de observação sensitiva, no decurso do tempo, foram ampliadas, através do telescópio, microscópio, detectores de radiação, etc. O que foi observado precisa ser sistematizado em forma de regras ou teorias. Alguns gênios, no decurso da História, conseguiram, a partir das teorias existentes, avançar em direção ao novo, revolucionando a Ciência e as idéias da Humanidade.

O que hoje conhecemos como Ciência tem suas raízes na Antiga Grécia. Aristóteles elaborou uma síntese de filosofia da natureza, a partir da observação. Seu legado é a curiosidade para a observação e o estudo da natureza, a convicção de que esta é regida por leis universais, a fé na capacidade humana de poder conhecer essas leis. Mas, Aristóteles, enquanto cientista, não considerava o papel fundamental da experiência na elaboração de uma teoria científica e, possuindo um espírito científico, carecia de método científico.

A gigantesca obra de Aristóteles permaneceu praticamente esquecida, durante boa parte da Idade Média, no Ocidente, passando a ser difundida a partir de 1200, sobretudo na Espanha e na Itália. Com isso trouxe novamente à tona a discussão sobre a relação entre a filosofia grega e a fé cristã. Tomás de Aquino fez uma grande síntese entre a fé e o conhecimento. Para ele, há uma só verdade que, em parte, pode ser reconhecida pela razão e a observação, e outra foi revelada por Deus mediante a Bíblia. Assim o Aquinate pôde cristianizar Aristóteles, que pressupunha, na hierarquia ordenada do Cosmos, a existência de um Ser supremo, responsável pelo funcionamento de todo o Cosmos. E Tomás chama esse Ser supremo “movente não-movido”, havendo dois caminhos para chegar a ele: o da revelação e o da razão, dois caminhos compatíveis com a espiritualidade.

O atual método científico foi sistematizado nos tempos modernos, sobretudo por Galileu, nos *Discursos sobre duas novas ciências* (1638). A revolução científica do século XVII chegou ao apogeu com Newton, com a formulação de uma teoria científica. Galileu, apesar de



todas as suas divergências com a Igreja católica da época, permaneceu católico. Newton, no final de sua obra *Principia*, escreve: “Esse bellissimo sistema do Sol, dos planetas e dos cometas só poderia provir do plano e da sabedoria de um Ser inteligente e poderoso. (...) Esse Ser rege todas as coisas, não como a alma do Universo, mas como o Senhor de todas as coisas; e, em virtude de seu domínio, ele sói ser chamado de Senhor Deus, ou Senhor do Universo. (...) Ele não é apenas virtualmente, mas também substancialmente onipresente, pois a virtude não pode subsistir sem a substância. Nele estão contidas e se movem todas as coisas. (...) É isso que eu tinha a dizer de Deus, e suas obras constituem o objeto de estudo da Filosofia Natural (...)”.

A questão de Deus, a separação entre fé e razão, agrava-se com a Mecânica Clássica desenvolvida por Newton, pois eliminou qualquer teleologia e marcou profundamente a ciência moderna e contemporânea. É conhecida a concepção de Laplace, segundo a qual o universo é uma máquina na qual todas as interações de seus componentes seriam regidas pelas leis da Mecânica, dispensando a “hipótese de Deus”. Essa concepção mecanicista está na raiz ocidental da separação entre religião e ciência, pois extrapolou o âmbito de sua competência.

Esta separação repercute, de maneira análoga, na vida das pessoas. Por um lado, é indiscutível o progresso da tecnociência. Por outro, estabeleceu-se uma divisão no sujeito. Tudo que não cabe dentro da universalidade racional e objetiva da tecnociência é empurrado para a subjetividade. Reduzindo a razão humana à razão instrumental, o próprio sujeito da tecnociência passa a ser instrumentalizado. Fechando-se no mundo da tecnociência, declara esse como a única realidade, esquecendo que o mundo da vida é muito mais amplo, mais rico e mais complexo que o mundo da ciência. No mundo da vida, existem questões fundamentais do ser humano que não encontram resposta na ciência, tais como a fé, o amor e a dimensão espiritual, que dá sentido à própria existência e ao próprio trabalho. Nessa perspectiva, ciência e fé são complementares. Ser cientista pode ser um caminho em direção a Deus, pois ele é autor, não só do Universo, mas também de nossa inteligência. Eliminar a dimensão espiritual é mutilar a vida humana, da mesma maneira como se mutilaria o ser humano ao eliminar sua capacidade racional.

Parece-me que os obstáculos para falar da espiritualidade hoje são menores no campo das ciências exatas que nas ciências humanas e, nessas, não tanto por causa da cientificidade quanto por opções ideológicas.

No passado, a visão do mundo era a de um mundo repleto do divino. Mas essa era uma visão dualista, separando espírito e matéria. No pensamento analítico da Antiga Grécia, instaurou-se a dicotomia corpo-alma. Platão considerava o corpo como a prisão da alma. A vida espiritual tinha como meta a libertação da alma. A visão pejorativa do corpo aplicou-se, sobretudo, à sexualidade. Por isso cultivou-se uma visão preponderantemente negativa com relação ao humano, ao mundo, ao corpo, à matéria, etc.

No cristianismo, a espiritualidade beneditina, com seu “ora et labora”, ainda apresenta equilíbrio. O mesmo nem sempre ocorre depois, sobretudo a partir do século VIII, quando se perdeu, no Ocidente cristão, a visão global do mistério pascal para concentrar-se na morte de Cristo na cruz.

Na passagem do medievo para a modernidade opera-se outra mudança. A afirmação do indivíduo traz como consequência a afirmação de sua autonomia. Com o Iluminismo vem a entronização da deusa Razão, que conduz aos movimentos de emancipação: emancipação da tradição, da autoridade. O homem busca sua autonomia, reconhecendo como tribunal unicamente o da própria razão. Considerando-se a si mesmo protagonista da história, sujeito livre e autônomo, o homem ocidental navega para o mundo secularizado. Nele não há lugar próprio para Deus. Há um pluralismo de visões de um mundo que funciona “como se Deus não existisse”. O Iluminismo anunciou o cidadão livre, liberto das amarras da religião e de Deus (Nietzsche) e, aos poucos, toma consciência de que ele mesmo entra em agonia. O homem não se exaure na singularidade e imanência de cada pessoa. Sente-se órfão, quando fechado à transcendência. Quando, em meados do século XX, o homem ocidental ainda apostava na tecnociência como caminho de solução para os seus problemas, no final do mesmo século, já desconfia da limitação do conhecimento científico. Nas últimas décadas, observamos uma busca do religioso, do sagrado, enfim, do mistério. E o mistério não se conhece, mas se reconhece, aceitando-o ou rejeitando-o. A ciência trata de problemas, que se resolvem. O mistério permanece mistério. Renasce a consciência da dimensão espiritu-

al da existência humana. O homem sai em busca de uma identidade perdida, numa explosão religiosa antes nunca vista.

Quando abordamos o tema da espiritualidade, não devemos esquecer que, no passado, esse assunto foi tratado de maneira, muitas vezes, dissociada ou separada do corpóreo e material. Hoje, retornamos para mais perto do pensamento globalizante da Bíblia. Não se pode departamentalizar a vida humana, separando o espiritual e o material. Espírito e matéria são duas dimensões do ser humano, Espiritualidade designa uma forma de viver que abrange todas as dimensões da existência humana. É a vida humana vivida com espírito, pois os limites da pessoa transcendem os limites de sua pele.

Todas as religiões têm, cada uma, sua espiritualidade ou mística e alimentam a vida espiritual de seus adeptos, através de seus ensinamentos, tradições e ritos. Sem ela, não passariam de ideologia. Aqui limito-me à perspectiva cristã. O ponto de partida para uma reflexão sobre espiritualidade é a encarnação. Somos espírito em corpo. Há uma diferença entre um cadáver e uma pessoa viva. A espiritualidade diz respeito à pessoa como um todo: em seu corpo e em sua alma, quando trabalha ou descansa, quando come ou reza; em seus desejos e pensamentos. A espiritualidade não é um acréscimo. Ela exprime a própria identidade numa situação concreta. A vida espiritual é um processo sempre inacabado, imperfeito, mas perfectível enquanto somos peregrinos.

Podemos perguntar: o que é espiritualidade na Bíblia?

Nos livros sagrados dos judeus e cristãos, ou seja, na revelação bíblica, a espiritualidade se define como uma forma de ser no mundo. O homem bíblico lê os acontecimentos do mundo à luz da fé para libertar-se da idolatria e viver em solidariedade com os semelhantes. Aliás, esse ideal de realização humana, como cristãos, vemo-lo concretizado no homem Jesus de Nazaré. A vocação dos que o seguem é levar adiante essa sua obra em nossa história de graça e de pecado.

Quando se fala em humanização, não se deve esquecer a dimensão transcendente. Silenciá-la é despir o homem de sua eminente dignidade. Por isso, para conhecer o homem, é preciso conhecer e respeitar, de alguma forma, a sua transcendência. Ninguém deixar de crer em Deus por causa da ciência, nem a fé impe-

dirá alguém a ser cientista, ao menos não a fé cristã. As ciências podem ajudar-nos em muito a melhor conhecer aspectos do ser humano, sem, todavia, exauri-lo. As diferentes ciências, sobretudo as chamadas humanas, podem ajudar-nos à organização da vida humana e social. Mas fé e razão, na vida concreta, não devem ser separadas. Se não nos cuidarmos, poderemos ser vítimas e prisioneiros da unilateralidade da razão, tentando construir uma visão coerente, totalizante do universo, a partir de dados e enfoques parciais. Nesse caso, construiremos falsos deuses, achando que o mundo real se reduz ao mundo da ciência. Onde se nega a existência de tudo que não se logra abordar dentro do âmbito estrito desta ou daquela ciência, tudo aquilo que suas categorias e seus instrumentos não conseguem apreender, instaura-se o totalitarismo de uma visão parcial. O conhecimento científico tem limites e a ele inere o caráter da relatividade.

Segundo Aristóteles, “todos os homens desejam saber”. As ciências humanas podem trazer relevante contribuição para conhecer melhor o ser humano. A pedagogia indica para o poder da educação e do desenvolvimento humanos. A medicina ajuda-nos a viver com mais saúde. A sociologia faz-nos compreender melhor o ser humano no seu contexto social e cultural e as possibilidades de realizar suas opções. A psicologia conduz-nos ao interior da pessoa, mostrando as potencialidades e os condicionamentos nela existentes. Mas a soma de todos os conhecimentos não exaure a profundidade misteriosa do ser humano enquanto espírito.

A logoterapia de Viktor Frankl vê o homem constituído por uma dimensão biológica, somática, uma psíquica e uma espiritual. Segundo ele, a dimensão somática coordena os fenômenos corporais. Na dimensão psíquica situam-se as disposições, sensações, impulsos, esperanças, aspirações, ou seja, os fenômenos psíquicos, seus talentos, seus costumes e padrões comportamentais. A dimensão espiritual designa o núcleo no qual livremente se tomam decisões em relação a condições impostas, por parte do corpo e da psique. Nessa dimensão espiritual, para Frankl a mais profunda, realizam-se as decisões pessoais da vontade, o interesse, o senso artístico, o pensamento, a intencionalidade, o senso ético e estético, a compreensão de valor.

Viktor Frankl afirma que a dimensão espiritual, como a psíquica, também inclui uma parte incons-

ciente na qual situa a religiosidade inconsciente, a ser compreendida como relação de transcendência entre o eu e o tu. Sendo inconsciente, pode ser evocada a partir de uma psicoterapia, por exemplo, a logoterapia, e resgatada a partir do espiritual. Segundo Frankl, a religião tem mais a ver com decisão pessoal, até ao nível inconsciente, do que com arquétipos religiosos do inconsciente coletivo, como queria Carl Jung. Portanto, religiosidade é uma decisão, não um impulso.

Carl G. Jung (1875-1961), com sua longa experiência de psicólogo, atesta: “entre todos os meus pacientes de mais de trinta e cinco anos, não há nenhum cujo problema definitivo não fosse o da religião religiosa. A raiz da enfermidade de todos está em terem perdido o que a religião deu a seus crentes, em todos os tempos; e ninguém está realmente curado enquanto não tiver atingido, de novo, seu enfoque religioso” (*Psychologie des Gottesglaubens*. Zürich, 1940, p. 9).

Percebemos que a era iluminista, no afã de eliminar crenças e superstições, com a luz da razão, deixou um grande vazio, provocando uma explosão esotérica, uma verdadeira indústria e comércio de religião. Parece vingança do inconsciente espiritual. A busca do sagrado ressurgiu de forma desordenada, com apelos à magia. Mas essa busca indica uma necessidade reprimida para além da aparente satisfação do consumo materialista das conquistas da tecnociência. O sujeito da ciência não se reduz ao ser cientista, pois, como ser humano, é muito mais. Quando descuida este “mais”, pode degenerar em barbárie.

A autonomia da ciência no campo da racionalidade permite passar da oposição ao diálogo. O conhecimento científico é limitado. A fé não oferece recursos à pesquisa científica, mas estimula o cientista a progredir em suas pesquisas e a resolver eventuais conflitos aparentes. A razão articula-se numa pluralidade de ciências. Enquanto ciência, o próprio saber teológico também é limitado, pois é a fé que busca entender, mediante métodos racionais. Isso possibilita superar o peso histórico da relação entre a Igreja e a ciência, facilitando um diálogo em pé de igualdade na elucidação de novos problemas. Assim poderá chegar-se a uma aproximação maior entre a experiência científica e a concepção religiosa da realidade, possibilitando uma melhor compreensão recíproca a serviço da vida e da dignidade do homem.

Perguntamos: qual a contribuição que a teologia poderá dar ao novo projeto?

## Teologia e espiritualidade

A teologia abrange uma multiplicidade de disciplinas e cada qual com métodos próprios. O sujeito, tanto da fé como da razão, é o homem, seja como um todo, ou seja, somente na sua dimensão racional. O diálogo entre razão e fé não só é salutar, mas necessário para todos. Para o diálogo há alguns problemas de interesse comum, como a cosmologia quântica, mecânica quântica e a ação de Deus no mundo, os desafios da teoria evolutiva, a biogenética, etc. Na construção de um mundo mais humano, é indiscutível a responsabilidade das ciências, de modo particular das ciências humanas, e da religião, de modo especial da teologia. Nem as ciências nem a filosofia, nem a teologia darão conta de sua responsabilidade enquanto enclausuradas em torres de cristal. As novas conquistas da tecnociência em si são ambíguas, podendo conduzir ao sucesso ou a uma catástrofe humana sem precedentes. A religião, que para muitos ainda parece ser sinônimo de ódio e violência, precisa ser um lugar de diálogo, para construção de uma unidade com espaço para diferenças. Para os cristãos, não basta mostrar que a fé é razoável, mas é preciso mostrar aos homens de nosso tempo que a fé em Cristo é relevante para o destino da humanidade. Os teólogos não podem ignorar as perguntas que os novos descobrimentos científicos colocam e as questões filosóficas atuais. Entre elas está, sem dúvida, a questão da transcendência e da espiritualidade.

O que se entende hoje por espiritualidade?

O Concílio Vaticano II falou numerosas vezes de “vidae espiritual”, mas apenas duas vezes de espiritualidade. Na tradição da igreja ortodoxa, não encontramos esse termo, porque a tradição oriental não distingue entre mística e teologia, entre experiência pessoal dos mistérios e dogmas eclesiais. No Oriente, fala-se de teologia espiritual, de teologia ascética e mística, de contemplação.

Entretanto, o termo espiritualidade já ocorre na Patrística. Num texto, datado do início do século V, atribuído a Pelágio, dirigido ao recém-batizado Tesifone, lemos: “Já que, ó digno e caríssimo irmão, pela graça te foi eliminada toda causa de lágrimas, age, guarda-te, corre, apressa-te. Comporta-te de modo a progredir na



espiritualidade. Guarda-te para não perder, por imprudência e negligência, o que recebeste de bom. Corre para não esqueceres. Apressa-te para compreender ainda mais celeremente... Enquanto tivermos tempo, devemos semear no Espírito, para colher a messe dos bens espirituais” (PL 30, p. 105-116). Analisando o contexto, conclui-se que o conceito de espiritualidade já é usado no sentido de “vida segundo o Espírito de Deus”, segundo a graça do batismo.

Para o teólogo cristão, a espiritualidade é a vida de graça que, pela ação do Espírito Santo, conforma o fiel ao próprio Cristo. A espiritualidade identifica-se inequivocadamente com a vida cristã, enquanto seguimento a Cristo na fé, na esperança e na caridade. Nesse sentido, o conceito teológico de espiritualidade distingue-se de uma noção ampla muito freqüente na linguagem corrente, que a identificaria com “a atitude prática ou existencial fundamental de uma pessoa, conseqüência e expressão de sua maneira de entender a vida religiosa ou, em sentido mais geral, a vida eticamente comprometida” (Balthasar, Hans Urs von. *Puntos centrales de la fe*. Madrid: BAC, 1985, p. 283).

O conceito de espiritualidade, no cristianismo, deve ser visto na perspectiva dinâmica da encarnação, a partir do Deus feito homem. Como em Jesus se unem divindade e humanidade sem confusão, sem mudança, sem divisão nem separação, conservando cada natureza sua propriedade, a vida da graça tampouco suprime, anula, subverte ou se justapõe à humanidade agraciada por Deus. A graça não destrói nem suprime a natureza humana, mas a supõe e aperfeiçoa. Errou o filósofo e literato francês Jean-Paul Sartre, quando afirmou que “o homem é apenas o que faz de si mesmo”. Antes de mais nada, o que somos e temos de mais profundamente humano é graça. A própria vida é, antes de tudo, dom.

Ver a espiritualidade a partir da encarnação de Deus significa que o cristianismo se encarna na história e aspira a transformar o homem concreto em sua situação cultural. Quando se radicaliza a transcendência da fé, unicamente a partir da infinita diferença qualitativa entre Deus e o mundo, a conseqüência é a rejeição absoluta e categórica das culturas para evitar o sincretismo. Com isso se dissociam a fé da história, o ser crente e o ser homem. Tal atitude conduziu ao atual drama da ruptura entre Evangelho e cultura. O cristianismo deverá consentir em ser questionado para descobrir e viver de forma nova os valores evangélicos. A força

do cristianismo dos primórdios decorre da coragem de Paulo sair da sinagoga e enfrentar a praça de Atenas. S. Teresa de Ávila, apresentando o itinerário espiritual do cristão de seu tempo, afasta-se do plano cosmológico da Idade Média e propõe um caminho de interiorização até ao centro da alma, onde encontra Deus e a si mesma.

Como o modo de ser do homem no mundo é ser em corpo, a espiritualidade cristã se expressa na cultura. A espiritualidade cristã deve ousar a *kénosis*, isto é, morrer na cultura para ressuscitar em busca da Palavra em novas culturas. É como o fermento absorvido pela massa. A espiritualidade distingue-se das culturas, em termos de transcendência e encarnação. Age como consciência crítica, em nome da esperança de um homem novo, de um mundo novo, mais justo e mais fraterno.

A noção de espiritualidade assume o homem aqui e agora. Segundo Hans Urs von Balthasar, o encontro do ser humano com Cristo realiza-se sempre na emergência de uma forma singular: “O ser cristão é, de fato, forma. E como poderia não ser, se é graça, possibilidade da existência aberta para nós pelo Deus que nos justifica, mais ainda, pelo Deus feito homem que nos redime?” (*Glória: uma estética teológica*. V.I, Milão: Jaca Book, 1985, p. 292). Dessa maneira, a teologia de von Balthasar permite compreender as diferentes espiritualidades ou místicas cristãs — a inaciana, a beneditina, a franciscana ou carmelita — como formas diversas de configuração da recepção da única graça salvífica, que é o encontro do ser humano com Cristo. As diferenças decorrem da dinâmica encarnatória da salvação. Na medida em que em Cristo é assumida a multifacetada realidade humana e cósmica, a experiência da única graça será múltipla e variada.

Entretanto, não se deve confundir o conceito cristão de espiritualidade com simples espiritualidade humana. Não existe espiritualidade cristã ou vida cristã sem espiritualidade humana, pelo simples fato de que o ser cristão pressupõe o ser humano. Ambas se articulam de acordo com o dogma cristológico de Calcedônia, mas uma não se reduz à outra.

Historicamente, surgiu um divórcio entre teologia e espiritualidade, máxime a partir do século XVI, o que foi prejudicial para ambas. Isso dissociou muito, por um lado, a teologia do mundo real e vivido pelos cristãos e, por outro, enfraqueceu o vigor da espiritu-

alidade. A teologia sentiu os efeitos da redução do homem à sua razão e desta à razão instrumental, sobretudo a partir do Iluminismo.

Para tratar dessa questão, é preciso perguntar: qual a fonte do saber teológico? Já os escribas e fariseus, no tempo de Jesus, perguntavam: “Donde lhe vem essa sabedoria?” (Mt 13,54). A fonte primeira do teólogo é a revelação de Deus, testemunhada nas Sagradas Escrituras. Cabe-lhe traduzir a revelação para dentro de novas linguagens e culturas. Como processo de conhecimento, o teólogo também precisa recorrer à razão, pois a revelação de Deus dirige-se ao ser humano todo: inteligência, vontade, liberdade, sensibilidade e memória. O teólogo, como ser humano, sabe dos limites de nossa inteligência. Nesse sentido, no uso de sua inteligência, sabe que não sabe. Por outro lado, o teólogo também não ignora que a Palavra de Deus se revela na palavra humana. Por isso deve superar atitudes simplórias que o conduzam ao fundamentalismo ou ao fideísmo, repetindo a palavra bíblica sem a necessária hermenêutica.

Consciente dessas limitações, admitindo plenamente o Deus da Bíblia, o teólogo move-se no terreno do conhecimento racional e o assume. Faz isso, reconhecendo os direitos estritos da razão a se pronunciar sobre a realidade. Busca as razões de sua fé (1 Pd 3,15). Sendo o Autor da criação e da redenção o mesmo, a fé não pode ser absurda. Cabe ao teólogo o uso do instrumental especulativo e científico. Embora Deus ultrapasse todo o entendimento humano, não o suprime. Por isso também pode e deve ser pensado racionalmente, sabendo da diferença permanente entre conceito e realidade. Nenhum conceito exaure o mistério de Deus.

A teologia parte de um saber recebido. Por isso a pergunta é: pode fazer-se ciência com honestidade e ser crente? Pode assumir-se a fé, sem renunciar à responsabilidade intelectual? A fé é uma experiência globalizante e radical que envolve a pessoa em sua totalidade, incluindo a dimensão racional. A experiência da fé purifica e desafia a razão, dando sentido à sua própria atividade rigorosa e teórica como também à prática.

## **Espiritualidade cristã no contexto atual**

Na vida do dia-a-dia, por espiritualidade entendemos a atitude de deixar-se interpelar pelas interrogações do coração humano, pelos acontecimentos, pelo

outro e pela abertura ao totalmente outro. Espiritualidade não se restringe à atitude passiva de parar, silenciar e contemplar. Parar e silenciar é condição para estabelecer um diálogo ativo consigo, com os outros e com o transcendente. Quem não sabe pensar e silenciar não saberá dizer palavras novas, palavras falantes. Contenta-se com a repetição de palavras faladas por outros. E o palavrório vazio desvia-nos do sentido da vida, assemelhando nosso discurso a uma multidão de latinhas rolando no asfalto. Quanto mais vazia mais barulhentas são.

Parar e silenciar é condição necessária, mas não suficiente. Há diferentes caminhos de espiritualidade. Essas diferenças acompanham as diversas culturas e suas mudanças. Cada cultura possibilita caminhos espirituais, com valores, ritos e linguagens diferentes. Aqui nos restringimos à espiritualidade cristã.

Se, em meados do século XX, para os cristãos, o grande desafio parecia ser a secularização, no início do século XXI a explosão do religioso ameaça a verdadeira identidade cristã. Enquanto as Igrejas tradicionais vivem a tentação de ressuscitar velhas fórmulas rituais, velhos cenários religiosos, se consomem num monólogo de preocupações doutrinárias, no silêncio a presença de Deus retorna à consciência de muitos. Tudo indica que uma Igreja clerical é incapaz de enfrentar os novos problemas suscitados pelo indiferentismo à identidade religiosa. Será essa a tarefa de uma comunidade cristã e participativa, solidária e fraterna? De intelectuais leigos e religiosos?

Muitos cristãos vivem pessimistas diante do futuro, com nostalgia de um passado. A volta ao passado pode significar uma fuga do presente e renúncia ao futuro, ou, ainda, uma volta ao conservadorismo reacionário. Alguns sacralizam um passado mítico, sucumbindo num mundo sem valores. Outros instalam-se no mundo da tecnociência, onde também há uma barbárie antes inimaginável. Quem elaborará uma síntese?

Os cristãos precisam voltar a falar do futuro da humanidade, respondendo às exigências de sentido e ao vazio ético. No passado, os cristãos faziam isso, através do anúncio da esperança para além da morte, através dos novíssimos: morte, juízo, inferno, céu. Era um discurso em perspectiva mais antropocêntrica do que teológica. Hoje se anuncia a vinda do Reino de Deus, esquecendo, muitas vezes, sua significação para o homem contemporâneo. O Deus que se revelou em Jesus

Cristo é um Deus conosco e para nós. Talvez os cristãos, sobretudo os clérigos, estejam demais preocupados em propor doutrina, esquecendo a espiritualidade. Que é a Igreja, sem a ação do Espírito Santo, senão uma organização humana ao lado de tantas outras?

Não é fácil falar de espiritualidade cristã, no pluralismo cultural e religioso de hoje. Para tanto, há valores inamissíveis, como o primado da pessoa sobre a técnica e a eficiência, da fidelidade sobre a permissividade, da solidariedade sobre o egoísmo. O autêntico humanismo cristão pressupõe o respeito ao homem, o homem todo e a todos os homens, desmascarando a idolatria do consumo, do prazer pelo prazer, do poder, da eficiência de uma Vida sem sentido. É preciso superar a nostalgia do passado mítico, buscando palavras de vida, de esperança e solidariedade fraterna mediante o discernimento do espírito profético. Espiritualidade aqui significa “viver segundo o Espírito de Deus”.

Na Bíblia não aparece o termo espiritualidade. Entretanto encontramos os conteúdos, com sentidos diversos. Paulo, por exemplo, sublinha a oposição de viver “segundo o espírito” ou “viver segundo a carne”. Paulo fala do homem espiritual. Mas o termo “espiritual” não deve ser entendido como sinônimo de imaterial. Segundo o NT, espiritual é o dinamismo da existência pelo qual a pessoa toma decisões, faz opções motivadas e positivas. A esse espírito do homem, enquanto dinamismo de ações responsáveis, corresponde o espírito de Deus. Ambos chamam-se *pneuma*. O homem espiritual é o homem em seu dinamismo decisório. É o homem animado e potencializado pelo Espírito de Deus.

Quando se fala do *homem carnal*, exprime-se o dinamismo antitético ao espírito, o dinamismo no qual predomina o egoísmo. O dinamismo espiritual, ao contrário, conduz à fraternidade. O convite que Paulo faz a que todos vivam como “homens espirituais” (1 Cor 2,13; Rm 8,9) é um convite a deixar guiar-se pelo Espírito, que resgata a pessoa na sua interioridade profunda e radical. Paulo quer mostrar um estilo de vida do cristão. Tal vida deve ser entendida como vida dominada pela “lei do Espírito, que dá a vida em Jesus Cristo” (Rm 8,2). Portanto, o Espírito envolve corporeidade e cosmos, ou seja, pneumatiza toda a existência. Falar do homem espiritual, no sentido Paulino, é afirmar a existência como nova criatura, que inclui materialidade e corporeidade da salvação.

Quando falamos de espiritualidade, no sentido bíblico, não opomos o “ser espiritual” e “ser material”. Já Ireneu de Lião (cerca do ano 200) argumentou que o homem inteiro, corpo e alma, entra na vida nova: “Todos aqueles que tenham a Deus e creem no evento de seu Filho e que, pela fé, dão espaço em seus corações ao Espírito de Deus, merecem ser chamados puros, espirituais e viventes por Deus” (*Adv. haer.* V9,2). S. Basílio de Cesaréia, em seu famoso tratado sobre o Espírito Santo, afirma que o verdadeiro espiritual não é aquele que exercita a inteligência para “especular” sobre Deus, mas aquele que é guiado pelo Espírito e conforma sua vida aos “movimentos” caritativos do Espírito. E o Espírito de Deus age no mundo como o vento. Vemos os efeitos de sua ação, mas não a Ele mesmo.

Depois dos grandes escolásticos, perdeu-se a visão unitária entre teologia e santidade, pois o saber teológico fragmentou-se e houve uma explosão de formas de piedade popular. Separou-se o “caráter científico” e comunicável da experiência espiritual da vida de piedade do povo. A conseqüência é que, abandonando a centralidade da relação interpessoal entre o crente e o Espírito Santo, chegou-se a um acentuado antropocentrismo. Claro, surgiram novos termos, como vida devota, caminho da perfeição, valores do espírito, etc., para designar a vida no Espírito. Fala-se, por outro lado, de teologia mística, teologia ascética, teologia da perfeição, escolas de espiritualidade, etc.

A Exortação Apostólica *Christifideles laici*, de João Paulo II, descreve bem a vivência espiritual cristã:

A vida segundo o Espírito, cujo fruto é a santificação (cf. Rm 6,22; GL 5,22), suscita e exige de todos e de cada batizado o seguimento e a imitação de Jesus Cristo, na acolhida das suas bem-aventuranças, na escuta e na meditação da Palavra de Deus, na consciente e ativa participação na vida litúrgica e sacramental da Igreja, na oração individual, familiar e comunitária, na fome e sede de justiça, na prática do mandamento do amor, em todas as circunstâncias da vida e no serviço aos irmãos, especialmente aos menores, os pobres e os sofredores (n. 16).

A sabedoria de vida não se esgota na racionalidade científica e filosófica. No mundo da tecnociência, por um lado, e no mundo do mal-estar, por outro, não se pode ignorar um novo interesse pela espiritualidade. Mas esta precisa passar por uma reavaliação. O recurso ao passado é insuficiente. É mister reconhecer novas experiências da imediatez do divino, através da solida-

riedade fraterna e do amor, da experiência da não-violência, do diálogo inter-religioso, da preocupação ecológica e cósmica. Surgem caminhos novos em relação às categorias e aos modelos clássicos.

Há anos estava em voga o fascínio do Oriente, com sua sabedoria e capacidade de harmonia entre corpo, alma, ambiente e senso do absoluto. Sem necessidade de nos perdermos nos detalhes, temos necessidade cultural de explorar as vias da globalidade e da harmonia. Nisso o Oriente pode contribuir.

Há algum tempo, assistimos ao fenômeno da *New Age*, forma religiosa sincretista. Busca-se, outrossim, uma religião epistemológica, embora não organizada. Desprezando as fórmulas dogmáticas, buscam-se novas espiritualidades, que transcendam os limites religiosos e culturais para fazer surgir uma nova consciência universal. O teólogo J. Ratzinger, em 1992, descreveu essa situação nos seguintes termos:

Constata-se a existência de uma disposição de ânimo, muito difundida e, ao mesmo tempo, vaga, que poderia ser definida como uma espécie de nostalgia de espiritualidade e de religiosidade vivenciada... Esta nostalgia provém muitas vezes de uma desilusão provocada pela insuficiência do mundo da ciência e da técnica; esconde uma inclinação ao passado e, sobretudo, um profundo ceticismo em relação à vocação do homem para a verdade. Com efeito, a verdade lhes parece historicamente dasacreditada, exatamente por causa da intolerância daqueles que se creem seus seguros detentores (citado por Secondi, p. 105).

Talvez também se possa interpretar esse fenômeno como insuficiência das formas tradicionais de espiritualidades para as novas transformações. Mas, sem dúvida, é difusa a necessidade do divino experienciável de modo imediato. No contexto da sociedade imediatista de consumo, existe uma busca do divino imediatamente disponível. Esse fenômeno, por um lado, é o sucesso comercial das Igrejas eletrônicas e, por outro, possibilitado pelo distanciamento da nova cultura por parte das Igrejas tradicionais. Ao mesmo tempo, manifesta o mal-estar do homem tecnopolitano, violentamente unidimensionado e expropriado de muitos elementos afetivos e emotivos, mas, sobretudo, ignorado em sua dimensão espiritual.

Tudo indica que caminhamos para uma situação de integração mais complexa entre cosmos, Deus e homem, superando a unidimensionalização do ho-

mem pela tecnociência. A globalização do fenômeno espiritual promete novas perspectivas também para a espiritualidade cristã. Certamente a sobrevivência da humanidade requer, por parte de todos e de cada um, respeito pelo outro e abertura para o novo, sem suprimir ou banalizar as diferenças e sem renunciar à grande riqueza das diversas tradições. Por outro lado, o abismo criado entre o mundo da ciência, ou seja, da racionalidade instrumental, e o mundo da vida, postula o reconhecimento do primado da experiência, pessoal ou coletiva, como lugar e fonte de toda verdadeira espiritualidade.

O homem de amanhã será mais espiritual e místico, ou perecerá. Para isso não deverá ser menos racional, pois racionalidade e espiritualidade não se excluem, mas se complementam mutuamente. Para o cristão, o mundo não é deus, mas o caminho para chegar a Deus. Reconhecida a autonomia de duas ordens distintas de conhecimento, a da fé e a da razão, é hora de passar da oposição conflituosa ao diálogo, todavia, sem querer reduzir a religião à ciência, nem a ciência a uma religião. A religião não se fundamenta na ciência, nem esta é prolongamento da religião.

Para resumir, do ponto de vista cristão, a relação entre a razão e fé pode ser reformulada nos seguintes termos: a) Fé e razão são diferentes modos de conhecer; b) Fé e razão não se podem contradizer, porque o autor de ambas é Deus; c) Embora a razão seja suficiente para conhecer as verdades fundamentais da ordem natural e seja autônoma no estudo das coisas naturais, por si só é incapaz de penetrar nos mistérios de Deus. Por isso Deus se revelou a nós enquanto necessário para nós, e sua revelação pode iluminar nossa razão em suas atividades; d) A razão exerce papel fundamental na formulação da fé, seja nos preâmbulos, seja para ilustrar, por meio de semelhanças e dessemelhanças, seja para refutar o que a contraria.

Enfim, concluímos com S. Agostinho: “Meu coração está inquieto até repousar em Deus.”

## Referências bibliográficas

- BALTHASAR, Hans Urs von. *Ensayos Teológicos 1: Verbum Caro*. Madrid: Guadarrama, 1964.
- FIORES, S. de e GOFFI, T. (Org.). *Dicionário de Espiritualidade*. S. Paulo: Paulinas, 1989.

FRANKL, Viktor. *Fundamentos Antropológicos da Psicoterapia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

\_\_\_\_\_. *A Presença Ignorada de Deus*. S. Leopoldo: Sinodal, 1985.

GALILEA, S. *O Caminho da Espiritualidade*. S. Paulo: Paulus, 1984.

LUKAS, Elisabeth. *Logoterapia, a Força Desafiadora do Espírito*. S. Paulo: Loyola, 1989.

PAPANICOLAU, Jorge. *La relevância del diálogo de la teología com las ciencias*. In: consonancias (Buenos Aires) n. 16, ano 2006.

RATZINGER, J. *Svolta per l'Europa?* Cinisello Balsamo: Paoline, 1992.

SECONDIN, Bruno. *Espiritualidade em Diálogo*. São Paulo: Paulinas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Por uma Espiritualidade Criativa*. S. Paulo: Paulinas, 1997.

SHELLER, Max. *Vom Ewigen im Menschen*. 5. ed. Bern-München: A. Francke AG, 1968.

VANINI, Marco. *Introdução à Mística*. S. Paulo: Loyola, 2005.

ZILLES, Urbano. *Crer e Compreender*. Porto alegre: EDIPUCRS, 2004.





# Redução da maioria penal

Arthur Pinheiro Chaves\*

A ocorrência recente de crimes amplamente divulgados e que chocaram a sociedade pela sua crueldade, com a participação de menores, destacando-se aquele que vitimou o pequeno João Hélio, um menino de 6 anos que morreu arrastado por 7 km, percorrendo quatro bairros do subúrbio do Rio de Janeiro, ou a possibilidade de volta às ruas de “Champinha”, quando menor assassinou cruelmente um casal de jovens paulistas, trouxe à baila a discussão acerca da redução da maioria penal.

Atualmente a previsão dos 18 anos para a maioria se encontra no Texto Constitucional, no art. 228, bem como no art. 27 do Código Penal Brasileiro. Essa última lei trata da questão ao regular a imputabilidade penal, presumindo, de forma absoluta, que o menor de 18 anos não apresenta um dos elementos da culpabilidade, qual seja, a imputabilidade. O menor de 18 anos é inimputável, ou seja, não tem a capacidade de entender o caráter ilícito do fato criminoso e nem de se determinar de acordo com esse entendimento para praticar o ato, ficando, por consequência, isento de pena. Adotou-se, na hipótese, o critério biológico para a definição da maioria, levando em conta apenas o aspecto cronológico-etário, não importando o desenvolvimento psicológico do indivíduo.

O limite etário apontado, contudo, tem se mostrado insuficiente para coibir a criminalidade, servindo, ao contrário, para incentivar a marginalidade, através, por exemplo, do uso de menores por quadrilhas na prática de crimes, com a certeza da impunidade. Não se pode olvidar, entretanto, que o Código Penal, Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940, é do início da década de quarenta, quando sequer havia televisão nos lares brasileiros. Hoje, por mais alijado que seja o cidadão do acesso aos bens materiais, a maioria dos lares brasileiros possui uma televisão, mencionada por ser meio fácil e instantâneo de acesso à informação, influenciando na maturidade mais precoce da juventude. O jovem de 16 anos do ano de 2007 não é o jovem de 16 anos do ano de 1940, data em que surgiu o Código Penal vigente. A época era outra, os valores também, assim como o

acesso à informação, havendo mais precoce desenvolvimento volitivo na atualidade.

Hodiernamente se mostra inconcebível achar que um menor de 16 anos seja considerado, por presunção absoluta, incapaz de entender a gravidade da prática de um estupro, de um homicídio, latrocínio ou de uma extorsão mediante seqüestro, por exemplo. O argumento trazido por alguns, concernente ao aspecto social da “falta de oportunidade” de alguns jovens, o que influiria no seu entendimento, não serve.

A noção de que há fatos que atingem de forma mais agressiva os bens socialmente protegidos, como é o caso dos chamados crimes hediondos, não refoge ao entendimento de uma pessoa de 16 anos com desenvolvimento intelectual médio, com a noção do chamado homem médio ou *bonus pater familiae*, independente da classe social que ocupe ou do seu nível de instrução. É inerente ao convívio social. Pensar de outra forma é fechar os olhos para a realidade. Se um indivíduo com a referida idade não tem a noção da gravidade de tais fatos, não se espera que aos 18 anos a adquira. Nesse caso, parece que a hipótese de ausência de imputabilidade poderá ser outra, não guardando relação com a idade, e sim com a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, de que trata o art. 26 do Código Penal. De outra banda, o amadurecimento físico na idade acima referida (16 anos) se encontra praticamente completo, propiciando ao menor o uso de força física para a prática de violência no cometimento de fatos tipificados como crimes, especialmente contra pessoas do sexo feminino.

A tendência de amadurecimento mais precoce, em face do transcurso do tempo e da evolução da sociedade, não passou despercebida do legislador, por exemplo, quando reduziu a maioria civil para 18 anos, com o Código Civil de 2002 (art. 5º da Lei 10.406, de 10/01/2002 – Novo Código Civil). Em países mais avançados, como é o caso da Inglaterra, a questão é tratada de outra maneira, sendo que o menor de 10 anos pode ser responsabilizado penalmente.

Sem chegar ao ponto do que ocorre em sociedades como a inglesa, é preciso que se encontre um meio termo e se adotem soluções. Se a redução da maioria

\* Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará.

de em relação à prática de todo e qualquer ilícito penal encontra maior resistência em sua aprovação, que se dê ao menos para alguns tipos de crimes que atingem de forma mais profunda o bem-estar social, como é o caso do homicídio, latrocínio, estupro ou extorsão mediante seqüestro, já mencionados acima.

Outra possibilidade é a de que o atual limite de três anos previsto pelo art. 121, § 3º, do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990) para o cumprimento de medida socioeducativa de internação, que resulta na consequência de que um menor que cometa crime, por mais grave que seja, esteja livre aos 21 anos, seja aumentado, de forma a que o menor infrator possa ter sua liberdade restringida até um limite etário maior, sofrendo sanção proporcional ao ilícito praticado.

Muito se fala que o clamor público, resultante de determinado fato isolado, como o citado no início deste texto, relativo ao pequeno João Hélio, não pode servir de motivação para a efetivação de mudanças legislativas desse jaez, sob pena de afronta impensada a direitos relativos à garantia da liberdade. Trata-se, contudo, de meia-verdade. Não se pode olvidar que o conceito de preservação da liberdade, entendida da forma mais ampla possível, passa também pela possibilidade de o cidadão de bem poder viver e circular livremente em um ambiente social seguro. O clamor público, em verdade, reflete a realidade e os anseios sociais de determinada época, devendo, portanto, ter ressonância no Congresso Nacional de um país, que nada mais é que a representação da sociedade na função de legislar, sendo seus integrantes mandatários a espelhar o meio social em rebuliço. Como, então, deixar de refletir tal realidade?

É preciso, portanto, mudança, sob pena de incentivo à criminalidade e de forma a se evitar que outros Joões Hélios sofram barbáries, sem maiores consequências para o menor infrator, ou que novos “Champinhas” tenham a possibilidade de voltar às ruas rápido demais, deixando na sociedade a sensação amarga de indignação, insegurança e impunidade.

## Bibliografia

---

*Código penal anotado*/Damásio E. de Jesus – 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2000.

# Primeiríssimas impressões sobre a resposta à Consulta 1.398 do Tribunal Superior Eleitoral. A Perda de condição necessária para o exercício de mandato parlamentar e os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da segurança jurídica

José Ricardo Biazzo Símion\*  
Renata Fiori Puccetti Klotz\*\*

Toda a população brasileira foi “acordada” na data de ontem com o alardeamento por toda a imprensa de que uma “decisão” prolatada no e. TSE poderá ensejar a cassação do mandato de 37 deputados.

A anunciada “decisão” é decorrente de consulta formulada pelo então Partido da Frente Liberal, ao Tribunal Superior Eleitoral, acerca — em extremo resumo — da vigência ou não em nosso ordenamento jurídico do instituto da Fidelidade Partidária.

A consulta foi formulada, *ipsis literis*, com o seguinte teor:

Considerando o teor do art. 108 da Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos.

Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

Indaga-se:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?

A Relatoria do caso coube ao Ministro César Asfor Rocha e a resposta que sobreveio foi para determinar que:

Com esta fundamentação respondo afirmativamente à consulta do PFL, concluindo que *os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda. (Destacamos.)*

O entendimento do eminente Ministro teve por base, uma melhor interpretação dos princípios insculpidos nos arts. 14, § 3º, e 17, § 1º, da Constituição Federal, sendo parte integrante da mesma a ilação de que:

(...) parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor.

Todavia, parece-me incogitável que alguém possa obter para si — e exercer como coisa sua — um mandato eletivo, que se configura essencialmente como uma função política e pública, de todo avessa e inconciliável com pretensão de cunho privado.

Nessas brevíssimas linhas não nos atrevemos a “julgar” o acerto ou desacerto de tal posicionamento ou do voto divergente (do Ministro Marcelo Ribeiro). Pretendemos simplesmente chamar a atenção do perigo de apressadas conclusões que daí advieram.

Com o conhecimento do decidido, — profundo de alguns e superficial da maioria —, não faltaram

\* Advogado de Biazzo Simon Advogados. Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP.

\*\* Advogada de Biazzo Simon Advogados. Especialista e Mestranda em Direito Administrativo pela PUC/SP.

os rumores de que “os deputados traidores serão cassados”, o “PFL e o PSDB recomporão suas bancadas”, “serão profundas as modificações nas composições das Câmaras Municipais e das Assembléias Legislativas”, etc. Cremos, no entanto, que o problema — como de costume no ramo jurídico — não requer tão singela solução.

Parece-nos sim, a grosso modo, que se mantida a interpretação dada na consulta quando de sua submissão — quer na forma de controle abstrato ou concreto — ao colendo Supremo Tribunal Federal, caso os parlamentares eleitos por uma determinada agremiação política venham a requerer cancelamento de sua filiação ou transferência, perderão uma de suas condições de exercício do mandato (manter-se filiado à agremiação política originária) e serão obstados desse mesmo exercício.

Dissemos que isso nos parece “a grosso modo”, porque também essa consequência terá condicionantes.

O primeiro condicionante é de que a decisão que obstaculizará o exercício do mandato — judicial ou administrativa — deverá ser precedida de processo no qual se dará aquele que cancelou ou transferiu sua filiação o mais amplo direito de defesa, sob pena de afronta ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Essa condição certamente deverá ser atendida para se cumprir a ordem constitucional, mas ganha especial relevo porque da própria “decisão” consta que “(...) haver[á] hipóteses em que a mudança partidária, pelo candidato a cargo proporcional eleito, não venha a importar na perda de seu mandato, como, por exemplo, quando a migração decorrer da alteração do ideário partidário ou for fruto de uma perseguição odiosa”.

Então, se “(...) [há] hipóteses em que a mudança partidária, pelo candidato a cargo proporcional eleito, não venha a importar na perda de seu mandato (...)”, no processo noticiado deverá se averiguar, dentre outras certas ceulemas jurídicas e fáticas, se o cancelamento ou transferência de filiação se subsume à espécie que enseja a mencionada perda da condição para o exercício do mandato. E isso tudo, obviamente, com o atendimento, repise-se, aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

De plano já podemos prever, inclusive, que haverá amplo debate doutrinário e jurisprudencial para se

definir quais são os cancelamentos e transferências de filiação que se amoldarão às espécies que ensejarão ou não a perda de condição para o exercício do mandato.

Note-se, ainda, que a própria decisão apenas exemplifica duas situações em que não haverá a perda da condição para o exercício do mandato — “(...) quando a migração decorrer da alteração do ideário partidário ou for fruto de uma perseguição odiosa (...)” — e se o rol é exemplificativo é porque outras existem e sobre as mesmas deverão se deter os atores da cena (as Casas Legislativas, as partes, seus advogados e o Poder Judiciário).

Pensamos também que acerca de um segundo condicionante haverá um amplo debate: o “mandamento normativo” constante da decisão aplica-se às situações pretéritas e futuras ou somente às futuras?

A determinação se aplica aqueles 37 deputados a que tanto a imprensa fez menção ou somente aos deputados que a partir de agora se comportarem em desacordo com a “ordenação recém-estabelecida”?

Da “decisão” consta, como já disse, até mesmo exemplos de comportamentos que não se subsumem à sua carga normativa (mandamento, imposição, etc), mas nela não se fez menção ao termo *a quo*, ou seja, ao alcance temporal de sua aplicabilidade.

Também para esse questionamento há um ingrediente apimentado. Conforme fez constar em seu voto divergente o Ministro Marcelo Ribeiro, existem precedentes jurisprudenciais onde se afirma(va) que no Brasil não se aplica(va) o instituto da Fidelidade Partidária, inclusive um recentíssimo de lavra do Ministro Gilmar Mendes — do Supremo Tribunal Federal — que foi assim ementado:

Ementa: Mandado de segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda do mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. (...) (MS 23.405-9 – GO, de 22/03/2004.)

Assim podemos estar diante do seguinte: (i) a interpretação dantes dada ao regramento jurídico da questão era de que o ordenamento brasileiro não abarcava o instituto da Fidelidade Partidária, porém, (ii) com a decisão provinda do e. TSE passou-se a entender — com “força normativa” — que vige no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Fidelidade Partidária,

e isso sem que tenha havido qualquer modificação legal ou constitucional.

Quer nos parecer, obviamente, que aqueles deputados que já “trocaram de camisa” não estariam no foco de irradiação da determinação, pois, o entendimento contrário implicaria em afrontar o Princípio da Segurança Jurídica que, entre outras limitações, veda a retroatividade das leis.

A bem dizer, a incidência dessa vinculante “decisão” com efeitos pretéritos atenta contra a Segurança Jurídica, princípio da maior estatura no Estado Democrático de Direito e que, *verbi gratia*, limita até mesmo a atuação do Supremo Tribunal Federal, corte máxima brasileira, ao informar a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Há, portanto, que se esperar prudência ao se decidir e, em respeito às regras e entendimentos válidos por ocasião das eleições, não alterá-los em detrimento do resultado decorrente do exercício do voto.

Tecidas essas breves observações, vale lamentar que na resposta da Consulta não se tenha tratado da questão da Segurança Jurídica e assim se adiantado acerca de um debate que, certamente, terá seu epílogo na colenda Corte.

A pós-modernidade não nega a modernidade; antes, celebra suas conquistas, como o positivismo entranhado nas ciências, a razão tecnocientífica a pontificar sobre a intuição e a inteligência, o triunfo do capitalismo em suas versões neoliberal e, agora, neofascista; contrapondo, por via da guerra, o fundamentalismo econômico — o capital como valor supremo — ao fundamentalismo religioso. Frente ao darwinismo socioeconômico, a cultura mergulha em profunda crise. Os valores monetários do mercado se sobrepõem aos valores morais da ética. Os grandes relatos se calam, a história como processo se desacelera, as ideologias críticas agonizam. O futuro recua perante o imperativo de perenização do presente. Tudo se congela nessa idéia absurda de que a vida é “aqui e agora”.

A velhice é encarada como doença e a morte como abominação. A felicidade é reduzida à soma de prazeres e os bens finitos mais cobiçados que os infinitos. Sabe-se o que não se quer, não o que se quer. As utopias ruíram com o Muro de Berlim. Maio de 1968 não logrou expandir-se além das fronteiras do corpo liberto do peso da culpa. Os projetos revolucionários quedaram como a estampa do Che pregada na parede ou reproduzida na camiseta. “E há tempos nem os santos têm ao certo / a medida da maldade. / Há tempos são os jovens que adoecem. / Há tempos o encanto está ausente. / E há ferrugem nos sorrisos. / E só o acaso estende os braços / a quem procura abrigo e proteção”, canta Renato Russo. Hegel nos ensinou a pensar a realidade, e seu discípulo, Marx, a transformá-la. Esqueceram-se do ensinamento bíblico de que é preciso mudar o coração de pedra em coração de carne. O novo, na ciência e na técnica, não fez novo o coração humano, agora assolado pelo sentimento de impotência, de fatalismo, de cinismo. É a cultura do grande vazio respirada pelos jovens de hoje. Caminham de Prometeu a Narciso e, no meio do percurso, deixam à margem o heroísmo de Sísifo. Não lhes importa que a pedra role ladeira abaixo, importa é desfrutar da vida. Capitulados diante das exigências de construir o novo, olvidados Hegel e Marx,

as mudanças históricas sonhadas por minha geração de 68 agora se resumem ao corpo, à moda, aos gostos e caprichos individuais. Na prateleira, a literatura libertária é substituída por esoterismo, astrologia e auto-ajuda. Já que a sociedade é imutável, há que desfrutá-la. E já que não se pode mudar o mundo, ao menos há que se encontrar terapias literárias que sirvam de vacina contra um profundo sentimento de frustração e derrota.

Na ânsia de eternizar o presente, buscam-se artifícios que prolonguem a vida: malhação, dietas, vitaminas, cirurgias estéticas etc. Urge manter-se eternamente jovem. Velhice, rugas, obesidade, cabelos brancos, músculos flácidos, perda de vigor juvenil e beleza física, eis os fantasmas que amedrontam a alma lúdica, luxuriosa, de quem não sabe o rumo a imprimir à existência. Como apregoa o Manifesto Hedonista (E. Guisan, 1990), “o gozo é o alfa e o ômega, o princípio e o fim.” Privatiza-se o existir, encerra-se num individualismo que se gaba de sua indiferença frente aos dramas alheios, e predomina a insensibilidade às questões coletivas. A ética cede lugar à estética. A política é encarada com nojo e a vida como um videoclipe anabolizado por dinheiro, fama e beleza.

Surge a primeira geração sem culpa, despolitizada de compromissos, repleta de jovens entediados, céticos, insatisfeitos, fragmentados. Geração de reduzida capacidade de maravilhar-se, entusiasmar-se, comprometer-se. Uma geração desencantada: “Vivo en el número siete, / calle Melancolia, / quiero mudarme hace años / al barrio de la alegría. / Pero siempre que lo intento, / ha salido ya el tranvía / y en la escalera me siento, / a silbar mi melodía” (J. Sabina).

Agora cada um tem a sua verdade e ninguém se incomoda com a verdade do outro. Nem se deixa questionar por ela. O diálogo face a face é descartado em favor do diálogo virtual via internet, onde cada parceiro pode fingir o que não é e disfarçar sua baixa autoestima. Nas relações pessoais, inverte-se o itinerário de minha geração, que ia do amor ao sexo; agora, vai-se do sexo ao sexo, na esperança de que, súbito, desponte o milagre do amor.

Nesse nebuloso mundo pós-moderno, a visão é obscurecida. Perde-se a dimensão da floresta, avista-

\* Fonte: *Correio Braziliense*, caderno Opinião, 08/06/2007.

\*\* Religioso dominicano e autor de vários livros.\*



se apenas uma ou outra árvore. Assim, fica-se indignado com a violência urbana e clama-se pela redução da maioria penal e pela pena de morte. Quem se indigna com a violência estrutural de uma nação que condena milhões de jovens à desescolarização precoce e ao desemprego?

Vale de (mau) exemplo a Justiça de Bush, que condenou a 100 anos de prisão o soldado que, no Iraque, estuprou e matou uma jovem de 14 anos. Enquanto isso, a chuva de bombas *made in USA* tira a vida de 700 mil iraquianos, sem distinguir inocentes, crianças e idosos. Quem haverá de pagar por tamanha atrocidade?



# A propriedade industrial em face do conhecimento tradicional associado à biodiversidade\*

Lyssandro Norton Siqueira\*\*

## Introdução

A busca pela conciliação entre as iniciativas de proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico é verdadeiramente uma preocupação mundial.

Neste sentido, a necessidade de um desenvolvimento sustentável tem sido imposta aos setores produtivos.

A preocupação com o tema não é recente. Alguns instrumentos jurídicos já regulavam internacionalmente, desde o início do século XX, a relação entre meio ambiente e desenvolvimento, podendo ser citadas a Convenção sobre a Preservação da Fauna e da Flora, de 1933, e a Convenção Internacional para a Regulação da Caça das Baleias, de 1946.

Recentemente, a procura por um desenvolvimento mundial sustentável tem aberto diversas frentes de pesquisas e propiciado o entendimento de diversos países em torno de algumas questões importantes, como se depreende, por exemplo, do Protocolo de Kyoto e da Convenção de Diversidade Biológica (CDB).

A CDB, resultado da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – CNUMAD (Rio 92), realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992, constitui um dos instrumentos internacionais mais importantes relacionados ao meio ambiente. Foi assinada por 168 países e ratificada por 188, sendo certo que estes últimos se tornaram Partes da Convenção.

Importantes marcos legais e políticos, que orientam a gestão da biodiversidade em todo o mundo, têm sido definidos pela CDB, tais como o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança; o Tratado

Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura; as Diretrizes de Bonn; as Diretrizes para o Turismo Sustentável e a Biodiversidade; os Princípios de Addis Abeba para a Utilização Sustentável da Biodiversidade; as Diretrizes para a Prevenção, Controle e Erradicação das Espécies Exóticas Invasoras; e os Princípios e Diretrizes da Abordagem Ecosistêmica para a Gestão da Biodiversidade.

Também no âmbito da CDB, foi iniciada a negociação de um regime internacional sobre acesso aos recursos genéticos e repartição dos benefícios resultantes desse acesso. Tal iniciativa, entretanto, tem discutível efetividade, posto que a CDB não teve a assinatura dos Estados Unidos da América, maior detentor de registros de patentes e marcas.

No bojo dessas iniciativas, a biodiversidade tem ganhado destaque desde o início da última década, principalmente pelo interesse de diversos setores econômicos e ambientais em torno do tema.

O Brasil, o país mais rico do mundo em biodiversidade, detentor de 30% (trinta por cento) das florestas tropicais e 22% (vinte e dois por cento) do total mundial de sementes, conforme veremos no tópico 3.1, tem importante papel no cenário mundial.

No entanto, a ausência de instrumentos jurídicos adequados tem permitido, ou até mesmo incentivado, a ocorrência de grandes controvérsias acerca do tema, com acusações de apropriação indevida da biodiversidade brasileira e do conhecimento tradicional a ela associado.

Vários são os casos noticiados em que empresas de diversas nacionalidades utilizam-se de conhecimentos tradicionais de comunidades brasileiras para produzir os mais variados itens comerciais, registrando as respectivas patentes e explorando marcas, com a acusação de desprezo pelas comunidades detentoras deste conhecimento tradicional.

Não se pode, contudo, generalizar a ponto de se atribuir ao setor produtivo todos os males do acesso à biodiversidade, nem, muito menos, desconhecer os

\*Dissertação de mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos, requisito parcial necessário para obtenção do grau de Mestre em Direito Empresarial.

\*\*Procurador do Estado de MG, Advogado, Mestre em Direito.

benefícios que podem ser trazidos à população mundial por algumas descobertas relativas, principalmente, à exploração honesta e racional da flora, citando-se, como exemplo, a indústria farmacológica.

Constituem grandes equívocos tachar de “biopirataria” toda e qualquer iniciativa relativa à exploração da biodiversidade e, da mesma forma, caracterizar como “conhecimento tradicional” todo e qualquer procedimento que utilize qualquer recurso natural, sem que se tenha previamente um trabalho de pesquisa sério e apto a identificar a comunidade responsável por seu desenvolvimento, sua originalidade e seu processo produtivo.

Decerto que não há como simplesmente impedir o acesso à biodiversidade apenas pelo receio de esbulo de eventual conhecimento, talvez tradicional, de uma ainda não identificada comunidade.

Muitas são as interrogações relativas ao tema, mostrando-se, portanto, imprescindível a instituição de instrumentos jurídicos aptos a regular com precisão a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais a ela associados.

Uma das alternativas apontadas recentemente para a regulação jurídica da matéria é a utilização do arcabouço do instituto da propriedade intelectual como possível forma de garantir maior segurança às comunidades tradicionais e às empresas que desejam explorar regularmente o potencial brasileiro.

Busca-se, neste trabalho, tratar do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, não adentrando em temas, também fecundos, como os conhecimentos tradicionais relativos a outras áreas como a artística ou a literária.

Inicialmente, definir-se-á conhecimento tradicional associado à biodiversidade, traçando um panorama das normas jurídicas internacionais e nacionais já editadas sobre o tema.

Será abordada, ainda, a normatização da propriedade intelectual, com ênfase para a propriedade industrial, especialmente para as patentes.

Buscar-se-á, principalmente, uma análise dos possíveis conflitos entre a aplicação das normas relativas ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade e daquelas relativas à propriedade industrial.

O objetivo do trabalho é a pesquisa de alternativas para solução dos conflitos normativos decorrentes das distinções entre o *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) (Acordo sobre Aspectos de Direitos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio) e a CDB, que assegura aos detentores dos conhecimentos tradicionais a justa repartição dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos.

A exposição de possíveis soluções sobre a pesquisa realizada será feita nas considerações finais.

## Capítulo 1 – Conhecimento tradicional associado à biodiversidade

### 1.1 Definições

Antes mesmo de se adentrar nas polêmicas que circundam o tema, há que se tratar da definição de conhecimento tradicional associado à biodiversidade, distinguindo-o, de início, dos conhecimentos tradicionais relativos a outras áreas.

Conhecimento tradicional associado à biodiversidade é a informação ou a prática de determinadas comunidades indígenas ou locais, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, transmitida, geração a geração, nas mais diversas formas, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético da diversidade biológica.

Neste trabalho será abordado apenas o conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

Com efeito, as comunidades tradicionais produzem conhecimentos de toda sorte, em áreas da cultura, como artística ou literária.

A proteção das criações artísticas e literárias deverá ser feita por meio do reconhecimento dos direitos autorais coletivos, como ensina Juliana Santilli.<sup>1</sup>

Biodiversidade, segundo a CDB, é o conjunto de organismos vivos de todas as origens, compreenden-

<sup>1</sup> SANTILLI, Juliana. Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico *sui generis* de proteção. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros, VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 341.

do, entre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Já os conhecimentos tradicionais são, na lição de Guilherme Cruz de Mendonça,<sup>2</sup> aqueles desenvolvidos e acumulados por populações tradicionais, passados oralmente de geração em geração, podendo estar, ou não, associados à biodiversidade.

Para a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, o conhecimento tradicional é definido como “tradição literária, artística ou científica, performances, invenções, descobertas científicas, desenhos, marcas, nomes e símbolos e outras inovações e criações resultantes da atividade intelectual nos campos da indústria, ciência e das artes”.<sup>3</sup>

Destaque para a doutrina estrangeira, na lição de J. Michael Finger, ao examinar o trabalho de Coenraad J. Visser:

Visser reexaminou como os instrumentos legais modernos tais como a patente e o direito de autor podem ser usados para proteger o conhecimento tradicional. Começa oferecendo um senso intuitivo de qual o significado do termo “conhecimento tradicional”. Aproximando-se principalmente do costume da WIPO, explica que a categoria inclui expressões tradicionais e tradições culturais baseadas em informações de expressões tais como histórias, música, dança, trabalhos de artes e habilidades, incluindo símbolos, marcas e outras expressões de conceitos tradicionais. Engloba também semelhantes conhecimentos tradicionais agrícolas, médicos e técnicos.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> MENDONÇA, Guilherme Cruz de. Interfaces entre a proteção da cultura quilombola e a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). *Direito humanos e meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 551.

<sup>3</sup> MENDONÇA, Guilherme Cruz de. Interfaces entre a proteção da cultura quilombola e a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). *Direito humanos e meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 551.

<sup>4</sup> FINGER, J. Michael. *Poor people's knowledge: helping poor people to earn from their knowledge*. Disponível em: <[http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/04/15/000009486\\_20040415114839/Rendered/PDF/wps3205poorpeople.pdf](http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/04/15/000009486_20040415114839/Rendered/PDF/wps3205poorpeople.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2007. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

Mostra-se necessária, para complementação da definição, a conceituação de população tradicional.

Populações tradicionais são grupos de pessoas, indígenas ou não, com organização social e atividades culturais próprias, transmitidas historicamente através de sucessivas gerações, e que utilizam de forma sustentável os recursos naturais, dos quais dependem para sua subsistência.

Tal conceituação é, ainda, controversa, conforme se depreende da lição doutrinária:

O conceito de “populações tradicionais”, desenvolvido pelas ciências sociais e incorporado ao ordenamento jurídico, só pode ser compreendido com base na interface entre biodiversidade e socio-diversidade. Entre os cientistas sociais e ambientais, a categoria “populações tradicionais” já é relativamente bem aceita e definida. Ainda que alguns antropólogos apontem as dificuldades geradas pela forte tendência à associação com concepções de imobilidade histórica e atraso econômico e considerem o conceito “problemático” em face da forma diversificada e desigual com que os seguimentos sociais se inserem na Amazônia socioambiental, a categoria “populações tradicionais” tem sido bastante reconhecida em sua dimensão política e estratégica. Entretanto, o Direito ainda dá os primeiros passos na formulação de uma definição — jurídica — de “populações tradicionais”.<sup>5</sup>

A Lei 9.985, de 18/07/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, definiria, em seu art. 2º, inciso XV, população tradicional como: grupos humanos culturalmente diferenciados, vivendo há, no mínimo, três gerações em um determinado ecossistema, historicamente reproduzindo seu modo de vida, em estreita dependência do meio natural para sua subsistência e utilizando os recursos naturais de forma sustentável.

O dispositivo, contudo, foi vetado pela Presidência da República, sob o fundamento de que o seu conteúdo seria tão abrangente que poderia atingir toda a população rural do Brasil. Segundo as razões de veto, determinados grupos humanos, apenas por habitarem continuamente em um mesmo ecossistema, não podem ser definidos como população tradicional. Argumentou-se, ainda, que o número de gerações não

<sup>5</sup> SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 124-125.

deveria ser considerado para definir se a população é tradicional ou não, haja vista não trazer consigo, necessariamente, a noção de tempo de permanência em determinado local.

Considerando, pois, o veto ao inciso XV do art. 2º da Lei 9.985/2000, os Estados poderiam, valendo-se de sua competência legislativa suplementar para a matéria (art. 24, § 2º, da Constituição da República), definir, por decreto, a expressão “população tradicional”.

Como precedentes, podem ser citados o Decreto 32.412/1990,<sup>6</sup> do Estado de São Paulo, e a Lei 293/1995,<sup>7</sup> do Estado do Rio de Janeiro.

Posteriormente, a Lei 11.428, de 22/12/2006 — que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica —, definiu, em seu art. 3º, que população tradicional é aquela que vive em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental.

O conceito legal, contudo, é menos restritivo àquele descrito no dispositivo outrora vetado (art. 2º, XV, da Lei 9.985/2000), o que ensejará, com certeza, novas críticas, como a exarada por Juliana Santilli, àquela redação:

O veto ao conceito de população tradicional foi defendido não apenas por preservacionistas, que consideram a definição excessivamente ampla, e, portanto, suscetível de utilização indevida, como também pelo movimento dos seringueiros da Amazônia, que considerava a definição excessivamente restritiva, pela exigência da permanência na área ‘há três gerações’, pois, quando se cria uma reserva extrativista ou uma reserva de desenvolvimento sustentável, o que se pretende é assegurar os meios de vida e a cultura das populações extrativis-

tas, independentemente do tempo de permanência na área.<sup>8</sup>

Após a promulgação da Lei 11.428/2006, foi publicado o Decreto 6.040, de 07/02/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

O ato do Poder Executivo Federal tratou de limitar o conceito legal, definindo povos e comunidades tradicionais como grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

O decreto definiu, ainda, os territórios tradicionais como sendo os espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, utilizados de forma permanente ou temporária.

No que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, o ato normativo fez referência ao que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do ADCT e demais regulamentações, respectivamente.

Mais adequado parece, portanto, que o conceito tenha por base os estudos das ciências sociais. Antônio Carlos Diegues e Rinaldo S. V. Arruda,<sup>9</sup> citados por Juliana Santilli,<sup>10</sup> sugerem que a definição de populações tradicionais tenha por base a distinção cultural dos grupos humanos, que reproduzem historicamente seu estilo de vida em cooperação social, “adaptados a nichos ecológicos específicos”.

Ressalte-se, ainda, que “biodiversidade”, neste estudo, deve ser vista à luz da CDB, cujos objetivos são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso ade-

<sup>6</sup> Assegura às comunidades tradicionais que residem na estação ecológica de Juréia-Itatins, “que comprovadamente subsistam da pesca, agricultura e prestação de serviços aos moradores locais”, o exercício dessas atividades, desde que realizadas de forma compatível com os objetivos da estação ecológica.

<sup>7</sup> Autoriza o Poder Público a assegurar às populações nativas residentes há mais de cinquenta anos em unidades de conservação do Estado do Rio de Janeiro o direito real de uso das áreas ocupadas, “desde que dependam, para sua subsistência, direta e prioritariamente, dos ecossistemas locais, preservados os atributos essenciais de tais ecossistemas”.

<sup>8</sup> SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 126-127.

<sup>9</sup> DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. (Org.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do meio ambiente; São Paulo: USP, 2001, p. 27.

<sup>10</sup> SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 132-133.



quando aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes.

Patrimônio genético, segundo o disposto no art. 7º, I, da Medida Provisória 2.186-16/2001, é a informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

## 1.2 Legislação estrangeira

Os instrumentos jurídicos destinados à conciliação entre desenvolvimento e proteção ao meio ambiente remontam à década de 30, século passado, podendo ser citados a Convenção sobre a Preservação da Fauna e da Flora, de 1933; a Convenção Internacional para a Regulação da Caça das Baleias, de 1946, e os Acordos para o Estabelecimento de um Conselho Geral de Pescas para o Mediterrâneo, de 1949.

A primeira grande conferência internacional sobre o tema, na lição de Marcelo Dias Varella,<sup>11</sup> foi a Conferência de Estocolmo, de 1972. Segundo o mesmo autor:

As primeiras formulações giravam em torno da idéia de ecodesenvolvimento. I. Sachs lembra que esse conceito viu a luz do dia graças a uma expressão de Maurice Strong, em uma das reuniões preparatórias da Conferência de Estocolmo. Era um conceito sem conteúdo, e sua determinação evoluiu com o passar dos anos, graças a vários autores, como Amartya Sen e o próprio Ignacy Sachs. Mas, no início, era uma expressão pela qual se procurava definir o que se queria designar: uma promoção do desenvolvimento permitindo preservar o meio ambiente.

Quanto à biodiversidade e ao conhecimento tradicional a ela associado, pode-se afirmar que a CDB é o primeiro instrumento jurídico de maior abrangência internacional, seguindo-se a ele outras convenções relativas ao tema.

<sup>11</sup> VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 32.

Juliana Santilli<sup>12</sup> ressalta, entretanto, que outros instrumentos internacionais já trataram da diversidade cultural de comunidades indígenas, tais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Resolução 1.990/1927 do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, criado em 1982 pelo Conselho Econômico e Social da ONU.

### 1.2.1 Convenções internacionais

Como já afirmado, a CDB constitui o marco inicial da abrangente discussão acerca de conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

A proteção aos conhecimentos tradicionais é tratada pela CDB em seu art. 8, “j”, que dispõe que deverão ser respeitados, preservados e mantidos o conhecimento, as inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

A “Agenda 21”, assinada também naquela oportunidade, tratou, no seu capítulo 26, do reconhecimento e do fortalecimento do papel dos povos indígenas, por meio de instrumentos legais que protejam a sua propriedade intelectual e cultural e o direito à preservação de sistemas e práticas de acordo com seus costumes.

Após o citado “marco inicial”, quando se deu início a uma efetiva discussão sobre o tema, os organismos internacionais procuraram dar a sua contribuição, seja pela criação de grupos temáticos de discussão, seja pela edição de orientações acerca da questão.

Em detalhado estudo, Jailson Lucena Batista<sup>13</sup> dispõe sobre algumas destas iniciativas, a seguir enumeradas, apenas a título histórico:

– a Confederação Nacional Indígena do Equador (Conaie), com outras organizações indígenas locais (Ecuadorunari e Fenoc), e com a organização não-governamental Acción Ecológica, elaboraram uma proposta de direitos coletivos e biodiversidade;

<sup>12</sup> SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 83, jan./mar. 2003.

<sup>13</sup> BATISTA, Jailson Lucena. *Conhecimentos tradicionais: estudos jurídicos das legislações e convenções no âmbito nacional e internacional*. Belém: UFPA, 2005, p. 30-36.

– a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) aprovou o Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura, tratando, de forma limitada, da proteção aos conhecimentos tradicionais;

– a Organização Mundial do Comércio (OMC) tratou dos conhecimentos tradicionais no art. 27.3 (b) do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPs, em inglês *Trade-Related Intellectual Property Rights*);

– a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) — *World Intellectual Property Organization (WIPO)* — criou uma divisão sobre propriedade intelectual mundial que desenvolveu vários estudos sobre o tema;

– a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento — *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)* — promoveu um Encontro de Especialistas sobre Sistemas e Experiências Nacionais para a Proteção do Conhecimento Tradicional;

– o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos — *United Nations High Commissioner For Human Rights (UNHCHR)* — preparou um relatório sobre o possível conflito entre proteção à propriedade intelectual e proteção ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade;

– a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável — *World Summit On Sustainable Development (WSSD)* — recomendou à Convenção de Diversidade Biológica a instituição de regulamento jurídico internacional apto a garantir a repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes do acesso aos recursos naturais.

### 1.2.2 Legislação comparada

A ausência de uma regulamentação internacional definitiva não tem impedido que diversos países tratem do tema.

Na América do Sul, merece destaque a Comunidade Andina de Nações, também conhecida como Pacto Andino ou Bloco Andino, formada por Colômbia, Equador, Venezuela, Peru e Bolívia.

Estes países, ricos em biodiversidade, estabeleceram um Regime Comum de Acesso aos Recursos Genéticos, por meio da Decisão 391, de 1996, definin-

do procedimentos comuns a serem incorporados nas legislações de cada um dos integrantes.

O Peru, segundo Juliana Santilli,<sup>14</sup> foi o primeiro país a aprovar uma lei interna estabelecendo um regime de proteção dos conhecimentos coletivos dos povos indígenas. A Lei 27.811, de 10/08/2002, estabeleceu um “Regime de proteção para o conhecimento coletivo dos indígenas, derivados de pesquisas biológicas”.<sup>15</sup>

Além dos signatários do Pacto Andino, ou Comunidade Andina, há outros países que também possuem legislação própria sobre o tema: Costa Rica, Filipinas, Tailândia, Índia e Malásia.

Na Europa, podemos citar o Decreto-Lei 118/2002,<sup>16</sup> de Portugal, que estabelece o regime jurídico do registro, conservação, salvaguarda legal e transferência do material vegetal autóctone com interesse para a atividade agrícola, agro-florestal e paisagística.

O art. 3º, 1, do referido diploma define conhecimento tradicionais como “elementos intangíveis associados à utilização comercial ou industrial das variedades locais e restante material autóctone desenvolvido pelas populações locais, em colectividade ou individualmente, de maneira não sistemática e que se insiram nas tradições culturais e espirituais dessas populações”.

A norma portuguesa tratou, ainda, de conferir direitos aos titulares de registro dos conhecimentos tradicionais, que não tenham sido objeto de utilização em atividades industriais ou não sejam objeto de conhecimento público fora da comunidade local em que foram obtidos:

i) Oprem-se à sua reprodução, imitação e ou utilização, directa ou indirecta, por terceiros não autorizados, para fins comerciais;

<sup>14</sup>SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 92, jan./mar. 2003.

<sup>15</sup>Lei 27.811/2002 – Disponível em: <[http://www.wipo.int/tk/en/laws/pdf/peru\\_law.pdf](http://www.wipo.int/tk/en/laws/pdf/peru_law.pdf)>. Acesso em: 09 fev. 2007.

<sup>16</sup>Decreto-Lei n. 118/2002 – Disponível em: <[http://www.min-agricultura.pt/oportal/extcnt/docs/FOLDER/CA\\_LEGISLACAO/F\\_LEGIS\\_QCAIII/QCA\\_3/MARE\\_118.htm](http://www.min-agricultura.pt/oportal/extcnt/docs/FOLDER/CA_LEGISLACAO/F_LEGIS_QCAIII/QCA_3/MARE_118.htm)>. Acesso em: 09 fev. 2007.

ii) Cederem, transferirem ou licenciarem os direitos sobre os conhecimentos tradicionais, incluindo a sua transmissão por via sucessória;

iii) Ficam excluídos da protecção os conhecimentos tradicionais que sejam objecto de registos específicos da propriedade industrial.

Tal protecção é assegurada pelo prazo de 50 (cinqüenta) anos, contado da solicitação de registo, prorrogável por igual período.

## 1.3 Legislação no Brasil

### 1.3.1 Normas federais

A primeira lei a tratar indiretamente do tema foi o Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19/12/1973), que garantia às comunidades indígenas a posse permanente das terras que habitavam, com o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes. Assegurava, ainda, o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão.

A normatização explícita do tema no Brasil tem origem na própria Constituição da República de 1988 que, em seu art. 225, § 1º, II, buscando assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Posteriormente, conforme já afirmado, o Brasil assinou, em 1992, a CDB, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo sido aprovada pelo Poder Legislativo por meio do Decreto Legislativo 2, de 03/02/1994, e promulgada pelo Presidente da República, em 16/03/1998, pelo Decreto 2.519.

Em seguida, diversas foram as iniciativas legislativas visando à implementação da CDB, podendo ser citados o Projeto de Lei 306/1995, de autoria da então Senadora Marina Silva, atual Ministra do Meio Ambiente; o Projeto de Lei 4.842/1998, proposto pelo Senador Osmar Dias; o Projeto de Lei 4.579/1998, de autoria do Deputado Jacques Wagner; o Projeto de Lei 4.751/1998 e a Proposta de Emenda Constitucional 618/1998, ambos de autoria do Poder Executivo Federal; o Projeto de Lei 1.953/1999, proposto pelo Deputado Silas Câmara; o Projeto de Lei 3.634/2000, de

autoria do Deputado Paulo Mourão e o Projeto de Lei 377/2003, do Senador Mozarildo Cavalcanti.

O elevado número de divergentes projetos sobre o mesmo tema e a ausência de um instrumento jurídico efetivo acabaram por propiciar insegurança jurídica.

Como exemplo, pode ser citado o acordo de cooperação celebrado em maio de 2000 entre a Associação Brasileira para o Desenvolvimento sustentável da Biodiversidade da Amazônia — Bioamazônia e a empresa farmacêutica suíça Novartis Pharma, visando ao acesso do patrimônio genético da Região Amazônica. Mediante o acordo, a Novartis comprometia-se a doar à Bioamazônia a importância de FS\$2.000.000,00 (dois milhões de Francos Suíços) à Bioamazônia pela Novartis, em troca da coleta e fornecimento de linhagens e extratos de microorganismos por um período de três anos.

Segundo a doutrina,<sup>17</sup> “quando a negociação desse Acordo veio a público, aspectos estratégicos e legais foram considerados duvidosos, uma vez que se questionava, além dos próprios termos do acordo, a competência da Bioamazônia para, em seu próprio nome, dispor perpetuamente dos direitos sobre os recursos genéticos existentes naquela região do País. Por conta dessas irregularidades e da inexistência de um marco legal que regresse o acesso e a remessa de recursos genéticos, o acordo acabou não sendo executado”.

Logo em seguida, em 29/06/2000, foi editada a Medida Provisória 2.052, reeditada, em 23/08/2001, pela Medida Provisória 2.186, ainda hoje em vigor, por força da Emenda Constitucional 32, de 11/09/2001.

Como não poderia deixar de ser, o então novo instrumento jurídico sofreu várias críticas que culminaram, até mesmo, com a propositura de 2 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADI 2246-6, julgada prejudicada pelo STF, por perda de objeto, e ADI 2289-0, extinta em decorrência de alterações posteriores no ato normativo.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.289/DF, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na

<sup>17</sup> AZEVEDO, Cristina M. A.; LAVRATTI, Paula Cerski; MOREIRA, Teresa C. A convenção sobre diversidade biológica no Brasil: considerações sobre sua implementação no que tange ao acesso ao patrimônio genético, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, p. 124-125, jan./mar. 2005.

Agricultura postulou fosse declarada a inconstitucionalidade da Medida Provisória 2.052-1, de 28/07/2000, sob o fundamento de que “os artigos 10 e 14 da Medida Provisória supramencionada violavam os arts. 5º, inciso XXII, 231, *caput* e § 6º, 216, § 1º, assim como a MP em seu todo violava o art. 62 da Carta Constitucional”.

Destaque para o inteiro teor dos dispositivos questionados:

Art. 10 À pessoa de boa fé que, até 30/06/2000, utilizava ou explorava economicamente qualquer conhecimento tradicional no País, será assegurado o direito de continuar a utilização ou exploração, sem ônus, na forma e nas condições anteriores.

[...]

Art. 14 Em casos de relevante interesse público, assim caracterizado pela autoridade competente, o ingresso em terra indígena, área pública ou privada para acesso a recursos genéticos dispensará prévia anuência das comunidades indígenas e locais e de proprietários, garantindo-se-lhes o disposto no art. 21 desta medida provisória.

Com a reedição da referida medida provisória, com alterações, sob o número 2.126-11, em 26/04/2001, a Confederação, contrariando o disposto no art. 5º<sup>18</sup> da Lei 9.868/1999, desistiu de seu pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 10, sob o fundamento de que tal dispositivo não mais constava do texto da norma legal.

Posteriormente, com as sucessivas reedições da Medida Provisória 2.052-1 e conseqüentes alterações, de texto e numeração, do art. 14, a requerente postulou novo aditamento da inicial, insistindo na declaração de inconstitucionalidade do dispositivo sob o fundamento de que o mesmo estaria criando “exceção — não prevista constitucionalmente — ao direito de propriedade dos pequenos produtores rurais (art. 5º, inciso XXII)”.

Sob o fundamento de que o dispositivo legal atacado teria sofrido posteriores substanciais alterações, o Ministro Néri da Silveira<sup>19</sup> extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base no artigo 38, da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, combinado com o artigo

21, § 1º do RISTF, em decisão proferida em 7 de novembro de 2001.

Segundo o Ministro Relator, a nova redação do contestado art. 17 da Medida Provisória 2.126, de 22/06/2001, revogada pela Medida Provisória 2.186-14, de 28/06/2001, teria introduzido substancial alteração no dispositivo atacado nesta ação direta de inconstitucionalidade (fls. 272) (*DOU* 25/06/2001).

Como aquela Corte já teria firmado entendimento no sentido da admissão de aditamento em ação direta de inconstitucionalidade apenas quando ocorresse a identidade substancial e formal da norma reeditada, em relação à constante da medida provisória em vigor quando da propositura da ação direta, não haveria como a ação prosseguir, justificando-se a sua extinção sem julgamento do mérito.

Verifica-se, portanto, que não houve, pelo Supremo Tribunal Federal, qualquer manifestação acerca da constitucionalidade dos dispositivos questionados.

A iniciativa judicial da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, baseada em fundamento vinculado ao direito de propriedade, demonstra a preocupação da classe produtiva com o tema.

Não houve, até a presente data, qualquer outro questionamento, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, das versões posteriores da norma.

Em 28/09/2001, foi publicado o Decreto 3.945 definindo a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN e estabelecendo as normas para o seu funcionamento, mediante a regulamentação dos arts. 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18 e 19 da Medida Provisória 2.186-16.

O Decreto 3.945 foi, posteriormente, modificado pelo Decreto 4.946, de 31/12/2003, que revogou e acrescentou dispositivos, e pelo Decreto 5.439, de 03/05/2005, que deu nova redação aos arts. 2º e 4º.

Com a edição da Medida Provisória 2.186-16 e com o Decreto 3.945, ambos de 2001, o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional a ele associado passou a depender, portanto, de deliberação do CGEN, ficando sujeito à repartição de benefícios, nos termos e nas condições legalmente estabelecidos.

Os princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade foram instituídos pelo Decreto 4.339, publicado em 22/08/2002.

<sup>18</sup>Lei 9.868, de 10/11/1999 – art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

<sup>19</sup>ADI 2289/DF. Relator: Min. Néri da Silveira. *DJ* 11/12/2001.



O Decreto 5.479, de 07/06/2005, regulamentou o art. 30 da Medida Provisória 2.186-16, de 23/08/2001, disciplinando as sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado.

Conforme já exposto, tratando parcialmente do tema, a Lei 9.985, de 18/07/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, traria em seu art. 2º, inciso XV, a definição de “população tradicional”. O dispositivo, contudo, foi vetado pela Presidência da República, sob o fundamento de ser muito abrangente.

No que se refere às populações tradicionais, a Lei 11.428, de 22/12/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, tratou de trazer conceitos e lhes assegurar prerrogativas, consagrando os princípios da função socioambiental da propriedade, da equidade intergeracional, da prevenção, da precaução, do usuário-pagador, da transparência das informações e atos, da gestão democrática, da celeridade procedimental, da gratuidade dos serviços administrativos prestados ao pequeno produtor rural e às populações tradicionais e do respeito ao direito de propriedade.

O art. 9º do referido diploma legal assegura às populações tradicionais a exploração eventual, sem propósito comercial direto ou indireto, de espécies da flora nativa, para consumo nas propriedades ou posses, independe de autorização dos órgãos competentes, conforme regulamento, determinado, ainda, que os órgãos públicos assistam as populações tradicionais no manejo e exploração sustentáveis das espécies da flora nativa.

Após a promulgação da Lei 11.428/2006, foi publicado o Decreto 6.040, de 07/02/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

No dia 08/02/2007, foi publicado o Decreto 6.041, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento da Biotecnologia e criou o Comitê Nacional de Biotecnologia.

### **1.3.2 Normas do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) e do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI)**

Como resultado da importância e complexidade do tema, no dia 02/01/2007, entraram em vigor a Reso-

lução 134/2006, do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) e a Resolução 23/2006, do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN).

Tais atos normativos buscam, seis anos após a edição da Medida Provisória 2.186-16, a regulamentação do acesso ao patrimônio genético.

A Resolução do CGEN dispõe, em seu art. 2º, que, para fins de comprovação do atendimento ao disposto na Medida Provisória 2.186-16, de 2001, o requerente do pedido de patente de invenção de produto ou processo resultante de acesso a componente do patrimônio genético realizado desde 30/06/2000, depositado a partir da data de publicação daquela resolução, deverá declarar ao INPI que cumpriu as determinações da medida provisória, bem como informar o número e a data da autorização de acesso correspondente, sob pena de sujeição às sanções cabíveis.

A resolução do INPI, complementando a resolução do CGEN, dispõe que o requerente de pedido de patente depositado a partir da data de vigência daquela outra resolução deverá declarar se o objeto do pedido de patente foi obtido, ou não, em decorrência de um acesso à amostra de componente do patrimônio genético nacional, realizado a partir de 30/06/2000.

O INPI exige, ainda, que, na hipótese de o objeto do pedido de patente ter sido obtido em decorrência de um acesso a amostra de componente do patrimônio genético nacional, o requerente deverá declarar, também, que foram cumpridas as determinações da Medida Provisória 2.186-16, de 2001, informando o número e a data da autorização do acesso correspondente, bem como a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso.

Merece elogio a iniciativa de regulamentar, ainda que serodidamente, a Medida Provisória 2.186-16. Não parece, contudo, que as exigências propostas possam ter efetividade.

Observe-se, de início, que o Poder Público, ao fixar a data de 30/06/2000, como termo inicial para a caracterização do acesso ao patrimônio genético nacional, reconheceu a Medida Provisória 2.186-16 como instrumento normativo pioneiro na regulamentação do tema. Significa dizer que as questões controvertidas decorrentes do acesso, em período anterior a este marco, não possuem regulamentação jurídica específica.

Ademais, como ambas as resoluções exigem do requerente do pedido de patente apenas uma declaração, não haverá qualquer força coercitiva. Não há, outrossim, qualquer penalidade ao descumprimento das determinações, o que pode implicar em incentivo à omissão pelos requerentes.

Veja-se, neste sentido, a lição da doutrina estrangeira:

Alternativamente, estas exigências poderiam ser apresentadas fora dos processos de pesquisa e exame, como medidas administrativas.

O problema é que um solicitante de patente pode ser tentado a omitir a divulgação do conhecimento tradicional relevante. Não existe nenhuma razão particular para que um examinador suponha que uma dada invenção seja baseada em conhecimento tradicional, a menos que o candidato o revele. Assim, na maioria dos casos, é improvável que o examinador suspeite disso, e a patente será então concedida sob o pressuposto de que preenche as exigências normais.<sup>20</sup>

Mais adequado parece, portanto, que a imposição de obrigações e a previsão de sanções pelo seu descumprimento se dêem por meio de lei própria para tanto, buscando a regulamentação definitiva do tema e respeitando os acordos internacionais respectivos (TRIPs e CDB).

### 1.3.3 Normas estaduais

Apresentam-se, aqui, algumas normas estaduais porque trazem subsídios para a pesquisa.

Considerando a ausência de regulamentação exaustiva sobre o tema, seja no cenário internacional, seja no cenário nacional, alguns Estados da Federação vêm, em normas próprias, tratando da proteção ao conhecimento tradicional associado.

A iniciativa legislativa estadual deve, contudo, restringir-se à competência legislativa suplementar para a matéria, outorgada aos Estados pelo art. 24, § 2º, da Constituição da República.

No Estado do Acre, a Lei 1.235, de 09/07/1997, modificada pela Lei 1.238, de 22/08/1997, dispôs sobre

os instrumentos de controle do acesso aos recursos genéticos estaduais. O art. 18 da referida lei exige, quando a solicitação de acesso envolve um conhecimento tradicional ou um cultivo agrícola domesticado, que o contrato de acesso incorpore, como parte integrante, o denominado contrato acessório de utilização de conhecimento tradicional ou de cultivo agrícola domesticado, subscrito pelo Instituto de Meio Ambiente do Acre (IMAC), pelo provedor do conhecimento tradicional ou do cultivo agrícola domesticado e pelo solicitante, que estabeleça a compensação justa e equitativa relativa aos benefícios provenientes da utilização de tal conhecimento tradicional, indicando-se, expressamente, a forma de tal participação.

É importante frisar que, para a efetividade da lei, mostra-se imprescindível a prévia identificação do “provedor do conhecimento tradicional ou do cultivo agrícola domesticado”, o que não é tarefa fácil, na grande maioria dos casos.

Sobre a lei acreana, cumpre destacar o comentário de Paulo de Bessa Antunes<sup>21</sup>, citado no trabalho de Jailson Lucena Batista<sup>22</sup>:

Nos termos do sistema constitucional brasileiro, não cabe aos Estados legislar sobre propriedade intelectual, pois tal competência é da União. O fato é que a lei estadual criou a figura jurídica dos *direitos coletivos de propriedade intelectual*, que não encontra amparo na Lei 9.279, de 14/05/1996, que *regula direitos e obrigações relativas à propriedade industrial*, bem como não encontra respaldo na Lei 9.610, de 19/02/1998, que *altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*. A norma estadual, no entanto, aponta um problema real: a inexistência de uma norma no ordenamento interno que possa servir de proteção aos direitos de propriedade intelectual das comunidades locais e populações indígenas.

[...]

Não há que se falar em direitos adquiridos — do ponto de vista técnico legal —, pois direitos adquiridos são aqueles que se constituem na forma da lei. É evidente que a norma estadual, ao utilizar a expressão direitos adquiridos, não o fez em sentido

<sup>20</sup>DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes?. *In*: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93.

<sup>21</sup>ANTUNES, Paulo de Bessa. *Diversidade biológica e conhecimento tradicional associado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 102-103.

<sup>22</sup>BATISTA, Jailson Lucena. *Conhecimentos tradicionais: estudos jurídicos das legislações e convenções no âmbito nacional e internacional*. Belém: UFPA, 2005, p. 30-36.



técnico jurídico, mas, ao contrário, baseou-se em uma reivindicação cultural e moral da validação e reconhecimento das práticas de conhecimento tradicional. (grifos original).

No Estado do Amapá, a Constituição Estadual, em seu art. 313, consagrou de forma explícita a proteção da biodiversidade, norteador, dessa forma, a atuação do legislador infraconstitucional.

Neste sentido, em 1997, foi publicada a Lei Estadual 388, disciplinando o acesso à diversidade biológica do Estado e determinando ao Poder Público que dê prioridade aos usos e práticas tradicionais dentro dos territórios das comunidades locais, de acordo com suas aspirações, para promover desenvolvimento de tecnologias nacionais sustentáveis para o uso e melhoramento de espécies, estirpes e variedades autóctones. A lei estadual foi, posteriormente, regulamentada pelo Decreto 1.624, de 1999.

Sobre a legislação do Amapá, destaque para a lição de Marcelo Moreira dos Santos<sup>23</sup>:

O pioneirismo do Estado do Amapá na edição de um instrumento legislativo de efetiva proteção da biodiversidade implicará numa necessária produção de medidas para a operacionalização da defesa desse aspecto da riqueza dos recursos naturais e da diversidade cultural dos que aqui vivemos, entre as quais a efetivação da fiscalização e monitoramento dos recursos da diversidade biológica.

A exclusão do direito das comunidades tradicionais e dos povos indígenas de anularem patentes ilegalmente derivadas da exploração dos costumes tradicionais e a falta de mecanismos de participação financeira da utilização dos recursos existentes na biodiversidade, que atualmente movimentam um mercado de mais de 100 bilhões de dólares, fazem crer que todas as relações degradadoras, poluidoras e desiguais dos homens com a natureza apenas mudarão quando mudadas as desiguais relações entre os homens.

Tratando do conceito de populações tradicionais, podem ser citados, ainda, o Decreto 32.412/1990, do Estado de São Paulo, e a Lei 293/1995, do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>23</sup> SANTOS, Marcelo Moreira dos. Aspectos jurídicos do acesso à biodiversidade no Estado do Amapá. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 27, p. 198-199, jul./set. 2002.

Neste ponto específico, cumpre esclarecer que as normas estaduais se ocuparam da ausência, à época, de norma federal específica, em estrita obediência à competência concorrente que a Constituição da República lhes outorgou.

Assim, em que pese as iniciativas parlamentares estaduais, é imprescindível que o tema tenha regulamentação normativa própria em nível federal.

## Capítulo 2 – Propriedade intelectual

Na ausência de instrumentos jurídicos específicos, as normas jurídicas relativas à propriedade intelectual se apresentam, como possível solução para a regulação dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e da repartição de benefícios decorrentes de sua exploração.

Há que se destacar, entretanto, que existem algumas dificuldades para adequação de normas já consolidadas a determinados institutos, cujas próprias definições estão ainda em fase de evolução.

Neste ponto, serão abordadas algumas características da normatização da propriedade intelectual, em especial das patentes, passando-se, em seguida, à análise de sua aplicação ao conhecimento tradicional associado.

### 2.1 Breve histórico

Desde os primórdios, a criatividade do homem ocupa papel importantíssimo no desenvolvimento social e econômico.

As invenções foram concebidas como ferramentas aptas a viabilizar o aproveitamento da natureza pelo ser humano, propiciando-lhe conforto, sobrevivência e proteção.

Na lição de Newton Silveira,<sup>24</sup> “do primeiro machado aos computadores de terceira geração e às naves-sonda interplanetárias, verifica-se o mesmo e único fenômeno de subjugação da natureza pelo homem, compondo todos o universo de instrumentos que o homem colocou à sua disposição em decorrência da

<sup>24</sup> SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 01-02.

aplicação de sua capacidade criativa ao campo da técnica”.

Com o passar do tempo consolidou-se a importância da criatividade para o desenvolvimento da sociedade, implicando, ato contínuo, na necessidade de incentivo àqueles que, com suas inovações, favoreciam toda a coletividade.

Tal incentivo surgiu na forma de proteção ao que se passou a denominar de propriedade intelectual, instituto com notável evolução a partir do século XIX, com as Convenções das Uniões de Paris e de Berna (1883/1886).

O modelo de proteção do século XIX permaneceu inalterado até meados do século XX, quando foi criada a OMPI, pela Convenção de Estocolmo (1967).

Merece destaque a lição de Maristela Basso:

A OMPI, além de assumir a administração das Uniões de Paris e de Berna, unificou os *direitos de propriedade intelectual*, abolindo a tradicional divisão entre direitos dos autores e dos inventores e passou a administrar os tratados preexistentes sobre a matéria.

O tema da proteção dos direitos de propriedade intelectual foi incluído na Rodada do Uruguai do GATT, iniciada em 1986. Os Estados-Partes visavam a fortalecer o modelo atual de proteção iniciado pela OMPI e, através do GATT, vincula-lo ao comércio internacional.

Até a inclusão do TRIPS no GATT, as relações entre propriedade intelectual e comércio internacional não eram precisas nem se percebia a importância de um sistema mais eficaz de proteção poderia trazer maior desenvolvimento tecnológico, mais investimentos diretos e comércio.

O TRIPS, parte integrante do Acordo Constitutivo da OMC, conjuga os acordos internacionais e acrescenta mecanismos que faltavam ao regime internacional de proteção dos direitos de propriedade intelectual. (grifos do original).<sup>25</sup>

No Brasil, o primeiro caso de proteção de invento remonta ao ano de 1752, quando se outorgou a um inventor o privilégio para exploração de uma máquina para descascar arroz.<sup>26</sup>

A origem histórica da regulamentação formal da propriedade intelectual tem seu marco no Alvará Imperial de 28/01/1809, cuja linha de proteção foi posteriormente adotada pela Constituição do Império de 1824, assegurando aos inventores a propriedade de suas descobertas ou produções e remetendo à legislação ordinária a regulamentação do tema.

A Constituição de 1891 assegurou aos inventores o direito de serem ressarcidos pelas perdas decorrentes da utilização indevida de suas invenções.

A evolução no início do século XX é bem relatada por Carla Eugênia Caldas Barros:

Somente em 1903, impressionado com as fraudes e falsificações das marcas e com as reclamações dos comerciantes que lutavam com os contra-fatores, já que o delito à época não era punido com pena de prisão pelo Código de Penal e a pena de prisão tinha sido abolida do Código Penal, o Parlamento promulgou a Lei 1.235/1904. Suas principais modificações foram a agravação da pena aplicada à contrafação e a responsabilidade solidária daqueles que concorressem direta ou indiretamente para a falsificação.<sup>27</sup>

Em 1945 é promulgado o Código de Propriedade Industrial, pelo Decreto-Lei 7.903.

A Constituição de 1967 consagrou o direito dos inventores ao privilégio temporário sobre suas criações e o Decreto-Lei 254, do mesmo ano, instituiu um novo Código de Propriedade Industrial, tendo sido substituído em 1969 pelo Decreto-Lei 1005.

Em 1971, a Lei 5.772 instituiu mais um novo Código da Propriedade Industrial.

A Constituição de 1988 consagrou, em seu art. 5º, os direitos autorais e dos inventores industriais.

Em 1996 foi publicada a Lei 9.279, de 14/05/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, enquanto a Lei 9.610, de 19/02/1998, consolidou a legislação sobre direitos autorais.

<sup>25</sup> BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 15-16.

<sup>26</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Aperfeiçoamento e dependência em patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 23.

<sup>27</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Aperfeiçoamento e dependência em patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 25.

## 2.2 Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)

O crescimento da importância da propriedade intelectual consolidou-se mundialmente com a inclusão do tema, em 1986, na Rodada do Uruguai do GATT, culminando, em momento posterior, com a inclusão do “Acordo sobre Aspectos de Direitos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio” (TRIPs), no “Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), com seu Anexo 1C, tendo entrado em vigor em 01/01/1995.

O TRIPs é considerado um acordo internacional de padrões mínimos de proteção. Veja-se a lição de Denis Borges Barbosa:

Completamente em oposição ao sistema da CUP, o TRIPs constitui-se fundamentalmente de parâmetros mínimos de proteção; embora presente, a regra de tratamento nacional é subsidiária em face do patamar uniforme de proteção. Sem dúvida, como parte do sistema da OMC, o TRIPs herda os princípios de tratamento nacional e de Nação Mais Favorecida (MFN) do antigo GATT.

Vale entender o alcance destas duas normas. O GATT, em seu corpo básico, contém duas regras centrais relativas à discriminação. A do Aart. I, relativo à Nação Mais Favorecida (MFN), e a do Art. III, que regula o chamado “tratamento nacional”.

[...]

Assim, os princípios básicos de não discriminação são de que nenhum membro do TRIPs pode tratar diferentemente os demais membros, nem estabelecer desigualdade entre nacionais e estrangeiros. Note-se que o princípio do tratamento nacional já se encontrava na CUP, do qual, aliás, é o elemento primordial.

Os parâmetros mínimos do TRIPs são, para começar, as normas substantivas dos tratados multilaterais gerais preexistentes: a própria CUP, a Convenção de Berna e do Tratado de Washington sobre proteção de circuitos integrados. Como, em particular no caso da CUP, este nível de proteção substantiva foi considerado pelos elaboradores do TRIPs como insatisfatório, uma camada geológica suplementar foi acrescentada, com dispositivos que as legislações nacionais devem incluir, como mínimo de proteção.

Mínimo, entenda-se, para o estrangeiro beneficiário do TRIPs. Caso a lei nacional dê mais direitos ao estrangeiro que ao nacional, a isso não objeto a TRIPs (art. 1.1). Esta peculiaridade do tra-

tamento nacional já se achava, aliás, presente na CUP.<sup>28</sup>

A aplicação das regras do TRIPs tem-se apresentado como uma das soluções para a regulação do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, especialmente em virtude dos princípios consagrados em seu art. 8º, que incentivam a adoção de medidas aptas a evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual ou o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio. No mesmo sentido, mostra-se útil a flexibilidade conferida aos países-membros pelo disposto no art. 30 que lhes permite conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente.

Lado outro, é importante lembrar que o modelo adotado pelo TRIPs, para a proteção do direito de propriedade intelectual, pode gerar sérias incompatibilidades para o trato dos conhecimentos coletivos das comunidades tradicionais.

## 2.3 Legislação vigente

No Brasil, como vimos, a proteção à propriedade intelectual é assegurada pela Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas

<sup>28</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual*. A aplicação do Acordo TRIPs. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 52-53.

e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

No âmbito infraconstitucional, a Lei 9.279, de 14/05/1996, regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, enquanto a Lei 9.610, de 19/02/1998, consolida a legislação sobre direitos autorais.

## 2.4 Categorias

A propriedade intelectual subdivide-se em dois distintos ramos: a propriedade industrial e os direitos autorais.

Carlos Alberto Bittar vê a menor ou maior exclusividade como ponto central de distinção entre os dois ramos:

Ora, exatamente em função do grau de crise entre os direitos individuais do criador e os interesses gerais da coletividade é que se separam as duas citadas ramificações, considerando-se que a exclusividade — em última análise, o ponto nodal da estrutura desses direitos — deve, ou não, ser mais longa em razão do interesse maior, ou menor, da sociedade, no aproveitamento da criação.

Assim é que bipartiram os direitos intelectuais, levando-se em conta que, como os bens de caráter utilitário são de interesse mais imediato para a vida comum, menor é o prazo monopolístico do criador, em comparação com os de cunho estético, em que de maior alcance são os seus direitos.

[...]

Na regulamentação dos direitos sobre a obra intelectual, o objetivo básico é proteger o autor e possibilitar-lhe, de um lado, a defesa da paternidade e da integridade de sua criação e, de outro, a fruição dos proventos econômicos, resultantes de sua utilização, dentro da linha dos mecanismos de tutela dos direitos individuais. Por isso é que se relaciona mais a interesses da personalidade (caráter subjetivista e privatista do Direito do Autor).

Na regulação dos direitos sobre a obra industrial, a proteção fixada objetivou a aplicação do produto final na consecução de utilidades, ou na solução de problemas técnicos, relacionando-se ao processo de produção e de expansão da economia, sob a égide de um regime de concorrência desleal. Vincula-se, pois, mais a interesses técnicos, econômicos e políticos, amparando-se de um lado, o produto industrial (como nos inventos), e impedindo, de outro, a concorrência desleal (como nos sinais distintivos) (caráter objetivista e econômico do Direito Industrial).<sup>29</sup>

Newton Silveira também discorre sobre o tema, apontando a novidade como característica distintiva:

Enquanto as obras protegidas pelo direito de autor têm como único requisito a originalidade, as criações no campo da propriedade industrial, tais como as invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais, dependem do requisito de novidade, objetivamente considerado.

A originalidade deve ser entendida em sentido subjetivo, em relação à esfera pessoal do autor. Já objetivamente nova é a criação ainda desconhecida como situação de fato. Assim, em sentido subjetivo, a novidade representa um novo conhecimento para o próprio sujeito, enquanto, em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade. Objetivamente novo é aquilo que ainda não existia; subjetivamente novo é aquilo que era ignorado pelo autor no momento do ato criativo.

No campo das criações técnicas não é raro acontecer que duas ou mais pessoas cheguem, uma independentemente da outra, à mesma solução, em consequência de se acharem em face do estado atual da técnica. Tal coincidência é extremamente rara no campo da criação artística, visto que o autor trabalha com elementos da sua própria imaginação.<sup>30</sup>

Mais correto parece afirmar que a propriedade industrial distingue-se do direito autoral pela utilidade, pois os bens incorpóreos protegidos têm necessariamente aplicação industrial.

## 2.5 Direitos autorais

Os direitos autorais constituem o conjunto de normas que regulam a proteção aos autores de obras intelectuais estéticas.

Merece destaque a conceituação exarada por Carlos Alberto Bittar:

Em breve noção, pode-se assentar que o Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.

[...]

As relações regidas por esse Direito nascem com a criação da obra, exurgindo, do próprio ato criador, direitos respeitantes à sua face pessoal (como os direitos de paternidade, de nomeação, de integridade da obra)

<sup>29</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 4-5.

<sup>30</sup> SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 9-10.

e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais (distribuídos por dois grupos de processos, a saber, os de representação e os de reprodução da obra, como, por exemplo, para as músicas, os direitos de fixação gráfica, de gravação, de inserção em fita, de inserção em filme, de execução e outros).

As obras protegidas são as destinadas à sensibilização ou à transmissão de conhecimentos, a saber, as obras de caráter estético, que se inscrevem na literatura (escrito, poema, romance, conto), nas artes (pintura, escultura, projeto de arquitetura, filme cinematográfico, fotografia) ou nas ciências (relato, tese, descrição de pesquisa, demonstração escrita, bula medicinal).<sup>31</sup>

A legislação brasileira considera as obras intelectuais passíveis de proteção as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. O art. 7º da Lei 9.610, de 19/02/1998, indica como exemplos os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas e dramático-musicais; as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; as composições musicais, tenham ou não letra; as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; os programas de computador; as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

<sup>31</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 8-9.

## 2.6 Propriedade industrial

A propriedade industrial é o instituto responsável pela proteção da criação, que tenha utilidade industrial, desde que satisfeito o requisito da novidade.

A propriedade industrial subdivide-se em distintas categorias: marcas, indicações geográficas, desenhos industriais e patentes.

### 2.6.1 Marcas

O Acordo TRIPs, em seu art. 15.1, assegura proteção nas legislações de marcas a “qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento”.

No Brasil, a Lei 9.279, de 14/05/1996, em seu art. 122, definiu como marca “os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

O art. 123 do mesmo diploma legal detalhou o objeto da proteção, considerando marca de produto ou serviço aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa. A marca de certificação é aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada. Já a marca coletiva é aquela usada para identificar produtos ou serviços provenientes de membros de uma determinada entidade.

### 2.6.2 Desenhos industriais

Quanto ao desenho industrial, o art. 25.1 do TRIPs dispõe que deverão ser protegidos aqueles “criados independentemente, que sejam novos e originais”.

A Lei 9.279, de 14/05/1996, deu contornos a esta proteção, definindo, em seu art. 95, desenho industrial como a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica, que é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido, no Brasil ou no exterior, por uso ou qualquer outro meio.



O desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores.

### 2.6.3 Indicações geográficas

Já as indicações geográficas receberam do TRIPS, em seu art. 22.1, a seguinte definição: “indicações que identifiquem um produto como originário do território de um Membro, ou região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica”.

A Lei 9.279, de 14/05/1996, em seu art. 176, esclareceu que a indicação geográfica é gênero do qual são espécies a indicação de procedência ou a denominação de origem.

A indicação de procedência é o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.

A denominação de origem é o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

Segundo o disposto no art. 182 da Lei 9.279/1996, o uso da indicação geográfica é restrito aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local, exigindo-se, ainda, em relação às denominações de origem, o atendimento de requisitos de qualidade.

### 2.6.4 Patentes

Sem embargo da importância das questões decorrentes dos registros de marcas que se valem de nomes genéricos como o “cupuaçu”, interessa mais diretamente ao objetivo do presente trabalho o estudo das patentes, que serão tratadas em tópico próprio.

## 2.7 Patentes

Entre as categorias de proteção da propriedade industrial as patentes constituem o instituto mais complexo.

Segundo Maristela Basso, “uma das áreas de mais difícil negociação durante a Rodada do Uruguai foi a das patentes, razão pela qual a Seção 5 da Parte II (arts.

27 a 34) é a mais detalhada do TRIPS e apresenta obrigações mais precisas”.<sup>32</sup>

### 2.7.1 Origem histórica

As patentes, segundo a lição de Carlos Alberto Rohrmann, tiveram origem nas antigas cidades-estado, Veneza e Florença:

Quanto às patentes, foi em Veneza, uma cidade-estado que se dedicou ao comércio, que surgiu a primeira lei, com origem no sendo veneziano, em 1474. A Lei de Veneza conferia ao inventor um privilégio ou monopólio sobre a invenção pelo prazo de dez anos. Também em Florença, então cidade-estado dedicada ao comércio, houve as primeiras manifestações de proteção de direitos dos inventores, semelhantes ao direito das patentes.

O direito da *Common Law* britânica só foi conhecer o instituto das patentes em meados do século XVI e, posteriormente, o direito foi levado para os Estados Unidos.<sup>33</sup>

No Brasil, conforme já exposto, o primeiro caso de proteção a invento ocorreu no final do século XVIII, sendo certo que a formalização da proteção patentária se deu em momento posterior.

Veja-se a lição de Carla Eugênia Caldas Barros:

Apesar da história afirmar que em 1752, no Brasil, houve outorga de privilégios, por um prazo de 10 anos, para exploração de uma “máquina para descascar arroz”, o caráter oficial no campo da propriedade industrial deu-se somente no Brasil Imperial, com o Alvará de 28/01/1809, constituindo-se marco inicial da propriedade industrial no Brasil.

A mesma linha de proteção aos inventores, a Constituição do Império (1824) manteve no seu art. 179, item XXVI, a garantia da propriedade de suas descobertas, considerando-se a condição de novidade. Essa linha de pensamento filosófico foi adotada anteriormente pelo Alvará de 1809.<sup>34</sup>

<sup>32</sup>BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 228.

<sup>33</sup>ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 186/187.

<sup>34</sup>BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Aperfeiçoamento e dependência em patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 23.



## 2.7.2 Conceito

Patente é a proteção conferida pelo Poder Público, por determinado tempo, ao responsável pela invenção de algo que seja novo e tenha aplicabilidade industrial.

A patente, em verdade, é um monopólio temporário concedido pelo Estado ao inventor. Tal monopólio constitui exceção ao princípio da livre concorrência consagrado no art. 170 da Constituição da República.

Justifica-se a exceção ao princípio pelos benefícios que o monopólio traz à sociedade, seja na forma de incentivo à atividade inventiva, seja na forma da divulgação da novidade.

Com efeito, há uma verdadeira troca, pois ao passo que o inventor ensina à sociedade como fazer algo novo, o Estado lhe concede a proteção temporária.

Para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Ompi) a patente é um direito exclusivo concedido a uma invenção, que seja produto ou um processo que forneça uma maneira nova de fazer algo ou ofereça uma solução técnica nova a um problema.

Sobre o tema, vale trazer a lume a lição de Jacques Labrunie sobre o tema:

A patente de invenção é, na verdade, o título conferido pelo Estado ao titular da invenção, ou a seus sucessores, através do órgão competente, após a verificação das condições legais de patenteabilidade. No Brasil, tal órgão é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi), uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, responsável pelo processamento e concessão das patentes, nos termos da Lei 5.648, de 11/12/1970. O ato de concessão de uma patente é ato administrativo.

[...]

A posição que parece ser a mais correta é no sentido de que o registro patentário tem efeitos mistos, declarativos e constitutivos. É certo que o órgão reconhece o direito do titular da invenção e declara a sua patenteabilidade (efeito declarativo); porém, se o titular da invenção não requerer a patente, inexistente o direito de propriedade e de exploração exclusiva. Havendo, aí, o efeito atributivo do registro.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> LABRUNIE, Jacques. *Direito de patentes: condições legais de obtenção e nulidades*. Barueri-São Paulo: Manole, 2006, p. 5-7.

## 2.7.3 Requisitos de patenteabilidade

O TRIPs impõe aos signatários, membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), a obediência dos seguintes requisitos, na concessão de patentes:

- novidade;
- presença de atividade inventiva;
- possibilidade de aplicação industrial.

Os requisitos para a concessão da patente são abordados pela doutrina estrangeira da seguinte forma:

O Escritório de Patente e de Marca Registrada (PTO) concede uma patente quando um inventor pode mostrar cinco coisas: uma invenção se enquadra em uma das categorias gerais de matéria patenteável; não foi precedida em forma idêntica na arte prévia pública; é útil; representa uma extensão não trivial do que já é conhecido; e divulga-se o descrito pelo pretendente em tal maneira a respeito de permitir outra de fazer e usar a invenção.<sup>36</sup>

No Brasil, o art. 8º da Lei 9.279, de 14/05/1996, estabeleceu os mesmos requisitos:

Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

O legislador brasileiro esclareceu, ainda, que “é patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”.

Por outro lado, a lei federal excluiu da proteção das patentes os seguintes itens relacionados em seu art. 10, dentre eles as descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; e o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais, inclusive.

A presença do requisito da novidade é apurada por meio da investigação de que o requerente da pa-

<sup>36</sup> MERGES, Robert P. *et al. Intellectual Property in the New Technological Age*. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 129. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

tente é realmente o primeiro a conceber a invenção sobre a qual pleiteia seus direitos, no âmbito de critérios legais previamente estabelecidos.

O tema é abordado por Newton Silveira da seguinte forma:

Novo é aquilo que não se acha no *estado de técnica*, o qual é definido nos parágrafos do art. 11 como tudo que não foi *divulgado* até a data do depósito. O pedido nacional é considerado estado da técnica, desde que venha a ser publicado posteriormente (art. 11, § 2º). (Grifo do original).<sup>37</sup>

Na doutrina estrangeira, o conceito de novidade é o seguinte:

Novidade significa “novo comparado à arte prévia”; indica a exigência de que, para ser patenteável, uma invenção deve ser de algum modo diferente de todos os artigos publicados, técnicas sabidas, e produtos introduzidos no mercado.<sup>38</sup>

Há que se distinguir o requisito da “novidade” de originalidade. Com efeito, uma invenção poderá ser original sem, contudo, ser nova. A originalidade diz respeito ao aspecto subjetivo do criador que concebe algo não conhecido por ele antes. Tal invento original, todavia, por ter sido objeto da originalidade de outro inventor em momento anterior, caindo por terra, assim, o requisito da novidade.

Merece destaque a lição de Jacques Labrunie:

Por outro lado, a novidade também não se confunde com a originalidade da invenção. A invenção pode ser original sem ser nova, interessante a observação de Abílio Neto e Pupo Correia a respeito da interpretação, em Portugal, da diferença entre novidade e originalidade:

“A novidade da invenção não se confunde com sua originalidade. Sucede com frequência que um autor concebe e cria determinada invenção que, sem ele o saber, já foi concebida, criada e explorada por outra pessoa. A sua invenção não deixa de ser original, mas não é nova, e por isso não pode constituir objeto da patente (do Parecer da Câmara Corporativa acerca da proposta de lei sobre a propriedade industrial). (77, p. 30).

No mesmo sentido, o professor Fábio Ulhoa Coelho (23, p. 74) esclarece a distinção entre a originalidade e a novidade da invenção: “Invenção é o ato original do gênio humano. Toda vez que alguém projeta algo que desconhecia, estará produzindo uma invenção. Embora toda invenção seja, assim, original, nem sempre será nova, ou seja, desconhecida das demais pessoas”. E prossegue:

“Novidade — não basta, para a obtenção do direito industrial, que a invenção ou o modelo sejam originais, característica de natureza subjetiva (isto é, relacionada ao sujeito criador). É necessário que a criação seja desconhecida pela comunidade científica, técnica ou industrial (numa palavra, os *experts* da área)”. (ibid.)

A invenção, portanto, poderá ser original para seu inventor, sem preencher o requisito da novidade, posto já ser conhecida e divulgada por outras pessoas que não esse inventor.<sup>39</sup>

A Lei 9.279/1996, em seu art. 11, definiu que a invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica, que é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior.

A lei brasileira, em seu art. 12, tratou ainda de elencar as exceções à regra, não considerando como estado da técnica a divulgação de invenção ou modelo de utilidade, quando ocorrida durante os 12 (doze) meses que precederem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de patente, se promovida pelo inventor; pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), por meio de publicação oficial do pedido de patente depositado sem o consentimento do inventor, baseado em informações deste obtidas ou em decorrência de atos por ele realizados; ou por terceiros, com base em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor ou em decorrência de atos por este realizados.

Em que pese a uniformidade de requisitos de patenteabilidade estabelecidos pelo TRIPs, as leis de cada um dos países regulam de forma própria a matéria, o que provoca certa instabilidade, no sistema vigente:

Entretanto, o problema que mais causa preocupações relaciona-se com a estabilidade das relações jurídicas e a possibilidade de uma patente

<sup>37</sup> SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 41.

<sup>38</sup> MERGES, Robert P. *et al. Intellectual Property in the New Technological Age*. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 168. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

<sup>39</sup> LABRUNIE, Jacques. *Direito de patentes: condições legais de obtenção e nulidades*. Barueri-São Paulo: Manole, 2006, p. 61-62.

unitária ser declarada nula em qualquer Tribunal de um dos Estados-Membros, decisão produzindo efeitos em todos estes, ao contrário do que atualmente ocorre, na medida em que o atual sistema somente é unificado no procedimento de concessão.

Proposta elaborada com vista a solucionar esta questão constitui-se na criação de Corte Comunitária de Patentes, cuja competência se limitaria a questões relativas à validade do privilégio, permanecendo com as Cortes Nacionais as demandas relacionadas à contrafação e exploração indevida de invento patenteados.

Assim, temos que a proposta de instalação de uma Corte Comunitária de Patentes constitui um requisito necessário para implementação da patente comunitária. A base legal para o estabelecimento desta Corte encontra-se no art. 2 do Tratado de Nice, introduzindo este Tribunal no âmbito da União Européia. Esta jurisdição comunitária deverá, nos termos do projeto, estar estabelecida até 2010. Desta forma, restou estabelecido um período de transição, visando a repassar as competências das Cortes Nacionais para o novo Órgão Jurisdicional. Estas medidas formam as conclusões do Conselho da Europa em março de 2000, dentro de um escopo do programa de incremento da competitividade.

A concretização da patente comunitária, dentro do escopo de proteção unificada, constitui um dos pressupostos, concretizado pela simplificação do procedimento de proteção de inventos. A Corte Comunitária de Patentes funcionará no âmbito do Tribunal Europeu de Justiça. O processo judicial será conduzido por um colegiado, cujos membros são escolhidos pelos componentes do Conselho, de forma unânime.<sup>40</sup>

## 2.7.4 Patentes de recursos genéticos e bioquímicos

O TRIPs, em seu art. 27.3(b), autoriza que seus membros recusem as patentes de plantas e animais, com algumas ressalvas:

... plantas e animais, com exceção de micro-organismos, e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excluídos os processos não-biológicos e microbiológicos. Entretanto, os Membros providenciarão a proteção de variedades de plantas por meio de patentes, por um sistema especial que seja eficaz ou por qualquer combinação desses dois.

A lei brasileira — Lei 9.279/1996 —, em seu art. 10, IX, exclui da patenteabilidade, ao não considerar invenção nem modelo de utilidade, “o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais”.

Depreende-se, portanto, que não há impedimento expresso à concessão de patentes de recursos genéticos e bioquímicos. Haveria certa dificuldade, contudo, quanto ao atendimento dos requisitos necessários, principalmente o da novidade.

Além disso, a complexidade e possíveis variações e derivações de recursos genéticos e bioquímicos podem acarretar a impossibilidade de delimitação do objeto da patente. Neste sentido, merece destaque a análise do caso *Amgen, Inc. v. Chugai Pharmaceutical Co., Ltda.*, 927 F.2d 1200 (Fed. Cir. 1991), feita por Robert P. Merges e outros no livro *Intellectual Property in the New Technological Age*:

Aqui, entretanto, apesar das indicações extensivas na especificação a respeito de todos os análogos do gene do EPO que podem ser feitos, há poucas permissões de descoberta de análogos particulares e de como fazê-los. Os detalhes para preparar somente alguns genes análogos do EPO são divulgados. Amgen discute que isto é suficiente para fundamentar suas reivindicações; nós discordamos. Esta “descoberta” pode justificar bem uma reivindicação genérica que abrange estes e análogos similares, mas representa sustentação inadequada para o desejo de Amgen de reivindicar todos os análogos do gene do EPO. Pode haver muitas outras seqüências genéticas que codificam para produtos derivados da EPO. Amgen disse como fazer e usar somente alguns deles e conseqüentemente não é intitulado para reivindicar todos.

Ao confirmar as reivindicações da Corte Distrital [invalidação destes], nós não pretendemos dizer que as reivindicações genéricas às seqüências genéticas não podem ser válidas onde estão fora de um espaço apropriado à invenção divulgada por um pretendente. Aquele não é o caso aqui, onde Amgen reivindicou cada todo possível análogo de um gene que contém aproximadamente 4.000 nucleotídeos, com uma divulgação somente de como fazer a EPO e poucos análogos.

Considerando a complexidade estrutural do gene do EPO, as possibilidades múltiplas para a mudança em sua estrutura, com incerteza concomitante a respeito de que utilidade terão estes análogos,

<sup>40</sup>SICHEL, Ricardo Luiz. Perspectivas do direito patentário na Europa. In: CARVALHO, Patricia Luciane de (coord.). *Propriedade intelectual*. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2005, p. 151.

nós consideramos que é mais necessário considerar a identificação dos vários análogos que estão dentro do espaço da reivindicação, métodos para os fazer, e as exigências estruturais para produzir combinam com EPO-como atividade. Não é suficiente, fazendo o gene e um punhado dos análogos cuja atividade não foi verificada claramente, para reivindicar todas as seqüências genéticas possíveis que têm EPO-como a atividade. Sob as circunstâncias, nós não encontramos nenhum erro na conclusão da Corte que as reivindicações genéticas da seqüência do DNA são inválidas sob a seção 112.<sup>41</sup>

Como se vê, ainda que ultrapassado o requisito da novidade, mostra-se penosa, em se tratando de recursos genéticos, a delimitação do objeto da patente.

## Capítulo 3 – A proteção do conhecimento tradicional associado e a propriedade intelectual

### 3.1 Relevância e atualidade do tema

Conforme já afirmado, a importância da biodiversidade, bem como o conhecimento tradicional a ela associado, tem ganhado crescente espaço na mídia, especialmente no Brasil, o país mais rico do mundo em biodiversidade, com 3,57 milhões de km<sup>2</sup> de florestas tropicais, 30% (trinta por cento) do total mundial.<sup>42</sup>

Segundo dados do Ministério do Meio Ambiente<sup>43</sup>, no Brasil estão, ainda, a maior floresta tropical úmida (Floresta Amazônica), com mais de 30 mil espécies vegetais, e a maior planície inundável (o Pantanal) do mundo, além do Cerrado (savanas e bosques), da Caatinga (florestas semi-áridas) e da Mata Atlântica (floresta tropical pluvial). O país possui uma costa marinha de 3,5 milhões km<sup>2</sup> com uma variedade de ecossistemas que incluem recifes de corais, dunas, manguezais,

lagoas, estuários e pântanos, e mais de 20% (vinte por cento) do número total de espécies do planeta.

Este papel de destaque no cenário mundial implica em uma grande responsabilidade tanto na conservação, quanto no aproveitamento econômico sustentável desta biodiversidade.

Juliana Santilli destaca a importância econômica do conhecimento tradicional associado à biotecnologia:

Os conhecimentos tradicionais adquiriram particular importância para a indústria da biotecnologia, principalmente de produtos farmacêuticos, químicos e agrícolas. Segundo Vandana Shiva, dos 120 princípios ativos atualmente isolados de plantas superiores, e largamente utilizados na medicina moderna, 75% têm utilidades que foram identificadas pelos sistemas tradicionais. Menos de doze são sintetizados por modificações químicas simples; o resto é extraído diretamente de plantas e depois purificado.<sup>44</sup>

Veja-se a posição da doutrina estrangeira:

Visser identifica dois motivos para proteger o conhecimento tradicional. Pessoas em comunidades tradicionais, como pessoas em comunidades modernas, querem a proteção que lhes ajudará se beneficiar do uso vantajoso de seu conhecimento. Além disso, os membros destas comunidades querem freqüentemente impedir o uso que seja ofensivo ao sentido cultural ou espiritual do conhecimento. As comunidades modernas, também, têm objeção ao uso humilhante de símbolos sociais ou religiosos, mas a linha entre o cultural/espiritual e comercial/científico é menos clara e talvez menos freqüentemente traçada em comunidades tradicionais do que em modernas; portanto, motivo cultural/espiritual pode ter mais peso em comunidades tradicionais.

A respeito do uso vantajoso, Visser relata diversos exemplos em que os escritórios de patente de países industriais recusaram ou revogaram patentes comprovadamente baseadas em conhecimento tradicional de um país em desenvolvimento. Muitos usos, entretanto, escapam do crivo.

Relata também uma estimativa dos UN que os países em desenvolvimento perdem cerca de

<sup>41</sup>MERGES, Robert P. *et al.* *Intellectual Property in the New Technological Age*. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 225-226. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

<sup>42</sup>KISHI, Sandra Akemi Shimada. Principiologia do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 313.

<sup>43</sup>BRASIL: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=72&idMenu=2338>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

<sup>44</sup>SANTILLI, Juliana. *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 345.





Tais registros, entretanto, são precários e pouco divulgados entre a população brasileira, retratando a utilização tímida da biodiversidade para estes fins.

Com esta preocupação, a Faculdade de Farmácia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) deu início ao projeto “Pesquisa e recuperação de dados e imagens de plantas medicinais utilizadas pela população do entorno da Estrada Real”.

Segundo a coordenadora, Maria das Graças Lins Brandão<sup>50</sup>, o projeto teve por objeto a recuperação de dados sobre espécies vegetais nativas de Minas Gerais, utilizadas na medicina tradicional do passado, a partir de informações históricas, para posterior registro em um livro sobre as plantas medicinais da Estrada Real. Entre as plantas medicinais pesquisadas, e citadas pelos naturalistas, estão o Angico, Aroeira, Barbatimão, Carapiá, Caroba, Carqueja, Cascarilha, Cassaú/Jarrinha, Copaíba, Fedegoso, Imbaúba, Índigo, Jaborandi, Japcanga, Pacová, Pau-Pereira e Sucupira. Em decorrência do desmatamento ocorrido na região, muitas delas já não são mais encontradas e outras podem ser conhecidas por outros nomes.

A metodologia utilizada pelos pesquisadores da UFMG demonstra a dificuldade e a precariedade para a coleta de dados, pois houve a necessidade de se basearem em registros históricos. A região escolhida, além de ter importante significado geográfico e histórico para o Brasil, apresenta muitos registros históricos do uso de plantas medicinais no passado, tendo sido visitada, no século XIX, por naturalistas que vieram estudar a colônia portuguesa e escreveram sobre a flora e a fauna da região, com ricas informações sobre o uso de plantas medicinais. Os pesquisadores iniciaram o trabalho com o exame dos registros feitos por estes naturalistas, passando, em seguida, à procura das plantas citadas e busca da comprovação de seu uso, por meio de depoimentos colhidos com pessoas idosas, incluindo “raizeiros” e “benzedeiros”.

A utilidade de iniciativas como esta resta demonstrada tanto pela constatação da variedade bioló-

gica e de sua utilidade prática quanto pela necessidade de documentação dos conhecimentos tradicionais a ela associados, o que constitui peça-chave na proteção e distribuição dos benefícios oriundos da exploração destes recursos naturais.

Outra importante utilidade de pesquisas desta natureza é o combate à biopirataria. Segundo a coordenadora da pesquisa, o uso de muitas plantas brasileiras como medicamentos é patenteado no exterior. As patentes só podem ser revertidas, caso seja provado que esse uso já era realizado pela população nativa. Assim, demonstrando o uso das plantas pela medicina tradicional brasileira, o projeto poderá contribuir para reverter patentes relacionadas a elas.<sup>51</sup>

O avanço da biopirataria na Amazônia tem sido alarmante. De acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU), a fiscalização contra o contrabando de animais e plantas, nos portos e aeroportos, é frágil e a extensa fronteira do Brasil é vulnerável. A comprovação do contrabando fica evidente no crescente número de patentes concedidas no exterior para produtos ou processo derivados da biodiversidade brasileira. Conforme estudo do Ministério do Meio Ambiente (MMA), relativo a 40 espécies brasileiras, foram concedidas mais mil patentes no exterior depois de 1992. No momento, o país tenta reverter patentes sobre princípios ativos extraídos do cupuaçu, da graviola, do murumuru, da copaíba e do jaborandi.<sup>52</sup>

Em pesquisa divulgada em outubro de 2006, denominada de Compêndio de Estatísticas de Patentes, a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento — *Organisation for Economic Co-Operation and Development* (OECD) constatou o grande aumento no registro de patentes relacionados à biotecnologia:

Em 2003, os Estados Unidos tiveram o número o mais elevado de patentes de biotecnologia arquivados sob o procedimento do Tratado de Cooperação de Patentes — *Patent Cooperation Treaty* (PCT) (43.3%) (figura 3.2.2). Japão e Alemanha representaram 14.1% e 9.6%, respectivamente, de

<sup>50</sup> BRANDÃO, Maria das Graças Lins. ID - Laudo: plantas medicinais nativas utilizadas na medicina tradicional de Minas Gerais. Órgão solicitante: Coordenadoria do Grupo Especial das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural das Cidades Históricas de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/extranet/internet.action#df2BifMBKXwzY5ICLnwDwvMCHJhkj9MB0vwDK92qH9glXaJmWKc>>. Acesso em: 27 fev. 2007.

<sup>51</sup> FUNDEP. *Memória da medicina popular*. Disponível em: <<http://www.fundep.ufmg.br/homepage/cases/469.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2006.

<sup>52</sup> ESTADO DE MINAS. Disponível em: <<http://www.em.com.br/emonline/estaminas/cadernos/nacional/>>. Acesso em: 11 set. 2006.



todos os arquivamentos de biotecnologia do PCT. Em média, Austrália, Bélgica, Canadá, China, Dinamarca, Israel e os Estados Unidos requereram mais patentes em biotecnologia do que em outros campos.

Em 2003, na Dinamarca, no Canadá e na Bélgica, a biotecnologia representou mais de 10% de todas as patentes arquivadas sob o PCT (figura 3.2.3).<sup>53</sup>

As experiências negativas ocorridas no exterior têm provocado o aumento da preocupação das autoridades brasileiras com o registro de patentes de produtos naturais e conhecimentos tradicionais a eles associados por empresas estrangeiras.

Como exemplo da preocupação com a divulgação, podemos citar recentes iniciativas do Ministério do Meio Ambiente.

Em 27/05/2006, em entrevista à Rádio CBN, o diretor de Patrimônio Genético do Ministério do Meio Ambiente, Eduardo Vélez,<sup>54</sup> divulgou que o governo brasileiro, buscando evitar novos casos como aquele do Cupuaçu, cujo nome foi registrado como marca por uma empresa japonesa, enviou a diversos institutos estrangeiros, responsáveis pelo registro de propriedade intelectual em suas respectivas áreas de atuação, uma extensa relação de substâncias nativas brasileiras.

Mais recentemente, em 07/01/2007, o Coordenador da Área de Recursos Genéticos da Secretaria de Biodiversidade e Florestas do Ministério do Meio Ambiente, Lídio Coradim,<sup>55</sup> noticiou que um grupo coordenado pelo Ministério havia concluído trabalho em que foram identificadas novas plantas, e conhecimentos tradicionais a elas associados, em todo o território brasileiro. O resultado desta pesquisa, que deverá ser divulgado brevemente tem por objetivo resguardar a titularidade dos conhecimentos tradicionais associados e fomentar a atividade empresarial de exploração comercial destas substâncias e produtos, pelo manejo sustentável das áreas onde se localizam. Outro fator

secundário, mas tão importante quanto os demais, é a fixação destes povos tradicionais em suas terras, por meio de alternativa de atividade econômica, evitando, assim, o desordenado, e muitas vezes frustrado, êxito para os grandes centros urbanos.

Desta forma, a diversidade biológica fornece produtos para exploração e consumo, sendo importante a sua valorização, pois a redução da biodiversidade e a prática de procedimentos que impliquem em biopirataria comprometem a sustentabilidade do meio ambiente e a disponibilidade permanente dos recursos ambientais.

No mesmo sentido, mostram-se importantes a identificação e a valorização dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Entretanto, em que pese a importância do tema, há que se ressaltar que a ausência de uma correta e precisa regulamentação jurídica tem propiciado a exploração questionável dos recursos naturais dos países biodiversos e do conhecimento tradicional a eles associados, impondo-se a busca urgente por um sistema normativo que propicie segurança jurídica aos detentores destes conhecimentos, bem como aos empreendedores interessados na exploração econômica destes recursos.

### 3.2 Confronto de normas

Conforme exposto, a grande questão controversa diz respeito à utilização indiscriminada por empresas, de países desenvolvidos, dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade de países em desenvolvimento.

Os empreendedores, para tanto, invocam em defesa de seus procedimentos, o atual sistema normativo de proteção à propriedade industrial, especialmente o relativo a marcas e patentes.

Com efeito, algumas empresas têm registrado, como marca, substâncias naturais originárias de países biodiversos.

Outras, por seu turno, têm conseguido o registro de patentes de produtos, idênticos ou derivados de conhecimentos tradicionais.

Essas iniciativas estariam em flagrante ofensa à Convenção de Diversidade Biológica, em especial ao disposto no seu art. 8º, “j”, que determina a cada parte contratante, em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento,

<sup>53</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 10 maio 2007. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

<sup>54</sup> Disponível em: <http://cbn.globoradio.globo.com/cbn/>. Acesso em: 26 fev. 2007.

<sup>55</sup> Disponível em: <http://cbn.globoradio.globo.com/cbn/>. Acesso em: 26 fev. 2007.

inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição eqüitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

Diversos são os exemplos de utilização indevida de substâncias naturais e conhecimentos tradicionais a elas associados, como o relativo à empresa alemã Rapunzel que, há 16 anos, registrou a propriedade intelectual da rapadura. Apenas recentemente, autoridades brasileiras tomaram conhecimento do assunto, após a denúncia de um internauta. Atualmente, na Alemanha e nos Estados Unidos, a rapadura é comercializada como açúcar mascavo triturado. Vale destacar que o produto é importado da empresa paulista Planeta Verde, cujo proprietário é um suíço naturalizado no Brasil. No Rio de Janeiro, os fabricantes do produto, em sua maioria nordestinos, na Feira de São Cristóvão, organizaram o protesto “A rapadura é nossa”. No Ceará, entretanto, os empresários do setor ainda não têm uma articulação. Com uma produção artesanal, a rapadura não é um item de peso nas exportações cearenses. Até novembro passado, o produto rendeu cerca de US\$ 67 mil ao Estado, apenas. Segundo o articulador de agronegócios do Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequena Empresa (Sebrae), Carlos Viana, a rapadura é um produto tradicional, em que poucas empresas cearenses trabalham em larga escala. A cidade de Pindoretama, a região do Cariri e a serra da Ibiapaba são os principais pontos de fabricação do doce no Estado, em função do grande cultivo da cana-de-açúcar. Segundo Carlos Viana, o Banco do Nordeste do Brasil (BNB) e o Sebrae já tentaram criar um grupo informal, mas “os donos de engenho não se entendem”. Apesar de surpreso com a notícia, Costa acredita que isso venha “ferir os brios” dos produtores, e assim haja uma articulação dos empresários.<sup>56</sup>

A autora Gisela Mortati Castellá elenca outros exemplos:

Dentre os casos mais conhecidos, estão o patenteamento da “quinua”, uma planta de alto valor

nutritivo e de utilização tradicional na alimentação de comunidades bolivianas e de outros países andinos, cuja patente foi concedida a dois professores da Universidade de Colorado, Duane Johnson e Sara Ward.

Existem outros inúmeros exemplos em nível nacional como: a andiroba (*Carapa guianensis Aubl*) usada pelos povos da Amazônia como repelente de insetos, contra febre e como cicatrizante, mas que a Rocher Yves Vegetable registrou nos EUA, Europa e Japão a patente sobre a produção de cosméticos ou remédios que usem o seu extrato; o cupuaçu (*Theobroma grandiflorum*) considerada uma fruta exótica da Amazônia, que foi patenteada pela Asahi Foods, que produz o cupulate, chocolate de cupuaçu, e a empresa britânica The Body Shop patenteou o extrato da fruta para produção de cosméticos; o ayahuasca (*Banisteriopsis caapi*), cipó alucinógeno usado há quatro séculos em cerimônias religiosas de 300 tribos indígenas e em rituais de Santo Daime, mas foi patenteado pela empresa americana Internacional Plant Medicine Corp; o Curare, mistura de ervas guardada em sigilo pelo índios e usadas na ponta das flechas como veneno para mobilizar a presa, foi patenteada na década de 40 e é usado na produção de relaxantes musculares e anestésico cirúrgico; a quebra-pedra (*Phyllanthus niruri Linn*) usada pelos índios para tratar problemas hepáticos e renais, mas foi patenteada por uma empresa americana para a fabricação de medicamento para hepatite B<sup>3</sup>. Esse são alguns dos inúmeros exemplos de plantas nativas brasileiras que foram retiradas ilicitamente do território nacional por instituições e empresas internacionais que utilizaram o próprio sistema patentário vigente, legitimando uma situação jurídica (que um terceiro considera-se legítimo proprietário ou titular de um direito) injusta e questionável do ponto de vista dos princípios da CDB.<sup>57</sup>

As empresas estrangeiras que têm utilizado os produtos naturais indevidamente não respeitam nem mesmo o TRIPs, que, em seu art. 27.3(b), autoriza que seus membros recusem as patentes de plantas e animais.

No que se refere à impossibilidade de patenteamento de produtos naturais, cumpre destacar que na Europa e na América admite-se, com reserva, o regis-

<sup>56</sup>Disponível em: <<http://www.sfec.org.br>> Acesso em: 27 fev. 2007.

<sup>57</sup>CASTELLÁ, Gisela Mortati. Alternativas legais como proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Direito Federal. Revista da AJUFE*. Brasília: Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 22, n. 78, p. 110-111, 2004.

tro de patentes de tais produtos. O fundamento jurídico para tanto decorre da interpretação de que seriam substâncias químicas.

Em alguns casos, busca-se provar que o “produto natural” teria sofrido a intervenção humana.

Destaque para o entendimento doutrinário:

Na Europa e na América do Norte, que têm maior experiência no patenteamento de substâncias aparentemente naturais, nunca houve qualquer tipo de exclusão *blanket* de invenções com o argumento de que, por não serem 100% feitas pelo homem, não poderiam ser invenções. Por exemplo, a adrenalina foi patenteada pela primeira vez em 1903 e a insulina em 1923. Pouco depois da Segunda Guerra Mundial, a Merck obteve patentes de dois produtos extraídos de um microorganismo chamado *Streptomyces griseus*: o antibiótico estreptomicina e a vitamina B12. Embora se presumisse, em geral, que coisas vivas não poderiam ser patenteadas, ocasionalmente alguns países conferiam patentes para plantas e microorganismos. Os Estados Unidos tinham até um sistema de patentes de plantas desde uma data tão precoce como 1930. Mas, na maior parte do século XX, a situação legal na Europa e nos Estados Unidos era incerta. A partir dos anos 70, entretanto, as coisas ficaram mais claras quando o alcance da proteção conferida pela patente foi ampliado, não só para os produtos de microorganismos, mas para os próprios microorganismos, seguidos mais tarde pelas plantas e animais. Quanto às seqüências de DNA, elas começaram a aparecer em solicitações de patentes por volta de 1980.<sup>58</sup>

No bojo de toda esta controvérsia, há que se destacar que recentemente, no Brasil, teve solução amigável um caso que caminhava para ser o primeiro precedente jurisprudencial sobre conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

Feirantes do Mercado Ver-o-Peso, de Belém/PA, acusaram a empresa de cosméticos Natura de se apropriar indevidamente de seu conhecimento tradicional.

A polêmica teve início há cinco anos, quando pesquisadores da Natura visitaram o mercado de Belém e gravaram depoimentos com vendedoras de er-

vas, pagando-lhes R\$ 500,00 (quinhentos reais) pela cessão dos direitos de imagem.

Algum tempo depois, a Natura lançou o perfume e a água de banho de breu branco, uma das ervas vendidas na feira, com base supostamente no conhecimento obtido com as feirantes.

Alertadas por representantes da OAB de Belém, quanto aos seus possíveis direitos, as feirantes passaram ao conflito com a empresa.

Após alguns embates administrativos (não houve o ajuizamento de ação), a Natura reconheceu que os produtos em questão teriam como origem o conhecimento tradicional, aceitando repartir com as feirantes os benefícios do uso de seus conhecimentos com o breu branco, a priprioca e o cumaru. O acordo foi feito em reunião com participação de representantes do grupo de ervas do Ver-o-Peso, Ministério Público do Estado do Pará, Ministério Público Federal e 4ª Câmara do Ministério Público Federal, empresa Natura e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seção Pará, representada pela presidente da Comissão de Bioética e Proteção do Biodireito, Eliane Moreira.<sup>59</sup> A associação Ver as Ervas tem 102 trabalhadores e 80 barracas na feira do Ver-o-Peso. É um negócio que passa de pai para filho. Apenas quatro famílias controlam a venda. Quase todos são parentes entre si. A barraca de Deusa — que aprendeu a fazer perfumes aos nove anos — chega a faturar R\$ 300 por dia.<sup>60</sup>

Merece destaque, ainda, outro caso de solução pacífica, ocorrido na Índia, onde uma entidade concordou em pagar 50% (cinquenta por cento) da renda da licença e dos royalties de um produto obtido através do acesso ao conhecimento tradicional dos Kani, um grupo étnico de cerca de 16.000 (dezesesseis mil pessoas), localizado no sudoeste do país:

O produto “Jeevani”, que é baseado no conhecimento tradicional dos Kani na Índia, ilustra o resultado comercial, tão bem quanto o científico, que as pessoas envolvidas neste trabalho esperam conseguir.

O Kani é um grupo étnico de cerca de 16.000 pessoas que vivem no sudoeste da Índia.

<sup>58</sup>DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes?. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 67-68.

<sup>59</sup>PARÁ: OAB/PA. Disponível em: <<http://www.oab.pa.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

<sup>60</sup>Disponível em: <<http://txt.estado.com.br/editorias/2006/10/20/eco->>. Acesso em: 27 fev. 2007.

Trabalhando primeiramente com os três consultores de Kani, o Jardim Botânico Tropical e Instituto de Pesquisa (TBGRI) da Índia aprendeu as propriedades antifadiga de uma planta selvagem. Desta planta o TBGRI desenvolveu a droga “Jeevani”. Quando o TBGRI transferiu os direitos de fabricação ao Coimbatore Ltd. do Pharmacy de Aryavaidya, TBGRI concordou em partilhar 50-50 a renda da licença e do royalty com o Kani. Demorou um instante para que os vários clans de Kani concordassem, mas a tempo estabeleceram Kerala Kani Samudaya Kshema Trust para controlar esta renda.

Até 2001, a sociedade — inteiramente controlada por Kani — recebeu 1.350.000 rupees indianos (IRs; cerca de US\$30.000) dos royalties e das taxas. Esta renda foi investida em uma conta de fins lucrativos, e somente o lucro da conta é gasto.

A sociedade financiou vários esquemas de negócio próprio para a desempregada juventude de Kani e forneceu o auxílio financeiro especial de IRs 25.000 para o bem-estar de duas crianças tribais cuja mãe foi morta por um elefante selvagem. Pagou também IRs 50.000 aos três consultores de Kani que forneceram o conhecimento inicialmente para a TBGRI.

Como as vendas de “Jeevani” cresceram, assim há demanda para o material cru. O departamento da floresta concordou atualmente em os Kani cultivar a planta e vender as drogas cruas em forma semiprocessada ao fabricante. Este projeto de cultivo, coordenado pela sociedade, fornecerá a renda adicional ao Kani.

O conhecimento tradicional dos Kanis não seria apropriado para uma patente. A equipe de pesquisa da TBGRI isolou o ingrediente ativo na planta, desenvolveu uma formulação herbal apropriada para a aplicação medicinal, e patenteou esta descoberta. Como a Índia não tinha legislação que protegesse o conhecimento da tribo, esta não teria nenhum meio legal para reivindicar uma parte nos rendimentos da patente. TBGRI — criada para sustentar a bioprospecção e para resguardar os interesses de comunidades indígenas — fornecem um modelo alternativo ao acesso estritamente legal seguida no Ocidente.<sup>61</sup>

Depreende-se, portanto, que os casos controversos solucionados tiveram amparo na conciliação, posto que a nebulosidade do atual sistema normativo impede a regulação clara do acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade, provocando a insegurança jurídica das partes envolvidas.

### 3.3 Soluções propostas pela doutrina

As soluções para o problema, sugeridas pela doutrina, não se mostram uniformes.

Há, até mesmo, quem defenda a utilização do instituto das “indicações geográficas” como forma de proteção ao conhecimento tradicional. O próprio autor da sugestão, contudo, constata a inviabilidade da implementação da iniciativa no estágio atual de desenvolvimento:

Indicações geográficas podem-se configurar alternativa de competitividade para produtos ou serviços oriundos de comunidades tradicionais da Amazônia. Essas comunidades, no entanto, estão, na maior parte das vezes, presas a estruturas sociais arcaicas e pouco integradas por infra-estruturas eficientes de transporte e comunicação, enfrentando uma grande discrepância entre seu meio técnico-científico-informacional e o presente no resto do País, em especial no Centro-Sul. O comércio dos produtos ou serviços desses povos restringe-se, via de regra, ao público local ou, no máximo, regional. A falta de experiência com o mercado consumidor mais amplo reforça a manutenção de métodos de produção pouco eficazes e, algumas vezes, incompatíveis com as exigências dos consumidores de grandes centros urbanos. Por essas razões, trabalhos visando ao reconhecimento de indicações geográficas na Amazônia devem voltar-se simultaneamente à melhoria da qualidade dos processos produtivos e das infra-estruturas de transporte e comunicação (em alguns casos, de beneficiamento e de estocagem também), além das imprescindíveis harmonização dos produtores e valorização do meio ambiente natural e humano característicos da área.<sup>62</sup>

As correntes majoritárias apresentam, em síntese, três possíveis soluções para a controvérsia: a) a utiliza-

<sup>61</sup> FINGER, J. Michael. *Poor people's knowledge: helping poor people to earn from their knowledge* (Kerry ten Kate and Sarah A Laird (2004): *Bioprospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities*). Disponível em: <<http://www-wds.worldbank.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2007. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

<sup>62</sup> GIUNCHETTI, Camila Serrano. Indicações geográficas: uma abordagem pragmática acerca de sua apropriação por comunidades tradicionais da Amazônia. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). *Propriedade intelectual*. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2005, p. 67.



ção do TRIPs; b) a utilização do TRIPs com alterações; e c) a utilização de um sistema *sui generis*.

### 3.3.1 Utilização do TRIPs

Uma corrente mais conservadora, representada por Megan Bowman<sup>63</sup>, entende como aplicável à proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade o regime geral de propriedade intelectual, desde que utilizado de forma flexível.

Para seus defensores, a concessão da patente sobre um produto derivado do conhecimento tradicional não traria prejuízo à respectiva comunidade indígena ou local, pois protegeria o produto da utilização por terceiros.

Os críticos a esta posição, entre eles Juliana Santilli, Tatyana Scheila Friedrick e outros, entendem que seria impossível proteger os conhecimentos tradicionais, no bojo de um sistema que privilegia aquele que obtém a patente em primeiro lugar, impedindo, assim, a utilização de tais conhecimentos, que originalmente são coletivos e compartilhados.

A dificuldade de adoção do TRIPs pelos países em desenvolvimento é assim externada pela doutrina:

Os países em desenvolvimento e em menor desenvolvimento relativo têm dificuldades em implementar as flexibilidades do TRIPs e da Declaração de Doha em seus ordenamentos internos. Têm também dificuldades de resistir às pressões e ameaças bilaterais e não parecem preparados para promover em nível doméstico planos de desenvolvimento e assistência técnica orientada para a propriedade intelectual.

É fundamental, portanto, que esses países revejam suas capacidades e definam suas necessidades para obter resultados mais adequados à sua realidade nacional e regional.

[...]

É preciso que se encontre um novo modelo de proteção dos direitos de propriedade intelectual por meio do qual se possa recompensar e proteger os conhecimentos tradicionais locais do hemisfério Sul e que possa diminuir as vulnerabilidades dos

países em desenvolvimento e em menor desenvolvimento relativo e de certas regiões.<sup>64</sup>

Vejam-se as críticas da doutrina brasileira em relação à utilização do TRIPs para a solução do problema:

Alega-se que os direitos de propriedade intelectual (DPI), tal como concebidos pelo Acordo TRIPs, excluem os conhecimentos coletivos, comuns em comunidades camponesas e indígenas, onde são repassados de geração para geração.

Conforme declara o preâmbulo do acordo, os DPI são reconhecidos apenas como direitos privados, isso exclui todos os tipos de conhecimento, idéias e inovações que acontecem nas “terras comunitárias intelectuais” — nos povos entre os lavradores, nas florestas entre os povos tribais, e até mesmo nas universidades entre os cientistas. O acordo sobre os TRIPs é, portanto, um mecanismo para a privatização das “terras comunitárias intelectuais” e a desintelectualização da sociedade civil. A mente se torna um monopólio das grandes empresas.

Os países em desenvolvimento denunciam ainda a tendência, em parte causada pelo modelo TRIPs, de supressão da diversidade local por variedades patenteadas; de transformações na convivência ecológica de organismos patenteados e geneticamente modificados, afetando a biodiversidade e criando novas formas de poluição; de controle de mercado pelo seletivo grupo de indústrias beneficiadas pelo Acordo TRIPs, dificultando novas invenções criadas por novas indústrias.<sup>65</sup>

Para Juliana Santilli,<sup>66</sup> seria impossível conferir proteção jurídica eficaz aos conhecimentos tradicionais a partir de um sistema baseado na lógica de que quem primeiro obtém a patente passa a deter o monopólio sobre sua utilização, inviabilizando a utilização dos conhecimentos coletivos por terceiros.

<sup>64</sup>BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 111-112.

<sup>65</sup>FRIEDRICK, Tatyana Scheila; FONSECA, Karla Closs. Regulamentação da propriedade intelectual: uma análise crítica. In: CARVALHO, Patricia Luciane de (Coord.). *Propriedade intelectual*. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2005, p. 67.

<sup>66</sup>SANTILLI, Juliana. Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico *sui generis* de proteção. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 354.

<sup>63</sup>BOWMAN, Megan. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. *Business law & technology: present and emerging trends*. Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006, p. 36. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

Megan Bowman, em recente trabalho apresentado na *International Conference on Business, Law and Technology* (IBLT) realizado em Copenhaga/ Dinamarca, entre os dias 05 e 07/12/2006, defende que a solução ideal passaria pela utilização flexível e equitativa de dispositivos do TRIPs:

Embora os textos do TRIPs e da CBD forneçam pouca orientação a respeito de como executar suas estipulações, e a jurisprudência recente da WTO não seja inteiramente elucidatória tampouco, pode-se ver que os princípios *overarching* expostos em cada acordo guiam sua execução com um sabor permeado da flexibilidade e da equidade. A esta extensão, as estipulações específicas tais como os arts. 67 e 30 do TRIPs podem ser mais inteiramente utilizados no futuro, a fim de conseguir a consonância praticável entre estes dois instrumentos internacionais importantes.<sup>67</sup>

A autora reconhece que as normas de propriedade intelectual, isoladamente, não permitiriam a solução dos problemas hoje enfrentados, posto que faltariam aos conhecimentos tradicionais os requisitos de patenteabilidade:

Em cima da análise das provisões relevantes da CBD e do TRIPs, pode-se concluir que uma solução harmoniosa seria conceder DPIs aos governos do país em desenvolvimento sobre seus recursos genéticos biológicos. Assim procedendo, não somente estarão as provisões do TRIPs honradas, mas a biodiversidade tem o novo valor e os países de origem podem receber aluguéis exclusivos e legitimados de seus recursos. Entretanto, a realidade é que as leis atuais da propriedade intelectual não acomodam este cenário.

As características de uma patente são: (1) inventividade; (2) novidade; (3) não-obviedade, por meio de que a invenção não é óbvia a uma pessoa da habilidade ordinária na arte naquele tempo; e (4) a descrição fornecida permitiria um uso do conhecimento da pessoa da invenção na melhor modalidade (Kruger, 2001). Neste sentido, o TRIPs não permite patenteamento dos recursos genéticos da planta devido ao fato que o germoplasma cru é um “produto da natureza”, que não é patenteável sob a lei de propriedade intelectual atual. (Gulati, 2001).

<sup>67</sup>BOWMAN, Megan. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. *Business law & technology: present and emerging trends*. Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006, p. 36. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

Em segundo, não há nenhum elemento de novidade, invenção ou não-obviedade em um recurso genético de planta existente na selva ou em sua forma natural, sem nenhum trabalho ou esforço adicional, e pode também ser conhecido para as comunidades tradicionais (Ibid). Como tal, o único produto que é patenteável é o produto secundário derivado do recurso genético, em consequência da inovação humana e do trabalho intelectual.<sup>68</sup>

Conclui afirmando que a utilização das exceções previstas no art. 27.1 do TRIPs viabilizariam a harmonização do sistema patentário com a CDB:

Como descrito acima, a larga proteção da patente conferida pelo art. 27.1 do TRIPs é qualificada por diversas categorias de isenção. Estas isenções podem ser utilizadas para facilitar a harmonia entre os princípios do TRIPs e da CBD. As exceções devem ser utilizadas consistentemente com relação aos produtores domésticos e estrangeiros, conforme ao princípio nacional do tratamento (TRIPs, art. 3º).

[...]

No contexto da reconciliação de CBD-TRIPs, minha alegação é que o art. 30 pode autorizar compartilhamento dos lucros e de tecnologias patenteadas com os países de origem. Este deve ser contrastado com a disputa do Canadá, em *Canada Pharmaceuticals*, em que o art. 30 autoriza a exploração de produtos farmacêuticos patenteados sem compensação (na via de licenciamento compulsório e de stockpiling). Neste sentido, a utilização do art. 30 poderia conseguir a consonância entre a CDB e o TRIPs (a) permitindo patentear de recursos genéticos por países ricos em tecnologia e (b) assegurando flow-back de tecnologia e dos lucros derivados da exploração daqueles recursos genéticos ao país de origem em termos concessionários ou preferenciais. Ou seja, o art. 30 poderia ser o complemento perfeito para o compartilhamento de benefícios sob a CDB e coesiva extensão dos arts. 7, 8.1 e 67 do TRIPs.<sup>69</sup>

<sup>68</sup>BOWMAN, Megan. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. *Business law & technology: present and emerging trends*. Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006, p. 30. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

<sup>69</sup>BOWMAN, Megan. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. *Business law & technology: present and emerging trends*. Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006, p. 33. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).



A utilização do TRIPs de forma flexível, adequando-o aos princípios da CDB, parece, de fato, ser a melhor solução, considerando-se principalmente a grande dificuldade em se construir mundialmente um novo regime normativo, seja em que área for.

Vejam, todavia, as demais soluções propostas.

### 3.3.2 Utilização do TRIPs com alterações

Uma segunda corrente entende que o sistema de patentes seria aplicável com algumas adaptações.

Esta tem sido a posição da Organização Mundial do Comércio e da Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Esta última, para tratar do tema, criou o Comitê Intergovernamental sobre a Propriedade Intelectual.

As adaptações ao TRIPs consistiriam, em síntese, na exigência de consentimento prévio para a concessão de patentes e na previsão de uma forma de retribuição ou remuneração pelos benefícios obtidos.

No bojo de discussões doutrinárias, tal modelo é, eventualmente, denominado de *sui generis*, dadas as suas características que muito se aproximam do novo sistema jurídico de mesmo nome, que se pretende construir e que será tratado no próximo tópico.

A doutrina defende a utilização da lei de patentes com a complementação de exigência do acesso consentido:

A seleção de aplicações de patentes para o conhecimento tradicional pôde ser melhorada em diversas maneiras. Uma sugestão é uma exigência do consentimento para a patenteabilidade. Quando parece que uma invenção para a qual uma patente é requerida está baseada na herança biológica ou genética de uma comunidade tradicional, uma cópia do contrato propiciando acesso aos recursos biológicos do país de origem deve ser mostrada.

As bases de dados do conhecimento tradicional ajudam a protegê-los de uso desautorizado.

A WIPO implementou o Portal WIPO de Conhecimento Tradicional para ajudar os usuários a encontrar e usar tal conhecimento. Tais bases de dados facilitam a demonstração que uma alegada invenção não é nova. O professor Peter Drahos sugeriu uma etapa adicional, em que fosse estabelecida uma coleção global da sociedade, talvez vinculado ao Banco Mundial. Uma coleção da sociedade poderia ser um repositório para bases de dados das comunidades e facilitaria contatos entre companhias e grupos sobre o uso de tal informação.

Visser revê também o uso possível de diversos outros dispositivos legais (tais como a lei de segredos de comércio) que podem ser usados para proteger o conhecimento tradicional que tem possível aplicação comercial.

Muitas leis de patente permitem que as aplicações de patente sejam vedadas para os usos que são culturalmente ofensivos. Na Nova Zelândia, por exemplo, o escritório da propriedade intelectual tem normas para as patentes baseadas na flora indígena, na fauna, e nos materiais não orgânicos que direcionam os examinadores da patente para considerar se a aplicação parece ter significado cultural ou espiritual para os Maori. Quando tal aplicação pode ser ofensiva aos Maori, os pretendentes devem ser recomendados das condições e lhes é dada a oportunidade de obter o consentimento da autoridade Maori competente.

As patentes, entretanto, são concedidas pais a país, e a restrição ou o consentimento impostos no país em que o conhecimento tradicional originou-se (por exemplo, restringir na Nova Zelândia de encontro aos interesses Maori) não transporta automaticamente para as aplicações de patente em outros países.<sup>70</sup>

A solução harmônica entre CDB e TRIPs é também sugerida por Maristela Basso:

Brasil, Índia, Paquistão, Peru, Tailândia e Venezuela, seguidos por Cuba e Equador, apresentaram uma nova proposta para a consideração e análise do Conselho para o TRIPS, abordando a relação entre o Acordo TRIPS e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Isso se estende à ampla proposta apresentada em março de 2004, em seguida contestada por Estados Unidos e Japão, os quais sugeriram uma lista com tópicos de questões sobre negociações a respeito da biodiversidade, incluindo divulgação de fontes e origem dos recursos biológicos, provas sobre consentimento prévio e compartilhamento de benefícios.

Essa nova proposta explora em detalhes as condições para divulgação da origem de recursos genéticos e quaisquer formas de conhecimento tradicional utilizadas em uma determinada invenção.

Uma das maiores preocupações dos países em desenvolvimento é justamente a concessão de

<sup>70</sup>FINGER, J. Michael. *Poor people's knowledge: helping poor people to earn from their knowledge*. Disponível em: [http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDS/IB/2004/04/15/000009486\\_20040415114839/Rendered/PDF/wps3205poorpeople.pdf](http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDS/IB/2004/04/15/000009486_20040415114839/Rendered/PDF/wps3205poorpeople.pdf). Acesso em: 15 fev. 2007. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

patentes para invenções que utilizem material genético e conhecimento tradicional, assim como o *déficit* de observância da Convenção pelos países membros da OMC. É importante destacar que os objetivos da CDB fundam-se na proteção e no uso do conhecimento tradicional, os quais poderiam estar direta e indiretamente prejudicados com uma expansão inadequada da proteção patentária sobre tais categorias de invenções. Por outro lado, a OMC já destacou a importância da relação harmônica entre os Acordos constantes da Ata Final da Rodada Uruguai e os acordos multilaterais sobre meio ambiente. Esse dado seria um indício de que o Conselho venha admitir a relação harmônica entre o Acordo TRIPS e a CDB.<sup>71</sup>

A alteração do TRIPS, para melhor adequá-lo aos princípios da CDB, apresenta-se como boa alternativa à solução dos conflitos, mas não definitiva em face das inúmeras distinções entre os dois instrumentos, principalmente em relação ao seu objeto. Há que se acrescentar, ainda, que tal medida não se mostra de fácil implementação, em razão da necessidade de adesão maciça da comunidade internacional.

Neste sentido, há de se buscar uma solução paliativa com grande mobilização internacional. Melhor seria a flexibilização das atuais regras, conforme sugerido no tópico anterior, até que se tenha um regime própria para regulação do tema.

### 3.3.3 Utilização de um sistema *sui generis*

Há quem entenda, contudo, que somente um novo e específico regulamento geral poderia tratar adequadamente do tema, compatibilizando a CDB com o TRIPS.

Os defensores desta corrente defendem o estabelecimento de regras, já consagradas na CDB, que exijam, para o reconhecimento de patentes, a identificação da fonte do conhecimento tradicional utilizado; a prova da obtenção do consentimento prévio e a repartição justa dos benefícios obtidos.

Tal modelo é chamado de *sui generis* pela doutrina, que destaca seus três princípios básicos: consentimento prévio informado; termos mutuamente acordados e compartilhamento dos benefícios.

Sobre o tema, veja-se a lição de J. Michael Finger:

<sup>71</sup> BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 81/82.

As vendas globais de produtos farmacêuticos derivados dos recursos genéticos excedem US\$75 bilhões por ano. Adicionados outros produtos de cuidados de saúde, agrícolas, horticulturas, e os produtos da biotecnologia e o total chega a mais do que US\$500 bilhões por ano. Muitos destes produtos têm origem nos conhecimentos que as comunidades tradicionais possuem em como usar materiais naturais como remédios, alimentos e preservativos, apesar destas comunidades receberem rendimentos mínimos de tais vendas.

O quarto de século passado testemunhou a ação política considerável para ajudar as comunidades tradicionais a obter um melhor proveito da aplicação comercial de seu conhecimento e do material genético encontrado nas áreas que ocupam. (A seguir um exemplo para explicar o significado do conhecimento tradicional e do material genético: os nativos do San do Kalahari africano têm usado por muito tempo a planta de Hoodia para afastar a fome e a sede em viagens de caça. A planta de Hoodia é material genético; usá-la e como usá-la é conhecimento tradicional).

O movimento deu origem a três princípios básicos no acesso comercial a materiais genéticos e conhecimento tradicional: consentimento previamente informado, termos mutuamente concordados, e compartilhamento do benefício. Os princípios encontraram expressão em um número de saídas políticas, variando dos acordos internacionais tais como a Convenção em Biológica Diversidade (CBD) às declarações e às indicações das demandas das organizações de pessoas indígenas.

Um número de agências fez o trabalho extenso para planejar maneiras de aplicar estes princípios. Por exemplo, o estudo extenso na World Intellectual Property Organization (WIPO) conduziu a diversos programas concretos, tais como um para criar uma base de dados eletrônica das cláusulas para contratos no uso de recursos genéticos. Os pesquisadores desenvolveram um número de códigos de ética e de normas de pesquisa através das sociedades profissionais tais como a Sociedade Internacional de Etinobiologia. Um número de companhias de biociência desenvolveu políticas corporativas que externam a sua aproximação com o tratamento do conhecimento tradicional e particularmente como irão se adequar à CBD.<sup>72</sup>

<sup>72</sup> FINGER, J. Michael. *Poor people's knowledge: helping poor people to earn from their knowledge* (Kerry ten Kate and Sarah A Laird (2004): *Bioprospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities*). Disponível em: <<http://www-wds.worldbank.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2007. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

Juliana Santilli<sup>73</sup> sugere os seguintes elementos fundamentais para a construção de um sistema *sui generis*: o pluralismo jurídico, através do reconhecimento e fortalecimento das normas internas e do direito costumeiro, não-oficial, dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais; o respeito aos sistemas próprios de representação; o livre intercâmbio e troca de informações entre as próprias comunidades tradicionais; a distinção entre direitos intelectuais coletivos de conteúdo moral e patrimonial e o respeito à autonomia de vontade dos povos tradicionais e a requisitos essenciais de validade de atos jurídicos.

Em que pese o anseio dos países-membros da CDB em criar um regime jurídico *sui generis*, que seria adequado aos conflitos específicos relacionados ao tema, tal iniciativa seria de difícil implementação em face da prévia e sólida existência do regime geral da propriedade intelectual, que tem como defensores fortes organizações como a OMPI, a OMC e a OECD. Este é o ensinamento de Ana Rachel Teixeira Mazaudoux:

Os países e os organismos andam juntos, nos níveis internacionais, regionais ou nacionais, para a adoção e a criação de um sistema jurídico que possa permitir a proteção destes conhecimentos e, ao mesmo tempo, facilitar o seu acesso e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes de seu uso. Por óbvio, muitos caminhos são propostos, mas poucos são susceptíveis de agradar a gregos e troianos.

Cada organismo que trata dos conhecimentos tradicionais associados, o faz dentro de uma ótica própria, baseado em interesses (de seus membros) específicos sobre o tema, que resulta na existência de três caminhos ou regimes possíveis e propostos ao desempenho do papel de tutor dos conhecimentos tradicionais, quais sejam: 1) regime de Propriedade Intelectual convencional; 2) Regime *sui generis* de Propriedade Intelectual e 3) Regime *sui generis* distinto.

Se, por um lado, a tendência no seio da Conferência de Partes (COP) da CDB, confirmada pelas suas duas últimas reuniões, em Kuala Lumpur (2004) COP-7 e em Curitiba (2006) COP-8, é no sentido de definir as bases de um regime *sui generis* de proteção, o qual será dotado de componentes ge-

rais, a serem utilizados, adaptados e transformados em forma de normas específicas a serem estabelecidas em nível nacional, por outro lado, a OMPI, através de seu Comitê Intergovernamental sobre a Propriedade Intelectual, Conhecimento Tradicional e o Folclore, sustenta a utilização, tanto dos instrumentos clássicos do Direito de Propriedade Intelectual (DPI) quanto dessas ferramentas jurídicas modificadas, visando a sua adequação à natureza diversa e coletiva dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos e criando, assim, um regime de propriedade intelectual *sui generis*.

No entanto, entre os regimes jurídicos supracitados, o de Propriedade Intelectual é o mais conhecido, o mais potente e um dos mais defendidos. Este sistema já dispõe no mundo inteiro de uma existência concreta, bem como de defensores aguerridos, constituídos na sua maior parte de países desenvolvidos, os quais além de possuírem um regime jurídico de propriedade intelectual extremamente avançado, têm uma grande influência no curso das negociações no seio da OMPI e da OMC, onde esse regime vem, indubitavelmente, em primeiro lugar.<sup>74</sup>

Não parece haver dúvida que, em face das especificidades do tema, melhor seria a existência de um sistema normativo próprio, que a doutrina passou a denominar *sui generis*.

Entretanto, conforme já afirmado, muitas seriam as dificuldades para sua implementação, o que demandaria um longo período de discussão.

Neste sentido, repita-se, melhor seria a aplicação do atual sistema normativo da propriedade intelectual, de forma flexível, até que tenhamos o almejado regime *sui generis*.

### 3.4 O sistema em desenvolvimento no Brasil

Conforme já exposto, a partir da edição da Medida Provisória 2.186-16 e com o Decreto 3.945, ambos de 2001, foi assegurada proteção ao conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao patrimônio genético, contra a utilização e exploração ilícita e outras ações lesivas ou

<sup>73</sup>SANTILLI, Juliana. *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 357-369.

<sup>74</sup>TEIXEIRA MAZAUDOUX, Ana Rachel. *Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados. questões essenciais em matéria de propriedade intelectual*. In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). *Direitos humanos e meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 335-336.

não autorizadas pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN.

Compete ao CGEN deliberar sobre:

a) autorização de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético, mediante anuência prévia de seu titular;

b) autorização de acesso a conhecimento tradicional associado, mediante anuência prévia de seu titular;

c) autorização especial de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético à instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, e à universidade nacional, pública ou privada, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos, nos termos do regulamento;

d) autorização especial de acesso a conhecimento tradicional associado à instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, e à universidade nacional, pública ou privada, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos, nos termos do regulamento;

e) credenciamento de instituição pública nacional de pesquisa e desenvolvimento ou de instituição pública federal de gestão para autorizar outra instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins:

1. a acessar amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado;

2. a remeter amostra de componente do patrimônio genético para instituição nacional, pública ou privada, ou para instituição sediada no exterior;

f) credenciamento de instituição pública nacional para ser fiel depositária de amostra de componente do patrimônio genético;

O mesmo ato normativo, entretanto, dispôs, no art. 8º, § 4º, que “a proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual”.

Desta forma, após a edição da medida provisória, tanto o CGEN quanto o INPI tiveram atuações paralelas, sem qualquer regulamentação conjunta.

Somente em janeiro de 2007, conforme já exposto, entraram em vigor a Resolução 23/2006 do CGEN, que impõe ao requerente do pedido de patente a obrigação de declarar ao INPI, que cumpriu as de-

terminações da Medida Provisória 2.186-16/2001, e a Resolução 134/2006 do INPI que impõe ao requerente a obrigação de declarar se o objeto do pedido de patente foi obtido, ou não, em decorrência de um acesso à amostra de componente do patrimônio genético nacional.

A resolução do INPI, complementando a resolução do CGEN, dispõe que o requerente de pedido de patente depositado a partir da data de vigência daquela outra resolução deverá declarar se o objeto do pedido de patente foi obtido, ou não, em decorrência de um acesso à amostra de componente do patrimônio genético nacional, realizado a partir de 30/06/2000.

Em 07/02/2007, foi publicado o Decreto 6.040, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

O Decreto 6.040/2007, em seu art. 1º, dispôs que as ações e atividades voltadas para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT) deverão ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada e sistemática.

O ato normativo determinou, ainda, como princípios, o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, entre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, bem como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desprezar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade; a visibilidade dos povos e comunidades tradicionais deve se expressar por meio do pleno e efetivo exercício da cidadania; o reconhecimento e a consolidação dos direitos dos povos e comunidades tradicionais; a articulação com as demais políticas públicas relacionadas aos direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais nas diferentes esferas de governo; a promoção dos meios necessários para a efetiva participação dos Povos e Comunidades Tradicionais nas instâncias de controle social e nos processos decisórios relacionados aos seus direitos e interesses; a contribuição para a formação de uma sensibilização coletiva por parte dos órgãos públicos sobre a importância dos direitos humanos, econômicos, sociais, cul-



turais, ambientais e do controle social para a garantia dos direitos dos povos e comunidades tradicionais.

Em seu art. 3º, a referida norma expõe a preocupação com pontos nevrálgicos da questão debatida, ao definir como objetivos específicos a garantia aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica; o reconhecimento, com celeridade, a auto-identificação dos povos e comunidades tradicionais, de modo que possam ter acesso pleno aos seus direitos civis individuais e coletivos; e o reconhecimento, proteção e promoção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais sobre os seus conhecimentos, práticas e usos tradicionais.

No dia 08/02/2007, foi publicado o Decreto 6.041, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento da Biotecnologia, criou o Comitê Nacional de Biotecnologia e consagrou, em seu art. 1º, § 3º, IV, “d”, a necessidade de valorização e promoção do uso sustentável da biodiversidade brasileira com vistas ao desenvolvimento econômico e social do País, em particular para a competitividade da bioindústria brasileira, respeitando-se os direitos e obrigações decorrentes das atividades de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, a garantia aos direitos das comunidades tradicionais e povos indígenas, a sua inclusão no processo produtivo e a repartição de benefícios resultantes da exploração econômica dessas atividades.

No anexo ao Decreto 6.041/2007, foram elencados como objetivos específicos da PNDB o aperfeiçoamento da legislação de acesso ao patrimônio genético, aos conhecimentos tradicionais associados e de repartição de benefícios como forma de estimular e promover o uso sustentável da biodiversidade brasileira e de garantir os direitos das comunidades tradicionais e povos indígenas; o estabelecimento de legislação de valorização dos conhecimentos tradicionais e de proteção dos direitos das comunidades tradicionais e povos indígenas sobre seus conhecimentos; o aperfeiçoamento e fortalecimento do processo de controle de importação e exportação de material biológico para garantir segurança, soberania e agilidade na pesquisa biotecnológica; a garantia da repartição de benefícios relacionada às aplicações biotecnológicas, sendo direcionados recursos para conservação da biodiversidade, valorização e

promoção dos conhecimentos e práticas tradicionais de uso da biodiversidade e a discussão e disseminação entre as instituições científicas, as empresas e as comunidades indígenas, quilombolas e locais as legislações de acesso, repartição de benefícios e valorização dos conhecimentos tradicionais associados, de modo a garantir respeito aos direitos das comunidades e do consentimento prévio fundamentado.

Tais normas, contudo, deixam em aberto o grande problema da efetiva identificação dos conhecimentos tradicionais, dos seus titulares e dos beneficiários da eventual repartição de benefícios, o que demanda um crescente aperfeiçoamento legislativo, que tende a continuar.

Com efeito, em 26/12/2006, o Ministério do Meio Ambiente, por meio do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), deu início ao procedimento de Consulta Pública número 2, com o objetivo de receber “críticas e sugestões para aperfeiçoar a legislação sobre repartição de benefícios decorrentes do acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético com potencial econômico”.

No documento de abertura do procedimento de consulta pública, o CGEN elenca as possíveis soluções para os problemas enfrentados:

14.1. Na primeira alternativa, a instituição escolhe uma comunidade, que lhe passará o conhecimento. Assim, há um contrato entre a comunidade e a instituição. Neste caso, os benefícios irão apenas para a comunidade que passou o seu conhecimento. As outras comunidades que têm o mesmo conhecimento não receberão nenhum benefício.

14.2. Na segunda alternativa, a instituição faz um contrato com a comunidade que passou o conhecimento. Além disso, a instituição também tem que repartir benefícios com outras comunidades, financiando projetos no valor equivalente ao estabelecido no contrato.

14.3. Na terceira alternativa, a instituição faz um contrato com todas as comunidades que têm aquele conhecimento. Neste caso haveria que se procurar todas as comunidades que possuem o conhecimento que ela quer e, em seguida, convencer a todas que concordem em passar as informações.

14.4. Na quarta alternativa, a instituição faz um contrato com a União. Depois a União repassa os benefícios para as comunidades. Neste caso, o contrato deve ser assinado depois do consentimento prévio fundamentado da comunidade provedora.

A ampla linha de consulta formulada por um órgão público, com o objetivo de subsidiar as possíveis alterações da legislação, retrata bem o atual estado de incerteza quanto à regulação do tema.

Ao colocar em discussão as diversas possibilidades contratação e de repartição de benefícios, depreende-se que no atual sistema normativo não se tem segurança jurídica para o tratamento do tema.

O CGEN, para orientar a linha de sua pesquisa, elaborou algumas questões a serem respondidas pelos consultados, que bem exemplificam os problemas enfrentados na prática:

3. Quais comunidades devem ser consultadas para dizer se concordam em passar o conhecimento tradicional e fornecer o consentimento prévio fundamentado?

[...]

5. Como deve ser feita a repartição de benefícios? Todas as comunidades devem receber os mesmos benefícios, ou seja, a divisão tem que ser igual para todos?

[...]

6. Como identificar todas as comunidades que detêm o conhecimento tradicional a ser usado?

[...]

8. Se você respondeu que outras comunidades devem também receber benefícios, além daquelas que participaram do consentimento prévio e assinaram o contrato, qual seria o mecanismo?

As questões postas em consulta abordam temas, de fato, controversos, que acabam por servir de entrave a uma normatização definitiva.

Com efeito, a exata identificação da comunidade tradicional detentora do conhecimento tradicional e a definição da forma de repartição dos benefícios são árduas tarefas a serem enfrentadas pelo legislador.

### 3.5 Alternativas aos obstáculos para a implementação de um regime legal *sui generis*

Um novo e específico sistema jurídico destinado à perfeita regulamentação do acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade, o que se poderia denominar de *sui generis*, extirparia as controvérsias que circundam atualmente o tema.

Muitas são, contudo, as dificuldades para a efetivação de um sistema *sui generis* de proteção tão amplo e perfeito.

Um dos grandes problemas para a perfeita implementação de um novo regime legal de proteção ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade seria a identificação prévia destes “conhecimentos” e das respectivas “comunidades”.

A óbvia informalidade que cerca o desenvolvimento e uso dos “conhecimentos tradicionais” impede uma perfeita identificação de sua origem, efeitos práticos, benefícios gerados e, notadamente, a titularidade das comunidades responsáveis.

Com efeito, não se mostra tarefa fácil identificar previamente qual ou quais comunidades seriam responsáveis por determinado conhecimento. Mas há possibilidade de, posteriormente, fazer uma investigação criteriosa e demorada.

Além disso, ultrapassado este primeiro difícil passo, há que se precisar a composição de tal comunidade, sua extensão e, principalmente, sua representatividade. Cumpre lembrar que, nos países ricos em biodiversidade, boa parte dos conhecimentos tradicionais foram desenvolvidos por indígenes, que são historicamente tratados como hipossuficientes.

Tais dúvidas implicam em insegurança jurídica tanto para as próprias comunidades como para quem pretende ter acesso ou explorar economicamente determinado conhecimento.

No Brasil, como solução para o problema de identificação dos conhecimentos tradicionais, seus titulares e forma de repartição de benefícios, poderia ser utilizado, como parâmetro, o modelo adotado pela Lei 9.610, de 19/02/1998, outorgando ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) os poderes arrecadação, distribuição e fiscalização:

Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

§ 1º. O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.



§ 2º. O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes, como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

§ 3º. O recolhimento de quaisquer valores pelo escritório central somente se fará por depósito bancário.

§ 4º. O escritório central poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do empresário numerário a qualquer título.

§ 5º. A inobservância da norma do parágrafo anterior tornará o faltoso inabilitado à função de fiscal, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.

A constitucionalidade do sistema de arrecadação construído em torno do ECAD foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar improcedente os pedidos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.054, proposta pelo Partido Social Trabalhista contra o art. 99 e seu § 1º da Lei de Direitos Autorais.

Segundo o requerente os referidos dispositivos estariam em confronto com o disposto nos arts. 5º, XVII e XX, e 173, § 4º, da Constituição da República.

Destaque para o voto do Ministro Sepúlveda Perence, redator para o acórdão:

A luz do art. 5º, XXVIII, alínea “b”, ficou a lei ordinária livre de outorgar ou não às associações constituídas pelos autores e titulares de direitos conexos o poder de substituição processual dos associados na cobrança de seus direitos patrimoniais, assim como o poder de arrecadá-los dos usuários. Se livre para conceder ou não tais poderes e disciplinar a forma como poderiam ser exercidos, é óbvio que a lei, ao concedê-los, poderia condicioná-los.

A substituição processual foi outorgada às associações sem outra condição que a da filiação do titular, conforme os arts. 98 e 99, § 2º.

Já o poder de arrecadação e distribuição extrajudicial, negou-se-lhes o poder de fazê-lo, a cada uma delas isoladamente, impondo-lhes, desse modo, a “gestão coletiva”, a não ser que o próprio titular o faça, por si mesmo, ou por mandato à sua associação.

Pode, assim, haver associação que se recuse a filiar-se ao ECAD. A conseqüência grave — não há dúvida, do sistema, e a força que se deu ao ECAD — é apenas a de não participar da gestão coletiva da arrecadação e distribuição e, por conseguinte, não poder fazê-las isoladamente.

São condições legais do exercício de poderes que não derivam da Constituição, mas da lei, a qual,

assim, poderia subordiná-los e limitá-los, no tópico, à participação na entidade de gestão coletiva.

Remetida pela Constituição à lei concretizar a forma pela qual atores e intérpretes poderiam fiscalizar o aproveitamento econômico de suas obras, não só por si, mas também por entidades de representação sindical ou associativa, o que cabe indagar é se o legislador se manteve nas raízes da autorização constitucional. Quanto a isso, parece-me evidente que sim, dado, primeiro, a permissão constitucional explícita a essa experiência, majoritária, no campo internacional, nascida da necessidade de um instrumento de “gestão coletiva” como condição de eficácia da arrecadação de direitos autorais, como tentei relembrar em meu voto.

De tudo, Sr. Presidente, com todas as vênias do eminente Ministro-Relator, julgo improcedente a ação direta e declaro a constitucionalidade do art. 99, § 1º, da Lei 9.610/1998: é o meu voto.

Em que pese o sistema de arrecadação do ECAD ser alvo de críticas de todo gênero, seja quanto à legitimidade para representar os autores, seja quanto à cobrança compulsória, certo é que os longos anos de atuação consolidaram a instituição.

O CEGEN, pela experiência já acumulada na gestão do acesso ao conhecimento tradicional desde a edição da Medida Provisória 2.186-16/2001, poderia cumprir bem o papel de arrecadação, identificação de beneficiários e distribuição dos benefícios.

Entendo, contudo, que, para ter força coercitiva, inclusive no que se refere à cobrança e repartição dos benefícios, lei específica deveria disciplinar a matéria.

Mesmo em países como o Brasil, em que o acesso ao conhecimento tradicional é autorizado por um conselho formado por representantes governamentais e da sociedade civil (Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN), o que poderia pressupor certa representatividade, a solução não se apresenta bem definida.

A participação de representantes da sociedade civil é extremamente complexa, seja pela dificuldade de se identificarem os grupos, ou entidades, que representem as comunidades tradicionais (tão dispersas pelos respectivos territórios nacionais), seja pela eventual precariedade desta representatividade, dita paritária, perante grupos/entidades representativos do setor produtivo/econômico.

Para minorar o problema de segurança na identificação dos conhecimentos tradicionais, alguns países, como a Índia, têm buscado adotar como solução a formação de banco de dados de conhecimento tradicional.

Tal iniciativa, no sentido de identificar e catalogar os conhecimentos tradicionais, especialmente no Brasil, já teve sua importância ressaltada, no início do século XIX, pelo cientista francês Auguste de Saint-Hilaire:

Seja como for, sente-se que a matéria médica dos brasileiros, baseada somente no empirismo deve ser muito imperfeita. Todavia, entre tantas plantas às quais falsamente se atribuem propriedades maravilhosas, algumas existem que realmente fornecem remédios eficacíssimos. Se existisse no Brasil maior número de homens instruídos, o governo desse país faria obra de grande utilidade, nomeando em cada província uma comissão que se encarregasse de submeter, a exame minucioso, todas as plantas de que se utilizam os colonos para aliviar seus males. Por esse meio, poder-se-ia chegar a constituir, para os vegetais, uma matéria médica brasileira, que elucidaria os colonos a respeito de remédios ineficazes ou perigosos e, ao mesmo tempo, daria a conhecer aos nacionais e aos estrangeiros grande número de plantas benéficas.

Trabalho de tal envergadura não se poderá fazer, sem dúvida, senão daqui a longos anos.<sup>75</sup>

Veja-se, mais uma vez, a lição da doutrina estrangeira sobre a propagação das pesquisas sobre recursos genéticos e técnicas de utilização por comunidades tradicionais:

Os programas de pesquisa de produtos utilizam conhecimento tradicional para ajudar a identificar produtos naturais que têm potencial; assim, o interesse no conhecimento tradicional depende do interesse em produtos naturais em estágio primário de consumo. Muito conhecimento tradicional, entretanto, está já no domínio público e pode ser acessado através das publicações. É raramente originado de entrevistas com comunidades locais e indígenas de tal maneira a requererem o consentimento previamente informado e para provocar as negociações do compartilhamento de benefícios.

<sup>75</sup> SAINT-HILAIRE, A. de. *Viagem pelo Distrito dos Diamantes e litoral do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974.

O trabalho de ten Kate e de Laird documenta que um crescente número de leis nacionais e normas internacionais exigem a aquisição do consentimento previamente informado e o compartilhamento dos benefícios com as comunidades locais quando os pesquisadores procuram o acesso aos recursos genéticos em sua terra ou a seu conhecimento tradicional sobre aqueles recursos. As comunidades científicas e de negócio puseram em pauta programas para identificar recursos genéticos promissores em países em desenvolvimento para assegurar-se de que as comunidades de cujas terras os recursos originaram participem de todas as recompensas comerciais que pudessem resultar. O resultado científico tem sido significativo, a experiência científica e comercial que os países em desenvolvimento têm obtido tem sido valiosa, e um número de pessoas nos países em desenvolvimento tem sido empregadas no campo e nos laboratórios. Mas o retorno comercial dos novos produtos tem sido modesto — longe de fazer os programas serem auto-sustentáveis em níveis comerciais.<sup>76</sup>

A efetiva utilidade destes bancos de dados é, contudo, questionada:

Mas será que os bancos de dados sobre o conhecimento tradicional seriam realmente úteis? Certamente poderiam impedir a concessão de patentes como a do açafraão. Quanto às outras patentes controvertidas, acima descritas, já não é tão certo que teriam impedido sua concessão. Talvez tenham diminuído o campo de aplicação da patente, mas mesmo isto não é totalmente garantido.<sup>77</sup>

As possíveis exigências de divulgação e certificação de origem dos conhecimentos tradicionais receberam da doutrina estrangeira a seguinte classificação em brandas, médias e fortes:

A divulgação compulsória de recursos genéticos e conhecimento tradicional em pedidos de patente foi originalmente discutida por organização da sociedade civil, e agora já é adotada por certo número de países.

<sup>76</sup> FINGER, J. Michael. *Poor people's knowledge: helping poor people to earn from their knowledge* (Kerry ten Kate and Sarah A Laird (2004): *Bioprospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities*). Disponível em: <<http://www-wds.worldbank.org>>. Acesso em: 15 fev. 2007. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

<sup>77</sup> DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes?. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 97.

[...]

As propostas relativas à divulgação têm formas brandas, médias e fortes. Na forma branda, a divulgação seria incentivada ou mesmo esperada, mas não exigida, e sua falta não impediria a concessão da patente. Na forma média, a divulgação da origem seria obrigatória. A Câmara de Comércio Internacional apóia a versão branda, que foi adotada nas Diretrizes da União Européia para a Proteção Legal de Invenções Biotecnológicas, de 1998.

[...]

A forma forte vai além da divulgação na especificação da patente, exigindo — como na primeira das novas disposições sendo consideradas na Bélgica — que os solicitantes de patentes concordem com as disposições da CDB e do acesso e repartição de benefícios.<sup>78</sup>

A implementação das exigências de identificação da origem do conhecimento tradicional, objeto do possível pedido de registro de patente, pode gerar confrontos com as normas do TRIPs.

Segundo Graham Dutfield<sup>79</sup>, não haveria violação do TRIPs se as exigências ficassem restritas à descrição do conhecimento tradicional e à concordância expressa com as normas de acesso e repartição de benefícios.

O mesmo autor alerta, contudo, que a exigência de revelação da origem geográfica do material genético e do conhecimento tradicional associado acarretaria uma revisão do TRIPs, que para o patenteamento exige que a invenção seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial (art. 27, 1). Tal conflito poderia ser, em tese, contornado, se essas exigências fossem feitas fora dos processos como medidas administrativas.

Uma solução procedimental é sugerida por Juliana Santilli, que relaciona, como uma das premissas para um regime legal *sui generis*, a “previsão da inversão do ônus da prova em favor das comunidades tradicionais em ações judiciais que visem anular patentes concedidas a processos ou produtos resultantes de seus

conhecimentos, de forma que competiria à pessoa ou empresa demandada provar o contrário”.<sup>80</sup>

A solução apontada é de discutível efetividade, pois, além de parcial, somente se aplicaria se unida a outros instrumentos legais, definidores de legitimidade e representatividade das comunidades tradicionais, deixando de trazer segurança jurídica ao tema.

Ademais, a nulidade de uma patente não implicaria necessariamente em proveito econômico pela comunidade detentora do conhecimento.

Cumprido destacar a solução encontrada no famoso caso do “nim”, uma árvore da Índia utilizada com fins farmacológicos, conforme bem destacado por Juliana Santilli:

Alguns casos de biopirataria ganharam repercussão internacional, como o do nim (em inglês, neem), árvore da Índia, usada há séculos nesse país como fonte de biopesticidas e remédios. A empresa multinacional norte-americana W.R. Grace Corporation e o Departamento de Agricultura dos EUA conseguiram obter, junto ao Escritório Europeu de Patentes, seis patentes sobre produtos e processos derivados do nim indiano. Entre elas, uma patente sobre um método de preparação de um óleo com propriedades pesticidas, extraído das sementes da árvore. A revogação de tal patente foi requerida por um grupo de pessoas e organizações: Vandana Shiva, diretora da Research Foundation for Science, Technology and Ecology; Linda Bullard, presidente da International Federation of Organic Agricultural Movements e Magda Alvoet, ministra belga da Saúde e do Ambiente. Ao final de cinco anos de batalha legal, no dia 10/05/2000, o Escritório Europeu de Patentes revogou a patente com base no argumento de que o processo patenteado pelos norte-americanos não atendia ao requisito da novidade. A decisão de revogar a patente se fundamentou no depoimento de um dono de uma fábrica indiana, nos arredores de Nova Déli que demonstrou utilizar processo semelhante ao patenteado pelos norte-americanos desde 1995, e não no desrespeito frontal aos princípios da Convenção sobre a Diversidade Biológica.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes?. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 89-90.

<sup>79</sup> DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes?. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93.

<sup>80</sup> SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 83-102, jan./mar. 2003, p. 89.

<sup>81</sup> SANTILLI, Juliana. *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA,

Uma alternativa que se mostra razoável, até que se obtenha a desejada normatização internacional, é aquela defendida por Megan Bowman<sup>82</sup>, no sentido de que a conciliação entre a CDB e o TRIPs se dê através da aplicação flexível de dispositivos do TRIPs.

O art. 7º do TRIPs prevê que a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a transferência e difusão de tecnologia de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações. Tal dispositivo permitiria a implementação de mecanismos aptos a regularem a repartição dos benefícios da tecnologia obtida com o acesso ao conhecimento tradicional associado, como forma de conduzir ao bem-estar social e a um equilíbrio de direitos e obrigações.

Já a proteção contra o acesso não autorizado aos conhecimentos tradicionais poderia ser assegurada pelo disposto no art. 8º, “2”, que prevê a imposição de medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

Outro ponto de conciliação poderia surgir a partir do que dispõe o art. 27, que, após elencar os requisitos para a concessão de patentes, faculta aos signatários considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas porque a exploração é proibida por sua legislação.

O dispositivo acrescenta, ainda, que poderão ser considerados não patenteáveis as plantas e os animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos.

---

Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 348/349.

<sup>82</sup>BOWMAN, Megan. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. *Business law & technology: present and emerging trends*. Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006.

gicos. Não obstante, os membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos.

O art. 30 dispõe que os membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros.

Já o art. 67 dispõe que os países-membros desenvolvidos, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordadas, prestarão cooperação técnica e financeira aos países-membros em desenvolvimento. Essa cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, e na formação de pessoal, inclusive.

Ressalte-se, todavia, que, em que pese o disposto no art. 30 do TRIPs poder viabilizar, em tese, a aplicação restritiva de patentes, a solução não se mostraria simples.

O dispositivo em comento não possui força coercitiva sobre os Estados signatários, ou seja, se os países considerados desenvolvidos reconhecerem em suas respectivas legislações patentárias a patente dos produtos obtidos por suas empresas por meio do conhecimento tradicional, não haverá qualquer restrição internacional a tanto.

Além disso, a redação do art. 30 está carregada de expressões altamente subjetivas, como “não razoável” ou “exploração normal” que podem resultar na sua total inaplicabilidade.

Fato é que a efetividade das legislações internas dos países detentores dos conhecimentos tradicionais fica mitigada em face da ausência de uma norma internacional geral.

Cite-se o exemplo da Convenção de Diversidade Biológica que não teve a assinatura dos EUA, maior detentor de registros de patentes e marcas.

Ademais, a ausência dessa regulação geral e a utilização precária do sistema de patentes fomentam a



insegurança jurídica em torno da questão, propiciando, de forma recorrente, a alegação de ausência de novidade.

## Conclusão

---

Há vários obstáculos na busca de um sistema conciliador entre as normas de propriedade intelectual e a Convenção de Diversidade Biológica.

Enquanto o Japão, os Estados Unidos, os países europeus e outros do Hemisfério Norte concentram-se no aperfeiçoamento do sistema patentário vigente, os países detentores da quase totalidade de biodiversidade mundial, como Brasil, Indonésia, Colômbia, México, Austrália e outros, procuram a construção de um sistema legal baseada nos princípios da CDB.

A solução, de fato, é complexa e caminha para a construção de um sistema normativo melhor adequado às especificidades dos conhecimentos tradicionais e de seus detentores.

Neste sentido, o novo regime jurídico deverá consagrar, como exigência à concessão de patentes, a identificação da fonte do conhecimento tradicional utilizado e a prova da obtenção do consentimento prévio e fundamentado e da repartição justa e equitativa de benefícios.

A complexidade e a amplitude das prévias e indispensáveis discussões para se chegar a tal novo modelo normativo implicam em uma perspectiva pessimista em relação à rapidez de sua efetivação.

Há que se ressaltar que tal normatização, em nível internacional, não trará solução derradeira às controvérsias hoje existentes, dadas as especificidades naturais, sociais, culturais e legais de cada um dos países, detentores de biodiversidade de forma expressiva.

Atualmente, em face da ausência de tal regulação internacional definitiva, devem-se aplicar ao tema os institutos jurídicos já existentes.

Assim, independentemente do regime, *sui generis* ou não, que se queira construir para tratar as questões controvertidas, há que se buscar soluções para os conflitos em curso, utilizando-se, desde já, os instrumentos jurídicos à disposição dos aplicadores do direito.

Até mesmo porque a futura normatização não será aplicável às atuais demandas, em respeito à segurança jurídica.

Neste sentido, no que se refere ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade, afigura-se razoável a aplicação flexível do TRIPs, em face da ausência de instrumento legal específico, embora de efeito prático reduzido para as comunidades tradicionais.

Ainda que a redação do art. 30 do TRIPs não seja a ideal, em face de seu subjetivismo, a sua aplicação, em consonância com o disposto no art. 67, poderá, se corretamente interpretado pelos países signatários, viabilizar a adoção dos princípios consagrados no art. 8º, “j”, da CDB.

Além disso, até que se tenha definitiva regulamentação jurídica do tema, cumpre aos países detentores de biodiversidade o fortalecimento dos órgãos destinados à pesquisa e à identificação dos conhecimentos tradicionais associados e das comunidades que o desenvolveram.

O fortalecimento desta base de dados permitiria, ainda que precariamente, a oposição aos pedidos de patentes, com fulcro na ausência do requisito da novidade, protegendo-se, assim, as comunidades indígenas ou tradicionais.

No Brasil, restaria, ainda, ao detentor do conhecimento tradicional associado à possibilidade de pleitear a nulidade da patente, caso desobedecido o comando da Medida Provisória 2.186-16/2001, especialmente no que tange à obrigação de “informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado”.

## Referências bibliográficas

---

ANTUNES, Paulo de Bessa. *A necessária proteção do conhecimento tradicional*. Disponível em: <[www.jornalismocientifico.com.br/clipingsabertradicionalbessa.htm](http://www.jornalismocientifico.com.br/clipingsabertradicionalbessa.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Diversidade biológica e conhecimento tradicional associado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARRUDA, Rinaldo. *Populações tradicionais e a proteção dos recursos naturais em unidades de conservação*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/n5/n5a07.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2007.



- AZEVEDO, Cristina M. A.; LAVRATTI, Paula Cerski; MOREIRA, Teresa C. A convenção sobre diversidade biológica no Brasil: considerações sobre sua implementação no que tange ao acesso ao patrimônio genético, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, p. 113/143, jan./mar. 2005.
- BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual*. A aplicação do acordo TRIPs. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Aperfeiçoamento e dependência em patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BATISTA, Jailson Lucena. *Conhecimentos tradicionais: estudos jurídicos das legislações e convenções no âmbito nacional e internacional*. Belém: UFPA, 2005.
- BATISTA, Fernando Mathias; LIMA, André; BENSUAN, Nurit. Direitos intelectuais coletivos e conhecimentos tradicionais. In: BENSUAN, Nurit; LIMA, André (Org.). *Quem cala consente?* Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.
- BAYLÃO, Raul di Sergi; BENSUAN, Nurit. A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais. In: BENSUAN, Nurit; LIMA, André (Org.). *Quem cala consente?* Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.
- BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Biossegurança: uma análise do protocolo de Cartagena. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, p. 140-159, abr./jun. 2005.
- BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Regulação internacional do acesso aos recursos genéticos que integram a biodiversidade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 39, p. 127-146, jul./set. 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOFF, Salete Oro. Patentes na biotecnologia e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- BOWMAN, Megan. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. *Business law & technology: present and emerging trends*. Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006.
- BRAGA, Dimis da Costa. A tutela penal da biodiversidade amazônica em face da ausência da tipificação legal de condutas de biopirataria. *Circulus. Revista da Justiça Federal do Amazonas*. Manaus: Justiça Federal de Primeiro Grau – Seção Judiciária do Estado do Amazonas, v. 1, n. 2, 2004.
- BRANDÃO, Maria das Graças Lins. *ID – Laudo plantas medicinais nativas utilizadas na medicina tradicional de Minas Gerais*.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=72&idMenu=2338>>. Acesso em: 11 abr. 2007.
- BROWN, Abbe E. L. *Socially responsible intellectual property: a solution?* Disponível em: <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-4/csr.asp>>. Acesso em: 11 abr. 2006.
- CASTELLÁ, Gisela Mortati. Alternativas legais como proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Direito Federal. Revista da AJUFE*, Brasília: Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 22, n. 78, 2004.
- CAUBET, Christian Guy. A irresistível ascensão do comércio internacional: o meio ambiente fora da lei? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, p. 81-99, abr./jun. 2001.
- CLEMENTINO, Adriana Nogueira Rocha; FERREIRA, Simone Nunes. Proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 81, out./nov. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_81/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_81/index.htm)>. Acesso em 08 fev. 2007.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, p. 17-39, abr./jun. 1997.
- DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. (Org.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.
- DRAHOS, Peter. *An alternative framework for the global regulation of intellectual property rights*. Disponível em: <<http://cgkd.anu.edu.au/menus/PDFs/DrahosAustrian%20JDS%20-%20Alternative%20IPv2.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2006.
- DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes? In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ESTADO DE MINAS. Disponível em: <<http://www.em.com.br/emonline/estaminas/cadernos/nacional/>>. Acesso em: 11 set. 2006.
- FINGER, J. Michael. *Poor people's knowledge: helping poor people to earn from their knowledge*. Disponível em: <[http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/04/15/000009486\\_20040415114839/Rendered/PDF/wps3205poorpeople.pdf](http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/04/15/000009486_20040415114839/Rendered/PDF/wps3205poorpeople.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2007.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 5. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado – Princípios orientadores e modelos concretos. In: BENSUAN, Nurit; LIMA, André (Org.). *Quem cala consente?* Subsídios

- para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.
- FRIEDRICK, Tatyana Scheila; FONSECA, Karla Closs. Regulamentação da propriedade intelectual: uma análise crítica. *In: CARVALHO, Patricia Luciane de (Coord.). Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso.* Curitiba: Juruá, 2005.
- FUNDEP. *Memória da medicina popular.* Disponível em: <<http://www.fundep.ufmg.br/homepage/cases/469.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2006.
- GEWEHR, Mathias Felipe. A proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados no Brasil. *In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). Direitos humanos e meio ambiente.* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.
- GIUNCHETTI, Camila Serrano. Indicações geográficas: uma abordagem pragmática acerca de sua apropriação por comunidades tradicionais da Amazônia. *In: CARVALHO, Patricia Luciane de (Coord.). Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso.* Curitiba: Juruá, 2005.
- GUISE, Mônica Steffen. Comércio internacional e propriedade intelectual: limites ao desenvolvimento. *In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). Propriedade intelectual e desenvolvimento.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- KISHI, Sandra Akemi Shimada. Principiologia do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. *In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- KORAH, Valentine. *The interface between intellectual property rights and competition in developed countries.* Disponível em: <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-4/korah.asp>>. Acesso em: 11 abr. 2006.
- LABRUNIE, Jacques. *Direito de patentes: condições legais de obtenção e nulidades.* Barueri-São Paulo: Manole, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro.* 11. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MAIA, Ynna Breves. *Uma abordagem sobre o regime de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: patentes x regime sui generis.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9377&p=3>>. Acesso em: 08 fev. 2007.
- MELO, Melissa Ely; RUSCHEL, Caroline. Biossegurança: instrumento para preservação da biodiversidade. *In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). Direitos humanos e meio ambiente.* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.
- MENDONÇA, Guilherme Cruz de. Interfaces entre a proteção da cultura quilombola e a conservação da biodiversidade. *In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). Direitos humanos e meio ambiente.* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.
- MERGES, Robert P. *et al. Intellectual Property in the New Technological Age.* New York: Aspen Law & Business, 1997.
- NERO, Patricia Aurelia del. *Propriedade Intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- NERO, Patricia Aurélia del. A propriedade intelectual na biotecnologia. *In: CARVALHO, Patricia Luciane de (Coord.). Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso.* Curitiba: Juruá, 2005.
- NWAUCHE, E. S. *Human rights-Relevant considerations in respect of IP and competition law.* Disponível em: <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-4/enyinna.asp>>. Acesso em: 11 abr. 2006.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT — OECD. Disponível em: <[www.oecd.org](http://www.oecd.org)>. Acesso em: 10 maio 2007.
- PARÁ. OAB/PA. Disponível em: <<http://www.oab.pa.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.
- PORTELLA, Ana Carolina Lamego Balbino. *A função social e a propriedade industrial.* 2006. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2006.
- MacQUEEN, Hector L. *Towards utopia or irreconcilable tensions? Thoughts on intellectual property, human rights and competition law.* Disponível em: <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-4/hlm.asp>>. Acesso em: 11 abr. 2006.
- REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural – crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 25-43, jul./set. 1998.*
- ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ROHRMANN, Carlos Alberto; SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. *In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. Business law & technology: present and emerging trends.* Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006.
- ROMEIRO, Viviane; SANTOS, Nivaldo dos. *Direito internacional da proteção da propriedade intelectual: questão do desenvolvimento.* Disponível em: <[http://conpedi.org/manuel/anais\\_recife.htm](http://conpedi.org/manuel/anais_recife.htm)>. Acesso em: 06 fev. 2007.
- SAINT-HILAIRE, A. de. *Viagem ao Rio Grande do Sul.* Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974.
- SAINT-HILAIRE, A. de. *Viagem às nascentes do Rio São Francisco.* Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.

- SAINT-HILAIRE, A. de. *Viagem pelo Distrito dos Diamantes e litoral do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974.
- SANTANA, Luciano Rocha. *O patrimônio cultural imaterial das populações tradicionais e sua tutela pelo Direito Ambiental*.
- SANTANA, Luciano Rocha. *Tem legitimidade ad causam o Ministério Público para agir na proteção do patrimônio cultural imaterial e garantir os direitos das comunidades urbanas tradicionais?*
- SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 83-102, jan./mar. 2003.
- SANTILLI, Juliana. *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- SANTOS, Marcelo Moreira dos. Aspectos jurídicos do acesso à biodiversidade no Estado do Amapá. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 189-207, jul./set. 2002.
- SICHEL, Ricardo Luiz. Perspectivas do direito patentário na Europa. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). *Propriedade intelectual*. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Leticia Borges da. É possível negociar a biodiversidade? Conhecimentos tradicionais, propriedade intelectual e biopirataria. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- SILVA, Leticia Borges da. Os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas e locais face aos direitos de propriedade intelectual. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). *Propriedade intelectual*. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2005.
- SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. *Competência ambiental*. Curitiba: Juruá, 2004.
- SOUZA, Sofia Caroline de Castro. *Relações entre a política de responsabilidade e proteção jurídica no Brasil do conhecimento tradicional associado e as promessas, alcances e limites acordados no TCA*. Disponível em: <[http://conpedi.org/manuel/anais\\_recife.htm](http://conpedi.org/manuel/anais_recife.htm)>. Acesso em: 06 fev. 2007>.
- TEIXEIRA-MAZANDOUIX, Ana Rachel. Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados. Questões essenciais em matéria de propriedade intelectual. In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). *Direitos humanos e meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.
- TOLEDO, André de Paiva. *Amazônia: soberania ou internacionalização*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- VEIRA, Ricardo Stanziola *et al.* Direitos humanos, meio ambiente e ciência: os desafios da revolução biotecnológica. In: BENJAMIM, Antônio Hermann (Org.). *Direitos humanos e meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

# Corte Especial

## Mandado de Segurança

2002.01.00.042882-7/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

Impetrante: Namba Akegawa Costa

Advogado: Dr. Marcos Gonçalves Silva de Uru

Impetrado: Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Publicação: DJ 2 de 22/06/2007

## Ementa

*Constitucional. Administrativo. Mandado de Segurança. Exclusão de dependentes — Pais — do Programa de Assistência aos Servidores do Tribunal Regional Federal da Primeira Região – Pro-Social. Renda familiar. Poder/dever da Administração. Violação ao princípio constitucional do direito adquirido. Não ocorrência. Súmula 473, do Eg. Supremo Tribunal Federal. Ilegalidade da Portaria/Presi 850/2002. Não ocorrência. Ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do Contraditório. Segurança denegada.*

I – Os genitores do ora impetrante foram excluídos do quadro de beneficiários do Pro-Social, por não preencherem a condição de beneficiário-dependente, uma vez que percebiam renda familiar superior a dois salários mínimos.

II – Desde a instituição do Pro-Social no âmbito do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, somente os genitores dos servidores, cuja renda familiar ou cujo somatório da renda auferida pelo casal fosse igual ou inferior a dois salários mínimos, é que poderiam ser considerados como seus dependentes, para os fins de inclusão como beneficiários desse programa de assistência.

III – A Administração Pública tem o poder-dever de rever e fiscalizar seus atos, bem como sua aplicação, quando constatada a possibilidade de existência de vícios que possam vir a maculá-los.

IV – Não há de se falar na ocorrência, *in casu*, de ofensa ao princípio constitucional do direito adquirido. Aplicação da Súmula 473, do eg. Supremo Tribunal Federal.

V – Não há que se cogitar na ilegalidade da Portaria/Presi 850/2002, uma vez que a administração, ao editá-la, estava no legítimo exercício do seu poder/dever de fiscalizar e rever seus atos, de forma a adequá-los e ajustá-los às normas regulamentares e ao melhor atendimento do interesse público.

VI – *In casu*, não há que se falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, considerando o apontado em ofício “(...) assinado pela Diretora da Secretaria de Programas e Benefícios Sociais – Secbe e expedido para todos os Diretores da Secretaria de Administração deste Tribunal (...)” (fl. 62), no sentido de que “Para aqueles beneficiários que conseguirem regularizar sua situação junto ao Pro-Social, fica resguardada a possibilidade de reinscrição do seu dependente a qualquer tempo, devendo a respectiva documentação ser encaminhada a esta Secretaria para análise e homologação” (fl. 63).

VII – Na hipótese sob análise, verifica-se que o impetrante não logrou coligir aos autos documentação hábil a comprovar que seus genitores de fato estão a preencher os requisitos estabelecidos pelo regulamento do Pro-Social, a fim de que reste comprovado que a renda familiar dos dois, ou somatório da renda por eles auferida, seja igual ou inferior a dois salários mínimos, na forma como estabelecido nas resoluções que dispõem sobre a matéria, razão pela qual não se vislumbra, na espécie, seu direito líquido e certo à inclusão dos seus genitores como seus beneficiários-dependentes no programa de assistência em comento.



VIII – Não se vislumbra, no presente caso, ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão do *writ*.

IX – Mandado de segurança denegado.

## Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, denegar o mandado de segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 17/05/2007.

Desembargador Federal *Italo Fioravanti Sabo Mendes*, Relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes*: — Trata-se de mandado de segurança, com pedido de concessão de medida liminar *inaudita altera pars*, impetrado pelo Sr. Namba Akegawa Costa, identificado na inicial, contra ato do Presidente desta Corte Regional Federal, ocasião em que, em resumo, postulou a procedência da ação mandamental, “(...) acolhendo os argumentos expendidos na inicial, a fim de anular a Portaria/Presi 850, de 10/09/2002 e a caracterização de ilegalidade do inc. IX do art. 4º da Resolução 2, de 08/08/1989 do TRF 1ª Região, com a consequente inclusão definitiva dos pais do impetrante, na condição de dependentes no Pro-Social” (fl. 13).

Em defesa de sua pretensão, argumentou o impetrante, em síntese, que:

a) Os pais do impetrante, Sr. Nelson Vicente da Costa e Sra. Risaco Akegawa da Costa, são seus dependentes no Pro-Social – Programa de Assistência Social — órgão pertencente ao Tribunal Regional Federal da Primeira Região, desde 23/05/1994 e 02/06/1993 (declaração anexa), respectivamente, em razão de terem cumprido as exigências constantes das normas vigentes àquela época (Resolução 2, de 08/08/1989).

Os dependentes do impetrante são pessoas já idosas — o pai com 70 anos e a mãe com 66 anos (certidão de casamento anexa) —, sendo esta portadora de deficiência coronariana, hipertensão arterial, bem como apresenta diversos problemas no intestino e no estômago, conforme faz prova as declarações anexas. Por estes motivos, a mãe do impetrante necessita de remédios de uso continuado (receitas anexas), tais como Vasopril 10 mg, Inderal 40 mg, Somalgin Cardio 100 mg, Heliopac e Losec 20 mg, cujo valor perfazem a cifra de R\$ 179,84 (cento e setenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), conforme notas fiscais anexas.

Ocorre que em 10/09/2002, a apontada autoridade coatora, por meio da Portaria/Presi 850, convocou todos os servidores conveniados a apresentarem os documentos exigidos dos respectivos dependentes para fins de recadastramento, o que foi atendido pelo autor.

Após a análise dos referidos documentos, no dia 08/11/2002, o impetrante foi cientificado por aquele órgão — Pro-Social/Uberlândia — da exclusão automática de seus pais do mencionado programa de saúde (doc. anexo), sob o argumento de estes não mais se enquadrarem na situação de dependentes, sem que lhe fosse dada qualquer oportunidade de defesa.

Em seguida, o impetrante, administrativamente, protocolou em 13/11/2002, pedido de reconsideração, e, não sendo o caso, que o recurso fosse remetido à autoridade competente para tal.

Mais uma vez, o ora impetrante teve, administrativamente, seu pedido de reconsideração negado, e o recurso sequer chegou à autoridade superior competente para análise da fundamentação nele exposta, conforme se verifica do e-mail recebido por Marco Aurélio Badue Kallas, servidor da Subseção Judiciária de Uberlândia.

Ressalte-se que a mãe do impetrante percebe proventos no valor de R\$ 450,00 (demonstrativo de pagamento anexo), acrescido ao fato de seu pai não auferir renda (declarações e certidão anexas), tornou-se totalmente inviável a contratação de um plano de saúde privado, conforme informações contidas na Revista Destaque do TRF 1ª Região, cuja reportagem à fl. 14 traz a média dos valores cobrados por convênios de saúde particulares (cópia da revista anexa) (fls. 3/4);

b) (...) A Portaria/Presi 850, de 10/09/2002 (cópia anexa), que exigiu o Recadastramento dos Dependentes do Pro-Social já inscritos no programa, não tem respaldo legal, principalmente por contrariar, frontalmente, o § 3º do art. 4º do próprio Regulamento Geral do Programa de Assistência aos Servidores, criado pela Resolução 2, de 08/08/1989,



com as alterações introduzidas pela Resolução 20, de 11/12/2000 (...)” (fl. 4);

c) (...) o recadastramento somente poderia ser realizado após uma emenda ao mencionado Regulamento Geral, e, a partir daí, a portaria teria fundamento legal, mas da maneira como foi feita não pode prevalecer (fl. 5);

d) Se o aludido ato não for anulado pela fundamentação acima exposta, que o mesmo seja anulado, ao se considerar que a Administração Pública somente pode agir com base legal, segundo princípio constitucional insculpido no art. 37 da Constituição da República/1988.

Por outro lado, o ato que excluiu os dependentes do impetrante é anulável, igualmente em virtude de ter se utilizado de procedimento sumário. É princípio constitucional que rege a Administração Pública que só pode agir quando há mandamento legal para tal. Assim sendo, o nosso ordenamento jurídico prevê apenas duas formas para se utilizar o procedimento sumário, a primeira trata da sindicância, prevista no art. 143 da Lei 8.112/1990, cominando penas de advertência, de suspensão até 30 dias ou de instauração do processo disciplinar, a outra modalidade está prevista no art. 133 da referida lei que disciplina o acúmulo de cargos, funções e empregos públicos, os quais não se enquadram ao presente caso.

Acresce que nas modalidades acima a lei consagra o princípio da ampla defesa, o que também não ocorreu no caso em litígio, em total afronta aos direitos fundamentais resguardados no inc. LV do art. 5º da Carta Magna.

É certo que o procedimento a se seguir seria o previsto na Lei 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, mas a referida norma também foi inobservada pela autoridade coatora (fls. 5/6);

e) (...) o colendo Tribunal Regional Federal da Primeira Região disciplinou a saúde de seus servidores por meio da referida Resolução 2, de 08/08/1989, com as alterações introduzidas pela Resolução 20, de 11/12/2000, que precisamente em seu art. 4º, IX, restringiu os requisitos para inclusão de dependentes no Pro-Social (...) (fl. 7);

f) (...) somente a Lei pode restringir direitos (...) (fl. 8); e

g) Na hipótese de se fazer alguma restrição por meio de resolução ela deveria ter por base a restrição contida na própria Lei 8.112/1990, precisamente no Capítulo II, Dos Benefícios, que amparasse um maior número de beneficiários, tal como a prevista no art. 217, que trata dos requisitos dos beneficiários das pensões, *in verbis*:

“Art. 217. São beneficiários das pensões:

I – vitalícia;

(...) *omissis*.

d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor”;

Quando esta alínea menciona que beneficiário da pensão para se considerar como tal, deverá comprovar a dependência econômica, a lei está a dizer que é a dependência para os efeitos da Lei do Imposto de Renda, cuja renda do casal (pais) não ultrapasse o montante anual de R\$ 10.800 (dez mil e oitocentos reais). A própria Resolução 2, de 08/08/1989 do TRF 1ª Região, exige a mencionada declaração para se comprovar a dependência, conforme se vê abaixo:

“Art. 4º Para participar do Pro-Social, o titular deve requerer sua inscrição e a de seus dependentes na Administração do Programa, as quais são condicionadas à apresentação dos documentos comprobatórios e ao cumprimento dos critérios a seguir:

(...) *omissis*.

IX – pais com somatório de renda auferida pelo casal igual ou inferior a 2 salários mínimos:

(...) *omissis*.

*b) declaração de imposto e renda do servidor para verificação de dependência; (grifo nosso).*

Some-se ainda o disposto no art. 196 da CF/1988 ao mencionar que a saúde é um direito de todos e dever do Estado” (fls. 8/9).

Solicitadas informações à em. autoridade judiciária impetrada, foram elas prestadas às fls. 61/64, ocasião em que esclareceu que:

8 – Verifica-se, pelo exame dos autos do Processo Administrativo 2001/03138, concernente ao Relatório Final do Recadastramento, que os pais do Impetrante foram desligados do Programa em comento por não se enquadrarem no art. 4º, IX, do Regulamento Geral daquele, ou seja, auferirem renda superior a 2 (dois) salários mínimos, conforme determinado pelo Ofício/SECBE/1.207, de 31/10/2002, de fls. 116 e 117 e quadro a fls. 96.

9 – Nota-se, também, pela leitura do aludido Relatório, que ele retrata a situação dos beneficiários do Pro-Social em toda a Primeira Região, e a Diretora da Secretaria de Programas e Benefícios Sociais – Secbe, no Parecer de fls. 63, assim se manifestou:

“O recadastramento dos beneficiários do Pro-Social realizado no período de fevereiro a abril de 2001, revelou um acentuado número de dependentes não recadastrados ou que apresentaram alguma pendência de documentação.

Para exemplificar, citamos o caso dos genitores dependentes: de um total de 2.124 inscritos na Primeira Região, apenas 1.217 foram recadastrados sem pendência.

Por outro lado, a Portaria/Diges/Presi 386, de 22/03/2001, cópia anexa, determinou no item III que fossem ‘...mantidos inscritos no Pro-Social os beneficiários dependentes, inclusive aqueles não recadastrados, até que sejam analisados os relatórios e homologados ou não as exclusões’.

Em face do exposto e considerando que a prestação de assistência a esses beneficiários, por prazo tão longo, tem acarretado um significativo aumento das despesas do Programa, vimos propor a V. Sa., s.m.j. a edição de norma definindo prazo para a regularização da situação dos citados dependentes, consubstanciada na minuta de Portaria anexa.

10 – De outro lado, o Relatório Final do Recadastramento dos Beneficiários Dependentes – Portaria Presi 850, de 10/09/2002, a fls. 68/73 do referido Processo Administrativo, assinado pela Diretora da daquela Secretaria, assim concluiu:

“Os resultados satisfatórios obtidos com os procedimentos determinados pela Portaria PRESI. 850/2002, indicam a necessidade de realização de recadastramento anual de todos os beneficiários, de forma planejada e centralizada neste Tribunal. Ademais, ficou constatada a conveniência de que as inscrições de dependentes sejam homologadas pela Secbe, evitando-se interpretações divergentes da norma regulamentar e, conseqüentemente, inclusões indevidas. Por determinação da Presidência, tal providência já foi implementada e comunicada às Seccionais que integram a Primeira Região.

O saneamento do quadro de beneficiários representava um antigo objetivo da Administração do Programa e constitui, sem dúvida, um importante passo para a recuperação do equilíbrio financeiro do Pro-Social.”

11 – Não fora isso, o ofício de fls. 116/117, assinado pela Diretora da Secretaria de Programas e Benefícios Sociais – Secbe e expedido para todos os Diretores da Secretaria de Administração deste Tribunal, contém o seguinte teor:

“Concluídos os trabalhos de análise da documentação dos beneficiários do Pro-Social por esta Secretaria de Programas e Benefícios Sociais, determinada pela Portaria/PRESI 850, de 10/09/2002, encaminhamos a listagem anexa, contendo os nomes dos dependentes cuja documentação não atende às exigências contidas no Regulamento Geral ou que não encaminharam os documentos necessários à regularização das pendências do Recadastramento de 2001.

*Nos termos do disposto no inciso II da referida Portaria da Presidência, essa Seccional deverá promover o imediato desligamento desses dependentes dos quadros do Programa.* Nesse sentido, solicitamos dar ciência aos interessados, orientando-os a devolverem as respectivas carteiras. Após 04/11/2002, poderão ser acatadas apenas as faturas correspondentes às utilizações anteriores, as decorrentes das despesas de beneficiários que se encontrem, nesta data, em regime de internação hospitalar, bem como dos procedimentos cirúrgicos, seriados e odontológicos, autorizados pelo Serviço Médico/Odontológico dessa Seção Judiciária até 31/10/2002.

Para aqueles beneficiários que conseguirem regularizar sua situação junto ao Pro-Social, fica resguardada a possibilidade de reinscrição do seu dependente a qualquer tempo, devendo a respectiva documentação ser encaminhada a esta Secretaria para análise e homologação.”

Certos de contarmos com o apoio dessa Secretaria Administrativa, colocamo-nos à disposição para esclarecimentos adicionais.

12 – Finalmente, é importante dizer que a Secretaria de Programas e Benefícios Sociais – SECBE, no memorando de fls. 120, submeteu à apreciação da Diretoria-Geral do Tribunal, em conformidade com o apontado no Relatório Final de Recadastramento do Pro-Social, informação de dois casos de inscrição de dependentes por determinação judicial, e a mencionada Diretoria, na reunião do Conselho Deliberativo de 13/11/2002, proferiu decisão aprovando a proposta de recadastramento com as seguintes recomendações (fls.125) :

I – Menores sob guarda: Autuação de processos específicos a serem distribuídos e apreciados pelo Conselho;

II – Inscrição de menores por ordem judicial: Encaminhamento dos casos à Diretoria-Geral para as providências pertinentes;

III – Não acatamento dos requerimentos de servidores para manutenção de dependentes inscritos irregularmente.” (Grifei.) (Fls. 61/64).

À fl. 66, indeferi o pedido de concessão de medida liminar deduzido na petição inicial deste *writ*.

À fl. 70, o ora impetrante requereu a juntada da cópia do agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a liminar requerida no presente *mandamus*.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 90/95, opinou pela denegação da segurança.

À fl. 97, o ora impetrante protocolizou petição na qual requereu, em síntese, a análise do presente feito à luz do novo Decreto 4.978, de 03/02/2004.

Instado a se manifestar, o d. Ministério Público Federal "(...) ratificando o Parecer de fls. 90/95, opina pela denegação da segurança" (fl. 106).

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes: — Presentes os requisitos de admissibilidade, admito o presente mandado de segurança.

Objetiva o impetrante, com o presente *writ*, a concessão da ordem para que, em resumo, seja julgada "(...) julgada totalmente procedente a ação, acolhendo os argumentos expendidos na inicial, a fim de anular a Portaria/Presi 850, de 10/09/2002 e a caracterização de ilegalidade do inc. IX do art. 4º da Resolução 2, de 08/08/1989 do TRF 1ª Região, com a conseqüente inclusão definitiva dos pais do impetrante, na condição de dependentes no Pro-Social" (fls. 12/13).

A em. autoridade apontada como coatora, em suas informações de fls. 61/64, esclareceu, em síntese, que:

8 – Verifica-se, pelo exame dos autos do Processo Administrativo 2001/03138, concernente ao Relatório Final do Recadastramento, que os pais do Impetrante foram desligados do Programa em comento por não se enquadrarem no art. 4º, IX, do Regulamento Geral daquele, ou seja, auferirem renda superior a dois salários mínimos, conforme determinado pelo Ofício/SECBE/1.207, de 31/10/2002, de fls. 116 e 117 e quadro a fls. 96 (fl. 61.)

Constata-se, assim, que os genitores do ora impetrante foram excluídos do quadro de beneficiários do Pro-Social, por não preencherem a condição de beneficiário-dependente, uma vez que percebiam renda familiar superior a dois salários mínimos.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Carlos Fernando Mathias, Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, Antônio Ezequiel da Silva, Daniel Paes Ribeiro, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e João Batista Moreira. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, José Amílcar Machado, Aloísio Palmeira Lima e Cândido Ribeiro.

*Data venia* de eventual entendimento em contrário, não vislumbro a existência de ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão do *writ*.

Frise-se que, nesse sentido, foi o posicionamento do d. membro do Ministério Público Federal, Procurador Regional da República, Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, *verbis*:

8 – No mérito, não assiste razão ao impetrante. Relativamente à inexistência de ampla defesa, verifica-se que foi possível a interposição de recurso (administrativo) contra a decisão de exclusão dos genitores do impetrante do Pro-Social. Ademais, de acordo com as explicações fornecidas pela Autoridade Coatora, eles foram mantidos no Programa até que fossem analisados os relatórios e homologadas ou não as exclusões, o que caracteriza qualquer alegação de que os dependentes tenham sido excluídos automaticamente e sem nenhuma espécie de notificação.

9 – Quanto ao acerto ou erro da exclusão aqui impugnada, cumpre observar que os genitores do impetrante não atendem aos critérios estabelecidos no art. 4º, IX, do Regulamento Geral, já que sua renda ultrapassou o piso de dois salários mínimos estabelecido.

10 – Tampouco subsiste a assertiva de falta de amparo legal da portaria, por destar do art. 4º, § 3º, do Regulamento Geral. Tal confronto não tem o condão de desfazer a constatação de que os pais do impetrante não preenchem as condições do art. 4º, IX, do próprio Regulamento Geral. É incontroverso que auferem renda superior à permitida para sua inclusão no sistema. O fato de terem sido cadastrados indevidamente não lhes confere o direito de continuarem cadastrados, se não atendem às exigências normativas.

11 – Tampouco procede a alegação de que a Autoridade Coatora não tenha observado a Lei 9.784/1999, pois, segundo seu teor:

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I – atuação conforme a lei e o Direito;

(...)

IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados."

12 – Ora, na hipótese vertente, verifica-se que a Administração Pública se ateve ao Regulamento Geral e permitiu a interposição de recurso. O caráter sumário de seu procedimento não contraria a disposição legal, já que, conforme o trecho transcrito, devem ser adotadas formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.

13 – Por fim, não prospera a alegação exorbitância do poder regulamentar pela Resolução 2/1989, vis-à-vis os direitos assegurados pela Lei 8.112/1990. Salta aos olhos que o art. 217 dessa lei, invocado pelo Impetrante, refere-se a beneficiários de pensões, lançando aí a necessidade de se demonstrar a dependência econômica. No entanto, o Regulamento Geral (Resolução 2/1989), disso não se ocupa, apenas estabelece que, para que os genitores sejam abrangidos pelo sistema, não poderão auferir, juntos, renda superior a dois salários mínimos (art. 4º, IX).

14 – Em conclusão, entende o Ministério Público Federal que não há razões para a anulação da Portaria Presi 850, de 10/09/2002, nem para a afirmação de ilegalidade do art. 4º, IX, da Resolução TRF1 2, de 08/08/1989. Tal desfecho não impede que o impetrante, pelas vias administrativas, postule a inclusão de seus genitores no programa Pro-Social, se e quando o requisito normativos ou a situação de fato — renda inferior a dois salários mínimos — sofram alteração.

#### IV

15 – Por ora, em face do exposto, o parecer ministerial se inclina pela denegação da segurança” (fls. 93/95).

Afigura-se, *data venia*, incensurável o posicionamento esposado pelo d. Ministério Público Federal.

Com efeito, o art. 230 da Lei 8.112/1990, ao dispor sobre a assistência a saúde do servidor público ativo e inativo, estabelece que *verbis*:

Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, *na forma estabelecida em regulamento* (grifei).

Além do mais, prevê o art. 241 da acima mencionada Lei 8.112/1990 que:

Art. 241 Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual.

Assim, *data venia* de eventual posicionamento em contrário, dos dispositivos legais acima transcritos, duas conclusões podem ser extraídas, a saber: 1) o órgão a que o servidor estiver vinculado deve, direta ou mediante convênio, prestar-lhe, bem como a sua família, assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento; e, 2) considera-se pessoa da família do servidor, para fins de inclusão no programa de assistência à saúde, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam sob suas expensas e constem em seu assentamento individual.

Deve então ser apontado que referida assistência à saúde foi instituída no âmbito deste Tribunal Regional Federal da Primeira Região pela Resolução 2, de 08/08/1989, que, no art. 8º do seu anexo, ao relacionar quais seriam os dependentes do servidor, assim estabeleceu em seu inciso IV, *verbis*:

Art. 8º São dependentes do servidor:

(...)

IV – os pais, inclusive os adotantes *com renda mensal familiar até dois salários mínimos* (grifei).

Depreende-se, assim, do dispositivo regulamentar anteriormente transcrito, que este Tribunal Regional Federal, mediante regulamento (no caso, a resolução acima mencionada), expressamente estabeleceu que se entendia como dependentes do servidor, para fins de inclusão no Pro-Social, no caso específico, “os pais, inclusive os adotantes *com renda mensal familiar até dois salários mínimos*”.

Posteriormente, esse dispositivo da referida Resolução 2/1989 acabou, *venia concessa*, sendo corroborado pela Resolução 20, de 11/12/2000, que, ao disciplinar aqueles que seriam considerados como dependentes do servidor, bem como os documentos necessários a fazer a prova de tal dependência, assim estabeleceu em seu art. 4º, IX, *ipsis literis*:

Art. 4º Para participar do Pro-Social, o titular deve requerer sua inscrição e a de seus dependentes na Administração do programa, as quais são condicionadas à apresentação dos documentos comprobatórios e cumprimento dos critérios a seguir:



(...)

IX – Pais com somatório da renda auferida pelo casal igual ou inferior a 2 salários mínimos: (...)

(...)

Frise-se, outrossim, que a acima mencionada Resolução 20, ao receber novo tratamento pela Resolução 670-006, de 04/06/2003, não foi nesse aspecto modificada, tendo em vista que, no art. 5º, VIII, da referida Resolução 670-006, de 04/06/2003, reproduziu-se a norma prevista no acima transcrito art. 4º, IX, da Resolução 20, no sentido que poderão ser considerados dependentes do servidor os pais cujo somatório da renda não seja superior a dois salários mínimos.

Afigura-se, assim, que, com a devida licença dos que eventualmente se posicionem em sentido contrário, desde a instituição do Pro-Social no âmbito do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, somente os genitores dos servidores, cuja renda familiar ou cujo somatório da renda auferida pelo casal fosse igual ou inferior a dois salários mínimos, é que poderiam ser considerados como seus dependentes, para os fins de inclusão como beneficiários desse programa de assistência.

Ressalte-se, todavia, que incumbe ao titular (servidor ou magistrado) instruir os requerimentos de inscrição com os documentos necessários a comprovar a alegada situação de dependência.

Por sua vez, a Administração Pública tem o poder-dever de rever e fiscalizar seus atos, bem como sua aplicação, quando constatada a possibilidade de existência de vícios que possam vir a maculá-los.

De fato, no dizer de José dos Santos Carvalho Filho, “*O controle administrativo da Administração Pública tem dois pilares de sustentação*”<sup>1</sup>, sendo que “*O primeiro deles é o princípio da legalidade, reconhecida o mais importante em termos de função administrativa (...)*”<sup>2</sup>, enquanto que “*O outro princípio de relevo é o das políticas administrativas, ou seja, o poder que tem a Administração de estabelecer suas diretrizes, suas metas, suas prioridades e seu planejamento para que a atividade administrativa seja desempenhada da forma mais eficiente e rápida possível. Neste ponto, não*

*se pode perder de vista que o único alvo da atividade administrativa tem que ser o interesse público, e, sendo assim, é este mesmo interesse que estará a exigir o controle da Administração, não somente em sede de legalidade, mas também no que diz respeito aos objetivos a serem alcançados através da função de gerir os negócios da coletividade*”<sup>3</sup>.

Deve, então, ser observado que esse controle da administração pública é efetuado por meio do exercício do poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa, que vem a ser o poder que tem a administração de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham sido violados os ditames legais e normativos, seja para melhor atender o interesse coletivo.

Afigura-se, dessa forma, que não há de se falar na ocorrência, *in casu*, de ofensa ao princípio constitucional do direito adquirido, mormente quando se constata que os genitores do impetrante encontravam-se, *data venia*, na condição de beneficiários do Pro-Social, como dependentes do impetrante, de forma não regulamentar, uma vez que não preenchiam os requisitos previstos nas normas regulamentadoras do referido Pro-Social, não gerando, por conseguinte, nenhum direito ao servidor, conforme se depreende da Súmula 473, do eg. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

De fato, tem a Administração o poder/dever de rever seus atos, de modo a adequá-los aos preceitos regulamentares, legais e constitucionais.

Nesse contexto, objetivando, portanto, concretizar esse poder-dever da Administração Pública, é que se editou a ora impugnada Portaria/Presi 850/2002, mediante a qual foi concedido “(...) aos beneficiários titulares do Pro-Social que não atenderam ao recadastramento ocorrido em 2001 e aos que, apesar de comparecerem para fazê-lo, deixaram de apresentar a documentação exigida, a opção de regularização da situação dos seus dependentes de acordo com os seguintes prazos (...)”.

<sup>1</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 808.

<sup>2</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit. p. 808.

<sup>3</sup>Carvalho Filho, José dos Santos. Ob. cit. pág. 808.



Assim, com a devida licença dos que eventualmente se posicionem em sentido contrário, por meio da acima citada Portaria, foi prorrogado o prazo, para que os servidores e magistrados inscritos no Pro-Social, que não haviam atendido o primeiro chamado, pudessem efetuar o cadastramento de seus dependentes, a fim de que restasse constatada a legitimidade da inclusão deles como beneficiários-dependentes, com a eventual regularização das situações que eventualmente não estivessem regulares.

Não há que se cogitar, assim, *data venia*, na ilegalidade da acima mencionada Portaria/Presi 850/2002, uma vez que a administração ao editá-la, estava no legítimo exercício do seu poder/dever de fiscalizar e rever seus atos, de forma a adequá-los e ajustá-los às normas regulamentares e ao melhor atendimento do interesse público.

Acrescente-se ainda que, *in casu*, não há que se falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, considerando o apontado em ofício “(...) assinado pela Diretora da Secretaria de Programas e Benefícios Sociais – Secbe e expedido para todos os Diretores da Secretaria de Administração deste Tribunal (...)” (fl. 62), no sentido de que “Para aqueles beneficiários que conseguirem regularizar sua situação junto ao Pro-Social, fica resguardada a possibilidade de reinscrição do seu dependente a qualquer tempo, devendo a respectiva documentação ser encaminhada a esta Secretaria para análise e homologação” (fl. 63).

Além do mais, entendo que o direito de defesa, no caso ora em exame restou suficientemente exercitado, mormente pelo pedido de reconsideração formulado pelo ora impetrante, que, através de comunicação dirigida ao Sr. Marco Aurélio Badue Kallas, mereceu resposta da il. Sra. Diretora da Secbe, nos seguintes termos:

Acusando o recebimento do pedido de reconsideração formulado pelo servidor Namba Akegawa Costa, solicitamos o obséquio de fazer chegar às mãos do mesmo as seguintes considerações da Secbe:

A Administração do Pro-Social analisou, detidamente, o teor do requerimento do servidor bem como a documentação juntada mas, lamentavelmente, seus genitores não se enquadram nas condições previstas no Regulamento Geral. Nos termos da Portaria/Presi 850, de 10/09/2002, a Secretaria procedeu ao desligamento de todos os dependentes que não se encontravam em situação regular junto ao Programa.

Na última sessão do Conselho Deliberativo do Pro-Social, foi apresentado o Relatório Final do Recadastramento e discutida a questão dos requerimentos/recursos apresentados pelos beneficiários titulares. Ficou deliberado que não seriam acatados tais requerimentos, tendo em vista que os respectivos dependentes não se enquadravam nos critérios estabelecidos no Regulamento Geral.

A Secbe entende e lastima os transtornos advindos do desligamento, que bem refletem a precariedade da saúde pública no nosso País. Entretanto, o Pro-Social não pode assumir responsabilidades além de sua capacidade financeira e competência legal, sob pena de ver ameaçada a sua continuidade.

Esperando contar com a compreensão, colocamo-nos à disposição para outros esclarecimentos” (fl. 23).

Acrescente-se ainda que, na hipótese sob análise, verifica-se que o impetrante não logrou coligar aos autos documentação hábil a comprovar que seus genitores de fato estão a preencher os requisitos estabelecidos pelo regulamento do Pro-Social, a fim de que reste comprovado que a renda familiar dos dois, ou somatório da renda por eles auferida, seja igual ou inferior a dois salários mínimos, na forma como estabelecido nas resoluções que dispõem sobre a matéria, razão pela qual não se vislumbra, na espécie, seu direito líquido e certo à inclusão dos seus genitores como seus beneficiários-dependentes no programa de assistência em comento.

Não se vislumbra, assim, no presente caso, ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão do *writ*.

Diante disso, *denego* a segurança.

Custas na forma da lei. Sem honorários advocatícios (Súmulas 512, do eg. Supremo Tribunal Federal e 105, do eg. Superior Tribunal de Justiça).

É o voto.

## Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhora Presidente, estou de acordo porque, se não for assim, o número de nossos servidores, a cada dia, cresce mais, e, se formos — inclusive como sugere o Desembargador Antônio Ezequiel da Silva — aumentar, quebra o sistema que já está em dificuldade, portanto, não vai servir nem para aqueles que ganham dois salários mínimos.

Estou inteiramente de acordo com o Relator.

# Primeira Seção

---

## **Agravo Regimental na Ação Rescisória** **2006.01.00.037541-7/MG**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado  
Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Paulo Henrique Cardoso  
Réu: Itamar Nunes  
Réu: Arlindo Nogueira Campos  
Réu: Avertino Francisco Barbosa  
Réu: Benone Vieira Pinto  
Réu: Didimo Calisto Bernardo  
Réu: Francisco Afonso Leão  
Réu: Gilson Hermes  
Réu: Genil Coelho  
Réu: Paulino Julio Ferreira  
Publicação: DJ 2 de 08/06/2007

---

### **Ementa**

*Processual Civil. Agravo regimental em ação rescisória. Antecipação dos efeitos da tutela. Indeferimento. Garantia da coisa julgada.*

I – Entendo que por ser a coisa julgada um princípio constitucional de maior segurança jurídica, a sua cláusula não pode ser molestada por provimentos acautelatórios, só passíveis de modificação por ação própria.

II – A despeito desse entendimento, a Lei 11.280, de 16/02/2006, deu nova redação ao art. 489 do CPC, que passou a dispor expressamente sob a possibilidade de deferimento de medidas cautelares ou antecipatória de tutela, em casos imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei.

III – A decisão rescindenda não é suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, sobre não revelar risco de perecimento de direito.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

### **Acórdão**

Decide a Seção, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 13/02/2007.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator.

---

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:*  
— Trata-se de agravo regimental interposto nos autos desta ação rescisória, contra decisão que indeferiu

o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com o objetivo de rescindir acórdão prolatado pela 1ª Turma desta Corte que, em processo de execução, negou provimento à Apelação 1998.38.00.032991-3, sob o funda-

mento que o Juiz está adstrito à imutabilidade da coisa julgada e ao conteúdo do título executivo.

Sustenta o agravante que a antecipação de tutela deve ser deferida, tendo em vista que a autarquia está na iminência de pagar uma quantia indevida aos réus.

Ademais, argumenta que ficou demonstrada, na inicial, a relevância do pedido, bem como a irreparabilidade ou extrema dificuldade de reparação futura, caso seja deferida a rescisão do acórdão, para reconhecer aplicação do art. 144, parágrafo único da Lei 8.213/1991, motivo pelo qual torna-se viável o pedido antecipatório *initio litis*.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:*  
— Tenho sustentado e partido da tese de que não é possível nenhuma infringência de tutelas acautelatórias contra coisa julgada. Creio que esses procedimentos são incompatíveis; antecipação de tutela e/ou medida liminar em cautelar preparatória de ação rescisória.

Entendo, nesse sentido, que a coisa julgada é o princípio constitucional maior da garantia da segurança jurídica, e sua cláusula não pode ser molestada com provimentos liminares, com a devida vênua dessa doutrina que venho combatendo, porque guarnece-lo seria desestabilizar toda a ordem das relações jurídicas estáveis, imutáveis, o que é função da coisa julgada, só passível de desconstituição por ação rescisória.

A despeito desse entendimento, a Lei 11.280, de 16/02/2006, deu nova redação ao art. 489 do CPC, que passou a dispor expressamente sob a possibilidade de deferimento de medidas cautelares ou antecipatória de tutela, em casos imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei.

Está não é a hipótese dos presentes autos, em virtude da decisão rescindenda não ser suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, sobre não revelar risco de perecimento de direito.

Ante o exposto, mantenho a decisão agravada.

É como voto.

### Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Senhor Presidente, também vou acompanhar o eminente Relator, porque não identifiquei a presença de prova inequívoca quanto à verossimilhança da alegação em que se funda o direito sustentado, consequentemente, um dos pressupostos necessários à tutela antecipada, que é o que se intenta obter por meio desse recurso regimental.

---

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Neuza Alves, e a Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada).

# Segunda Seção

## Mandado de Segurança

2004.01.00.059657-6/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto  
Impetrante: Americel S/A  
Advogados: Dr. Luiz Carlos Humbert Albuquerque Maranhão e outros  
Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara/GO  
Publicação: DJ 2 de 22/06/2007

### Ementa

*Constitucional. Processo Penal. Sistema Vigia de interceptações telefônicas. Sistema de interceptação telefônica guardião. Linha privada de comunicação de dados – LPCD. Uso das interceptações e os abusos da polícia. A conveniência de alguns juízes. Os vazamentos. A curiosidade pública. A privacidade. As perseguições aos homens de bem. O sigilo telefônico. A república dos “grampos”.*

I – A interceptação é *praticamente* o único meio de formação de prova no curso da persecução policial, no que diz respeito à materialidade e à autoria de determinados delitos. É quase a que se resume o serviço de inteligência da polícia. Com base nas escutas telefônicas, é que entra, na verdade, o serviço de inteligência, mapeando o território e tomando conhecimento dos componentes da ação criminosa. Com esses dados, a logística é montada com horários, número de policiais, armamento e recursos ideais para a missão.

II – O Sistema Vigia é uma ferramenta completa para o gerenciamento dos processos de interceptação legal e quebra de sigilo telefônico dentro de uma operadora. É um instrumento utilizado pelas operadoras de telefonia fixa e móvel, podendo interceptar as ligações em horas programadas de centenas de linhas em todo o país *ao mesmo tempo*.

III – O Sistema Guardiã nada mais é do que um *software* que permite escutar, redirecionar, gravar e armazenar conversações por meio de telefonia fixa ou móvel, proceder o cruzamento de dados, com simultaneidade, por meio de inúmeros canais disponíveis.

IV – A Linha Privada de Comunicação de Dados – LPCD é um canal de comunicação privativo que pode ser estabelecido entre dois locais. Em fim, a LPCD não passa pela central telefônica como o acesso da rede DIAL UP (discada) além de ter velocidade de tráfego bem maior devido a qualidade da linha (nível baixo de ruído psfométrico, ruído impulsivo, diafonia e outros). O sistema é on line.

V – Os equipamentos disponíveis hoje em dia têm capacidade de Vigiar maior número de linhas, dando, no entanto, também lugar a abusos e, conseqüentemente, à prática de crimes.

VI – Os *vazamentos* das interceptações, a maioria das vezes pela própria Polícia (algumas vezes pelo Ministério Público e outras por juízes), propiciando que, praticamente de modo imediato, os meios de comunicação tenham conhecimento dos diálogos, possibilitando que as televisões os reproduzam, de maneira fria e insossa e muitas vezes incompleta, retiradas de um texto que tem um outro significado, totalmente, diferente, levando, muitas vezes, ao ridículo seus personagens.

VII – Os *vazamentos*, como as prisões *hollywoodianas*, algemas utilizadas desnecessariamente em homens sem antecedentes criminais e em idosos e deficientes físicos, não deixam de ser ameaça aos direitos constitucionais do cidadão.

VIII – Os abusos e má-fé nas transcrições dos diálogos, com as interpretações, que raiam à imaginação estúpida do agente policial são grandes. As distorções dos diálogos chegam ao absurdo. Os cidadãos de bem, que tiveram seu nome *apenas citado* em conversas de suspeitos da prática de crimes, passam a ser, no entender do agente policial *degravador* e da autoridade policial, também um envolvido, um criminoso, tendo seu nome, no dia seguinte, enxovalhado pela imprensa, devido ao vazamento praticado pela própria polícia. *A desconfiança dá lugar a indiciamento.*

IX – O acesso direto da Polícia ao sistema da prestadora do Serviço Móvel Pessoal – SMP, permite, de imediato, *interceptar milhares e milhares*, alguns dizem milhões, de linhas referentes ao canal correspondente, sem a especificação, portanto, do usuário.

X – As *escutas* têm servido para vários tipos de espionagem política, comercial, industrial e criminal. O abuso é grande. Na própria polícia, o subordinado escuta as conversas dos seus chefes, dos delegados, tomando conhecimento das pomposas *operações*; dos jornalistas; dos políticos; do amigo e do inimigo. Ninguém escapa. Isto tudo pode dar lugar a *chantagens*, ameaças etc. O uso do telefone passou, assim, a ser temido, seja pelo cidadão de bem, seja dos que vivem na criminalidade. O cidadão é vigiado todo tempo. O Estado de Hitler perde para o Estado Policial do Brasil de hoje. O “Grande Irmão” está dominando tudo, acabando com a privacidade, e o que é pior com o consentimento do cidadão, em troca de uma pretensa segurança. Os “porcos” de George Orwell, se não dermos um *basta*, acabarão dominando a democracia.

XI – O direito à privacidade é direito que diz respeito a todo cidadão, devendo ser subtraído da curiosidade pública.

XII – A empresa telefônica é legalmente responsável pela inviolabilidade e confidencialidade do sigilo telefônico.

XIII – Cabe ao juiz tomar os devidos cuidados para que haja um determinado grau de cautela na quebra dos sigilos telefônico, bancário e fiscal e na decretação das prisões temporárias e preventivas.

XIV – Direito líquido e certo da empresa telefônica, impetrante, de assegurar a inviolabilidade e a confidencialidade das comunicações telefônicas em toda sua rede, como disposto no Capítulo III, *Do sigilo*, art. 79 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP, anexo da Resolução 316, de 27/09/2002.

## Acórdão

Decide a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, vencida a Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho, conceder a segurança à empresa telefônica Americel S/A para impedir que lhe seja imposto colocar um *link* à disposição da Polícia Federal, com a finalidade de ter acesso direto à central da impetrante, sem a determinação específica da linha telefônica interceptada; ficando cassada a decisão judicial, ora impugnada, que determinou a disponibilização da LPCD (Linha Privada de Comunicação de Dados) para os telefones com tecnologia GSM (Sistema Global para Comunicações Móveis).

2ª Seção do TRF 1ª Região – 30/05/2007.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

---

## Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho*: — Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Americel S/A, pessoa jurídica de direito privado, qualificada na petição inicial, contra ato do MM. Juízo Federal da

5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, em que requereu a concessão da medida liminar e, no mérito, “(...) *confirmando-se a medida liminar, para cassar, em definitivo, a ilegal determinação do Juízo impetrado*” (fl. 11).



Em defesa de sua pretensão, alegou a impetrante que:

a) No exercício da sua atividade, a Impetrante recebe freqüentes ordens judiciais de interceptação de comunicações através das linhas que opera, tendo para tal desenvolvido os necessários sistemas, que vieram sendo aperfeiçoados ao longo do tempo, até atingir-se o presente estágio da evolução técnica, com o sistema atualmente denominado “Vigia” (fl. 03);

b) (...) a ordem de “disponibilizar [à Polícia Federal] a extensão da LPDC para os telefones com tecnologia GSM” significa que a Impetrante deveria, através de uma conexão *link*, por uma linha privada de comunicação de dados (LPCD), dar à autoridade policial a possibilidade de acesso à rede de telefonia celular GSM (sigla de Global System for Mobile communications, ou Sistema Global de Comunicação Móvel), operada pela Impetrante (fl. 5);

c) Embora tecnicamente viável, em tese (com algumas adaptações nos sistemas utilizados pela Impetrante e pela Polícia Federal), constatou-se, desde logo, conforme o parecer técnico da Suntech Telecom Solutions (doc.3) que a implantação do *link* ordenado pelo Juízo impetrado *traria gravíssimos riscos à segurança interna e externa da rede da Impetrante, comprometendo a inviolabilidade do sigilo das comunicações feitas através dela*, cuja preservação cabe à Impetrante, em decorrência de imperativos legais e regulamentares aos quais ela está subordinada.

Isso porque, da forma ordenada pelo Juízo impetrado, as interceptações não mais seriam efetuadas através da conexão de cada linha interceptada ao sistema “Vigia”, mediante autorização judicial específica para cada linha, com o fornecimento de senha exclusiva para a interceptação do respectivo canal de comunicação, *mas sim através do acesso direto da autoridade policial ao próprio interior da rede da Impetrante, onde o agente policial poderia interceptar o canal correspondente a qualquer das aproximadamente 2 milhões de linhas integrantes da mesma, independentemente de quem fosse o respectivo usuário* (fl. 5);

d) (...) a primeira conseqüência da implantação do *link* ordenado pelo Juízo impetrado seria permitir que a autoridade policial usuário do mesmo, *ingressando sem qualquer controle no sistema da Impetrante, ali interceptasse qualquer linha que quisesse, pelo tempo que desejasse e para o objetivo que bem entendesse*, sem o respaldo de ordem judicial que, como se sabe, deve ser *específica* para o monitoramento de linha(s) determinada(s), e *nunca genérica*, além de fixar o prazo de duração da medi-

da, como requisito legal (art. 5º da Lei 9.296/1996)” (fl. 6);

e) (...) a forma de operação ordenada pelo Juízo impetrado, a ser feita sem o registro de acesso por cada usuário *log, impossibilitaria o controle dos monitoramentos pelo Departamento Jurídico e pela Auditoria da Impetrante*, impedindo a apuração de responsabilidades nos casos de abuso ou ilegalidade e sujeitando a Impetrante, nessas hipóteses, a responder civilmente aos seus clientes (art. 14 da Lei 8.078/1990), sem possibilidade, sequer, de exercer o direito de regresso contra quem tenha causado a eventual lesão ao direito do consumidor interessado (fl. 6);

f) (...) o acesso ilimitado e irrestrito à rede da Impetrante daria a qualquer usuário do *link* ordenado pelo Juízo impetrado a *possibilidade de imediato acesso, sem qualquer controle ou conhecimento da Impetrante, a outros serviços da Central (Monitoria, Auditoria, Administração, etc), que em nada podem interessar a qualquer investigação policial*, além da óbvia possibilidade do indevido conhecimento e divulgação de dados sigilosos da empresa, havendo, também, a possibilidade de acesso indevido a outras Centrais, a partir do *link* ordenado pelo Juízo impetrado (...) (fl. 6);

g) (...) as comunicações captadas pelo usuário do *link* ordenado pelo Juízo impetrado não poderiam ser criptografadas (como ocorre no sistema hoje utilizado), possibilitando a intrusiva “interceptação”, por terceiros, do monitoramento que estivesse sendo feito pela autoridade policial, *violando-se o sigilo do conteúdo de tais comunicações e, mais uma vez, sem possibilidade de apuração da responsabilidade por tais atos ilícitos* (fl. 6).

h) (...) é *errada* a suposição do impetrado de que, caso implantado o *link*, não haveria possibilidade de monitoramento de linhas sem ordem judicial específica; tal possibilidade *existe concretamente*, como foi explicado pela Impetrante ao Juízo, que, todavia, insistindo na recusa aos esclarecimentos dados, sem ter conhecimento técnico para tanto, *demonstrou a real intenção de apenas impor sua vontade* à Impetrante, sem fundamento que verdadeiramente justifique a decisão ora impugnada (fl. 8);

O MM. Juízo Federal impetrado, às fls. 84/91, prestou informações acompanhadas da documentação de fls. 92/103, ocasião em que esclareceu:

(...)

O *writ* apresentado ao conhecimento dessa colenda Corte de Justiça diz respeito ao cumprimento de ordem emanada deste Juízo visando o monitoramento de linha telefônica mantida pela Operadora Claro/Americel, *de modo que as infor-*

mações sobre o terminal monitorado sejam repassadas em tempo real.

A sede procedimental onde autorizada a quebra de sigilo telefônico investiga extenso grupo criminoso organizado para o tráfico internacional de entorpecentes. Como é sabido, o combate ao crime organizado exige o acompanhamento de todos os passos dos integrantes do grupo, com a repressão imediata das condutas, tudo visando impedir a propagação do delito e possibilitar a prisão em flagrante dos agentes delituosos.

Nesse diapasão, impende que o monitoramento das linhas telefônicas utilizadas pelas pessoas investigadas seja realizado em tempo real, com acesso instantâneo às informações geradas pelo deslocamento do aparelho e às chamadas originais ou recebidas.

É exatamente nesse ponto que a operadora Claro/Americel vem falhando com o seu dever de colaborar com as investigações policiais.

Desde há muito, com a tecnologia TDMA, os dados das ligações eram enviados pela Claro por meio da linha privativa de dados-LPCD, com transmissão via modem, assim como ocorre, sem nenhum problema, com a operadora Vivo, que se serve do software Proconplus, o mesmo até então utilizado pela Americel/Claro. Nesse sistema de transmissão de dados, considerado arcaico pela Americel/Claro em um dos expedientes encaminhados a este Juízo, havia um *sincronismo entre o áudio e os dados respectivos*, fato que não ocorre hoje com o software Vigia.

Em algumas unidades da Polícia Federal está em funcionamento, dentre outros, o software SisSoft2002, que, no conjunto de suas funções, realiza o sincronismo entre dados e áudio automaticamente, mecanismo relevante em uma eventual perícia para vincular a informação dos dados e o respectivo áudio. Todavia, para que o software processe a informação é preciso que a concessionária disponibilize os dados diretamente ao software em tempo real.

Nas várias páginas do SisSoft2002 são fornecidas algumas informações relevantes para investigação, tais como data, hora de início e duração, nome do alvo monitorado e os respectivos telefone de contato, localização do contato e tipo de chamada (efetuada ou recebida), etc. Todavia, de nada adianta a ferramenta se a concessionária não disponibiliza os dados simultaneamente com o áudio, como outrora acontecia por intermédio da LPCD.

No momento em que a Claro/Americel passou a adotar o software Vigia para a transmissão de áudio e dados das linhas monitoradas, deixou de lado a LPCD, a partir do que as investigações poli-

ciais ficaram extremamente prejudicadas. Como a Claro/Americel não repassa os dados diretamente à Polícia Federal por intermédio da LPCD, valendo-se do Vigia, que o faz *via internet, há um significativo atraso na disponibilização* dos dados, o que prejudica não só o sincronismo do programa como, até mesmo, eventual prova pericial.

A deficiência do sistema Vigia pode ser mostrada na tela abaixo, quando o SisSoft2002 registrou, às 21h58m43s, no dia 10/10/2004, a entrada de áudio do telefone 62-9262.5832, registrando, também, a duração da chamada. Todavia, *foram omitidos os telefones que participaram do diálogo*, situação que pode gerar nulidade na interceptação e, até mesmo, o que é pior, ser apontada como clandestina ou de outro alvo, pois não informa o telefone monitorado. A identificação de qual linha se tratava somente foi possível em razão do investigador já conhecer a voz dos interlocutores, o que é insuficiente para, como prova processual, identificar a linha monitorada. Na mesma página, exemplos da operadora Vivo, que continua utilizando a LPCD para transmissão dos dados, por meio da qual são informados todos os dados da ligação, como pode ser visto, por exemplo, às 20h28m (fls. 84/85).

(...)

Não se justifica a alegação da impetrante que o acesso da polícia a comandos que permitam, em tese, a localização do sinal de determinado celular, geraria um descontrole onde a polícia teria acesso indiscriminado a quaisquer dados referentes à localização de sinais.

Sobre tal assertiva encaminho a Vossa Excelência, em anexo, manifestação técnica da Polícia Federal, as quais foram obtidas junto ao senhor Valdecir José Bedin, proprietário da empresa Eltrônica Soft Ltda, especialista na matéria que desenvolveu o chamado sistema bedin, para o qual o fabricante do Vigia disse que o seu produto é compatível.

Em sua peça inicial alega a impetrante que este Juízo impetrado “não se dignou de esclarecer porque”... o Sistema Vigia não atende aos interesses das investigações”, informação essa que, embora importantíssima, *nunca foi dada à Impetrante, ... nem quando os representantes da Impetrante estiveram pessoalmente com o impetrado [grifo no original]”*

Sobre essa assertiva, a única informação que tenho a prestar é que se trata de lamentável falta de lealdade processual, permeada de mentira vergonhosa para uma empresa do porte da Impetrante.

Com efeito, há muito a Claro/Americel está ciente que o Sistema Vigia não repassa em tempo real as informações sobre as linhas monitoradas, o que já lhe foi explicitado em diversos expedien-

tes oriundos deste juízo, podendo citar o Ofício 257/2004-SJ (cópia em anexo).

Essa ciência é confirmada pela Operadora ao responder o expediente, quando solicita, por intermédio do Ofício RO.JU-1915/2004 (cópia anexa), maiores esclarecimentos, pois, segundo ela, o Vígia já disponibiliza as informações em tempo real.

Ora, se assim é, não é moral nem ético vir a Impetrante agora dizer que não sabe quais problemas o Vígia está apresentando, até porque a autoridade policial — e isso a Coordenadora Jurídica da Claro-CO, Dra. Ana Paula de Freitas Linhares, não vai negar — manteve diversos contatos solicitando correção dessa deficiência.

Outro fato deixa evidente ser característica da Operadora faltar com a verdade no trato de questões oficiais.

Por intermédio do mesmo Ofício RO.JU-1915/2004, informou a empresa Claro/Americel que a *LPCD não pode ser utilizada para transmissão de dados na tecnologia GSM*. Por oportuno impen- de transcrever alguns excertos da correspondência:

(...)

“Ocorre que a referida solução tecnológica correspondente à Linha Privativa *somente encontra-se disponível em relação à tecnologia TDMA*, portanto, com o início das Operações pela Claro em relação à — tecnologia GSM fez-se necessário que esta Operadora buscasse uma solução para atender também na tecnologia GSM com relação ao fornecimento dos dados referentes às ligações realizadas e localização do telefone monitorado, o que efetivamente foi feito.”

(...)

Portanto, o novo sistema utilização pela Operadora denominado Vígia, veio a substituir a antiga Linha Privativa, disponibilizando além dos dados anteriormente disponibilizados por esta, outros dados essenciais às investigações realizadas e que atualmente também são objeto de autorização pelo Juízo competente quando da emissão das Autorizações e Alvarás Judiciais, tanto na tecnológica TDMA quanto nas tecnologia GSM.

Dessa forma, considerando que o atual sistema atende todas as determinações do Juízo com relação à quebra de sigilo de áudio e dados, e ainda, *tendo sido a Linha Privativa desconectada por não atender à demanda com relação às tecnologias disponíveis na Operadora*, entendemos que a referida alteração do atual sistema, mais moderno e atualizado tecnologicamente, por um sistema obsoleto não viria a atender as solicitações atualmente realizadas perante à Operadora no que tange a quebra de sigilo, *uma vez que os Sistemas não operam concomitantemente*.

*Cabe esclarecer que a Linha Privativa ora requisitada possibilitará o acesso às informações tão somente em relação à tecnologia TDMA... [grifei]*

A afirmação de que a LPCD somente possibilita o acesso às informações em relação à tecnologia celular TDMA não é verdadeira.

Tanto assim que ao ser advertida que a empresa Tim do Brasil já disponibiliza a LPCD para a tecnologia GSM (informações dadas pela autoridade policial), a Impetrante mudou a direção do seu discurso, centrando suas alegações agora em pretensão acesso indiscriminado da Polícia Federal a todos e quaisquer dados referentes à localização de quaisquer de suas linhas.

Esse novo discurso foi trazido pela Impetrante em reunião mantida na sede deste Juízo com a Polícia Federal e a Coordenadora Jurídica da Claro-CO, Ana Paula de Freitas Linhares, e o Gerente de Comutação e Plataformas da Claro, Gutemberg Guilherme de Araújo, quando então mais uma vez Ihes foram apresentadas as deficiências do Vígia e as dificuldades de cumprimento das ordens judiciais junto à empresa em questão.

Referida reunião se prolongou por mais de três horas, quando todos os pontos referentes ao monitoramento e às características do Vígia foram debatidos por técnicos da Polícia Federal e o engenheiro Gutemberg Guilherme de Araújo. Desse debate participou ativamente a Dra. Ana Paula de Freitas Linhares, valendo o registro que ela, apesar de não assinar o petítório do writ em questão, foi quem substabeleceu poderes para o mister ao causídico que o firma. Portanto, não poderia faltar com a verdade e dizer que não sabe em que aspecto o Vígia não está atendendo aos interesses da investigação.

O que também se observa do expediente é que o Sistema Vígia foi uma opção exclusiva da Impetrante — muito provavelmente visando diminuir custos operacionais — que se serviu da presunção que o mesmo atenderia às necessidades complexas de uma investigação altamente dependente da precisão do sistema de monitoramento.

Por isso tudo, Excelência, lamentável que a Impetrante, por seus representantes, se valha de informação falsa em suas correspondências e petições dirigidas ao Poder Judiciário, visando com isso levar este Juízo e essa E. Corte a erro sobre questão técnica e fática.

Faço questão de registrar que durante a citada reunião os representantes da Claro/Americel sugeriram a adequação do Sistema Vígia, de forma que o atraso no repasse das informações fosse corrigido. No entanto, foi dito que tais ajustes depen-

deriam do responsável pelo desenvolvimento do Vígia, a Suntech, mesma empresa que elaborou o parecer técnico que acompanha a inicial do Mandado de Segurança.

Na ocasião deixei bem claro que tais adequações seriam bem vindas — com o que, aliás, não se opôs a Polícia Federal. Entretanto, estabeleci que até o efetivo ajuste do Vígia os dados da linha monitorada deveriam ser repassados por intermédio da LPCD, mantendo, assim, a ordem já proferida.

Se o interesse da impetrante fosse o de efetivamente proporcionar meios — e não dificuldades — para os trabalhos policiais, já teria iniciado a busca dessa adequação. Mas não. Até a presente data nada foi feito a esse respeito, permanecendo os trabalhos prejudicados pela relutância injustificada da Operadora.

Sobre o dever da Operadora de assegurar a inviolabilidade do sigilo das comunicações, trazido pela Impetrante em sua defesa, deveria ela ter tido o cuidado de citar não só o art. 79 da Resolução Anatel 316/2004, mas também o art. 80, que estabelece que ela igualmente tem a obrigação de “tornar disponíveis os recursos tecnológicos e facilidades necessários à suspensão de sigilo de telecomunicações determinada por autoridade judiciária ... e deve manter controle permanente de todos os casos, acompanhando a efetivação dessas determinações, e zelando para que elas sejam cumpridas dentro dos limites autorizados” (art. 80).

Ainda, “os equipamentos e programas necessários à suspensão do sigilo devem integrar a plataforma da Prestadora de SMP, que deve arcar com os respectivos custos” (§1º do art. 80).

Resulta evidente que os recursos tecnológicos devem ser disponibilizados pela Operadora com os olhos voltados para o interesse público, de modo que a opção por determinado equipamento e programa seja feita sempre diante da tecnologia e facilidades disponíveis. Eventuais deficiências ou atraso tecnológico devem ser imediatamente corrigidos pela prestadora.

De outra parte, é dever da Operadora cuidar para que as ordens judiciais sejam cumpridas rigorosamente dentro dos limites autorizados, sendo sua a incumbência de realizar constantes auditorias e verificações no sistema. Não pode a Operadora, simplesmente para facilitar o seu trabalho, pretender se abster do dever de acompanhar as diligências mediante a oposição de dificuldades superáveis com recursos tecnológicos já disponíveis (fls. 87/90).

Mediante decisão de fls. 107/110, indeferiu-se a medida liminar postulada.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 115/117, opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho:* — Pretende a impetrante, por meio do presente mandado de segurança, impugnar ordem judicial proveniente do MM. Juízo Federal da 5ª Vara da SJ/GO, que, em resumo, determinou que a ora impetrante disponibilizasse a extensão da LPCD – Linha Privada de Comunicação de Dados — para os telefones com tecnologia GSM (Global System for Mobile Communications), com fim de facilitar investigações criminais.

Sua irrisignação funda-se no fato de que, na forma como ordenada pela autoridade impetrada, “(...) traria gravíssimos riscos à segurança interna e externa da rede da Impetrante, comprometendo a inviolabilidade do sigilo das comunicações feitas através dela, cuja preservação cabe à Impetrante (...)” (fl. 5).

Não se verifica direito líquido e certo a amparar a impetrante, que, com vistas a otimizar seus serviços, procedeu à mudança da tecnologia para GSM e adotou o software Vígia sem preocupar-se com o interesse público à informação em tempo real — sincronismo entre áudio e dados.

A confirmar a ausência de ato ilegal, observe-se a assertiva da impetrante de que a medida hostilizada “(...) demonstrou-se que a forma de operação ordenada pelo impetrado é que acarretaria a vulnerabilidade da rede (...)” (fl. 8). No entanto, como bem delimitou o MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, em suas informações de fls. 84/91, que “(...) há muito a Claro/Americel está ciente que o sistema Vígia não repassa em tempo real as informações sobre as linhas monitoradas, o que já lhe foi explicitado em diversos expedientes oriundos deste juízo (...)” (fl. 88). Inclusive, assevera a d. autoridade impetrada que “(...) o sistema Vígia foi uma opção exclusiva da Impe-

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia.



*trante — muito provavelmente visando diminuir custos operacionais — que se serviu da presunção que o mesmo atenderia às necessidades complexas de uma investigação altamente dependente da precisão do sistema de monitoramento”* (fl. 89).

E mais, conforme asseverou o MM. Juízo impetrado “*A sede procedimental onde autorizada a quebra de sigilo telefônico investiga extenso grupo criminoso organizado para o tráfico internacional de entorpecentes. Como é sabido, o combate ao crime organizado exige o acompanhamento de todos os passos dos integrantes do grupo, com a repressão imediata das condutas, tudo visando impedir a propagação de delito e possibilitar a prisão em flagrante dos agentes delituosos”* (fl. 84), circunstância que impõe “*(...) o monitoramento das linhas telefônicas utilizadas pelas pessoas investigadas seja realizado em tempo real, com acesso instantâneo às informações geradas pelo deslocamento do aparelho e às chamadas originadas ou recebidas”* (fls. 84/85).

Nesse aspecto, tenho que as providências determinadas pelo MM. Juízo impetrado são cabíveis em razão de facilitar as investigações policiais, principalmente, por se tratar de crime organizado de tráfico internacional de entorpecentes.

Assim, na contramão da eficiência nas investigações policiais, o sistema software Vigia, adotado pela Claro, não envia os dados diretamente à Polícia Federal pela linha privada de comunicação de dados — LPCD, mas por meio da *internet*, o que ocasiona “*(...) um significativo atraso na disponibilização dos dados, o que prejudica não só o sincronismo do programa, como, até mesmo, eventual prova pericial”*, conforme asseverou o MM. Juiz Federal impetrado (...), às fl. 85, além “*(...) de não permitir a localização do telefone monitorado objeto da autorização judicial (...)*” (fl. 102).

Chama atenção, ainda, as seguintes informações prestadas pelo MM. Juízo Federal impetrado, que considero relevantes para solução da questão, *verbis*:

Em algumas unidades da Polícia Federal está em funcionamento, dentre outros, o software SisSoft2002, que, no conjunto de suas funções, realiza o sincronismo entre dados e áudio automaticamente, mecanismo relevante em uma eventual perícia para vincular a informação dos dados e o respectivo áudio. Todavia, para que o software processe a informação é preciso que a concessionária disponibilize os dados diretamente ao software em tempo real.

Nas várias páginas do SisSoft2002 são fornecidas algumas informações relevantes para investigação, tais como data, hora de início e duração, nome do alvo monitorado e os respectivos telefone de contato, localização do contato e tipo de chamada (efetuada ou recebida), etc. Todavia, de nada adianta a ferramenta se a concessionária não disponibiliza os dados simultaneamente com o áudio, como outrora acontecia por intermédio da LPCD (fl. 85).

Nessa dicção, entendo ser indispensável que a empresa Claro/Americel cumpra a determinação judicial, para que não haja prejuízos no monitoramento das linhas telefônicas utilizadas pelas pessoas investigadas.

Ressalte-se, ainda, por sua pertinência, o parecer do d. representante do Ministério Público Federal, Dr. José Osterno Campos de Araújo, quando asseverou, *verbis*:

(...)

De efeito, não assiste razão à impetrante, seja por inconsistentes suas alegações, seja pelo fato relevante de que outras empresas do mesmo ramo da telefonia não têm tido dificuldades em cumprir ordens judiciais semelhantes do Juízo impetrado, as quais, se não cumpridas no molde exigido no decisório alvejado, findariam por impingir sérios entraves a persecuções penais de crimes de grave potencial ofensivo ao tecido social (fl. 116).

Por fim, o perigo a que se reporta a impetrante, como fundamento de sua recusa, vem embasado em parecer técnico da própria empresa fornecedora do software Vigia, logo a conclusão nele se presta como prova pré-constituída a amparar o direito vindicado.

Isto posto, *denego* a ordem.

Custas na forma da lei. Sem honorários advocatícios (Súmulas 512, do eg. Supremo Tribunal Federal e 105, do eg. Superior Tribunal de Justiça).

Ê o voto.

## Pedido de Vista

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Senhor Presidente, depois dessa discussão, estou em dúvida se esse sistema que a Americel está contestando realmente dá lugar a que haja uma quebra de sigilo ampla. A polícia pode dizer que vai monitorar “X” telefones, mas ela tem em mãos, vamos dizer, um instrumento para



bisbilhotar a vida de qualquer pessoa, com autorização judicial.

Assim sendo, peço vista.

## Voto-Vista

*Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — 1 Após o voto da eminente Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho, relatora, pedi vista para melhor examinar a questão.

2 A Americel S/A, prestadora autorizada do Serviço Móvel Pessoal – SMP impetra mandado de segurança contra decisão do MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, José Godinho Filho (fls. 73/74), que determinou à empresa Claro no Centro-Oeste a instalação de *Link LPCD* (Linha Privada de Comunicação de Dados) para a tecnologia *GSM* (Global System for Mobile Communications), a fim de interligar a Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado de Goiás à Central da Claro, em Goiânia, Goiás, *para poder facilitar as investigações policiais*.

Alega a impetrante que, da forma como ordenada pela autoridade coatora, haverá “gravíssimos riscos à segurança interna e externa da rede da impetrante, comprometendo a inviolabilidade do sigilo das comunicações feitas através dela, cuja preservação” lhe cabe.

3 A culta relatora assim se manifestou (fls. 129/130):

(...) após analisar as provas produzidas, não confiro direito líquido e certo a amparar a impetrante, que, com vistas a otimizar seus serviços, procedeu à mudança da tecnologia para GSM e adotou o software *Vigia* sem preocupar-se com o interesse público à informação em tempo real — sincronismo entre áudio e dados.

Como é sabido, o mandado de segurança exige prova pré-constituída, porquanto não admite dilação probatória.

No caso, a controvérsia envolve debate de claros contornos técnicos, estando a demandar produção de prova pericial para demonstração do alegado. No entanto, a impetrante, que se utiliza de vários argumentos técnicos, utilizou a ação de estreito espectro probatório visando atacar ato judicial adotado genericamente para todas operadoras de telefonia, sem questionamentos quanto à alegada quebra de segurança. Para demonstrar o fato alegado, juntou apenas parecer fornecido pela

própria empresa que desenvolveu o software *Vigia*, considerado ineficiente pela autoridade coatora.

Nada mais trouxe a demonstrar o alegado, deixando de desincumbir do ônus que lhe competia.

É certo que poderia ter buscado a via ordinária para alcançar a pretensão almejada, quando então seria possível produção de prova pericial para exato deslinde da questão. Mas, optou pela ação mandamental sem preocupar-se com a prova do alegado.

Por outro lado, a confirmar a ausência de ato ilegal, observe-se a assertiva da impetrante de que a medida hostilizada “(...) demonstrou-se que a forma de operação ordenada pelo impetrado é que acarretaria a vulnerabilidade da rede (...)” (fl. 8). No entanto, como bem delimitou o MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, em suas informações de fls. 84/91, que “(...) há muito a Claro/Americel está ciente que o sistema *Vigia* não repassa em tempo real as informações sobre as linhas monitoradas, o que já lhe foi explicitado em diversos expedientes oriundos deste juízo (...)” (fl. 88). Inclusive, assevera a d. autoridade impetrada que “(...) o sistema *Vigia* foi uma opção exclusiva da Impetrante — muito provavelmente visando diminuir custos operacionais — que se serviu da presunção que o mesmo atenderia às necessidades complexas de uma investigação altamente dependente da precisão do sistema de monitoramento” (fl. 89).

E mais, conforme asseverou o MM. Juízo impetrado “A sede procedimental onde autorizada a quebra de sigilo telefônico investiga extenso grupo criminoso organizado para o tráfico internacional de entorpecentes. Como é sabido, o combate ao crime organizado exige o acompanhamento de todos os passos dos integrantes do grupo, com a repressão imediata das condutas, tudo visando impedir a propagação de delito e possibilitar a prisão em flagrante dos agentes delituosos” (fl. 84), circunstância que impõe “(...) o monitoramento das linhas telefônicas utilizadas pelas pessoas investigadas seja realizado em tempo real, com acesso instantâneo às informações geradas pelo deslocamento do aparelho e às chamadas originadas ou recebidas” (fls. 84/85).

Assim, na contramão da eficiência nas investigações policiais, o sistema software *Vigia*, adotado pela Claro, não envia os dados diretamente à Polícia Federal pela linha privada de comunicação de dados – LPCD, mas por meio da internet, o que ocasiona “(...) um significativo atraso na disponibilização dos dados, o que prejudica não só o sincronismo do programa, como, até mesmo, eventual prova pericial”, conforme asseverou o MM. Juiz Federal impetrado (...), às fl. 85, além “(...) de não permitir a localização do telefone monitorado objeto da autorização judicial (...)” (fl. 102)

4 Examinei os autos e passo a proferir o voto-vista.

#### 4.1 *Interceptação telefônica. Conceito*

A *interceptação* é entendida como a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa, sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores, e não no seu sentido natural de interromper o curso originário. Difere da *gravação clandestina*, que é a captação e gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica, feita por *um dos interlocutores*, sem o conhecimento dos demais. A *escuta*, por sua vez, é a interceptação da conversa telefônica por um terceiro, com o assentimento de um dos interlocutores.

Hoje em dia, a interceptação é *praticamente* o único meio de formação de prova no curso da persecução policial, no que diz respeito à materialidade e à autoria de determinados delitos. É quase a que se resume o serviço de inteligência da polícia. Com base nas escutas telefônicas, é que entra, na verdade, o serviço de inteligência, mapeando o território e o tomando conhecimento dos componentes da ação criminosa. Com esses dados, a logística é montada com horários, número de policiais, armamento e recursos ideais para a missão.

#### 4.2 *O Sistema Vigia de interceptações telefônicas*

O *Sistema Vigia* foi criado para o Gerenciamento dos Processos de Interceptação Legal e Quebra de Sigilo Telefônico de uma Operadora. Proporciona total controle sobre as ações a serem tomadas.

Pelo Sistema Vigia, os pedidos de interceptação telefônica determinados pelo juiz, entram por um único lugar, passam pelo departamento jurídico e comandam a interceptação, que é entregue sob a forma de voz e texto.

Sistema Vigia é uma ferramenta completa para o gerenciamento dos processos de interceptação legal e quebra de sigilo telefônico dentro de uma operadora. Hoje o Vigia é utilizado em pelas operadoras GSM do Brasil: TIM, Claro, Oi e Brasil Telecom. Foi criado para suprir as necessidades das operadoras em seu relacionamento com os juizes. É um sistema que automatiza todo o processo de interceptação legal e permite o relacionamento da operadora com Poder Judiciário.

Atualmente, calcula-se que, no Brasil, mais de cinco mil aparelhos telefônicos móveis estão sendo monitorados legalmente pelas polícias, federal e esta-

dual. Quando uma operadora de telefonia recebe um mandado judicial para uma nova interceptação, o Sistema Vigia, desenvolvido pela Suntech, entra em ação.

Sistema Vigia desenvolvido pela Suntech é utilizado pelas operadoras de telefonia fixa e móvel, podendo interceptar as ligações em horas programadas de centenas de linhas em todo o país *ao mesmo tempo*.

#### 4.3 *O Sistema de Interceptação Telefônica Guardiã*

O *Guardião* nada mais é do que um software<sup>1</sup> que permite escutar, redirecionar, gravar e armazenar conversações por meio de telefonia fixa ou móvel, com simultaneidade, por meio de inúmeros canais disponíveis.

Esse sistema permite identificar a antena retransmissora do sinal telefônico, a Estação Rádio-Base – ERB em que está operando o número interceptado, possibilitando análise geográfica da área de atuação dos suspeitos e, se veloz a canalização da informação aos órgãos operacionais, além de identificar as pessoas.

O Guardiã nada mais que um software utilizado pelas polícias, federal ou estadual para interceptar sinais por determinação dos juizes. O sistema da Dígito faz todo o procedimento de gravação e cruzamento de dados.

#### 4.4 *Linha Privada de Comunicação de Dados – LPCD*

A Linha Privada de Comunicação de Dados – LPCD é um canal de comunicação privativo que pode ser estabelecido entre dois locais. Em fim, a LPCD não passa pela central telefônica como o acesso da rede DIAL UP (discada) além de ter velocidade de tráfego bem maior devido a qualidade da linha (nível baixo de ruído psfométrico, ruído impulsivo, diafonia e outros). O sistema é *on line*<sup>2</sup>

#### 4.5 *Sistema Global para Comunicações Móveis – GSM*

O GSM – (Sistema Global para Comunicações Móveis, ou, na língua inglesa Global System for Mobile

<sup>1</sup> *Software* livre é qualquer que pode ser usado, copiado, estudado, modificado e redistribuído com algumas restrições.

<sup>2</sup> *On line*: conexão à rede, com coleta e distribuição de informações por redes de computadores, permitindo a *instantaneidade* das interceptações. *O envio dos dados gerados pelos terminais interceptados se dá em tempo real.*

Communications) é um sistema em alta velocidade. A qualidade do serviço pode ser caracterizada por fatores como a contigüidade da cobertura, facilidade de acesso à rede, qualidade da conversação e número de chamadas derrubadas.

#### 4.6 A escuta ambiental

A escuta e gravação ambiental se referem à conversa não telefônica (conversa pessoal).

É utilizado um módulo GSM que transmite ruídos e conversas do local onde ele for colocado, com absoluta clareza.

O microfone supersensível do aparelho permite a escuta dos mais ínfimos ruídos, sem preocupação com a distância e a autonomia já que a bateria fornecida funciona durante uma semana em *stand by* e muitas horas em escuta. Ligando o aparelho, pode-se usá-lo por tempo indeterminado sem se preocupar com a alimentação. Muito simples de usar, o transmissor funciona com a ajuda de um *chip* de telefone celular a ser inserido no aparelho. Para escutar as atividades do local, não se precisa de receptor. Escuta-se de qualquer telefone, seja fixo seja celular.

#### 4.7 O uso das interceptações e os abusos da Polícia

As gravações legais de conversas telefônicas valem, em princípio, como prova criminal e têm sido cada vez mais utilizadas pelas autoridades policiais nas investigações.

A evolução da tecnologia favorece a investigação. Os equipamentos disponíveis hoje em dia têm capacidade de vigiar maior número de linhas, dando, no entanto, também lugar a abusos e, conseqüentemente, à prática de crimes, como o previsto no art. 10 da Lei 9.296, de 24/07/1996<sup>3</sup>, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal; no art. 4º, *h*<sup>4</sup>, que regula o direito de representação e o processo

<sup>3</sup>Lei 9.296, de 24/07/1996. Art. 10. *Constitui crime* realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

<sup>4</sup>Lei 4.898, de 09/12/1965. Art. 4º *Constitui também abuso de autoridade: (...) h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal.* Art. 6º. *O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.* § 1º *A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em: a) advertência; b) repreensão;*

de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.

Os vazamentos das interceptações, a maioria das vezes pela própria Polícia (algumas vezes pelo Ministério Público e outras por juízes), propiciando que, praticamente de modo imediato, os meios de comunicação tenham conhecimento dos diálogos, possibilitando que as televisões os reproduzam, de maneira fria e insossa e muitas vezes incompleta, retiradas de um texto que tendo um outro significado.

Os vazamentos, como as prisões *hollywoodianas*, algumas utilizadas desnecessariamente em homens sem antecedentes criminais, não deixam de ser ameaça aos direitos constitucionais do cidadão.

Esses abusos levaram o eminente Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, reconhecido conhecedor profundo do direito constitucional, a classificar como “canalhice” a inclusão de seu nome numa lista de suspeitos *vazada* pela Polícia Federal. Segundo o ilustre Ministro, embora soubesse de que se tratava de um homônimo, a polícia fez o vazamento de propósito, para manifestar descontentamento em relação aos *habeas-corpus* concedidos pelo STF a alguns presos pela Operação Navalha.

Esses abusos, também, levaram que o Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR e Procurador Regional da República, Antônio Carlos Alpino Bigonha, se manifestasse de forma veemente pelo controle externo da administração da Polícia pelo Ministério Público. “O controle externo é um fator de modernização e avanço para a polícia”, afirmou.

---

*c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens; d) destituição de função; e) demissão; f) demissão, a bem do serviço público.* § 2º *A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.* § 3º *A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em: a) multa de cem a cinco mil cruzeiros; b) detenção por dez dias a seis meses; c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até de três anos.* § 4º *As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.* § 5º *Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.*

Os abusos e má-fé nas transcrições dos diálogos, com as interpretações, que raiam à imaginação estu- penda do agente policial são grandes. As distorções dos diálogos chegam ao absurdo. Os cidadãos de bem, que tiveram seu nome *apenas citado* em conversas de suspeitos da prática de crimes, passam a ser, no entender do agente policial *degravador* e da autoridade policial, também um envolvido, um criminoso, tendo seu nome, no dia seguinte, enxovalhado pela imprensa, devido ao vazamento praticado pela própria polícia. A desconfiança dá lugar a indiciamento.

As *escutas*, as gravações clandestinas, têm servido para vários tipos de espionagem política, comercial, industrial e criminal. O abuso é grande. Na própria polícia, o subordinado escuta as conversas dos seus chefes, dos delegados, tomando conhecimento das pomposas *operações*; dos jornalistas; dos políticos; do amigo e do inimigo. Ninguém escapa. O uso do telefone passou, assim, a ser temido, seja pelo cidadão de bem seja dos que vivem na criminalidade. O cidadão é Vigiado a todo tempo. O Estado de Hitler perde para o Estado Policial de hoje. O “Grande Irmão” está dominando tudo, acabando com a privacidade, e o que é pior com o consentimento do cidadão, em troca de uma pretensa segurança. Os “porcos” de George Orwell, se não dermos um *basta*, acabarão dominando a democracia.

Este estado de coisas lembra a ditadura de Hitler, de Mussolini e de tantos outros ditadores. Vivemos uma época de terror. Já se diz que estamos num clima do Terceiro Reich. *Heil Hitler!* Todos, homens de bem estão se sentindo bisbilhotados pela Polícia Federal. *A continuarmos*, assim, não demorará que teremos a criação da SS *Schutzstaffel*. O telefone está a parecer invenção do diabo. Todos o temem. Temem as ilações errôneas, as imaginações absurdas e suposições estarrecedoras do agente policial *degravador* e da autoridade policial. A imaginação do policial voa alto.

#### 5 A pretensão da Polícia e a complacência do juiz

Como deseja a Polícia Federal e como determinou o MM. Juiz *a quo* a interceptação não será mais por linha interceptada, como é pelo Sistema Vigia, ou seja, autorização judicial para cada linha determinada.

Atente-se que o parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296, de 24/07/1996, dispõe que:

Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a *indicação e qualificação dos investigados*, sal-

vo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (destaquei).

Trata-se de uma autêntica devassa na vida íntima do cidadão.

Na verdade, o juiz, como disse o Juiz Mário César, dá um *cheque em branco*. Perde total controle de qual a linha que está determinando a interceptação.

Ter-se-ia a *quebra indiscriminada* de sigilo telefônico, em prol da segurança. Os direitos individuais de privacidade e intimidade, assegurados em norma pétreia da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, X), a Constituição denominada — que ironia — *Cidadã*, pelo grande jurista e Deputado Federal Ulisses Guimarães, seu pai, ficam reduzidos a nada.

Observe-se que o Superior Tribunal de Justiça, pela sua Quinta Turma, ao julgar o RHC 13274/RS, re-lator Ministro Gilson Dipp, em sessão de 19/08/2003 (DJ 29/09/03), entendeu que:

VIII – O Juiz, ao determinar a escuta telefônica, *o faz com relação às pessoas envolvidas, re-ferindo os números de telefones*, não cabendo à autoridade policial fazer qualquer tipo de “filtragem” (destaquei).

Em 04/11/1950, os ministros de quinze países europeus, reunidos em Roma, assinaram a Convenção Européia dos Direitos do Homem — *Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais* — que, com um alcance sem precedentes, constitui um marco na evolução do Direito Internacional, estabelecendo no art. 8º que:

1 – Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2 – Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Pelo sistema atual, a autoridade não tem amplo acesso a varias linhas telefônicas, além da que pretende a interceptação. Para tanto recebe uma senha à linha interceptada, recebe o áudio das chamadas *monitoradas*, tendo informações da data e hora da chamada,



do identificador numérico da chamada *monitorada*, do móvel *monitorado*, da identificação do número em contado com o móvel *monitorado* e, por fim, da *rota* de entrada e de saída da interceptação. A companhia telefônica, em face do Sistema Vigiá, tem, assim, possibilidade de fazer o acompanhamento e o controle da interceptação, evitando que outras linhas telefônicas sejam interceptadas sem autorização judicial. Cuida, deste modo, da inviolabilidade do sigilo das comunicações, como determinado pelo art. 79 da Resolução 316, 2004, da Anatel, que lhe impõe tal responsabilidade.

Em face do sistema que lhe impõe a autoridade coatora, que obrigando-a a implantação de um *link*<sup>5</sup> permitido será à autoridade policial interceptar *qualquer* linha telefônica, sem controle da empresa telefônica, que é legalmente responsável pela inviolabilidade e confidencialidade do sigilo telefônico.

Pelo jeito, teremos uma sociedade rigorosamente Vigiada.

6 “*Jamais ceder!*”.

Winston Churchill conclamou, em 29/10/1941, os ingleses a resistirem a invasão alemã, proclamando a célebre expressão: “Jamais ceder!”. Também, nós juízes jamais deveremos ceder à pressão da polícia para decretar, desnecessariamente, quebra do sigilo telefônico, prisões temporárias, prisões preventivas, uso abusivo de algemas. O Poder Judiciário tem que se manter firme, jamais ceder, jamais recuar. O cidadão precisa da Justiça!

O Ministro Gilson Dipp<sup>6</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, foi claro e preciso ao dizer que cabe ao juiz tomar os devidos cuidados para que haja um determinado grau de cautela na quebra dos sigilos telefônico, bancário e fiscal e na decretação das prisões temporárias e preventivas.

Como disse Luiz Flávio Borges D’urso<sup>7</sup>:

<sup>5</sup> *Link*: ligação, elo, que permite, mediante uma expressão ou imagem, o acesso imediato à outra parte de um mesmo ou de outro documento ou sítio (*site*).

<sup>6</sup> Cf. Revista Consultor Jurídico, 29/05/2007. *Falta de limites*. Reportagem de Lilian Matsuura.

<sup>7</sup> Cf. Revista Consultor Jurídico, 29/05/2007. *Falta de limites*. Reportagem de Lilian Matsuura.

É inaceitável a decretação de prisões temporárias a granel, o desfile de presos algemados como troféus e sua exibição nos telejornais nacionais.

O novo Presidente da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso, Ricardo Nascimento<sup>8</sup>, revelou que, quando da deflagração da Operação Têmis:

Havia um clima de revolta e medo de todos os magistrados.

Ao conceder, em 29/05/2007, liminar no HC 91.514-1/BA, impetrado em favor do sócio-diretor da empresa Gautama, Zuleido Soares de Veras (Operação Navalha) contra ato da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon, ressaltou o Ministro Gilmar Mendes:

A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual-penal, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito.

Acentua, ainda, o ínclito Ministro, nessa mesma decisão:

<sup>8</sup> Cf. Revista Consultor Jurídico, 29/05/2007. *Falta de limites*. Reportagem de Lilian Matsuura.



(...) que é a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual — aqui merece destaque a proteção judicial efetiva — que permite distinguir o Estado de Direito do Estado policial! (destaques no original).

Por fim, registra Sua Excelência que:

A idéia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garantir dos direitos fundamentais. Por conseqüência, é necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões preventivas.

Na ordem constitucional pátria, os direitos fundamentais devem apresentar aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º).

A realização dessas prerrogativas não pode nem deve sujeitar-se unilateralmente ao arbítrio daqueles que conduzem investigação de caráter criminal.

Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos.

### 7 O direito líquido e certo da impetrante. Desnecessidade de dilação probatória

O art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (Assembléia Geral das Nações Unidas em 10/12/1948) proclama:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

E a nossa Constituição, em norma pétrea, estabelece que:

Art. 5º, X – são invioláveis a *intimidade, a vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (destaquei).

Antes, no art. 1º, III, proclama:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – *a dignidade da pessoa humana* (destaquei).

Maruce Hauriou<sup>9</sup> afirma:

*En materia jurídica es preciso buscar siempre garantías y seguridades. No basta que un derecho sea reconocido y declarado; es necesario garantizarlo, porque llegarán ocasiones en que será discutido y violado.*

Temos que respeitar e honrar a nossa Constituição Federal, lembrando as palavras de Ulisses Guimarães, cognominado *Senhor Constituinte* — título que o celebrizou, pronunciadas em 27/07/1988:

Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada. O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo. Viva a Constituição de 1988! Viva a vida que ela vai defender e semear!

É direito líquido e certo da impetrante de assegurar a inviolabilidade e a confidencialidade das comunicações telefônicas em toda sua rede, como disposto no Capítulo III, *Do sigilo*, art. 79 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP, anexo da Resolução 316, de 27/09/2002, da Anatel:

A prestadora é responsável pela inviolabilidade do sigilo das comunicações em toda a sua rede, bem como pela confidencialidade dos dados e informações, empregando meios e tecnologia que assegurem este direito dos Usuários.

Parágrafo único. As prestadoras devem utilizar todos os recursos tecnológicos para assegurar a inviolabilidade do sigilo das comunicações nos enlaces radioelétricos entre a Estação Rádio Base e a Estação Móvel.

8. *Ante o exposto, data venia, dirirjo* da douta Relatora, Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho, e *concedo a segurança impetrada pela Americel S/A* para impedir que lhe seja imposto colocar um *link* à disposição da Polícia Federal, com a finalidade de ter acesso direto à central da impetrante, sem a determinação específica da linha telefônica interceptada; e, deste modo, *fica cassada* a decisão judicial, ora impugnada, que determinou a disponibilização da LPCD (Linha Privada de Comunicação de Dados) para os telefones com tecnologia GSM (Sistema Global para Comunicações Móveis).

<sup>9</sup>HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones: Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, S.L., 2003, p. 130.

Sem custas e sem honorários.

9 É o voto.

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: —* Senhor Presidente, de início verifico, pelo que foi declinado no voto do eminente Desembargador Tourinho Neto, que o direito líquido e certo que a impetrante está buscando proteger é o direito à correta prestação de seu serviço, que se traduz no direito ao cumprimento de seu dever perante a controladora do serviço de comunicações, uma vez que, na forma regulamentar, compete à prestadora desse serviço zelar pelo sigilo dos dados de sua clientela. Então, é o direito líquido e certo ao cumprimento de seu dever, porque, se esse dever vier a ser transgredido, gerará, conseqüentemente, prejuízos, danos à prestadora do serviço, que, a depender da gravidade da infração ao seu dever, poderá até sofrer a cessação de suas atividades com a cassação da concessão que lhe cabe.

Ora, o direito líquido e certo, entendo eu, está, no caso, bem delineado. E pergunta-se: esse direito líquido e certo deve, no caso, sofrer a restrição que lhe está sendo imposta, pelo que percebo, pela decisão judicial? Os direitos e garantias individuais constituem cláusula pétrea da Constituição. O sigilo das comunicações constitui cláusula pétrea da Constituição e só pode ser modificado ou quebrado nas hipóteses especialíssimas que a Constituição contempla — para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal mediante autorização do juiz. E para que essa garantia seja efetivada é preciso que o controle seja não da polícia, mas do juiz que a autorizou, porque ao juiz é que cabe, dentro do sistema constitucional, admitir a restrição a esse direito que a Constituição assegura.

O reclamo que se faz sob a ótica da polícia é de que, pela necessidade da atualização dos métodos de investigação, caber-lhe-ia, aprimorando o seu serviço, buscar a informação em tempo real. Essa busca da informação em tempo real abre, como uma primeira brecha ao sistema de garantias da Constituição, a possibilidade de que, em vez de uma quebra de sigilo determinada, envolvendo comunicações telefônicas, se tenha acesso a todo um universo de usuários do serviço. E o que significa o tempo real? Apenas a agilidade da informação? Não, porque antevejo a possibilidade do

uso desse sistema, sim, para que a polícia, interessada em determinado resultado da investigação, bisbilhote a vida de quem não tem nada a ver com determinada situação que está sendo investigada e, obtendo a informação em tempo real, corra perante o juiz para conseguir uma autorização para quebra de sigilo de uma outra pessoa que não está envolvida originariamente naquela investigação, em um atropelo à regra da garantia constitucional.

Uma outra possibilidade, que não é aberrante, é a polícia plantar, usando esse sistema, situações que venham a configurar crime e envolver pessoas em relação as quais tenha ela, a polícia, interesse em criar determinadas situações que configurem práticas criminosas. Tudo isso é possível e tudo isso pode ser evitado com essa cautela, de se preservar o que a Constituição outorgou em caráter excepcional.

A pretensão da impetrante é legítima, o seu direito líquido e certo está sendo violado e, em tais circunstâncias, acompanho a divergência, concedendo a segurança.

# Terceira Seção

## Embargos Infringentes em Apelação Cível

1997.35.00.006010-0/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Embargante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Embargado: Antônio Pinheiro Salles

Advogados: Dra. Luciene Barbosa Carrijo e outros

Publicação: DJ 2 de 08/06/2007

## Ementa

*Constitucional. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil do estado. Preso político. Tortura. Direito à indenização. Fixação do valor. Voto divergente. Embargos infringentes. Desprovidimento.*

I – “Diante do princípio da responsabilidade civil objetiva do Estado, com apoio na Teoria do Risco Administrativo, é cabível indenização por dano tanto material, como moral, a anistiado político, a quem foi infligido tratamento que atingiu as suas esferas física e psíquica, resultando, daí, na violação de direitos constitucionalmente garantidos e protegidos (CF, art. 5º, X)”.

II – Valor da indenização, majorado no julgamento da apelação, que se mantém, diante das circunstâncias do caso concreto, em que o autor, ora embargado, foi torturado, ao longo de vários anos, sendo-lhe aplicado tratamento cruel e desumano.

III – Embargos infringentes da União desprovidos.

## Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, vencida a Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 17/04/2007.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Cuida-se de embargos infringentes opostos pela União ao acórdão não-unânime da egrégia Quinta Turma deste Tribunal (fls. 556-609), assim ementado:

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ditadura Militar. Perseguição política, prisão e tortura. Anistia. Danos materiais e morais. Responsabilidade civil objetiva do estado. Relação de causalidade demonstrada. Carência de ação não caracterizada. Não-ocorrência de prescrição. Indenização devida.*

I – Subsiste o interesse processual dos anistiados políticos de ingressar em juízo, objetivando a reparação por dano material, mesmo após o advento da Lei 10.559/2002, que prevê o pagamento de indenização em casos tais. Isso porque o legislador, ao condicionar o pagamento, via administrativa, à aceitação do valor e da forma legalmente estabelecidos, não teve a intenção (nem poderia fazê-lo) de elidir o interesse desses cidadãos de continuar o pleito na via jurisdicional, com o escopo de obter a indenização no valor que consideram devido.

II – É inaplicável o prazo quinquenal previsto no Decreto 20.910/1932 nas ações em que se busca o pagamento de indenização em face de

perseguição política, prisão e tortura durante o regime militar. Nesses casos, que dizem respeito à violação a direitos fundamentais, há de se entender pela imprescritibilidade, por se tratar de ofensa a pilares da República. Noutra perspectiva, em não se admitindo a imprescritibilidade, impõe-se considerar o prazo extintivo mais amplo possível, que, na espécie, será o de vinte anos, previsto no art. 177 do Código Civil vigente à época (CC/1916), a contar da promulgação da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a ilegalidade dos atos praticados no referido período ditatorial (ADCT, art. 8º), e restabeleceu a normalidade institucional do país. Precedentes do STJ e desta Corte.

III – Diante do princípio da responsabilidade civil objetiva do Estado, com apoio na Teoria do Risco Administrativo, é cabível indenização por dano tanto material, como moral, a anistiado político, a quem foi infligido tratamento que atingiu as suas esferas física e psíquica, resultando, daí, na violação de direitos constitucionalmente garantidos e protegidos (CF, art. 5º, X). Assim, comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a atuação estatal, incide a regra prevista no art. 37, § 6º, da CF/1988.

IV – Valor da indenização por danos morais que se eleva, tendo presentes as circunstâncias e peculiaridades da causa.

V – Verba honorária mantida, conforme arbitrada na sentença.

VI – Apelação do autor a que se dá parcial provimento, para majorar o valor da indenização por danos morais.

VII – Apelação da União e remessa oficial improvidas.

Sem maiores argumentos, diz a embargante que pretende a prevalência do voto minoritário, que transcreve na íntegra, da lavra do eminente Desembargador Federal João Batista Moreira, o qual, confirmando a sentença de primeiro grau, limitou o valor da indenização por danos morais ao valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Admitidos os embargos (fl. 677), o embargado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de impugnação, vindo aos autos, à fl. 681, petição do embargado, requerendo prioridade para o julgamento do recurso.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —* Conforme visto do relatório, a divergência cinge-se ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais concedida ao embargado, preso político, que foi torturado durante o regime militar no Brasil.

A sentença (fls. 494-512) julgou procedente o pedido, tendo condenado a ré, ora embargante, a pagar indenização por danos materiais, em valor a ser fixado nos termos da Lei 10.559/2002, e, pelo dano moral, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), além de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ambas as partes apelaram buscando a reforma da sentença.

O Acórdão ora embargado, da lavra do eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus, reformou a sentença, por maioria, dando parcial provimento à apelação do autor, para elevar o valor da indenização por danos morais para R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), ficando vencido o não menos eminente Desembargador Federal João Batista Moreira, que confirmava a sentença, negando provimento às apelações do autor e da União Federal.

Ao proferir seu voto, o relator, Desembargador Federal Fagundes de Deus, assim justificou a majoração do valor da indenização, *in verbis*:

### *Valor da indenização por dano moral*

Quanto ao valor da indenização por dano moral, cumpre notar que inexistente parâmetro legal definido para a sua fixação, devendo ser quantificado segundo os critérios de proporcionalidade, moderação e razoabilidade, submetidos ao prudente arbítrio judicial, com observância das peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso em exame.

Nessa perspectiva, tem-se entendido que o *quantum* da reparação deve levar em consideração, para seu arbitramento, as circunstâncias e peculiaridades da causa, não podendo ser infimo, para não representar uma ausência de sanção efetiva ao

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Selene de Almeida, Maria Isabel Gallotti, Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal César Augusto Bearsi (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira.

ofensor, nem excessivo, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido.

Assim, desejo enfatizar que o grau de suplicio a que o Autor foi submetido, retratado nas provas colhidas, é estarrecedor e causa escrúpulos, quicá até mesmo em pessoa de “sangue frio”, e também estupefação e perplexidade, notadamente pelo fato de haver sido perpetrado por autoridade do Estado, que tem o dever primordial e indeclinável de tutelar a incolumidade física dos cidadãos brasileiros. Observem-se, com efeito, além da prova oral já referida na sentença e acima subscrita, dois relatos que reputo relevantes por se acharem em harmonia com o contexto probatório, a saber:

1) Relato do autor (fls. 410-413):

(...) Que tinha receio de ser preso; que ser “preso” naquela época significava ser submetido à tortura e até mesmo perder a vida; que o depoente participava do movimento estudantil em 1968 e aliava esta atividade à de jornalista; que após deixar o emprego e a faculdade, o depoente passou a viver em fazendas no interior de Minas Gerais, tendo residido em outros Estados e também fora do País; que no dia 12/12/1970 o depoente foi preso no Rio Grande do Sul, e que isso significa, na sua opinião, “ter sido seqüestrado”; que a prisão ocorreu com violência muito grande e não houve identificação dos agentes; que a prisão foi realizada por agentes do Exército e do DOPS; que, após ter sido espancado, o depoente foi encaminhado para a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, para o que denomina “câmara de tortura”, uma sala chamada “fossa”; que na Secretaria de Segurança Pública o depoente foi submetido às mais diversas espécies de tortura, podendo relatar, como exemplo, o denominado “pau de arara”, que consistia em amarrar as mãos em volta das pernas, colocando-se uma barra de ferro embaixo dos joelhos dobrados; que essa barra de ferro era pendurada sobre um cavalete; que o depoente, antes disso, tinha suas roupas arrancadas; que no pau-de-arara, o depoente era submetido a torturas, como queimaduras de cigarros, choques elétricos e o chamado “telefone”, que consistia em tapas no ouvido, com as mãos em forma de conchas, que em pouco tempo causava sangramentos; que no pau-de-arara também submetiam o depoente aos mais diferentes constrangimentos, como por exemplo os torturadores urinarem em seu rosto e também a chamada “roleta russa”, que consistia na afirmação do torturador de que o revólver continha uma única bala, sendo que era acionado o gatilho após cada uma das perguntas, até que se chegasse a ocasião da bala, quando o torturador acionava o gatilho, simulando que mataria o depoente; que havia também casos de torturas chamadas psicológicas,

com uma ocasião em que foi retirado da cela e levado à periferia da cidade de Porto Alegre, quando os agentes determinaram que caminhasse na frente do farol do carro para que fosse morto; que, então, simulavam o fuzilamento, gritando “fogo”, mas não atiravam; que o depoente em virtude das torturas não conseguia caminhar e era arrastado, sendo, de vez em quando, atendido por um médico, que lhe dava injeções ou remédios, com a intenção de reanimar o paciente para continuar a sessão de tortura; que o depoente deve ter ficado aproximadamente um ano e meio na Secretaria de Segurança Pública nessas condições; que posteriormente foi removido para outros presídios, onde também eram realizadas torturas; que então foi-lhe dito que seria realizado o “cartório”, que significava o inquérito policial; que então os agentes elaboravam o depoimento e determinavam que o depoente o assinasse; que o depoente não tinha condições de resistir naquela época e assinou o depoimento sem nem mesmo ler; que foi levado à presença de auditores militares para depoimento, ocasião em que era ameaçado pelos agentes de que se mudasse uma vírgula no conteúdo no depoimento seria novamente submetido à tortura; que o depoimento perante a Auditoria Militar era acompanhado pelos torturadores, ocasião em que o depoente confirmou tudo o que estava no depoimento; que o depoente foi condenado por quase todos os crimes previstos na Lei de Segurança Nacional, havendo ocasião em que um dos juízes fixou a pena em vista do seu comportamento em Juízo, o que o depoente não compreendeu; que o depoente passou por diversos presídios e em todos eles era submetido a torturas; que a remoção de um presídio para o outro era feita de madrugada e sem qualquer aviso; que o depoente foi removido então do Rio Grande de Sul para São Paulo, indo para o DOI-CODI, que era considerado o centro da tortura no País; que nessa ocasião o paciente apresentou lesões, principalmente no braço direito, sendo que os agente diziam que aquilo era gangrena, que poderia resultar em perda do braço; que o depoente foi encaminhado pelo Comandante do DOI-CODI, Carlos Alberto Brillante Ustran; que o depoente foi para o Hospital do Exército e foi submetido a uma cirurgia, onde foi feito um enxerto de pele, que foi retirada de seu braço; que o depoente ficou durante muito tempo com o braço amarrado em uma tela, impedindo os movimentos; que após isso retornou ao Rio Grande do Sul para prestar depoimentos na Auditoria; que o depoente ficou preso, ao todo, durante nove anos; que foi condenado a várias penas, sendo a maior delas de 19 (dezenove) anos e 10 (dez) meses, acompanhadas da suspensão dos direitos políticos por 10 (dez) anos; que durante todo esse tempo, à exceção do último ano, foi



submetido à tortura, sendo que todas as vezes em que era removido de presídio ou mandado de volta às salas de tortura, recomeçava todo o processo; que outro método utilizado nessas torturas era a chamada “cadeira do dragão”, que consistia em amarrar o depoente numa cadeira de ferro, após lhe terem sido retiradas as roupas e submetê-lo a choques elétricos, sendo que também era-lhe jogada água para aumentar a intensidade dos choques; que no último ano que permaneceu preso, isto é, no ano de 1979, as torturas cessaram, uma vez que já havia um movimento de abertura, sendo que o depoente era visitado por intelectuais, artistas, deputados e senadores, entre eles André Franco Montoro e Paulo Brossard; que em 1979 foi promulgada a Lei da Anistia, que entretanto não foi aplicada de imediato a todos os presos políticos, tendo sido os casos analisados um a um; que o depoente foi liberado no mês de outubro de 1979, não tendo sido o último dos presos políticos a receber a liberdade; (...) que estar prestando depoimento a respeito desses fatos não lhe é agradável, estando muito tenso; que além do problema no braço já relatado, o depoente teve os dentes quebrados em sessão de tortura em que recebia socos e golpes com a barra de ferro utilizada no “pau-de-arara”; que tem cicatrizes nas pernas dessas agressões; que era também jogado contra a parede e sua cabeça era jogada de encontro à parede; que o depoente, em virtude disso, ficou com problemas nos ouvidos, o que o angustia muito; que foi levado a uma dentista do Exército, que abriu a gengiva do depoente e extraiu pedaços de dentes quebrados; que o depoente foi submetido também a exame no ouvido, por iniciativa do Presidente do Comitê Brasileiro de Anistia, Luís Eduardo Greenhalg; que foi levado a especialistas, que disseram ao depoente ser necessário submeter a uma cirurgia para verificar se havia possibilidade de resolver o seu problema de ouvido, mas nada poderia garantir, sendo que o depoente preferiu não se submeter a essa cirurgia;

2) Relato da testemunha Genésio Borges de Melo – em pequena parte já transcrito na sentença (fls. 423-424):

que em 1972 o depoente se encontrava detido no presídio Tiradentes, quando o autor foi jogado dentro de sua cela, que era a de nº 16; que o autor nessa ocasião encontrava-se debilitado fisicamente com feridas por todo o corpo, decorrentes da aplicação de um aparelho de choques, que também produzia queimaduras superficiais na pele; que o autor também apresentava feridas em outras partes do corpo como por exemplo dedos do pé e mão, decorrentes de choques elétricos, sendo que as feridas demoravam para cicatrizar; que as tortu-

ras eram realizadas com métodos requintados, podendo apontar os choques produzidos nas orelhas, testas, lábios, virilha, órgãos genitais e ânus; que o autor apresentava também uma ferida no pulso em virtude da aplicação de tortura denominada “pau-de-arara” e cadeira elétrica, sabendo o depoente que o autor fora atendido no Hospital do Exército por causa desses ferimentos; que o depoente se encontrava na cela e quando chegavam outros presos era prestada solidariedade; que naquele dia o depoente ofereceu ao autor a metade de uma maçã, que ele comeu mas vomitou; que em decorrência dos choques elétricos as pessoas não tinham noção se era dia ou se era noite e ficavam bastante confusas, principalmente por causa de choques na cabeça; que o depoente e o autor ficaram juntos na mesma cela por volta de um ano, tendo o último sido dali retirado e não mais retornou, pensando o depoente que havia sido morto, pois isso era comum naquele tempo; que ficavam naquela cela por volta de dez a quinze pessoas; que durante essa época não era comum a tortura, mas em relação ao autor isso ocorrera, sendo levado pra OBAN e DOI-CODI para novas sessões de tortura, ocasião em que eram tomados depoimentos; que na cela 16 ficavam os presos denominados “irrecuperáveis”, que eram justamente as pessoas que não tinham nada a dizer.

Nesse contexto, e considerando, outrossim, o prolongado período (fls. 38), durante o qual o autor suportou o tratamento que lhe foi deferido pelos agentes públicos do Poder Executivo, que lhe infligiram tortura e tratamento indigno, desumano, cruel e degradante, entendendo ser necessária a majoração do montante arbitrado (R\$ 200.000,00), razão por que fixo a indenização pelos danos morais em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), valor esse que, a meu ver, se mostra mais adequado na espécie do que aquele estabelecido em 1ª Instância.

Necessário salientar, ainda, que a reparação prevista na Lei 10.559/2002 é de ordem material, desumindo-se daí que o limite financeiro imposto pela norma inserta no seu art. 4º, §2º, (R\$ 100.000,00) não abarca as hipóteses de dano moral.

Na oportunidade, a eminente Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida proferiu longo voto vista (fls. 579-596), acompanhando o relator, do qual destaco os seguintes fundamentos, *verbis* :

*A tortura e a responsabilidade civil do Estado por dano moral*

A tortura é sempre imoral porque é sempre um abuso de poder de uma parte. O seu objetivo pode se destruir pela morte a vítima ou apenas impor-lhe uma obediência irrecusável. A tortura pode

ter por finalidade também “a manipulação do medo e do terror como forma de poder.”<sup>1</sup>

Não há como se negar, diante da prova dos autos, que houve atentado a pessoa do autor. Durante nove longos anos negou-se-lhe a condição de pessoa, promoveu-se uma degradação terrível da sua condição de vida, privando-o da liberdade. O bem jurídico que teve lesionado por longuíssimo tempo foi a sua dignidade, o que se obteve com prolongado sofrimento físico e mental. Isso não é novidade, pois a prática da tortura acarreta tanto sofrimento físico como mental. Os fatos narrados e ora incontrovertidos revelam que o autor não foi vítima de uma singela agressão. Pelo contrário, os maus-tratos de uma década tiveram por finalidade degradá-lo, humilhá-lo, degradando-lhe o corpo físico depauperado e a vontade. Em resumo, o autor foi vítima da chamada tortura institucional, praticada pelo Estado brasileiro por motivo político.

A tortura física foi aplicada ao autor para levá-lo ao esgotamento físico interno e conduzi-lo a uma expectativa de morte e o longo tempo de duração e dos métodos empregados causaram-lhe sofrimento mental enorme. É surpreendente que tenha sobrevivido a tanto padecimento.

Incontrovertidos os fatos, indaga-se porque existe em relação ao Estado o dever de indenizar. A obrigação surge porque a tortura, no caso, foi parte da política de Estado. A violência física e moral foi praticada por agentes do Estado em nome dele.

Como se sabe, com o advento do AI-5 a tortura tornou-se uma política oficial do Estado. O AI-5 significou um golpe dentro do golpe e instituiu o terrorismo de Estado que valeu-se sistematicamente do extermínio de qualquer oposição ao regime militar.

A minuciosa instrução probatória revela que o autor ficou preso e submetido à tortura no período de dezembro de 1970 a outubro de 1979, quando foi libertado em razão da Lei de Anistia.

É inegável o padecimento físico e psicológico do autor como afirma a testemunha Élio Cabral que informou ao juízo que o autor “se queixava de dores no ouvido, tendo sido remetido à enfermaria da Polícia Militar, onde fez exames e também um procedimento na gengiva, em virtude de choques na boca que estraçalham os dentes”.

A testemunha Índio Brum Vargas, ouvida por precatória, afirma: “que em dezembro de 1970 viu o autor sendo carregado pelos policiais do DOPS que o puxavam pelas pernas, estando sua ca-

beça arrastando no chão com o rosto sangrando” e que quando o encontrou em 1973, na “cela dos presos políticos” o autor “estava muito magro e com os dentes quebrados”, apresentando dificuldades para movimentar os braços.

A testemunha Genésio Borges de Melo, embora ouvida na condição de informante, expõe versão que corrobora as afirmações das outras testemunhas; segundo ele, quando o autor compartilhou de sua cela encontrava-se debilitado fisicamente com feridas por todo o corpo, decorrentes da aplicação de um aparelho de choques, que também produzia queimaduras superficiais na pele, apresentando feridas em outras partes do corpo, decorrentes de choques elétricos; que no reencontro com o autor viu “que não era mais o mesmo na agilidade com a máquina de escrever, apresentando seqüelas nas mãos em virtude das torturas no pau-de-arara” (fls. 423/425).

A narração dos fatos na petição inicial, o depoimento das testemunhas inquiridas na instrução probatória estão em harmonia com a prova pericial. A sentença bem analisou a prova produzida:

“Segundo o especialista na área de otorrinolaringologia, as lesões verificadas no aparelho auditivo podem ter como causa as agressões perpetradas na prisão, sendo que os zumbidos comprometem a concentração e a capacidade intelectual. No campo psiquiátrico, conclui tanto o perito como o assistente indicado pela União, que o autor padece de “transtorno de stress pós-traumático”, definido como a “resposta tardia e/ou protraída a um evento ou situação estressante (de curta ou longa duração) de uma natureza extremamente ameaçadora ou catastrófica”. O laudo do ortopedista, ao concluir que o autor tem limites para movimentação da mão direita, apta a reduzir em até 60% capacidade laborativa, revela os malefícios gerados pela tortura.

Comprovados os fatos relativos à prática de tortura, a indenização pelos danos morais se impõe. Com efeito, as sessões de tortura a que foi submetido o autor durante o período de prisão são responsáveis pela dor física e desequilíbrio na situação psíquica. O sofrimento e a angústia, de repercussão na esfera íntima do indivíduo autorizam a indenização pleiteada.”

Narra a petição inicial que ao longo dos primeiros anos de prisão, o autor passou por inúmeras e infundáveis sessões de tortura, no DOPS em Porto Alegre, no DOI/CODI (OBAN) e no DOPS de São Paulo.

Declarou o autor que o Delegado Sérgio Fernando Paranho Fleury e seu Esquadrão da Morte o torturaram e que também presenciou a tortura e a morte de outros presos políticos.

<sup>1</sup>Calos Gomes de Carvalho, apresentação da obra *Tortura de Denisart Dourado*, Editora de Direito, 2ª edição, p. 81.

Diz a petição inicial sobre os diversos locais em que o autor esteve preso:

“Os anos de 1971, 72,73 e 74, o autor passou entre o DOPS de Porto Alegre, o VI Regimento de Cavalaria de Alegrete (RES), a PE (RS), a Ilha das Pedras (estuário do Guaíba-RS), o Presídio Central de Porto Alegre, a Penitenciária Estadual de Jacuí (RS), o DOI-CODI, OBAN (SP), o DEOPS (SP), o Presídio Tiradentes (SP) e o Presídio do Hipódromo (SP). Os anos de 1975, 76, 77,78 e 79 o autor os passou no Presídio da Justiça Militar Federal (Presídio Político de São Paulo), onde continuou enfrentando ameaças, arbitrariedades, violências e atentados aos mais elementares direitos. Por isso mesmo, o requerente e todo o conjunto dos presos políticos daquele estabelecimento precisaram ali decretar duas greves de fome, que lhes deixaram profundas seqüelas (problemas estomacais, intestinais, etc). Nesse presídio, após oito anos de cárcere, o requerente ainda foi trancafiado em uma cela-forte, ficando proibido de receber visitas e até, durante um dia, de se alimentar.

É interessante notar que os fatos narrados na petição inicial coincidem com o depoimento de Índio Vargas em livro por este publicado em 1981, pela ed. Codecri, Rio de Janeiro (Guerra é Guerra, dizia o Torturador):

“De repente, um barulho no corredor: alguém vinha sendo arrastado. Subi no beliche e ergui a cabeça para cima da meia-parede. Vi um rapaz sendo puxado pelas pernas, com o corpo e a cabeça arrastando na laje. Tive a impressão de ter identificado a pessoa que estava sendo arrastada: Antônio Pinheiro Salles. Mas não acreditei no que estava vendo. Depois de todas as quedas dos últimos tempos, jamais supus que aquele intelectual fosse cair. Soube mais tarde, era o Salles, um corajoso combatente da esquerda conseqüente deste país”.

São cumulais as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Há que se concordar com o eminente Relator desta apelação em sua afirmação quando afirma que:

“O grau de suplício a que o autor foi submetido, retratado nas provas colhidas, é estarrecedor e causa escrúpulos, quiçá até mesmo em pessoa de sangue frio, e também estupefação e perplexidade, notadamente pelo fato de haver sido perpetrado por autoridade do Estado, que tem o dever primordial e indeclinável de tutelar a incolumidade física dos cidadãos brasileiros”. Por isso e considerando, especialmente, “o prolongado período (fls. 38) durante o qual o autor suportou o tratamento que lhe foi deferido pelos agentes públicos do Poder Executivo”, propôs elevação do valor fixado na sentença para R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Esta Quinta Turma tem sua orientação jurisprudencial consolidada no sentido de que as indenizações por dano moral hão de ser arbitradas de forma justa. Não tem o intuito enriquecedor da vítima. Sua natureza jurídica é de sanção e, como bem observou o Desembargador João Batista Gomes Moreira, quando o devedor da indenização é o Estado, o seu valor recai sobre a sociedade. De tal sorte, o máximo das indenizações por dano moral no âmbito desta Quinta Turma, de regra, não ultrapassam o valor de cem mil reais em casos de morte por acidente, grave dano contra a honra, etc.

Este não é, todavia, um caso comum por tudo de indigno e violador dos direitos humanos que ela representa. Ademais na hipótese sub judice não me sensibiliza o argumento de que o povo pagará a indenização decorrente dos graves atentados à dignidade do autor. No caso sub judice, lamento constatar que a sociedade que produziu a cultura da violência não é inocente.

São antigas e duradouras as raízes da violência e da tortura e, no Brasil colônia, ela foi até mesmo regulamentada. Com a legalidade da escravidão formou-se um caldo de cultura de desrespeito aos oprimidos. A prática da tortura é “democrática” porque ela percorre a história de todos os povos em todos os séculos. Ela existe porque é admitida como conveniente pela sociedade onde se instala. Hoje, em tempos de “sobriedade punitiva” (Foucault) a violência é silenciosamente admitida contra escravo, negro, mulato, migrante, pobre.

Uma prática não subsiste por tantos séculos e em culturas tão diferentes se ela não é aceita pela coletividade. A prática da tortura é resultado de uma aceitação tácita ou ostensiva, ativa ou silenciosa. O terrorismo do Estado existe porque determinada sociedade é conivente dela, inclusive com sua omissão. Recordemos que somente no fim do século XX, com a Constituição de 1988, a tortura foi catalogada como crime.

“A ‘moralidade’ do uso da violência contra o indivíduo destoante da ordem tida como natural e consensual foi uma marca adicional, marginal, mas não contestada, das estruturas do poder político e social. Tradicionalmente exercitada contra os indivíduos das classes mais desfavorecidas e marginalizadas da sociedade a tortura, se não tinha o apoio explícito e generalizado, não chegou a sofrer contudo contestação frontal e decisiva por parte daqueles que tinham poder de, senão de todo impedi-la, pelo menos de determinar a punição dos responsáveis pela prática. Assim, explicitamente (legal e moralmente) apoiada num primeiro momento de nossa história, somente com o tempo veio a ser questionada por uma parte da sociedade (às mais das vezes apenas por aqueles setores mais esclarecidos e poli-

tizados: intelectuais, clero, estudantes), sendo que o núcleo decisório da sociedade, isto é a sua elite política e econômica, não manifestou de forma incisiva e contundente o desejo de bani-la em definitivo da vida social. Deste modo é que, a partir do regime colonial, passando pelo Império e pela primeira República e alcançando os nossos dias, a ignomínia da tortura se tornou prática mais ou menos constante, atingindo em determinados momentos também extratos saídos da elite dirigente do país, como ocorreu sobretudo nos períodos ditatoriais, no estadonovismo de Vargas e no regime militar de 64.

(...) A leitura dos jornais, a experiência de profissionais e cidadãos com inserção na sociedade, a observação direta e até vivência cotidiana de muitos de nós levam-nos a terrível conclusão de que a chaga cancerosa da tortura ainda marca e corrói a consciência do país.<sup>2</sup>

O caso em julgamento retrata a tortura que chegou até os filhos da classe média que se opunham ao regime de 64. Foi esta tortura que sensibilizou a elite e a classe média porque foi dirigida aos seus filhos.

Por outro lado, o encarceramento desumano de opositores políticos ao regime também nunca sensibilizou o povo que via o problema à distância, sem interesse.

É a indiferença coletiva que se dá quando o problema atinge o outro. Permanece a ausência de consciência cívica quando a tortura atinge os deserdados da sorte, os desgraçados e marginalizados de sempre.

Por tudo isso, no caso específico, não vislumbro razões de ordem jurídica ou metajurídica para encontrar “atenuantes” para a sociedade que pagará afinal a indenização e voto com o Relator no que tange ao *quantum* debeat do dano moral por ele fixado. A indenização deve ser proporcional à ofensa e aos danos sofridos pelo autor. O *quantum* fixado pelo eminente Relator não vai enriquecer o requerente que não pode, depois de tanto sofrimento e humilhação, ter uma compensação irrisória. É verdade que de acordo com a posição pacífica desta Quinta Turma cem mil reais é o valor máximo de indenização por dano moral decorrente de morte. Mas pelo que dos autos consta, não é possível que o autor carregará consigo pelo resto dos seus dias a morte na alma?

Por sua vez, o voto divergente, proferido pelo Desembargador Federal João Batista Moreira, está assim fundamentado, no ponto:

Pedi vista para melhor examinar as questões de mérito, especialmente a objeção, levantada pela União, à cumulatividade de indenizações por dano material e por dano moral.

Verifico que a própria Lei 10.559/2002 dispôs, em seu art. 16, que “os direitos expressos nesta Lei não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais”. É verdade que o mesmo dispositivo estabeleceu ser “vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável”. Mas a indenização por dano moral, ainda que decorrente do mesmo fato, tem fundamento jurídico diverso da indenização por dano material, o que está reconhecido na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Quanto ao valor da indenização, volta a frequente dificuldade quanto à avaliação pecuniária do dano moral. A MM. Juíza que proferiu a sentença levou em consideração que a indenização por danos morais tem dois objetivos: “caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida pelo mal sofrido”. O caráter punitivo – acrescentou – resta prejudicado em face da responsabilidade objetiva, uma vez que o ônus será suportado unicamente pelo erário. O objetivo compensatório, todavia, leva a um montante significativo, “já que o autor foi submetido a toda sorte de práticas atentatórias à dignidade humana”. Em razão dessas peculiaridades, fixou o valor da indenização no dobro do valor máximo estabelecido pela Lei 10.559/2002 (R\$ 200.000,00).

O eminente Relator considerou que “o grau de suplicio a que o autor foi submetido, retratado nas provas colhidas, é estarrecedor e causa escrúpulos, quiçá até mesmo em pessoa de sangue frio, e também estupefação e perplexidade, notadamente pelo fato de haver sido perpetrado por autoridade do Estado, que tem o dever primordial e indeclinável de tutelar a incolumidade física dos cidadãos brasileiros”. Por isso e considerando, especialmente, “o prolongado período (fls. 38) durante o qual o autor suportou o tratamento que lhe foi deferido pelos agentes públicos do Poder Executivo”, propôs elevação do valor fixado na sentença para R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Não desconheço a gravidade do fato, assim como estou convencido dos sofrimentos pelos quais passou o autor, injustamente, mas, conforme tenho sempre votado, entendo que a especificidade da responsabilidade do Estado está menos em

<sup>2</sup>Carlos Gomes de Carvalho, op. cit., p. 82 e 84.

seu caráter objetivo que no fato de as indenizações serem pagas com o patrimônio de todo o povo, ficando isento de responsabilidade, a generalidade dos casos, o agente público. Esta característica recomenda parcimônia na fixação das indenizações.

Por esta razão, mantenho a sentença, negando provimento às apelações e à remessa oficial.

Assim posta a questão, nada seria preciso acrescentar para negar provimento aos embargos infringentes, visto que, como já mencionado, a embargante não acrescenta argumentos capazes de infirmar os fundamentos dos votos vencedores, limitando-se a transcrever o voto vencido, cuja prevalência pretende.

Considero, porém, pertinente fazer algumas considerações para justificar o meu posicionamento no sentido de manter o valor da indenização concedida pelo acórdão, em parâmetros superiores aos fixados por este Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em hipóteses outras, inclusive de morte.

Não desconheço que o Superior Tribunal de Justiça, em casos de indenização por dano moral, em razão de tortura, manteve o valor correspondente a 200 (duzentos) salários mínimos, fixado nas instâncias ordinárias, conforme se vê dos seguintes precedentes:

*Processual Civil. Indenização por dano moral. Inaplicabilidade da súmula 7/STJ. Valoração das circunstâncias fáticas delineadas soberanamente pela instância ordinária. Tortura cometida por policiais civis.*

1. Não incidência da Súmula 7/STJ a hipótese em comento, por não se tratar de reexame do contexto fático-probatório e sim de sua valoração.

2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúlice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.

3. Quantia de 200 (duzentos) salários mínimos, fixada pela sentença e confirmada pelo Tribunal Estadual, que se apresenta razoável, diante da grave situação fática descrita nos autos, consubstanciada na tortura praticada por policiais civis.

4. Recurso especial improvido. (REsp 487.749/RS – Relatora Ministra Eliana Calmon – Segunda Turma – julgado em 03/04/2003 – DJ de 12/05/2003, p. 298.)

*Processo Civil. Prisão indevida. Art. 5º, LXXV, da CF. Aplicação. Indenização. Danos morais. Acórdão recorrido. Decisão extra petita e deficiência de fundamentação na aplicação dos danos morais. Inocorrência. Danos morais e materiais mantidos.*

1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.

2. A concessão pelo *decisum* confrontado de danos moral e material, não pode ser considerada extra petita, quando constar na exordial o pleito da parte autora no pertinente ao referido dano moral.

3. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica a valoração da proporcionalidade do *quantum* e a capacidade econômica do sucumbente.

4. Não se configura divergência jurisprudencial quando o Tribunal *a quo* espouse o mesmo entendimento firmado pelo STJ.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 434.970/MG – Relator Ministro Luiz Fux – Primeira Turma – julgado em 26/11/2002 – DJ de 1612/2002, p. 257.)

Cumpra salientar, porém, que nos arestos citados a hipótese era diferente, ou melhor, o caso dos autos guarda particularidades que merecem ser levadas em consideração.

No precedente relatado pela eminente Ministra Eliana Calmon (REsp 487.749/RS), o autor foi “vítima de tortura cometida por policiais civis da Comarca de Saberi/RS”, tendo assim se manifestado a relatora:

Entendo, após uma séria reflexão sobre o tema, que o valor de 200 (duzentos) salários mínimos, fixado pela sentença e prestigiado pelo Tribunal a quo, é de inteira pertinência, dada as circunstâncias gravíssimas que envolvem o caso, quando o Estado, representado pelos policiais civis, ofendeu a integridade física e emocional da vítima que se encontrava sob sua tutela direta, infringindo o ordenamento jurídico delineado a partir da Constituição Federal, que assegura a todos o direito ao devido processo legal, antes da aplicação da sanção punitiva, e à integridade física e moral dos presos.

Destaco, pela lucidez, trecho do voto vencedor proferido nos embargos infringentes do aresto impugnado:

(...)

“Oportuno ressaltar, no caso concreto, estarem os ofensores (policiais civis) com a guarda e responsabilidade não só para o transporte, para a



segurança da, ora vítima do dano, sendo inadmissível que, agentes do Estado, incumbidos apenas e tão somente, do encargo investigatório, transmudem-se desde logo e *sponte sua*, em julgadores, aplicando sanção punitiva corporal, em flagrante afronta aos ditames legais e constitucionais ao teor do que dispõe o art. 5º, XLIX, da CF/1988.

É assegurado aos presos, respeito à integridade física e moral.

Nestas condições, oportuno salientar, a dor, o sofrimento, constrangimento e até a humilhação a que foi submetida à vítima do dano, em circunstâncias em que a ela não seria possível qualquer ato de defesa.

Outrossim, se as seqüelas físicas foram mínimas, sem dúvida alguma, as psíquicas e as emocionais, muito mais graves, não podem ser desconsideradas.”

Já no acórdão relatado pelo Ministro Luiz Fux (REsp 434.970/MG), o autor pretendeu “ser ressarcido dos prejuízos morais e materiais que sofreu em razão de prisão ilegal, tortura sofrida e veiculação de seu nome na mídia, inclusive televisiva, como ‘ladrão’ de automóveis”.

No voto, considerou o eminente ministro:

Deveras, o valor da indenização a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica fática do réu, motivo pelo qual deve ser mantida a indenização por danos morais em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) fixada pelo acórdão recorrido.

Forçoso lembrar, que os policiais que detiveram o recorrido, à mingua de provas do crime que lhe imputaram, foram instados a liberá-lo, e sendo certo que a própria Constituição Federal, no art. 5º, LXXV, assegura indenização por erro judiciário, é razoável que se mantenha a sentença no pertinente aos danos moral e material.

Em recente julgado acerca de prisão preventiva infirmada pela sentença absolutória, tivemos a oportunidade de destacar:

(...)

“É que argumenta o recorrente, que a parte requereu indenização por erro judiciário e o Estado foi condenado por danos morais. Ora, *in casu*, não houve a prolação de decisão *extra petita*, haja vista que a proteção à liberdade pessoal é dever absoluto do Estado, uma conquista do cidadão contra o poder soberano, impondo-se, dessa forma, em qualquer circunstância, a obrigação de indenizar sem-

pre que alguém sofrer prisão indevida. E qual seria essa indenização, se não os próprios danos morais?”

Deveras, o pedido de perdas e danos, como manifestação volitiva do jurisdicionado deve ser interpretado e nele entrevisto o pleito moral.

Destaque-se que o cidadão que é privado do direito de ir e vir, por crime que não cometeu, deve ser indenizado, pela dor, tristeza, humilhação por ele sofridas, valores que mercê de inapreciáveis economicamente, não impedem que se fixe um *quantum* compensatório, com o intuito de suavizar o respectivo dano moral. Assevere-se, que o tempo de restrição de sua liberdade (9 meses, no presente caso), gerou-lhe grave insulto à sua honra e à boa-fama, desmoralização perante a família e a sociedade, tudo causado pela prisão indevida.

Aduz o recorrente que o recorrido é lavrador e percebe uma remuneração que não está próxima de 1/100 da condenação, acrescentando-se a isso, que ele não é uma pessoa pública, não possuindo uma imagem a zelar.

Mercê da violação de bem que prescinde da imagem pública ou da notoriedade, haja vista que a liberdade é *necessarium vitae*, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que o valor da indenização por danos morais deve ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade. *In casu*, a indenização foi fixada em 550 salários mínimos.”

Vê-se, pois, que nos episódios narrados nos ares-tos citados, os suplícios sofridos foram pontuais, individualizados e não se repetiram. Porém, no caso dos autos, diferentemente dos acórdãos paradigmas, a gravidade da lesão causada ao embargado foi repetida ao longo de vários anos, a cada vez que este mudava de estabelecimento prisional, havendo, além de intervenções médicas para que o mesmo pudesse voltar a ser torturado, um torpe e variado rol de tipos de martírios, conforme se vê do seguinte relato (fls. 04-07), *in verbis*:

Recebi pancadas de todos os lados. Cai da cadeira e, na escuridão dos meus olhos vendados, era moído pelo furacão de golpes que parecia sacudir a estrutura do prédio. Como recusei as ordens para tirar a roupa, arrancaram-na sob o látego do furacão. O “major” mandou que o “Maneco” retirasse as algemas dos meus pulsos e os amarrasse para o “pau de arara”, recomendando que os forrasse, pois, enquanto não decidiam o que fazer comigo, deviam evitar ferimentos maiores. A seguir — depois de amarrados os pulsos —, forçaram-me a dobrar os joelhos e envolve-los com os braços. Então, passaram uma barra de ferro de lado a lado, por baixo

dos joelhos fletidos e sobre as dobras dos cotovelos. Fiquei imóvel no chão, despido, os olhos vendados, como um bicho amarrado, completamente impotente, sem ânimo para gritar, sem ter a quem recorrer... Eu não podia me desesperar; era necessário manter o controle das minhas palavras e atitudes. Debajo de infâmias e humilhações, com o “Silvestre” segurando um lado da barra de ferro e o “Comissário Galã” segurando o outro, fui levantado e levado, balançando, até outro local, chamado “fossa”, onde novamente me jogaram no chão. Nesse momento, os torturadores disseram para outros presos que lá se encontravam: “Identifiquem esse cara”. Para estupefação minha, ouvi uma voz sofrida e vacilante dizer o meu nome. Retiraram os outros presos. Alguém bateu com os dois pés em cima de mim, repetiu os golpes e, depois, equilibrando-se na ponta dos pés, apertava-me o pescoço com os dois saltos do sapato. Saltavam outros e deixavam cair todo o peso sobre o meu corpo amarrado... Recebi chutes na cabeça e entre as pernas... Sem demora, suspenderam-me novamente e percebi que as extremidades da barra de ferro haviam sido apoiadas sobre alguma coisa fixa. Para que meu corpo fosse mantido em equilíbrio e, paradoxalmente, tornasse a tortura pior, eles forçaram os meus pés para baixo e, amarrando-os com uma corda, prenderam-nos às pernas do móvel que sustentava a barra de ferro. Recebi simultaneamente tapas, com as mãos em concha nos ouvidos... Brasas de cigarro queimaram-me as nádegas, os mamilos e outras partes do corpo. Aplicaram a palmatória na planta dos pés e a tira de pneu principalmente nas nádegas queimadas. O suor escorria na pele ferida. Não consegui segurar a urina... Os torturadores, riam muito. A voz do “Major” ordenou: “Liga a *maricota* que esse putro fala”. Ligaram os eletrodos em minhas orelhas e giravam a manivela da *maricota*, fazendo as correntes elétricas percorrerem as minhas vísceras, numa dor absurda que me fazia ver estrelas e os raios infernais; o corpo, em estertor, se contraía e se levantava tanto que, se não estivesse amarrado, deveria voar pelos ares. Mudavam de vez em quando o lugar dos choques, colocando os eletrodos nos lábios, na língua (esticada com um alicate), no nariz... Apesar de a porta estar fechada, procuravam abafar meus gritos com o barulho de um rádio ligado no seu mais alto volume. Tamparam-me a boca com uma bucha e me comunicaram que quando eu decidisse falar o que eles queriam movesse um dedo da mão. Generalizadas pancadas e bofetadas se intensificaram. Seguraram o meu pênis e lhe enrolaram um fio na parte mais sensível. Enfiaram uma bucha de aço (bombil), contendo nela outro eletrodo, em meu ânus e rodaram a *maricota*. Daí o que senti eu não sei descrever, nenhuma palavra descreveria...

(...)

Eu não sabia quando era noite, nem quando era dia. Inúmeros e indescritíveis foram os métodos de torturas grassados nos porões do regime. Fiquei surdo e com um barulho permanente no ouvido direito e com deficiências menores no ouvido esquerdo. Tive dentes quebrados, a língua cortada, queimaduras e outros ferimentos em quase todas as partes do corpo, além de uma seqüela permanente (grave deficiência na mão direita), como resultado dos ferimentos no pulso, provocados pelas cordas que me amarraram para o “pau de arara”...

(...)

Durante certo tempo, não exercendo qualquer domínio sobre as pernas fiquei deitado no chão. Cada torturador que passava perto aproveitava a oportunidade para me dar um pontapé... O “Silvestre” e o “Pires” eu conhecia pelos passos e, quando eles se aproximavam, discretamente eu procurava proteger o meu lado mais machucado, oferecendo as partes do corpo menos doloridas... Certa feita, enquanto estava pendurado no “pau de arara”, um torturador me disse: “Tu não vai falar o que a gente quer, então decidimos te matar logo. Estou com um revolver 38 na mão. Vou carregar somente com uma bala, um biscoitinho só. Escuta... Vou rodar o tambor. Meto o cano no teu ouvido e te faço uma pergunta. Se tu não responder, eu puxo o gatilho. Se tu tiver sorte, pode ter mais oportunidade”. Senti o cano do revólver no ouvido. Ele fez as perguntas de sempre, querendo que eu delatasse pessoas. Como me neguei a respondê-las, procurou criar um clima de suspense, contou até 10 e puxou o gatilho. Isso se repetiu vagarosamente (cada segundo no “pau de arara” é uma eternidade) até a 5ª vez, quando a encenação foi feita com mais requintes (dizia haver me enganado e deixado propositalmente a bala para o final). Acreditando que finalmente a hora houvesse chegado, alegrei-me em vão.

Assim, os paradigmas citados não são adequados para retratar a hipótese dos autos, seja pela diferença entre as peculiaridades do caso, seja pelo longo período em que o embargado foi mantido refém do regime militar, submetido à tortura.

A questão da fixação do valor da indenização por dano moral tem atormentado os julgadores, principalmente, diante da falta de parâmetros objetivos a serem seguidos.

Embora certo que a indenização por dano moral não deve ser fixada em valor excessivo, gerando enriquecimento sem causa, não pode, entretanto, ser

arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem procurado estabelecer parâmetros para solução da difícil tarefa de fixar o justo valor para a indenização por dano moral, orientando-se no sentido de que tal reparação não pode constituir-se em enriquecimento indevido, não podendo, por outro lado, ser fixada em montante que não desestimule o ofensor a repetir o cometimento do ilícito.

Na espécie, os danos sofridos pelo autor, ora embargado, são significativos.

A egrégia Quinta Turma deste Tribunal tem arbitrado o valor de indenizações por dano moral, no limite de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A eminente Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, ao acompanhar o relator, em brilhante voto, fez a distinção do caso dos autos em relação à jurisprudência firmada naquela Turma, pelo que, em face da gravidade do caso, concedeu a majoração do *quantum* indenizatório.

Há que se ponderar, também, acerca da diferença entre o caso dos autos e as indenizações concedidas, em caso de morte do ofendido, a seus familiares, para que não se incorra no erro de arbitrar um valor excessivo e exorbitante, o qual geraria o indevido enriquecimento sem causa do autor.

Cito, porque pertinentes, alguns precedentes nos quais houve o arbitramento de indenização por dano moral em caso de morte:

*Responsabilidade civil da União. Morte por atropelamento. Dano moral.*

1. Presença dos requisitos para a imposição do dever de indenizar, fundado na responsabilidade civil objetiva (Carta Magna, art. 37, § 6º), uma vez que está comprovada a existência do nexo de causalidade, em relação direta e imediata (Código Civil de 1916, art. 1.060), entre a ação do agente público (motorista do veículo oficial) e o dano por ele causado a terceiro (morte do pedestre), não havendo culpa exclusiva nem concorrente da vítima, pois esta foi atropelada na calçada.

2. Indenização por dano moral fixada, com razoabilidade, no valor de 60 mil reais.

3. Apelação e remessa oficial não providas. (TRF da 1ª Região: AC 2003.33.00.005913-8/BA –

Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado) – Sexta Turma – DJ de 02/05/2006, p. 91.)

*Civil. Ação indenizatória. Ato ilícito do poder público. Naufrágio de embarcação de propriedade municipal. Culpa in vigilando da capitania dos portos. Responsabilidade objetiva do estado. Legitimidade passiva ad causam da união federal. Morte de menor impúbere. Danos morais e materiais. Cumulação. Cabimento. Critérios de fixação.*

(...)

III – Nas famílias de baixa renda, há presunção de que os filhos contribuirão, direta ou indiretamente, para a formação do orçamento familiar, afigurando-se devida, por isso, a indenização por danos materiais, por força de naufrágio com resultado morte de filho menor impúbere, ainda que este não exercesse atividade remunerada ao tempo do óbito.

IV – Seguindo a linha do entendimento jurisprudencial já pacificado em nossos tribunais, é legítima a fixação do *quantum* indenizatório, por danos materiais, em valor correspondente a 2/3 (dois terços) do valor do salário mínimo, a partir dos 14 (quatorze) anos de idade, desde a data do evento danoso até quando a de cujus completaria 25 (vinte e cinco anos), reduzindo-se, a partir daí, para 1/3 (um terço), até o limite etário de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou até a morte do titular da pensão, devendo o *quantum* respectivo ser apurado em regular execução de sentença.

V – O *quantum* fixado para indenização, não pode configurar valor exorbitante que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima, como também, não pode consistir em valor irrisório a descaracterizar a indenização almejada, afigurando-se correta a fixação do seu valor em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por se encontrar em sintonia com o princípio da razoabilidade, como forma compensatória do dano moral que daí resulte, em plexo de sofrimento, dor, mágoa e tristeza injustamente imposta ao demandante, com repercussão familiar e social. (TRF da 1ª Região: AC 2002.01.00.033556-0/PA – Relator Desembargador Federal Souza Prudente – Sexta Turma – DJ de 29/05/2006, p.171.)

*Responsabilidade Civil. Naufrágio de embarcação. Cinquenta e duas mortes. Laudo de exame pericial e inquérito administrativo. Reconhecida a negligência da autoridade fiscalizadora. Embarcação em más condições de uso com excesso de passageiros e carga. Danos morais devidos. Danos materiais comprovados. Redução. Honorários advocatícios. Excessivos. Aplicação do parágrafo 4º do art. 20 do CPC. Apelação da União e remessa parcialmente providas.*

(...)

7 – Cabível o deferimento de indenização por danos morais em favor dos irmãos da vítima, quando demonstrado que vieram a sofrer intimamente com o trágico acontecimento, presumindo-se esse dano quando se tratar de menores de tenra idade, que viviam sob o mesmo teto. Precedentes do STJ.

8 – A despeito do sofrimento e abalo que se abatem sobre os que restam vivos, a finalidade do instituto do dano moral é reconfortar de certa forma a perda decorrente de uma violação, nunca estimar o valor da vida. Em tal perspectiva, merece ser mantidos os valores arbitrados a título de danos morais de R\$ 60.000,00 em favor dos pais e de R\$ 40.080,00 em prol dos três irmãos da vítima menor de idade.

9 – Comprovado nos autos que o falecido, mesmo tendo constituído família e estar residindo em outra localidade, contribuía para o sustento de seus genitores, devida à indenização por danos material, com a concessão de pensão equivalente a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) dos rendimentos auferidos pela vítima, retroativa a data do sinistro, até quando ele atingiria a idade de 65 (sessenta e cinco) anos.

10 - “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”, Súmula 491 do STF.

(...)

14 – Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas. (AC 2002.41.00.000040-4/RO – Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida – Quinta Turma – DJ de 16/12/2005, p. 69.)

*Constitucional, Civil e Administrativo. Acidente automobilístico. Vítima fatal. Responsabilidade civil objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Culpa e nexô de causalidade comprovados. Indenização por dano moral e material. Pagamento de pensão alimentícia aos pais da vítima.*

(...)

II – Afigura-se correta a fixação de pensão alimentícia para os genitores da vítima em valor correspondente a  $\frac{2}{3}$  (dois terços) dos seus rendimentos, desde a data do evento até quando completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou até a morte dos beneficiários, se antes ocorrer, sem prejuízo do pagamento das despesas médicas, hospitalares e com o funeral, compensando-se, contudo, o que restar comprovado como já pago, a esse título, na esfera administrativa.

III – Na fixação do valor da indenização por dano moral, devem ser considerados, além das peculiaridades de cada caso, o nível sócio-econômico do autor e o porte econômico do réu, evitando-se a sua exorbitância, a configurar enriquecimento sem

causa da vítima, nem caracterizar valor irrisório a descaracterizar a indenização almejada ou anular o seu caráter punitivo, que é uma de suas funções, na hipótese dos autos, afigurando-se correta a fixação do valor da indenização em R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais).

IV – Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (TRF 1ª Região: AC 1999.39.00.006818-9/PA – Relator Desembargador Federal Souza Prudente – Sexta Turma – DJ de 13/12/2004, p. 29.)

*Administrativo. Responsabilidade extracontratual do estado. Erro médico. Morte de menor atribuída a atendimento negligente em hospital público. Indenização dos pais por dano material e moral.*

(...)

4. O valor da indenização pelo dano material (prestação mensal correspondente a  $\frac{2}{3}$  do salário mínimo, a partir da data do óbito, a estender-se até o momento em que a vítima iria completar 65 anos de idade, se a tanto viverem os pais beneficiários, reduzindo-se a  $\frac{1}{3}$  após a data em que o de cujos atingiria os 25 anos e a restituir aos autores a quantia de R\$ 49,14 em decorrência de despesas realizadas com o IML e com funeral), foi fixado com moderação ( $\frac{2}{3}$  -  $\frac{1}{3}$  do salário mínimo) revelando-se excessiva, entretanto, a indenização por dano moral (R\$ 110.000,00). Em casos tais, a jurisprudência mostra variação entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme pode ser observado nos seguintes julgados: REsp 371935/RS, DJ 13/10/2003 (trezentos salários-mínimos); TRF 1ª Região, AC 1999.34.00.017990-4/DF, DJ 31/01/2003 (R\$ 50.000,00); TRF 1ª Região – AC 2000.01.00.052056-0/MT, DJ 03/04/2002 (R\$ 100.000,00).

5. Na espécie, levando em conta as combalidas finanças das Universidades e hospitais públicos e a condição social dos autores, é razoável indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por dano moral.

6. Remessa oficial e apelação parcialmente providas. (TRF 1ª Região: AC 2001.35.00.005578-6/GO – Relator Desembargador Federal João Batista Moreira – Quinta Turma – DJ de 18/06/2004, p. 32.)

Nessas hipóteses, quem pleiteia a indenização são os parentes do *de cuius*, que visam uma reparação pela dor da ausência do ente querido.

No caso dos autos, a indenização visa aplacar a dor física e psicológica do próprio torturado, que carregará nos olhos, para sempre, a cicatriz de ter visto e sentido as mais torpes violências contra o ser humano,



além de amenizar o temor de encontrar, em cada esquina, a figura de seu algoz.

Os danos psicológicos, conforme reconhecidos em laudo, são irreversíveis e impossíveis de serem aplacados, daí porque entendo que as hipóteses de fixação do valor de indenização por morte não podem ser aplicadas ao caso dos autos.

Observo, por último, que este Tribunal já concedeu indenização em valores superiores àqueles fixados pela egrégia Quinta Turma, conforme se vê do acórdão proferido na AC 1999.34.00.029512-0/DF, pelo qual restou confirmada a sentença que concedeu a um magistrado indenização por dano moral, em face de ofensas recebidas, por força de decisão por ele proferida, na importância de R\$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil reais).

Assim, não se afigura exorbitante ou desarrazoado o valor arbitrado pelo acórdão embargado, a título de danos morais.

Com essas considerações, *nego provimento aos embargos infringentes* para, na linha do entendimento dos votos vencedores dos eminentes Desembargadores Federais Fagundes de Deus e Selene de Almeida, manter o valor da indenização por danos morais em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Este é meu voto.

## **Voto Vogal Vencido**

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues:* — Senhor Presidente, ouvi atentamente o voto de Vossa Excelência, mas, em coerência com meus votos anteriores sobre a matéria, tenho que dele divergir. Em primeiro lugar, segundo meu convencimento, seria o caso de completa improcedência do pedido, em razão da preliminar de prescrição, que reputo inafastável, uma vez que, no meu entender, uma lei editada em 2002 não tem o condão de reabrir prazo de prescrição quinquenal que, a meu ver, deve ser contado a partir da data da edição da Lei de Anistia, a partir da qual não há como se argumentar estivesse o autor privado de possibilidade de ingressar em juízo postulando esses direitos.

Também penso que a indenização prevista nessa lei de 2002 englobe tanto a indenização por dano

material quanto por dano moral, haja vista que esta lei contempla, via de regra, parâmetros de indenização bastante superiores aos já estabelecidos pela Lei de Anistia, de 1995, em benefício dos familiares dos mortos. E tem sido apontada, com bastante freqüência, a incoerência em estabelecerem-se parâmetros de indenização superiores para pessoas que sobreviveram às indenizações decorrentes de atos igualmente lícitos de tortura que terminaram com a morte da vítima. Essas questões, todavia, não merecem destaque no presente caso, uma vez que o objeto da divergência é apenas o estabelecimento do valor da indenização. Eu as rememoro, portanto, apenas para justificar que, no meu entendimento, sem embargo de reconhecer o tratamento cruel, especialmente cruel, a que foi submetido o autor, nada mais seria devido a título de indenização, exceto aquilo que foi previsto na Lei 10.559, de 2002. Como penso que nada seria devido, seja em razão da prescrição seja porque considero que a mencionada lei disciplinou plenamente o direito à indenização daqueles por ela beneficiados em relação aos atos de tortura praticados na época da ditadura, atenta aos limites da divergência, tenho que aderir ao voto do Desembargador João Batista Moreira, estabelecendo o valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Quanto a esse valor, se eu pudesse abstrair todas as premissas que me conduziram à improcedência do pedido, exceto no que toca àquele valor que já foi reconhecido pela citada lei, eu, se não fossem todas essas outras premissas, teria que concordar com o Desembargador Souza Prudente que o grau de tortura, à qual foi submetido o autor, conduz a um enorme prejuízo moral, e ele não seria plenamente ressarcido, nem com o pagamento de todos os milhões de reais que nós pudessemos arbitrar. Como não é possível estabelecer uma indenização de milhões de reais e como há de haver um parâmetro e como, no caso, não há o aspecto punitivo da imposição desta indenização, porque quem haverá de pagá-la não serão os agentes públicos que serviram à ditadura, mas os futuros contribuintes da época em que transitar em julgado o presente acórdão, prefiro me ater aos valores já estabelecidos na sentença de primeiro grau e no voto vencido, que são somados aos valores da indenização por dano moral. Ressalto que este valor é superior aos valores que a jurisprudência do STJ estabelece, não apenas para caso de morte, mas também para casos de tetraplegia.



Os precedentes que conheço do STJ que fixam valores superiores de indenização por danos morais são contra particulares, que, agindo com grande grau de dolo, realmente, causam grande enorme ao particular. Nesse caso, a indenização contempla a punição daquele particular, que, com seu próprio patrimônio, responderá pela indenização. No caso, é certo que foi enorme o sofrimento para o autor, mas quem pagará a indenização não serão as pessoas que lhe infringiram essa dor, mas toda a coletividade.

Então, por todos esses fundamentos, com a devida vênia do Relator, dou provimento aos embargos infringentes.

### Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor Presidente, os fatos gravíssimos, narrados nos autos, a revelarem as torturas de ordem física, moral e psíquica, que foram impostas pelos agentes do Estado brasileiro ao autor da ação, afiguram-se incontroversos. Fatos como esses mostram como o estado de exceção é imprestável, e é imprestável porque a dignidade da pessoa humana é ultrajada, a cidadania é anulada e a dor moral atinge não só a vítima como seus familiares, seus amigos, toda a sociedade e, porque não dizer, até os julgadores. Não somos de ferro. Somos de carne e osso. Estaria mentindo aquele que dissesse que não se sensibiliza diante desses fatos. Não há dúvida de que a impotência física e moral do autor impedem a fluência da prescrição. E a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça já é firme, no sentido de que ações de indenização como essa são imprescritíveis, e essa inteligência jurisprudencial encontra respaldo no pacto de São José da Costa Rica, que trata das violações aos direitos humanos. Afasto, assim, portanto, o argumento já tão rejeitado da União Federal, no sentido de aplicar a prescrição quinquenal nesta modalidade de ação.

No mérito, os embargos infringentes não têm o mínimo fundamento fático ou jurídico para serem acolhidos. Lamentavelmente, a figura técnica da *reformatio in pejus* não nos permite aumentar mais ainda essa indenização – duzentos mil reais, quatrocentos mil reais, um milhão, dois milhões de reais, cinco milhões de reais ou dez milhões de reais não pagam, em absoluto, a dor moral, a agressão à dignidade dessa pessoa humana registrada nos autos. Não vejo, portanto, como prosperarem tais embargos.

Acompanho o voto de Vossa Excelência, por não poder, lamentavelmente, elevar o valor dessa indenização. Nego provimento aos embargos infringentes.

### Aditamento ao Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor Presidente, em aditamento a meu voto, quero observar que não encontro no ordenamento jurídico brasileiro qualquer fundamento para se afastar a ação regressiva do Estado contra os agentes do próprio Estado que, covardemente, foram autores dessa tortura contra o autor, vítima desta ação.

A responsabilidade objetiva do Estado, assim já consagrada no ordenamento jurídico brasileiro bem antes dos fatos narrados nos autos, e a correspondente ação regressiva ali já se encontravam aparelhada não só no plano constitucional, como também no plano da legislação ordinária. Portanto, precisamos acabar com essa cultura, no sentido de que o Estado somente deve, no plano fático, ajuizar ação regressiva contra motorista oficial. Os agentes políticos precisam não só responder civil mas também criminalmente, como, aliás, já sinalizam os vigilantes cidadãos que noticiam, agora, com a transparência democrática, a violência desses fatos no regime de exceção.

Lamentavelmente, tenho aqui que relembrar os versos tão oportunos de Antônio de Castro Alves:

Existe um povo que a bandeira empresta  
 P'ra cobrir tanta infâmia e cobardia!...  
 E deixa-a transformar-se nessa festa  
 Em manto impuro de bacante fria!...  
 Meu Deus! meu Deus! mas que bandeira é esta,  
 Que impudente na gávea tripudia?  
 (...)  
 (...)  
 Antes te houvessem roto na batalha,  
 Que servires a um povo de mortalha!... “

Mantenho meu voto.

### Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal César Augusto Bearsi:* — Senhor Presidente, quanto ao valor, este caso se diferencia totalmente dos de indenização, em geral, por dano moral, portanto, não é possível aplicar a verdadeira tabela que se criou na jurisprudência, nem o seu

patamar máximo. Também se diferencia dos outros casos de indenização por tortura do regime militar. Há vários, mas quase todos limitados a momentos específicos no tempo, a uma tortura, a uma prisão, a um mês, não a nove anos. Então, este caso foge totalmente aos padrões e merece, realmente, uma análise em separado. Não dá para usar paradigma. Ele é em si um novo paradigma.

O argumento principal da União parece ter sido, e o qual também foi lançado no voto vencido, o de que é a sociedade que paga por isso, o que recomendaria um valor menor. Vejo aí, entretanto, uma confusão entre o Estado e a sua fonte de renda. Por acaso, quando uma empresa é condenada a indenizar danos ao consumidor, não estaria, então, presente o mesmo pensamento? Devo condenar a uma indenização menor, porque quem vai pagar são os clientes. O dinheiro da empresa vem dos clientes, e o dinheiro do Estado também só vem de nós, mas eu não me confundo com o Estado. Vossas Excelências também não. O Estado brasileiro é que está sendo condenado por meio da sua personificação federal, que é a União. Não cada um de nós. Não importa o mínimo, de onde ele tira a sua renda. Ele poderia produzi-la com indústrias ou com meios próprios, um Estado comunista ou, como no nosso, por meio de tributos. Mas isso não significa que estamos sendo condenados. É o Estado brasileiro que está sendo condenado. Esse argumento está bastante fora da realidade, ele mistura a pessoa com a sua fonte de renda.

Nove anos e uma pessoa sendo torturada. Nove anos em que esse jornalista poderia estar trabalhando, fazendo seu nome e tendo renda. Sem confundir, é lógico, os danos morais com os danos materiais, mas apenas para fazer um paralelo quanto ao valor e questionar se ele afinal é tão extenso, tão elevado que mereça redução. Quanto esse jornalista ganharia em nove anos trabalhando? Com certeza, muito mais do que R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). Quatrocentos mil reais é tanto dinheiro assim para se dizer que é uma indenização monstruosa, que causaria enriquecimento sem causa? Se esse jornalista morasse aqui em Brasília, ele não compraria nem uma casa. Os danos morais não se confundem com os danos materiais. Trata-se apenas de um raciocínio analógico para mostrar que o valor não é excessivo, é um valor pequeno. Esses quatrocentos mil reais, por nove anos de sofrimento, de tortura, de humilhação, de destruição de todas as

características psicológicas que tornavam essa pessoa um jornalista, quem sabe, um jornalista de sucesso... Um dos relatos fala em visitas de personalidades, visitas de outros jornalistas, visitas de deputados, era um jornalista de expressão. A Desembargadora Selene de Almeida disse que ele virou um bagaço de pessoa, com o perdão da expressão. E quem fez isso foi o Estado brasileiro. Merece a condenação. E quatrocentos mil reais é muito pouco, mas infelizmente não há como aumentar. Duzentos mil reais não seriam nem um risco para essa indenização. Quatrocentos mil reais também não fazem sombra a tudo o que essa pessoa sofreu durante nove anos. Mas, pelo menos, esses quatrocentos mil reais devem lhe ser garantidos e, francamente, a União faria muito bem se passasse a observar mais o princípio da moralidade e menos essa falsa idéia de que o procurador ou o advogado da União é obrigado a recorrer de tudo só por recorrer. Há casos em que seria melhor eles olharem para o princípio da moralidade e entenderem que é melhor cumprir certas obrigações, nem que seja para fazer de conta que o valor do justo significa algo para o Estado brasileiro.

Nesse sentido, meu voto é acompanhando o Relator.

## Voto Vogal

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:* — Senhor Presidente, reafirmo o voto que proferi no julgamento da apelação, objeto dos presentes embargos infringentes, e adiciono àquele meu voto a observação de que a maioria da 5ª Turma levou em consideração também que os danos psíquicos causados ao autor, ora embargado, durante quase uma década de prisão e torturas consecutivas, levaram-no a ter dificuldade para trabalhar, ou seja, o autor da demanda não consegue se concentrar para produzir trabalho intelectual na qualidade de jornalista.

Lembro também que, quando do julgamento da apelação, se não me falha a memória, houve a sustentação oral, e o autor compareceu. Trata-se de uma figura magra, esquelética, desdentada e muito trêmula. O autor tirou os sapatos, sentou-se e pôs os pés em cima da cadeira. Abraçou as pernas com as mãos e olhava os juízes como um bicho acuado. Percebi, então, que não se tratava mais de um intelectual, de um jornalista que fora no passado, mas, de um resto de gente, sem capacidade para subsistir, para manter uma atividade

laboral em favor da sua própria subsistência, tendo que viver de favor de familiares. A Turma levou em consideração essas circunstâncias para o efeito de conferir uma indenização moral que está fora dos parâmetros que, habitualmente, são os admitidos no âmbito da 5ª Turma. Acompanho Vossa Excelência.

## Quarta Seção

---

### Embargos Infringentes em AC

2000.34.00.029459-3/DF

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias
Relatora p/ acórdão:	A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Embargante:	Banco Bozano Simonsen S/A
Advogado:	Dr. Luiz Alfredo R. da S. Paulin
Embargado:	Banco Central do Brasil – Bacen
Procurador:	Dr. Roberto Hidemitsu Yamashiro e Outros
Embargada:	União Federal
Procuradora:	Dra. Helia Maria de Oliveira Bettero
Publicação:	DJ 2 de 29/06/2007

---

### Ementa

*Administrativo. Constitucional. Embargos infringentes. Contratos de câmbio. Fraude. Inexistência de crime. Decurso de tempo entre a infração e a aplicação da multa. Prescrição administrativa. Impossibilidade de aplicação da regra contida na Lei 9.873/1999. Princípio da irretroatividade das leis. Ocorrência da prescrição quinquenal.*

I – *In casu*, não se vislumbra, nos autos, elementos que constituam a existência, em tese, de crime, mormente, quando não houve oferecimento de denúncia, instauração de inquérito ou persecução do ato criminal por parte do Banco Central do Brasil.

II – Em obediência ao Princípio da Irretroatividade das Leis, não se mostra possível a aplicação da equiparação da prescrição administrativa penal, (Lei 9.873, de 23/11/1999), uma vez que os fatos elencados no processo são anteriores à edição da mencionada Lei, incidindo, no caso, a ocorrência da prescrição quinquenal.

III – Embargos infringentes parcialmente providos para fazer prevalecer o voto vencido, somente, no aspecto da prescrição quinquenal.

### Acórdão

Decide a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar parcial provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto divergente da Desembargadora Federal.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 14/03/2007.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora p/ acórdão.

---

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Cuida-se de embargos infringentes opostos em face de acórdão da Sétima Turma desta Corte que, *por maioria*, vencido o relator, deu provimento às apelações da União e do Banco Central e à remessa oficial, afastando a prescrição administrativa e, por

unanimidade, afastou a prescrição intercorrente no processo administrativo.

Prosseguindo no julgamento, em face do disposto no § 3º do art. 515 do CPC, julgou, por maioria, procedente, em parte, o pedido do autor, Banco Bozano Simonsen, para determinar que a multa aplicada em dólar deve ser convertida em moeda nacional pela

cotação da moeda americana, no dia da aplicação da multa e, ainda, *por maioria*, também vencido o relator — que inverteu o ônus da sucumbência, fixando os honorários advocatícios em 20% sobre o valor da causa — fixou a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da multa, arbitrada em dólar.

O acórdão tem a seguinte ementa:

*Administrativo. Constitucional. Banco Central do Brasil – Bacen. Prescrição. Prescrição intercorrente. Contratos de Câmbio. Fraude. Sanção. Multa. Dezesseis milhões de dólares. Lei 4.131, de 1962, art. 23, § 2º.*

1. Inocorrência da prescrição administrativa. Vencido, nesse ponto, o relator.

2. Inocorrência da prescrição intercorrente, no processo administrativo em estudo. Inaplicabilidade da Lei 9.873, de 1999, a fatos anteriores à sua publicação e a da medida provisória que a originou.

3. Inexistência de cerceamento de defesa do processo administrativo.

4. A responsabilidade prevista no § 2º do art. 23 da Lei 4.131, de 03/09/1962, é objetiva.

5. O visto lançado pelo Banco Central nos contratos de câmbio não significa aprovação, não exonerando, assim, a responsabilidade da instituição financeira pela lisura das operações cambiais.

6. A acusação principal imputada à instituição financeira foi violação ao § 2º do art. 23 da Lei 4.131, de 1962, e não aos Comunicados do Departamento de Câmbio – Decam 71, de 1979, e 192, de 1980.

7. A Lei 4.131, de 1962, cuida especificamente de matéria cambial, disciplinando as regras de conduta e cominando sanções para o caso de sua inobservância. São as reservas cambiais do país que são protegidas. Esse o interesse juridicamente tutelado. A Lei 4.595, de 1964, cuida da normatização do funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, o estrutura e regula, no que diz respeito às instituições monetárias, bancárias e creditícias. Leis específicas podem tratar da questão, como é o caso da Lei 4.132, de 1962.

8. Não houve desproporcionalidade entre a aplicação da multa e a infração cometida. Dezoito foram as operações de câmbio maculadas com a ocorrência de falsa identidade e a multa foi aplicada no percentual mínimo previsto em lei.

9. O valor da multa deve ser calculado sobre a conversão do dólar em moeda nacional, de acordo com a cotação da moeda americana no dia em

que foi aplicada, no processo administrativo, pela autoridade de primeiro grau.

10. Verba honorária sobre o valor da multa, em dólar. Vencido, nesse ponto, o relator.” (Fls. 826/827.)

Nos embargos infringentes opostos, pretende o embargante que prevaleça o entendimento do voto vencido, quanto à prescrição administrativa, sob o fundamento de que o processo administrativo instaurado pelo Banco Central deu-se fora do prazo quinquenal. Caso não provido o pleito, requerem que sejam os honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa, conforme o aludido voto (fls. 848/871).

Contra-razões da União (fls. 879/884) e do Banco Central (fls. 886/893), em que pugnam pelo não provimento dos embargos.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias*: — O voto vencido, da lavra do Des. Federal Tourinho Neto, (fls. 798/800), ao apreciar a ocorrência da prescrição, objeto da primeira divergência, assim fundamentou a questão:

1. A preliminar de mérito. A prescrição.

1.1 O Banco Bozano, Simonsen S/A, instituição financeira autorizada a operar em câmbio, firmou, entre os anos de 1988 e 1989, contratos de câmbio, cujas contrapartes, embora no momento de assinatura apresentaram-se como regulares, posteriormente, em alguns desses casos, descobriu-se o uso de documentação falsa para registro na Junta Comercial, falsificações que exigiram perícia técnica para serem identificadas como tais.

1.2. Em 20/12/1994, quando decorridos mais de cinco anos e seis meses da celebração do último contrato de câmbio, que se deu em 14/06/1989, o Bacen instaurou processos administrativos contra o Banco Bozano, Simonsen S/A, sob acusação de desrespeito ao art. 23, § 2º, da Lei 4.131, de 03/09/1962.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa, Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rafael Paulo Soares Pinto e Anamaria Reis Resende (convocados).



1.3. A sentença reconheceu o transcurso do prazo prescricional de cinco anos e declarou a nulidade das sanções impostas pelo Bacen.

1.4. O Bacen sustenta, em sua apelação, que a sentença não pode prosperar, visto que não ocorreu a prescrição reconhecida pelo magistrado de primeiro grau, ao fundamento de que no período em que se iniciou a tramitação do processo administrativo não existia lei regulamentando o prazo prescricional para as hipóteses de infrações administrativas em detrimento do Sistema Financeiro Nacional, o que torna imprescritíveis infrações dessa natureza ocorridas naquele período.

1.5. A União, em sua apelação, sustenta a prescrição vintenária do Código Civil.

1.6. A imprescritibilidade alegada tanto pelo Bacen quanto pela União não merece prosperar, visto que constitui a imprescritibilidade uma anomalia do nosso ordenamento jurídico, que só a admite em casos excepcionais previstos na Constituição (art. 5º, XLII, XLIV, respectivamente racismo e ação de grupos armados).

Quanto às disposições da Lei 9.873/1999), entendo que não se aplicam ao caso em exame, em homenagem ao princípio da irretroatividade das leis, que vige no sistema jurídico pátrio, que só a admite excepcionalmente e para beneficiar, nunca para prejudicar.

Oportuno analisar o argumento trazido pelo Bacen de aplicação analógica do direito penal na ausência de norma específica, por sua semelhança com o direito administrativo punitivo.

De acordo com o art. 5º, XXXIX, da CF/1988, vige no direito penal o princípio da estrita legalidade, permitida a analogia somente na hipótese da existência de lacuna no ordenamento jurídico. Havendo, no caso, norma específica que trata da prescrição administrativa, entendo inaplicável analogicamente norma do direito penal, sobretudo se mais severa para o administrado.

A jurisprudência deste TRF 1ª Região orienta-se nesse sentido:

“1. As condições impostas para a suspensão condicional do processo devem ser inspiradas pelo bom senso, indispensável também no exame da revogação facultativa (art. 89, § 4º, da Lei 9.099/1995) por descumprimento, mesmo que parcial, de qualquer delas.

2. Na ambiência dos princípios gerais do direito penal não há espaço para aplicação analógica de regra de um instituto em outro desse diferente sem previsão legal, menos ainda quando resulte em agravamento da pena ou da suspensão condicional do processo.” (Recurso Criminal

1999.35.00.001170-0/GO, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, *DJ* 20/06 /2002, p. 155.)

O art. 4º da Lei 9.873, de 23/11/1999, dispõe que:

“Ressalvadas as hipóteses de interrupção previstas no art. 2º, para as infrações ocorridas há mais de 3 (três) anos, contados do dia 1º de julho de 1998, a prescrição operará em 2 (dois) anos, a partir dessa data.

A contar da data supramencionada, ou seja, a partir de 1º de julho de 1998, a prescrição, terá ocorrido em 01/07/2000.

A última infração, na hipótese dos autos, segundo se diz, deu-se em 14/07/1989. As infrações, segundo esse dispositivo, teriam de ocorrer até o dia 01/07/1995. Na hipótese, a última infração ocorreu em 1989. Logo, a prescrição se operaria em dois anos, a partir de julho de 1998, isto é, até julho de 2000. Desse modo, poderia a Administração dar início à apuração da falta, pois não se operou a prescrição.

Todavia, a prescrição quinquenal já havia-se operado, de acordo com o entendimento tranqüilo, vigente à época, ou seja, antes da edição da Lei 9.873, de 1999.

Observe-se o seguinte: se uma infração fosse cometida em outubro de 1994, estaria, segundo o art. 1º da Lei 9.873/1999, prescrita; enquanto isso, uma que fosse praticada em 1992, não, porque ocorrida há mais de 3 (três) anos, contados do dia 01/07/1998. Ilógica tal interpretação.”

Como disse o constitucionalista Luís Roberto Barroso, no parecer concedido a pedido do ora apelado (fls. 329):

“O art. 4º da Medida Provisória 7.708/1998, pode ser parcialmente preservado da invalidade se interpretado conforme a Constituição, deixando-se estabelecido que ele não incide sobre as situações já colhidas pela prescrição quinquenal.”

A questão pode ser apreciada, também, aplicando-se analogicamente o art. 1º do Decreto 20.910/1932, que estabelece:

“As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

Em seguida, o Decreto-Lei 4.597/1942, em seu art. 2º, esclarece:

“O decreto 20.910, de 06/01/1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas

ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.”

Posteriormente, a Lei 4.595/1964, em seu art. 50, estatuiu:

“O Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, o Banco do Brasil S.A., o Banco do Nordeste do Brasil S.A. e o Banco de Crédito da Amazônia S.A. gozarão dos favores, isenções e privilégios, inclusive fiscais, que são próprios da Fazenda Nacional, ressalvado quanto aos três últimos, o regime especial de tributação do Imposto de Renda a que estão sujeitos, na forma da legislação em vigor.

De acordo com os dispositivos transcritos, são beneficiadas pela prescrição quinquenal as autarquias e, ainda, os órgãos parastatais, sendo que estes últimos somente quando não explorem atividade econômica. Assim, o Banco Central, como Autarquia Federal, é destinatário do benefício dispensado à Fazenda Pública pelo Decreto 20.910/1932, o qual fora-lhe estendido através do Decreto-Lei 4.592/1942 e da Lei 4595/1962.”

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“1. O Banco Central do Brasil, autarquia federal, é beneficiado com os mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, inclusive quanto ao prazo de prescrição quinquenal previsto pelo Decreto 20.910/1932, art. 1º, os quais lhe foram estendidos pelo Decreto-Lei 4.597/1942, art. 2º, e Lei 4.595/1964, art. 50.

2. O evento lesivo que deu origem à demanda se configura, concretamente, no momento em que se opera a liberação dos recursos (em valor inferior ao que entende devido), esse é o momento em que nasce o interesse e a pretensão à propositura da ação. É, portanto, esse o marco inicial do prazo de prescrição.

3. Recurso especial desprovido”. (RESP 2003/0074174-9/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 10/11/2003, p. 165.)

Acompanhando o entendimento do STJ, a jurisprudência deste TRF 1ª Região:

“1. A sentença proferida contra autarquia após a vigência da MP 1.561, de 17/01/1997, convertida na Lei 9.469, de 10/07/1997, está sujeita à remessa obrigatória. Silenciando no ponto, tem-se a remessa por interposta, nos termos da Súmula 423 do STF.

2. As autarquias, por expressa determinação legal (Lei 4.595/1964, c/c o Decreto 20.910/1932),

estão favorecidas pela prescrição quinquenal. Prescrição acolhida.

3. Processo extinto com julgamento do mérito, com apoio no art. 269, IV, do CPC.

4. Apelação do Bacen provida, para pronunciar a prescrição.

5. Apelo do autor prejudicado.

6. Remessa, tida por interposta, prejudicada.” (AC 2000.38.00.034740-0 /MG, Rel. Juiz Antônio Ezequiel, DJ II de 13/09/2002, p. 125.)

Assim, a aplicação do Decreto 20.910, de 1932, é justa, equânime e isonômica.

Desse modo, é imperioso reconhecer a ocorrência da prescrição quinquenal, pelo que não merece reforma a sentença recorrida.

2. Em vista do exposto, nego provimento às apelações do Banco Central do Brasil – Bacen, da União e à remessa oficial.

3. É o voto.

Já o voto vencedor, proferido pelo Des. Federal Luciano Amaral, (fls. 812/814), no particular, assim foi fundamentado:

“A infração administrativa cometida, tem, em tese, contornos de fraude cambial, que tem, também, conformação penal, ou seja, caracteriza crime previsto na Lei 7.492, de 16/06/1986, precisamente em seu art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com fim de promover a evasão de divisas do país. Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.

Se a infração administrativa também constitui crime, nos termos da Lei 9.873/1999, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal, nos exatos termos do art. 1º, § 2º.

A prescrição, então, obedece ao estabelecido no art. 109 e seguinte do Código Penal. No concreto, aplicável o art. 109, III, do CP, que determina ser de doze anos a prescrição se o máximo da pena é superior a quatro anos e não exceda a oito anos.

Refiro, numa pesquisa rápida de jurisprudência, que o TRF4, por sua 3ªT, julgado matéria no tocante à multa por infração à legislação cambial entendeu:

“Embargos à Execução. Direito Administrativo. Multa de infração à legislação cambial. Inaplicabilidade das disposições do CTN sobre prescrição e decadência. Inocorrência de cerceamento de defesa. Manutenção do ato administrativo que impôs a penalidade.

1. (...)

2. Prescrição e decadência afastada por inaplicáveis as normas do CTN às multas por infração à legislação cambial. Incidência do art. 177 do Código Civil, que estabelece a prescrição vintenária.

3. Ainda que se dê aplicação retroativa ao disposto na Lei 9.873/1999, que, como regra geral estabelece a prescrição quinquenal para a ação punitiva da Fazenda Pública, a hipótese dos autos seria regida pelo § 2º do art. 1º desta mesma lei, que, para as condutas que caracterizam infração penal, além de administrativa, determinada a aplicação do prazo de prescrição previsto para o respectivo tipo penal.

4. Situação que enquadra, em tese, no crime de evasão de divisas, previsto no art. 22 da Lei 7.492/1986, cuja pena máxima cominada em abstrato leva a prescrição ao prazo de 12 anos.” (TRF4, ACA 1999.04.01.35063-1/RS, Rel. Juíza Taís Schilling Ferraz, T3, ac. un., DJII 06/06/2002, p. 580.)

Nomesmosentido:AC1999.04.01.043163-5/RS.

Acrescenta-se, ainda, a existência de 18 operações tidas por fraudulentas, o que, no mínimo, aplica continuidade delitiva, que nos termos da atual jurisprudência do STJ, tem a prescrição pronunciada nos termos do art. 119 do CP: Art. 119 do CP: “Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de casa um, isoladamente.”:

*“Penal e processual penal (...). Continuidade delitiva. Pretensão punitiva (...).*

O acréscimo de pena resultante da continuidade delitiva submete-se à regra do art. 119 do Código Penal, de modo que se desconsidera o acréscimo daí decorrente. (STJ, HC 32.440/MS, Rel. Min. Paulo Medina, T6, ac. un., DJ 19/04/2004, p. 243)”.

Cinge-se a questão na forma de contagem do prazo da prescrição administrativa, ante a inexistência, à época do fato, de norma disciplinadora.

Como se observa, o voto que se pretende fazer prevalecer decidiu, analogicamente, aplicar à hipótese o prazo previsto no Decreto 20.910/1932, reconhecendo a prescrição administrativa, ao passo que o voto vencedor entendeu não prescrita a imputação e optou por aplicar analogicamente a prescrição regulada pela lei penal, com prazo prescricional de 12 anos.

Com todas as vênias, não merecem ser acolhidos os embargos infringentes opostos quanto à prescrição, uma vez que os fundamentos do voto vencedor estão em harmonia com a lei e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, como se colhe do voto vencido, “O Banco Bozano, Simonsen S/A, instituição financeira autorizada a operar em câmbio, firmou, entre os anos de 1988 e 1989, contratos de câmbio, cujas contrapartes, embora no momento de assinatura apresentaram-se como regulares, posteriormente, em alguns desses casos, descobriu-se o uso de documentação falsa para registro na Junta Comercial [...]”.

É cristalino que o fato objeto da autuação administrativa aponta, também, em tese, para ilícito contra o Sistema Financeiro Nacional, conforme se vê da Lei 7.492, de 16/06/1986, que define os crimes contra aquele sistema e assim dispõe em seu artigo 22:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Esclareça-se que o voto vencedor fez alusão à Lei 9.873/1999, tão só quanto ao estabelecido no seu § 2º do art. 1º, segundo o qual “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”, não se identificando, com todas as vênias, no particular, qualquer ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, uma vez que o dispositivo em apreço, em harmonia com o postulado da imprescritibilidade, tão-só indicou a norma regente da prescrição.

Nessa linha, no Superior Tribunal de Justiça é firme o entendimento de que, caracterizando, o mesmo fato, crime e ilícito administrativo, o prazo de extinção da punibilidade do delito se aplica à de falta funcional, conforme ilustra o julgado, a seguir:

*Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo disciplinar. Ilícito administrativo e penal. Prescrição regulada pela lei penal. Sentença penal condenatória. Aplicação do prazo prescricional pela pena em concreto.*

1. É firme o constructo doutrinário e jurisprudencial no sentido da autonomia e independência das esferas penal e administrativa, assim reconhecidas, contudo, não de forma absoluta, eis que sofrem restrições relativas à repercussão, na esfera

administrativa, do reconhecimento, na esfera penal, da inexistência da materialidade do crime ou de que o funcionário não foi o seu autor e à prevalência do regime penal sobre o regime administrativo, em sede de prazo prescricional, de modo que, em caracterizando o mesmo fato, crime e ilícito administrativo, o prazo de extinção da punibilidade do delito se aplica à de falta funcional.

2. Ao se adotar na instância administrativa o modelo do prazo prescricional vigente na instância penal, deve-se aplicar os prazos prescricionais ao processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes que aplicados no processo criminal, vale dizer, prescreve o poder disciplinar contra o servidor com base na pena cominada em abstrato, nos prazos do art. 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para acusação, e, após o referido trânsito ou improvimento do recurso da acusação, com base na pena aplicada em concreto (art. 110, § 1º, combinado com o art. 109 do Código Penal).

3. Recurso provido. (RMS 13395/RS, DJ 02/08/2004, p. 569, Rel. Min. Hamilton Carvalhido.)

Dispõe o Código Penal:

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; (destaquei)

VI – em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

A pena máxima prevista na Lei 7.492/1986 para o ilícito é de 6 anos, estando o prazo prescricional aplicado, doze anos, em harmonia com o disposto no inciso III do art. 109 do CP, tal como fundamentado no voto vencedor e em concerto com o citado julgado do STJ.

Quanto à divergência referente à condenação em honorários de advogado, verifica-se que o voto vencedor

do fixou aquela verba em 20% sobre o valor da causa, nestes termos:

Inverto os ônus da Sucumbência, que equivale a 20% sobre o valor da causa. (Fls. 807.)

É evidente que não traz o referido voto qualquer fundamento sobre o percentual aplicado, situação essa que deveria ser aclarada com a oposição de embargos de declaração. Todavia, considerando a particularidade da condenação em honorários que, de regra, não é acompanhada de fundamentação, a jurisprudência deste Tribunal admite os embargos infringentes, na hipótese, conforme se colhe de julgado desta Corte, que se transcreve, a seguir:

*Embargos infringentes. Divergência. Pressuposto de admissibilidade. Admissão.*

1. A divergência no tocante à fixação dos honorários advocatícios, ocorrida no julgamento da apelação, autoriza a interposição de embargos infringentes, ainda quando o voto vencido não tenha sido motivado a propósito do quantum por ele estabelecido.

2. Prevalência, no caso, do douto voto vencido, que majorou para 10% o percentual dos honorários advocatícios na espécie.

3. Embargos Infringentes acolhidos. (EIAC 1999.01.00.053402-3/DF, DJ 11/06/2001, p. 31.)

O voto vencedor fixou a verba honorária em 10% sobre o valor da multa aplicada, por considerar a desproporcionalidade do valor da causa fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ante o valor da multa objeto da condenação do ora embargante, ao redor de dezesseis milhões de dólares americanos.

Dispõe o § 3º do art. 20 do CPC que o julgador deverá atender, na fixação dos honorários advocatícios, 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 seu serviço.

O valor arbitrado a título de honorários, portanto, depende da avaliação do Juiz, caso a caso, considerando os requisitos legais.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende do seguinte acórdão, cuja ementa passo a transcrever, em parte:

*Processo civil. Agravo de instrumento. Negativa de provimento. Agravo regimental. Ação de resolução de contrato de cessão e transferência sobre imóvel. Honorários advocatícios. Divergência jurisprudencial não comprovada. Art. 20 e parágrafos do CPC. Impossibilidade de alteração do quantum - Súmula 07/STJ.*

(...)

3 – Cabe ao magistrado, verificado o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, sua natureza, seu trabalho, o tempo exigido e a importância da causa, fixar o quantum devido. Logo, a questão que envolve a determinação da verba honorária é de ordem fática, que depende de provas. Registre-se, que não há como se cogitar, na via estreita do Recurso Especial, acerca destes valores, porquanto, nos termos da Súmula 07/STJ, é vedado o reexame probatório dos autos. Assim, esta fixação fica ao discernimento do órgão julgador a quo que, na aplicação do dispositivo legal correto ao caso concreto, deverá apurar tais parâmetros contidos no art. 20 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil. Precedentes.

4 - Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2004/0114535-0, STJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 05/09/2005, p. 418.)

Observa-se que o caso em tela exigiu por sua importância, sem dúvida, muita dedicação, trabalho e elevado zelo profissional do causídico, particularidades a serem consideradas na avaliação do julgador.

Contudo, em face dos estreitos limites impostos à apreciação do pleito por meio dos embargos infringentes — gizados, como sabido, pela escolha entre a condenação vencedora e a do voto vencido — e não havendo dúvidas de que o valor da condenação que se pretende fazer valer está muito aquém das exigências do caso, mantém-se a condenação do voto vencedor, também refutando o pedido, nesta parte.

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos infringentes.

É o voto.

## **Voto Vogal Vencedor**

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*— Senhor Presidente, os embargos infringentes se posicionam tão-somente quanto à contagem do prazo prescricional, qual o prazo prescricional que

deveria ser aplicado. Muito bem lançado o relatório do Excelentíssimo Senhor Relator, agora em sede de embargos infringentes, restou bastante claro que a sentença, acolhendo o prazo prescricional quinquenal, extinguiu o feito, enfim, acolheu a pretensão.

No voto vencido, assim dispõe o que vou destacar da manifestação do então Relator da apelação Desembargador Federal Tourinho Neto: “A última infração, na hipótese dos autos, segundo se diz, deu-se em 14/07/1989. As infrações, segundo esse dispositivo, teriam que ocorrer até 01/07/1995. Na hipótese, a última infração ocorreu em 1989. Logo, a prescrição se operaria em dois anos a partir de julho de 1988, isto é, até julho de 2000. Desse modo, poderia a Administração dar início à apuração da falta, pois não se operou a prescrição. Todavia, a prescrição quinquenal já havia se operado de acordo com o entendimento tranqüilo vigente à época, ou seja, antes da edição da Lei 9.873/1999. Observe-se o seguinte: se uma infração fosse cometida em outubro de 1994, estaria, segundo o art.1º da Lei 9.873/1999, prescrita. Enquanto isso, uma que fosse praticada em 1992, não, porque ocorreria há mais de três anos, contados do dia 01/07/1998, sendo ilógica tal interpretação”.

Como disse o constitucionalista Luis Roberto Barroso, no parecer concedido a pedido do ora apelado: “O art.4º da Medida Provisória 7.708 de 1998 pode ser parcialmente preservado da invalidade se interpretado conforme a Constituição, deixando-se estabelecido que ele não incide sobre situações já colhidas pela prescrição quinquenal. A questão pode ser apreciada, também, aplicando-se analogicamente o art. 1º do Decreto 20.910/1932, que estabelece: ‘As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim o todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos, contados da data do ato ou do fato do qual se originara”.

Em seguida, o Decreto 4.597/1942, em seu art. 2º, esclarece: “O Decreto 20.910, de 06/01/1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, as entidades de órgãos paraestatais criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas e quaisquer contribuições exigidos em virtude de Lei Federal, Estadual e Municipal, bem como todo e qualquer direito e ação contra os mesmos”. Posteriormente, a Lei 4.595/1964, em seu art. 50, estatui: “O Conselho Mone-



tário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, o Banco do Brasil, o Banco do Nordeste do Brasil, o Banco de Crédito da Amazônia gozarão dos favores, isenções e privilégios, inclusive fiscais, que são próprios da Fazenda Nacional, ressalvando quanto aos três últimos o regime especial de tributação do Imposto de Renda a que são sujeitos, na forma da legislação em vigor. De acordo com os dispositivos transcritos, são beneficiados pela prescrição quinquenal as autarquias e ainda os órgãos paraestatais, sendo que estes últimos somente quando não explorem atividade econômica. Assim, o Banco Central, como autarquia federal, é destinatário do benefício dispensado à Fazenda Pública pelo Decreto 20.910/1932, o qual lhe fora estendido através do Decreto 4.592/1942 e da Lei 4.595/1962”. Nesse sentido colaciona o douto Relator uma jurisprudência do STJ.

Já o voto vencedor, da lavra do eminente Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, assim dispõe no que destaca: “A infração administrativa cometida tem, em tese, contornos de fraude cambial, que tem também conformação penal, ou seja, caracteriza crime previsto na Lei 7.492 de junho de 1986, precisamente em seu art. 22 – efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover a evasão de divisas do País. Pena de reclusão de dois a seis anos. Se a infração administrativa também constitui crime, nos termos da Lei 9.873/1999, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal, nos exatos termos do art. 1º, § 2º. A prescrição, então, obedece ao estabelecido no art. 109 e seguintes do Código Penal. No concreto, aplicável o art. 109, III, do CPC, que determina ser de doze anos a prescrição, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não exceda a oito anos”.

Este é o âmago dos agora embargos infringentes. Nós temos confrontada aqui uma situação em que, quando os fatos noticiados nos autos foram cometidos, não havia uma legislação clara, específica quanto ao período de prescrição da atividade punitiva do Banco Central do Brasil. Como disse o advogado da tribuna, já julguei matéria idêntica, quando da 3ª Seção, em que lá era o Diretor do Banco da Amazônia, numa situação muito próxima a que ora se manifesta. Na época, o juiz aplicou a Lei 8.444, salvo engano. No caso em tela, é bastante elucidativo que nós aplicaremos retroativamente uma lei para prejudicar, ou enfrentarmos a questão constitucional do direito da segurança jurídica,

ou entraríamos aqui na própria aplicação da lei. No caso, no voto do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sua Excelência entende aplicável, então, a Lei 9.873/1999, portanto, se a conduta, em tese, criminosa.

Vou me valer aqui do memorial que recebi ontem pelo Senhor Advogado. Não detectei no relatório nenhuma manifestação do Banco Central quanto a este tema, portanto, o Senhor Advogado informou-me, por meio deste memorial, que sequer foi aberto qualquer inquérito fiscal-administrativo. Em nenhum momento houve isso. Então, eu até vou me valer das legislações aqui para que possa concluir meu voto. No ano de 1994 já havia se completado absolutamente a inércia administrativa no prazo de cinco anos. A equiparação da prescrição administrativa penal ainda não havia entrado em vigor. Portanto, essa lei também mencionada pelo douto Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral não existia naquele momento — a Lei 9.873 foi de 23 de novembro de 1999, portanto, muito posterior aos fatos aqui elencados.

O Senhor Advogado informa que não houve abertura de nenhum inquérito policial. Na verdade, o Banco Central não se desincumbiu de prosseguir nessa denúncia no aspecto criminal e, portanto, o crime, em tese, não existe. Não há o crime, porque isso não foi apurado e não seria possível aduzir-se que há crime, quando o próprio Banco Central deixou de buscar essa persecução. Não houve a persecução ao ato criminal.

Também, de outra forma, diz o Senhor Advogado, que a ementa do acórdão administrativo, proferido pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, diz assim: “Recurso voluntário. Câmbio. Declaração de falsa identidade em contrato de câmbio. Existência de elementos comprobatórios da culpa. Negligência do recorrente pela irregular remessa divisas. Apelo provido parcialmente”. Então, ainda que se pudesse argumentar que o ilícito criminal tivesse sido praticado pelos administradores da pessoa jurídica — aqui faço um parêntese e adiro à manifestação do Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias quanto à viabilidade da possibilidade de ser pessoa jurídica a responder por atos ilícitos —, o fato é que jamais foi oferecida a denúncia contra qualquer um desses administradores, sequer foi instaurado um inquérito policial. Os fatos se deram em 1987 e 1989. A prescrição penal

em abstrato teria se operado já em 2001, logo, não há que se falar em ocorrência de ilícito penal.

Portanto, Senhor Presidente, fazendo essa construção jurisprudencial, ainda que se aplicasse retroativamente a Lei 9.873/1999, quando o seu art. 1º, § 2º, remete à aplicação da prescrição quando no crime, em tese, há o ordenamento penal, ainda que se aplicando dessa forma, Senhor Presidente, com todas as vênias do douto Relator, com todas as vênias do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, divirjo de Sua Excelência e dou provimento aos embargos infringentes, Senhor Presidente. Destaco que, com relação aos honorários aqui questionados, entendo que não houve, realmente, nesse aspecto, no voto, uma manifestação expressiva. Portanto, eu estaria, então, acolhendo parcialmente os embargos infringentes e dando-lhe provimento somente no aspecto da prescrição, fazendo valer o voto do Juiz Federal Tourinho Neto na sua inteireza.

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim:* — Senhor Presidente, ouvi atentamente o douto voto do eminente Relator, a sustentação oral do eminente Advogado, assim como os votos divergentes. Com a devida vênia, penso que deve prevalecer o voto vencido. Com efeito, o ponto central da controvérsia consiste em saber se se aplica ao caso concreto o prazo de prescrição de cinco anos previsto no Decreto-Lei 20.910, para a Administração atuar em matéria sujeita ao exercício do poder de polícia, ou o § 2º do art. 1º da Lei 9.873.

Penso que, no caso, a Administração decaiu do direito de punir na esfera administrativa, tendo em vista o decurso de cinco anos a partir dos fatos ilícitos imputados ao embargante. De fato, na hipótese vertente, havia uma lacuna no Direito brasileiro acerca da existência de prazo para a atuação da Administração. Entretanto, para colmatar tal lacuna, a doutrina, como fonte qualificada do Direito que é, propôs que se aplicasse, por analogia, o prazo de cinco anos previsto no Decreto-Lei 20.910, já que o Supremo Tribunal Federal havia declarado há muito que a regra nessa relação entre o particular e a administração é a da prescritibilidade.

Peço vênia para ler sobre o tema o escólio do insuperável Hely Lopes Meirelles, *verbis*: “Prescrição ad-

ministrativa: a prescrição como instituto jurídico presuppõe a existência de uma ação judicial apta à defesa de um direito, porque ela significa perda da respectiva ação por inércia de seu titular. Mas impropriamente se fala em prescrição administrativa para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recursos no âmbito da administração ou para a manifestação da própria administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o poder público. A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do poder público sobre a matéria sujeita a sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil nem estende seus efeitos às ações judiciais, pois é restrita à atividade interna da administração, acarretando a perda do direito de anular ato ou contrato administrativo e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer”.

E aqui é o ponto que realmente interessa, o cerne da opinião de Hely Lopes Meirelles sobre o assunto: “Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito à sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que ‘a regra é a prescritibilidade’. Entendemos que, quando a lei não fixa prazo da prescrição, esta deve ocorrer em 5 anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Decreto 20.910/1932), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/1980) e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 134). Para os servidores federais, a prescrição é de 5 anos, 2 anos e 180 dias, conforme a gravidade da pena (Lei. 8.112/1990, art. 142)”.

Julgo que, diante da lacuna existente no Direito brasileiro à época dos fatos quanto ao prazo de prescrição, parece-me justo aplicar, por analogia, o prazo de 5 anos para atuação da Administração, na forma dessas leis citadas pelo eminente Hely Lopes Meirelles.

Quanto à aplicação da Lei 9.873, acolhida pela corrente vencedora, os votos do Desembargador Tourinho Neto e da Desembargadora Maria do Carmo, parece-me que com maior vantagem e fundamentação, sustentaram que o prazo dessa lei de 1999 não poderia aplicar-se a acontecimentos anteriores a sua vigência, como são os fatos ilícitos que se imputam ao embargante, sob pena de conferir efeito retroativo à referida lei, o que é vedado. Penso que essa fundamentação, embora breve, é suficiente para

dar sustento ao voto vencido, que, a meu ver, pedindo vênias ao eminente Relator, deve prevalecer.

Com essas considerações, pedindo vênias ao Desembargador Carlos Fernando Mathias, acompanho a divergência.

## Voto Vogal

*A Exma. Sra. Juíza Federal Anamaria Reys Resende:*  
— Peço vênias ao Relator e ao Juiz Federal Rafael Paulo Soares, assim como ao Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, que é o prolator do voto vencedor, para acompanhar a divergência, especialmente quanto à ponderação da Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso de que estaríamos aplicando a Lei 9.873/1999 retroativamente para prejudicar. Então, o meu voto é para acompanhar a divergência.

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:* — Senhor Presidente, li atentamente o voto vencido, bem como o voto vencedor nos embargos e ouvi atentamente o eminente advogado. O caso aqui, no meu sentir, se divide em três situações: Primeira, se há lacuna no Direito; segunda, se a Lei 9.873 retroage ou não; terceira, se existe a lacuna e se ela retroage ou se ela é aplicada no seu texto literal.

Lendo o voto vencido do ilustre, à época Juiz, Desembargador Federal Tourinho Neto, observa-se o seguinte: se uma infração fosse cometida em outubro de 1994, estaria, segundo o art. 1º da Lei 9.873/1999, prescrita. Enquanto isso, uma que fosse praticada em 1992, não, porque ocorreria há mais de três anos, contados do dia 01/07/1998”. A frase escrita pelo próprio Relator é a seguinte: “ilógica tal interpretação”. A interpretação a que se refere seria a do art. 4º da Lei 9.873. O próprio Relator, no seu voto vencido, admite que não existe a lacuna, porque, se ele admite uma interpretação ilógica, ele afasta a aplicação.

No meu entender, a aplicação retroativa de um prazo prescricional — no caso aqui o crime seria de operação de câmbio não autorizado — teria o prazo de cinco anos. Aplica-se esse prazo os fatos ocorridos anteriores à lei. No caso, não. No caso do art. 4º, a letra da lei determina o seguinte: “Ressalvadas as hipóteses de interrupção prevista no art. 2º para as infrações ocorri-

das há mais de três anos...”. Então, a própria lei é auto-interpretativa.

Aqui não existe uma interpretação ilógica, apta a afastar a lei e assim utilizar o método da analogia, com todas as vênias da Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso e do Desembargador Federal Leomar Amorim. A duas porque, com todas as vênias da ilustre Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, embora eu não seja nenhum mestre em Direito Penal, enquanto membro do Ministério Público, inclusive em substituição a varas federais de origem criminal, entendia que o crime é um fato típico e antijurídico, isto temos por conceito. Portanto, na minha opinião, não depende da apuração para a sua existência. Se “a” dá um tiro em “b”, o crime existe; embora ele não tenha sido apurado, ele existe. Portanto, o que o decurso do prazo e eventual desídia, tanto no caso do Banco Central ou do Ministério Público Federal, o que acontece é a extinção da punibilidade. Porém, o crime existe, então, a inércia na apuração extingue a punibilidade de um crime já verificado, por considerá-lo, simplesmente, um fato. A hipótese de incidência ocorre no momento do feito. A pessoa morreu e, no caso, aqui, as operações ocorreram. Agora, se o objeto foi apurado ou não, extingue-se a punibilidade por decurso do tempo.

Com todas as vênias ao ilustre Desembargador Federal Leomar Amorim e a querida e ilustre Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, acompanho o Relator, inclusive em relação aos honorários advocatícios, sobretudo porque o proveito econômico apurado é o valor da multa, e isto não resta dúvida, e não os R\$ 10.000,00 conferidos ao valor da causa.

# Primeira Turma

## Apelação Cível

2005.34.00.015845-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes (convocado)

Apelantes: Adriane dos Santos e outros

Advogados: Dr. Wagner Pires de Oliveira e outro

Apelada: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Publicação: DJ 2 de 11/06/2007

## Ementa

*Administrativo. Servidor público. Procurador da Fazenda Nacional. MP 43/2002. Lei 10.549/2002. Nova sistemática de remuneração. Representação mensal e pro labore de êxito. VPNI. Momento de implantação do novo regime jurídico de remuneração.*

I – A Medida Provisória 43/2002, convertida na Lei 10.549/2002, alterou a remuneração do cargo de Procurador da Fazenda Nacional, ao fixar novo vencimento básico a partir de 01/03/2002 e extinguir a representação mensal e a gratificação temporária, além de modificar a forma de cálculo do *pro labore*.

II – O art. 4º da Lei 10.549/2002 vincula o cálculo do novo *pro labore* ao valor definido como vencimento básico da categoria. Assim, devem ser conjugados os arts. 3º e 4º da citada lei para se estabelecer o real sentido quanto ao marco inicial do novo regime de remuneração. O novo *pro labore* foi instituído no mesmo momento da implantação do novo vencimento básico.

III – Não se mostra compatível com a finalidade da norma legal que instituiu o novo regime remuneratório dos Procuradores da Fazenda Nacional a interpretação no sentido de estabelecer prazos diversos de vigência para cada verba integrante da nova remuneração, instituindo temporariamente um regime jurídico de remuneração híbrido.

IV – Não subsiste a parcela denominada Representação Mensal, extinta pela Lei 10.549/2002 após a implantação do novo valor do vencimento básico em 01/03/2002, pois o aumento do vencimento básico se deu com a finalidade de compensar a retirada daquela parcela (Representação Mensal). É razoável interpretação no sentido de que tal parcela se tornou indevida aos Procuradores da Fazenda Nacional no mesmo momento de implantação retroativa do novo vencimento básico e não só quando da vigência da nova lei ocorrida em junho de 2002.

V – É indevido o cálculo da parcela denominada *pro labore* na forma prevista anteriormente à Lei 10.549/2002 sobre o novo valor do vencimento básico, pois estar-se-ia conjugando normas favoráveis de dois regimes de remuneração para implantar de forma temporária um terceiro regime.

VI – Consequentemente, não há como reconhecer a existência de VPNI que seria gerada pela implantação do novo regime de remuneração de forma escalonada no tempo.

VII – Inexistência de afronta aos arts. 5º, *caput* e incisos II e XXXVI, e 37, *caput* e incisos XIII e XV, ambos da CR/1988, nem aos arts. 3º a 6º e 12 da Lei 10.549/0202 e aos arts 1º e 6º da LICC.

VIII – Apelação não provida.

## Acórdão

Decide a 1ª Turma do TRF 1ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz Relator.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 14/05/2007.

Juiz Federal *Miguel Angelo de Alvarenga Lopes*, Relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Miguel Angelo de Alvarenga Lopes*: — Trata-se de apelação cível em ação ordinária proposta por Adriane dos Santos e outros contra a União, em que os autores pedem:

a) a declaração de ilegalidade da Nota Técnica 053/2002 da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG;

b) a declaração de que é devido o pagamento da representação mensal prevista nos Decretos-Leis 2.333/1987 e 2.371/1987 até o dia 25/06/2002, eis que somente em 26/06/2002 essa verba foi extinta nos termos do art. 5º c/c art. 12 da Lei 10.549/2002;

c) a declaração da inconstitucionalidade parcial da norma do art. 6º da Lei 10.549/2002, no que tange à possibilidade de absorção de todo e qualquer valor rubricado, na remuneração dos autores, a título de VPNI; e

d) a determinação para o pagamento de VPNI – Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada no valor da extinta representação mensal, no percentual de 135% ou 140%, acrescida da diferença do valor relativo ao *pro labore* de êxito, sobre o novo vencimento básico dos autores, contido no anexo II da Lei 10.549/2002, a partir de 26/06/2002, nos termos dos arts. 3º a 6º e 12 da Lei 10.549/2002 e art. 1º e Anexo I do Decreto-Lei 2.371/1987.

Na inicial os autores aduzem que são Procuradores da Fazenda Nacional de Primeira Categoria e Categoria Especial, que sofreram ato abusivo e ilegal consubstanciado no não pagamento de VPNI, com a conseqüente redução de seus vencimentos, em virtude de enquadramento na nova sistemática de remuneração da carreira de Procurador da Fazenda Nacional prevista no art. 6º da MP 43/2002, posteriormente convertida na Lei 10.549/2002.

Sustentam também que houve injusta e ilegal compensação, que fez retroagir os artigos que cuidavam da extinção da representação mensal e do *pro labore*. Assim, sustentam que tendo a Lei 10.549/2002 determinado o efeito retroativo somente ao novo vencimento básico (art. 3º), inexistente suporte jurídico para que a Nota Técnica 053/2002 da Secretaria de Recursos Humanos do MPOG tenha determinado a retroação da extinção da representação mensal a 01/03/2002, sendo devida, conforme dizem, a incidência de percentuais de 135% ou 140% sobre os vencimentos básicos nos meses de março a junho/2002.

O pedido de antecipação da pretensão recursal foi indeferido (fls. 256/259).

Na sentença de fls. 290/293, proferida em 16/08/2006, a MM. Juíza Federal Substituta da 21ª Vara/DF, Dra. Raquel Soares Chiarelli, entendendo que o aumento do vencimento básico compensou a perda salarial invocada pelos servidores, julgou improcedente o pedido e condenou os autores ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Os autores interpuseram a apelação de fls. 299/320 apontando jurisprudência que entendem ser favorável à sua tese, além de indicar contradição existente entre a sentença e decisão proferida pelo STF de forma contrária ao entendimento adotado no *decisum* de 1º grau.

Assim, reiterando a fundamentação posta na inicial, os servidores recorrentes reafirmam seu pedido no sentido de se determinar o pagamento da representação mensal no percentual de 135% ou 140% sobre o vencimento básico, com o direito à percepção da VPNI equivalente à representação mensal calculada sobre o novo vencimento básico instituído pela MP 43/2002 e Lei 10.549/2002.

Alternativamente, pedem os servidores/apelantes que o Tribunal manifeste-se expressamente quanto



à interpretação dos arts. 5º, *caput* e incisos II e XXXVI, e 37, *caput* e incisos XIII e XV, ambos da CR/1988, bem como dos arts. 3º a 6º e 12 da Lei 10.549/2002 e dos arts. 1º e 6º da LICC, manifestando-se, igualmente, sobre a divergência jurisprudencial trazida à colação na apelação, a fim se de legitimar futura interposição de recurso especial.

Contra-razões às fls. 324/331.

Os autos então foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes:* — Trata-se de apelação cível contra sentença que julgou improcedente o pedido e condenou os autores ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Presentes os pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, conhecimento da apelação interposta.

A questão posta nos autos para análise e julgamento em sede recursal diz respeito à análise do regime jurídico aplicável à remuneração dos Procuradores da Fazenda Nacional, notadamente quanto às datas de vigência e repercussões remuneratórias das alterações promovidas pela MP 43/2002, posteriormente convertida na Lei 10.549 de 13/11/2002.

Até a edição da referida MP 43/2002 a remuneração dos Procuradores da Fazenda Nacional era composta de vencimento básico; *pro labore*, devido em valor fixo; representação mensal, no percentual de 130%, 135% e 140%, incidente sobre o vencimento básico do servidor, conforme a categoria em que se encontrava; e gratificação mensal, nos termos das Leis 7.711/1988 e 9.028/1995 e dos Decretos-Leis 2.333/1987 e 2.371/1987.

A Lei 10.549, de 13/11/2002, alterou de forma substancial a remuneração dos Procuradores da Fazenda Nacional instituindo um novo regime jurídico de remuneração, trazendo a seguinte redação:

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado.

Art. 2º O posicionamento dos atuais ocupantes dos cargos a que se refere o art. 1º na tabela de remuneração deve observar a correlação estabelecida no Anexo I.

Art. 3º. Os valores de vencimento básico dos cargos da Carreira de Procurador da Fazenda Nacional são os constantes do Anexo II, com vigência a partir de 1º de março de 2002.

Art. 4º. O *pro labore* de que trata a Lei 7.711, de 22/12/1988, será pago exclusivamente aos integrantes da Carreira de Procurador da Fazenda Nacional no valor correspondente a até trinta por cento do vencimento básico do servidor.

Art. 5º. Não serão devidas aos integrantes da Carreira de Procurador da Fazenda Nacional a Representação Mensal, de que tratam os Decretos-Leis 2.333, de 11/06/1987, e 2.371, de 18/11/1987, e a Gratificação Temporária, a que se refere a Lei 9.028, de 12/04/1995.

Art. 6º. Na hipótese de redução de remuneração dos ocupantes dos cargos de que trata o art. 5º, decorrente da aplicação desta Lei, a diferença será paga a título de vantagem pessoal nominalmente identificada, a ser absorvida por ocasião da reorganização ou reestruturação da carreira ou tabela remuneratória, da concessão de reajustes, adicionais, gratificações ou vantagem de qualquer natureza ou do desenvolvimento na carreira.

Assim, conforme a redação da Lei 10.549/2002, a partir de 26/06/2002, a composição da remuneração dos Procuradores da Fazenda Nacional passou a ser: vencimento básico, fixado nos termos do art. 3º, e *pro labore* em valor correspondente a até 30% (trinta por cento) do novo vencimento básico, além de diferença a título de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI, na hipótese de redução na totalidade da remuneração para evitar decréscimo remuneratório.

Para exemplificar, os Procuradores da Fazenda Nacional de Categoria Especial percebiam até fevereiro de 2002 remuneração composta das seguintes parcelas:

- a) Vencimento Básico: R\$ 506,44;
- b) Representação Mensal (135% do Venc. Básico): R\$ 683,69;
- c) *Pro Labore*: R\$ 4.478,88.
- d) Gratificação Temporária (que já não vinha sendo paga conforme os contracheques juntados).

Com a edição da MP 43 de 26/06/2002 os Procuradores da Fazenda Nacional de Categoria Especial passaram a ter a seguinte composição remuneratória:

a) Vencimento Básico: R\$ 5.636,96

b) *Pro Labore* (30% do Venc. Básico): R\$ 1.691,08

O art. 3º citado determinou que os novos valores do vencimento básico passassem a ter vigência retroativa a partir de 1º de março de 2002.

O art. 5º estabeleceu que são indevidas aos Procuradores da Fazenda Nacional a Representação Mensal e a Gratificação Temporária.

Já o art. 12 da Lei 10.549/2002 determinou sua entrada em vigor na data de publicação.

Diante tal texto legal a controvérsia se instalou quanto à interpretação e, por conseqüência, quanto ao alcance a ser dado às normas dos arts. 3º e 5º da referida MP 43 de 26/06/2002, convertida na Lei 10.549/2002.

Os Procuradores da Fazenda Nacional defendem que a Representação Mensal, calculada no percentual de 135% a 140% do vencimento básico, somente foi extinta com a publicação da MP 43/2002 em 26/06/2002. Sustentam a inexistência de regra expressa quanto à retroatividade da norma do art. 5º que tornou indevida aos Procuradores da Fazenda Nacional a Representação Mensal e a Gratificação Temporária.

Afirmam que, com a retroatividade do vencimento básico a 1º de março de 2002, a partir daquela data até 26/06/2002 é devida a representação mensal no percentual de 135% ou 140% calculado sobre o novo vencimento (R\$ 5.636,96).

Assim, o valor da representação mensal seria majorado de R\$ 683,69 para R\$7.609,89, no mínimo (135%), referente ao período de 01/03/2002 a 26/06/2002, sendo que os vencimentos totais devidos no referido período passariam dos R\$ 7.328,04 efetivamente pagos para a base mínima de R\$17.725,73.

Além das diferenças não pagas no período, outra conseqüência da tese sustentada pelos Procuradores da Fazenda Nacional é o surgimento, a partir de 26/06/2002, de direito à VPNI com base no art. 6º da Lei 10.549/2002, no valor da diferença entre a remuneração devida até 26/06/2006 e a nova remuneração fixada a partir daí pela própria Lei 10.549/2002 (R\$ 10.397,69), diante da vedação constitucional de redução dos vencimentos.

Entendo que esta interpretação, realizada de forma literal, isolando os dispositivos legais contidos nos

artigos citados das demais normas contidas na lei, não é o melhor método hermenêutico a ser utilizado no caso concreto.

A interpretação isolada de cada um dos dispositivos legais leva a conclusões que geram distorções nas carreiras da advocacia da União .

Os Procuradores da Fazenda Nacional que estavam em exercício na data da implantação do novo regime jurídico de remuneração passariam a usufruir de vencimentos totais em valores mais que dobrados em relação àqueles que entraram em exercício posteriormente a esta data e muito superiores às demais carreiras integrantes da Advocacia Geral da União.

Evidentemente que essa não foi a intenção da reforma realizada na estrutura remuneratória da carreira de Procuradores da Fazenda Nacional.

A exegese que entendo mais adequada é a realizada de forma sistemática e teleológica, tendo sempre como parâmetro a finalidade social a que se destina.

A Lei 10.549, de 13/11/2002, instituiu um novo regime jurídico de remuneração dos Procuradores da Fazenda Nacional em decorrência do reconhecimento, após campanha salarial da categoria, da necessidade de reestruturação vencimental.

Esta foi a finalidade maior da edição da Lei 10.549/2002, circunstância que deve nortear sua interpretação.

O art. 4º da Lei 10.549/2002 vincula o cálculo do *pro labore* ao valor definido como vencimento básico da categoria.

Devem ser conjugados os arts. 3º e 4º da citada lei para se estabelecer o real sentido quanto ao marco inicial do novo regime de remuneração.

Assim sendo, o novo *pro labore* deve ser instituído no mesmo momento da implantação do novo vencimento básico.

Não se mostra razoável o entendimento no sentido de que a intenção do legislador foi de estabelecer prazos diversos de vigência para cada verba integrante da nova remuneração da categoria de Procurador da Fazenda Nacional, instituindo temporariamente um regime jurídico de remuneração híbrido.

A interpretação mais consentânea com as normas de hermenêutica jurídica é aquela que estabelece o mês de março de 2002 como o termo *a quo* de vi-

gência de todo o novo regime jurídico de remuneração, extinguindo as parcelas anteriormente existentes e implantando no mesmo momento as novas parcelas de remuneração.

Desse modo, não pode subsistir a Representação Mensal quando já implantado o novo valor do vencimento básico em 01/03/2002, pois o aumento do vencimento básico se deu com a finalidade de compensar a retirada daquela parcela (Representação Mensal).

Ademais, a Lei 10.549/2002 não extinguiu a Representação Mensal de que tratam os Decretos-Leis 2.333/1987 e 2.371/1987, mas tão somente tornou tal parcela indevida aos Procuradores da Fazenda Nacional como expressamente consta do texto do art. 5º, subsistindo em relação a outras carreiras que eventualmente a recebem sob tais fundamentos legais.

É razoável e lógica a conclusão de que tal parcela se tornou indevida aos Procuradores da Fazenda Nacional no mesmo momento de implantação retroativa do novo vencimento básico e não só quando da vigência da nova lei ocorrida em junho de 2002.

Por outro lado, mostra-se desarrazoado calcular a parcela denominada *pro labore* na forma anteriormente prevista sobre o novo valor do vencimento básico, pois estar-se-ia conjugando normas favoráveis de dois regimes de remuneração para implantar de forma temporária um terceiro regime.

Assim, não há que se falar em VPNI gerada pela implantação do novo regime de remuneração de forma escalonada no tempo.

Em suma: não há possibilidade de conjugar normas do anterior regime jurídico de remuneração e do atual para acolher a pretensão autoral de continuar pagando o valor integral da extinta representação mensal como VPNI, nos moldes dos Decretos-Leis 2.333/1987 e 2.371/1987, cumulativamente com o *pro labore* de êxito sobre o novo vencimento básico trazido com a Lei 10.549/2002.

Assim, não vislumbro qualquer afronta aos arts. 5º, *caput* e incisos II e XXXVI, e 37, *caput* e incisos XIII e XV, ambos da CR/1988, bem como aos arts. 3º a 6º e 12 da Lei 10.549/2002 e aos arts. 1º e 6º da LICC.

Quanto ao pedido recursal de manifestação expressa acerca dos precedentes jurisprudenciais colacionados pelos servidores/apelantes, há que se ressaltar que o juiz julga o pedido formulado pela parte, à luz das

disposições constantes do ordenamento jurídico, e não sob a baliza de certos casos já julgados – os quais, quando muito, servem de orientação e reforço à fundamentação, mas nunca como norma cogente positivada.

Ou seja, não há obrigação legal de que a presente lide seja julgada nos mesmos moldes das decisões apresentadas na apelação, proferidas pelos Tribunais Superiores, a não ser que se tratasse de alguma das hipóteses de julgamento vinculante, expressamente previstas na CR/1988, o que não é o caso.

Nada obstante, a título de esclarecimento, faço notar que o precedente desta 1ª Turma (acórdão proferido no AG 2005.01.00.013828-7/DF, sendo Relator o Juiz convocado Itelmar Raydan Evangelista, decisão de 05/04/2006, publicada no *DJ* 29/05/2006) se baseou em julgado da 2ª Turma deste Tribunal, cujo acórdão foi extraído do julgamento do AG 2003.01.00.034608-0/DF, sendo relator o Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, publicado no *DJ* 04/11/2004, p. 24, cuja decisão se deu por maioria.

Assim sendo, tenho que a matéria ainda não se encontra pacificada no âmbito deste Tribunal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça também há precedente no sentido buscado pelos Procuradores da Fazenda Nacional (REsp 782.742/PB. 5ª Turma, unânime, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/12/2006, *DJ* 05/02/2007 p. 342).

No entanto, como ocorre neste TRF, a questão posta em discussão ainda não se encontra pacificada no âmbito daquela Corte Superior, pelo que, com a devida vênia, apresento entendimento diverso, com base nos fundamentos acima explicitados, dos quais a sentença recorrida não divergiu.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## Relatório e Voto (no Gabinete)

Inicialmente, quero deixar registrado que estou apreciando a petição que o advogado apresentou hoje pedindo a suspensão desse processo por prazo indeterminado, porque há uma ação coletiva do sindicato na Segunda Turma. Eles querem que essa ação coletiva seja apreciada primeiramente do que este.

Passo à decisão quanto à petição apresentada pelos advogados da parte autora, ora apelante: “Inde-

firo o pedido de suspensão do processo, uma vez que a ação coletiva que tramita perante a Segunda Turma deste Tribunal não possui conexão ou dependência em relação a este processo, que se trata de lide individual do servidor contra a União, embora se trate do mesmo tema”. Por isso, coloco em julgamento o presente feito.

Vou ler a ementa, porque o Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista não estava presente na outra sessão em que julgamos a questão.

A Medida Provisória 43/2002, convertida na Lei 10.549/2002 (...) [lé] (...) “apelação não provida”.

# Segunda Turma

---

## Apelação Cível

**2002.34.00.036747-7/DF**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves  
Advogada: Dra. Andréia Simone dos Santos Cunha  
Apelada: União Federal (Exército)  
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos  
Publicação: DJ 2 de 04/06/2007

---

## Ementa

*Administrativo. Servidor público militar reformado. Auxílio-invalidez. Cancelamento. Decadência. Data da efetiva lesão. Inocorrência. Favoráveis à pretensão do autor. Lei 6.880/1980. Arts. 108, VI, 111, II. Reforma ex officio do militar.*

I – O termo inicial de contagem do prazo para a impetração deve ser o da data da efetiva lesão. Na hipótese, a partir do mês em que deixou de ser pago o auxílio-invalidez, qual seja, junho de 2002.

II – Embora a Administração tenha o poder-dever de rever seus atos, há que se levar em conta o princípio da segurança jurídica na relação com seus administrados, mormente no caso *sub examine*, em que o ex-militar requereu a reforma com vencimentos do grau imediatamente superior e foi surpreendido com a cassação do auxílio-invalidez.

III – Tendo recebido, de boa-fé, o benefício durante longo período, e considerando que transcorreram quase 40 (quarenta) anos sem que a Administração se insurgisse contra a percepção do benefício, o auxílio-invalidez se incorporou definitivamente ao patrimônio do apelante, de modo a incidir a proibição constante do inciso XV do art. 37 da Constituição Federal, que dispõe serem irredutíveis os vencimentos dos servidores públicos.

IV – Apelação parcialmente provida.

## Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 18/04/2007.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

---

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Trata-se de apelação interposta por Francisco Pinto de Oliveira contra a sentença (fls. 69/70) proferida pelo MM. Juízo Federal da 4ª Vara SJ/DF, que acolheu a preliminar de decadência e julgou extinto o processo, que visava obter a anulação do ato administrativo que retirou o auxílio-invalidez que percebia há quase 40 anos.

Sustenta o apelante que o termo *a quo* para a contagem do prazo decadencial, por se tratar de prestação de trato sucessivo, deve ser contado a partir de junho de 2000, quando a Portaria 1081, publicada em 27/12/2001, gerou efeitos concretos para o apelante, quando efetivamente deixou de ser pago ao requerente o benefício em comento.

Contra-razões a fls. 92/94.



Neste Tribunal, o Ministério Público manifestou-se, preliminarmente, pelo afastamento da decadência, por se tratar de prestações periódicas, e, no mérito, pelo desprovemento da apelação, eis que a matéria demanda dilação probatória, incabível na via estreita do *writ*.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Afirma o autor/apelante, em suma, que o magistrado de primeiro grau não considerou que a lesão ocorreu concretamente em junho de 2002, quando deixou de perceber o auxílio-invalidez, e não na data da publicação da Portaria, em 27/12/2007, incorrendo, portanto, a decadência.

Primeiramente, quanto à preliminar de decadência para impetração do mandado de segurança, conforme pacífica jurisprudência em derredor do tema, o termo inicial de contagem do prazo deve ser o da data da efetiva lesão, como cuida a espécie.

A esse respeito, confira-se o seguinte excerto do julgado, *verbis*:

*Mandado de segurança. Interposição de defesa perante o CRF/MG. Decadência. Art. 18 da Lei 1.533/1951. Inocorrente.*

1. O prazo que defluiu com a defesa foi desconsiderado pelo magistrado de primeiro grau, sob o entendimento de que o recurso administrativo não tem o condão de interromper o prazo decadencial.

2. O direito da parte impetrante não restou fulminado pela decadência, pois o prazo de cento e vinte dias do art. 18 da Lei 1.533/1951 deve ser contado da data em que o ato a ser impugnado é capaz de produzir lesão ao direito do impetrante.

3. O presente *mandamus* se volta contra ato que confirmou a autuação, este datado de 16/05/2002. Assim, tempestivo é o *writ*, já que ajuizado em 12/06/2002.

4. Sentença anulada. Apelação provida. Retorno dos autos à origem para regular processamento do feito. (AMS 2002.38.00.019530-1/MG,

Relatora Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, *DJ* de 20/02/2004, p.137.)

Na hipótese em exame, a simples publicação da Portaria 1.081-DIP-S1, não teve o condão de causar prejuízo ao impetrante porque, apesar de publicada em 27/12/2001, somente gerou efeitos concretos para o apelante quando efetivamente deixou de ser pago o benefício em comento, ou seja, em junho de 2002 (cf. fl. 85).

Dessa forma, ultrapasso a preliminar e adentro o mérito, eis que se trata exclusivamente de matéria de direito.

O impetrante foi reformado após sofrer acidente com salto de pára-quedas, durante a prestação de serviço militar, com proventos integrais. Por conta da gravidade das lesões, passou a receber também auxílio-invalidez, isto em 22/07/1963.

A situação fática permaneceu inalterada por quase quarenta anos. Em 08/05/2001 (cf. fl. 18), o autor requereu modificação do ato de reforma visando obter “Proventos do Posto Superior”, por ser portador de doença incapacitante prevista em lei.

Submetido à perícia médica na área de ortopedia (fls. 23/28), para verificar as restrições físicas do autor, por conta do acidente que deu causa à reforma, cuidou o Comando Regional de Saúde da Primeira Região Militar de promover Junta de Inspeção, para determinar se ainda remanesce a necessidade de cuidados especializados, de modo a justificar a manutenção do auxílio-invalidez, tema esse não suscitado no pedido do militar.

O laudo do perito concluiu que o ora apelante não necessita de cuidados permanentes de enfermagem ou de hospitalização, conclusão na qual se louvou a autoridade para gerar a Portaria 1081-DIP-S1, de 10/12/2001, cassando o auxílio-invalidez concedido ao impetrante por ocasião de sua reforma.

Tenho que assiste razão ao apelante.

O pedido de Proventos do Posto Superior formulado pelo impetrante à autoridade militar deu azo a que a Administração iniciasse uma investigação, não para verificar a possibilidade de atender o pleito do autor, mas para averiguar outro benefício percebido pelo militar.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Aloisio Palmeira Lima.

Verifico, porém, que a Administração quedou-se inerte durante quase (40) quarenta anos, e só se manifestou a partir de um ato que buscava a melhoria dos proventos, e não sua redução, como ocorreu na hipótese, caracterizando *reformatio in pejus*, impeditivo legal desconsiderado na esfera administrativa.

Assim, embora se deva atentar ao poder-dever de revisão dos atos administrativos, quando eivados de vício — o que, diga-se de passagem, não ocorreu na ocasião em que concedido — há que se levar em conta o princípio da segurança jurídica na relação da Administração com seus administrados, mormente no caso *sub examine*, em que o ex-militar requereu a reforma com vencimentos do grau imediatamente superior e foi surpreendido não apenas com a negativa do seu pedido, mas também com a cassação do auxílio-invalidez.

Não desconheço o entendimento segundo o qual o prazo de decadência para a Administração, conforme os ditames da Lei 9.784/1999<sup>1</sup>, somente pode ser aplicado a partir da edição do referido diploma legal. Entretanto, quando um direito se sobrepõe a outro, deve ser sopesado o potencial lesivo para os envolvidos, e decidir conforme os princípios da equidade e justiça.

*In casu*, o valor do auxílio-invalidez, em maio de 2002, último mês em que fora pago, era de R\$ 135,00 (cento e trinta e cinco reais) e o total bruto de rendimentos do impetrante era de 988,00 (novecentos e oitenta e oito reais), e trata-se, pelos registros constantes dos autos, de pessoa idosa e sem condição de se recompor facilmente do decesso financeiro. Nessa conjuntura, entendo que o soldo do impetrante, de pouca monta, e necessário à sua sobrevivência, é o bem maior que se deve proteger.

Por outro lado, tenho que, sendo recebido o benefício de boa-fé, e considerando que transcorreram quase 40 (quarenta) anos sem que a Administração se insurgisse contra a percepção do benefício, o auxílio-invalidez se incorporou definitivamente ao patrimônio do apelante, de modo a atrair a proibição constante do inciso XV do art. 37 da Constituição Federal, que

dispõe ser irredutível os vencimentos dos servidores públicos.

Em face do exposto, *dou* parcial provimento à apelação, para que a União restabeleça o auxílio-invalidez a partir da data de sua interrupção, qual seja, junho de 2002.

Sem condenação em honorários (Súmulas 512/STF e 105/STJ).

É o meu voto.

---

<sup>1</sup> Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

# Terceira Turma

## **Habeas Corpus**

**2007.01.00.013313-4/PA**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto  
Impetrante: Julio Solimar Rosa Cavalcanti  
Impetrado: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Marabá – PA  
Paciente: Celso Silveira Mello Filho  
Publicação: DJ 2 de 15/06/2007

## **Ementa**

*Processo Penal. Habeas corpus. Redução a condição análoga à de escravo. Causa de aumento. Prescrição.*

I – O tipo objetivo – sujeitar alguém à vontade do agente, escravizar a pessoa humana – descrito na antiga redação do art. 149 do Código Penal depois da Lei 10.803, de 11/12/2003, continuou o mesmo. A nova Lei 10.803, de 11/12/2003, apenas explicitou as hipóteses em que se configuram a condição análoga à de escravo, como a submissão a trabalhos forçados, a jornada exaustiva, o trabalho em condições degradantes, a restrição da locomoção, em razão de dívida com o empregador ou preposto. A nova lei sim acrescentou formas qualificadas, punindo o crime com o aumento da pena em metade.

II – As causas de aumento ou de diminuição, a exceção do concurso de crimes e do crime continuado, são computadas no prazo prescricional, tomando-se por base o maior aumento. Se ao indiciado, ou acusado, é imputado o crime previsto no art. 203 do Código Penal, cuja pena máxima é de 2 (dois) anos, o prazo prescricional é de 4 (quatro) anos – CP, art. 109, V, se, no entanto, incidir a causa de aumento da pena (§ 2º do art. 203 do Código Penal), cujo aumento é de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), o prazo prescricional passa a ser de 8 (oito) anos (CP, art. 109, IV), pois leva-se em consideração o aumento máximo (1/3) que eleva a pena para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses.

## **Acórdão**

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Celso Vieira Mello Filho.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 21/05/2007.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

## **Relatório**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — 1. Júlio Solimar Rosa Cavalcanti, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/TO, sob n. 209, com escritório na Qd. 103, Norte, Av. NS-01, c/ Rua NO-07, Lt. 2, Salas 01/03, Cidade de Palmas, Estado do Tocantins, *impetra ordem de habeas corpus* em favor de Celso Silveira Mello Filho, brasileiro, casado, economista, residente na Rua Barão de Piracicamirim, Cidade de Piracicaba, Estado de São Paulo, acionista da empresa Vale Bonito Agropecuária

S/A, contra ato do MM. Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Marabá, Estado do Pará, Carlos Henrique Borlido Haddad, que “recebeu a denúncia formulada contra Celso Silveira Mello Filho, Raimundo Nonato Barbosa Silva e Aristides Alves Monteiro, como incurso nas hipóteses de incidência preconizada pelos arts. 149, *caput*, 203, § 1º, I e II, c/c § 2º, e 207, todos do CPB, em concurso material, na forma do art. 29 daquele diploma legal” (decisão de fls. 60/61).

Diz o impetrante que o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 149, 203 e 207 do Código Penal.

Afirma que (fls. 6/8):

3.1. Observa-se da ação penal que os tipos penais que estão sendo imputados ao ora paciente são os capitulados nos arts. 149, 203 e 207 do Código Penal.

3.2. É de se vê que, especificamente, quanto ao crime do art. 149 do Código Penal, o mesmo foi significativamente alterado pela Lei 10.803/2003, que trouxe nova roupagem ao tipo penal.

3.3. Sem querer adentrar no mérito do tipo penal em questão, impossível na via estreita de habeas corpus, tem-se como inaplicável a conduta prevista no art. 149 do Código Penal, com as alterações trazidas pela Lei 10.803/2003 ao caso em questão, visto que de acordo como o “despacho de indiciamento”, o fato típico objeto da persecução criminal ocorreu entre os dias 25 de fevereiro a 4 de março de 1997, muito embora a denúncia do MPF apontar como datas dos fatos os dias 25 de fevereiro a 4 de março de 2000. E, sob qualquer ângulo que se visualize, tais datas são muito anteriores à modificação do tipo penal em questão, ocorrida apenas no ano de 2003.

3.4. Sabe-se que a regra geral em direito é a aplicação da lei vigente à época dos fatos, conforme orienta o princípio *tempus regit actum*.

3.5. Desta forma, e em atenção ao *princípio da anterioridade*, previsto no art. 2º do Código Penal e art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988, de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, conclui-se que *não podem ser aplicadas ao caso concreto a modificação introduzida pela Lei 10.803/2003*, que alterou o art. 149, caput, do Código Penal, posto que tais modificações foram posteriores às datas do suposto fato delituoso.

3.6. Assim, ao fato narrado na denúncia, deve ser aplicada a capitulação do tipo descrito no art. 149 do CP, sob redação anterior: “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”.

3.7. E sob esse aspecto, o trancamento da ação penal em andamento na *Vara Federal de Marabá/PA*, é medida que se impõe, posto que o MPF ao descrever o fato tido como delituoso na denúncia, não descreve a conduta que se exige do sujeito, de praticar a ação de reduzir uma pessoa à condição semelhante à de um escravo, evidenciando um tipo específico de privação ao bem jurídico da liberdade de ir e vir.

(...)

3.10. Assim, não é possível o prosseguimento da ação penal quanto ao delito previsto no art. 149, caput, do Código Penal, ante a manifesta inadequação do tipo penal à conduta descrita na denúncia, por aplicação expressa do *princípio da anterioridade ao caso em questão*, posto que as disposições penais alteradas pela lei posterior *lex gravior*, por se tornarem mais gravosas, não retroagem, e só alcançam os fatos ocorridos a partir de sua vigência, conforme entendimento já apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 137.803/MA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, em 21/10/1997, DJ 24/11/1997 p. 61.270.

Pede, deste modo, o trancamento da ação penal quanto ao crime disposto no art. 149 do Código Penal.

De referência aos crimes dos arts. 203 e 207 do Código Penal, diz o impetrante que os mesmos estão prescritos, explicando (fls. 12/13):

4.5. O delito previsto no art. 203 do Código Penal prevê pena de detenção, de 1 (um) ano a 2 (dois) anos, e multa, tendo aumento de pena de 1/6 a 1/3, conforme previsão do § 2º do referido artigo.

4.6. Ainda, o art. 207 do Código Penal prevê pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, também contendo causa de aumento de pena de 1/6 a 1/3, conforme previsão do § 2º do referido artigo.

4.7. Observa-se que não será levada em conta a suposta existência de concurso dos crimes, sendo analisada a extinção da punibilidade isoladamente sobre cada um deles, conforme regra do art. 119 do Código Penal.

4.8. Em qualquer das hipóteses suso mencionados, tem-se como verificada a prescrição da pretensão punitiva, vez que *já se passaram 10 (dez) anos da data da fiscalização que embasou o presente Inquérito Policial e a correspondente ação penal, conforme “despacho de indiciamento” de fls. 1.001*.

4.9. No caso em tela, quanto ao delito previsto no art. 203 do Código Penal, nos termos do art. 109, V, do mesmo diploma legal, tem-se como consumada a prescrição da pretensão punitiva em 4 (quatro) anos, do dia em que se consumou o suposto crime (art. 111 do CP) que ocorreu em fevereiro/março de 1997, ou seja, *o crime estaria prescrito desde 2001*.

2. Feito processado sem liminar.

3. Foram prestadas informações (fls. 66/67).

4. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República, foi pelo indeferimento da ordem impetrada (fls. 71/74).

5. É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. O crime de redução a condição análoga à de escravo*

O art. 1º da Lei 10.803, de 11/12/2003, alterou o art. 149 do Código Penal, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Antes dessa lei, a redação do art. 149, caput, do Código Penal era a seguinte:

Reduzir alguém a condição análoga de escravo:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

O tipo descrito na antiga redação do art. 149 do Código Penal – reduzir alguém a condição análoga de escravo – continuou o mesmo, apenas a nova lei – Lei 10.803, de 11/12/2003 – explicitou como isto se configuraria. Formas qualificadas é que foram acrescentadas pela Lei 10.803, de 11/12/2003.

O tipo objetivo, repita-se, é o mesmo, ou seja, sujeitar alguém à vontade do agente, escravizar a pessoa

humana. A nova Lei 10.803, de 11/12/2003, apenas indicou as hipóteses em que se configuram a condição análoga à de escravo, submissão a trabalhos forçados, jornada exaustiva, trabalho em condições degradantes, restrição da locomoção, em razão de dívida com o empregador ou preposto.

Outrossim, como acentuou o ilustre Procurador Regional da República Luís Wanderley Gazoto, não fez o impetrante juntada de peças para um maior estudo da questão, não apresentando o relatório de fiscalização realizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

*2. A prescrição dos delitos previstos nos arts. 203 e 207 do Código Penal*

Os fatos ocorreram no período de 25 de fevereiro a 4 de março de 2000, segundo consta da denúncia (v. fls. 31); a denúncia foi recebida em 7 de março de 2007. Entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia decorreram 7 (sete) anos. A pena privativa de liberdade máxima cominada ao crime do art. 203, é de 2 (dois) anos, com o aumento da pena (2º) a pena máxima fica em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses; e ao crime do art. 207, 3 (três) anos. A pena de 2 (dois) e 8 (oito) meses prescreve em 8 (oito) anos e a de 3 (três), também, em 8 (oito) anos (CP, art. 109, IV – “a prescrição antes de transitar em julgado a sentença final” verifica-se “em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro)”.

A pena do art. 203, segundo seu § 2º, é aumentada de 1 (um) sexto a 1/3 (um terço), se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. As causas de aumento ou de diminuição, a exceção do concurso de crimes e do crime continuado, são computadas no prazo prescricional.

Explica Damásio de Jesus (*in Prescrição penal*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997 p. 54-55):

As causas de aumento e de diminuição da pena, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do CP, alteram o prazo prescricional da pretensão punitiva. Suponha-se que o sujeito cometa um furto simples (CP, art. 155, caput). O prazo prescricional da pretensão punitiva é de oito anos (CP, art. 109, IV). Se, entretanto, incidir a circunstância do repouso noturno (§1º), em que a pena é aumentada de um terço, o prazo passa a ser de doze anos (CP, art. 109, III).

2. Ante o exposto, denego a presente ordem de *habeas corpus* impetrada em favor do paciente Celso Vieira Mello Filho.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Saulo Casali Bahia e Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocados). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro.



3. É o voto.

## **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado):* — Senhor Presidente, como Vossa Excelência, também entendo que deve ser prestigiada a denúncia que, no curso da instrução, mostrará verdadeira ou não a data do cometimento dos fatos. E, com relação à primeira questão que foi relacionada ao tipo penal, também compreendo, como Vossa Excelência, que a alteração na tipificação legal foi apenas para criar exemplificação da conduta, que já era descrita com redação original do tipo. Acompanho, então, Vossa Excelência, denegando a ordem.

É o voto.

# Quarta Turma

---

## Apelação Criminal

**2006.41.00.000012-8/RO**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro  
Apelante: União Federal  
Procuradora: Dra. Helia Maria de Oliveira Bettero  
Apelado: Guilian Rosario Grinaldo Garcia  
Apelada: Andrea del Rosario Novoa Grinaldo  
Apelada: Karen Guiliana Novoa Grinaldo  
Apelado: Jorge Jesus Novoa  
Advogado: Dr. Josemario Secco  
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/RO  
Publicação: DJ 2 de 01/06/2007

---

## Ementa

*Processual Penal. Habeas Corpus. Estrangeiros. Doença grave. Tratamento. Deportação.*

I – É certo que não se reveste de ilegalidade o ato impugnado que, na forma da lei, fixa prazo para a saída de estrangeiros, que se encontram irregularmente no País, sob pena de deportação, com base no art. 57 da Lei 6.815/1980 c/c o art. 98, I, do Decreto 86.715/1981.

II – A lei deve ser interpretada, em face das peculiaridades do caso concreto, com temperamentos, quando se trata de proteção à saúde, à vista do princípio da “*dignidade da Pessoa Humana*”, inscrito no art. 1º, III, da Constituição Federal.

III – Os direitos Humanos “*são direitos essenciais da pessoa humana e seu reconhecimento configura um imperativo para o desenvolvimento da civilização*”.

IV – *A proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira.*

V – Saúde é bem indissociável da pessoa humana. Deve ser preservada com todos os meios de que o Estado dispõe. Isso, *tanto em relação aos nacionais como aos estrangeiros que eventualmente aqui estejam.*

VI – Na hipótese, os pacientes entraram legalmente no País, com prazo de permanência por noventa dias, com uma única finalidade: buscar atendimento médico especializado à genitora da família, portadora que é de câncer de mama.

VII – Recurso da União não conhecido. Recurso de ofício improvido.

## Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, não conhecer do recurso da União e negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Sr. Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 24/04/2007.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, Relator.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: —* Josemário Secco, advogado, impetrou, perante o MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, *habeas corpus* preventivo em favor de Guilian Rosário Grimaldo Garcia, Andrea del Rosário Novoa Grimaldo, Karen Guiliana Novoa Grimaldo e Jorge Jesus Novoa Grimaldo, Contra Ato do Delegado da Polícia Federal da Comarca de Vilhena, Estado de Rondônia, narrando os seguintes fatos:

Os pacientes constituem conjunto familiar, sendo a primeira a genitora e os demais seus filhos, (...) vieram (...) de Lima, capital do Peru, por encaminhamento do Hospital Santa Rosa daquela cidade para tratamento no Brasil por está a genitora acometida de “tumor de mama izquierda”, motivo pelo qual adquiriu o direito de se tratar no Brasil, vindo a ingressar em 28/05/2004, juntamente com os filhos (...)

Ao chegarem ao Brasil, dirigiram-se ao município de Colorado do Oeste/RO, (...)

(...) a Paciente genitora iniciou seu tratamento nesta Capital de Porto Velho/RO, onde foi submetida a 7 (sete) sessões de quimioterapia.

Em razão de não haver ocorrido a recuperação esperada, o médico a encaminhou para tratamento no Hospital Municipal de Barretos, Estado de São Paulo no mês de dezembro de 2004, (...)

(...) ao ser submetida aos exames naquela cidade, teve que passar por procedimento cirúrgico (mastectomia) que culminou na retirada de seu seio, percebendo-se que a situação era muito mais grave (...), sendo então orientada pelo corpo hospitalar para que providenciasse maior tempo de estadia no Brasil para a conclusão do tratamento que poderia levar muito mais tempo em razão do grau avançado de seu câncer.

(...) em razão das sessões de quimioterapia, consultas, operação, recuperação pós-operatório e tratamento, a primeira paciente não conseguiu em tempo hábil, regularizar a sua situação como a de seus filhos no Brasil.

(...) espontaneamente, a primeira paciente dirigiu-se à Delegacia da Polícia Federal da cidade de Vilhena/RO objetivando regularizar a situação de todos, o que de fato ocorreu no dia 22/04/2005. Porém, ela e seus filhos foram notificados a deixarem o País no prazo de 8 (oito) dias úteis além de serem autuados em multa.

(...) procuraram ajuda que foi estendida pelo Ilustríssimo Defensor Público Lídio Luiz Chaves Barbosa (...) impetrou *habeas corpus* preventivo,

que foi distribuído nessa Seção Judiciária (...) sob o 2005.41.00.004068-3, 1ª Vara Federal, (...) teve deferida liminar para manutenção de 40 dias, sendo, ao final, julgado procedente.

Transcorrido tal prazo, (...) o Ilustre Defensor impetrou outro *habeas corpus* preventivo (...) sob o 2005.41.00.007242-2, mas que fora indeferido e julgado extinto sob o fundamento de litispendência e inexistência de fato novo, vez que os fatos alegados foram os mesmos da medida anterior.

Agora, o ora impetrante vem novamente rogar em nome dos pacientes pois *há fato novo*, (...) que demonstrará ao Poder Judiciário a necessidade de (...) permanecerem no Brasil, (...). (Cf. fls. 04/05 – grifei.)

E prosseguiu, afirmando que o “*fato novo*” está comprovado com os documentos que anexa à inicial, a saber, “*Relatório Médico do Hospital de Câncer de Barretos*” e “*Retorno ao Ambulatório — Fundação Pio XII — Barretos/SP*”, os quais “*demonstram que a primeira Paciente necessita a continuidade dos tratamentos e (...) que em data de 20/01/2006, deverá se fazer presente em Barretos/SP, para o tratamento de H+QT+C (quimioterapia)*”.

Sustentou, ainda, o Impetrante que “*a deportação ou prisão*” dos pacientes “*acarretará nítido constrangimento ilegal de sua liberdade de ir e vir, por abuso de poder (...) da Polícia Federal*”.

Diante disso, requereu a concessão da ordem para que fossem expedidos “*em favor dos pacientes os respectivos salvo-condutos, com expressa determinação de que não sejam presos e deportados pelas autoridades federais brasileiras, a fim de que lhes seja assegurado o direito de livre locomoção no território Nacional até que a primeira Paciente esteja devidamente curada da doença a qual está se submetendo ao devido tratamento (este em prazo indeterminado em razão da gravidade da enfermidade)*”.

O MM. Juiz *a quo*, sentenciando o feito, concedeu a ordem de *habeas corpus* em 07/03/2006 (cf. fls. 142/147).

A União Federal ingressou no feito, via recurso de apelação (fls. 162/166), requerendo a reforma da sentença, “*para o fim de denegar a ordem pleiteada*”.

Subiram os autos a esta Corte, onde receberam parecer ministerial “*pelo não conhecimento do recurso de apelação e pelo improvimento da remessa oficial*”.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: —  
1 Do Recurso de Apelação da União.

Não conheço do recurso de apelação, por isso que incabível, na hipótese, vez que a União não possui legitimidade para recorrer em sede de *habeas corpus*, que se constitui em remédio para a correção do abuso de poder que compromete a liberdade de locomoção.

A propósito, nesse sentido lecionam Vicente Greco Filho: “Na decisão concessiva o juiz remete, de ofício, os autos ao tribunal, cabendo, também, o recurso voluntário do Ministério Público, (...)” (in *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 326); e Julio Fabbrini Mirabete: “(...) só o Ministério Público pode interpor o recurso em sentido estrito nessa hipótese (...)” (in *Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 1991, p. 697).

Por outro lado, ainda que outro fosse o entendimento, conforme anotou o Ministério Público Federal, “o recurso de apelação da União não comporta conhecimento porque inadequado, visto que o recurso cabível contra decisão que concede ou nega a ordem de *habeas corpus* é em sentido estrito, a teor do disposto no art. 581, X, do Código de Processo Penal” e, tratando-se de erro grosseiro, não se aplica o princípio da fungibilidade (cf. fl. 183).

2 Do Recurso de Ofício.

Tem a r. sentença monocrática os seguintes fundamentos:

Merece acolhida a pretensão do impetrante. Fazem jus os pacientes ao benefício requestado.

Corroboram os documentos adunados aos autos pela impetrante sua versão fática. Apresenta-se a primeira paciente (Guilian), viúva e mãe dos outros 3 (três) pacientes, acometida de gravíssima doença e carecendo da companhia de seus familiares próximos no dispendioso tratamento médico.

Razões de ordem humanitária se sobrepõem a uma exegese literal da legislação de regência alusiva aos estrangeiros que permanecem no País.

Não se trata de fazer tábua rasa das normas legais que versam sobre a deportação. Entrementes, impõe-se colocar em relevo o altaneiro postulado constitucional de resguardo da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da vigorante Constituição da República).

A propósito, converge este Juízo à compreensão sufragada pelo nosso Egrégio TRF:

“A Constituição Federal preconiza que ninguém será submetido a tratamento desumano (art. 5º, III) e que o Estado garante a todos medidas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Dentro dessa visão de princípios, é inadmissível a deportação de turista estrangeiro, em grave estado de enfermidade, que clama por sua permanência no País enquanto recupera a saúde. (TRF 1ª Região, 3ª Turma, RHC 92.01.171544/MG, rel. Des. Fed. Vicente Leal, DJ31/08/1992.)

Respalda-se a postulação do Impetrante no mais consentâneo entendimento jurisprudencial em derredor de caso similar ao ora posto em dirimência.

Agrega-se a estas razões decisórias o parecer do Ministério Público Federal (fls. 136/140).

Sob esses fundamentos, concede-se a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Guilian Rosário Grimaldo Garcia, Andréa del Rosário Novoa Grimaldo, Karen Giuliana Novoa Grimaldo e Jorge Jesus Novoa Grimaldo, assegurando aos pacientes a permanência no País até o fim do tratamento médico a que se submete a primeira paciente, determinando à dita autoridade coatora que se abstenha da prática de atos tendentes à deportação dos pacientes.

Expeçam-se salvo-condutos.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição necessário, a teor do inciso I do art. 574 do CPP. (Cf. fls. 142/147.)”

Vejamos.

É certo que não se reveste de ilegalidade o ato impugnado que, na forma da lei, fixou prazo para a saída dos Pacientes do território nacional, por aqui se encontraram irregularmente, sob pena de deportação, com base no art. 57, da Lei 6.815/1980 c/c art. 98, I, do Decreto 86.715/1981 (cf. fls. 15 e ss).

Contudo, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, torna-se necessário que a lei seja interpretada com temperamentos, mormente quando se

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Ney Barros Bello Filho (convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz.

trata de *proteção à saúde*, à vista do princípio da “*dignidade da Pessoa Humana*”, inscrito no art.1º, III, da Constituição Federal.

Revela o exame desses autos que, perante o Juízo de origem, assim se pronunciou o ilustre representante do Ministério Público Federal, Dr. Francisco Marinho:

Trata-se de pedido de ordem de *habeas corpus*, formulado pela terceira vez, em benefício dos mesmos pacientes, tendo o Ministério Público Federal já se manifestado nos autos do processo 2005.41.00.004068-3, pela autorização da permanência de todos os pacientes em território nacional até a apresentação de alta hospitalar de Guilian Rosário à autoridade brasileira competente, bem como o cancelamento dos autos de infração, em razão da situação fática apresentada naquele momento.

Entretanto, o processo de deportação está sendo instaurado, inclusive com pedido da autoridade policial para que os pacientes permaneçam em liberdade Vigíada até sua implementação.

Restou demonstrado que os pacientes não têm condições financeiras e materiais para se retirarem do território brasileiro, tampouco a expulsão é medida adequada diante do quadro de saúde apresentado por um de seus familiares.

(...)

Advém da prova dos autos, que os pacientes entraram legalmente no País, com prazo de permanência por noventa dias, *com uma única finalidade, buscar atendimento médico especializado à genitora da família, portadora que é de câncer de mama*, instalando-se no Estado de Rondônia, por ter pessoas nesse local que lhes dariam apoio.

Consta dos autos, que *a paciente Guilian Rosário Grimaldo Garcia iniciou seu tratamento tão logo aqui chegou, porém, pela evolução de seu quadro clínico, foi encaminhada à cidade de Barretos, no Estado de São Paulo, onde é sabido, conta com instituição médica específica para o tratamento de câncer, com atendimento gratuito às pessoas necessitadas.*

Vê-se dos autos que *a paciente submeteu-se à cirurgia, sessões de quimioterapia, e agora apresenta quadro rescidivo da moléstia.* É fato que esse mal não é de cura imediata, *necessitando período longo de tratamento e observação, com retornos periódicos aos médicos que a acompanham e a realização de exames freqüentes.*

Por certo que seus filhos devem acompanhá-la nesse momento tão difícil em que necessita imensamente da ajuda familiar, somando-se ao fato de ser um menor contando com apenas cinco anos de idade, recomendando-se a manutenção da família unida.

A autoridade policial foi procurada espontaneamente pelos pacientes, que visavam regularizar suas estadias no Brasil, demonstrando com esse ato que não pretendem viver na clandestinidade, mas apenas poder circular no território brasileiro, sem constrangimentos, enquanto obtém-se o restabelecimento da saúde da paciente Guilian Rosário. Porém, atendo-se à legislação aplicável ao estrangeiro e seguindo-se à mais pura literalidade da lei, a autoridade coatora lavrou auto de infração, aplicando-se multa e estabelecendo-se prazo para retirada dos pacientes do País, sob pena de instaurar-se o processo de deportação.

Resta evidente que os pacientes, na condição em que se encontram, não possuem recursos financeiros para arcar com o valor da multa estabelecido. Mais evidente ainda que não possuem recursos para retorno ao País de origem, e esse recurso não se trata apenas do traslado, mas das condições que lá encontrarão de estabelecimento e continuidade do tratamento médico aqui iniciado. De outro giro, pura e simplesmente para a boa aplicação da legislação interna brasileira, *não se pode exigir o cumprimento do ato expedido pela autoridade coatora a todo custo, mesmo com lesão ao bem mais precioso do ser humano que é a vida.*

Nesse passo, observando que as normas aplicáveis aos estrangeiros foram editadas antes da atual Constituição Brasileira, há que se adequar sua aplicação ao princípios e garantias nela inseridos.

Nesse sentido trilha a jurisprudência, veja-se:

“As razões de Estado, em se tratando de direito individual de qualquer pessoa neste País, brasileiro ou estrangeiro, não podem transcender aos limites da Constituição da República. As leis penais, que como quaisquer outras têm que se conformar com os mandamentos constitucionais, sob pena de não valerem nada, não podem ser interpretadas preconceituosamente, ao sabor de cada situação”. (STJ, RHC 3.729/SP, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 19/09/1994.)

O art. 5º da Constituição Federal, norteado pelo princípio da igualdade, *garante a todos, brasileiros ou estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade* e, nos termos nela estabelecidos, assegura a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

É certo que a entrada, permanência e trânsito de estrangeiros é ato de soberania do Estado, havendo regras e restrições ao seu exercício, nos termos da lei. Porém, deve ser essa mesma legislação analisada de acordo com o caso concreto e



nos termos da Constituição Federal. Nesse caso, é evidente que a estada dos pacientes em nosso território em nada afeta a soberania e segurança nacional, estando, outrossim, em harmonia com os princípios humanitários.

(...). (Cf. fls. 136/139.)

Assim preceitua o art. 5º, *caput*, da vigente Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

E o art. 4º, II:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II – prevalência dos direitos humanos (...).

Apesar das diferenças relativas à sua designação, asseveram J. Ete Jane Fiorati e Etienne Brevighieri, que “*inexistem dúvidas quanto ao significado da expressão ‘Direitos Humanos’: são direitos essenciais da pessoa humana e seu reconhecimento configura um imperativo para o desenvolvimento da civilização*” (in “*Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional – Cidadania, democracia e direitos humanos*”. América Jurídica, 2002, p. 277).

Ora, comentando o referido dispositivo constitucional leciona J. Cretella Júnior:

Os “*direitos humanos*” deverão estar em primeiro plano. Deverão prevalecer. (...) No art. 2º da *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, está prescrito que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. O primeiro direito do homem, *depois do direito à vida*, é o direito à liberdade. (In “*Comentários à Constituição de 1988*”. Universitária, v. I, p. 172 – grifei.)

Pois bem, dispõe o art. III da “*Declaração Universal de Direitos Humanos*” (1948):

Toda pessoa tem *direito à vida*, à liberdade e à segurança pessoal.

E o art. 6º, § 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16/12/1966 e ratificado pelo Brasil em 24/01/1992, preceitua:

O *direito à vida* é inerente à pessoa humana.

Discorrendo sobre “*O processo de internacionalização dos direitos humanos*”, assim se manifesta André de Carvalho Ramos:

Esses tratados de direitos humanos são diferentes dos tratados que normalizam vantagens mútuas aos Estados contratantes. Com efeito, o objetivo dos tratados de direitos humanos é a *proteção de direitos de seres humanos* diante do Estado de origem ou diante de outro Estado contratante, sem levar em consideração a nacionalidade do indivíduo-vítima.

Assim, um Estado, frente a um tratado multilateral de direitos humanos, assume várias obrigações para com os indivíduos sob sua jurisdição, independentemente da nacionalidade, e não para com outro Estado contratante, criando o chamado *regime objetivo das normas de direitos humanos*.

Esse *regime objetivo* é o conjunto de normas protetoras de um interesse coletivo dos Estados, em contraposição aos regimes de reciprocidade, nos quais impera o caráter *quid pro quo* nas relações entre os Estados. Logo, os tratados de direitos humanos estabelecem obrigações objetivas, entendendo estas como obrigações *cujo objeto e fim* são a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana.

Por isso, afirmamos que os tratados de direitos humanos não são tratados multilaterais tradicionais, concluídos para a troca recíproca de benefícios entre os Estados contratantes. Seu objetivo é a *proteção dos direitos humanos*, independentemente da nacionalidade, gerando para isso uma *ordem legal internacional que visa beneficiar, acima de tudo, o indivíduo*.

(...)

A natureza *sinalagnática* não é requisito essencial destes tratados. Assim, as obrigações estatais são efetivadas em prol do indivíduo e não em prol de interesses materiais do Estado.

Portanto, a objetividade da proteção dos direitos humanos consiste na *impossibilidade da utilização do princípio geral de Direito Internacional da reciprocidade*. A violação de um tratado multilateral de proteção aos direitos humanos em nada afeta a obrigação de outro Estado-parte, que continuará obrigado pelas normas do *mesmo tratado*. (in “*Pro-*

cesso *Internacional de Direitos Humanos*". Renovar, 2002, p. 28/29 e 33 – grifei.)

Como se isso não bastasse, Celso Ribeiro Bastos, comentando o referido art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, leciona:

A Constituição procura determinar os destinatários dos direitos individuais esclarecendo que a sua proteção se estende aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

A atual redação é fruto de uma evolução histórica que no seu início era mais restritiva com relação à proteção conferida aos estrangeiros.

A despeito da fórmula ampla que adotou, ainda assim cremos que ela não pode ser entendida na sua literalidade, sob pena de ficarmos em muitas hipóteses aquém do que pretendeu o constituinte. Senão vejamos: se por acaso um estrangeiro em trânsito pelo País, portanto não-residente, fosse tolhido em sua liberdade de locomoção, chegar-se-ia ao ponto de denegar-lhe o *habeas corpus*, sob o fundamento de que carece da residência no Brasil para dele se beneficiar? Por acaso ainda, recusar-se-ia a devida proteção à propriedade de um estrangeiro que porventura nem residisse no País? Seria esta uma razão para poder confiscar-lhe a propriedade sem indenização? A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão "brasileiros e estrangeiros residentes no País" é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira.

Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil.

Portanto, *a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. (...)*. (in "Comentários à Constituição do Brasil". Saraiva, 2001, v. 2, p. 4/5 – grifei.)

Efetivamente, a "vida" não tem "cor", "nacionalidade" ou "sexo".

Finalmente, cabe destacar retalhos do Voto do eminente Ministro Vicente Leal, quando ainda atuava nesta colenda Corte, proferido no julgamento do RHC 92.01.171544/MG, em caso análogo ao presente:

(...) Saúde é bem indissociável da pessoa humana. Deve ser preservada com todos os meios de que o Estado dispõe. Isso, *tanto em relação aos*

*nacionais como aos estrangeiros que eventualmente aqui estejam.*

Nessa situação, a deportação da paciente — ato previsto na legislação ordinária — deve aguardar seu restabelecimento, em reverência aos postulados constitucionais (...). (3ª Turma, DJ 21/09/1992.)

Isso posto, não conheço do recurso interposto pela União e nego provimento ao recurso de ofício.

É como voto.

# Quinta Turma

## Apelação Cível

**2000.34.00.013305-3/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus  
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado)  
Apelante: Ministério Público Federal  
Procuradora: Dra. Eliane Pires Rocha  
Apelada: Caixa Econômica Federal – CEF  
Advogados: Dr. Ubiraci Moreira Lisboa e outros  
Apelada: União Federal  
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero  
Apelado: Fernando Henrique Cardoso  
Procurador: Dr. Antonio Roberto Basso  
Apelado: Emilio Humberto Carazzi Sobrinho  
Advogado: Dr. Alexandre Wagner Vieira da Rocha  
Publicação: DJ 2 de 14/06/2007

## Ementa

*Ação civil pública. FGTS. Aplicação dos recursos e disponibilidades financeiras do fundo. Adequação da via eleita. Possibilidade jurídica do pedido. Dever de regulamentação da norma legal.*

I – Impossibilidade jurídica do pedido só existe quando a tutela jurisdicional buscada não é prevista em abstrato no Ordenamento Jurídico, ou por este é vedada.

II – A ação civil pública em exame pede a declaração de ilegalidade da aplicação de verbas do FGTS com retorno dos valores indevidamente aplicados para o Fundo. Cumulativamente pede a imposição de obrigação de fazer aos réus, no sentido de os recursos do FGTS só serem aplicados em suas finalidades legalmente traçadas. Pede-se ainda a condenação do Presidente da República a emitir a norma regulamentar exigida pela lei que rege o FGTS. Por último, busca a condenação na obrigação de fazer consistente na implantação de política habitacional eficiente.

III – Resumem-se os pedidos, então, a declaração de ilegalidade e imposição de uma série de obrigações de fazer e não fazer, tutelas corriqueiras e previstas no ordenamento processual e, em particular, na Lei de Ação Civil Pública. Nenhuma vedação existe em qualquer norma contra este tipo de pedidos.

IV – A via eleita é adequada, posto que não se busca o conhecimento de qualquer inconstitucionalidade, nem mesmo por omissão em relação a uma norma constitucional. O que se pretende são obrigações de fazer e não fazer em torno da aplicação dos recursos do FGTS, de modo a que tal aplicação siga exatamente os ditames já delimitados pela sua lei de regência. A própria declaração de ilegalidade de aplicações que vem sendo feitas não passa de um conhecimento incidental para justificar a aplicação das obrigações pretendidas pelo MPF. A ACP, nos termos do art. 3º da Lei 7347/1985, tem entre seus objetos possíveis a imposição de obrigação de fazer, de modo que fica para o mérito saber se é lícito ou não impô-las, porém, não há dúvida de que a via processual é adequada para discuti-las.

V – Mesmo no que tange à edição de decreto regulamentar, temos mera obrigação de fazer restrita a prática de um ato administrativo normativo já delimitado e exigido pela Lei de FGTS, não se confundindo a situação com aquela que deve ser veiculada em ação de inconstitucionalidade por omissão, até porque, nesta última, a omissão é

em relação à regulamentação da Carta Magna e não de uma lei, além de se prender à necessidade de tal regulamentação para permitir o exercício de direitos. Aqui se pede a regulamentação necessária para praticar uma política pública imposta em lei (política habitacional com o uso dos recursos de FGTS), para o que a ação de inconstitucionalidade por omissão não seria cabível.

VI – Sentença reformada, partindo-se diretamente para o mérito nos termos do art. 515, §3º, do CPC.

VII – O MPF acusa os réus de não estarem cumprindo o art. 9º da Lei 8.036/1990 no que tange à aplicação dos recursos do FGTS, entretanto não produziu *nenhuma* prova, nem mesmo juntou qualquer documento que seja com sua inicial. Só por aí a pretensão já não poderia ser acolhida (art. 333, I, do CPC).

VIII – Observando a prova desnecessariamente produzida pelos réus, porém, se vê já pelo relatório gerencial de acompanhamento e avaliação dos programas habitacionais (fls.68/129) que estava havendo grande investimento em habitação, não tendo tal prova sido desmentida pelo MPF com outra de mesmo nível. Em especial necessário seria que fosse demonstrado que menos de 60% dos recursos do Fundo estão sendo aplicados em habitação, o que ofenderia o art. 9º, §3º, da Lei 8.036/1990, porém não é isto que se vê no documento citado.

IX – Simplesmente não há prova de que o percentual mínimo de aplicação tenha sido ferido e, em contraponto, há prova de que os recursos estão sendo aplicados razoavelmente em todo País.

X – O que se deduz das peças do MPF, a começar pela inicial, é que sua pretensão centra-se em querer que *todos* os recursos do FGTS sejam aplicados em habitação, saneamento e infra-estrutura urbana, sem que qualquer parte do dinheiro fique parada, porém isto é que ofenderia a lei.

XI – Com efeito, o art. 9º, §2º, da Lei 8.036/1990 ao mesmo tempo que determina a aplicação de recursos do Fundo nas finalidades defendidas pelo MPF, *também* determinada que *sejam mantidas disponibilidades financeiras em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda*.

XII – Vale dizer, a própria lei de regência comanda que uma parte do dinheiro seja mantido parado ou ao menos em situação de fácil liquidez, não se podendo jamais investir todo o Fundo no programas habitacionais, de saneamento e infra-estrutura, pois estes não tem nenhuma liquidez. Em suma, fazer o que o MPF pede seria condenar o Fundo à insolvência.

XIII – Nesse cenário atende ao interesse público e está dentro do princípio da razoabilidade que os réus, para não deixar o dinheiro simplesmente parado, o que também seria danoso, venham a aplicar a disponibilidade em aplicação de alta liquidez e que garantam o retorno mínimo necessário à manutenção do Fundo. É por isso que se faz, como se vê no documento de fls. 150/163, aplicações em títulos da dívida pública federal.

XIV – Quanto à falta de regulamentação, engana-se o MPF, pois já foi emitido o decreto regulamentador, o qual delega atribuições do presidente para o conselho gestor do Fundo, algo plenamente possível e que não esbarra nem em lei e muito menos na Constituição. Em particular é possível e razoável a delegação da fixação do conceito de habitação popular para pautar os investimentos do FGTS, pois ninguém melhor do que o Conselho Gestor do Fundo é que terá dados e técnica para decidir a respeito das melhores aplicações para em um só tempo ter uma política habitacional eficiente, mas sem lesar o Fundo e os trabalhadores que nele confiam.

XV – O pedido de implantação de política habitacional eficiente parte da premissa não comprovada de que a política habitacional então vigente não era eficiente, porém tal premissa pedia a prova, não produzida pelo MPF, no sentido de que era possível aplicar melhor os recursos, o que por sua vez pedia um projeto específico e detalhado mostrando quais as falhas do sistema então vigente e o que poderia ser melhorado ou substituído. Pedir apenas a condenação a implantar sistema mais eficiente beira a inexistência de pedido, até porque o juiz que proferisse tal condenação, nos moldes frágeis lançados neste processo, nem teria parâmetros para depois saber o que é eficiente (sic) e, por conseqüência não teria como dizer que sua decisão foi descumprida.

XVI – Apelação provida para reformar a sentença de extinção, mas julgando o pedido improcedente no mérito.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação, apenas para reformar a sentença de extinção, mas julgando improcedente o pedido de mérito.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 16/05/2007.

Juiz Federal *Cesar Augusto Bearsi*, Relator convocado.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi:* — Trata-se de apelação contra sentença que julgou extinta ação civil pública, sem conhecimento de mérito, dada a impossibilidade jurídica do pedido e a inadequação da via eleita. O MPF defende estarem presentes os pressupostos processuais e condições da ação e, no mérito, pugna pela procedência do pedido.

Nas contra-razões, os réus se filiaram à sentença.

O MPF, em 2º grau, dá parecer a favor do provimento total do recurso.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi:* —

I – Impossibilidade jurídica do pedido:

Impossibilidade jurídica do pedido só existe quando a tutela jurisdicional buscada não é prevista em abstrato no Ordenamento Jurídico, ou por este é vedada.

A ação civil pública em exame pede a declaração de ilegalidade da aplicação de verbas do FGTS com retorno dos valores indevidamente aplicados para o Fundo.

Cumulativamente pede a imposição de obrigação de fazer aos réus, no sentido de os recursos do FGTS só serem aplicados em suas finalidades legalmente traçadas.

Pede-se ainda a condenação do Presidente da República a emitir a norma regulamentar exigida pela lei que rege o FGTS.

Por último, busca a condenação na obrigação de fazer consistente na implantação de política habitacional eficiente.

Resumem-se os pedidos, então, a declaração de ilegalidade de atos da Administração e imposição de uma série de obrigações de fazer e não fazer, tutelas corriqueiras e previstas no ordenamento processual e, em particular, na Lei de Ação Civil Pública.

Nenhuma vedação existe em qualquer norma contra este tipo de pedidos.

II – Adequação da via eleita:

A via eleita é adequada, posto que não se busca o conhecimento de qualquer inconstitucionalidade, nem mesmo por omissão em relação a uma norma constitucional.

O que se pretende são obrigações de fazer e não fazer em torno da aplicação dos recursos do FGTS, de modo a que tal aplicação siga exatamente os ditames já delimitados pela sua lei de regência.

A própria declaração de ilegalidade de aplicações que vem sendo feitas não passa de um conhecimento incidental para justificar a aplicação das obrigações pretendidas pelo MPF.

A ACP, nos termos do art. 3º da Lei 7.347/1985 tem entre seus objetos possíveis a imposição de obrigação de fazer, de modo que fica para o mérito saber se é lícito ou não impô-las, porém, não há dúvida de que a via processual é adequada para discuti-las.

Mesmo no que tange à edição de decreto regulamentar, temos mera obrigação de fazer restrita a prática de um ato administrativo normativo já delimitado e exigido pela Lei de FGTS, não se confundindo a situação com aquela que deve ser veiculada em ação de inconstitucionalidade por omissão, até porque, nesta última, a omissão é em relação à regulamentação da Carta Magna e não de uma lei, além de se prender à

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes.



necessidade de tal regulamentação para permitir o exercício de direitos.

Aqui se pede a regulamentação necessária para praticar uma política pública imposta em lei (política habitacional com o uso dos recursos de FGTS), para o que a ação de inconstitucionalidade por omissão não seria cabível.

### III – Conclusão preliminares:

Sentença reformada, partindo-se diretamente para o mérito nos termos do art. 515, §3º, do CPC.

### IV – Mérito:

O MPF acusa os réus de não estarem cumprindo o art. 9º da Lei 8.036/1990 no que tange à aplicação dos recursos do FGTS, entretanto não produziu *nenhuma* prova, nem mesmo juntou qualquer documento que seja com sua inicial. Só por aí a pretensão já não poderia ser acolhida (art. 333, I, do CPC).

Observando a prova desnecessariamente produzida pelos réus, porém, se vê já pelo relatório gerencial de acompanhamento e avaliação dos programas habitacionais (fls.68/129) que estava havendo grande investimento em habitação, não tendo tal prova sido desmentida pelo MPF com outra de mesmo nível.

Em especial necessário seria que fosse demonstrado que menos de 60% dos recursos do Fundo estão sendo aplicados em habitação, o que ofenderia o art. 9º, §3º, da Lei 8.036/1990, porém não é isto que se vê no documento citado.

Simplesmente não há prova de que o percentual mínimo de aplicação tenha sido ferido e, em contraponto, há prova de que os recursos estão sendo aplicados razoavelmente em todo País.

O que na verdade se deduz das peças do MPF, a começar pela inicial, é que sua pretensão centra-se em querer que *todos* os recursos do FGTS sejam aplicados em habitação, saneamento e infra-estrutura urbana, sem que qualquer parte do dinheiro fique parada, porém isto é que ofenderia a lei.

Com efeito, o art. 9º, §2º, da Lei 8.036/1990, ao mesmo tempo que determina a aplicação de recursos do Fundo nas finalidades defendidas pelo MPF, *também* determinada que *sejam mantidas disponibilidades financeiras em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.*

Vale dizer, a própria lei de regência comanda que uma parte do dinheiro seja mantido parado ou ao menos em situação de fácil liquidez, não se podendo jamais investir todo o Fundo nos programas habitacionais, de saneamento e infra-estrutura, pois estes não tem nenhuma liquidez.

Em suma, fazer o que o MPF pede seria condenar o Fundo à insolvência, ou ao menos lhe retirar a liquidez mínima necessária para honrar seu primeiro compromisso, que é com os trabalhadores que nele tem depósitos.

Nesse cenário atende ao interesse público e está dentro do princípio da razoabilidade que os réus, para não deixar o dinheiro simplesmente parado, o que também seria danoso, venham a investir a disponibilidade em aplicação de alta liquidez e segurança, a qual garanta o retorno mínimo necessário à manutenção do Fundo.

É por isso que se faz, como se vê no documento de fls. 150/163, aplicações em títulos da dívida pública federal.

Quanto à falta de regulamentação, engana-se o MPF, pois já foi emitido o decreto regulamentador, o qual delega atribuições do presidente para o conselho gestor do Fundo, algo plenamente possível e que não esbarra nem em lei e muito menos na Constituição.

Os pontos que o MPF reclama por não terem sido expressos no decreto é porque foram delegados ao Conselho e isto é aceitável.

É possível e razoável a delegação da fixação do conceito de habitação popular para pautar os investimentos do FGTS, pois ninguém melhor do que o Conselho Gestor do Fundo é que terá dados e técnica para decidir a respeito das melhores aplicações para em um só tempo ter uma política habitacional eficiente, mas sem lesar o Fundo e os trabalhadores que nele confiam.

O pedido de implantação de política habitacional eficiente parte da premissa não comprovada de que a política habitacional então vigente não era eficiente, porém tal premissa pedia a prova, não produzida pelo MPF, no sentido de que era possível aplicar melhor os recursos, o que por sua vez pedia um projeto específico e detalhado mostrando quais as falhas do sistema então vigente e o que poderia ser melhorado ou substituído.

Pedir apenas a condenação a implantar sistema mais eficiente beira a inexistência de pedido, até porque o juiz que proferisse tal condenação, nos moldes frágeis lançados neste processo, nem teria parâmetros para depois saber o que é eficiente(sic) e, por consequência não teria como dizer que sua decisão foi descumprida.

Não bastasse isto é certo que com o tempo decorrido desde o ajuizamento da ação, inclusive com uma troca de governo e o ingresso de novo presidente que já cumpriu todo um mandato, a esta altura a política habitacional talvez nada mais tenha em comum com aquela atacada pela inicial.

Apelação provida para reformar a sentença de extinção, mas julgando o pedido improcedente no mérito.

É o meu voto.

# Sexta Turma

---

## Remessa *Ex Officio*

**2003.01.00.041809-3/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente  
Autores: Américo Cesar Antunes e outro  
Advogados: Dr. Claudismar Zupiroli e outro  
Réu: Globo Comunicações Ltda.  
Advogado: Dr. Manuel Martins Teixeira Pinto  
Ré: Radio e Televisão Bandeirantes Ltda.  
Advogados: Dr. Rogério Avelar e outros  
Ré: Iva Banda C. Ltda.  
Advogados: Dra. Carmem Laíze Coelho Monteiro e outros  
Ré: União Federal  
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero  
Remetente: Juízo Federal da 15ª Vara – DF  
Publicação: DJ 2 de 18/06/2007

---

## Ementa

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação popular. Portarias ministeriais que outorgam permissão para exploração de serviço de televisão por assinatura, via satélite, sem prévia licitação. Nulidade. Efeitos ex nunc. Situação fática consolidada com a exploração do serviço desde 1994. Tutela inibitória, visando à remoção do ilícito administrativo.*

I – A ausência de regulamentação sobre o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH) não autoriza a outorga de permissão para sua exploração, sem o prévio procedimento licitatório, cuja exigência decorre da própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988.

II – Considerando que as portarias, ora, impugnadas, outorgavam a permissão para exploração do serviço de televisão por assinatura, via satélite, às empresas requeridas, sem a prévia licitação, por um período de 15 (quinze) anos, a partir de 1994, há de ser preservada a situação de fato consolidada, com a exploração do serviço pelas aludidas empresas, há quase 13 (treze) anos, conferindo-se, pois, ao *decisum* da presente ação, efeitos *ex nunc*, para remoção do ilícito administrativo, na espécie dos autos.

III – Remessa oficial parcialmente provida.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 28/05/2007.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Cuida-se de remessa oficial da sentença proferida pelo douto Juízo da 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos da ação popular proposta por Américo César Antunes e outro contra a Globo Comunicações e Participações Ltda., objetivando a anulação das Portarias Ministeriais 87, 88 e 89/1996, que concederam permissão de exploração do serviço de televisão por assinatura via satélite (sistema DTH) às empresas rés, sem a prévia regulamentação do serviço e o regular procedimento licitatório, julgou improcedente o pedido (fls. 838/839).

Sem recurso voluntário, subiram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se a douta Procuradoria Regional da República pelo não provimento da remessa oficial (fls. 855/857).

Este é o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — I A sentença remetida resumiu e decidiu a espécie dos autos, nestas letras:

Requereram os autores populares a anulação das portarias ministeriais 87, 88 e 89/1996, que concederam permissão de exploração do serviço de televisão por assinatura via satélite (sistema DTH) às empresas rés. Alegaram, basicamente, que: a) a globopar seria controlada por duas empresas estrangeiras; b) as portarias seriam ilegais, em razão de não terem sido precedidas de permissão anterior, da devida regulamentação do serviço e do regular procedimento licitatório. Os réus contestaram a ação. O pedido de medida liminar foi indeferido. Os autores populares replicaram. Não houve produção de prova adicional. As partes apresentaram alegações finais. O MPF opinou pela procedência do pedido. É o relatório.

2. Forçoso é convir que nem os autores populares, nem muito menos o Ministério Público Federal,

desincumbiram-se do ônus de demonstrar que a globopar seria controlada por empresas estrangeiras.

3. No que se refere à segunda e derradeira alegação, verifica-se que o serviço de DTH (direct to home) não se enquadra como de radiodifusão e, portanto, sua outorga prescinde de licitação.

4. Os serviços de radiodifusão, nos termos do Decreto 52.795, de 31/10/1963, compreendem a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral.

5. Já o serviço de DTH é classificado como sendo de telecomunicação. Tanto é que nos termos da Portaria 23, de 31/05/1996, do Ministério das Comunicações, esse serviço assim é definido: "...o serviço de Televisão por Assinatura Via Satélite (DTH) é o serviço especial de telecomunicações que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão através de sistema via satélite e assinantes localizados na área de prestação de serviços."

6. Ora, o art. 223 da Constituição Federal não se refere à telecomunicação, mas apenas à radiodifusão, o que implica dizer que a exigência contida no art. 37, inciso XXI e §§ 1º e 2º, por óbvio *in casu* não tem aplicação.

7. Ademais, o diploma normativo que disciplinava a matéria, à época da edição das portarias, qual seja, a Lei 8.977/1995, não exigia a licitação prévia para outorga de serviço de telecomunicação via satélite. Senão, vejamos os comandos legais referidos:

Art. 11. O início do processo de outorga de concessão para o serviço de TV a Cabo dar-se-á por iniciativa do Poder Executivo ou a requerimento do interessado.

Art. 12. Reconhecida a conveniência e a oportunidade de implantação do serviço de TV a Cabo pretendido, será publicado edital convidando os interessados a apresentar suas propostas, na forma determinada em regulamento.

Art. 13. O processo de decisão sobre outorgas para o serviço de TV a Cabo será definido em norma do Poder Executivo, que incluirá:

I - definição de documentos e prazos que permitam a avaliação técnica das propostas apresentadas pelos interessados;

II - critérios que permitam a seleção entre várias propostas apresentadas;

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado). Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

III - critérios para avaliar a adequação da amplitude da área de prestação do serviço, considerando a viabilidade econômica do empreendimento e a compatibilidade com o interesse público;

IV - um roteiro técnico para implementação de audiência dos interessados de forma a permitir comparação equitativa e isenta das propostas.

Art. 14. As concessões para exploração do serviço de TV a Cabo não terão caráter de exclusividade em nenhuma área de prestação do serviço.

Art. 15. As concessionárias de telecomunicações somente serão autorizadas a operar serviço de TV a Cabo na hipótese de desinteresse manifesto de empresas privadas, caracterizado pela ausência de resposta a edital relativo a uma determinada área de prestação de serviço.

8. Somente com o advento do Decreto 2.206, de 14/04/1997, que aprovou o Regulamento do Serviço de TV a Cabo, é que se passou a exigir o procedimento licitatório.

9. Por fim, a pura e simples leitura dos artigos transcritos acima revelam que a edição das portarias combatidas se deu em consonância com a lei.

10. Ante o exposto, julgo improcedente o pedido. Sem honorários nem custas. Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição (fls. 855/857).

## II

Na hipótese dos autos, pretende o autor popular a anulação das Portarias 86, 87 e 88/1996, que outorgam permissão às empresas requeridas para exploração do Serviço de Televisão por Assinatura, Via Satélite, sem que haja a prévia regulamentação da matéria e o regular procedimento licitatório.

Em sendo assim, inicialmente registro que não se trata de exploração do serviço de TV a Cabo, como entendera o ilustre magistrado *a quo*, não sendo, portanto, aplicado à espécie as disposições do Decreto 2.206/1997.

Por outro lado, o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH), questionado nos presentes autos, restou regulamentado, também, somente no ano de 1997, por meio do Decreto 2.196, de 08/04/1997, e pela Portaria 321, de 21/05/1997, que aprova a Norma do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH) 08/1997, sendo nesta última definido como “*uma das modalidades de Ser-*

*viços Especiais regulamentados pelo Decreto 2.196, de 08/04/1997, que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação do serviço*”.

Feitas estas considerações, de outra banda, com a devida vênia do entendimento firmado pelo Juízo monocrático, entendo que a ausência de regulamentação sobre o serviço de telecomunicação, em apreço, tecnologia DTH (*Direct to Home*), quando da edição das Portarias, ora, impugnadas, não autoriza a outorga de permissão para sua exploração, sem o prévio procedimento licitatório, mas, pelo contrário, desautoriza a própria exploração do serviço, até que haja regulamentação da matéria.

Com efeito, a exigência de prévia licitação para concessão ou permissão de exploração dos serviços de telecomunicações, como no caso, decorre da própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988.

Sobre a matéria, dispõe o art. 21, XI, da Carta Magna que “*compete à União (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*”. Por sua vez, o art. 175, da Carta Política Federal, determina que “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”. Impondo a prévia licitação às contratações feitas pela Administração, preceitua, também, o art. 37, XXI, que “*ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...)*”.

A Lei 8.666/1993, regulamentando o art. 37, XXI, da CF/1988, expressamente consigna, em seu art. 2º, que “*as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei*”.

Assim, não há que se falar em desnecessidade de prévio procedimento licitatório para permissão da exploração de serviço de telecomunicação, por ausência



de disposição legal que o exija. A Carta Magna, pelo visto, assim o exige, desde 05/10/1988.

A todo modo, considerando que as Portarias, ora, impugnadas, outorgavam a permissão para exploração do serviço de televisão por assinatura, via satélite, às empresas requeridas, por um período de 15 (quinze) anos, a partir de 1994 (fls. 20/22), há de ser preservada a situação de fato consolidada com a exploração do serviço pelas aludidas empresas há quase 13 (treze) anos, conferindo-se, pois, ao *decisum* da presente ação, efeitos *ex nunc*.

### III

Com estas considerações, *dou parcial provimento à remessa oficial*, para, reformando a sentença monocrática, declarar a nulidade, com efeito *ex nunc*, das portarias questionadas nos presentes autos, determinando à União Federal, através dos órgãos competentes, a instauração, no prazo de (90) noventa dias, do procedimento licitatório, indispensável à exploração do serviço de televisão por assinatura, via satélite, objeto da presente ação.

Este é meu voto.

# Sétima Turma

## **Agravo Interno no Agravo 2006.01.00.048522-5/MG**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral  
Agravante: José Carlos de Souza e outros  
Advogados: Dr. Thiago Tomaz Siuves Pessoa e outros  
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Antonio Eymard Fontes de Paula Ricardo  
Publicação: DJ 2 de 15/06/2007

### **Ementa**

*Previdenciário e Processual Civil. Exceção de pré-executividade para excluir co-responsável da EF. Fatos geradores do crédito previdenciário contemporâneos à participação na sociedade: rejeição em face da responsabilidade solidária (art. 13 da Lei 8.620/1993) e em razão do disposto no CTN (art. 121, parágrafo único, II, c/c art. 128 e art. 134, III). Seguimento negado. Agravo interno não provido.*

I – A execução fiscal, espécie de “processo de execução”, é instruída com o título executivo (CDA) e nada mais. Decorre do direito de ação da autarquia previdenciária redirecionar a execução contra o sócio reputado, nos termos da lei, co-responsável tributário (solidário), ainda que seu nome não conste da CDA, não cabendo ao magistrado, nesse instante, nenhum juízo de valor, senão que, no momento próprio (embargos), resolver eventual recusa da “responsabilidade” em sede de contraditório (para ambas as partes), arcando o(a) exequente, se o caso, com os ônus de sua eventual incúria ou leviandade.

II – A responsabilidade da empresa devedora principal (contribuinte) não exclui a atribuída pela lei (Lei 8.620/1993) aos sócios cotistas de forma solidária pelos recolhimentos das contribuições previdenciárias, de modo que desinfluyente que o STJ venha negando vigência ao art. 13 da Lei 8.620/1993.

III – O sujeito passivo da obrigação tributária principal, nos termos do art. 121, parágrafo único, II, do CTN, além do próprio contribuinte, é o responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

IV – A responsabilidade tributária está disciplinada no CTN (capítulo V, Seção I.) que, no seu art. 128, dispõe que “sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”. Já o art. 134, III, do mesmo CTN, ao tratar da responsabilidade de terceiros, disciplina: “art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I (...); III. os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes.”

V – Conjugando-se estes artigos, temos que ao terceiro que administra bens, aí entendida a administração da sociedade, por isso que o sócio-gerente é aquele que administra o patrimônio da empresa, que tem como proprietários os sócios (obviamente que incluído o próprio administrador, no caso de ser ele também sócio), é atribuída responsabilidade tributária solidária (subsidiária), por expressa determinação legal, amparada na letra do art. 134, III.

VI – O art. 135, também do CTN, expressa a responsabilidade pessoal do terceiro, ou seja, afastada a responsabilidade do próprio contribuinte, e, como expressamente determina, somente aplicável na situação excepcional

de ter agido o mandatário com excesso de poderes ou infração à lei, em atos e fatos extravagantes (não rotineiros) o que, por evidente, necessita ser provado.

VII – A omissão no não cumprimento da obrigação tributária expressa no art. 113 do CTN (que tem como objeto o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária) tem, como consequência primeira, a responsabilização do responsável tributário (art. 121, parágrafo único, II), aplicável o art. 128, o que leva à responsabilidade do terceiro, nos exatos termos do art. 134, III, responsabilidade de cunho ordinário. O art. 135, responsabilidade “pessoal” (não solidária), trata somente de casos excepcionais, não tendo aplicação senão quando existente situação extravagante.

VII – Peças liberadas pelo Relator, em 08/05/2007, para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a 7ª Turma negar provimento ao agravo interno, por maioria.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 08/05/2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Por agravo protocolizado em 15/12/2006, os agravantes pediram, com efeito suspensivo ativo, a reforma da decisão datada de 26/04/2006 (f. 225/6 e f. 235), do MM. Juiz de Direito Areclides José do Pinho Rezende, da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Contagem/MG, que, nos autos da EF 07905218478-9, ajuizada em 08/08/2005 pela FN contra Hospital da Criança São José Ltda. e os agravados, para cobrança de contribuição previdenciária, período 01/1995 a 03/1997, no valor de R\$ 44.474,97, lhes rejeitou exceção de pré-executividade (f. 81/101 e f. 144/63) em que alegavam sua ilegitimidade passiva, ao fundamento de que “(...) compulsando os autos, verifica-se que os coobrigados, em momento algum, negaram sua participação no quadro societário da empresa executada, argumentando, tão-somente, que à época do fato gerador não exerciam o cargo de gerente/administrador. *In casu*, aplica-se o disposto no art. 13 da Lei 8.620/1993”.

Os agravantes alegaram: a) inexistência de dolo ou fraude na hipótese; b) que “parte dos agravantes sequer exerceu cargo de administração ou gerência do hospital; c) a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/1993.

Por decisão datada de 10/01/2007 (f. 246/7 – DJ II 19/01/2007), o Relator Convocado, Juiz Federal Ra-

fael Paulo Soares Pinto, negou seguimento ao agravo, por manifestamente improcedente, nestes termos:

3. A EF foi ajuizada contra a devedora principal e os seis co-responsáveis indicados na CDA. Para inclusão de co-responsável no pólo passivo de EF, desnecessário qualquer outra comprovação pelo exequente além das CDAs (f. 20/38):

*Tributário. Execução Fiscal. (...)*

2. (...) a responsabilidade atribuída pela lei ao sócio-cotista tem respaldo no art. 124, II, do CTN e independe de comprovação, pelo credor exequente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei, ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora. (...)

(STJ, AGREsp 410080, Rel. Min. Teori Zavascki, T1, maioria, DJ 10/05/2004). Neste mesmo exato sentido o REsp 611396, Rel. Min. Francisco Falcão, T1, maioria, DJ 09/08/2004.

4. A responsabilidade dos sócios de sociedade limitada é solidária, consoante o disposto no art. 124, II, do CTN c/c art. 13 da Lei 8.620/1993:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei (*grifei*).

Parágrafo único: A solidariedade referida nesse artigo não comporta benefício de ordem.

Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade

limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente com seus bens pessoais quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.

5. A CDA goza da presunção de liquidez e certeza, cabendo ao executado provar o contrário:

*Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. (...) Ilegitimidade passiva ad causam dos sócios. (...) Matéria probatória. (...) Necessidade de embargos à execução.*

(...)

Se a controvérsia acerca da ilegitimidade puder ser resolvida por prova inequívoca, sem necessidade de qualquer dilação, cabível será a exceção de pré-executividade.

A questão em torno da ilegitimidade passiva dos sócios, cujos nomes constam na CDA, demanda dilação probatória acerca da responsabilidade decorrente do art. 135 do Código Tributário Nacional, em razão da presunção de liquidez e certeza da referida certidão (art. 204 do CTN).

*In casu*, é imprescindível a oposição de embargos à execução para a apresentação da defesa, visto que a análise da questão depende de produção de provas.

Recurso especial não conhecido.

(STJ), REsp 336468/DF; Rel. Min. Franciulli Netto, T2, DJ 30/06/2003, p.180).

6. A lei goza, no ordenamento jurídico brasileiro, da “presunção” de constitucionalidade, assim como os atos administrativos gozam da presunção de legalidade, que nenhum julgador pode, monocraticamente, afastar em decisão interlocutória. Questão relativa à constitucionalidade de lei, na hipótese, é matéria afeta a embargos a ser decidida após amplo contraditório, devidamente processado o feito.

7. No mais, eventual questão relativa à não-responsabilização de ex-sócio falecido (ou a responsabilidade por sucessão) é matéria a ser discutida nos embargos diante da necessidade de dilação probatória, como apontado na decisão a quo.

Por petição protocolizada em 25/01/2007 (f. 252/65), os agravantes (particulares) tomam agravo interno, alegando: *a*) inexistência de comprovação da responsabilização dos sócios, segundo o art. 135 do CTN; *b*) inaplicabilidade do art. 13 da Lei 8.620/1993, por inconstitucional; *c*). que os sócios José Carlos de

Souza, Inês Cotta Malaquias, Sérgio Morais de Almeida e Valéria Cansado Cardoso nunca exerceram a gerência da executada; *d*) que desnecessária dilação probatória para apurar a não-responsabilização dos sócios, um dos quais já falecido (José Pio Cardoso).

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:*  
— A hipótese é de ajuizamento de execução contra a devedora principal e seis co-responsáveis cujos nomes constam da CDA (f. 20/38). Devidamente citados, os co-responsáveis, ora agravantes, opuseram exceção de pré-executividade (f. 81/101 e f. 144/63) aduzindo sua ilegitimidade passiva.

Os agravantes não juntaram todas as alterações contratuais da devedora principal, mas apenas a 18ª, datada de 09/01/2004. Na Cláusula Oitava desse instrumento (f. 65/77), vê-se que os ora agravantes, ademais, detinha poder de decisão na sociedade.

Na nossa disciplina tributária (CTN), o art. 121 prescreve que o “sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”.

Quem é esse “sujeito passivo”? Responde o parágrafo único do artigo: “o sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

Muito embora a mais singela leitura do dispositivo defina a questão, um discreto passeio pelo CTN revela, no art. 124, que “são solidariamente obrigadas: II – as pessoas expressamente designadas por lei.” Entre os efeitos dessa “solidariedade”, o art. 125 estabelece que “III – a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica os demais”.

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves.

A partir do seu art. 128, o CTN regulamenta a *responsabilidade tributária*, definindo quem a assume e em que situações.

Invoca-se o art. 135 do CTN para refugar a responsabilidade tributária, porque não comprovado o excesso de poderes ou a infração de lei, contrato social ou estatutos.

Haveria, sim, razão, se a hipótese concreta fosse a do art. 135. Mas, não é. O art. 135 trata de um tipo de responsabilidade tributária: a responsabilidade *pessoal* (uma espécie do gênero “responsabilidade”).

O art. 135 do CTN, todavia, não cuida da responsabilidade “genérica” pelos tributos ordinários, correntes, exurgentes da atividade empresarial rotineira (cotidiana). Ele cuida da obrigação tributária resultante à empresa por atos (das pessoas que nomina) praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto. São aqueles atos de gestão (excepcionais, não ordinários) havidos em ofensa à lei comercial ou civil reguladores das atividades societárias, não de infração à lei tributária. Nesses casos, as pessoas nominadas são *pessoalmente* responsáveis pelos tributos deles originados, o que vale dizer que *deles* se exigirá diretamente o cumprimento da obrigação tributária, não da sociedade onerada ou por eles lesada (contribuinte).

Noutro sentido, na hipótese de dívidas das pessoas jurídicas geradas no giro comercial regular, o direcionamento ou redirecionamento das EFs contra as pessoas dos seus gestores, gerentes, administradores (eventualmente até os demais sócios [inciso VII]) tem justa causa e comando normativo obrigatório outro (*ex vi* do parágrafo único do art. 121 do CTN [conceito de sujeito passivo da obrigação, ora “contribuinte”, ora “responsável”]): o art. 134 do CTN (que trata da “Responsabilidade de Terceiro”). Estes, os seus termos:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

Vê-se, no que tange à responsabilidade tributária do administrador ou gestor pelas dívidas da sociedade que, contrariamente àquela que decorre do art. 135 do

CTN, que é “pessoal” (exclusiva, sequer poderia, a bem dizer, atingir o patrimônio da sociedade) e que reclama prova da prática de determinados atos (ilegais, abusivos ou violadores do contrato ou do estatuto social), a que deriva do art. 134, III, do CTN, por seu turno, advém da mera “impossibilidade de exigência” do cumprimento das obrigações assumidas licitamente pela sociedade no giro ordinário comercial; ela (a responsabilidade [tributária, inclusive] do administrador e/ou gestor), não mais “pessoal”, é “solidária” (compartilhada entre ele e a sociedade), embora subsidiária” (se inexistente patrimônio societário), consoante o caput do art. 134 do CTN.

Convivem, pois, em síntese, duas espécies de responsabilidade tributária do administrador ou gestor, [a] a pessoal (art. 135 do CTN), decorrente da prática de atos ilegítimos (amplo sentido), cuja eventual prática exige prova; e [b] a solidária (presumível), na forma subsidiária (art. 134, III, do CTN), que deriva da mera impossibilidade (fato objetivo) de exigir-se da sociedade o ônus que decorre da prática de atos legítimos (ordinários, rotineiros). A tributação, pois, dos atos societários usuais e legítimos induz a responsabilidade tributária objetiva do art. 134, III, do CTN (necessitando-se provar apenas que a sociedade não tem patrimônio hábil para assunção da obrigação).

Para inclusão, portanto, de co-responsável no pólo passivo de EF, o(a) exeqüente não necessita comprovar nada além da CDA, como previsto na Lei 6.830/1980:

*Processual Civil e Tributário. (...). Exceção da pré-executividade de responsável tributário. Dilação probatória (embargos do devedor). Negado seguimento. Agravo inominado não provido.*

A execução fiscal, espécie de “processo de execução”, é instruída unicamente com o título executivo. Nada mais. Decorre do direito de ação da Fazenda Pública redirecionar a execução contra o sócio reputado, nos termos da lei, co-responsável tributário, não cabendo ao Juiz, nesse momento, nenhum juízo de valor, senão que, no momento próprio (embargos), resolver eventual recusa da “responsabilidade” em sede de contraditório (para ambas as partes).

(...)

(AGIAG 2004.01.00.004099-3/DF, TRF1, T7, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, ac. un., DJ 14/05 /2004, p. 99.)



No caso, tratando-se de contribuições previdenciárias, a responsabilidade da empresa devedora principal (contribuinte) não exclui a atribuída aos sócios cotistas de forma solidária pela Lei 8.620/1993, art. 13, embora desisfluente que o STJ venha negando vigência a esse artigo, sem, contudo, haver julgado o incidente de inconstitucionalidade suscitado.

No mais, resolução de questão relativa à ausência de responsabilização ou ilegitimidade de ex-sócio (já falecido), ou não-responsabilização pela dívida fiscal dos sucessores *causa mortis* é matéria própria dos embargos de devedor, por necessidade de contraditório e dilação probatória.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

### **Voto Vogal Vencido**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel:* — Vou me permitir continuar divergindo do eminente Relator pela fundamentação que tenho adotado de que a responsabilidade dos administradores de que trata o art. 135 do CTN exige a prova pelo exequente da prática dos atos ali mencionados, entendendo, mais, que a disposição do art. 134, inciso III, do mesmo Código não teria aplicação, no caso, devido à norma especial do art. 135, § 3º.

Registro que, no meu entender, os administradores de bens de terceiros aí mencionados são aqueles que, por algum contrato, representam terceiros na administração do seu patrimônio e não os próprios diretores e administradores. Até se diz que, neste caso, o diretor, o gerente nem representa, ele “presenta”. Advogado representa com procuração. O diretor é a própria empresa, porque ela é uma ficção e só age por meio de pessoas, então, quando está agindo em nome da empresa, esse administrador não é um terceiro em relação à empresa, é a própria empresa atuando.

*Data venia*, mantenho meu entendimento, por isso, voto dando provimento ao agravo interno para mandar processar o agravo de instrumento.

# Oitava Turma

## Apelação Cível

2005.35.00.000560-7/GO

Relator: O Exmo. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa  
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (convocado)  
Apelante: Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda.  
Advogados: Dra. Maisa Ribeiro de Sousa Lemos e outros  
Apelado: Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro  
Procurador: Dr. Antonio Roberto Basso  
Rec. Adesivo: Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro  
Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara – GO  
Publicação: DJ 2 de 01/06/2007

## Ementa

*Administrativo. Inmetro. Autos de infração. Imposição de multa com base nas portarias 2/1982, 74/1995 e 96/2000 do Inmetro.*

I – Com a edição da Lei 9.933/1999, as pessoas jurídicas que fabricam, processam, acondicionam ou comercializam bens, mercadorias e produtos ficam obrigados à observância e ao cumprimento dos atos normativos, regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro (art. 5º).

II – Segundo o art. 3º da lei, o Inmetro possui competência para elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades dos produtos comercializados, cabendo-lhe determinar a forma de indicação das referidas quantidades, bem como os desvios tolerados, e, ainda, exercer o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal e de Avaliação de Conformidade, em relação aos produtos por ele regulamentados (incisos II, III e IV).

III – A Portaria 96/2000 não definiu sanções ou aplicação de penalidades, também, não extrapolou os limites do poder regulamentar, não restringindo ou ampliando disposições legais. A Portaria 96 tão-somente aprovou o Regulamento Técnico Metrológico, estabelecendo critérios para a verificação do conteúdo efetivo de produtos pré-medidos com conteúdo normal igual, comercializados em unidade de massa e volume, definindo, assim, as tolerâncias individuais e por lotes para massa e volume de produtos fabricados. Portanto, subsistentes as penalidades aplicadas com base na Portaria 96/2000.

IV – Da mesma forma, as penalidades administrativas baseadas na Portaria 74/1995, não podem ser inquiridas de ilegais, conquanto tal ato normativo foi editado sob a égide da Resolução 11/1988, que delegou ao Inmetro a competência que lhe foi outorgada, pela Lei 5.966/1973, em seu art. 3º, f, ao Conmetro.

V – Entretanto é ilegal a imposição de penalidades administrativas por meio da Portaria 2/1982 do Inmetro, eis que tal ato normativo é anterior à Resolução 11/1988 que delegou ao Inmetro a competência que foi outorgada, pela Lei 5.966/1973, em seu art. 3º, f, ao Conmetro.

VI – Apelação adesiva do Inmetro e remessa oficial providas, em parte, para declarar subsistentes os autos de infração lavrados com base nas Portarias 74/95 e 96/2000 do Inmetro, mantendo-se a sentença *a quo* inalterada, no ponto, que declara insubsistentes os Autos de Infração 159959, 171410, 715903, 717179, 0680134, 0677409, 0676910, 0679799, 0605460, 0676331, 676909, 0678515, 0681653, 0678814, 0606039, 619049, 632575, 250315, 252749, lavrados com base na Portaria 2/1982 do Inmetro. (Precedentes deste Tribunal: AC 2000.01.00.066518-9/

GO, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino do Amaral, *DJ* 12/05/2006; AC 1998.01.00092179-4/MG, Rel. Juiz Federal Evandro Reimão dos Reis (Conv.), *DJ* 31/07/2003).

VII – Apelação da Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda. improvida.

VIII – Sem condenação em honorários advocatícios (art. 21, CPC), face à sucumbência recíproca. Custas iniciais pela Cipa Industrial De Produtos Alimentares Ltda., e finais com o Inmetro, o qual é isento (art. 4º da Lei 9.289/1996).

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação adesiva do Inmetro e à remessa oficial e negar provimento à apelação da Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 08/05/2007.

Juiz Federal *Roberto Veloso*, Relator convocado.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Veloso:* — Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas pela Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda. e adesivamente pelo Inmetro, contra a sentença proferida pela MM. Juíza Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de declaração de nulidade dos autos de infração coligidos aos autos às fls. 54/816 lavrados pelo Inmetro.

Em seu apelo, a Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda. requer a reforma da sentença para que o Inmetro seja condenado ao pagamento de honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação, vez que a autora decaiu da parte mínima do pedido. Aduz que os autos de infração lavrados com base na Portaria 96/2000 são nulos, por falta de previsão legal, em ofensa ao princípio da legalidade. Requer, ainda, a nulidade dos Autos de Infração 904067, 992192, 971959, 997588, 997777, 997042, 917882, 8040635, 341 e 376, lavrados com fundamento na Portaria 96/2000 do Inmetro (fls. 903/912).

Contra-razões do Inmetro às fls. 919/931.

Recurso adesivo do Inmetro, às fls. 932/948, requerendo a reforma da sentença objetivando a validade dos autos de infração lavrados com base nas Portarias 2/1982 e 74/1995.

Contra-razões da Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda. Às Fls. 952/959.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Veloso:* — Os autos de infração, cujas cópias dos processos encontram-se coligidos aos autos às fls. 54/816, foram lavrados pelo Inmetro, através dos Institutos de Pesos e Medidas estaduais e estão fundamentados na Lei 5.966/1973, na Resolução 11/1988 do Conmetro e nas Portarias 2/1982 e 74/1995 do Inmetro, bem como na Lei 9.933/1999 e na Portaria 96/2000 do Inmetro.

Estabelecem os arts. 3º *f* e 9º e *b* da Lei 5.966/1973 que instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial:

*Art. 3º. Compete ao Conmetro:*

(...)

f) fixar critérios e procedimentos para aplicação das penalidades no caso de infração a dispositivo da legislação referente à metrologia, à normalização industrial, à certificação de qualidade de produtos industriais e aos atos normativos dele decorrentes;

*Art. 9º. As infrações a dispositivo desta Lei e das normas baixadas pelo Conmetro, sujeitarão o infrator, isolada ou cumulativamente, às seguintes penalidades:*

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho. Ausente, justificadamente, por motivo de licença, a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso.

- (...)
- b) multa...

Como se vê a Lei 5.966/1973 outorgou ao Conmetro a fixação de critérios e procedimentos para aplicação de penalidades. Entretanto, somente com a edição da Resolução 11/1988, o Conmetro delegou competência ao Inmetro para expedir atos normativos metroológicos, bem como fixar critérios para imposição de multas, conforme se extrai do Capítulo II que definiu as atribuições do Instituto apelado:

Resolução 11/1988:

Capítulo II.

Dos Órgãos Atuantes na Metrologia

4. Atuam na área de metrologia:

a) O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro;

(...)

4.1. A fim de assegurar, em todo o território nacional, a indispensável uniformidade na expressão das grandezas, cabe ao Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro:

a) expedir ou propor a expedição de atos normativos metroológicos, necessários à implementação de suas atividades, abrangendo os campos comercial, industrial, técnico e científico;

b) propor a fixação dos preços públicos dos serviços efetuados em verificação de medidas materializadas e instrumentos de medir, e das multas aplicadas, conforme previstas na Lei 5.966, de 11/12/1973 e no Decreto 86.550, de 06/11/1981;

c) fiscalizar o cumprimento de toda lei ou norma na área metroológica;

d) dirimir as dúvidas suscitadas pela aplicação da legislação metroológica;

e) colaborar com a Repartição Internacional de Pesos e Medidas, a Organização Internacional de Metrologia Legal e outras entidades de notório destaque no contexto metroológico;

f) adquirir e conservar os padrões nacionais e providenciar para que sejam periodicamente aferidos segundo os padrões internacionais;

g) especificar as condições mínimas a que deverão obedecer os modelos de medidas materializadas e instrumentos de medir, examinando-os, definindo-os e aprovando-os ou não;

h) tomar as providências administrativas necessárias ao melhor cumprimento de suas atribuições;

- i) ministrar cursos de formação e aperfeiçoamento em metrologia, obedecidos os dispositivos legais;
- j) indicar representante nas Conferências Gerais de Pesos e Medidas.”

Considerando que a Portaria 2/1982 do Inmetro, que aprovou as instruções relativas aos critérios quanto às tolerâncias admitidas nos exames quantitativos de mercadorias pré-medidas, é anterior à Resolução 11/1988 do Conmetro, são irregulares as autuações que ensejaram a aplicação das penalidades administrativas vergastadas.

Neste sentido, a jurisprudência deste Tribunal, *litteris*:

*Administrativo. Embargos à execução fiscal. Multa por infração a portaria 2/1982 do Inmetro. Ilegalidade. Apelação e remessa oficial não provida. Verba honorária. Art. 20 do CPC. Recurso adesivo provido.*

1. É ilegal a multa aplicada com fundamento na Portaria 2/1982 do Inmetro, eis que o art. 3º da Lei 5.966/1973 definiu a competência ao Conmetro para a fixação de critérios e penalidades referentes a metrologia, materializados na Resolução Conmetro 11/1988. Precedentes desta Corte.

2. A multa decorreu da aplicação da Portaria 2/1982 do Inmetro, que é anterior à delegação de competência, a ele, pelo Conmetro, por meio da Resolução 11/1988, para a aplicação da multa em causa, sendo ilegal, portanto a imposição respectiva.... (AC 2000.01.00.066518-9/GO, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino do Amaral, DJ de 12/05/2006).

*Embargos à execução. Inmetro. Multa. Portaria 2/1982. Ilegalidade.*

1. A Lei 5.966/1973 outorgou ao Conmetro fixar critérios e penalidades no caso de violação de normas alusivas à metrologia. Assim, foi editada a Resolução Conmetro 11/1988.

2. A multa aplicada com base na Portaria Inmetro 2/1982 é ilegal, porquanto tal órgão não possuía atribuição para fixá-la, mas o Conmetro. Precedentes.

3. Apelação provida. (AC 1998.01.00092179-4/MG, Rel. Juiz Federal Evandro Reimão dos Reis (Conv.), DJ de 31/07/2003.)

Entretanto, as penalidades administrativas, baseadas na Portaria 74/1995, não podem ser inquinadas de

ilegais, conquanto tal ato normativo foi editado sob a égide da Resolução 11/1988 do Conmetro.

A Resolução 11/88 do Conmetro ao autorizar o Inmetro a expedir atos normativos metrológicos, não contrariou a Lei 5.966/1973 que, em nenhum momento, afirma tratar-se de competência indelegável ou exclusiva, o que, por consequência, afasta a ilegalidade da Portaria 74/1995 do Inmetro bem como dos autos de infração lavrados com fundamento em referido ato normativo.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

*Processual Civil. Administrativo. Lei 5.933/1973. Portarias do Inmetro. Legalidade.*

(...)

2. A Lei 5.966/1973 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. O art. 2º, da referida norma legal, criou o Conmetro e, em seu art. 3º, enumerou a competência de referido órgão ao passo que o art. 5º da Lei 5.966/1973 atribuiu ao Inmetro a função executiva das atividades relacionadas à metrologia.

3. A Resolução 11/1988 do Conmetro, ao autorizar o Inmetro a expedir atos normativos metrológicos, não contrariou a Lei 5.966/1973 que, em nenhum momento, afirma tratar-se de competência indelegável ou exclusiva do Conmetro, o que, por consequência, afasta a ilegalidade da Portaria 74/1995 do Inmetro bem como do auto de infração lavrado com fundamento em referido ato normativo.

4. Precedentes desta Corte Superior (REsp 416211 / PR ; Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 31/05/2004; REsp 273803/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19/05/2003; REsp 423274/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 26/08/2002; REsp 597.275/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 25/10/2004).

De outra parte, os Auto de Infração 904067, 992192, 971959, 997588, 997777, 997042, 917882, 8040635, 341 e 376 baseiam-se na Lei 9.933/1999 e na Portaria 96/2000 do Inmetro.

Os autos acima relacionados estão em conformidade com as disposições contidas na Lei 9.933/1999 que, dentre outras providências, determinou, em seu art. 1º, que todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regula-

mentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos expedidos pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro e pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro. Define, ainda, em seu art. 3º, competência para que a Autarquia exerça o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal, de Avaliação da Conformidade dos insumos, produtos e serviços por ele regulamentados.

Com a edição da Lei 9.933/1999 coube ao Inmetro fiscalizar e aplicar penalidades administrativas aos infratores das normas que regulam a metrologia e qualidade dos produtos industrializados, como aqueles produzidos pela Santa Amália Ltda.

Dispõe a aludida lei em seu art. 5º:

*As pessoas naturais e as pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuam no mercado para fabricar, importar, processar, montar, acondicionar ou comercializar bens, mercadorias e produtos e prestar serviços ficam obrigadas à observância e ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos e regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro.*

Da interpretação literal da Lei, vê-se que a primeira apelante tem o dever de se submeter às normas nela contidas, bem como aos regulamentos técnicos emanados do Inmetro.

Assim, caberá à autarquia federal a imposição de penalidades administrativas elencadas no art. 8º onde se insere a aplicação de multas (inciso II).

E não há que se falar que a Lei 9.933/1999 não é auto-aplicável por falta de regulamentação face à disposição contida no § 3º do art. 9º e, nem mesmo, que a Portaria 96/2000 do Inmetro extrapolou o poder regulamentar que lhe foi conferido.

A Lei 9.933/1999 definiu em seus artigos os fatos impositivos para caracterização das infrações, a competência para o exercício do poder de polícia, os sujeitos dos deveres, as penalidades cabíveis, os valores da multas e suas graduações (leves, graves e gravíssimas), dentre outros. Portanto, não fere o princípio da legalidade o fato de a lei atribuir à posterior normatização administrativa critérios e procedimentos de ordem técnica (§ 3º do art. 9º).



A propósito, neste sentido:

*Administrativo. Ação ordinária. Inmetro. Desconstituição de auto de infração. Alegação de ausência de atribuição legal para aplicação das penalidades.*

– Não fere o princípio da legalidade o fato de a lei atribuir à posterior normatização administrativa detalhes técnicos, que necessitam de um conhecimento técnico-científico.

– Resta demonstrada a legalidade da atuação promovida pela parte requerida/apelada, uma vez que foi caracterizada a infração, visto que é vedado ao comerciante colocar à venda bens de consumo que não atendam as normas especificadas pelos órgãos oficiais competentes.

– O Inmetro possui atribuição legal para processar e julgar as infrações, bem assim aplicar aos infratores, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades, entre as quais a questionada pena de multa, consoante expressamente previsto no art. 8º, inciso II, da Lei 9.933/1999, de 20/12/1999. (AC 2004.71.03.000786-9/RS, Rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, TRF da 4ª Região, DJ de 06/09/2006).

De mais a mais, ante o seu poder discricionário, pode a autoridade fiscalizadora do Inmetro escolher, dentre as penalidades previstas em lei, aquela que de melhor forma tutela o interesse público, aqui consubstanciado na exigência de padrões mínimos de qualidade no fornecimento de produtos de consumo, em proteção ao próprio consumidor.

De outra parte, a Portaria do Inmetro 96/2000 é ato regulamentar de natureza técnica. Não definiu sanções ou aplicação de penalidades, como também, não restringiu ou ampliou disposições legais, em ofensa ao princípio da legalidade. Tal ato normativo tão-somente aprovou o Regulamento Técnico Metrológico, estabelecendo critérios para a verificação do conteúdo efetivo de produtos pré-medidos com conteúdo normal igual, comercializados em unidade de massa e volume, definindo, assim, as tolerâncias individuais e por lotes para massa e volume de produtos fabricados. Assim, não vislumbro qualquer ilegalidade no referido ato normativo, uma vez que foi expedido nos limites fixados pela Lei 9.933/1999. E, o simples descumprimento da norma regulamentar mencionada é suficiente para embasar, de forma legal, o auto de infração lavrado pelo Inmetro.

*In casu*, conforme descrevem os autos de infração acima mencionados, os produtos fabricados pela primeira apelante, expostos à venda, foram reprovados pelo Inmetro, em exames periciais. Tal conduta caracteriza-se como infração à lei e ao regulamento do Inmetro (Portaria 96/2000), segundo dicção do art. 7º da Lei 9.933/2000, *in litteris*:

Art. 7º. Constituir-se-á em infração a esta Lei, ao seu regulamento e aos atos normativos baixados pelo *Conmetro* e pelo *Inmetro* a ação ou omissão contrária a qualquer dos deveres jurídicos instituídos por essas normas nos campos da Metrologia Legal e da Certificação Compulsória de Conformidade de produtos, de processos e serviços (grifei).

Destarte, o ato administrativo de imposição de multa pelo Inmetro, em razão de os produtos aferidos terem sido reprovados para venda ao consumidor, constitui-se em ato vinculado e legítimo, cuja presunção de validade não restou elidida com provas produzidas pela autora, ora apelante, da prática de desvio ou abuso de poder.

Neste sentido:

*Administrativo. Auto de infração. Inmetro. Competência.*

– Ao Inmetro, nos termos da Lei 9.933/1999 cumpre exercer o Poder de Polícia Administrativa e competência para processar e julgar as infrações nas atividades de natureza Metrológica, de Normalização e Certificação da Conformidade de Produtos, de Processos e de Serviços, bem como aplicar aos infratores as penalidades estipuladas no referido diploma legal, em conformidade com a sistemática vigente, dispor sobre o procedimento a ser adotado, bem como valorar penalidade a ser aplicada ao caso.

– A alegação de ofensa ao princípio da legalidade por ter o Inmetro editado normas de procedimento e fixação de critérios para aplicação das penalidades, não se apresenta robustecida para afastar a presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos, razão porque não vislumbro a possibilidade de se determinar a suspensão da exigibilidade da multa fixada segundo a regulamentação aplicável há muitos anos... (AMS 2002.81.00.009927-9/CE, TRF da 5ª Região, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, DJ de 13/09/2005).

*Embargos infringentes. Competência. Inmetro. Auto de infração. Ilegalidade não reconhecida.*

– A Lei 9933/1999, art. 3º, II e III, atribui competência ao Inmetro para elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área

de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades com que os produtos são comercializados, assim como exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal. Regulamentar a lei, completá-la para lhe conferir maior efetividade, a função típica de instrumentos administrativos, não ocorrendo nisso qualquer ilegalidade, sobretudo quando a finalidade precípua é a defesa do consumidor, sendo este direito fundamental garantido pela Constituição e princípio orientador de ordem econômica por esta estabelecida. Infringência aos arts. 1º e 2º da Portaria 5/1998 do Inmetro e 39, inciso VIII, da Lei 8.078/1990. Ilegalidade da atuação não reconhecida. (EAC 2002.70.00.0029260-5/PR, Rel. Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior, TRF da 4ª Região, DJ de 13/07/2005).

Ante tais considerações, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação adesiva do Inmetro, para declarar subsistentes os autos de infração lavrados com base nas Portarias 74/95 e 96/2000 do Inmetro, mantendo-se a sentença *a quo* inalterada, no ponto, que declara insubsistentes os Autos de Infração 159959, 171410, 715903, 717179, 0680134, 0677409, 0676910, 0679799, 0605460, 0676331, 676909, 0678515, 0681653, 0678814, 0606039, 619049, 632575, 250315, 252749, lavrados com fundamento na Portaria 2/1982 do Inmetro.

Apelação da Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda improvida.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 21 do CPC), face à sucumbência recíproca. Custas iniciais pela Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda., e finais com o Inmetro, o qual é isento (art. 4º da Lei 9.289/1996).

É como voto.



---

## Suspensões de Segurança

**2007.01.00.017913-9/MA e 2007.01.00.018029-8/MA**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Presidente Assusete Magalhães

Decisão: 27/05/2007

Publicação: DJ 2 de 06/06/2007

---

### Decisão

Preliminarmente, determino o apensamento da Suspensão de Segurança 2007.01.00.018029-8/MA à Suspensão de Segurança 2007.01.00.017913-9, de vez que ambos os processos estão impugnando a mesma decisão e, assim, serão apreciados conjuntamente.

Trata-se de pedidos de suspensão de liminar, requeridos pela União e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Lucas Rosendo Máximo de Araújo, da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA – nos autos da Ação Civil Pública 2007.37.01.00175-6, promovida pelo Conselho Indigenista Missionário e pela Associação de Desenvolvimento e Preservação dos rios Araguaia e Tocantins —, nos seguintes termos:

(omissis)

Pelo exposto,

a) *indefiro o requerimento formulado pela Associação Novo Progresso – ANP*, inadmitindo sua intervenção no feito;

b) *excluo a União do pólo passivo da relação processual*; e

c) presentes os pressupostos legais, *defiro parcialmente o pedido de liminar*, determinando aos réus, especialmente ao Consórcio Estreito de Energia – Ceste que, até ulterior deliberação, se abstenham de iniciar ou, se já iniciadas, de lhes dar prosseguimento, por si ou por terceiros, as obras de construção da Usina Hidrelétrica de Estreito – UHE.

Fixo, para o caso de *descumprimento* da determinação supra, *multa diária*, a cargo do réu recalcitrante, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 461, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

A União esclarece que a ação civil pública em tela foi ajuizada objetivando a declaração de nulidade do procedimento de licenciamento ambiental das obras da Usina Hidrelétrica de Estreito, bem como a nulidade das licenças prévias e de instalação já expedidas, argüindo, entre outras coisas, que os estudos de impacto ambiental não teriam contemplado, de modo satisfatório, os impactos que as obras e a usina hidrelétrica causarão nas comunidades indígenas.

Assevera que, independentemente de o fato não integrar a ação principal, a decisão atinge sua esfera de interesses, na medida em que põe em risco a consecução do plano energético nacional e, assim, tem legitimidade para requerer a presente medida suspensiva.

Sustenta que, apesar de haver divergências relacionadas à forma de condução da política energética pelo Governo, “é de opinião incontestada e unânime que, se não forem adotadas ações imediatas por parte do Governo (leia-se União), o país sofrerá, dentro de 3 ou 4 anos, uma séria crise de abastecimento de energia, a exemplo do nefasto ‘apagão’ pelo qual o país passou alguns atrás (*sic*)” (fls. 8), com efeitos catastróficos à economia do país.

Aduz que, se não houver uma perspectiva clara e segura quanto ao abastecimento energético nos próximos anos, os agentes econômicos atuais deixarão de iniciar investimentos que irão fomentar a economia nacional, redundando não só em diminuição no crescimento da economia, mas também na sua retração, com todas as conseqüências negativas dela advindas (fechamento de fábricas, demissões, diminuição de exportações, refluxo nos investimentos nacionais e internacionais). Alega que a concretização de uma crise energética acarretará grave lesão à ordem e à economia públicas; que a substituição de energia hidrelétrica pela energia termoelétrica — possível solução em caso de crise energética — representaria enormes prejuízos econômicos, pois esta é muito mais

cara que aquela, e prejuízos ambientais, pois a energia termoelétrica advém da queima de combustíveis fósseis (gás, carvão, óleo diesel).

Aduz que a paralisação das obras de construção da UHE atrasará em pelo menos 1 (um) ano sua entrada em operação, pois seu plano de obra foi concebido em função do período de chuvas e do regime de cheia do rio Tocantins e a primeira fase do empreendimento, foi programada para iniciar no mês de junho, período denominado “janela hidrológica” (doc. a fl. 175), justificando a necessidade urgente de suspender a decisão ora impugnada. Afirma que a paralisação das obras significa, também, a desmobilização de cerca de 1.000 (mil) trabalhadores, segundo informações do Ministério de Minas e Energia.

Ressalta que o prosseguimento das obras de construção da UHE Estreito não acarreta risco de lesão grave e irreparável às comunidades indígenas envolvidas; que o processo de licenciamento do empreendimento vem sendo minuciosamente conduzido pelo Ibama; que a Funai sempre foi intimada e convocada para participar de todo o processo de licenciamento; que o Ibama estabeleceu condições de validade e efetivação do processo de licenciamento ambiental ao consórcio Ceste no que diz respeito à questão indígena; que as obras podem ser iniciadas concomitantemente à adoção de medidas tendentes a solucionar possíveis deficiências relativas à questão indígena; que não há violação aos direitos dos indígenas, pois os trabalhos de compensação e mitigação dos efeitos da construção da usina estão sendo realizados pelas partes responsáveis; que a Funai e a União têm interesse na realização rigorosa de tais compensações, nos termos da lei de regência e de acordo com os trabalhos sociais e antropológicos já realizados.

Por sua vez, o Ibama (fls. 02/17 e 622/629), no que se refere ao licenciamento do empreendimento, explica que o processo teve início no ano de 2000; em 26/08/2003, concluiu a análise do EIA/Rima e emitiu parecer técnico solicitando complementação, principalmente em relação ao componente indígena; que tal solicitação foi atendida pelo Ceste em 30/12/2003; que, em 28/04/2005, após a realização de diversas vistorias e audiências, a Licença Prévia foi emitida; que, em 01/06/2005, foi protocolizado o requerimento de Licença de Instalação e, em 14/09/2005, o Projeto Básico Ambiental; que o Ibama, no período de 23 a 27/01/2006, realizou novas vistorias na área de influência da UHE, momento em que o MPF ajuizou a Ação Civil Pública 2006.37.01.000347-5, tratando do destino dos recursos relativos à compensação ambiental; que, após várias condicionantes presentes na Licença Prévia terem sido atendidas pelo Ceste, o Ibama emitiu a Licença de Instalação, porém o Cimi e a Adeprato ajuizaram a Ação Civil Pública 2007.37.01.000175-6, que culminou com a decisão ora questionada, argüindo, basicamente, irregularidades quanto à questão indígena no que tange à ausência da Funai na elaboração do Termo de Referência, que traçou as diretrizes para a elaboração do EIA/Rima.

Assevera que, em razão da presença de terras indígenas na área de influência da UHE Estreito, entendeu ser essencial a presença da Funai no processo e, por isso, notificou-a de todos os atos relativos ao processo de licenciamento, já no ano de 2000, porém a Funai só se pronunciou após a publicação de edital informando sobre a realização de audiências públicas, que ocorreram entre os dias 15 e 19/07/2002, quando, por meio do parecer e relatório 138 DAS/Funai, manifestou-se favoravelmente à continuidade do licenciamento, desde que fossem incluídas algumas condicionantes na Licença Prévia. Tais condicionantes foram acolhidas e, em 2005, foram realizadas as complementações ao EIA/Rima. A Funai mais uma vez foi intimada, porém não compareceu às novas audiências realizadas. Com base no parecer técnico 48/2005-COLIS/CGLIC/DILIQ/Ibama, foi concedida a Licença Prévia em 29/04/2005, estabelecendo condicionantes para a continuidade do processo de licenciamento ambiental e para a concessão de Licença de Instalação, quando a Funai se manifestou exigindo estudos complementares, que foram cumpridos, inclusive com a realização de estudo etnoecológico que foi apresentado ao Ibama e à Funai em 10/11/2006, que, mais uma vez, não se manifestou tempestivamente. Apesar disso, o Ibama realizou a análise de toda a documentação que culminou com a concessão da Licença de Instalação 414/2006, com base no Parecer 87/2006-COEND/CGENE/DILIC/Ibama. Em 20/12/2006, a Funai, por meio da Informação 211/CMAM/CGIPMA/06, manifestou-se favoravelmente à viabilidade do empreendimento, aduzindo algumas considerações, que foram repassadas ao Ceste pelo Ibama, em 15/01/2007, solicitando o atendimento dessas considerações, no âmbito das condicionantes já estabelecidas pelo Ibama na Licença de Instalação.



Atualmente, afirma o Ibama, todas as exigências do procedimento de licenciamento ambiental vêm sendo cumpridas pelo consórcio de empresas responsável pela execução das obras (Ceste), não tendo sido identificadas, até o presente momento, nem pelo Ibama, nem pela Funai, nenhum impacto em relação às populações indígenas, que torne inviável a realização do empreendimento. O Ibama, em petição juntada aos autos em 23/05/2007, afirma que, ultimamente, toda a discussão sobre a UHE Estreito resume-se ao detalhamento das medidas compensatórias e mitigadoras a serem adotadas pelo aludido consórcio para equacionar eventuais impactos causados às comunidades indígenas. Informa, também, que, em 18/05/2007, a Funai protocolou, perante a Vara Federal da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA, petição informando a ausência de interesse em integrar o pólo ativo da ação civil pública na qual se originou a decisão ora impugnada. No seu entender, tal manifestação demonstra não só a confiança da autarquia indigenista quanto à possibilidade de uma solução administrativa para o equacionamento de eventuais impactos do empreendimento sobre as populações indígenas, mas também, que em momento algum, se sentiu excluída do procedimento de licenciamento ambiental em tela, não havendo qualquer vício que justifique a nulidade dos atos de licenciamento.

Explica que não se aplica, na hipótese, o disposto no art. 231, § 3º, da CF/1988, uma vez que a exigência quanto à autorização do Congresso Nacional para o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos só se aplica no caso de o empreendimento estar localizado em terras indígenas, o que não ocorre no caso, pois, mesmo que se considerem as áreas a serem inundadas pela barragem da Usina, a área de impacto direto está aproximadamente a 40 km da reserva mais próxima, ou seja, a influência da UHE Estreito sobre a comunidade indígena é apenas indireta (reflexa).

Ressalta que “eventual necessidade de inclusão de novas condicionantes em relação aos impactos do empreendimento nas comunidades indígenas poderão justificar o exercício de poder de polícia reservado ao Ibama, com a eventual complementação das licenças já expedidas e a adoção de todas as medidas necessárias ao adequado cumprimento das condicionantes relativas ao procedimento de licenciamento” (fls. 629).

Quanto ao *decisum* impugnado, alega, ainda, grave lesão à ordem pública, pois não levou ele em consideração a presunção de legitimidade dos atos administrativos, usurpou a competência atribuída ao Ibama e acarretará efetivo desordenamento nas ações da Administração Pública, no que se refere ao aumento de produção de energia no país, e no “Programa de Aceleração do Crescimento” do Governo Federal; possibilidade de *periculum in mora* inverso, porquanto a execução do empreendimento, por estar localizado em região de alta pluviosidade, depende da chamada “janela hidrológica” (período de baixo índice pluviométrico); impossibilidade de deferimento de liminares contra a Fazenda Pública sem a oitiva de seus representantes judiciais; ausência de razoabilidade quanto à aplicação da multa em hipótese de descumprimento da decisão; grave lesão à economia pública, de vez que a UHE “é um dos grandes investimentos que o governo federal incluiu no plano de ação que visa à expansão na oferta de energia (...) orçado inicialmente em R\$ 1.890.950.580,00 (um bilhão, oitocentos e noventa milhões, novecentos e cinquenta mil e quinhentos e oitenta reais)”, cujo atraso em 1 ano na sua execução ocasionará um prejuízo superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) (fls. 15). Aduz que o “Setor Elétrico, diante dos problemas graves que atravessa, urge por imediata reestruturação; investimentos de monta devem ser adotados, adequabilidade dos custos, retomada da atratividade dos serviços elétricos aos investidores e, principalmente, garantir a oferta de energia através de incrementos na demanda” (grifos no original — fls. 16).

O pleito requerido pela União (SS 2007.017913-9/MA) foi submetido ao Ministério Público Federal, e o parecer, da lavra do eminente Procurador Regional da República José Elaeres Marques Teixeira, foi pelo indeferimento do pedido de suspensão de segurança, porquanto a requerente não comprovou que o EIA/Rima tratou cabalmente da questão indígena (fls. 182/187).

Por sua vez, o Conselho Indigenista Missionário – Cimi e a Associação de Desenvolvimento e Preservação dos rios Araguaia e Tocantins – Adeprato pediram vista dos autos “em razão dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa” (fls. 179).

Com esse breve relatório, passo a expender a motivação que se segue.

Inicialmente, indefiro o pedido de prévia vista formulado a fl. 179, uma vez que, a teor do § 2º do art. 4º da Lei 8.437/92, a oitiva preliminar do autor não é obrigatória. Com efeito, é preciso lembrar que não se trata aqui de recurso, mas de uma medida de contracautela que visa, tão-somente, postergar efeitos de decisões de Primeira Instância capazes de acarretar graves lesões a interesses públicos considerados relevantes pelo legislador. Ademais, a manifestação da parte que se julgar prejudicada com a decisão proferida no pedido de suspensão poderá ser realizada, se for o caso, em agravo regimental (§ 3º do art. 4º da Lei 8.437/92).

De outra parte, a alegada deficiência instrutória da peça impugnativa da União, suscitada pelo Ministério Público Federal, restou suprida com o apensamento da SS 2007.01.00.017913-9/MA à SS 2007.01.00.018029-8/MA, o que possibilita o exame meritório dos pleitos de suspensão formulados, de forma conjunta, inclusive quanto à questão indígena.

Deve ficar claro, também, que a legitimidade do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama para requerer a presente suspensão dos efeitos da liminar refere-se à questão do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (RIMA), considerados pela decisão impugnada insatisfatórios no que se refere às conseqüências da construção da Usina Hidrelétrica de Estreito sobre as populações indígenas.

Sabe-se que as questões relativas à regularidade do processo de licenciamento da Usina Hidrelétrica de Estreito devem ser discutidas no recurso próprio, uma vez que não cabe, neste estreito instrumento jurídico-processual, discutir questões processuais e de mérito, salvo quando imprescindível para aquilatar a lesão que a decisão questionada poderá causar à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

Na hipótese, o Magistrado *a quo* entendeu que houve “o atropelamento do procedimento de licenciamento ambiental, pois as audiências públicas e as licenças prévia e de instalação vieram a lume antes da conclusão dos estudos de impactos ambiental”, o que, a seu ver, “não se resume à mera inobservância do procedimento estabelecido na Resolução Conama 237/1997, mas que consiste em atitude tendente a frustrar a vontade do Constituinte de 1988, expressadas nos arts. 225 e 231 da Carta Magna em vigor”, uma vez que a autoridade licenciadora, no item 2.27, estabeleceu que o empreendedor deveria “apresentar programa de monitoramento de impactos potenciais nas comunidades indígenas, incluindo estudo etnoecológico que considere os impactos socioambientais da UHE para as terras indígenas localizadas na área de influência do empreendimento”, e no item 2.26, fixou a necessidade de o empreendedor apresentar detalhamento das medidas a respeito dos impactos socioambientais sobre as terras indígenas, localizadas na área de influência do empreendimento.

Ocorre que, em 17/05/2007, a própria Fundação Nacional do Índio – Funai, manifestou-se perante o Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA no sentido de não haver interesse de sua intervenção na ação principal, “em virtude da previsão de instauração da Câmara de Conciliação e Arbitramento, nos termos do art. 11 da Medida Provisória 2.180-35/2001 e da Portaria 118/2007/AGU, para dirimir conflitos em sede da Administração Pública Federal” (fls. 639).

Cabe consignar também que, segundo admite a própria Funai no Ofício 138 DAS/Funai, de 26/11/2002, “as restrições dos parágrafos 3º e 6º do art. 231 (que trata da competência da autorização do Congresso Nacional), com base nos Estudos Ambientais da UHE Estreito, não se aplicam ao presente licenciamento, por não haver ocupação ou supressão territorial das Terras Indígenas em tela...”.

Esses fatos, por si só, mitigam o entendimento de que o início das obras da UHE Estreito acarrete riscos irreparáveis aos interesses das comunidades indígenas. Com efeito, não se pode olvidar que o órgão competente para a defesa judicial dos direitos indígenas, individual ou coletivamente é a Funai, assim, a manifestação de que não tem interesse no processo principal, com possibilidade, inclusive, de conciliação administrativa para resolver a lide, fica evidente a ausência de perigo na demora para justificar o deferimento de decisão liminar. Ademais, é preciso ter presente que o Ibama é o órgão competente para acompanhar e fiscalizar o processo de licenciamento ambiental, exigindo, se for o caso, a adoção de medidas tendentes a solucionar possíveis deficiências relativas ao empreendimento e à questão indígena, a serem incorporadas ao processo de licenciamento. Aliás, o próprio Ibama, na Licença

de Instalação 414/2006, impôs ao Consórcio Estreito Energia a implantação de planos, programas, medidas mitigatórias e de controle constantes do Projeto Básico Ambiental, cujo descumprimento poderá acarretar a revogação da Licença de Instalação correspondente.

Pela documentação colacionada aos autos pelas requerentes, não diviso, portanto, motivos relevantes que justifiquem a suspensão imediata das obras de instalação da UHE Estreito, empreendimento que integra projeto de iniciativa do Governo Federal, tendente a afastar novas crises no setor elétrico.

Sopesados os interesses em conflito, entendo que a decisão impugnada poderá acarretar prejuízo maior ao meio ambiente — caso o Governo Federal tenha de lançar mão de energia termoelétrica (sabidamente mais cara e mais poluente) devido à escassez de energia hidrelétrica —, além de impor prolongado retardamento na conclusão de obra de interesse nacional, caso não seja possível aproveitar o período de menor precipitação pluviométrica, ocasionando, igualmente, grave lesão à economia pública.

Pelo exposto, defiro os pedidos de suspensão dos efeitos da liminar, proferida na Ação Civil Pública 2007.37.01.000175-6/MA, formulados pela União e pelo Ibama, nos autos das Suspensões de Segurança 2007.01.00.017913-9/MA e 2007.01.00.018029-9/MA.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se. Publique-se.

Brasília, 27 de maio de 2007.

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*, Presidente.

---

## Agravo de Instrumento

2007.01.00.019980-9/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Decisão: 30/05/2007

Publicação: DJ 2 de 08/06/2007

---

### Decisão

*Agravo contra liminar em MS para excluir do conceito de faturamento (base de cálculo do PIS/Cofins) o valor correspondente ao ICMS. Leis 10.637/2002 (PIS) e 10.833/2003 (Cofins): presunção de constitucionalidade. Agravo provido monocraticamente.*

I – Por agravo protocolizado em 28/05/2007, recebido em Gabinete em 30/05/2007, 11h, a agravante pede, com efeito suspensivo, a reforma da decisão (f. 67/8) datada de 03/03/2007, do MM. Juiz Federal Hamilton de Sá Dantas, da 21.ª Vara/DF, que, nos autos do MS (preventivo) 2006.34.00.038030-2, impetrado pela agravada em 19/12/2006 contra ato atribuído ao Delegado da Receita Federal em Brasília (DF), objetivando excluir do seu faturamento (base de cálculo do PIS/Cofins) o valor relativo ao ICMS, compensando-se os valores indevidamente recolhidos a tal título com os demais tributos administrados pela SRF, ao argumento de que o ICMS não integra sua receita bruta ou faturamento, não compondo a base de cálculo do PIS/Cofins, lhe deferiu, em parte, a liminar. S. Exa. fundamentou sua decisão assim: “Defiro, em parte, a Liminar aqui postulada para determinar, apenas, o afastamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, acolhendo os fundamentos da inicial, bem como o que vem decidindo (6 votos a favor e 1 contra) o Supremo Tribunal Federal, conforme se pode acolher do julgamento do Recurso Extraordinário 240785/MG, por meio do qual aquela Suprema Corte está repelindo a inclusão, no cálculo da Cofins e do PIS, dos valores relativos ao ICMS. Quanto ao outro pedido, o da compensação dos tributos recolhidos, indefiro-o, em face da compensação tributária não poder ser objeto de tais pleitos compensatórios, liminarmente”.

II – A agravante alega que o ICMS integra o conceito de receita bruta nos termos da LC 70/1991.

//

III – As Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 dispõem expressamente:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o *faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.*

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o *faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.*

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

IV – A pretensão da agravada, em superficial exame, implica, pois, alteração, em seu favor, da base de cálculo legalmente estabelecida do PIS/Cofins. Os valores que arrecada, independentemente da sua discriminação (contábil), compõem o preço (único) das mercadorias. Esse valor seguirá, sem distinção, para o caixa da empresa. A relação fiscal (substituição tributária do ICMS) da agravante com o fisco estadual tem natureza distinta nessa relação jurídica, não havendo, em princípio, amparo legal à sua pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins.

V – A lei goza, no ordenamento jurídico brasileiro, da “presunção” de constitucionalidade, assim como os atos administrativos gozam da presunção de legalidade, que nenhum julgador pode, monocraticamente, afastar

com duas ou três linhas em exame de mera delibação, com flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, a não ser diante de evidências concretas e unívocas, o que não é caso.

VI – No mesmo sentido: “reconhecer, em sede de liminar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, para o fim de deferir a medida, representa, de regra, precipitação, dado que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos Tribunais, somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte. Essa declaração, para o fim de ser concedida a liminar, não deve ocorrer, em decisão monocrática, até por medida de prudência. No caso, ocorre, ademais, que a liminar esgota o julgamento da causa, porque, na prática, é satisfativa. Se, amanhã, os Tribunais Superiores derem pela inconstitucionalidade do ato normativo, terá ocorrido, com a concessão da liminar, grave atentado à ordem pública, em termos de ordem jurídico-constitucional (STF, SS 1.853/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 04/10/2000).

VII – No mais, e apenas para reforço de argumento, além de o RE 240.785 ainda estar em julgamento, sem decisão final, portanto, ele trata de período anterior às Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

//

VIII – Pelo exposto, dou provimento ao agravo (art. 557, §1.º-A, do CPC).

IX – Comunique-se.

X – Publique-se. Intime-se. Oportunamente, baixem e arquivem-se.

Brasília, 30 de maio de 2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.



## Agravo de Instrumento

2007.01.00.021789-0/MG

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Decisão: 11/06/2007

Publicação: DJ 2 de 15/06/2007

### Decisão

*Agravo contra conversão do direito à compensação em restituição em dinheiro (RPV) na execução do julgado: art. 475-g do CPC. Agravo provido monocraticamente.*

I – Por agravo protocolizado em 04/06/2007 (protocolo descentralizado SJ/MG), recebido em Gabinete em 11/06/2007, 10h30, a agravante pede, com efeito suspensivo, a reforma da decisão datada de 11/04/2007 (f. 58) do MM. Juiz Federal Substituto Felini de Oliveira Wanderley, da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia, que, nos autos da Execução de Sentença 2001.38.03.004277-9, converteu a execução da sentença de compensação em restituição dos valores por Requisição de Pequeno Valor – RPV, ao fundamento de que a compensação efetuada em folha de pagamento, por ser irrisória, demandaria 63 anos para satisfação do crédito.

II – A agravante alega que o título judicial permite apenas a compensação e que a “opção” pela repetição implica colisão com a coisa julgada.

//

III – Art. 475-G do CPC: “É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou”.

IV – A sentença (AO 1998.38.03.001660-7) julgou procedente o pedido para declarar o direito a “(...) compensar as parcelas recolhidas indevidamente (IRRF) com o mesmo tributo (...)” (f. 26/9). O acórdão desta Corte (AC 1999.01.00.0897727-5/MG) transitou em julgado em 05/03/2001, mantendo a compensação.

V – Embora modalidade de restituição, “compensação” e “repetição” são institutos diferentes, a partir até da natureza da respectiva sentença: a primeira tem natureza “declaratória”; a segunda, condenatória, ambas com consectários específicos e obrigações jurídicas distintas.

VI – Esta, a jurisprudência desta Corte e do STJ:

*Processual Civil. Execução de sentença. Substituição da compensação (autorizada pela sentença) por restituição (precatório). Alteração do pedido: impossibilidade. Art. 610/CPC. Agravo inominado não provido.*

1. Transitada em julgado a sentença que pôs fim ao processo de conhecimento com a declaração do direito de repetição do indébito mediante compensação, descabe, na fase da sua execução, alterar o objeto demandado para transmutá-lo em devolução do indébito por precatório, ainda que a compensação não seja mais possível por encerramento das atividades das exequentes, pretensão só dedutível em ação própria com natureza diversa (condenatória).

(AGIAG 2003.01.00.008643-9/PA, TRF1, T3 (antiga), un., minha relatoria, DJ 26/09/2003, p. 69.)

*Processual Civil e Tributário. Sentença declaratória do direito à compensação de indébito referente ao finsocial. Repetição por via de precatório. Impossibilidade.*

3. Na hipótese de obtenção de decisão judicial favorável, proferida em ação condenatória, abre-se ao contribuinte a possibilidade de executar o título judicial em repetição de indébito com posterior emissão de precatório, o direito à compensação tributária, utilizando-se, para tanto, da eficácia declaratória da sentença de condenação. Precedentes.

4. Deveras, tratando-se de pedido declaratório puro, a sentença não comporta execução, porquanto seu objeto é o accertamento de determinada relação jurídica. Conseqüentemente a procedência de demanda declaratória não tem o condão de inaugurar a execução forçada, porquanto a decisão judicial, *in casu*, não possui carga condenatória, fazendo-se mister prévia liquidação nos autos da execução contra a Fazenda Pública.

(...)

(REsp 544.189/MG, STJ, T1, un., Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28/04/2004, p. 234.)

VII – A execução, pois, está adstrita à coisa julgada, de que não se pode afastar, como é de elementar sabença:

*Processual Civil. Recurso especial. (...). Sentença que utiliza critério diverso. Ofensa à coisa julgada material.*

– A sentença transitada em julgado deve ser executada nos exatos termos em que foi proferida, inclusive em relação ao critério utilizado para fixação dos honorários advocatícios. Ocorre ofensa à coisa julgada quando, em sede de liquidação, tais parâmetros restam alterados pelo julgador.

(STJ, REsp 471.660, Rel. Min. Nancy Andrighi, T3, ac. Un., DJ 10/03/2003, p. 212.)

//

VIII – Pelo exposto, dou provimento ao agravo (art. 557, § 1º-A, do CPC).

IX – Comunique-se.

X – Publique-se. Intime-se. Oportunamente, baixem e arquivem-se.

Brasília, 11 de junho de 2007.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, Relator convocado.

---

## Suspensão de Segurança

2007.01.00.022313-2/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Presidente Assusete Magalhães

Decisão: 12/06/2007

Publicação: DJ 2 de 25/06/2007

---

### Decisão

Inicialmente, determino à Coordenadoria de Registro e Informações Processuais – CORIP para que proceda à correta autuação do processo, relativamente ao requerido.

A União requer, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, a suspensão dos efeitos da liminar deferida, em parte, pela MM. Juíza Federal Mônica Sifuentes, da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da Ação Popular 2007.34.00.017910-8, “determinando, *inaudita altera parte*, a suspensão imediata do pagamento aos Srs. Deputados Federais e Senadores da chamada Verba Indenizatória Parlamentar, instituída pelo Ato da Mesa da Câmara dos Deputados 62/2001” (fls. 22/29).

A requerente alega, em síntese, que há grave lesão à ordem pública, pois a Verba Indenizatória Parlamentar tem o escopo de recompor o que foi gasto em prol do mandato e não se confunde com o subsídio que o Parlamentar percebe pela contraprestação de sua atividade laborativa, que o Senado e a Câmara dos Deputados possuem autonomia e competência para dispor sobre matérias que envolvam a organização, funcionamento, polícia, etc, nos termos dos arts. 51, IV, e 52, XIII, da Constituição Federal; que a aludida verba só é paga mediante apresentação de comprovantes de gastos efetuados pelos parlamentares, não existindo qualquer antecipação; que não há aumento no patrimônio dos Senadores e Deputados Federais, uma vez que o pagamento refere-se a gastos inerentes ao exercício do mandato; que não há “razão jurídica para que o Congresso Nacional se veja obstado em seu regular funcionamento em função de uma decisão que adentra nitidamente em matéria *interna corporis*” (fls. 17); que a decisão “impõe prejuízo à representação popular e dos Estados, podendo inviabilizar o exercício das atividades legislativas, na medida em que os Deputados e Senadores ficam privados de serem indenizados pelas despesas que já fizeram em prol do mandato popular, verbas destinadas a um fim de interesse público” (fls. 18); que a decisão já está causando lesão grave e de difícil reparação para a ordem constitucional vigente e para o livre exercício da atividade constitucional dos membros do Poder Legislativo.

Com esse breve relatório, passo a expender a motivação que se segue.

Adstrita à verificação da existência dos pressupostos estabelecidos pelo art. 4º da Lei 8.437/92, ou seja, se a decisão impugnada, ao ser executada, poderá acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas — valores sociais protegidos pela medida de contracautela ora pleiteada. Nesse diapasão, escapam da atribuição da Presidência do Tribunal poderes para perquirir ou corrigir possível erro no julgamento de fatos e/ou de direito.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça também é no sentido de que “as questões de índole processual e de mérito suscitadas pelo Requerente deverão ser debatidas e resolvidas nas instâncias ordinárias e pelas vias recursais adequadas. Isso porque, na estreita via da suspensão de segurança, são examinados apenas os pressupostos autorizadores da medida requerida” (SS 971, Ministro Paulo Costa Leite, DJ 06/11/2001).

Na hipótese, a liminar impugnada foi deferida para suspender o pagamento de verba indenizatória parlamentar que, segundo a requerente, foi instituída para garantir o pagamento de despesas relacionadas aos mandatos dos Senadores e Deputados Federais, no exercício do *munus publico*. Vislumbrou a Juíza de Primeira Instância a presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* — contrariedade ao art. 39, § 4º, da CF e *bis in idem* da retribuição indenizatória — e do *periculum in mora* — em face do contínuo prejuízo que o pagamento de tal verba representa aos cofres públicos.

Não obstante as consideráveis razões postas pela eminente Magistrada de Primeiro Grau, entendo que a deci-

são suspendendo, por meio de medida de cognição sumária, verba instituída há mais de 6 (seis) anos, tem o condão de acarretar grave lesão à ordem pública, com enfoque especial à ordem administrativa. Com efeito, reconheço a possibilidade de risco de dano inverso caso os efeitos da decisão liminar sejam mantidos, devendo-se, pois, aplicar à hipótese o princípio da precaução, de modo a manter e resguardar o *status quo*, que perdura há muitos anos, até o desfecho da ação principal, quanto à regularidade do Ato da Mesa da Câmara dos Deputados 62/2001 e do Ato da Comissão Diretora do Senado Federal 3, de 2003.

Nesse sentido, decisão recente desta Presidência, proferida na Suspensão de Segurança 2007.01.00.018167-3/BA, ajuizada contra decisão concessiva de liminar que suspendeu os efeitos do Decreto Legislativo 172/2002 (DJU de 30/05/2007).

Ademais, não se pode olvidar que os atos emitidos pelo Poder Legislativo, assim como todos os atos originários da Administração Pública, gozam da presunção de legalidade e legitimidade. Tratando-se de Ato da Mesa da Câmara dos Deputados, criando direitos e que há muitos anos repercutem no campo de interesse do Mandato Parlamentar, entendo que a suspensão do aludido ato — administrativa ou judicialmente — não prescinde da observância do devido processo legal, previsto constitucionalmente, até mesmo para manter a estabilidade de situações geradas pela Administração.

Pelo exposto, com a devida vênia à ilustre Magistrada prolatora do *decisum* impugnado, *defiro* o pedido de efeito suspensivo da liminar questionada, até que a sentença, uma vez prolatada, seja ou não confirmada por este Tribunal.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se. Publique-se.

Após os trâmites legais, arquivem-se.

Brasília, 12 de junho de 2007.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, Presidente.





---

## Recurso

### 2005.38.00.706124-2/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana  
Recorrente: Iara Silva Scott Rocha e outro  
Advogada: Dra. Haydee Magda Vidal S. Salvador  
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Luis Felipe Roscoe Maciel  
Publicação: DJ/MG de 14/06/2007

---

## EMENTA

*Juizados Especiais Federais. Previdenciário. Pensão por morte. Pedido de reconsideração. Inexistência.*

I – Trata-se de ação visando a concessão de pensão por morte. A sentença monocrática e o acórdão negaram o benefício devido à perda da qualidade de segurado. A recorrente inconformada requer, através de “pedido de reconsideração” protocolado sessenta e um dias após a publicação do acórdão, a reapreciação das provas constantes dos autos.

II – “Em que pese a prática reiterada dos *pedidos de reconsideração*, à ausência de previsão legal expressa, não há como apreciá-los como sucedâneo recursal, cabendo, como cabe, à parte, querendo impugnar a decisão, valer-se do recurso previsto em lei. Pedido de reconsideração não conhecido”. (RCDESP no Ag 679672 – Ministro Hamilton Carvalhido – DJ 12/09/2005 p. 388.)

III – No âmbito dos Juizados Especiais, com mais razão a impossibilidade de admitir-se pedido de reconsideração, uma vez que há restrição expressa em relação aos recursos cabíveis.

IV – O “pedido de reconsideração” apresentado sequer pode ser conhecido como embargos de declaração, uma vez que interpostos após o quinqüídio legal.

V – Pedido de reconsideração não conhecido.

## ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido de reconsideração, nos termos do voto da Relatora.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MG – 29/05/2007.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

---

## RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*: —  
Cuida-se de “pedido de reconsideração” contra acórdão que negou provimento ao recurso da autora.

Sustenta que houve equívoco no julgamento.

É o relatório.

## VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*:  
— Trata-se de ação visando a concessão de pensão por morte. A sentença monocrática e o acórdão negaram o benefício devido à perda da qualidade de segurado.

O recorrente inconformado requer, através de “pedido de reconsideração” protocolado sessenta e um dias após a publicação do acórdão, a reapreciação das provas constantes dos autos.

Não existe no ordenamento jurídico pátrio a figura do “pedido de reconsideração”. Em nosso sistema recursal, os recursos são enumerados de forma exaustiva.

Nesse sentido:

*Pedido de reconsideração no agravo de instrumento. Ausência de previsão legal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Impossibilidade.*

1. “Há um recurso próprio para cada espécie de decisão. Diz-se, por isso, que o recurso é cabível, próprio ou adequado quando corresponde à previsão legal para a espécie de decisão impugnada (...)” (Humberto Theodoro Júnior, *in Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Forense, 25ª edição, 1998, p. 559).

2. Em que pese a prática reiterada dos *pedidos de reconsideração*, à ausência de previsão legal expressa, não há como apreciá-los como sucedâneo recursal, cabendo, como cabe, à parte, querendo impugnar a decisão, valer-se do recurso previsto em lei.

3. Pedido de reconsideração não conhecido. (RCDESP no Ag 679672 – Ministro Hamilton Carvalho – DJ 12/09/2005 p. 388.)

No âmbito dos Juizados Especiais, com mais razão a impossibilidade de admitir-se pedido de reconsideração, uma vez que há restrição expressa em relação aos recursos cabíveis.

O “pedido de reconsideração” apresentado sequer pode ser conhecido como embargos de declaração, uma vez que interpostos após o quinquídio legal.

Por estas razões, não conheço do pedido de reconsideração.

É como voto.

---

## Recurso

**2005.38.00.743120-1/MG**

Relatora: A Exma. Sra Juíza Federal Sônia Diniz Viana  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Recorrido: Antônio Oswaldo Maurício  
Publicação: DJ/MG de 19/06/2007

---

### Ementa – Voto

*Juizados Especiais Federais. Previdenciário. Concessão de benefício. Liquidez. Requisito essencial. Sentença ilíquida. Anulação ex officio.*

I – Estipula o parágrafo único do art. 38 da Lei 9.099/1995, de aplicação subsidiária à Lei 10.259/2001, que “não se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que genérico o pedido”.

II – Em resposta à consulta formulada pela Excelentíssima Presidente da 1ª Turma Recursal de Minas Gerais, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência decidiu pela “pela necessidade de liquidez da sentença condenatória proferida nos Juizados Especiais Federais, com a consignação do quantum devido, em pecúnia, ainda que o pedido seja genérico, em consonância com o disposto parágrafo único do art. 38 da Lei 9.099/1995, aplicável na órbita dos Juizados Especiais Federais por força do disposto no art. 1º da Lei 10.259/2001, não sendo suficiente que a sentença condenatória seja exequível, com a mera afirmação do direito do postulante e o estabelecimento das diretrizes para cálculo do valor devido, pois que, em sede de Juizados Especiais, não há a fase de liquidação do julgado, nem a aplicabilidade do art. 604 do CPC”. (Processo 2004.16124-7 - DJ 07/10/2004 - p. 764.)

III – No caso dos autos, a sentença recorrida limitou-se a determinar a conversão de “tempo especial em tempo comum” de diversos períodos, mediante a aplicação do índice de 1,4 e acrescentou: “verificando-se o implemento do tempo necessário para aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, proceda à implementação de tal benefício em favor do demandante, com pagamento das parcelas vencidas corrigidas pelo IPCA-E, a partir da data do requerimento administrativo, 26/09/2000, com acréscimos de juros de 1% ao mês, a partir da citação”.

IV – Em se tratando a liquidez de requisito essencial, é imperioso reconhecer a nulidade da sentença, inclusive ex officio, determinando a baixa dos autos à origem para que outra seja proferida afastando o vício apontado.

V – Sentença anulada.

VI – Recurso do INSS prejudicado.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, anular de ofício a sentença e julgar prejudicado o recurso do INSS, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, nos termos do voto da Relatora.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MG – 29/05/2007.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

---

### Relatório Sucinto

*A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:* — Cuida-se de recurso do INSS contra sentença que julgou procedente o pedido inicial, convertendo tempo especial em comum e condenando a autarquia previ-

denciária ao pagamento de aposentadoria por tempo de serviço ao recorrido. O recurso inominado pretende a improcedência do pedido por ausência de amparo legal.

---

## Recurso

### 2006.38.00.752719-4/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana  
Recorrente: Luiza Maria Guimarães  
Advogado: Dr. Gilson Liboreiro da Silva  
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Publicação: DJ/MG de 13/06/2007

---

## Ementa

*Juizados Especiais Federais. Previdenciário. Ausência de requerimento Administrativo. Interesse de agir. Recurso desprovido.*

I – Cuida-se de recurso contra sentença que extinguiu o processo nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

II – O recorrente ajuizou ação pleiteando aposentadoria por tempo de serviço. Verificada a ausência de requerimento administrativo, e mesmo antes da citação do INSS, o juízo monocrático extinguiu o processo por ausência de interesse de agir. O recurso visa a anulação da sentença e o retorno dos autos à origem para prosseguimento da ação.

III – A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, no julgamento do Recurso 2005.72.95.006179-0, acórdão publicado em 26/10/2006, concluiu que “nas ações previdenciárias no âmbito dos JEFs é necessária a prévia caracterização de lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, na sua modalidade de utilidade/necessidade do provimento jurisdicional, o que se dá com o prévio requerimento administrativo, em que haja indeferimento expresso do pedido ou demora injustificável para sua apreciação. Entendimento contrário importa no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEFs, o que compromete a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário”.

IV – Recurso desprovido, ressalvado o entendimento pessoal da Juíza Federal Relatora e do Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, de que o acesso ao Poder Judiciário não está condicionado ao requerimento administrativo.

V – Recorrente condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R\$300,00 (trezentos reais), cuja execução ficará sobrestada tendo em vista a concessão da justiça gratuita.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

1ª Turma Recursal do Juizados Especiais Federais/MG – 29/05/2007.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

---

## Relatório

*A Exma Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:* — Cuida-se de recurso contra sentença prolatada pelo(a) MM<sup>(a)</sup> Juiz(a) Federal do Juizado Especial Federal Civil, que extinguiu o processo nos termos do art. 267, VI, do CPC.

A recorrente ajuizou ação pleiteando aposentadoria por tempo de serviço. Verificada a ausência de requerimento administrativo, e mesmo antes da citação do INSS, o juízo monocrático extinguiu o processo por ausência de interesse de agir.

Pretende-se a anulação da sentença e o retorno

dos autos à origem para prosseguimento da ação.

Não foram recolhidas custas processuais.

É o breve relatório.

## Voto

*A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana: —*  
Defiro os benefícios da justiça gratuita.

A sentença recorrida julgou extinto o processo, sem exame de mérito, por entender que “a jurisdição é atividade secundária e deve haver manifestação anterior da autoridade administrativa sobre o pedido de benefício previdenciário antes de se intentar a respectiva ação judicial. Dessa forma, somente é legítima a ação do Judiciário em caso de negativa ou resistência do INSS”.

Entendo que o acesso ao Poder Judiciário não está condicionado ao requerimento administrativo, entretanto, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no julgamento do Recurso 2005.72.95.006179-0, acórdão publicado em 26 /10/2006, decidiu em sentido contrário, ou seja, que a ausência de requerimento administrativo caracteriza falta de interesse de agir, acarretando a prematura extinção do processo.

No referido acórdão ficou consignado que “a Jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça que afasta a necessidade de prévio requerimento administrativo para que o segurado possa ajuizar ação de natureza previdenciária não tem similitude fática com as hipóteses das ações previdenciárias que tramitam nos Juizados Especiais Federais, tendo em vista que foram estabelecidos em processos previdenciários de varas federais comuns, antes mesmo da criação dos Juizados Especiais Federais”.

Por fim, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais concluiu que “nas ações previdenciárias no âmbito dos JEFs é necessária a prévia caracterização de lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, na sua modalidade de utilidade/necessidade do provimento jurisdicional, o que se dá com o prévio requerimento administrativo, em que haja indeferimento expresso do pedido ou demora injustificável para sua apreciação. Entendimento contrário importa no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEFs, o que compromete a celeridade

daqueles processos onde realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário”.

Assim sendo, ressalvado meu entendimento pessoal, não merece reforma a sentença recorrida.

Por tais razões, nego provimento ao recurso.

Recorrente condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R\$300,00 (trezentos reais), cuja execução ficará sobrestada tendo em vista a concessão da justiça gratuita.

É como voto.



---

## Recurso

**2007.38.00.709975-4/MG**

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Recorrida: Vera Ellena Pigula  
Publicação: DJ/MG de 14/06/2007

---

### Ementa – Voto

*Juizados Especiais Federais. Previdenciário. Ex-ferroviário. Revisão de aposentadoria paga pelo INSS e União. Falta de interesse de agir. Extinção sem resolução de mérito.*

I – A Lei 8.186/1991 garante ao ferroviário aposentado proventos equiparados ao do pessoal ainda em atividade da Rede Ferroviária Federal S.A. O referido diploma legal dispõe que “é garantida a complementação da aposentadoria paga na forma da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) aos ferroviários admitidos até 31/10/1969, na Rede Ferroviária Federal S.A.” e que a “complementação da aposentadoria devida pela União é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA”.

II – Assim sendo, a revisão pleiteada não repercute no valor recebido, uma vez que qualquer alteração no valor pago pelo INSS reflete na mesma proporção no complemento pago pela União Federal. Se, porventura, a autarquia previdenciária pagou valor menor que o devido, a complementação pelo Tesouro Nacional eliminou qualquer prejuízo do segurado excluindo, por conseguinte, o seu interesse de agir na presente demanda.

III – Nesse sentido, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência decidiu que “a complementação de aposentadoria paga pela União tem por fim tornar seu valor igual ao percebido pelo pessoal da ativa, razão pela qual seria inócuo o deferimento dos reajustes pleiteados no benefício do autor”. (PNU 2005.35.00.718973/1 – Relator Hermes Dielder da Conceição Junior – DJU 14/12/2006.)

IV – Sendo o recorrente ex-ferroviário e recebendo complementação de aposentadoria à conta do Tesouro Nacional, falta-lhe interesse de agir em demanda que pretende revisão de seu benefício previdenciário.

V – Recurso provido.

VI – Sem condenação em custas e honorários advocatícios.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso para julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, na forma do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MG – 29/05/2007.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

---

### Relatório Sucinto

*A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:*

— Cuida-se de recurso contra sentença que julgou procedente a revisão de benefício previdenciário, condenando o INSS ainda ao pagamento de valores atrasados. Consta dos autos que o recorrente é ferroviário

aposentado e que seu benefício é complementado pela União Federal, nos termos da Lei 8.186/1991.

## Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)).

---

### **Civil. Responsabilidade civil. Prisão ilegítima. Danos morais.**

A extinção do débito exequendo mediante acordo homologado judicialmente e integralmente cumprido denota a ilegitimidade da prisão do respectivo devedor quase um ano depois, sob o fundamento de se tratar de depositário infiel do bem penhorado.

A prisão ilegítima assegura ao lesado o direito de ser indenizado pelo Estado, consoante inteligência do art. 5º, LXXV, da Constituição Federal.

AC 1999.33.00.009088-1/BA

Rel.: Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *DJ* de 14/06/2007

### **Lei 7.787/1989. Autônomos e administradores. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Coisa julgada em sentido contrário. Inexistência. Princípio da isonomia. Ausência de norma constitucional absoluta. Direitos fundamentais de primeira geração. Proteção ao cidadão contra atividade estatal ilícita.**

Diante da inexistência de norma constitucional absoluta, deve ser tido por não ocorrido o fenômeno da coisa julgada quando o Supremo Tribunal Federal, pela via do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, declara inconstitucional a contribuição de autônomos e administradores (Leis 7.787/1989 e 8.212/1991), prevalecendo, no caso, o postulado da isonomia tributária.

Os direitos fundamentais de primeira geração, oriundos que são da Revolução Francesa (estado liberal), caracterizam-se por serem normas que restringem a atividade estatal frente ao cidadão, ao que, de regra, devem ser utilizados em benefício deste, cabendo, portanto, interpretação mais flexível quando se tratar de oposição de direito fundamental em favor do estado e em detrimento daquele.

AC 1997.38.00.022383-9/MG

Rel.: Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado) – 8ª Turma

Publicação: *DJ* de 22/06/2007

### **Equipamento obrigatório em veículos. Suporte de mão. Acessibilidade e segurança de idosos e portadores de deficiência.**

A partir de princípios constitucionais como o da dignidade do ser humano ou ainda da visão social, traduzida em diversas regras legais vigentes, a respeito de ser necessária a proteção e inclusão de idosos e portadores de deficiência, poderia o Judiciário entender que o suporte de mão é necessário para essas pessoas em termos de segurança e acessibilidade, de modo a reconhecer uma omissão normativa da União e a partir daí proferir a tutela jurisdicional adequada para solução dessa omissão.

Para isso, porém, seria necessária prova técnica sólida que demonstrasse a necessidade e utilidade do equipamento, mas, ao invés disso, o que se tem nos autos são documentos e pareceres trazidos pelo próprio MPF no sentido exatamente oposto.

AC 2005.38.03.000204-8/MG

Rel.: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 14/06/2007

**Importação. Desembarque de contêineres cheios sem a respectiva documentação. Erro operacional da operadora portuária. Falta de nexa causal entre a conduta da impetrante e a infração tributária.**

A conduta (ação de descarga de contêineres cheios) não foi da impetrante, mas de terceiro, que por erro operacional, cometeu a infração imputada àquele. Destarte, falta (antes) do elemento subjetivo (dolo ou culpa), o próprio nexa causal entre suposta conduta imputada ao impetrante e o resultado experimentado (infração à legislação tributária).

AMS 1999.39.00.008089-7/PA

Rel.: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado) – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 15/06/2007

**Queixa-crime. Difamação e injúria.**

No calor de uma refrega eleitoral, numa disputa, ainda que já se tenha concluída a apuração, mas logo após sua conclusão, as palavras ditas, de maneira impensada, são fruto do calor da campanha.

Ocorrência, no caso, de uma incivildade, uma falta de cortesia, de educação. Queixa-crime rejeitada.

QCR 2004.01.00.023470-0/DF

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – Corte Especial

Publicação: *DJ* 22/06/2007

**Ação possessória. Área pública ocupada por servidores públicos federais há mais de duas décadas. Construção de moradia. Realização de benfeitorias. Liminar para desocupação em trinta dias. Suspensão.**

Comprovado que houve, por parte da Administração, cobrança de taxa de ocupação para a ocupação do imóvel, e que neste, em mais de duas décadas de ocupação mansa e pacífica, foram realizadas diversas benfeitorias pelos servidores posseiros, afigura-se indispensável, sob pena de violação à ampla defesa, assegurar-lhes a realização de perícia para instruir eventual pedido indenizatório por tais benfeitorias.

Reforma da decisão concessiva de imissão de posse.

AG 2005.01.00.042511-0/MA

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 11/06/2007

**Ação civil pública. Danos coletivos a consumidor. Funcionamento irregular de curso superior. Inexistência de autorização do MEC.**

Inúmeras pessoas cursaram as duas instituições de ensino superior que acabaram sendo fechadas, sendo óbvio que daí emergem danos materiais consistentes nos diversos gastos que tiveram, incluindo mensalidades.

Quanto ao dano moral, sua presença é patente, por verem frustradas as expectativas de se formarem em um curso superior, pelo tempo que perderam e por verem seus esforços com os estudos serem desperdiçados.

A responsabilidade pelos danos materiais e morais é de quem lhe deu causa, nesta situação, as duas apeladas, que ofertaram cursos superiores mesmo sem ter nenhuma autorização do MEC para tal, fato reconhecido na sentença transitada em julgado nessa parte.

AC 2002.33.00.005927-1/BA

Rel.: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *DJ* de 28/06/2007

**Projeto de manejo florestal sustentado. Dúvidas quanto à identificação, localização e regularidade dominial da área onde se pretende implementar o projeto. Promoção de diligências junto aos órgãos fundiários. Legalidade e constitucionalidade.**

No exercício do poder de polícia ambiental atribuído por lei ao Ibama, para fins de coibir abusos e danos ao meio ambiente, afigura-se legítimo que a autarquia se cerque de todas as cautelas possíveis, antes da concessão da respectiva Autorização para Exploração (Autex), mormente quando não dispõe de elementos suficientes de identificação da exata localização das glebas onde se pretende implementar o referido plano de manejo, a merecer a prévia e indispensável manifestação dos órgãos fundiários, em homenagem ao princípio da precaução, a que deve se submeter a decisão administrativa, em questões dessa natureza, em observância à tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*)

AMS 2005.39.02.001860-0/PA

Rel.: Des. Federal Souza Prudente – 6ª Turma

Publicação: *DJ* de 11/06/2007





# Estatística

**JUNHO/2007**

## **ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA**

Recursos Extraordinários Admitidos	95
Recursos Especiais Admitidos	188
Recursos Extraordinários Não-Admitidos	115
Recursos Especiais Não-Admitidos	366
Despachos Diversos	34
Decisões Diversas	32
Recurso Especial Adesivo Não-Admitido	1
Decisões em Plantão	5
Suspensão de Segurança Deferida	1
Suspensões de Segurança Indeferidas	6
Decisão diversa em Suspensão de Segurança	1
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança	9
Agravos Regimentais Prejudicados	5
Agravos Regimentais Providos	2
Embargo de Declaração Acolhido	1
Embargos de Declarações Rejeitados	2
Informações ao STF e STJ em ACR, CC, HC MS e SS	77
<b>TOTAL</b>	<b>940</b>

Dados fornecidos pela ASRET

## **SECRETARIA JUDICIÁRIA**

Despachos Diversos	89
<b>TOTAL</b>	<b>89</b>

Dados fornecidos pela SECJU

## **SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS**

Informações em Mandados de Segurança	2
Informação em Ação Ordinária	1
Informações Prestadas à AGU	3
Despachos em Procedimentos Administrativos	19
Apostilas	6
Atos	30
Portarias	11
Ofícios	72
<b>TOTAL</b>	<b>144</b>

Dados fornecidos pela SECRE

## VICE-PRESIDÊNCIA

RESP Admitidos	93
RESP Inadmitidos	165
RE Admitidos	35
RE Inadmitidos	58
COCSE com Despachos	74
COREC com Despachos	17
COREC com Decisões Diversas	16
Suspensões de Segurança	14
Ofício de Informação ao STJ	1
Decisões em Plantão	4
<b>TOTAL</b>	<b>477</b>

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

## COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções ( RESP/RE )	988
Remetidos à ASVIP com RESP/RE	367
Remetidos à ASRET com RESP/RE	715
Remetidos ao STF (RE e AG/RE)	227
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF ( RE e AG/RE )	24
Remetidos ao STJ ( RESP e AG/RESP )	918
Recebidos do STJ	491
Recebidos do STF	361
Remetidos por Baixa Definitiva	1.143
Remetidos ao Arquivo Judicial	237
Sobrestados na COREC	934
Agravos Processados	606
<b>TOTAL</b>	<b>7.011</b>

## PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	170
Recursos Inadmitidos	356
Despachos Diversos	70
<b>TOTAL</b>	<b>596</b>

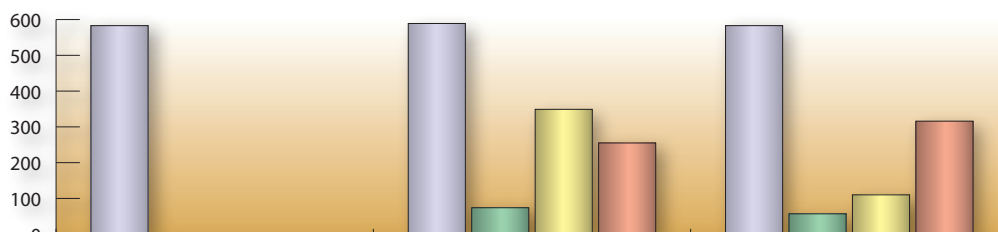
## PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	103
Recursos Inadmitidos	272
Despachos Diversos	26
<b>TOTAL</b>	<b>401</b>

Dados fornecidos pela COREC

## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

### 1ª Turma



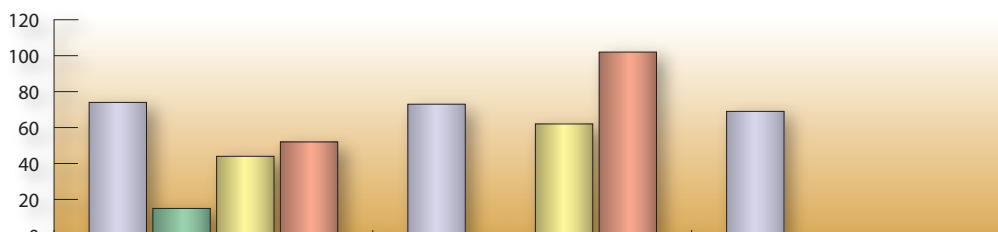
	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Distribuídos	583	589	583
Desp. Term. Publicados		74	57
Julgados		349	110
Acórdãos Publicados		255	316

### 2ª Turma



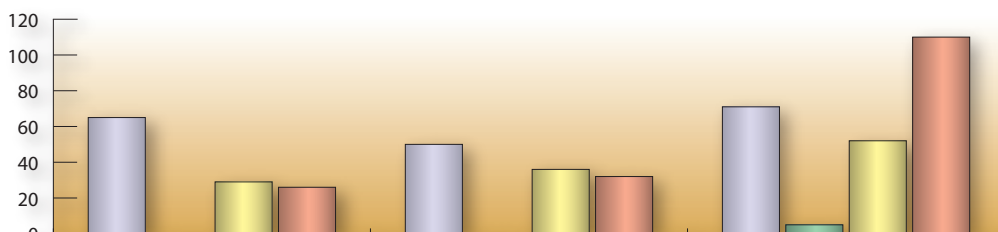
	Carlos Moreira Alves	Aloísio Palmeira Lima	Neuza Alves
Distribuídos	591		581
Desp. Term. Publicados	52		6
Julgados	240		
Acórdãos Publicados	94	105	118

### 3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Tourinho Neto	Olindo Menezes
Distribuídos	74	73	69
Desp. Term. Publicados	15		
Julgados	44	62	
Acórdãos Publicados	52	102	

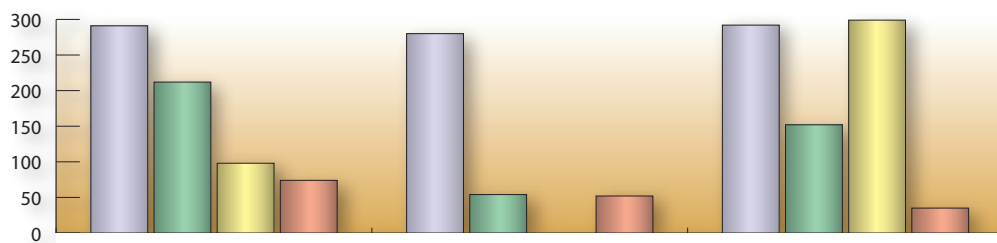
### 4ª Turma



	Ítalo Fioravanti Sabo Mendes	Mário César Ribeiro	Hilton Queiroz
Distribuídos	65	50	71
Desp. Term. Publicados			5
Julgados	29	36	52
Acórdãos Publicados	26	32	110

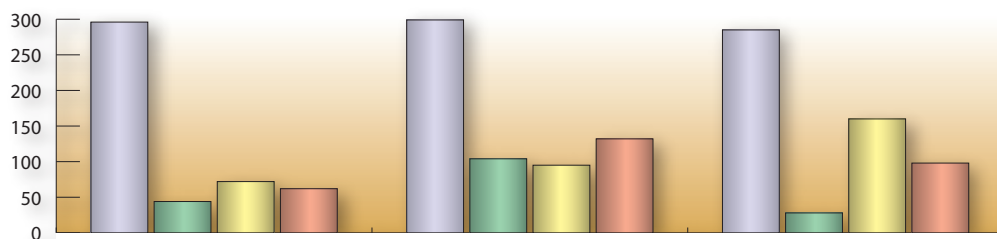
## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

### 5ª Turma



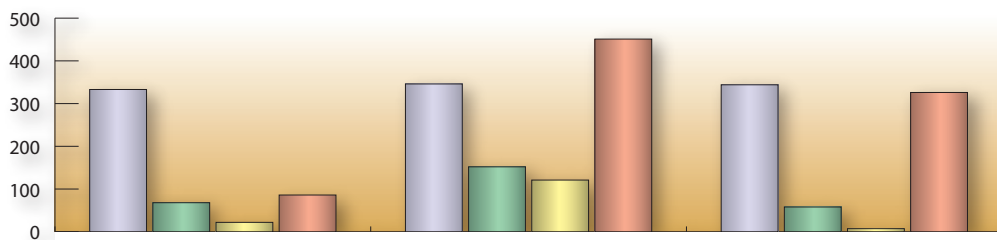
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	291	280	292
Desp. Term. Publicados	212	54	152
Julgados	98		299
Acórdãos Publicados	74	52	35

### 6ª Turma



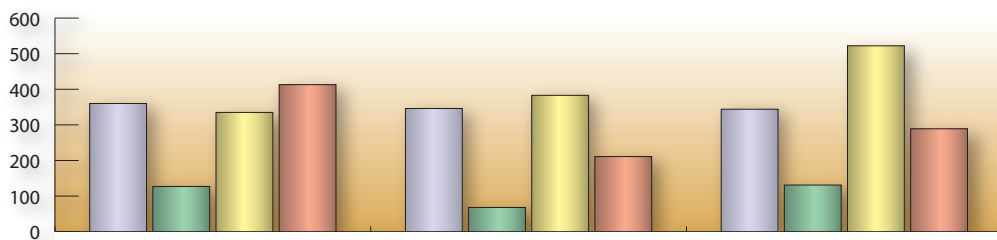
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	296	299	285
Desp. Term. Publicados	44	104	28
Julgados	72	95	160
Acórdãos Publicados	62	132	98

### 7ª Turma



	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	333	346	344
Desp. Term. Publicados	68	152	58
Julgados	22	121	1
Acórdãos Publicados	86	451	326

### 8ª Turma

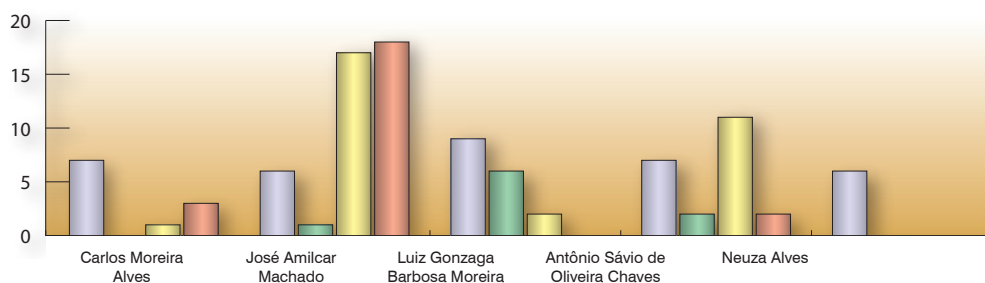


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	360	346	344
Desp. Term. Publicados	127	68	131
Julgados	335	383	522
Acórdãos Publicados	413	211	289

## DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES

### 1ª Seção

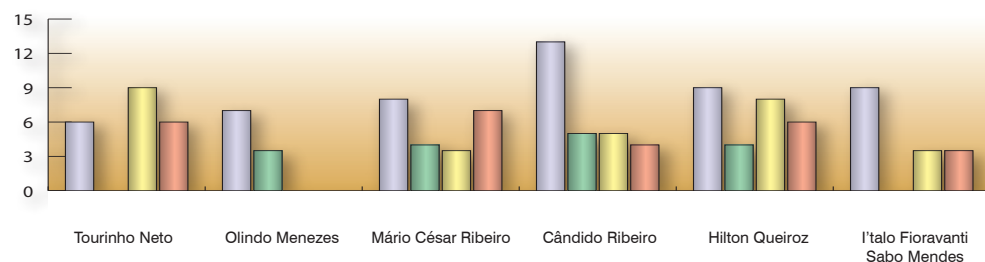
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	7	6	9	7	6
Desp. Term. Publicados		1	6	2	
Julgados	1	17	2	11	
Acórdãos Publicados	3	18		2	

### 2ª Seção

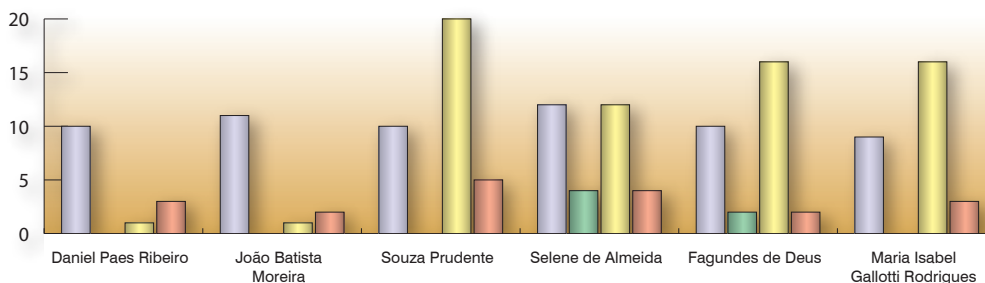
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	6	7	8	13	9	9
Desp. Term. Publicados		3	4	5	4	
Julgados	9		3	5	8	3
Acórdãos Publicados	6		7	4	6	3

### 3ª Seção

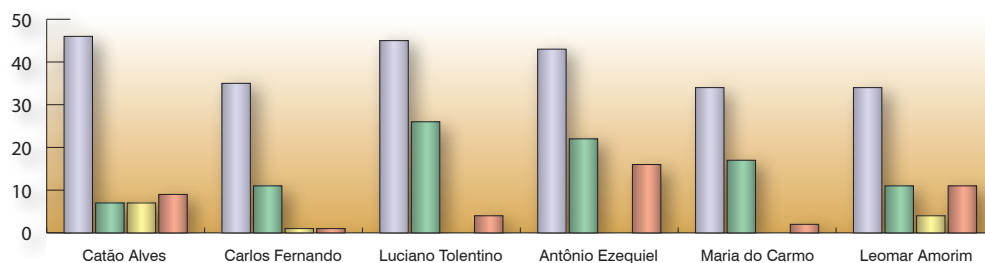
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	10	11	10	12	10	9
Desp. Term. Publicados				4	2	
Julgados	1	1	20	12	16	16
Acórdãos Publicados	3	2	5	4	2	3

### 4ª Seção

Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo

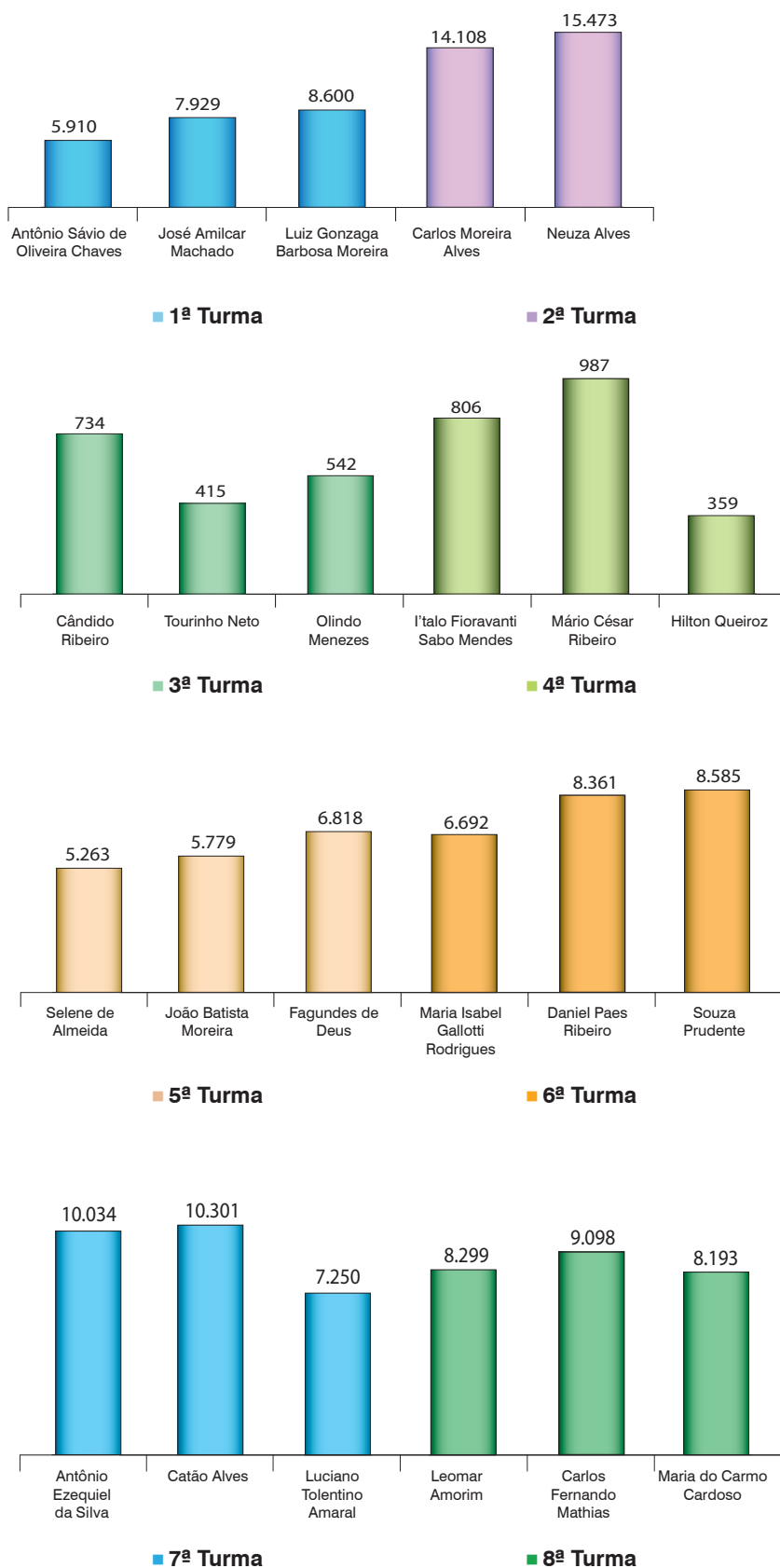


Distribuídos	46	35	45	43	34	34
Desp. Term. Publicados	7	11	26	22	17	11
Julgados	7	1				4
Acórdãos Publicados	9	1	4	16	2	11

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.



## PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS



### COMPETÊNCIA DAS SEÇÕES E RESPECTIVAS TURMAS (Art. 8º do RITRF)

À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – servidores públicos civis e militares, exceto feitos correlatos à improbidade administrativa; e II – benefícios previdenciários.

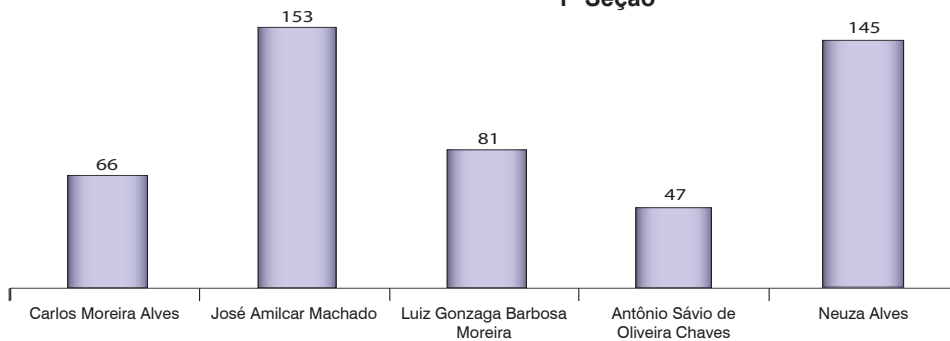
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – matéria penal em geral; II – improbidade administrativa; III – desapropriação direta e indireta.

À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – licitação e contratos administrativos; II – concursos públicos; III – contratos; IV – direito ambiental; V – sucessões e registros públicos; VI – direito das coisas; VII – responsabilidade civil; VIII – ensino; IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização; X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades; XI – propriedade industrial; XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

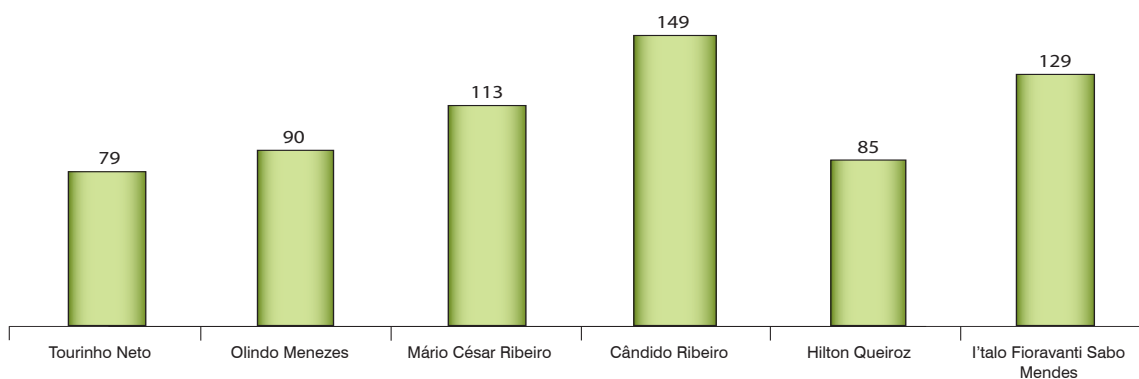
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições; II – impostos; III – taxas; IV – contribuições de melhoria; V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS; VI – empréstimos compulsórios; VII – preços públicos; VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

## PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES

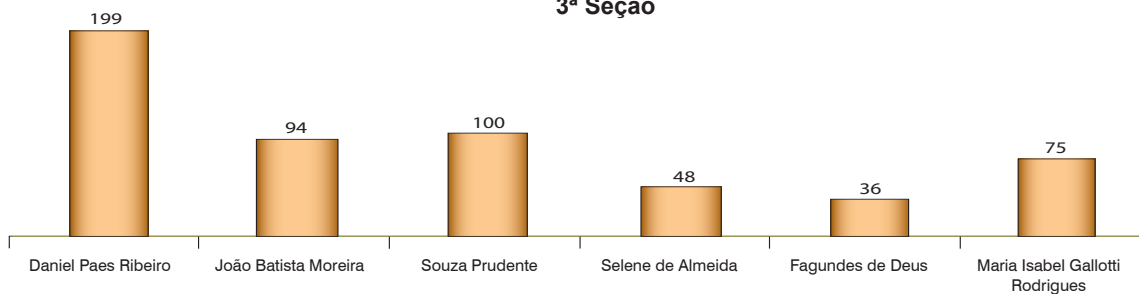
### 1ª Seção



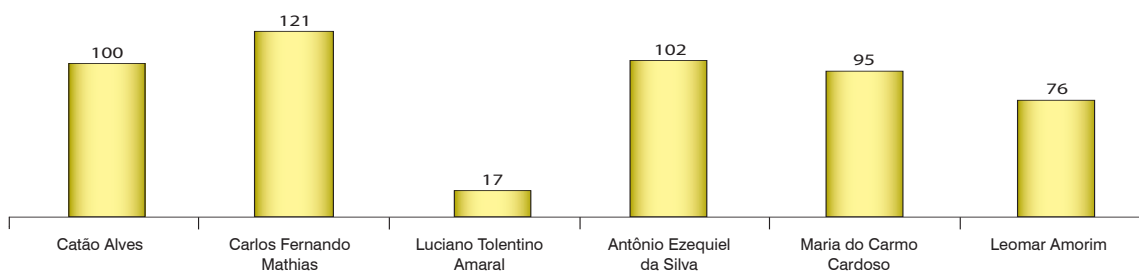
### 2ª Seção



### 3ª Seção



### 4ª Seção



## ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	4ª Seção		1	
	7ª Turma	39	200	53
Antonio Cláudio Macedo da Silva	1ª Turma			2
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção			13
	5ª Turma	231	13	98
Carlos Augusto Pires Brandão	3ª Seção			1
	6ª Turma	2	26	79
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção		2	2
	5ª Turma	5	96	119
Cleberon José Rocha	2ª Turma	83	284	106
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção			2
	6ª Turma	32	66	117
Francisco Renato Condevila Pinheiro	7ª Turma		89	33
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma		155	137
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção		7	
	1ª Turma	55	305	110
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma			3
Klaus Kuschel	4ª Turma	1		6
Leão Aparecido Alves	3ª Seção	1		1
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma		16	13
Manoel José Ferreira Nunes	1ª Turma			4
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	3ª Seção		15	10
	5ª Turma	61	295	248
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		31	16
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	20	340	414
Moacir Ferreira Ramos	3ª Seção			11
	6ª Turma		35	122
Mônica Neves Aguiar da Silva	1ª Seção		3	2
	2ª Turma	36	336	152
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma		17	7
Osmane Antonio dos Santos	8ª Turma		60	8

Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		2	2
	7ª Turma	125	456	397
Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma		46	43
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção			7
	4ª Turma		23	31
Saulo José Casali Bahia	2ª Seção	3	5	4
	3ª Turma	16	68	90
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção			1
	1ª Turma		47	66
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		53	
Vallisney de Souza Oliveira	5ª Turma			1

Foram distribuídos para a Juíza Federal Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva 9 processos na 1ª Seção e 676 na 2ª Turma.

## DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Luciano Tolentino Amaral	8ª Turma	1		
Maria do Carmo Cardoso	6ª Turma			1



## Repositórios Oficiais de Jurisprudência\*

- \* Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- \* Editora Síntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Cível e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários;
- \* Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- \* Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio;
- \* Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB;
- \* Editora Forense: Revista Forense;
- \* Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- \* Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- \* Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- \* Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- \* Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- \* Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- \* Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- \* Editora Portal Jurídico Ltda.: *CD-Rom* Gazeta Juris;
- \* Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET,

\*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.





# Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

## Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

## Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o *e-mail* revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3221-6675, 3221-6700 ou pelo *e-mail* cojud-revista@trf1.gov.br.

