

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Agosto 2007

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Nelsília Maria Ladeira Lunière 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 Hormann

Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

Entrevista

Martha Hormann

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

Natan Mobley Bertolini

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa

Edleusa Santos da Trindade Züst

Evanildes Carvalho Amorim

Maria Benáurea Santos

Magda Giovana Alves

Samuel Nunes dos Santos

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)

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 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 *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo 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 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 I'talo 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 José Amílcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

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 Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

5ª Turma

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

6ª Turma

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

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 I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargador Federal José 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

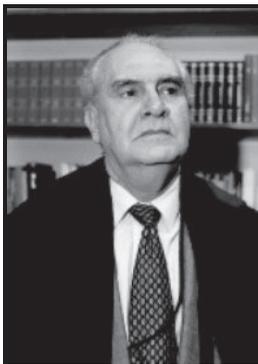
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

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 de 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



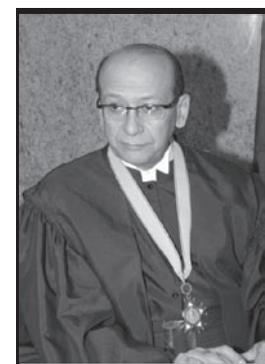
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



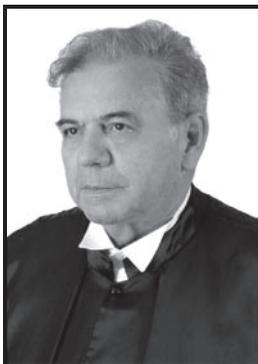
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



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
junho/2006 – julho/2007



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
a partir de agosto/2007

Editorial, 13

Juramento, 15

Em Foco, 17

Arbitragem e Juizados Especiais — possíveis soluções para a Justiça brasileira,
Fagundes de Deus

Atualidades: ponto de vista, 21

Amazônia: o processo de internacionalização
Selene de Almeida

Gastando o Latim, 27

Habeas Verbum: Língua do Direito, 29

Acordo ortográfico entre amigos
Dad Squarisi

Variedades, 31

Crítica: “O Diário de Jonathas Abbott”
Carlos Eduardo Lins da Silva

Artigos Doutrinários

O acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas e a decisão judicial como ato de compreensão existencial,
finita e histórica, que se processa por meio da linguagem, 33

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Questões candentes acerca da “pirataria”, 47

Welder Oliveira de Almeida

Visão humano-existencial do conceito de pessoa, 51

Jorge Ponciano Ribeiro

Inteligência do art. 84, VI, *a*, da Constituição Federal. Constitucionalidade do Decreto 4.829/2003. Funções
do comitê gestor da internet no Brasil. Legalidade de sua criação e atuação. Parecer, 62

Ives Gandra da Silva Martins

Tópicos Jurídicos

Conciliar é legal, 77

Vallisney de Souza Oliveira

Simplificação dos procedimentos de jurisdição voluntária. Inexigibilidade de advogado, 79

Caroline Angélica Rabêlo de Souza

Corte Especial – Concurso público. Posse. Exercício. Candidato nomeado. Discussão, anterior à posse, do critério de lotação. Vagas oferecidas no edital do concurso. Competência da 3ª Seção, 85

Rel.: Desembargador Federal Olindo Menezes

Conflito de Competência 2006.01.00.031245-0/BA

1ª Seção – Ação Rescisória para desconstituir sentença proferida por Juizado Especial Federal. Incompetência deste Tribunal Regional Federal – 1ª Região, 88

Rel.: Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Ação Rescisória 2007.01.00.011489-5/DF

2ª Seção – Embargos infringentes. Desapropriação. Vistoria administrativa. Notificação realizada na véspera. Proprietários menores. Nulidade, 91

Rel.: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Embargos Infringentes em Apelação Cível 1998.35.00.013993-4/GO

3ª Seção – Mandado de segurança contra ato praticado por procurador da República. Competência funcional do juiz federal (CF, art. 109, VIII), 96

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Mandado de Segurança 2004.01.00.000641-8/PI

4ª Seção – Ação rescisória. Imposto sobre produtos industrializados (IPI) e imposto de importação (II) na internação (em 1990) de “palhetas e peças intermediárias” por concessionária de energia elétrica (Chesf). Isenção total (DL 8.031/1945): recepção pela CF/1988. Súmula 343: inaplicável. Pedido rescisório improcedente, 98

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Ação Rescisória 2005.01.00.055507-0/BA

1ª Turma – Servidor público. Nomeação. Professor titular. Posse. Retardamento além do prazo legal. Ato imputável à Administração. Dano material. Dano moral. Constrangimento. Exame HIV. Exigência proibida por ato normativo, 114

Rel.: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (auxiliar)

Apelação Cível 1997.38.00.013698-8/MG

3ª Turma – Penal. Homicídio culposo. Negligência médica. Preliminar de incompetência da Justiça Federal. Laudo conclusivo da negligência. Conjunto probatório harmonioso. Condenação mantida, 120

Rel.: Desembargador Federal Tourinho Neto

Apelação Criminal 2002.38.03.001288-4/MG

4ª Turma – Ação ordinária. Desconstituição de título. Cancelamento de registro imobiliário. Descumprimento de condição resolutiva expressa. Ilegitimidade recursal do Ministério Público Federal. Extinção do direito. Provimento declaratório. Imprescritibilidade, 129

Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (auxiliar)

Apelação Cível 2004.41.00.001953-2/RO

5ª Turma – Indenização por danos materiais e morais decorrentes de decretação de prisão e quebra de sigilo de investigações, 135

Rel.: Juiz Federal César Augusto Bearsi (convocado)

Apelação Cível 2003.35.00.010857-7/GO

6ª Turma – Busca e apreensão de menor. Convenção sobre aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Sentença estrangeira. Homologação pelo STJ. Decisão conflitante da Justiça brasileira. Soberania nacional, 139
Rel.: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Apelação Cível 2006.32.00.005813-1/AM

7ª Turma – Política de preço nacional equalizado. Açúcar e álcool. Exigência de apresentação de CND para liberação crédito. Inexistência de previsão legal, 152
Rel.: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)
Apelação em Mandado de Segurança 2000.34.00.036015-0/DF

8ª Turma – Desembarço aduaneiro. Máquinas eletrônicas programas. Caça-níqueis. Jogos de azar. Proibição em todo território nacional. Pena de perdimento. Constitucionalidade. DL 3.688/1941. DL 37/1966. Lei 9.615/1998, 154
Rel.: Desembargador Federal Leomar Amorim
Apelação em Mandado de Segurança 2000.37.00.007156-0/MA

Decisões Monocráticas

Suspensão de segurança. Aposentadoria por invalidez. Pagamento de parcelas em atraso. Antecipação de tutela concedida. Verba alimentar, 161
Desembargadora Federal Assusete Magalhães
SS 2007.01.00.026143-0/MG

Suspensão de segurança. Contribuição previdenciária. Adicional de um terço de férias. Lesão à economia pública não demonstrada, 163
Desembargadora Federal Assusete Magalhães
SS 2007.01.00.023690-0/DF

Agravo de instrumento. Medicamentos utilizados nos serviços prestados em hospitais. Não incidência na base de cálculo do PIS e da Cofins, 166
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Ag 2007.01.00.026694-7/DF

JEFs em Revista

Cumulação dos benefícios previstos nos arts. 62, § 2º, e 192 da Lei 8.112/1990. Possibilidade. Princípio do amplo acesso à justiça, 169
Rel.: Juiz Federal Paulo César Alves Sodré
Processo 2007.36.00.702773-6/MT

Responsabilidade civil. Supostas ofensas irrogadas por membro do Poder Judiciário. Loman, arts. 41 e 49. Não-caracterização. Dano moral. Descabimento, 174
Rel.: Juiz Federal Paulo César Alves Sodré
Processo 2006.36.00.702637-8/MT

Seguridade Social. Amparo social. Art. 20, § 3º, Lei 8.742/1993. Deficiente físico. Incapacidade para o trabalho. Transtorno mental grave. Agravamento por uso de álcool, 178
Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha
Recurso Cível 2007.36.00.702726-3/MT

Dano material. Furto de veículo no estacionamento de universidade federal. Direito à indenização. Valor fixado acima do pedido. Sentença *ultra petita*. Nulidade parcial. *Quantum* igual ao pedido na peça inicial, 180

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2007.36.00.702756-1/MT

Benefícios. Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Intimação por telefone. JEF. Informalidade. Celeridade. Qualidade segurada. Carência. Incapacidade permanente para o trabalho, 182

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2007.36.00.702826-5/MT

Previdenciário *lato sensu*. Benefício de prestação continuada. Concessão. Requisitos vertidos no art. 20 da Lei 8.742/1993. Deficiente. Art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. Renda *per capita* familiar inferior ao limite legal, 184

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2007.36.00.702945-9/MT

Ação de indenização. Cheque adulterado. Responsabilidade da instituição financeira. Danos materiais e morais, 188

Rel.: Juiz Federal Paulo César Alves Sodré

Processo 2007.36.00.703007-0/MT

Breviário

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf.gov.br), 191

Quebra de sigilo de dados constitucionalmente protegidos. Requisição direta do Ministério Público. Necessidade de intervenção judicial.

Energia elétrica. Inadimplência. Suspensão do fornecimento. Resguardo dos serviços de educação, saúde e segurança públicas.

Idoso. Transporte coletivo interestadual. Reserva de vagas. Benefício instituído por lei. Concessão de serviços públicos. Política tarifária. Prerrogativa. Natureza assistencial.

Créditos tributários sujeitos a autolancamento. Declaração de débitos e créditos tributários federais (DCTF). Prescrição. Prazo. Início.

Serviços de manutenção das redes e de iluminação pública. Ausência de divisibilidade. Base de cálculo própria de imposto.

Contribuição previdenciária. Gratificação de Atividade Executiva (GAE). Impossibilidade de desconto nos vencimentos de parcelas não recolhidas no momento oportuno. Necessidade de procedimento administrativo próprio. Boa-fé.

Estatística, 193

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 203

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 205

Agradeço a confiança dos colegas que sufragaram meu nome para Diretor da Revista do nosso Tribunal, confiança a que espero corresponder.

Consultado pela eminente Presidente quanto a, observado o critério de antiguidade, submeter-me a esta eleição, cheguei, de início, a hesitar, pela consciência da responsabilidade que qualquer encargo assumido acarreta, por mais simples que seja — e a Revista o não é. Superei, entretanto, a dúvida, com a certeza de não ter ingente razão para excusar-me de corresponder a um compromisso institucional, tanto mais quanto, no caso, a situação de antigo já se me começa a cobrar seu tributo.

Como não se tratou de disputa política, que não é de meu feitio, foram os eminentes colegas poupados de ouvir os enredos das novidades, de que são pródigos os discursos de campanha, totalmente dispensáveis, pois a Revista, na primeira visão que dela tenho, funciona bem e atende aos propósitos para que foi criada. Isso não obstante, é certo que, ao longo do cumprimento de meu mandato, em sua direção, buscarei contribuir para seu constante e incessante aprimoramento.

Imbuído desse intento, espero contar com o apoio da Direção do Tribunal, particularmente da Presidência, dos eminentes colegas, especialmente dos que já dirigiram a Revista e ainda se acham compondo o colegiado; dos juizes de primeiro grau que aqui prestam auxílio; dos demais magistrados desta Região; de quantos possam agregar-se ao objetivo de difusão cultural e jurídica a que está a Revista disposta, com o indispensável concurso dos servidores que integram o seu quadro operacional, com os quais irei reunir-me, após a posse, a fim de conhecer-lhes o trabalho e delinear metas de ação.

Muito obrigado.

Desembargador Federal Hilton Queiroz

Diretor da Revista

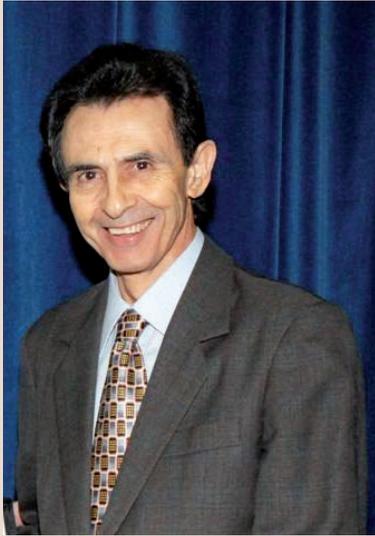
“Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defecturum.”

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”.

Arbitragem e Juizados Especiais — possíveis soluções para a Justiça brasileira

Fagundes de Deus

Por Martha Hormann



Revista: O que levou o Senhor a escolher a carreira jurídica? Como chegou à magistratura?

Fagundes de Deus: Durante 12 anos, exerci a profissão de advogado. Meus trabalhos como operador do Direito, minha dedicação à causa da justiça, o modo como enfrentava os temas jurídicos com sinceridade, com seriedade, desejando a exata e correta aplicação do Direito nas situações ocorrentes no caso concreto, levaram-me a perceber que tinha vocação para a magistratura.

Revista: O Senhor advogava, então?

Fagundes de Deus: Sim. Iniciei atuando na advocacia particular. Assumi, posteriormente, por concurso, as funções de Procurador do Incra e depois ingressei no quadro de advogados da Eletronorte. Em meados da década de 1980, quando atuava como advogado, também estudava em nível de pós-graduação, quando observei que, se me dedicasse às matérias com mais afinco, realizando um estudo sistemático e mais avançado, boa parte delas me seria útil para a magistratura. Aproveitei esse tempo, então, para ir me preparando. Introduzi no meu projeto de vida o estudo metódico para o ingresso na magistratura.

Exemplo de tenacidade e disciplina, o Desembargador Fagundes de Deus apresenta-se, nesta edição, aos leitores da Revista. Fala de sua trajetória profissional, de advogado no interior de Goiás a magistrado, membro do TRF 1ª Região. Comenta também a realidade da magistratura em nosso país, a recente reforma do Judiciário e soluções diferenciadas para a prestação jurisdicional, como os Juizados Especiais e a arbitragem.

Revista: Quando o Senhor veio para Brasília?

Fagundes de Deus: No ano de 1978, quando fui aprovado no concurso público para advogado da Eletronorte. Vim de Goiânia; sou de Goiás. Lá, exercia o cargo de Procurador do Incra e de chefe do setor fundiário da autarquia.

Revista: E o que o levou a formar-se em Direito? O Senhor já tinha isso em mente desde criança? Como foi?

Fagundes de Deus: Não. Minha aspiração, desde a pré-adolescência, era estudar Medicina. Sempre gostei de matérias como Biologia e análise de efeitos de medicamentos, por exemplo. Quando tinha 14 anos, meus pais não puderam mais manter meus estudos, por isso tive de trabalhar o dia todo e estudar à noite. Nesse ritmo de trabalho, não me foi possível estudar Medicina, porque o curso era pela manhã, e exigia, como hoje ainda, dedicação exclusiva maior.

Revista: Em que função o Senhor começou a trabalhar aos 14 anos?

Fagundes de Deus: Eu trabalhava com meus pais; depois, também com meu tio, pois os dois montaram uma torrefação e moagem de café. Em outro período

* Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

da adolescência, trabalhei no comércio, em farmácia. Depois disso, já saindo da adolescência, trabalhei numa loja de eletrodomésticos: Ultralar Ultragás. Posteriormente, em um laboratório farmacêutico, como representante-propagandista. Meu trabalho consistia em visitar os médicos nos hospitais e em seus consultórios. Nesses encontros, fazia a divulgação científica dos produtos e deixava com eles literatura médica e amostras grátis. Não raro, participava do lançamento de medicamentos novos.

Revista: O Senhor tinha interesse em Medicina desde pequeno. Provavelmente gostava desse trabalho...

Fagundes de Deus: Exatamente. Tinha facilidade no desempenho desse trabalho. Nesse período, trabalhando para um laboratório farmacêutico, ou seja, na indústria farmacêutica, concluí meu curso de segundo grau, em 1967, e tive o privilégio de, no início do ano seguinte, ser aprovado no concurso vestibular da Universidade Federal de Goiás. O curso de graduação em Direito, com duração de cinco anos, concluí em dezembro de 1972.

Revista: E, depois, o Senhor gostou da área de Direito?

Fagundes de Deus: Realizei-me inteiramente na área do Direito. Em 1975, fui aprovado em quarto lugar no concurso para a magistratura do Estado de Goiás. Só que, nessa época, já era Procurador do Inbra e trabalhava em Goiânia, além de estar fazendo cursos de especialização em Direito na Universidade Federal de Goiás. De modo nenhum iria abandonar os cursos de especialização para tomar posse numa comarca do interior e assumir o cargo inicial da carreira. Diga-se, de passagem, cargo muito importante para quem é recém-formado, mas não para mim naquele momento da minha vida. Além disso, meus vencimentos como Procurador do Inbra, somados aos da função que exercia de Coordenador da Coordenação Fundiária, superavam em muito o valor dos vencimentos do cargo inicial da magistratura de Goiás, o que é lamentável, porque, ao longo de décadas, a magistratura brasileira perdeu um razoável número de bons candidatos ao ingresso na carreira.

Revista: Como a sua experiência como Procurador autárquico e também como trabalhador de empresa pública contribuiu para a visão que o Senhor tem do Direito, hoje?

Fagundes de Deus: Enquanto era acadêmico de Direito, aproveitei a oportunidade e realizei um curso de extensão universitária em Direito Agrário por seis meses. Não se tratava de especialização, porquanto curso desse nível pressupunha, necessariamente, que eu houvesse concluído a graduação em Direito. A partir dessa época, passei a ter interesse por Direito Público e, em particular, por Direito Agrário, além de muita simpatia pelo Inbra, em função das atividades que esta autarquia desenvolvia como ente público incumbido do desempenho de políticas públicas, notadamente a política fundiária da República Federativa do Brasil. Cinco meses após o término do meu curso de graduação, o Inbra abriu concurso, para minha grata surpresa. Tive, então, a felicidade, pela graça de Deus, de ter sido aprovado em concurso nacional, cujas provas foram aplicadas aqui em Brasília.

Creio ser importante observar que, naquela época, não tínhamos secretarias de tribunais — não existiam tantos como na atualidade —, nem secretarias de varas onde pudéssemos atuar como estagiários para adquirir maior experiência e conhecimento, tal como sucede nos dias de hoje. Desde o tempo em que exercia o cargo de Juiz Federal, em 1ª instância, costume incentivava os estagiários para que aproveitem bastante o período de estágio, porque essa experiência enriquece muito a formação dos operadores jurídicos.

Revista: Como o Senhor vê a magistratura brasileira?

Fagundes de Deus: Muito embora não desconheça a gama diversificada de problemas e adversidades que afetam nossa magistratura, vejo-a com bons olhos, até mesmo porque nela ingressei por vocação. Sempre tive satisfação no exercício de minhas atividades profissionais, não obstante seja a atividade judicante bastante espinhosa, principalmente em razão do volume de processos que assoberbam os órgãos judicantes e o contingente bastante reduzido de membros do Poder Judiciário. Esses fatores impedem a celeridade no andamento dos processos e torna a prestação jurisdicional lenta e defasada no tempo, adiando o escopo final dos processos, que é a entrega do bem da vida aos jurisdicionados que a ele tiverem direito.

Revista: Como o Senhor vê o corpo de magistrados brasileiro hoje?

Fagundes de Deus: Considero que os membros da magistratura de hoje são, em geral, bem preparados, têm

consciência da importância política, da relevância da função e do papel a desempenhar, à exceção de alguns juizes mais novos, que ainda não adquiriram a devida experiência e maturidade. Digo isso porque eles, embora aprovados em concursos públicos — o que demonstra que possuem grande bagagem teórica —, ainda não possuem experiência e lhes falta, muitas vezes, visão do contexto sócio-jurídico-político, do que devem ser portadores para exercer, com proficiência, a bela e gratificante função de julgar. Em decorrência disso, incidem em erros que não cometeriam se tivessem visão mais alargada e período anterior de maior experiência.

Revista: E os operadores do Direito, como estão?

Fagundes de Deus: Estamos diante de um universo bastante vasto de operadores jurídicos, em cujo âmbito devo situar a advocacia e as procuradorias. Não há dúvida de que temos entre nós ótimos advogados, dignos, experientes, éticos, assim como procuradores dos entes estatais dotados das mesmas qualidades. Existem, no entanto, alguns profissionais descuidados com a atualização e com o exercício de seu munus, inclusive os responsáveis pela defesa da União e das autarquias. Outros descumrem o dever ético, deixando de dar boa contribuição à prestação jurisdicional, como também sói acontecer em outras profissões, mas isso constitui exceção à regra, pois é certo que temos um sem-número de advogados, juristas, professores e profissionais hábeis, de notória capacitação e de reputação ilibada.

Revista: O Senhor falou alguma coisa sobre as leis processuais agora há pouco. Como o Senhor avalia a reforma do Judiciário?

Fagundes de Deus: A reforma do Judiciário deixou muito a desejar. A Emenda Constitucional 45 resolveu algumas das carências, promoveu melhora significativa, mas não chegou a solução satisfatória. O Judiciário necessita de providências legislativas que contribuam decisiva e finalmente para que o universo de problemas que o envolve encontre solução adequada e pertinente. Muitos estudos têm sido realizados, mas é imprescindível que ainda haja debates de maior relevo, principalmente no âmbito da própria magistratura e, por derradeiro, no Congresso Nacional. Essas discussões, com certeza, irão redundar em medidas que melhor atenderão aos anseios dos diversos segmentos da magistratura e da população, resultando em uma reforma do Poder Judiciário, tanto quanto possível, completa.

Revista: O que faltou? O que ainda poderia ser melhorado?

Fagundes de Deus: Um estudo sistemático, organizado, para que se defina o número ideal de tribunais e de juizes. Aí, sim, poderemos alcançar solução que mais se aproxime das necessidades da magistratura nacional, o que irá, indubitavelmente, contribuir para a efetiva celeridade na prestação jurisdicional. De outra parte, entendo que nosso sistema judicial carece muito de ser aprimorado por meio da realização de estudos, debates e, bem assim, da tomada de providências que conduzam à agilização dos processos judiciais.

Revista: Seria, então, a legislação processual?

Fagundes de Deus: A legislação processual civil e processual penal. Hoje em dia, discute-se o aprimoramento da legislação penal. Entendo que nossas leis precisam ser aprimoradas. A implementação da reforma do Judiciário depende, necessariamente, de mudanças na Constituição. De outro lado, para que ocorram mudanças no sistema judicial, é imprescindível que se mexa na legislação. Mais um comentário para completar. É necessário um trabalho paciente, cuidadoso, longo e progressivo, com vistas à mudança da mentalidade de todos quantos atuam em função da administração da justiça, a começar pelos advogados, que, quando atuam como defensores da parte, não raro, fazem com que o processo demore o maior tempo possível, vale dizer, que haja dilação no desfecho do processo. E, via de regra, alcançam seu intuito, dada a liberalidade das leis processuais brasileiras.

Revista: O Senhor vê alguma possibilidade de mudança mais radical no sentido de se incentivar as conciliações, a justiça de pequenas causas, digamos, de se incrementar o sistema judiciário nessa direção?

Fagundes de Deus: Hoje já se reconhece que os juizados especiais, tanto estaduais como federais, têm contribuído decisivamente para se pôr fim ao grande número de litígios. Isso é verdade e, portanto, é perfeitamente válido que se procure criar mecanismos diversos para a solução de controvérsias. No entanto, mesmo os juizados especiais dos estados e da União não estão conseguindo, como se esperava, solucionar rapidamente os litígios, em razão da avultação exagerada do número de causas. A conciliação voltou a ser valorizada, mas, dependendo do modo como é conduzida, pode ser um meio pouco eficaz. Sem falar que, em

geral, a população está habituada a confiar no juiz no que se refere à solução dos conflitos de interesses. Boa parte da população não aceita a conciliação.

Quais são as alternativas? Um dos meios que conheço, que goza de boa aceitação, é a arbitragem. A Lei 9.307, de 23/09/1996, que dispõe sobre a arbitragem, veio dar sua contribuição, notadamente, no âmbito do comércio e da indústria. Quem sabe não seria possível se estudar a extensão da arbitragem para outros segmentos da sociedade e, assim, se tentar aplicar essas modalidades para ampliar as opções de composição de litígios por instituições não-judiciárias.

Amazônia: o processo de internacionalização

Selene de Almeida*

Por Martha Hormann



Os problemas climáticos e ambientais — especialmente a escassez de água no momento — trazem à baila, novamente, questões relativas às riquezas naturais do Planeta. Nessas ocasiões, a primeira lembrança que assola a mente dos estadistas e cientistas é a Amazônia.

Para falar sobre o assunto, neste número, a Revista procurou a Desembargadora Federal Selene de Almeida, do TRF 1ª Região, que trabalhou ativamente na implantação da Justiça Federal itinerante, percorrendo, inclusive, a Região Amazônica em barcos que levavam justiça para a população do Norte. Sempre preocupada com as comunidades indígenas, ribeirinhas e os demais excluídos, a Desembargadora fala sobre a realidade que domina a região. Discorre sobre fatos históricos e tece análises sobre acontecimentos mais recentes, fazendo constatações preocupantes como, por exemplo, que há “fatos que demonstram uma gradativa preocupação internacional em relativizar a soberania do Brasil naquela região” (Amazônia) e que “As campanhas ecológicas internacionais

que visam à limitação da soberania nacional sobre a Região Amazônica estão deixando a fase propagandista para dar início a uma fase operativa, que pode definitivamente ensejar intervenções militares diretas sobre a região.”

Veja a seguir:

Revista: Estamos assistindo ao descaso do Brasil em relação à Amazônia, que é uma região muito rica e que ocupa 61% do território nacional, abrangendo áreas de grande importância estratégica. E esse descaso, parece, não é de hoje. Trata-se de uma questão histórica?

Selene de Almeida: Na Amazônia legal, nas décadas de 80 e 90, houve uma expansão da fronteira agrícola, pecuária e mineral de forma muito desordenada, com conflitos de terra, desmatamento e disputa de posse e invasões de área indígena. Todas essas tensões foram agravadas pela ausência de um projeto nacional de proteção ambiental e política indigenista compatível com a soberania nacional.

A Amazônia legal tem 5 milhões de km², o que significa cerca de 60% do território do nosso país, com um grande vazio demográfico com elevado número de analfabetos.

O Ibama e a Funai não dispõem de estruturas para proteger áreas imensas de um subsolo muito rico. O contrabando de minérios com a conivência

de índios torna-se uma possibilidade. Por outro lado, as verbas para as Forças Armadas são insignificantes para a tarefa de guarda da fronteira. Para tornar a situação ainda mais complicada, a atuação das ONGs não é sujeita a qualquer fiscalização: não se sabe quem é quem e o que fazem.

A questão da internacionalização da Amazônia é um tema recorrente. Quando era juíza federal de primeiro grau, pensava que se tratava de fantasia de alguns políticos e de grupos militares, uma espécie de teoria conspiratória. Ao vir para o Tribunal, já como desembargadora, tenho feito estudos sobre a matéria, pois meu trabalho envolve muitos processos relativos a meio ambiente, à questão indígena no Norte. As pesquisas me levaram a constatar que a cobiça internacional por essa imensa região é uma reivindicação histórica de vários países.

É fato, por exemplo, que desde 1850, o Governo dos Estados Unidos da América pensava em criar na bacia do Amazonas uma colônia para onde seriam enviados, mais ou menos, dois milhões de negros que seriam libertados da escravidão. Foi a Guerra da Secessão que atrapalhou tais planos e, de toda sorte, os

*Desembargadora Federal do TRF 1ª Região.

negros americanos se recusaram a deixar os Estados Unidos para habitarem uma região remota e desconhecida. Disseram que os Estados Unidos eram terra deles também.

Em plena Guerra Civil Americana, o Presidente Lincoln fez a proclamação da emancipação, em 22/09/1862, declarando, livres, todos os escravos então existentes nos estados rebeldes. Com a vitória da União, a União dos Estados Americanos, o presidente americano recebeu sugestão de uma representação dos negros libertados, conforme proposta do General James Watson, Ministro de Washington, na Corte de Dom Pedro II, de criação de um estado livre, de negros americanos, no Amazonas.

Dom Pedro preocupou-se com a proposta, mas os próprios negros não a aceitaram, como já disse, porque consideravam que os Estados Unidos da América eram deles também, eles eram americanos, e ficariam lá!

Revista: Seria uma estratégia de ocupação?

Selene de Almeida: Não penso assim. Acredito que queriam se livrar da sua população negra — o que é pior.

Mas há outros fatos que demonstram uma gradativa preocupação internacional em relativizar a soberania do Brasil naquela região.

Por exemplo, em 1945, houve um movimento pró-internacionalização da Amazônia, por parte da Unesco. Com o propósito de incrementar pesquisas científicas, a Unesco criou o Instituto da Hiléia Brasileira Amazônica, controlado por um conselho supranacional, em que o Brasil só teria um voto. Depois, em 1964, o Instituto Hudson criou a Teoria dos Grandes Lagos, com a finalidade de produzir energia e melhorar o acesso hidrográfico.

Ainda no século XX, Margareth Thatcher propôs a conversão da dívida externa ou a sua redução ao pagamento da dívida com riquezas minerais.

Também na segunda década do século passado houve várias propostas para diminuir ou possibilitar uma soberania concorrente na região.

Al Gore, em 1989, então vice-presidente dos Estados Unidos, disse: “Ao contrário do que os brasileiros pensam, a Amazônia não é deles, mas de todos nós.” Henry Kissinger, ex-Secretário de Estado Norte-Americano, em 1994, afirmou que os países industrializados não poderiam viver da maneira como existiam então,

se não tivessem a sua disposição os recursos naturais não-renováveis do planeta. Teriam que montar um sistema de pressões e constrangimentos garantidor da consecução de seus intentos.

Não podemos esquecer que Mikhail Gorbachev, em 1992, também entendeu que o Brasil deve delegar parte de seus direitos sobre a Amazônia aos organismos internacionais competentes.

O francês François Mitterrand, em 1989, sustentou que o Brasil precisa aceitar uma soberania relativa sobre a Amazônia.

John Major, quando era Primeiro Ministro da Inglaterra, em 1992, foi enfático quanto à limitação da soberania nacional na Amazônia, ao dizer que as nações desenvolvidas devem estender o domínio da lei ao que é comum a todos.

As campanhas ecológicas internacionais que visam à limitação da soberania nacional sobre a Região Amazônica estão deixando a fase propagandista para dar início a uma fase operativa, que pode definitivamente ensejar intervenções militares diretas sobre a região.

Um congresso de ecologistas alemães, em 1990, afirmou que a Amazônia deve ser intocável, pois se constitui no banco de reservas florestais da humanidade. E, apenas para terminar, o Grupo dos Cem, em 1989, na cidade do México, afirmou que somente a internacionalização pode salvar a Amazônia.

Inúmeras igrejas estão e estiveram propondo a relativização da propriedade e posse dos países amazônicos sobre a região. O Conselho Mundial de Igrejas Cristãs, reunido em Genebra, em 1992, admitiu que a Amazônia é um patrimônio da humanidade e que a posse dessa imensa área pelos países mencionados (Brasil, Venezuela, Colômbia, Peru, Equador) é meramente circunstancial.

Há muitas outras declarações desse tipo por parte de cientistas, de grupos religiosos ou de autoridades políticas estrangeiras.

Isto é apenas um breve resumo da visão internacionalista e demonstra que o tema é recorrente, antigo e que está mais atual em razão dos problemas climáticos e ambientais.

Revista: Independente de ser um fato histórico ou atual, o Brasil não está cuidando da Amazônia e nem tomando

providências para impedir ações ou discursos externos, não é?

Selene de Almeida: Tenho de admitir que o maior problema que enfrentamos hoje, no que diz respeito à preservação da Amazônia e em se evitar essa pressão externa, não está tanto ligado a problemas imediatos da invasão do território nacional, mas à ausência de políticas públicas de curto, médio e longo prazos para aquela área. É fato público que a região é abandonada, que os problemas internos da Amazônia provocam o discurso estrangeiro legitimador de uma intervenção ou de organismos internacionais ou de outros países na região.

E que problemas internos seriam esses? O problema mais grave é a ausência do Estado. Lá temos uma população rarefeita, em um ambiente hostil, que favorece toda a espécie de aventuras. Há garimpo clandestino, madeireiras predatórias, a presença de latifúndios imensos com títulos falsos, a poluição dos rios, a biopirataria, o narcotráfico intenso, o contrabando de armas, a prostituição infantil. Tudo é resultado de uma ausência do Estado no território. Por isso, digo que mais do que problemas, do que desafios à nossa soberania externa na Amazônia, existe o problema com a nossa soberania interna, a nossa incapacidade de ter políticas eficazes para controlar essas ações predatórias.

Soberania interna significa o poder de o Estado legislar e fazer cumprir as leis na região. Mas não tenho observado, como disse anteriormente, uma política de desenvolvimento consistente e auto-sustentável para o Norte em toda a história da República. Ao contrário, o que se verifica é uma diminuição de políticas econômicas sustentáveis.

Se observarmos os números do governo Fernando Henrique Cardoso, constataremos um empobrecimento gradual da região. Há alguns elementos estatísticos para ilustrar o que estou dizendo. O PIB *per capita* na Região Norte caiu 9%; no Nordeste, 0,31%; enquanto nas Regiões Sul e Sudeste crescia 165% e 1%, respectivamente.

Segundo cálculos da Unicamp, considerando-se a renda *per capita* do Brasil como 0 a 100, no Nordeste se verificou uma queda de 49 para 47, 5% e, no Norte, de 73% para 74%, levando a um aumento médio de 11% na diferença entre os PIBs *per capita* das diversas regiões do País. Além disso, o empobrecimento do interior do Amazonas é uma realidade — os órgãos da Sudam

e da Sudene como instrumentos de políticas públicas para a região têm desempenho crítico.

A Zona Franca de Manaus está falindo. No tempo do governo Castelo Branco chegou-se a ter mais de 120.000 trabalhadores no distrito industrial de Manaus. Hoje, não há mais de 30.000 operários, de sorte que insisto em dizer que não há uma política de desenvolvimento, mas apenas projetos eventuais e esparsos, sem continuidade e sem planejamento. Veja, o primeiro projeto do século XX foi a construção da Estrada de Ferro Madeira-Mamoré, que levou dez anos para ser concluída, e, mais de trinta mil homens morreram lá. Essa estrada inaugurou os seus três quilômetros e hoje está abandonada.

Houve também a exploração mineral da Serra do Navio, no Amapá, que está abandonada; a construção da Belém-Brasília, que se acha esburacada; a Zona Franca de Manaus está em plena decadência; a Transamazônica, o Projeto Jari, no Pará, o Projeto Trombetas, no Pará, a Hidroelétrica do Tucuruí, o Projeto Grande Carajás, no Pará, Serra Pelada, que é o retrato do abandono e da miséria, o Pólo Nordeste, unindo Roraima e Mato Grosso, a construção da BR-364, no Acre, a BR-147, Amazonas-Roraima, a implantação na calha Norte, na Ferrovia Norte-Sul, e algumas grandes agropecuárias e madeireiras.

A maior parte desses projetos financiados com dinheiro público está abandonada ou falida. Daí a afirmação de que não há uma continuidade de projetos de desenvolvimento para a região. Tudo o que se faz é de forma casuística.

Revista: Ainda há tempo de o Estado retomar o controle da região?

Selene de Almeida: Ou o Estado tem uma política consistente de desenvolvimento para a Amazônia legal, evitando a prática predatória de madeireiras ilegais, de garimpos clandestinos, de contrabandos de minérios, ou a devastação da Amazônia será progressiva, como também serão progressivas as invasões de terras indígenas.

Esses dois problemas juntos — a falta de uma política ambiental de médio e longo prazo e a falta de proteção às comunidades indígenas — é que propiciam o clamor internacional, de boa ou má-fé, com relação à internacionalização da área.

A questão é: como os projetos poderiam ser levados a cabo? Como eu disse, a Amazônia ocupa um

imenso espaço do território nacional, quase metade de toda a América Latina, sendo que a pressão internacional é maior com relação ao Brasil, porque 77% de toda a região está em território brasileiro.

Creio que os chamados países amazônicos poderiam unir-se, agrupar-se para projetos de desenvolvimento para a região, formar um bloco. Porque os problemas não são apenas do Peru, da Venezuela, da Bolívia; os problemas são de todos os que integram a região, de todos esses Estados soberanos.

Depois, é preciso resolver urgentemente o problema fundiário na Amazônia. A questão da imensa quantidade de títulos falsos — ou chamados títulos grilados, ou de grileiros, na região é um fato preocupante.

Muitos desses falsos proprietários promovem a degradação da floresta. É a ausência do Estado sobre a qual inicialmente falei.

Tenho alguns dados a respeito do problema agrário no Norte, em um trabalho do Professor José Heder Benatti, da Universidade Federal do Pará, no qual ele adverte, com muita propriedade, que “um dos maiores problemas da região é a falta de regularização fundiária, que permite uma ocupação desordenada e a apropriação privada ilegal do patrimônio público”. O Professor informa que “o total de terras no País sob suspeita de serem ocupadas ilegalmente é de aproximadamente cem milhões de hectares, o que significa quatro vezes a área do Estado de São Paulo e quase 12% do território nacional. O Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Incra, confirmou, em julho de 2000, o cancelamento do cadastro de 1.899 grandes propriedades rurais, com área total equivalente a 72,7 milhões de hectares, o que corresponde a quase três vezes o território de São Paulo, sendo que 33 milhões 586 mil e 837 hectares são na Região Norte. No Pará, por exemplo, 30 milhões de hectares estão em nome de grileiros que se utilizam de documentos falsos, forjados, para se apossar de terras públicas e promover o desmatamento criminoso. O enfrentamento dessa questão, da ilegalidade da apropriação dessas terras, é fundamental para se promover a interrupção do desmatamento ilegal”. Note que lá não estão apenas pessoas jurídicas, há também pessoas físicas, grandes proprietários ou falsos proprietários. Parece que há uma síndrome de ilegalidade. O controle do Estado na região significa se fazer presente mediante ações administrativas corretas, não abdicando da soberania interna.

Revista: Em relação a isso, existe até *site* na internet vendendo terra para estrangeiros também. Aí já teria um problema paralelo, porque a Senhora está comentando a questão da má-administração interna, de grileiros do País, mas há também esses casos de gente vindo de fora, tomando posse de partes das terras.

Selene de Almeida: Este problema está relacionado a outro maior, que é a falta de controle por parte do Estado brasileiro com relação às espécies de ONGs e ao tipo de missões religiosas que adentram no País. Se isto, de fato, está acontecendo, não tenho conhecimento, mas estaria dentro de um contexto maior, da falta de informação que as autoridades brasileiras têm da natureza das visitas de estrangeiros.

Revista: Na sua visão, por que o Estado age com esse descaso em relação à Amazônia? A Senhora vê uma explicação para isso?

Selene de Almeida: O que tenho observado é que o Brasil necessita de estadistas do tamanho do desafio amazônico. E esse estadista, para governar o País, deve ter uma política inclusiva de uma parcela do território imensa e conflituosa, e deve ter, antes de tudo, o sentimento de que, apesar das diversidades étnicas, culturais e econômicas, somos uma nação com uma história comum, com um passado comum, com conflitos presentes que têm que ser administrados e pensados em conjunto.

A ascensão da burguesia ao poder, principalmente de novos ricos, por vezes pode implicar um enfraquecimento da idéia de nação. Não estou aqui fazendo a defesa das antigas oligarquias brasileiras nem do governo por parte da aristocracia em nenhum lugar do mundo. Mas, analisando o cenário político à distância, verifica-se que, para se criar nos governantes essa conscientização histórica da unidade de um povo, é preciso tempo e educação. Educação para servir ao Estado, ao povo, e não para chegar ao poder para promover a defesa de interesses privados, seus ou de algumas classes sociais que ele eventualmente esteja representando no poder. É preciso pensar na educação do príncipe, o príncipe como administrador, o que tem o poder de mando, o que vai influir na vida de todas as pessoas do país que ele dirigirá.

Segundo o antropólogo George Cerqueira Leite Zarzur, o problema da unidade brasileira é que ela deriva de um pacto das elites regionais que está rompido.

As velhas oligarquias rurais estavam atentas à questão da unidade nacional. Hoje as coisas mudaram.

Os números que apontei anteriormente a respeito da recessão no Norte, o empobrecimento gradual do Norte e do Nordeste durante os anos do governo FHC, coincidem justamente com a chegada da burguesia paulista ao poder. O burguês, o capitalista, como é da sua formação, tem uma visão direcionada aos interesses do capital, ao desenvolvimento daquilo que acha rentável, e não necessariamente em investimento a longuíssimo prazo em regiões remotas que podem, à primeira vista, ser consideradas mais como consumidoras, que absorvem a riqueza do país e que não dão retorno dos investimentos no prazo que o capital espera.

Revista: Na prática, a internacionalização da Amazônia já está acontecendo, não é?

Selene de Almeida: A maior preocupação do Brasil, agora, não é a eventual invasão da região por tropas estrangeiras.

Do ponto de vista do Direito Internacional Público, prevalece o princípio da autodeterminação dos povos. A Resolução 2.625, de 1970, da ONU, expressamente dispõe que, em virtude do princípio da igualdade de direitos e de livre determinação dos povos, consagrado na Carta das Nações Unidas, todos os países têm o direito de processar seu desenvolvimento sem ingerência interna. Mas já antes, a Resolução 626 (VII), de 1952, dispunha que os povos têm direito de aproveitar livremente seus recursos naturais, como algo inerente a sua soberania.

A Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, Resolução 3.281 (XXIX) repete que os países têm direito a exercer sua soberania plena sobre os seus recursos naturais.

Quero lembrar, ainda sobre esse assunto, que em 1992 tivemos a Convenção sobre Diversidade Biológica, que é o texto mais claro de todos sobre o exercício da soberania interna do Estado na exploração de seus recursos segundo suas políticas ambientais. A Convenção também prevê a responsabilidade do Estado, que deve assegurar que atividades sob sua jurisdição não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

Se existe a independência dos países, o princípio da autodeterminação dos povos etc, também se tem a certeza de que os recursos naturais são finitos e não é

possível fazer uso dos bens desconsiderando a vida no Planeta.

A imagem que se tem fora do país é que não usamos a soberania interna, nosso poder de gestão, para impedir a exploração descontrolada da maior floresta do mundo e a invasão de terras indígenas com todas as desgraças que tal implica. A propósito, os dados que temos dos últimos anos, sobre o desmatamento da região são os de 1987 a 1988 – 21 mil km²; de 1988 a 1990 – 31,5 km²; de 1990 a 1998 – 39,7 km² (primeiro Governo Fernando Henrique); 1998 a 2002 – 76,9 km² (segundo Governo Fernando Henrique) e 2002/2003 a 2005/2006 – 84,4 mil km² (Governo Lula).

Lembrar aquele terrível massacre aos índios ianomâmis, ou melhor, de mais de duzentas mulheres e crianças índias, por garimpeiros na época do Governo Collor. A verdade é que não estamos saindo bem na foto.

Tenho dúvida se existe um interesse na internacionalização política da região. Com relação à internacionalização econômica ou da exploração dos minerais, talvez já exista em uma extensão que os brasileiros não conhecem. Por meio da biopirataria, do contrabando de minerais preciosos, de minérios, porque a Amazônia é rica, é a maior reserva mineral do mundo. Possui desde cassiterita, ouro, diamante, até metais que serão usados na energia futura.

Assim como no plano interno há pessoas que têm motivações humanitário-ecológicas, em um plano externo há aqueles que têm apenas a mera cobiça no aproveitamento desses recursos hídricos, biológicos e minerais. No plano interno, também há pessoas inescrupulosas que promovem o desmatamento, os garimpos clandestinos, a mineração desastrosa. Não se deve “demonizar” o estrangeiro e também não se deve considerar que todo brasileiro está necessariamente preocupado com na preservação da Amazônia. Há aqueles que querem explorá-la de forma insustentável e que estão causando danos.

Volto a repetir que é melhor nos voltarmos para uma administração responsável da área, proibindo a apropriação ilegal do patrimônio brasileiro e adotando políticas consistentes, como regularização fundiária, controle do desmatamento e poluição e cuidado com a fronteira. Em Direito internacional Público aprende-se que o primeiro amor do cidadão é seu município, mas o do Estado é sua fronteira.

A propósito, há ocorrências de ingerência da comunidade internacional em caso de assistência humanitária, ou de defesa aos direitos humanos. Tanto que a esse pretexto houve intervenção no Líbano, em 1958, no Congo, em 1964, no Paquistão, em 1971, no Irã, em 1980, no Zaire, em 1981, na Somália, em Moçambique, na ex-Iugoslávia, no Afeganistão e no Iraque.

Não se viu até agora intervenção militar internacional por causa de dano ambiental. Tudo indica que no futuro a defesa da vida na Terra poderá ser uma motivação jurídica/política para a ingerência estrangeira. O discurso que se ouve é nesse sentido. A comunidade internacional está, já há algum tempo, se utilizando de uma retórica que aponta nesse sentido. É urgente cuidarmos do que é nosso.

Gastando o latim

- *Ab absurdo*
(Partindo) do absurdo. Diz-se de um método de demonstração usado sobretudo em Geometria.
- *Ad absurdum*
Ao absurdo. Levar uma argumentação *ad absurdum*.
- *Ad hoc*
Para isso ou para esse fim; (designado) para executar determinada tarefa: Uma comissão ad hoc.
- *Ad impossibile (ou impossibilia) nemo tenetur*
Ninguém é obrigado ao impossível. Máxima de Direito.
Seja como for, além de se ter podido consolar, humilde obreiro, a própria vaidade, ...o tradutor, resignado, mas, com uma ponta de orgulho profissional, dirá: *Ad impossibilia nemo tenetur*.
Lívio Xavier, Apologia do Tradutor, *O Elmo de Mambrino*.
- *Ad infinitum*
Até o infinito.
Como as criações divinas, as combinações contrapontísticas são intermináveis; sujeitam-se tão-só à lei da eternidade: são *ad infinitum*.
Franklin de Oliveira, As catedrais invisíveis, *Viola d'Amore*.
- *Ad instar*
À semelhança de, à maneira de.
- *Ad interim*
Provisoriamente, interinamente.
- *Ad libitum*
À vontade ou a seu bel-prazer. No teatro, indicação cênica para autorizar o ator a continuar, improvisando, o diálogo escrito. Em música, indicação para autorizar o músico a tocar a peça no movimento que quiser.
O criador autorizou a reprodução à criatura, mas a reprodução *ad libitum*.
França Júnior, *Política e Costumes*, folhetim de 7 de julho de 1867.
- *Ad litem*
Relativamente ao litígio.
- *Ad nauseam*
Até a náusea, até a saciedade, à saciedade.
- *Ad nutum*
A um movimento da cabeça ou às ordens (de alguém). Diz-se da demissibilidade de um funcionário não estável, dependente do juízo exclusivo de seu superior.
- *Ad perpetuam rei memoriam*
Para perpétua memória do fato. Primeiras palavras das bulas em que a Santa Sé profere sentença sobre assuntos de doutrina.
- *Ad referendum*
Para ser (considerado e) trazido de volta, isto é, sob condição de consulta aos interessados e de sua aprovação.
- *Ad rem*
À coisa, isto é, relativamente ao assunto em foco; de maneira pertinente.
- *Grammatici certant et adhuc sub iudice lis est*
Brigam os gramáticos e a discussão ainda está sob julgamento. Verso de Horácio (*Arte Poética*, 78) que se costuma citar a respeito de qualquer litígio entre especialistas (não apenas entre gramáticos).

- *Gratia argumentandi*

Pelo prazer de argumentar.

- *Grátis*

Grátis, de graça.

- *Grosso modo*

De modo grosseiro, isto é, aproximadamente.

...três hinos que, *grosso modo*, se nos impõem pelas suas notas distintivas: o pessimismo amargo de Paulo Prado; o otimismo compreensivo de Gilberto Freyre; o pessimismo crítico de Sérgio Buarque de Holanda.

Themistocles Linhares, *Interrogações*, I.

(Extraído do livro *Não perca o seu latim*, Editora Nova Fronteira, 14ª Edição, Paulo Rónai.)

Acordo ortográfico entre amigos*

Dad Squarisi**

Ninguém esperava. Mas aconteceu. Em 2008, entra em vigor o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa. A história começou em 1990. Em dezembro, os sete países lusófonos assinaram o acerto em Lisboa. Impuseram uma condição para as mudanças entrarem em vigor: a ratificação do total de signatários.

O tempo passou. Angola e Moçambique enfrentavam guerras civis. Não estavam nem aí pra tremas e acentos. Mas o Brasil tinha pressa. O dicionário Houaiss estava em gestação. O autor mexia os pauzinhos pra promover a explosão de vendas. Se saísse com as mudanças, mandaria o Aurélio pra fogueira.

Os parceiros não tinham nada com a urgência. Deu-se um jeitinho. Em 1998, fizeram um remendozinho no texto. Em 2004, outro. Resultado: três países seriam suficientes para pôr a moda na rua. No mesmo ano, nós ratificamos as modificações. Em 2006, Cabo Verde e São Tomé e Príncipe foram atrás. Brasília, Praia e São Tomé adotarão as novas regras em janeiro. Os demais ficam de fora.

O que muda?

O acordo é ortográfico. O nome não deixa dúvida. Ortografia é a parte da gramática que trata da grafia correta das palavras. Abrange o emprego das letras e das notações léxicas (acentos, til, trema, apóstrofo, cedilha e hífen). O que muda com as novas regras? Pouca coisa.

1. O alfabeto abre as portas para o k, o w e o y. De 23, passa a ter 26 letras.
2. O trema morre. Assim, em lugar de lingüiça ou freqüente, escrever-se-á *linguiça* e *frequente*. Mas a pronúncia se conserva.
3. As paroxítonas (só elas) perderam acentos:
 - a) O hiato *ôo* vira *oo*. *Vôo*, *enjôos* e *abenção*? Nem pensar. Doravante será *voo*, *enjoos* e *abençoo*.
 - b) O agudo dos ditongos abertos *éi* e *ói* ganha a porta da rua. *Assembléia* e *jóia* passam a grafar-se *assembleia* e *joia*.
Não comemore. A despedida deles é até logo, não adeus. As oxítonas e os monossílabos tônicos não mereceram a atenção da reforma. Manter-se-ão antigos como os casarões de Olinda e Ouro Preto: *sóis*, *papéis*, *constrói*.
 - c) O *êem* vai pra terra do nunca. Em vez de eles *vêem*, *lêem*, *crêem*, *dêem*, as formas *veem*, *leem*, *creem*, *deem* pedem passagem.
 - d) Caem fora os acentos diferenciais (das paroxítonas, lembre-se) que escaparam da reforma de 1971 por cochilo do legislador. É o caso de *pára*, *pólo*, *pélo*, *pêla*, *pêlo*, *pêra*. Não se enquadra, aí, a forma *pôde*, passado do verbo *poder*. Nem o *pôr* (ele não é paroxítono).
 - e) *Averigúe*, *apazigúe*, *argúem* jogam o acento no lixo. Tornam-se *averigue*, *apazigue*, *arguem*.
4. O hífen conserva a fama. É castigo de Deus. Era, é e continuará caótico. Nem o Todo-Poderoso domina a manha do tracinho. Com o troca-troca, a confusão (nossa e do Senhor) permanece.

*Texto publicado na coluna Dicas de Português, do jornal *Correio Braziliense*, de 26/08/2007.

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

Qual é a dela?

Os defensores dos retoques alegaram causas nobres para a reforma. Segundo eles, a expulsão do pobre trema e dos acentinhos daqui e dali promoveriam milagres dignos de Cristo. Pra começo de conversa, traçaram quatro objetivos. Um: melhorar o intercâmbio cultural entre os países lusófonos. Dois: reduzir o custo da produção e tradução de livros. Três: facilitar a difusão bibliográfica e de novas tecnologias. O último: aproximar as nações de língua portuguesa.

Vale a pergunta:

Será que a queda do trema e mudança de um acentinho aqui e ali têm poder de competir com Jesus? Nós chamaremos moça de rapariga e rapaz de gajo? Os portugueses chamarão comboio de trem? Nós passaremos a ler os autores africanos e eles a lerem os brasileiros? Será que os 230 milhões de pessoas que povoam Brasil, Portugal, Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e o recém-agregado Timor Leste (os integrantes da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, ou CPLP) invadirão a cultura uns dos outros?

Em compensação, faremos fogueira de dicionários, gramáticas & cia. letrada. O MEC prepara licitação pra troca dos livros didáticos. Pais terão de substituir as obras das estantes pra garotada estudar. A farra tem preço. Quem pagará a conta? É por essas e outras que os portugueses ficaram de fora. Deixam como está pra ver como é que fica.

Recado:

“A ortografia não faz o gênio.”

Stendhal

Crítica: “O Diário de Jonathas Abbott”*

Carlos Eduardo Lins da Silva**

Ótimo relato de inglês lança olhar tropical sobre a Europa Abbott viveu no Brasil por 56 anos; diário trata da época que ele estudou fora

Em 1812, um rapaz inglês de 16 anos chamado Jonathas Abbott viajou para Bahia, onde viveria por 56 anos. Veio como espécie de pajem de um médico português (depois lente do Colégio Médico-Cirúrgico da Bahia) e se tornou um dos personagens mais importantes da medicina, ciência e cultura do século 19 naquela parte do país.

Aos 34 anos, em 1830, Jonathas Abbott cruzou de volta o Atlântico para uma temporada de estudos de pós-graduação em medicina na Europa. No período que passou lá, manteve um diário, que agora vem à luz para o grande público pela primeira vez.

Trata-se de um dos mais interessantes lançamentos do ano da indústria editorial brasileira. Enriquecido por prefácio erudito e instigante do embaixador Rubens Ricupero e por notas de rodapé e anexos detalhistas e esclarecedores — fruto de trabalho minucioso e demorado de pesquisa histórica e documental — do embaixador Fernando Abbott Galvão (descendente do autor), “O Diário de Jonathas Abbott” é um documento curiosíssimo.

Como nota Ricupero em seu texto, é dos poucos exemplares contrários de um gênero literário que floresceu no Brasil após a vinda para o Rio da família real, o dos viajantes europeus que vinham conhecer este país tropical.

Abbott, embora cidadão inglês, era muito mais brasileiro quando foi para a Europa aperfeiçoar-se como médico e seu relato nos oferece a rara perspectiva de um conterrâneo que observa a Europa com olhar tropical. Ele se incomoda com o frio do Velho Mundo, tem saudades da sua “cara Bahia”, odeia Paris: “Eu te esconjuro, coisa ruim!”. Só deseja voltar depressa: “Quero asas, quem mas empresta?... Ninguém”.

As descrições de Abbott são muito realistas e oferecem ao leitor do século 21 uma imagem certamente muito mais fiel às condições de vida da Europa do século 19 do que as dos romances da época.

Não havia *glamour* nenhum nas viagens interoceânicas de então, nem nas carruagens que trafegavam por estradas empoeiradas e esburacadas da França ou da Itália de então, e Abbott no seu diário, escrito provavelmente apenas para si próprio e talvez alguns poucos íntimos, não tinha motivo nenhum para dourar pilulas.

A medicina já havia obtido avanços significativos, mas as práticas, especialmente as cirúrgicas, eram muito brutais para os hábitos de hoje em dia e a descrição crua é outro atrativo desse livro.

Abbott descreve confrontos políticos que ocorriam e se impressiona com a violência de manifestantes: “Esta gente não me agrada. No Brasil, temos rugas, mas não são bárbaras e ferozes como as dos franceses. Passa fora!”

O viajante recebe notícias da política brasileira com atraso, preocupa-se e anseia por detalhes para entender suas conseqüências: “O imperador do Brasil abdicou a favor do filho... Que diabo de história é essa? Que motivos houve?... Mas qual será o intento do ex-imperador na Europa? Eu o antevejo com a coroa de Portugal na cabeça”. Como ressalta Ricupero, não se vê no diário “nem sopro longínquo do embasbacamento dos brasileiros posteriores pela Europa, França e Paris. Nem traço também do sentimento de inferioridade e despreço pela terra natal”. O inglês Abbott foi um brasileiro orgulhoso de sua nacionalidade.

* Texto retirado da seção Livros do jornal *Folha de São Paulo* de 01/09/2007.

**Jornalista, livre-docente e doutor em Comunicação pela USP, mestre pela Michigan State University. Foi diretor-adjunto de redação dos jornais *Folha de São Paulo* e *Valor Econômico* e correspondente da *Folha de São Paulo* em Washington.

O acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas e a decisão judicial como ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem

Carlos Alberto Simões de Tomaz*

Introdução

Tendo como norte que *ser que pode ser compreendido é linguagem* ou, por outras palavras, que a linguagem se encontra alçada, a partir da virada ontológica, à condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo, Streck vai desenvolver toda uma linha de raciocínio voltada para divisar a experiência do direito como compreensão.

Desenvolve, então, a partir de Gadamer, duas matrizes de raciocínio para concluir, ao final, pelo acerto da tese da resposta certa em direito, como sendo aquela hermenêuticamente correta. Pela primeira, busca resposta para a indagação: compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? E, na segunda matriz, investiga a diferença ontológica entre norma e texto.

Neste artigo, visitaremos as duas matrizes teóricas delineadas por Streck ao escopo de, afastando a faixa normativa do positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica sedutora, divisar uma nova ótica para compreensão da experiência jurídica a partir da hermenêutica filosófica ao escopo de inserir a decisão judicial no âmbito do pluralismo jurídico em que, segundo estamos convencidos, ela deve se erigir a partir de um acoplamento lingüístico-metodológico que, privilegiando a consciência dos efeitos da história, enseje o acontecer da verdade a partir da contextualidade existencial e finita em que se encontra mergulhado o intérprete.

1. Fé na lei e desconfiança da justiça? Ou desconfiança da lei e fé na justiça?

A tradicional idéia de se reduzir o direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade dentre os

juristas. É comum desde o estudante até o magistrado o comportamento de procurar a norma adequada, cuja incidência sobre o fato, permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta demora resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda ou oferecer resposta. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência.

Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o operador do direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaça o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque, sendo o direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma se expõe às alterações da cultura, necessitando o intérprete de se valer de meios para ensejar a compreensão e/ou revisão dos conteúdos através de procedimentos integradores, que no dizer de Adeodato¹ formam uma ponte para a nova realidade.

Nessa linha, Sobota² também divisa este fenômeno ao registrar que:

¹ ADEODATO, João Mauricio Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26. Recife: 1983/84, p.131.

² SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!* In: Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, 7, Recife: Ed. UFPE, 1995, p. 251 (separata do *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, traduzida por João Mauricio Adeodato).

*Juiz Federal e professor em Belo Horizonte. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB/DF. Doutorando em Direito pela Unisinos/RS

A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...

Nesse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas através de um ordenamento hermético, autoprodutivo e auto-suficiente, altamente sedutor em nome da segurança que ensejaria.

Por outro lado, hodiernamente, cada vez mais, torna-se impossível separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho — o advogado, o agente do Ministério Público, o magistrado, o delegado, etc. — daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos abstratos, certas categorias, mais que isso, determinados existenciais e os caminhos hermenêuticos que viabilizam sua mobilização, que a compreensão do Estado e do Direito deixa a desejar.

Atento a isso, Adeodato³ chama a atenção para não se separar a teoria da práxis. E procedendo a uma abordagem das bases metodológicas da pesquisa em Direito observa que:

...não obstante o Direito constituir matéria eminentemente prática, os juristas pouco mencionam a “prática” do Direito quando escrevem seus trabalhos “teóricos”. Dificilmente eles se referem a seus “trabalhos de campo”, a suas experiências práticas como operadores jurídicos, para confirmar empiricamente suas teses, o que, em outras áreas, constitui-se metodologia unânime dos pesquisadores.

Não é por outra razão que resolvemos abordar o tema proposto trazendo a lume dados empíricos a partir dos quais pretendemos alavancar sua compreensão.

Dado empírico 1

O referencial a seguir foi colhido a partir de julgamento proferido pelo mais alto Tribunal Federal Alemão (BGH NJW 61, 359), segundo Sobota⁴ em artigo publicado no *Internacional Journal for Semiotics of Law*:

Certa madrugada, cerca de uma hora, o reclamante ouviu um grito de socorro partindo de umas ruínas na vizinhança. Conforme ficou mais tarde comprovado, um psicopata estava batendo em uma mulher com um martelo. O reclamante entrou rapidamente na casa em ruínas e tentou socorrer a vítima. Afortunadamente, teve sucesso e foi capaz de salvar a mulher, mas foi ferido ao fazê-lo e não pode trabalhar durante certo tempo. Sendo autônomo, o reclamante pretendeu obter compensação por seus lucros cessantes. Como nem o psicopata nem a mulher tinham condições financeiras, o reclamante moveu ação contra a companhia de seguros de saúde a que era filiado o marido da vítima. A companhia de seguros recusou-se a pagar e argumentou que os fatos não justificavam uma reclamação com base no art. 683 do BGB. Salvar a mulher ferida não era do interesse da companhia de seguros. Se o reclamante não houvesse socorrido a vítima, ela teria sido morta; estando morta, ela acarretaria menores despesas para a companhia. O Tribunal deu ganho de causa ao reclamante. (o art. 683 do BCG estabelece que aquele que sofre dano ao defender interesse de terceiro, agindo como gestor de negócio, tem direito à indenização).

Dado empírico 2

Ainda a partir de Sobota⁵, o relato de julgamento proferido pelo Tribunal Regional de Apelação de Karlsruhe (OLG Karlsruhe, VersR 77, 936), assim sintetizado:

Um homem arriscou sua vida e sua saúde para defender um banco. O homem era um cliente do banco que percebeu o assalto acontecendo e atacou o ladrão por trás, julgando-se gestor de negócios agindo de acordo com os interesses do banco. Como o próprio banco havia ordenado a seus funcionários para não arrisquem suas vidas em caso de assalto, quando só dinheiro estivesse em jogo, os esforços heróicos do cliente pareceram

³ ADEODATO, João Maurício Leitão. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. In: *Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, 7, Brasília: CEJ, jan./abr. 1999, p. 145.

⁴ SOBOTA, *op. cit.*, pp. 262-263.

⁵ *Idem*, p. 270.

algo excessivos e não evocaram a simpatia natural da Corte, que divisou no herói alguém que havia reagido exageradamente diante das circunstâncias, rechaçando, portanto, o pedido de indenização.

Dado empírico 3

Decisão do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, em Tocantins, determinando soltura de acusados de furtarem duas melancias:

Decido:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o r. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Gandhi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engratados e dos políticos do mensalão deste governo, que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional)... Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário **apesar da promessa deste presidente que muito fala, nada sabe e pouco faz**. Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização europeia... Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra — e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás. Intimem-se. Rafael Gonçalves de Paula — Juiz de Direito.⁶

Dado empírico 4

Sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal de Belo Horizonte:

Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam. Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos mais fados. Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana. Eram retirantes. Nada mais” (José Américo de Almeida, em “A Bagaceira”). Várias famílias (aproximadamente 300 – fl. 10) invadiram uma faixa de domínio da Rodovia BR 116, na altura do Km 405, 3, lá construindo barracos de plástico preto, alguns de adobe, e agora, o DNER quer expulsá-los do local. “Os réus são indigentes”, reconhece a autarquia, que pede reintegração liminar na posse do imóvel. E aqui estou eu com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os *excluídos*, de que nos fala a Campanha da Fraternidade desse ano. Repito, isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo Graciliano Ramos, José Lins do Rego ou José do Patrocínio. Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem se saiba direito o nome. É Valdico, José Maria, Gilmar, João Leite (João Leite??). Só isso para identificá-los. Nada mais. Profissão, estado civil (CPC, art. 282, II) para quê, se *indigentes* já é qualificação bastante? Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar este pessoal, com a ajuda da polícia de seus moquiços, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento. Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças da natureza. Não seria pelo menos digno — e ao menos falaz — deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida? O Município foge à responsabilidade “por falta de recursos e meios de acomodações” (fl. 16v). Daí esta brilhante solução: *aplicar a lei*. Só que, quando a lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores (arts. 920 e ss. do CPC), ela — *como toda lei* — tem em mira o *homem comum, o cidadão médio*, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorar do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem. Mas este não é o caso do presente processo. Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna (v. fotografias). Não. Os *“invasores”* (propositadamente entre aspas)

⁶ *In*: www.tj.to.gov.br/imprensa/news/exibir_news.asp?id=143 consulta realizada em 04/08/2007, 20h.

definitivamente não são pessoas comuns, como não são milhares de outras que *“habitam”* as pontes, viadutos e até redes de esgoto de nossas cidades. São párias da sociedade (hoje chamados de *excluídos*, ontem de *descamisados*), resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país. Contra esse exército de excluídos, o Estado (aqui, através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso reintegração de posse), enquanto ele próprio — o Estado — não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a *Lei Maior*. Ou seja, enquanto não construir — ou pelo menos esboçar — “uma sociedade livre, justa e solidária” (CF, art. 3º, I), erradicando a “pobreza e a marginalização” (III), promovendo a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), assegurando “a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social” (art. 5º, XXIII e 170, III), dando à família, base da sociedade, “especial proteção” (art. 226) e colocando a criança e o adolescente “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão” (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir diretamente ou pelo braço da Justiça — o reto cumprimento da lei. Num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que pesa o direito. E as duas — lembrou Rudolf Von Ihering há mais de 200 anos — não de trabalhar em harmonia. *“A espada sem a balança é força bruta; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança”*. Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão funda-se em *princípios*, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de cuja fiel observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores. Se assim é — vou repetir o raciocínio — enquanto o Estado não cumprir a sua parte (e não é por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão condições de cumprir a lei, *feita para o homem comum*, não pode de forma alguma exigir que ela seja observada, muito menos pelo homem *“incomum”*. Mais do que deslealdade, trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir - quando feita perante o Judiciário — ao indeferimento da inicial e extinção do processo, o que ora decreto nos moldes dos arts. 267, I e VI, 295, I, e parágrafo único, III, do CPC, atento à recomendação do art. 5º da LICCB e olhos postos no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama: “Todo ser humano tem di-

reito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem estar e, em especial *a alimentação, o vestuário e a moradia*.” Quanto ao risco de acidentes na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um policiamento preventivo a fim de evitar novas “invasões”. PRI. Antônio Francisco Pereira — Juiz Federal.⁷

Dado empírico 5

Oferecido por Streck⁸ porque também atento à práxis como fomento à teorização:

Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isto aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública? Pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. *O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas*. Não houve contestação por parte da prefeitura.

Dado empírico 6

Ainda coligido por Streck⁹. Confira-se o excerto de uma decisão prolatada pelo Juiz do Trabalho Ivo

⁷ In: <http://jus2.uol.com.br/peças/texto.asp?id=339> consulta feita em 04/08/2007, 20h10.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a, p. 57.

⁹ *Idem, ibidem*.

Dantas no Processo 1.404/1988 – JCI do Recife, tendo como pano de fundo os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal:

... à primeira vista tem o empregador o poder potestativo de despedir, mormente se entendermos o inciso I do art. 7º de forma isolada. Contudo, a primeira lei da Hermenêutica é no sentido de nenhum artigo, inciso, parágrafo ou alínea poderão ser entendidos de forma isolada; devem, sim, ser interpretados sob a ótica sistêmica, tanto inter, quanto intra-sistematicamente. *Ademais, os princípios próprios da Interpretação Constitucional deverão estar obrigatoriamente presentes.* Assim, a despedida arbitrária, além dos ressarcimentos pecuniários previstos no art. 10, I, do ADCT, passa a ser informada pelos Princípios Fundamentais do art. 1º, III, e IV, bem como pelo art. 193, ambos da Constituição vigente. Nos Princípios Fundamentais, vê-se, então, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem por fundamento, entre outros, o trabalho, como valor social. *Ora, o valor social não pertence nem ao empregado, nem ao empregador, mas, sim, à sociedade com um todo.* Ela não poderá, dia após dia, receber em seu seio pessoas que, sem motivo e por simples fundamentação no poder de despedir, percam o emprego sem motivo justificado, como, aliás, entendem, além da Alemanha, os sistemas italiano, espanhol e português.

O que de plano se permite extrair do exame desses casos é que o processo jurídico, seja aqui, num Estado periférico, seja na Alemanha, não é governado por marcos regulatórios universais. Ao contrário, é moldado, construído por padrões nem sempre evidentes e auto-organizados.

Observando o *dado empírico 1*, vemos que a objeção da seguradora no sentido de que salvar a mulher não era de seu interesse, porque se tivesse morrido — caso não houvesse a interveniência do reclamante — ela (seguradora) obteria uma vantagem econômica, foi considerada pelo tribunal como uma “estranha a objeção”¹⁰ firmando a Corte que era de seu interesse porque a ação do autor visava a possibilitar tratamento médico à mulher o mais rápido possível o que evitaria despesas na qualidade de dependente do marido. A conseqüência, portanto, foi a de que o reclamante agiu sob a condição de gestor de negócio.

Todavia, quando nos deparamos com o *segundo dado empírico*, observa-se que o mesmo fato obteve tratamento diferenciado pelos juristas. O pedido daquele que agiu de conformidade com os interesses do banco (ou algum banco quer que seus clientes sejam assaltados em suas dependências?!) que igualmente àquele outro reclamante arvorava-se na condição de gestor de negócio não foi acolhido. Entendeu-se que houve excesso. O herói era simplesmente alguém que havia reagido exageradamente diante das circunstâncias.

Ora, por que motivo a Corte Regional de Apeiação de Karlsruhe não considerou como fundamentos para decidir a ponderação de valores, “a prioridade de motivos humanitários sobre interesses meramente pecuniários”, ou o princípio da boa-fé como condições de possibilidade tal qual o mais alto Tribunal Federal Alemão supostamente (afirmamos *supostamente* porque a decisão erigiu-se com a fundamentação de que a seguradora deduziu perante a Corte uma “estranha objeção”!) tenha considerado?

A resposta não aponta para a circunstância de que o sistema jurídico é tão complexo que não se pode avaliar a variedade de fontes potenciais do Direito? E que isso pode ensejar no discurso jurídico o velamento das condições de possibilidade?

Tais indagações nos colocam diante da constatação de que realmente o processo decisório judicial não é regido por padrões universais (ora, em ambos os casos as duas Cortes alemãs se deparavam com o mesmo texto: o art. 683 do BGB¹¹ estabelecendo que aquele que sofre dano ao defender interesse de terceiro, agindo como gestor de negócio, tem direito à indenização). Há sempre em causa padrões ou marcos que não se mostram auto-organizados ou mesmo evidentes. Estão difusos, mas devem ser considerados no âmbito da implicação sob pena de embair o desvelamento do ser (o direito) na situação concreta. É por isso que se avulta capital a diferença ontológica entre texto e norma tão insistida por Streck, como adiante teremos oportunidade de verificar.

A coisa não é diferente por aqui. Observe-se que no *terceiro dado empírico*, para libertar os acusados de furtar duas melancias, o magistrado divisa muitas condições de possibilidades, mas não elege nenhuma delas

¹⁰No original, segundo a tradução, *op. cit.* p. 263.

¹¹Bürgerliche Gesetzbuch – Código Civil Alemão.

e estrangula — e aqui afirmamos sem adentrar um milímetro sequer no acerto da decisão — o processo decisório, quando deixa para *quem quiser* o desvelamento do ser.

Na verdade, uma das principais ferramentas para velamento das condições de possibilidades consiste no uso de premissas ocultas que sempre existem e se movimentam na esfera da implicação. A ausência de argumentação e fundamentação de muitas decisões decorre de truísmo: o marco regulatório — que nos chamados *casos difíceis* de regra não é a norma escrita — é tão evidente que o jurista entende que não precisa ser desvelado. Esse ocultamento constitui um verdadeiro entinema e se avulta como uma opção estratégica para se furtar a uma hermenêutica de caráter filosófico que atenda não apenas aos atos intencionais, mas coloque em discussão fenomenológica os atos atencionais a fim de que possam entrar em causa a tradição, a historicidade, a faticidade, o *sensus communes* para ensejar o desvelamento. A decisão erige-se aprisionada porque se quis interpretar dessa ou daquela forma para atingir certo e determinado objetivo igualmente preconcebido. No caso, tivemos sorte! Imaginemos que o magistrado tivesse a partir do nível de argumentação deduzido mantido os dois acusados na prisão!!!

Por esse caminho, a razão estaria com Dworkin quando divisa a necessidade de um juiz sobre-humano. Um *Juiz Hércules*¹² dotado de uma inteligência ímpar e uma carga imensurável de conhecimentos para solucionar os casos difíceis. Ponderamos, todavia, parodiando Bernad Jakson¹³, pois à sociedade nada restaria senão ter esperança na integridade pessoal de cada juiz..., que decidiria exclusivamente com base em sua visão própria de mundo, ou em seus princípios de convicção pessoal.

É por tudo isso que temos insistido que em se tratando das práticas jurisdicionais nem tudo tem valido a pena, ainda que a alma não seja pequena. De regra, ainda permeia o imaginário da magistratura brasileira a idéia de que se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa... Com isso, embaraça-se o desvelamento

ocultando da esfera de explicitação (verberação), condições de possibilidades.

Se nossa atenção se volta para o *dado empírico 4*, vemos que o processo decisório judicial se erige de maneira oposta. Ali, a decisão revela uma completa atenção aos efeitos da consciência histórica — não estamos dizendo que essa atenção não tenha sido considerada no dado empírico 3, faltou, isso sim, foi a argumentação própria da esfera de explicitação, o que pode acarretar sérios problemas diante de determinados resultados. Aqui, o magistrado afastou o comando de um marco regulatório expresso que assegura a reintegração na posse a quem provar o esbulho, considerando a *consciência histórico efectual* como contraponto da *situação hermenêutica*, o que permitiu o desvelamento do ser mercê de várias condições de possibilidades quando a decisão confronta padrões regulatórios não tão evidentes ou auto-organizados como a norma expressa e cuja consideração e explicitação na esfera de implicação veio a permitir o desenvolvimento da compreensão. Não é por outro motivo que Stein¹⁴ proclama:

Não há situação hermenêutica que se desenvolva como ponto de partida para considerar determinados temas, não há consciência hermenêutica, situação hermenêutica, se não existe uma consciência histórica efectual, quer dizer uma consciência de que nós somos determinados pelos fatos históricos. Esses fatos históricos, por um lado, são um peso que limita a nossa compreensão, mas de outro lado, explicitados, analisados e interpretados passam a ser a própria alavanca do desenvolvimento da compreensão. Nesse sentido, embutida na idéia da consciência histórica efectual está uma idéia que nos liga à situação hermenêutica.

Palmilhar por esse caminho significa um “retor- no ao mundo da vida, a saber, uma posição anterior à objetividade da ciência”¹⁵, afastando, assim, tanto o predomínio da objetividade do texto como o da subjetividade do intérprete, em que a compreensão

não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia fren-

¹² Criado por Dworkin ao declarado escopo. Conferir DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 164-203.

¹³ Segundo SOBOTA, *op. cit.* p. 272.

¹⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 76.

¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 341.

te à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a *forma originária de realização da pre-sença*, que é o ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e “possibilidade.”¹⁶

É sob tal contextura que podemos igualmente enfrentar os dois últimos dados empíricos. Observe-se, com efeito, que ambas as decisões foram erigidas a partir de um processo hermenêutico em que as condições de possibilidades foram consideradas. Significa dizer, em outras palavras, o juiz — em ambas as hipóteses — esteve atento aos efeitos da consciência histórico-efetual que, se de um lado aprisiona o intérprete na medida em que os fatos pesam sobre nossa compreensão porque somos muito daquilo que fomos e muito do que venhamos a ser, por outro lado, a consideração desses fatos históricos, queremos dizer: a retirada desses fatos da esfera do silêncio, do ocultamento e a projeção (desvelamento) deles na esfera da implicação onde serão analisados, explicitados, numa palavra, interpretados, permitirá que a compreensão seja alavancada em direção à resposta hermenêuticamente correta para a situação, ensejando o acontecer da verdade.

Ou será que não foi considerando os efeitos da consciência histórico-efetual em que nos encontramos emergidos, a cotidianidade, que apontam para a circunstância de que tradicionalmente educação não é coisa levada a sério no Estado brasileiro. Que as edificações preferem gastar com a construção de estádios de futebol, ginásios de esportes, pavimentação de ruas, etc., relevando a educação a uma posição inferior na escala de eleição de prioridades, não obstante todo um quadro normativo constitucional dirigido a tutelar direitos da criança e do adolescente, garantindo, entre eles, o ensino fundamental público e obrigatório? Ou será, ainda, que os fatos históricos, a cotidianidade, a tradição não têm revelado em grandes Estados periféricos como o Brasil que o problema da demissão imotivada de trabalhadores não diz respeito apenas ao empregado e ao empregador — o que resolveria a questão através de indenização — mas atinge indistintamente toda sociedade na medida crescem os níveis de violência, aumenta-se a criminalidade, com todos os reflexos daí advindos?

¹⁶ *Idem*, p. 347.

Não é preciso ir muito longe para se perceber o alcance do tema ora proposto para exame. A toda hora, a todo instante, as decisões judiciais são objeto de questionamento. Desde as proferidas pelos juízes monocráticos até as da mais alta Corte. Não faltam argumentos a favor ou contra esta ou daquela decisão, isso porque o Poder Judiciário tem sido chamado, não raro, a decidir casos difíceis (*hard cases*) que têm exigido às vezes a substituição da atuação do Executivo, quando define políticas públicas, e também a atuação do Legislativo, no estabelecimento de “decisões primárias”.

2. O acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas e a decisão judicial como ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem

Um olhar sobre as práticas jurídicas revela o quanto, de regra, os juristas brasileiros ainda não superaram o paradigma da metodologia dogmática. Comumente, nas nossas faculdades, as provas de direito apresentam um problema para ser solucionado e se um observador se puser a escutar o que os estudantes conversam após a aplicação do exame verá que o diálogo radia no sentido de: *você descobriu qual o artigo?* ou ainda: *ah! Procurei tanto, mas não encontrei o artigo...* e assim por diante.

Com a diferença que ali o estudante pode deixar a questão em branco, porque não encontrou a “norma”, o magistrado não poderá se eximir de decidir, quando igualmente se depara com um caso difícil. Da mesma sorte, não deixará o advogado de acolher um cliente ou o agente do Ministério Público ou o delegado de cumprirem com seu mister.

Ao atuarem, todos eles — estudantes e profissionais do direito — buscam *descobrir* a norma, o que revela a faixada normativista em que nos encontramos mergulhados e untada em um comportamento solipsista próprio da filosofia da consciência que faz com que o sujeito se apodere do objeto a fim de descobrir sua essência, no caso, esclarecer, extrair o verdadeiro significado da norma.¹⁷

¹⁷ “Ante a lei vigente, vivemos já de antemão com a idéia natural de que seu sentido jurídico é unívoco e que a práxis jurídica do presente se limita a seguir simplesmente o seu sentido original. Se isso fosse sempre assim não haveria razão para distinguir entre sentido jurídico e sentido histórico de uma lei. Também o jurista

A partir daí, o imaginário dos juristas considera que o texto da lei contém o real sentido, e a linguagem avulta-se, então, como um instrumento, um mero veículo apto a revelar esse sentido. É por isso que segundo Streck:

Os juízes costumam jactar-se de que, primeiro decidem (chegam a conclusão), e só depois justificam/fundamentam o que “antes foi decidido” (*sic*). Com isso pensam ter encontrado uma espécie de atalho no processo de conhecimento, por meio do qual imaginam poder ultrapassar o abismo gnossológico que tem angustiado a humanidade desde que o *logos* suplantou o mito. Assim, acreditam — e esse pensamento é ainda dominante na comunidade jurídica — na possibilidade de alcançar uma cognição livre de (inter)mediações. Sem se darem por conta, tornam-se reféns de um pensamento metafísico, no interior do qual a linguagem nada mais é do que veículo de conceitos que carregam o “sentido” das coisas. Enfim, longe de ser alçada à cimeira condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo — tese balizadora do *ontological turn* que revolucionou a hermenêutica no século XX —, a linguagem, para esse pensamento que povoa o imaginário dos juristas *continua relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (o intérprete do direito) e um objeto (a “realidade”)*.¹⁸

Guiado por este norte, o senso comum dos juristas envela a linguagem como condição de possibilidade de ser-no-mundo e ofusca o espectro de componentes materiais que desde já e sempre existiram a partir da historicidade e faticidade presentes na experiência do intérprete (tradição). E a verdade “torna-se produto de uma adequada manipulação desse “procedimento cognitivo” (*sic*), mascarado pelas diversas metodologias “hermenêuticas”, que mediante uso de diversos cânones e fórmulas, procuram dar ilusão da certeza do processo interpretativo”, arremata Streck.¹⁹

não teria outra tarefa hermenêutica senão a de constatar o sentido original da lei e aplicá-lo como correto. Savigny, em 1840, descreveu a tarefa da hermenêutica jurídica como meramente histórica (no *System des römischen Rechts*). Assim como Schleiermacher não via problema algum em que o intérprete tivesse que se equiparar ao leitor originário, também Savigny ignora a tensão entre o sentido jurídico e o sentido originário e atual.” (Gadamer, *op. cit.* pp. 428-429).

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Unisinos, 2003, pp. 223-224.

¹⁹ *Idem*, p. 224.

A experiência jurídica, como experiência humana, tem que se encontrar pautada na tradição. Já se disse — e com acerto — que *somos muito do que fomos e um pouco do que seremos*. “A verdadeira experiência é assim experiência da própria historicidade.”²⁰ A tradição chega assim à experiência hermenêutica não como um simples acontecer do qual nos apoderamos, mas como linguagem. E prossegue Gadamer afirmando que “o fato de a interpretação dar-se no âmbito da linguagem não significa a transposição para um *médiu*m estranho. Significa antes que já se estabelece uma comunicação de sentido originário. O que foi transmitido de forma literária é assim recuperado do alheamento em que se encontrava, para o presente vivo do diálogo cuja realização originária é sempre perguntar e responder.”²¹, ou, numa palavra: dialética.

Na experiência hermenêutica tudo que é compreensível o é através da linguagem, que torna o ser acessível à compreensão e à interpretação porque “não é somente um entre muitos dotes atribuídos aos homens que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa *mundo*.”²² O processo hermenêutico move-se mediado pela tradição da linguagem dentro de uma esfera de sentido, por isso a linguagem não é um mero intermediário. Assim, Gadamer proclama que “compreender pela leitura não é repetição de algo passado, mas participação num sentido presente.”²³

Linguagem é vida na medida em que nela se pode estruturar nossa experiência do mundo sob as mais diversificadas relações cotidianas. É nesse contexto que “o caráter da linguagem da experiência de mundo proporciona um horizonte mais amplo à nossa análise de experiência hermenêutica.”²⁴ Por isso, insiste Gadamer:

... na concepção da experiência humana de mundo que se dá na linguagem não se calcula ou mede simplesmente o dado, mas vem à fala o ente, tal como se mostra ao homem, como ente e como significante. É aqui — e não no ideal metodológico da construção racional que domina a moderna ciência natural da matemática — que se poderá re-

²⁰ GADAMER, *op. cit.* p. 467.

²¹ *Idem*, pp. 480-481.

²² *Idem*, p. 571.

²³ *Idem*, p. 508.

²⁴ *Idem*, p. 576.

conhecer a compreensão que se exerce nas ciências do espírito.²⁵

A tradição vem a nós por meio da palavra da mesma maneira que as coisas que se constituem por apropriação e significação.²⁶ Há toda uma gama de concepções de mundo que a palavra desvela. “Por isso, como acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não dito, ao qual se refere respondendo e indicando.”²⁷

Quando, assim, o conteúdo da tradição vem a nós²⁸, revela-se um horizonte de sentido e o acontecer da verdade se torna possível. Mas, “não é enquanto linguagem, enquanto gramática nem enquanto léxico que a linguagem constitui o verdadeiro acontecer hermenêutico, mas no vir à fala do que dito na tradição. Esse acontecer é ao mesmo tempo apropriação e interpretação. Aqui, portanto, pode-se dizer com toda razão que esse acontecer não é nossa ação na coisa, mas a ação da própria coisa.”²⁹

Sem dúvida, é insustentável a idéia que ainda permeia o senso comum dos juristas no sentido de que o magistrado primeiro decide para depois fundamentar. Sim, porque como possui uma pré-compreensão estabelecida em razão de sua historicidade, faticidade e finitude, quando o juiz se dirige a seu assessor e determina que desenvolva a pesquisa naquele processo sufragando a tese do autor, por exemplo, a verdade é que ele está decidindo a causa porque já encontrou o fundamento para tanto. O que se precisa entender é que ao fazer isso, a pre-sença (*dasein*) que já existia desde e sempre, já havia se manifestado numa pré-compreensão, ou dito de outro modo, opera-se uma antecipa-

ção de sentido³⁰ porque como homem o magistrado encontra-se mergulhado em sua tradição. O trabalho do assessor será apenas de explicitação racional.³¹

É nesse ponto que Streck chama a atenção para não confundir fundamentos com racionalidade argumentativa de segundo nível, pois “pretender alçar a retórica e/ou a argumentação a um *status de* “condição de possibilidade” do “processo interpretativo” nada mais é do que uma derivação da (velha) dualidade metafísica que sustenta a busca da verdade a partir da revolução moderna do método, no momento em que o método passa a representar o modo de resolução do problema do conhecimento.”³²

E prossegue Streck acrescentando depois, com profunda segurança, o seguinte:

a assim denominada “fundamentação” é produto do modo-de-ser-no-mundo do intérprete que o levou a compreender (portanto, no caso do juiz, a decidir) daquele modo. É, pois, anterior ao ato explicativo, porque produto do processo compreensivo, que por sua vez é condição de possibilidade da interpretação. Dizendo de outro modo, a assertiva “primeiro decido e depois fundamento (ou justifico)” somente seria verdadeira se houvesse uma dualidade metodológica entre “explicar” e “compreender”. Ora, é preciso ter claro que a compreensão antecede a qualquer interpretação, o que significa dizer, com todas as letras, que *não é a interpretação que conduz a alguma coisa, mas,*

²⁵ *Idem*, pp. 588-589.

²⁶ Porém, adverte Gadamer que “A palavra não é simplesmente a perfeição da *species*, como acreditava o pensamento medieval [...] Mas a palavra tampouco é um instrumento, capaz de construir, como a linguagem da matemática, um universo dos entes, objetivados e disponíveis graças ao cálculo. Nem um espírito infinito nem uma vontade infinita podem superar a experiência do ser, apropriada à nossa finitude. Somente por meio da linguagem, por sua referência ao todo dos entes, pode mediar a essência histórico-finita do homem consigo mesmo e com o mundo.” (*Op. cit.* p. 590.)

²⁷ GADAMER, *op. cit.* p. 591.

²⁸ “A luz que faz com que tudo apareça de maneira que seja luminoso e compreensível é a luz da linguagem” (GADAMER, *op. cit.* 623).

²⁹ *Idem*, p. 598.

³⁰ Streck cita Heidegger para explicitar: “quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (*als*) fuzil.” (STRECK, 2003, p. 228).

³¹ Ainda para Streck “É evidente que, em um segundo momento, o julgador vai buscar explicitar esse já-compreendido, mediante o aprimoramento do sentido que lhe foi antecipado (que, nos limites da discussão pode ser denominado de “fundamento”, que, na verdade, é um vetor de racionalidade estruturante), a partir de uma racionalidade discursiva.” (STRECK, 2003, pp. 228-229). As teorias da argumentação buscam uma racionalidade no discurso jurídico partindo do suposto de que *é correto o que é discursivamente racional*. Portanto, no discurso prático o jurista estaria obrigado a observar certas determinadas regras voltadas para a correção dos argumentos, o que faria exsurgir os critérios de racionalidade objetivos. Aqui, em suma, a verdade resta alçada à correção dos argumentos. Merece destaque por esse caminho: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005; GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004; VIEHWIG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília, UNB, 1979; PERELMA, Chaïm. *O Império retórico. Retórica e argumentação*. Porto: Edições Asa, 1993, entre outros títulos.

³² STRECK, 2003, p. 228.

*antes é a compreensão que atua como condição de possibilidade desse ato interpretativo, que funciona como uma elaboração (explicitação) do que (já) foi compreendido. Só interpretamos quando e porque compreendemos algo antes.*³³

Assim, a hermenêutica jurídica não pode ser cindida como sustenta ainda a hermenêutica clássica em três fases: primeiro compreendo (*subtillitas intelligendi*), depois interpreto (*subtillitas explicandi*), para depois aplicar (*subtillitas applicandi*). A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes compreender é sempre interpretar, lembra Gadamer que não hesita, congruentemente, enfim, em divisar a aplicação como o problema central da hermenêutica presente em toda compreensão.³⁴ Um momento faz parte do outro como lembra com agudeza Streck.³⁵

O processo interpretativo dirige-se para um horizonte de sentido cujo objetivo é permitir que o intérprete se desloque para um questionamento correto sobre as questões postas à sua frente. Por isso é que Gadamer registra que “Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas...”³⁶

Nesse amálgama, quando as práticas jurídicas buscam concretizar a lei em cada caso, não se trata apenas de revelar qual o direito a ser aplicado e que serviria de fundamento de validade para a criação de direito, ainda que de caráter particular³⁷. No momento da aplicação, ocorre, ao contrário, um processo a que Gadamer convencionou denominar *complementação produtiva do direito* que estaria reservado ao juiz.³⁸

Fazendo distinção entre a hermenêutica teológica e a jurídica Gadamer registra que “A verdadeira concretização do anúncio se dá na pregação, assim como

a da ordem legal se dá na sentença. Mas aqui há uma diferença importante. Ao contrário do que ocorre na sentença do juiz, a pregação não é uma complementação produtiva do texto que interpreta.”³⁹ A sentença avulta-se, sob tal contextura, como uma complementação produtiva do texto que interpreta. Mas, adverte Gadamer, “Nem o jurista, nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.”⁴⁰

Insta quadrar, a partir de agora, a diferença entre texto e norma. Já assentamos, aqui, que as práticas jurídicas ainda se voltam para identificar o sentido real, a verdade imanente que residiria nos textos jurídicos e que esse caminho conduz a experiência jurídica para um dogmatismo que afastaria a imissão de qualquer elemento histórico, tal como acontece com as ciências da natureza onde o grau de cientificidade é alcançado mercê de todo um aparato metodológico que assegura a reprodução da experiência, confirmando-a como verdadeira. Todavia, ressalta Gadamer que “A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós.”⁴¹ Por esse caminho — ainda é dele a lição — “o texto deve ser procurado como um documento cujo sentido real deve ser procurado além do seu sentido literal, por exemplo, comparando-o com outros dados que permitam avaliar o valor histórico de uma tradição.”⁴²

Nesse sentido, Streck se louva de Heidegger para quem *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!*, para entender que não há uma separação entre o texto e a norma, há, na verdade, uma diferença que é ontológica, insiste Streck⁴³:

a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ GADAMER, *op. cit.* p. 405.

³⁵ *Idem, ibidem.*

³⁶ GADAMER, *op. cit.* p. 400.

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, pp. 309-310, 324, 329.

³⁸ GADAMER, pp. 432-433.

³⁹ *Idem*, pp. 433-434.

⁴⁰ *Idem*, p. 436.

⁴¹ *Idem*, p. 446-447.

⁴² *Idem*, p. 441.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *A Diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: -Uma análise a partir do ontological turn*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo horizonte, n. 89, Jan/Jun 2004b, pp. 128-129.

sentido. O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isso que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. É por isso que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. *O texto não existe em si mesmo*. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si só, a interpretação que lhe será dada. *Do texto sairá sempre uma norma*. Assim, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. *Mas isso não pode significar que haja uma separação (ou independência) entre ambos (texto e norma)*. Com efeito — e permito-me insistir neste ponto —, do mesmo modo como não há equivalência entre texto e norma (e entre vigência e validade), *estes não subsistem separados um do outro*, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

Daí porque não se deve dizer que o texto legal é um *mero texto*, ou seja, reduzir o texto a um mero enunciado lingüístico⁴⁴. O texto legal diz muito, assim como o texto bíblico, uma poesia, etc. Mas no acoplamento lingüístico que a interpretação enseja — a revelar o horizonte de sentido da compreensão de um texto —, não se deve limitar pelo horizonte do autor (o legislador)⁴⁵, como igualmente pelo horizonte daquele para quem o

texto foi originalmente escrito⁴⁶, ou por outras, os textos não pretendem ser compreendidos como expressão de vida da subjetividade do autor⁴⁷. Na verdade, “a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale.”⁴⁸

A decisão judicial advinda sob tal contextura não restaria carregada de um subjetivismo tamanho, dizendo de outro modo: o texto jurídico como horizonte de sentido ao ensejar a norma como produto de sua interpretação faria emergir uma carga de relativismo a ponto de por em xeque a interpretação do direito que, como questiona Streck⁴⁹, não se veria reduzida a um *decisionalismo irracionalista* ou a um *direito alternativo tardio*?

É preciso levar a sério o texto em sua pretensão de verdade. Mas, convém não esquecer, a experiência hermenêutica é experiência da própria historicidade. Assim, o que o texto expressa não é somente aquilo que nele se tornou expresso, mas o que ele quer dizer sem se tornar expresso, aquilo que precisa ser desvelado. “O caráter de linguagem desse vir a palavra é o mesmo que o da experiência humana de mundo como tal.”⁵⁰, e prossegue Gadamer afirmando que “Cada palavra faz ressoar o conjunto da língua a que pertence e deixa aparecer o conjunto da concepção de mundo que lhe subjaz. Por isso, como acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não-dito, ao qual se refere respondendo e indicando.”⁵¹

É exatamente aí, nessa experiência de mundo que se dá por meio da linguagem, onde a articulação do *logos* permite que venha à fala o ente e sua verdade. Porém, noutro momento esclarece Gadamer, “a verdade contida no *logos* não é a verdade da mera recepção (*noein*), não consiste simplesmente em deixar o ser aparecer, mas coloca o ser sempre numa determinada

⁴⁴ Streck se ampara, aqui, em Nelson Saldanha, quando o mestre pernambucano registra quieto “*texto é um enunciado lingüístico, mas nenhum texto é apenas isto*: o texto de um poema se distingue de seu ‘conteúdo’, como ocorre com o de uma prece ou o de uma mensagem pessoal. Mas em cada caso o texto está relacionado ao conteúdo: não se procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto. *Os textos que integram o direito positivo contêm a norma: são textos jurídicos e não contábeis, nem litúrgicos. Não se chegaria à norma sem o texto dela, nem com outro que não fosse jurídico*. A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas.” (SALDANHA, Nelson. *Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma*. In: *Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n. 10. Recife, 2000, p. 203 e ss., *apud* STRECK, 2004b, p. 130).

⁴⁵ “...frente à real exigência hermenêutica que compreende o sentido do texto, a reconstrução do que o autor realmente pensava é uma tarefa de somenos importância. A tentativa do historicismo consiste em ver nessa redução a virtude da cientificidade e considerar a compreensão como uma espécie de reconstrução que recupera, de algum modo, a gênese do texto. Desse modo, o historicismo segue o famoso ideal de conhecimento herdado do conhecimento da natureza, segundo o qual só compreendemos um processo na medida em que estamos em condições de produzi-lo artificialmente.” (GADAMER, *op. cit.* p. 486).

⁴⁶ Já o horizonte do intérprete, segundo Gadamer, “é determinante, mas também ele não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que se diz no texto” (GADAMER, *op. cit.* p. 503).

⁴⁷ GADAMER, *op. cit.* p. 511.

⁴⁸ *Idem*, p. 514.

⁴⁹ STRECK, 2004b, p.132.

⁵⁰ GADAMER, *op. cit.* p. 589.

⁵¹ *Idem*, p. 591.

perspectiva, reconhecendo e atribuindo-lhe *algo*, o que sustenta a verdade (e é claro também a não-verdade) não é a palavra (*onoma*) mas o *logos*.⁵² Deveras, a atribuição de sentido faz com que as experiências que nós fazemos com a verdade estejam inseridas na nossa tradição, no dizer de Streck⁵³ “na conversação anterior que nós realizamos constantemente com nós mesmos e com os outros.” E, aqueles que sustentam o relativismo da hermenêutica filosófica o fazem, como sustenta congruentemente Streck com apoio em Grondin⁵⁴, sob o pressuposto de que

... *poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, ex-negativo: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade.*⁵⁵

E Streck acrescenta, depois, arrematando com absoluta propriedade:

Numa palavra, e reafirmando o que foi dito anteriormente, Grondin deixa claro que a falta de uma verdade absoluta não significa que não haja verdade alguma. Como mostram as experiências indubitáveis com a mentira e a falsidade, estamos exigindo constantemente a verdade, isto é, a coerência de um sentido que esteja em concordância com as coisas tal como podemos experimentá-las e para as que se podem mobilizar argumentos, provas testemunhos e constatações. Negar isto seria uma extravagância sofista. Veja-se, no entanto, que as verdades nas quais podemos participar de fato e as que podemos defender legitimamente não são nem arbitrárias e nem estão asseguradas de maneira absoluta.⁵⁶

Se o acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas passar por essa matriz, a decisão judicial, como

ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem como condição de possibilidade de manifestação de sentido, encontrar-se-á habilitada para ensejar o acontecer da verdade no momento da *applicatio*.

3. Aportes finais

As críticas a esse caminho hermenêutico são mais rápidas no gatilho do que certeiras na pontaria. Deveras, elas são alçadas no relativismo que daí adviria em função do poder discricionário que seria dado ao magistrado que se investiria de função criadora de direito.

Todavia, existem limitações ao cogitado relativismo. Sim, porque a norma advinda no momento da *applicatio* há de ser produto de uma compreensão existencial finita e histórica, ou seja, é erigida sob uma tradição que ao invés de proporcionar um fechamento da interpretação, não permite — isso sim — uma atribuição arbitrária de sentido e por isso lhe serve de blindagem.

Ocorreu-nos, neste momento, a lembrança de uma passagem muito interessante da literatura infantil-juvenil. Recordemos, por um momento, do *Pequeno Príncipe* de Saint-Exupéry. Em suas andanças ele se deparou com um planeta que era o menor de todos...

Tinha o espaço suficiente para um lampião e para o acendedor de lampiões... O pequeno príncipe não conseguia entender para que serviam, no céu, num planeta sem casa e sem gente, um lampião e o acendedor de lampiões. No entanto, disse consigo mesmo: “Talvez esse homem seja mesmo um tolo. No entanto, é menos tolo que o rei, que o vaidoso, que o empresário, que o bebedor. Seu trabalho ao menos tem um sentido. Quando acende o lampião, é como se fizesse nascer mais uma estrela, ou uma flor. Quando o apaga, porém, faz adormecer a estrela ou a flor. É um belo trabalho. E sendo belo tem sua utilidade.” Quando alcançou o planeta, saudou educadamente o acendedor: — Bom dia. Por que acabas de apagar teu lampião? — É o regulamento — respondeu o acendedor. — Bom dia. — Qual é o regulamento? É apagar meu lampião. Boa noite. E tornou a acender. — Mas por que acabas de acendê-lo de novo? — É o regulamento — respondeu o acendedor. — Regulamento é regulamento. Bom dia. E apagou o lampião. Em seguida enxugou a testa com um lenço de losangos vermelhos. — Eu executei uma tarefa terrível. No passado, era mais sensato.

⁵² *Idem*, p. 533.

⁵³ STRECK, 2004b, p. 133.

⁵⁴ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica Filosófica*. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 229 e ss, *apud* STRECK, 2004b, p. 134.

⁵⁵ STRECK, 2004b, p. 134.

⁵⁶ *Idem, ibidem*.

Apagava de manhã e acendia à noite. Tinha o resto do dia para descansar e toda a noite para dormir... — E logo depois disso, mudou o regulamento? — O regulamento não mudou — disse o acendedor. Aí é que está o problema! O planeta a cada ano gira mais depressa, e o regulamento não muda! Então? — disse o príncipezinho. — Agora ele dá uma volta por minuto, não tenho mais um segundo de repouso. Acendo e apago uma vez por minuto! — Ah! Que engraçado! Os dias aqui duram um minuto! — Não é nada engraçado — disse o acendedor. — Já faz um mês que estamos conversando. — Um mês? — Sim. Trinta minutos. Trinta dias. Boa noite. E acendeu o lampião.⁵⁷

Efetivamente, o exemplo possui o condão de revelar que a interpretação apenas pode ensinar o acontecer da verdade se ela se move dentro de uma esfera de sentido apta a promover a ligação entre o passado (tradição) e o presente. A aplicação do regulamento pelo acendedor de lampião hesitava em admitir a nova contextualidade, que suprimia o sentido da interpretação e, portanto, aplicação que antes o regulamento ensinava. Se o texto (o regulamento) diz — e efetivamente diz — tal apenas pode acontecer como complementação produtiva de uma norma, que, na hipótese, não se produzia a partir de uma esfera de sentido apta a ensinar o acontecer da verdade, ou dizendo de outro modo, a ensinar a interpretação hermenêuticamente correta: a resposta certa que a situação estava a ensinar.

Com efeito, o jurista deve estar atento para as transformações na historicidade e faticidade afetas à nossa condição existencial e finita a fim de que a compreensão, como condição de possibilidade, possa se manifestar numa esfera de sentido apta a ensinar decisões jurídicas que permitam a *reposta hermenêutica-correta* para o caso concreto.

Crianças, tolos e idiotas dizem qualquer coisa sobre qualquer coisa porque não conseguem compreender, ou compreendem mal. De regra, não conseguem desenvolver, a partir de uma contextualidade, uma esfera de sentido que permita um verdadeiro nível de correção.

Retornemos, pois, ao dado empírico 4. Imagine-mos que o magistrado se limitasse a aplicar o regulamento — entenda-se o texto que assegura a reintegra-

ção de posse no caso de esbulho. Comprovada a posse do DNER e o esbulho, a consequência seria a reintegração. A essa decisão chegará o magistrado que reduza o direito exclusivamente à norma escrita. Não sentirá, de regra, nenhuma dificuldade para decidir quando o fato se ajusta perfeitamente à norma tal qual a mão à luva. Isso porque, sem dúvida, o positivismo clássico imprime uma auto-suficiência metodológica absolutamente sedutora. A decisão, todavia — ao contrário do que a sentença no dado empírico o fez — velará condições de possibilidade que a situação hermenêutica está a desvelar, embotando a compreensão que não se erige avançada a partir da consciência dos efeitos da história, da faticidade, da tradição que devem ligar o intérprete à situação hermenêutica e ensinar o acontecer da verdade no momento da *aplicatio*.

O juiz que não estiver atento a isso continuará, tal qual o acendedor de lampiões, cumprindo a norma, cego (sem consciência) às transformações no curso da história, na qual ele está inserido, e resvalará a faticidade às vezes até em nome de uma tradição que já não mais existe porque se vive sob nova contextualidade.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26, nº 25/26. Recife: 1983/84.

_____. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*. In: Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº 7, Brasília: CEJ, jan./abr. 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DANTAS, Ivo. *Sentença*. In: STRECK, Lenio Luiz. *hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

PAULA, Rafael Gonçalves de. *Sentença*. In: www.tj.to.gov.br/impressao/news/exibir_news.asp?id=143.

PEREIRA, Antônio Francisco. *Sentença*. In: <http://jus2.uol.com.br/peças/texto.asp?id=339>.

⁵⁷ SAINT-EXUPÉRY. Antoine de. *O pequeno príncipe*. Rio de Janeiro: Agir, 2006, pp. 49-50.

RUIZ, Urbano. *Decisão*. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAINT-EXUPÉRY. Antoine de. *O pequeno Príncipe*. Rio de Janeiro: Agir, 2006.

SALDANHA, Nelson. *Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma*. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n. 10. Recife, 2000.

SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!*. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7, Recife: UFPE, 1995, p. 251, separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, traduzida por João Mauricio Adeodato.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. (2004a) *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. (2004b) *A Diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: Uma análise a partir do ontological turn*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 89, jan./jun. 2004.

Questões candentes acerca da “pirataria”.

Welder Oliveira de Almeida*

A cibernética, ciência que tem como objeto a automação e o controle, contando com *branches* mais do que populares — a informática e a telemática —, revolucionou, completamente, a vida em sociedade, principalmente para os cidadãos que estão incluídos na sociedade digital, haja vista que existem, no mundo, aproximadamente, 250 milhões de conexões de banda larga de telefonia, mas não se pode olvidar, é claro, que há bilhões de pessoas que não têm qualquer contato com essas novas tecnologias, no mais das vezes em áreas rurais da China e da Índia, e, até mesmo, em cidades do interior dos Estados Unidos da América.

A informação e, também, o produto intelectual, isto é, as obras do espírito humano, passaram a ser fácil e rapidamente localizadas e utilizadas por essas pessoas, incluídas digitalmente.

Nesse novo modelo de sociedade, inserido na *Risikogesellschaft* global, mais precisamente em uma “sociedade global do risco informático e da informação”, qualquer usuário de computador, de posse de instrumental adequado (banda larga de telefonia e um *software* aplicativo como o *BitTorrent*™), pode obter uma quantidade impressionante de informações (“*knowledge, itself, is power*” disse Francis Bacon) e de produtos intelectuais, logicamente, pertencentes a terceiros, sem observar os ditames da legislação de cada país e dos tratados e convenções internacionais pertinentes à proteção desse novo bem jurídico, que é a propriedade imaterial.

Isso leva, necessariamente, a um debate (profícuo) acerca dos modelos de negócios implementados pelos titulares de tais direitos autorais, principalmente.

Não obstante, os modelos de negócios que estão presentes em todo mundo têm proteção nos diplomas

legais em vigor — isso faz com que a resposta aos ilícitos seja necessária e inafastável.

Por uma questão de política criminal, procura-se implementar a opção pela informação e conscientização do usuário de computador que obtém tais produtos ilícitamente, eis que, notadamente, pelo nível de instrução formal desses cidadãos (usuários de ambientes computacionais), a maioria absoluta dos usuários sabe que está praticando um ilícito penal, pelo menos: *violação de direitos de autor e aqueles que lhe são conexos*, bem assim, eventualmente, *receptação*, haja vista que sabe (ou deveria saber) que adquiriu, quando compra pela internet ou em bancas e lojas clandestinas, produtos de crime.

O tratamento a ser dispensado aos distribuidores e produtores em escala comercial e industrial desse verdadeiro flagelo que é a “pirataria”, já considerado o crime do século pela *Interpol*, é, sim, a vertente *repressiva* da atuação estatal. Nisso, ressalte-se, há papel fundamental para as agências de *law enforcement*, tais como as Polícias da União (Departamento de Polícia Federal) e dos Estados da Federação (Polícias Civis).

O tripé da atuação do Departamento de Polícia Federal (DPF) está consolidado tanto na repressão à entrada ilegal de insumos e equipamentos pelas fronteiras, portos e aeroportos, bem assim na atuação integrada, por meio de operações policiais conjuntas com a Polícia Rodoviária Federal e com a Secretaria de Receita Federal (aduana) e, por fim, com a repressão severa a servidores públicos corruptos, eis que o crime organizado sempre busca infiltrar-se nas fileiras do Estado, para que suas atividades ilícitas sejam mais efetivas e duradouras.

Discutir-se-á muito, imagina-se, a questão do usuário de computador pessoal que, similarmente ao que fazia, em muitíssima menor escala, o cidadão que copiava suas músicas preferidas em um gravador de fitas cassete, busca fazer cópias de músicas e vídeos que, em tese, não lhe pertencem, mas que estão disponíveis na internet por conta dos avanços tecnológicos, para ouvi-las em seu veículo automotor, em seu *Ipod*™ ou assistir aos vídeos em equipamento eletrônico similar,

*Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Delegado de Polícia Federal, 2.ª Classe, Núcleo de Combate a Crimes Cibernéticos, Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários da Superintendência Regional de Polícia Federal no Estado de São Paulo (CYBER/DELEFAZ/DREX/SR/DPF/SP). Membro Associado do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal do Estado de São Paulo (SINDPF/SP). Membro Associado da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF). Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

diferentemente do caso de dispor de cópias *backup* de suas mídias legitimamente adquiridas.

A finalidade de lucro aqui não está presente, razão pela qual a pena de reclusão sequer se aplica, bem assim a ação penal é de iniciativa do titular do direito autoral lesado — é uma ação penal privada.

O legislador acompanha, com suas curtas pernas, a evolução da sociedade e, no âmbito da “sociedade global do risco informático e da informação”, as mudanças ocorrem com incrível velocidade — poder-se-ia, facilmente, constatar que o projeto de lei acerca da criminalidade cibernética já está tramitando há dez anos no Congresso Nacional e, em uma década, muita coisa mudou. Fala-se hoje em dia em computação quântica(!), afastando-se até mesmo o paradigma de computação embasada em ausência e em presença de energia elétrica (base de funcionamento de um transistor), ou em ausência e em presença de energia luminosa (base de funcionamento de leitores ópticos, por exemplo).

Há 15 anos, para se utilizar a rede mundial de computadores (no nosso País, isso era possível apenas no ambiente acadêmico — universidades de ponta, é claro —, bem assim nos centros militares), havia necessidade de se marcar horário, e a navegação na internet só podia ser feita pelo *Mosaic*™, depois rebatizado *Netscape Navigator*™, que sequer existe hoje em dia. A popularização desse fantástico e revolucionário meio de comunicação multimídia que é a internet gerou um grande impacto nos atuais modelos de negócios dos titulares de direitos autorais e a questão, é claro, ainda está em aberto.

Vêm-se, inclusive, alguns membros do *Parquet* questionando ações repressivas, mormente aqueles lotados em Núcleos de Tutela Coletiva, tendo por fito garantir aos cidadãos o direito à informação e o direito ao lazer — os chamados direitos de quarta geração (que seriam subjacentes a esses produtos intelectuais, pertencentes a terceiros). Isso é discutível — pois tais produtos são, sim, frutos de trabalho e algo que tanto dignifica o ser humano, como o trabalho, deve ser remunerado ou recompensado.

Eis aqui o novo mundo, resultado de uma sociedade global do risco — os detentores dos direitos autorais terão que se adaptar ao “risco” do negócio (“pirataria”) ou a resposta virá da atuação do Estado?

Há, como dito acima, uma proteção efetiva aos novéis bens jurídicos que surgem no devir histórico. No passado, a propriedade material (física) era protegida. Hoje, protege-se, também, a propriedade intelectual, a propriedade imaterial — a despeito de ela se apresentar ao consumidor em meios físicos, como a mídia magnética, verdadeiro suporte material que pouco vale em face do trabalho intelectual ali gravado.

Há convenções internacionais, tais como: Convenção de Berna, Convenção de Roma, Convenção de Paris — e a República Federativa do Brasil é signatária de todas elas. Logicamente, se o Brasil se comprometeu por tratado ou convenção internacional a reprimir determinados crimes e se a realização do ilícito tangenciou o solo nacional a partir do estrangeiro (ou vice-versa), a competência para tal processamento e julgamento é da Justiça Federal — e a atribuição para investigar tais ilícitos é da Polícia Judiciária da União — o Departamento de Polícia Federal (DPF), que, com pessoal altamente gabaritado e com recursos tecnológicos de ponta, vem dando uma resposta efetiva à sociedade nesse importante aspecto que é o repressivo, com natural efeito preventivo geral — nos moldes preconizados pela moderna Política Criminal.

No que tange à legislação nacional, há, ainda, dispositivos legais no Código Penal Brasileiro e na legislação extravagante — como a Lei de Proteção aos Direitos de Autor de Programa de Computador — Lei 9.609/1998 e outras de igual relevância.

O problema da proteção dos direitos de autor, a par de revelar questões sociais importantíssimas, tem, sim, um aspecto criminológico que aponta o relacionamento direto entre a “pirataria” e o cometimento dos chamados *serious crimes*, como o terrorismo, o tráfico de entorpecentes e de armas, a lavagem de dinheiro, além de outros ilícitos — haja vista que a atividade comercial ilegal levanta fundos para o cometimento dessas outras modalidades — principalmente, por conta da tolerância da sociedade, mesmo a parte mais ilustrada da comunidade — por meio de um cálculo canhestro de custo/benefício. O barato, contudo, sai muito caro para todos os membros dessa mesma sociedade consumista, que não reflete sobre seus atos, haja vista, por exemplo, a existência, em toda metrópole, de feiras, centros comerciais e até *shoppings* abastecidos por redes criminosas de comércio de produtos contrafeitos.

Em uma sociedade capitalista, e tal modo de produção tende a se perpetuar no tempo, reformulando-se, sempre, não se pode imaginar que uma atividade ilícita venha a servir de justificativa ou panacéia para problemas sociais que agora se agudizam, no mundo globalizado, mas, certamente, com reformas sociais profundas, embasadas em educação formal dos cidadãos, com reformas trabalhistas e tributárias efetuadas a contento, mesmo sabendo que aqui nunca se viveu um Estado Social de Bem-Estar (*Welfare State*), talvez seja possível se equacionar tais problemas no devir histórico.

O que não se pode aceitar é a argumentação de prática de crimes, a partir de discursos de adequação social e de sustento de famílias de desempregados, pois isso não retrata, perfeitamente, a realidade.

Claro que as pontas dos tentáculos do crime organizado são formadas por pessoas desempregadas, mas há muitos desses cidadãos que optaram, claramente, pela prática de ilícitos penais, a despeito de existir outras oportunidades. Não convence, portanto, essa alegação de que o comerciante “pirata” é um produto de uma sociedade desigual e injusta. Inconcebível que seja dessa forma, apesar de ser crível que existam pais de família que escolheram esse caminho, mas como já decidiu magistrado paulista, em caso de condenação de sujeito que comercializava produtos contrafeitos pela internet, não se trata, certamente, de estado de necessidade, pois há investimento (e não é baixo) para se adquirir o instrumental para a prática de tal ilícito.

A “pirataria” é, sabidamente, dominada por organizações criminosas. O PCC, por exemplo, em São Paulo, é detentor de postos de gasolina que vende produtos adulterados, bem assim de pontos comerciais que vendem produtos intelectuais contrafeitos, como audiovisuais; na Espanha, os terroristas da Estação Atocha sustentavam-se com as rendas obtidas pela venda aos espanhóis de produtos “piratas” etc.

A pretensa equação de que a informalidade é causadora de “pirataria” não é justificativa em uma sociedade consumista como a nossa, eis que só há mercado para produtos contrafeitos por conta da atuação do consumidor, ávido por marcas e produtos, mas apenas àqueles que estejam adequados ao patamar de renda de cada país — vale então a equação simplória do custo/benefício. Os impostos e taxas sonegados que seriam utilizados para melhoria dessa mesma sociedade

desigual vão parar nas mãos sujas do crime organizado — por uma opção da própria sociedade de consumo. Exemplificando, os adquirentes de produtos contrafeitos acreditam que economizam ao comprar *softwares* “piratas”, contudo, eles não sabem ou eles se esquecem que, mais tarde, acabam se tornando vítimas de crimes, principalmente o *phishing scam*, porque adquiriram *softwares* “piratas” que não podem ser atualizados — os famosos *patches* de segurança não podem ser instalados e as máquinas ficam muito fragilizadas diante da atuação, até mesmo, de *script kiddies*.

Educando-se e conscientizando-se o consumidor de tais produtos ilícitos, certamente, a médio e a longo prazos, a resposta virá: não havendo demanda, não haverá mais oferta. Utópico? Nem tanto, o que é certo é que a batalha vencida hoje não é sinal de que a verdadeira guerra esteja perto de acabar.

Ao lado dessa repressão aos verdadeiros criminosos e da educação e conscientização de consumidores e usuários, há, ainda, uma vertente econômica — que é a que mais está a cargo dos detentores dos direitos violados e o exemplo claro disso é a oferta a preços populares de produtos de mesma qualidade dos caros produtos ofertados atualmente (e são caros porque envolvem muitos custos e muita logística — e o que é engraçado é que não se indaga acerca do preço de um automóvel de luxo, por exemplo, que, obviamente, é muito mais caro que o preço de um carro popular. Se o consumidor não pode ter um automóvel de luxo, ele há de adquirir um automóvel popular — isso é algo que deveria ser visto como natural, mas não é facilmente assimilado para produtos intelectuais, produtos do espírito humano). E o modelo de negócios, portanto, tem de se adaptar — e traz-se à tona o exemplo perspicaz de Steve Jobs, dono da *Apple Computers*”, que, percebendo que as músicas ofertadas pela internet e “*de graça*” não tinham lá grande qualidade, que esses arquivos poderiam ser, em verdade, vírus de computador ou outras modalidade de *malware*, enfim, que o que era ofertado ao usuário de computadores era de questionável qualidade e segurança, passou a oferecer serviços similares de transferências de arquivos, cada música a 99 centavos de dólar americano, por meio da internet — no famoso *Itunes*”. Eis aí a chamada revolução no modelo de negócios.

A ótica canhestra da relação custo/benefício é um dos fatores que levou à explosão da “pirataria” no mundo, mas não é a única e, é óbvio, não a justifica.

Há, também, uma cultura mundial de apropriação de produtos intelectuais por meio da internet, eis que não há, de fato, como se controlar, com eficácia, os *uploads* e os *downloads* de músicas e audiovisuais que superaram o quantitativo anual estimado de 1 bilhão de arquivos apenas no Brasil.

Por outro lado, há uma verdadeira espiral que se expande e contribui para esse estado de coisas, a saber, os detentores das marcas e produtos, por meio da divulgação maciça desses bens (propaganda), criam desejos consumistas na sociedade, de um modo geral e global. Muitos dos que desejam tais marcas e produtos estão impedidos, financeiramente, de consumi-los. Surge, então, o mercado ilícito da contrafação, apto a saciar essa sanha consumista, oferecendo cópias ilícitas a preços muito atraentes. A espiral, portanto, é tendente ao infinito.

Outro fato, facilmente detectável no caso de audiovisuais e músicas, é que, sob a ótica capitalista, a remuneração de todos os envolvidos em providenciar ao consumidor os DVDs e os CDs só pode advir do modelo de negócios que aí está — com a disseminação da “pirataria”, não há qualquer incentivo aos criadores das obras do espírito humano — nem todos têm estrutura para viver de turnês e shows, por exemplo.

A remuneração justa do trabalho é a base de um Estado Democrático de Direito, como é o caso de nosso País — não se justifica a prática da “pirataria” sob a alegação de preços inacessíveis.

A despeito de haver apontado que alguns membros do Ministério Público, principalmente os que atuam em Tutela Coletiva, alardearam que os direitos à informação e ao lazer restariam cerceados em um Estado Democrático de Direito, com os preços proibitivos praticados pelos proprietários de direitos autorais, é possível que medidas políticas (como foi o caso da criação de um fórum nacional que é o Conselho Nacional de Combate à “Pirataria” – CNCP, que atua em diversas vertentes, não apenas sob a ótica repressiva, por exemplo) e jurídicas (leis que prevejam incentivos àqueles que fomentam a cultura, *exempli gratia*) sejam, algum dia, tomadas para igualar mais os preços praticados entre os que oferecem tais produtos contrafeitos àqueles que são praticados pelos titulares das marcas

e produtos, mas, atualmente, da mesma forma que livros, CDs e DVDs são caros para a grande maioria da população, também o são os ingressos para teatros, cinemas, espetáculos diversos, e tudo isso é resultado da mercantilização das obras do espírito humanos, fruto de um processo histórico — o mundo ideal, é claro, não existe e o que realmente se vê é a comercialização e a industrialização das criações do intelecto. E isso engendra os riscos, ainda mais com os avanços tecnológicos (e há avanços tecnológicos ao alcance dos criminosos, também).

A “pirataria” é um dos riscos desse modelo de negócios, que, em seu cerne, traz um embate econômico entre titulares de direitos e criminosos, e a sociedade sofre, é claro, os reflexos dessa guerra de titãs — frise-se, por oportuno, que a estimativa de movimentação financeira da “pirataria” no mundo, para o ano de 2005, foi de 522 bilhões de dólares americanos. A questão é, claramente, de fundo econômico. Não se pode afirmar, simploriamente, que o Direito Penal seja eficaz para debelar o mal que daí advém, mas o que é certo que uma atuação transdisciplinar já está em prática e os resultados já se entremostam alvissareiros.

Visão humano-existencial do conceito de pessoa

Jorge Ponciano Ribeiro*

Resumo

O presente ensaio teórico visa discutir a noção de pessoa à luz da teoria humanista. O autor, sem particularizar nenhum tipo de corrente humanista-existencial, percorre os principais temas que constituem as bases teóricas do humanismo. Trata a questão da essência e da existência no que concerne à definição de ser humano e as conseqüências naturais desta definição, com os temas da consciência, responsabilidade, liberdade, poder, direito, subjetividade e intencionalidade. O tema é estudado dentro de uma perspectiva fenomenológico-existencial, realçando a questão psicológica em que o conceito de relação, contato e limite fazem o campo teórico no qual o outro se move. A idéia de que o homem é a medida de todas as coisas permeia todo o trabalho, deixando claro que é ele que dá sentido às coisas e não o contrário. Esta perspectiva é discutida em toda a sua radicalidade, pois o autor entende que todo o comportamento para ser ético tem que estar baseado nas dimensões essenciais do homem, como animal-racional-ambiental, ou como um ser bio-psico-sócio-espiritual. O autor entende que não se pode conceber a noção de pessoa fora destas dimensões.

“E o Verbo se fez carne e habitou entre nós” (Jo cap. 1, v. 14).

Buber, na sua capacidade de transportar o sentido e ou significado das coisas para uma dimensão têmporo-espacial, re-diz S. João: “E o Verbo se fez carne” para “A palavra transportadora do ser” (Buber, M. 2001, pg. XLII). A palavra transporta o ser total de quem fala para ser total de quem ouve. O outro, ao receber minha palavra, a faz sua através de um complexo processo de subjetividade, reencarnando, ao seu modo, a palavra ouvida: a minha palavra vira o Outro, dimensão psicológica de mim mesmo.

O outro, deixado a ele mesmo, na verdade, não existe ou existe como uma coisa-em-si, sem um significado relacional, mas o outro, que chega a mim, é fruto de minha subjetividade, a qual cria o outro para mim a partir dos meus pré-juízos existenciais.

Aqui nasce uma ontológica questão: Quem sou eu e quem é o outro. De um lado, o outro me faz face. Não fora o outro, não saberia de minha própria exis-

tência. De outro lado, o outro não chega a mim como uma coisa-em-si, mas como um em-si-da-coisa, fruto de minha subjetividade, que me permite ver no outro o que o meu sentido interno me dita.

A conseqüência deste suposto é imediata: Somos seres de e em relação. Somos do mundo. Estamos, sempre e necessariamente, em relação com o outro, seja o outro uma pessoa ou as estrelas ou os mares ou uma formiguinha. Não somos ilha, somos península, cercada por todos os lados do outro total que não somos nós.

Vã ilusão, ou quase uma esquizofrenia se imaginar único no universo, senhor de si mesmo, autor de um monólogo que será sempre para o outro, querendo ou não, um diálogo relacional silencioso, mas nem por isso, menos falante e cheio de sentido. Para que eu exista é necessário que o outro exista, porque nenhum existente tem em si uma totalidade metafísica.

Quando entramos em contato conosco, temos que concluir que somos um quase nada perante a complexidade do que nos move. Cercados de todos os lados e de todos os modos, quando olhamos o universo, à nossa volta, independentemente de qual lugar estamos ou para qual lugar olhamos, salta aos nossos olhos que somos ínfimos e que nenhum poder é real diante do poder do universo e que é do universo que nasce qualquer forma de poder. Não existe poder pessoal.

Todo poder é delegado e emprestado. E quando digo universo, estou falando do universo mesmo, pois o que seria de nós sem o ar, o calor, a terra, a água, a lei da gravidade que nos mantém vivos e que até nos permitem os atos de consciência e inteligência que nos distinguem das restantes coisas do universo. Coisas... é isso que somos. Somos coisas que sentem, pensam, agem e falam.

Nossa grande questão existencial vai além do ser ou do não ser, mas se centra no estar ou não onde estamos. Estou presente onde estou ou sou um conjunto de partes que lutam pela sua autonomia e singularidade ou, ao contrário, luta pela sua integração neste todo, chamado mundo relacional, feito de gente, como a gente.

* Filósofo, teólogo, mestre e doutor em psicologia, professor titular emérito da Universidade de Brasília, formação didática em psicanálise e em gestalt-terapia, dois pós-doutorados na Inglaterra, autor de vários livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior.

Somos, portanto, seres de relação, num duplo sentido, comigo mesmo e com os outros. Pode parecer paradoxal, mas é mais difícil estar em relação conosco mesmos do que com os outros, porque, sendo íntimos de nós mesmos, nos escapam nossas singularidades, o que equivale a dizer que é mais fácil lidar com nossas quantidades do que com nossas qualidades.

Lidar com o outro é, prioritariamente, uma questão de qualidade, regida, substancialmente, pelo nosso cognitivo, pelo nosso pensar. Lidar conosco é, prioritariamente, lidar com o emotivo, com o emocional, regido, substancialmente, pelas nossas qualidades. As quantidades saltam aos olhos, é o tamanho, a cor, o peso, o cheiro. As qualidades, ao contrário, têm que ser descobertas, por isso quanto mais alguém é regido pelas quantidades, menos percebe o outro. As qualidades são sutis, não saltam aos olhos imediatamente, têm que ser descobertas pela nossa sensibilidade, mais do que pela nossa inteligência, afeta, prioritariamente, às quantidades.

Sendo seres de relação, somos, necessariamente, seres em contato, embora seja mais fácil entrar em contato com o outro do que conosco mesmos. Quando me olho, não faço face a mim mesmo, porque, quando me olho, vejo o já visto, o antigo, o esperado. O outro, entretanto, me faz face, porque busco nele o não-eu, sendo atraído, imediatamente, pela sua quantidade, tamanho, cor, beleza. O diferente.

Na grande maioria das vezes, atraídos pelo *show* da vida, em suas mais diversas formas, não prestamos atenção a nós mesmos, somos nossos grandes desconhecidos. Não sabemos entrar em contato conosco, e, por outro lado, o mundo está, permanente e necessariamente, em contato conosco, sendo ele um fenômeno que se oferece para ser desvelado pela nossa consciência. Para muitos de nós o mundo passa despercebido, porque as coisas só passam a existir, quando nossa consciência as apreende como objeto de percepção. Alguns de nós somos apenas virtualmente seres em relação.

O contato, portanto, não é uma percepção material e objetiva do outro, mas sua percepção pela consciência. Através do contato, o fenômeno se resgata e, assim, o outro se torna prisioneiro de minha apreensão, de minha subjetividade.

Talvez aqui possamos distinguir entre experiência do outro e vivência do outro. Estamos no mundo do

contato. *Experimentar o outro*, pessoa ou coisa, é lançar sobre ele um olhar de busca de suas quantidades, que se resume num processo essencial que tenta responder *o que* é este outro. Aqui predomina o resgate de quantidades. *Vivenciar* o outro, pessoa ou coisa, é ir à busca, dentro de si mesmo, de *como* o outro me afeta, é sair da busca da essência do outro para encontrar sua existência, ou seja, que significado o outro produziu dentro de mim. Estamos constantemente entre experimentar o outro e vivenciá-lo em nós. Cabe aqui uma reflexão feita anteriormente: as pessoas muito ligadas no “que” da experiência na sua relação com o outro experimentam maior dificuldade de perceber “o como” as qualidades do outro os afeta.

Fazer contato, estar em contato, portanto, é estar entre o “que” e o “como” de uma realidade que se oferece à nossa contemplação, através da qual nós construímos e constituímos o outro dentro de nós.

Nós existimos e este fato é mais transcendental do que qualquer coisa que possamos fazer. É pelo ser que somos e não pelo fazer. Ser é um milagre, existir um milagre maior ainda. Pensa se você não é um milagre! Você consegue alcançar a complexidade do seu existir? Você consegue entender que cada um é único, singular, individual e, não obstante, somos muito mais semelhantes que diferentes. Pensar, assim, exige humildade e reverência pelo que somos, porque temos nos deixado perder e nos encantar pelo que fazemos e perdemos contato com o fato maior: *nós existimos*. A formiga e o elefante também existem. Você merece respeito, eles também, porque é no existir, comunitariamente, que reside a mais radical igualdade e cumplicidade. Somos seres de relação e estamos em contato.

Não importa ou importa pouco o que temos, o que acumulamos, o que fazemos. Importa como somos, como acumulamos, como fazemos.

Importa o que somos, porque estamos em um nível além de corpo-pessoa, estamos num nível transpessoal e não existe experiência e vivência transpessoal sem que o pessoal esteja profundamente em causa. Não podemos entender quem somos, apenas intelectualmente, pois o dentro e o fora são, apenas, aspectos de uma mesma realidade. O dentro e o fora têm que estar em inter e intra-relação, pois se predomina o inter, surge o poder e o controle, se predomina o intra, surge a reflexão não engajada. Então é preciso ser como se não fosse, existir como se não existisse, para que a

totalidade criativa e criadora que constitui nosso ser-
aí surja e permita a síntese do dentro e do fora, ou do
dentro – fora, ou seja, a saída de uma subjetividade do-
entia, dominadora e egoísta para uma intencionalidade
inteligente, harmoniosa e relacional.

O contato é o instrumento que permite à pessoa
humana se olhar e reconhecer no outro seu próprio
existir através da *simpatia*, que, cognitivamente, pro-
cura o igual no outro, da *empatia* que procura emo-
cionalmente sentir o sentir do outro, da *inclusão* que
permite ao outro incluir-se, adentrar-se amorosamente
no outro, da *confirmação* que não só respeita o ser dife-
rente do outro, mas aceita e investe na diferença do ou-
tro. Estes quatro níveis são inerentes à pessoa humana
e cada um de nós está mais ligado a um do que a outro
e significam níveis de sensibilidade vividos pela pessoa.
A inclusão é o momento da superação do gostar para
o amar, pois só entra em contato pleno com o outro
aquele que se deixa perder amorosamente no outro. Só
através da aceitação da diferença do outro é que nos
tornamos iguais a ele, pois só através da aceitação e in-
vestimento na diferença do outro, entramos em con-
tato com sua totalidade, que é onde mora a essência
das coisas.

O caminho da aceitação das diferenças é a estra-
da da interdependência que é o caminho da comunhão
existencial entre todos os seres. Vivemos a diferença
em muitos níveis, mas, sobretudo, em dois. No nível da
aparência material. É fácil observar um homem e uma
mulher ou dois homens ou duas mulheres e ver que
são diferentes. Esta observação, em princípio, não nos
incomoda e a aceitamos tranquilamente. Mas existe
um outro tipo de diferença: aquela que não aparece aos
olhos do corpo, mas aos olhos da alma, captada pela
nossa inteligência, pela nossa intuição, pela nossa sen-
sibilidade, sobretudo aquela, que, quando percebida,
nos faz sentir menos que o outro ou existencialmente
diferente dele, e, sobretudo ainda, quando este outro
traz oculta, na simplicidade de sua aparência, a gran-
diosidade de suas qualidades. Nossa arrogância detecta
imediatamente este tipo de pessoa e tem pavor dela.

Talvez possamos dizer que amar, de verdade, é
encontrar-se com a diferença do outro e honrá-la e que
este movimento é o movimento da própria transcen-
dência, através da qual damos, a cada movimento, um
passo para frente e para cima à procura de horizontes
sempre novos e diferentes.

Amar é, portanto, a suprema lei e por isso sere-
mos julgados pelo nosso modo de amar. O egoísmo, o
orgulho, a violência, e talvez até poderíamos falar dos
sete pecados capitais, soberba, avareza, luxúria, ira,
gula, inveja, preguiça são certamente formas errôneas
de amor a nós mesmos. Não precisamos de ninguém
para nos julgar, pois seremos julgados pela nossa lu-
xúria, pela nossa avareza, pela nossa impiedade. É a
inflexível lei da causa e efeito, nada só vai, tudo que vai
volta, tudo que sobe desce. Não sem razão, São Pau-
lo, na carta aos Coríntios 1, cap.13, v. 4, diz “o amor
é paciente, é benéfico, não é invejoso, não é temerário,
não se ensoberbece, não é ambicioso, não busca seus
próprios interesses, não se irrita, não suspeita mal, não
se alegra com a injustiça, mas se alegra com a verdade,
tudo desculpa, tudo crê, tudo espera, tudo sofre”. E Je-
sus (Mt cap.7, v. 12, e Mc cap. 12, v. 28-34) diz: “Amarás
ao teu próximo como amas a ti mesmo. Não faça ao
outro o que não gostarias que fizessem a ti”. Esta é a su-
prema ética, tudo mais é conversa fiada, ou, como diz
Jesus: “Esta é a lei e os profetas”.

Se queremos uma definição de humanismo, aí
está. O amor é a suprema ética. A ética começa e ter-
mina em nós, pois quem não é ético consigo mesmo,
jamais será ético com os outros. Ninguém dá o que não
tem.

O amor é também a mágica forma de lidar com a
diferença, de caminhar para um contato fecundo e cria-
dor, aonde desaparecem as partes e surge uma totalida-
de transcendente. O amor não é e não pode ser “uma
conversa fiada”, ele é a mais radical opção que um ser
humano pode fazer pelo outro e aqui estão todos aque-
les que morreram por amor da justiça: Gandhi, Martin
Luther King, Chico Mendes, João Paulo I, Dom Hélder
Câmara, Irmã Dorothy e milhares de outros que, no
anonimato, dão testemunho do seu amor pelo outro e
aqui estão também milhões de pais, mães, que no silên-
cio de seus corações, tudo fazem e suportam pelo amor
de seus filhos para que possa surgir um mundo melhor,
sem violência, sem oprimidos, sem fome.

Não percamos a perspectiva de que estamos ten-
tando responder a duas questões centrais ou a segun-
da decorrência natural da primeira: o que é ser pessoa
e quem somos nós e a uma outra questão básica, que
perpassa, todo o tempo, nosso raciocínio, de que so-
mos, por natureza, seres de e em relação consciente
com o mundo ou o meio ambiente.

Amar, em síntese, é pertencer, é encontrar-se com o outro na busca de sua eterna beleza. Amar é aprofundar-se no fascínio pelas partes que gera a magia da totalidade, que é o que aquieta o coração humano, pois somos atraídos pelo completo, pelo acabado, pelo perfeito.

Somos partes de uma infinita totalidade que é o que dá sentido às coisas. Somos como as letras de uma palavra, sozinhas não significam nada. Somos um alfabeto vivo, falante, integrado, transformador ou como as notas de uma sinfonia, sozinhas não significam nada.

Não nos damos conta de que estamos imerso no universo, somos o universo, o universo somos nós. Olhamos sempre a nossa frente, não olhamos ao redor. Vivemos uma relação causa e efeito, todo o tempo. Pensamos linearmente. Excluimos as possibilidades de nosso dicionário existencial. Trabalhamos, dizemos, fatos.

Independentemente do que os gregos quiseram dizer ao definir o homem como animal racional, hoje e na prática, esta definição se tornou pobre e insuficiente para definir o homem como um ser de relação, um ser de contato. Esta definição, no máximo, contempla o homem em si mesmo, como uma totalidade plena e que se basta a si mesmo. Ela o vê como indivíduo, singular e perde a dimensão de que o homem é necessariamente um ser em contato, em relação com e no universo. Ele pertence ao universo, ele é do universo. O ser humano vem sendo definido como animal racional. Definir o homem como animal racional criou uma dicotomia que terminou por privilegiar no homem, ora o animal, ora o racional, conduzindo-o por caminhos inimagináveis do ponto de vista social, político, econômico. Basta citar a escravidão, em que o negro não era considerado como tendo direitos, era como um animal, “res domini”, sobre o qual o senhor (o racional) tinha direito de vida e de morte. Aliás, ninguém tem direito sobre ninguém, no máximo temos direitos sobre nós mesmos, aqueles concedidos pela própria natureza.

Todo direito sobre alguém emana deste alguém e tem que ser exercido em estreita relação com ele e em favor dele. Ninguém tem direito sobre o outro, se o outro não lhe outorga este direito. O poder-direito-constituído não nasce de uma lei, de um diploma, de uma nomeação ou do estado. O poder nasce do direito. O direito não nasce do poder. O direito é inalienável, o poder não. O poder é uma concessão que alguém con-

cede ao outro para ter o direito de funcionar em seu nome. O direito é um privilégio concedido a alguém, não uma prerrogativa. A lei legitima esta escolha do indivíduo.

Existe, no ser humano, um princípio fundamental: o instinto de autopreservação, isto é, tudo que nasceu, nasceu para viver de acordo com sua própria natureza. Exercer um direito, por suposto direito e por suposto que seja, sobre o outro é tirar dele o que a natureza lhe concedeu, que é viver de acordo com o que ele entende que são suas potências ou potencialidades prontas para se transformarem em ato, quando ele, livremente, assim o desejar. O outro, entretanto, ao seu lado, tem também os mesmos direitos, o que implica que viver em sociedade significa experimentar, a todo instante, as fronteiras e os limites do próprio poder pessoal. Esta é uma ética natural. A ética nasce da relação respeitosa entre as pessoas e não de uma lei, supostamente, representante da universalidade das pessoas e que alguém diz ser seu legítimo interprete.

Muitos acreditam que têm poder pessoal para julgar ou acreditam que seu poder de julgar é pessoal e que podem julgar como lhes parece e, às vezes, à revelia do direito do autor e do réu, em questão. Ninguém tem poder pessoal sobre o outro. O que é nosso é apenas aquilo com que nascemos. Todo o resto nos é concedido para que o administremos em nome do outro.

“Então disse Pilatos a Jesus: não me falas? Não sabes que tenho o poder para te soltar e também para te crucificar? Respondeu Jesus: Tu não terias poder algum sobre mim, se não te fosse dado do alto. Por isso, o que me entregou a ti, tem maior pecado”. (Jo cap. 19, v. 10-12.)

“Não julgueis, para que não sejais julgados, pois, segundo o juízo com que julgardes, sereis julgados e, com a medida com que tiverdes julgado, vos medirão também a vós”. “Como ousas dizer ao teu irmão: deixame tirar o cisco do teu olho, tendo tu no teu olho uma trave?” (Mt cap.7, v. 1-4).

Jesus expõe, através destas afirmações, um claro conceito de pessoa, baseado no conceito de direito, que é o lugar onde todos nós nos refugiamos para estabelecer entre o outro e mim a noção de limite, de presença, de singularidade, de individualidade, em todo o sentido. Se pensarmos bem, a noção do que penso que me é devido permeia, de lado a lado, nossas relações pessoais. O outro é o meu limite, mas eu sou a balança

que tem a presunção de decidir tudo. O outro é o meu limite, o outro me faz face, não somos senhores uns dos outros. Na verdade, não somos nem de nós mesmos. Somos seres em relação e o outro é o lugar onde minha liberdade e poder acabam, a não ser que ele, em caráter especial, me conceda a faculdade de falar e agir em seu nome. O outro é o lugar no qual a ética indica que ultrapassar, desrespeitando os sinais, é violência e desrespeito.

Por essas razões, a definição de pessoa, como animal racional, torna-se incompleta, porque ela abre espaço para toda sorte de subjetivismos e relativismo tanto a nível pessoal quanto social. A usurpação do poder do outro, roubando-lhe o direito de ter direitos, nasce de uma falsa concepção da animalidade e racionalidade que tira de uns o poder, igualando-os a um animal, e concede a outros o direito sobre os primeiros, privilegiando a racionalidade ou fato de ser homem, e não pessoa.

Na verdade, de fato, e por natureza, o ser humano é animal-racional-ambiental.

A essência humana é, portanto, animalidade, racionalidade, ambientalidade. Vamos, porém, colocar um hífen para fugirmos da tricotomia que estes três construtos isolados causariam à essência humana: o ser humano é animalidade-racionalidade-ambientalidade.

A nossa reflexão sobre a questão do poder e do direito, enquanto propriedades humanas inalienáveis, nasce do fato de que a relação humana transcende a animalidade-racionalidade tão decantada para se espelhar na ambientalidade, tão parcamente falada e defendida. Quando afirmamos que ser ser de relação é uma propriedade essencial e existencial do ser humano, estamos afirmando que todo o poder e direito são relacionais e nascem da essencial ambientalidade que define o ser humano como um ser do mundo e, permanentemente, em contato relacional. Todo o direito se funda na ambientalidade humana. O direito emana de uma delegação, de uma procuração que alguém confere a outrem para falar e agir em seu nome. Sem esta perspectiva, o direito não tem nenhum direito de se dizer humano.

Isto, assim posto, nos coloca diante de uma totalidade, cujas partes se inter e intra-relacionam, de tal modo que não se sabe onde começa uma e termina outra. Somos uma totalidade em ação, de tal modo que ora uma ora outra dimensão assume a característica de

figura, a partir da necessidade da pessoa em um dado momento e em um dado campo. Somos metafisicamente em relação, somos constituídos de uma relação psicodinâmica de partes, em ação, em ato.

Olhando a pessoa humana, de um ângulo mais operativo, e ampliando nossa perspectiva de horizontes, à procura de ver melhor a dimensão humana, poderíamos, com absoluta especificidade, defini-la como um ser bio-psico-sócio-espiritual.

Ao introduzir uma quarta dimensão à definição que, comumente, se faz da pessoa humana, a espiritualidade, damos mais um passo em direção a uma totalidade que, em função de sua própria teleologia, leva o ser humano a transcender, explicitando toda sua potencialidade de ir além da materialidade das coisas para a imaterialidade que é própria da qualidade presente em todo ser humano.

A dimensão “*bio*” tem a ver com nossa animalidade, que prioriza a questão do primitivo, do corpo, suas emoções, sentimentos, afetos. Nosso corpo é nosso instrumento visível de contato e de trabalho. É nosso inconsciente visível através do qual expressamos nossa ou nossas histórias escritas, ao longo dos anos. O corpo, apesar de todas as suas predisposições genéticas, termina sendo uma construção nossa. Ele é o que fazemos ou fizemos dele, ao longo da vida. Ele fala o tempo todo, e como fala, mas nós somos os que menos o ouvimos. Muitas vezes, só quando se quebra sua capacidade de auto-regulação, é que nos apercebemos de que nossa cabeça se esqueceu totalmente de seu corpo e aí aparecem toda sorte de sintomas, que, em última análise, são sempre propostas de equilíbrio orgânica de última hora, tentado produzir uma auto-regulação provisória no organismo. Mas aí, para usar um jargão popular, já não temos mais peças originais para ele, mas apenas reparos e peças de segunda linha. Na verdade, nada mais somos que os contatos que fazemos. A escolha é nossa.

A dimensão “*psico*” como expressão da racionalidade, nos coloca diante de uma consciência reflexa, através da qual intuimos a realidade, experienciando-a nos seus mais sutis modos de operar. Estamos no reino da imaterialidade, do qual o pensamento é a expressão mais clara dessa nossa dimensão espiritual. Quando dizemos que o homem é um animal racional, estamos dizendo que ele é um ser que usa a razão, e os processos cognitivos da razão envolvem argumentação,

inferência, indução, dedução, analogia, prova, conclusão. O homem é, portanto, não só racional, no sentido que usa da razão, mas também racionável no sentido de que pratica os processos próprios da razão. A razão é, portanto, uma propriedade humana, que especifica o ser, que o distingue dos animais pela complexidade das operações que ele pode fazer. Estas operações, entretanto, não são abstrações ou processos autocognitivos, desconectados do meio ambiente, eles nascem do meio e trabalham em função do meio ambiente, e ressentem, psicologicamente, o meio como um campo de ação e reação. Como nada vai ao intelecto, sem passar pelos sentidos, concluímos que todos estes processos têm a chancela do psicológico e, conseqüentemente, do emocional.

A dimensão “*socioambiental*” como um essencial da essência humana passa ou tem passado quase despercebido. Tudo o que é necessário à sobrevivência humana entra, necessariamente, na definição do ser humano. Se precisamos de ar, de água, de calor, de umidade, da lei da gravidade e tudo isto constitui o meio ambiente, somos, por definição, ambientais. O mundo, o meio ambiente não são um intruso na definição da pessoa humana, são um terceiro metafísico elemento, sem o qual o homem não poderia subsistir. Se somos mundanos, isto é, feitos da substância do mundo, somos essencialmente mundanos, feitos de e pelo mundo. Se a matéria corporal sensível constitui nossa animalidade, se a razão constitui nossa racionalidade, o meio ambiente constitui nossa socioambientalidade. A compreensão radical deste terceiro elemento da constituição de nossa essência humana leva a pessoa humana a um processo auto-educativo extremamente criador e redentor, através do qual o homem compreende que a solução sustentável do planeta é ele sentir que não existe um planeta e ele, mas planeta-e-ele, de tal modo, que não se soubesse onde começa um e termina o outro e que tivesse plena consciência de que tudo que acontecerá a um, acontecerá também, fatalmente, ao outro.

A salvação ou a destruição de um significa também a salvação ou a destruição do outro. Aqui se aplica o termo globalização no seu mais radical significado. Os dois são sujeitos e objetos do que acontecer a um dos dois. Este essencial ambientalidade é fundamental para o desenvolvimento de uma teoria e de uma prática da ecologia, sem a qual nosso planeta ficará, cada vez mais, menos viável e sustentável. Será através de uma experi-

ência vivenciada da ecologia, como mestra interior da pessoa humana, que esta dimensão será considerada como o instrumento que faz o homem transcender da animalidade para a racionalidade e desta para uma humanidade fundada, sustentada e mantida na e pela ambientalidade.

A quarta dimensão do conceito de homem, “*espiritualidade*”, passa, necessariamente, pelas anteriores, animalidade, racionalidade, ambientabilidade. Estamos falando da dimensão espiritual da essência humana, através da qual a pessoa atinge o ápice de toda a forma de fazer contato. A dimensão espiritual permite ao homem entrar no mundo dos valores, permite ao homem vivenciar a qualidade que existe em todas as coisas, transcendendo a materialidade das mesmas. Embora as operações mentais, cognitivas, de razão aconteçam também no nível da imaterialidade, elas são operações “*per se*”, e não tem, necessariamente, uma destinação para fora. Começam e podem terminar em si mesmas, sem um desdobramento para fora, ao passo que o mundo da espiritualidade é o mundo da re-significação da essência do objeto, sob observação. O espiritual recria ontologicamente o objeto observado. Não fora a dimensão espiritual da essência humana, estaríamos sempre diante da materialidade quantitativa de todas as coisas.

É a dimensão espiritual que descobre na matéria suas mil possibilidades através das qualidades possíveis inerentes a todos os seres. É através da espiritualidade que o possível se torna um acontecimento. Uma rosa, p. ex., vista cognitivamente é apenas uma rosa, uma “*quantitas*”, mas em toda “*quantitas*”, existe uma “*qualitas*” a mais a ser descoberta, além da pura observação do objeto em questão. A dimensão espiritual nos permite transcender a coisa-rosa para suas mil possibilidades de ser, isto é, de se tornar um acontecimento, podendo ser o perfume que suaviza, a beleza que encanta, um presente para a pessoa amada, a estética que move o artista. Quanto mais alguém usa sua dimensão espiritual na contemplação da coisa material, mais ele transcende ante sua experiência estética vivenciada e mais a pessoa transcende a si mesmo na busca de seu último significado.

Estas dimensões são reais, concretas, existem como essenciais dos quais emanam os existenciais que nos permitem nos localizarmos no tempo e no espaço. Grande parte da humanidade age, funciona na função

homem ou mulher, perdendo a dimensão homem-pessoa, mulher-pessoa, sendo levados por uma praticidade e por um imediatismo que nos torna profundamente egocentros. Vivemos uma realidade, onde o “salve-se quem puder” parece estar se tornando a regra básica do relacionamento humano em um completo abandono da dimensão relacional que prioriza a relação pessoa-pessoa.

Quando digo que somos ambientais, além de animais-rationais, estou afirmando que toda a nossa experiência ocorre no campo, em situação, em ação completa, mas não estamos largados de nós mesmos, impotentes e incompetentes para lidar com a situação que nos confronta. Somos naturalmente dotados de criatividade que nos permite criar e de intencionalidade que nos desperta para a realidade como intenção. A realidade é uma permanente provocação à nossa capacidade criadora e de intenção. A realidade pede para ser re-criada e re-escrita, a todo instante, e será nossa intenção o instrumento que irá manipular descobrindo-a. Des-cobrir significa tirar o pano de cima, abrir a porta e deixar entrar luz. Assim nossa experiência de campo, se transforma pela nossa subjetividade e poder criador em um campo permanente de experiência. Assim criação e intenção são funções de nossa criatividade e intencionalidade. A minha experiência habita o corpo do outro e o corpo do outro habita meu corpo e minha experiência, portanto, existe, necessariamente, em interface, um lugar no qual nos encontramos, necessariamente, com o outro. O campo é uma experiência que cada um constrói, não é uma entidade material, é também. Assim o contato ou estar em contato é a experiência dominante do campo. O contato não é a experiência ou a vivência da materialidade do outro. O contato é a busca do invisível que mora no visível do outro. Estamos, de uma maneira radical, falando de alma, a parte ou a dimensão mais profunda do ser humano.

Quando falamos a palavra contato, implicitamente, estamos falando de dois – eu e o outro, portanto é a relação organismo (eu) – ambiente (outro) que organiza o campo através do contato. Somos sujeitos e objetos do campo que organizamos. Ao criá-lo, tornamo-nos sujeitos a ele, o tempo todo. Estamos dizendo que o conceito de pessoa se concretiza no campo e que o campo é o “locus” onde nossa realidade acontece e se torna significativa.

Não estamos fazendo, construindo teoria, estamos teorizando, pois as teorias são apenas fixações de conceitos, não são, necessariamente, a verdade sobre algo, mas apenas um modo de organizar a experiência e não a realidade, enquanto tal. Tentamos nos aproximar da verdade através de teorias, mas uma teoria nunca será uma verdade. E, diga-se de passagem, uma teoria, quando vira verdade, vira religião e como é impossível re-ligar toda a verdade, as religiões passam a ser extremamente re-ativas e subjetivas, perdendo, paradoxalmente, sua suposição de expressar a verdade.

A pessoa humana não está à busca da verdade, mas sim de uma busca de um sentido, do seu sentido, que perdura pela vida afora, pois, se a verdade existisse por si só, certamente, a encontraríamos com mais facilidade nas curvas e caminhos da existência, por isso o homem sempre lidou mal com a verdade.

Quando Pilatos pergunta a Jesus, no seu julgamento: “O que é a verdade”? Jesus se cala, prefere o silêncio que o levaria a morte a definir teoricamente a verdade.

A intencionalidade é uma função da consciência. Não existe consciência em si, ela é sempre relacional, é sempre consciência de algo.

Assim, exceto as verdades matemáticas que já estão prontas ou a serem encontradas, a verdade humana é sempre uma procura, nunca está pronta. Existir, honestamente, é estar permanentemente à procura da própria verdade, do próprio sentido, da própria intencionalidade.

O ato de criar supõe fazer surgir algo do nada, por isso criar é um atributo divino. Quando dizemos que criamos, criamos apenas em sentido lato. Entre os humanos, não criamos do nada, criamos a partir do outro, que sempre faz parte de nosso ato criativo. Jamais saberemos a verdade do outro ou sobre ele, por isso a idéia de que possamos construir plenamente “uma verdade” nos coloca diante de um absurdo, que é a idéia de podermos ser absolutamente coerentes. Uma coerência, supostamente plena, seria, por sua vez, a negação de nossa própria subjetividade. Isto equivaleria à morte de nossa criatividade e a uma proibição cognitiva de não evoluir, implicando em deixarmos de ser seres de relação, de passagem, vivendo a ilusão da divindade e de uma total ausência de limites. Nossas certezas, no máximo, nos levam até nós mesmos, porque a verdade está na relação, não é uma produção isolada da mente.

Transformo minhas certezas nas minhas verdades, mas a verdade não se transforma em nossas certezas, porque a verdade não nasce de nossas operações mentais, mas da adequação do objeto ao nosso intelecto, como, p. ex., de uma maneira extremamente simplificada, duas laranjas mais duas laranjas são quatro laranjas. Isto é uma verdade que nasceu da minha relação com o mundo, em primeiro lugar. Não se fabricam verdades, verdades são encontradas.

Não conseguimos fazer esta operação matematizada, quando se trata de uma realidade que implica, emocionalmente, a existência do outro, pois a verdade não está em nossa mente, mas na situação, no campo. Intuí-la é o mais desafiador processo cognitivo humano. Não sabemos nunca o que é a verdade de um dado, de um acontecimento, porque o fenômeno só se torna fenômeno, quando apreendido pela consciência e a consciência jamais aprenderá a totalidade de um objeto dado.

Seres de relação, do mundo, será através do contato que nos abeiraremos da verdade. O contato é função de nossa capacidade criativa e criadora e proporcional à dimensão de nossa fluidez. Assim, quanto mais rígida uma pessoa tanto menos se abeirará da verdade e tanto menos se deparará com a realidade, enquanto realidade.

É por isso que “para muitas pessoas confiar em alguém é uma violação de toda a sua maneira de ser no mundo. É uma aventura totalmente nova repleta de riscos que sempre ameaça a pessoa como um não-ser” (Hycner, R. 1995, p.122).

O outro, de algum modo, é um não-ser para mim e eu sou um ser-outro para ele, e, como o outro não sou eu, torná-lo existente para mim implica num processo de inclusão de sua realidade no mundo de minha subjetividade, ou seja, no desvelamento e aceitação espontânea do ser do outro. O outro é o diferente. É o diferente no outro que me fascina e me afasta dele e, como eu sou igual (idêntico) a mim mesmo, sou uma metafísica rotina que não mais me fascina e incomoda. Ir ao encontro do diferente é abrir-se a toda sorte de risco, mas é o único caminho de me aprofundar em mim mesmo e me lançar para encontrar o diferente que mora no outro. Sem medo.

“O homem é a medida de todas as coisas”. Protágoras. Talvez esta seja uma das verdades menos escutadas, menos vividas, mais esquecidas da história da

humanidade. Ao longo dos séculos, as instituições criadas pelo homem e para o seu bem, se voltaram contra ele, com um absoluto desrespeito. A Igreja, p. ex., na inquisição, matou milhares de pessoas, talvez milhões; países, através de guerras sem fim, vilipendiaram o ser humano da maneira mais atroz que se possa imaginar; o racismo, nas suas mais diversas formas, tem sido um acinte a toda forma de liberdade humana; leis feitas pelos homens, através de gestos aparentemente legais, abandonaram o homem a sua própria sorte, num total estado de impotência.

Todo homem está a serviço de seus semelhantes e toda a humanidade está a serviço do homem por uma razão ontologicamente imbatível: tudo que nasceu, nasceu para viver e viver adequadamente, porque, do contrário, num processo autodestruidor, “ab origine”, o ser humano seria a negação de si mesmo, e, conseqüentemente, um ser inviável. Talvez pudéssemos mudar o pensamento de Protágoras: “O homem é a medida de todas as coisas” para “todas as coisas são a medida do homem”. Nada pode ser maior que ele. Um homem não pode ser para um outro homem como uma abstração. Estamos falando deste homem, aqui-agora, não importa quem ele é, pois, qualquer que ele seja, ele é a medida de todas as coisas. Talvez, ladrões, bandidos, assassinos tenham perdido esta dimensão, ou talvez jamais a sentiram, fazendo com que eles, através de um absurdo mecanismo de compensação, se tornassem, ao seu modo, egotisticamente, a medida de todas as coisas e deixassem de ser, em outro sentido, a medida de todas as coisas, como um mecanismo regulador de nossa ambientalidade, porque, em algum momento, nós os tiramos da balança da vida e passaram a não medir nada diante de uma comunidade, às vezes, tão perversa quanto eles mesmos.

O mundo não pode lidar com o homem, despersonalizando-o, fazendo de conta que ele não existe, pois é ele que organiza o mundo, ele é o cérebro do mundo. De outro lado, enquanto um ser vivo, ele se programa, a cada fase do processo evolutivo, para se tornar o doador supremo de todas as necessidades do homem. Os homens devem viver entre si uma integração harmoniosa, auto-reguladora, sustentável e não permitir que outros homens vivam uma alienação histórica (negros, prostitutas, índios, homossexuais), cultural, orgânica, como se uma parte da humanidade fosse menos homens, menos pessoas que outros.

A proposta humana deveria ser de que todo homem viva um processo de liberdade e de liberação, interligados e intraligados a partir de uma realidade pessoal, não delegável, e que tivesse como princípio básico um valor único e inalienável na direção de uma caminhada de valorização do transcendental, se obrigando a uma re-leitura radical da relação homem-mundo. Isto implica que todas as pessoas possam experienciar, harmoniosa e respeitosamente, sua própria subjetividade e sentido, na busca de uma identidade pessoal através de um encontro marcado por um profundo contato de busca do sentido de sua própria historicidade humana, de ser do mundo e da fuga efetiva e permanente de uma categorização de juízos morais que, na prática, as destroem e as fazem submissas a premissas perversas de domínio de uns poucos sobre muitos.

Nós somos totalidades vivas e portadoras de significado e vida. Isto implica em que todos nós estejamos engajados na busca de uma autêntica felicidade, na re-descoberta de nosso corpo e de suas potencialidades, na aceitação tranqüila e transformadora dos mistérios que nos envolvem e, ao mesmo tempo, nos permitindo que possamos nos encontrar com nossa própria magia e beleza. Na verdade, todos nós somos uma obra de arte a ser contemplada com o mais genuíno interesse, somos uma sinfonia, cujas notas permitem que todos possamos nos deleitar com nossos acordes existenciais.

Ninguém é melhor do que o outro, somos apenas diferentes uns dos outros e é pelas nossas diferenças que temos que ser admirados. São nossas diferenças que tornam possível à humanidade caminhar e encontrar seu destino.

Só a duras penas, o mundo começa a perceber sua verdadeira dimensão espiritual, porque nossa materialidade, tão consciente e inconscientemente decantada, transformou o mundo num palco de infinitas luzes, mas não trouxe para o homem o caminho da verdadeira e autêntica felicidade. Parece que quanto mais se abrem os horizontes da tecnologia e do progresso mais perdidos parecemos estar, porque com tantas luzes não conseguimos descobrir o caminho de volta a casa, ao nosso corpo-pessoa-gente-irmãos uns dos outros.

Quero concluir, mas sem poder concluir, porque o caminho para a descoberta do outro é infindável. Concluir significa que o caminho terminou. A linha da vida não termina nem com a morte, porque a morte

não é o oposto da vida, ela é, apenas, o outro lado desconhecido da moeda, sempre girando sobre si mesmo, expondo-nos a um outro nível de funcionamento. De fato, todos os dias morrem coisas em nós, bem como nascem ou renascem. Se observarmos uma moeda, seus lados são separados por um milímetro de espessura. Assim, morte e vida têm entre eles um milímetro de espessura, o que torna a vida e a morte fascinantes, porque tão proximamente interligadas e tão distantes e negadas no imaginário de cada um de nós.

Mas retornemos, por mais um pouco, às questões da vida, na sua exuberância de possibilidades, probabilidades e acontecimentos reais.

Quero terminar com cinco mágicas palavras, que nos descortinam cinco horizontes, convocando-nos para o espetáculo da vida e do viver, permitindo-nos olhar e definir a pessoa humana a partir de alguns de seus específicos modos de ser e de estar no mundo em relação.

Imanência, do verbo latino “manere” que significa permanecer. É o atributo que me garante minha singularidade e individualidade. Aqui-agora sou e estou eu. Tudo que é meu é meu, neste preciso momento e neste preciso campo. Ser de infinitas possibilidades, permaneço eu, mudando todos os dias. Sou inconfundível, ninguém me repete. Sou substancialmente eu, sempre. Isto me faz saber onde estou, de raízes fincadas no universo, permitindo a expansão de minha copa ao infinito. Permaneço eternamente eu. Apesar de minhas mudanças, jamais serei outro que não eu. Existencialmente, este atributo me permite a esperança de poder crescer, sem medo, sem perder o meu próprio ser, por isso imanência é um tributo à presença ontológica de cada ser neste mundo de infinitas ausências existenciais.

Impermanência, um tributo à mudança. Tudo muda. Uma das poucas leis cósmicas, responsável pela evolução de todos os seres, é que tudo muda, tudo está em movimento. Mudamos o universo, o universo nos muda. Nada fica para sempre no mesmo lugar. Estamos falando de lugares (*locus*) físicos, mentais, comportamentais, espirituais. Valores, tradições, culturas, nossa saúde estão em permanente mudança, produzindo uma equalização dentro de cada ser, de tal modo que ele possa prosseguir no seu processo evolutivo à procura de novas formas e funções. Nada nos garante que estaremos vivos daqui a uma hora, que teremos tempo

de realizar nossos sonhos, que colheremos os frutos das ações plantadas. A vivência radical deste tributo desperta em nós um profundo sentido de ética, que é a essência do humanismo, desperta em nós a necessidade do cuidado e da prudência pelos nossos gestos, sobretudo aqueles mais ocultos, nos garante um sentido de eternidade, porque, num processo de eterna mudança, qualquer de nossos gestos tem garantia de uma transcendental permanência.

Interdependência um atributo de nossa mais evidente condição humana. Tudo depende de tudo, está ligado a tudo, nada é cosmologicamente isolado, não somos ilha, somos península, cercada de todos os lados de pessoas, coisas, exceto naquele ponto que faz as coisas acontecerem. Somos necessariamente seres de relação, somos sociais por natureza, e isolados, egoístas por educação, somos ontologicamente livres, porque estar vivo é estar em movimento, e porque sem liberdade estaríamos fixados no presente. Viemos, no entanto, do passado e nos programamos para o futuro, porque somos movimento, que, como uma flecha, um dardo procura sempre seu ponto de aplicação e de chegada. Porque não estamos sozinhos, somos seres de infinitas possibilidades e são o encontro de nossas infinitas possibilidades, bem como a de todos os seres do universo que o faz possível e factível de evoluir. Pensar existencialmente a interdependência desperta em todas as pessoas normais um sentimento de proteção, de que se é ajudado permanentemente pela radicalidade do processo de interdependência a que estão sujeitos todas as coisas. Dando um passo além, a interdependência cria uma cumplicidade que faz do processo necessário de sermos interdependentes a vivência respeitosa da liberdade de todos os seres para ser, de fato, eu e o outro o outro.

Transparência – Não é um atributo, é uma conquista. A água barrenta dos rios, depois da chuva, recupera sua transparência, quando decantada por seu próprio movimento de limpeza. Aí está nossa dificuldade: de nos filtrarmos existencialmente através de um profundo e honesto movimento da ética, da sinceridade, da dor, do sofrimento, do amor, dado que estamos permanentemente sujeitos, expostos às correntes negativas do mal que nos cerca. Ser transparente para si mesmo, em primeiro lugar, é lavar-se de toda sujeita, se ensaboar da espuma branca e suave do respeito pelo outro, ser alguém de bem no silêncio de sua vida, promover a justiça, a paz a partir de uma experiência de

mundo, única e pessoal, tirar a venda dos olhos para enxergar diretamente a realidade do outro, não sujar as mãos com a iniquidade acobertada pela posição social ou por qualquer outro poder, e sentir-se responsável por pertencer a este universo que nos acolhe tão maternalmente. A transparência é, portanto, um tributo à luz que, colocada em cima da mesa de nossa existência, ilumina a todos que dela se abeiram.

Transcendência – Transcender é um delicado e silencioso convite que o universo nos faz a todo instante. Sua salvação está na nossa capacidade de transcender, de ressignificar nossos gestos de tal modo que nossa prática normal seja guiada por um apelo a que deixemos nossas possibilidades de ser se transformarem em um ato contínuo de amar. A transcendência é função do grau de contato de nossa capacidade de nos relacionar com a rotina, ressignificando-a. Transcender é olhar, de maneira diferente, uma coisa que sempre vimos de um determinado modo e descobrir nela uma beleza e possibilidades diferentes do que sempre enxergamos. Transcender é descobrir e se encantar com todas as possibilidades ocultas presentes em todos os seres. É um ato de re-criar a própria essência do objeto contemplado. Transcender não é ser especial, mas descobrir o especial próprio de cada ser. Todas as coisas são especiais ou se tornam especiais, quando as olhamos ou as contemplamos de uma maneira especial. Nós transcendemos através das coisas e elas através de nós. Transcender nada mais é que descobrir as mil belezas que moram nas mais simples coisas: no nascer do sol, na beleza de uma noite estrelada, no perfume de uma flor, numa lágrima de uma mulher sofredora, no sorriso ou na lágrima de uma criança. Transcender é olhar todas as coisas com todo o respeito que elas merecem. Quem é incapaz de se encantar consigo mesmo é incapaz de transcender, porque, se não sou cúmplice de minha própria beleza, não conseguirei ver o que falta no outro. Não se transcende a partir da abundância, mas da carência, da falta que, por mais perfeito que algo seja, nunca esgota suas possibilidades de se deixar conhecer. Transcender é eminentemente um ato de contato relacional. Transcender é um tributo ao mistério escondido em todos os seres, e que só se desvela quando olhado com amor.

Refletir sobre o conceito de pessoa nos remete ao mais íntimo de nós mesmos, porque, de fato, somos um campo interminável de investigação e quanto mais me adentro nesta pesquisa mais longe pareço estar do

ponto de chegada, até porque nem sempre um ponto de partida é, de fato, o ponto de partida. Assim, se não temos certeza do ponto de partida e o ponto de chegada não nos é garantido, resta-nos peregrinar neste meio caminho e neste caminho do meio, na esperança de que, pesquisando sobre o conceito de pessoa, terminemos por encontrar um pouco mais de nós mesmos e nos fascinem com este pouco. É fascinante refletir sobre o conceito de pessoa, mais fascinante ainda é sentir-se pessoa e muito mais fascinante ainda é olhar o outro e reconhecê-lo pessoa-como-nós.

Referências bibliográficas

BUBER, M. *Eu e Tu*. São Paulo: Centauro Editora, 1974/2001.

HYCNER, R. *De Pessoa para Pessoa. Psicoterapia Dialógica*. São Paulo: Summus Editorial, 1991/1995.

RIBEIRO, J. P. *Do Self e da Ipseidade*. São Paulo: Summus Editorial, 2005.

RIBEIRO, J. P. *Ruidos: Contato, luz, liberdade. Um jeito gestáltico de falar do espaço e do tempo vividos*. São Paulo: Summus Editorial, 2006.

Inteligência do art. 84, VI, a, da Constituição Federal

Constitucionalidade do Decreto 4.829/2003

Funções do comitê gestor da internet no Brasil

Legalidade de sua criação e atuação

Parecer

Ives Gandra da Silva Martins*

Consulta

Formula-me, o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br-NIC.br, organização não governamental, por intermédio de sua eminente advogada Kelli Angelini, algumas questões precedidas das seguintes considerações:

A internet teve origem em um sistema criado na década de 60, pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, o Advanced Research Projects Agency Network (ARPANet), cujo objetivo era conectar diversos centros de pesquisa militar. Os métodos desenvolvidos pela ARPANet permitiam que diferentes computadores se intercomunicassem, transmitindo diferentes informações e documentos. Estes métodos incluíam um protocolo de funcionamento, denominado Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP).

Na década de 80, a National Science Foundation (NSF), entidade norte-americana de incentivo ao desenvolvimento científico, utilizando a tecnologia da ARPANet, expandiu o funcionamento destes métodos de comunicação para a área acadêmica e científica, criando uma verdadeira rede de computadores entre universidades, agências governamentais e instituições de pesquisa. A NSF subsidiou e coordenou uma rede denominada NSFNet, um dos embriões da internet que existe hoje no mundo.

A National Science Foundation – NSF, em 1987, passou a ser responsável pelo registro na raiz do DNS (Domain Name Systems) dos TLDs (Top Level Domains) .com, .org, .net, e .edu. Mais tarde, essa responsabilidade foi transferida para a Network Solutions, Inc., empresa que também havia sido criada dentro da NSF.

Assim, a infra-estrutura de registros de nomes de domínio e atribuição de IP no mundo foi sendo criada de maneira bastante informal. No ini-

cio, a organização não-governamental denominada Internet Assigned Numbers Authority (“IANA”), grupo liderado pelo cientista Jon Postel, era o responsável pela administração da atribuição de TLDs no mundo todo.

Como parte das funções administrativas associadas ao gerenciamento da raiz do sistema de nomes de domínio, a Internet Assigned Numbers Authority (IANA – Autoridade para Atribuição de Números na Internet), é responsável pelo recebimento de pedidos de delegação de domínios de alto nível, investigando as circunstâncias que envolvem estes pedidos e apresentando relatórios sobre os mesmos.

Criaram-se, então, os ccTLDs de duas letras, conforme tabela ISO 3166 correspondente ao código de países (ccTLD – Country Code Top-Level Domain). Como exemplo: “.ar”-Argentina, “.br”-Brasil, “.bg”-Bulgária, “.cn”-China, “.es”-Espanha, “.fr”-França, “.mx”-México, dentre outros (<http://www.iana.org/root-whois/index.html>).

A IANA se baseia no padrão ISO 3166-1 para definir os códigos de duas letras que podem ser usados para domínios de primeiro nível com códigos de países (ccTLDs). A IANA encarrega operadores de ccTLDs com base em sua capacidade de atender os critérios de delegação, entre os quais estão a capacidade de comprovar apoio local e o cumprimento dos requisitos de competência técnica.

Cada ccTLD foi ao longo do tempo sendo repassado pelo IANA a quem o solicitava, sem que, necessariamente, houvesse qualquer vínculo com o governo de cada um dos países correspondentes, posto ser tal fenômeno, desde seu surgimento, desvinculado de questões governamentais ou políticas.

As atividades de gerenciamento da atribuição de endereços IP e registro de nomes de domínio foram sendo delegadas pela IANA, quase que em sua totalidade, a entidades pertencentes à área acadêmica ou à iniciativa privada, na sua maioria, organizações não governamentais sem fins lucrativos.

* Professor emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi titular de Direito Constitucional.

No Brasil, em 1989 o ccTLD “.br” foi solicitado pelo Prof. Demi Getschko, ligado ao grupo de cientistas que utilizavam a estrutura física da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, denominado “Grupo Operador da Internet”, e entregue aos cuidados, inicialmente, ao Prof. Oscar Sala, responsável por este Grupo e, em seguida, transferido ao Prof. Demi Getschko.

A partir de 1990, a internet entrou em fase tão expansiva que logo ultrapassou o âmbito acadêmico, tornando-se popular a tal ponto que se espalhou pelo mundo. Àquela época, surgiu a World Wide Web (em português, literalmente, “teia (rede) mundial”) um acervo universal de páginas ou sites que fornecem aos seus visitantes informações de um gigantesco banco de dados multimídia, que pode ser acessado graças ao protocolo TCP/IP, que é a linguagem universal de comunicação através da rede.

O interesse público, pela internet, foi ganhando proporções tão grandes, a ponto de o governo brasileiro se convencer da necessidade de acompanhar algumas das atividades que estivessem ligadas à rede mundial, mais especificamente relacionadas às telecomunicações, informática e outras matérias acessórias.

Diante disso e do reconhecimento da entrega do ccTLD “.br” pelo IANA ao Prof. Demi Getschko do “Grupo Operador da Internet”, o Ministério das Comunicações em conjunto com o Ministério da Ciência e Tecnologia com o aval do “Grupo Operador da Internet” decidiram unir representantes de áreas ligadas à internet e aos Ministérios para formar uma composição de membros com o objetivo de acompanhar o provimento de serviços, estabelecer recomendações, emitir pareceres, coletar, disseminar e organizar as informações sobre algumas atividades relacionadas com a internet no Brasil.

Assim, em 1995, através da Portaria Interministerial 147/1995, do Ministério das Comunicações – MC e do Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT, no uso das atribuições que lhes conferem o art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal, formaram o Comitê Gestor da Internet no Brasil, com as seguintes atribuições:

“Art. 1º Criar o Comitê Gestor Internet do Brasil, que terá como atribuições:

I – acompanhar a disponibilização de serviços internet no país;

II – estabelecer recomendações relativas a: estratégia de implantação e interconexão de redes, análise e seleção de opções tecnológicas e papéis funcionais de empresas, instituições de educação, pesquisa e desenvolvimento (IEPD);

III – emitir parecer sobre a aplicabilidade de tarifa especial de telecomunicações nos circuitos por linha dedicada, solicitados por IEPDs qualificados;

IV – recomendar padrões, procedimentos técnicos e operacionais e código de ética de uso, para todos os serviços de internet no Brasil;

V – coordenar a atribuição de endereços IP (Internei Protocol) e o registro de nomes de domínios;

VI – recomendar procedimentos operacionais de gerência de redes;

VII – coletar, organizar e disseminar informações sobre o serviço Internet no Brasil; e

VIII – deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas.”

Sua composição foi delineada no art. 2º da Portaria Interministerial 147/1995 da seguinte forma:

“Art. 2º O Comitê Gestor será composto pelos seguintes membros, indicados conjuntamente pelo Ministério das Comunicações e Ministério da Ciência e Tecnologia:

I – um representante do Ministério da Ciência e Tecnologia, que o coordenará;

II – um representante do Ministério das Comunicações;

III – um representante do Sistema Telebrás;

IV – um representante do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq;

V – um representante da Rede Nacional de Pesquisa;

VI – um representante da comunidade acadêmica;

VII – um representante de provedores de serviços;

VIII – um representante da comunidade empresarial; e

IX – um representante da comunidade de usuários do serviço Internet.”

Tão logo iniciada a vigência dessa Portaria, foi requerido perante a IANA a transferência desse ccTLD para o Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Seguindo a ordem cronológica, em outubro de 1998, a internet já havia tomado proporções até então inimagináveis e foi então que surgiu uma organização neutra, patrocinada pela comunidade internet e empresarial, denominada Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). O ICANN é uma entidade de direito

privado sem fins lucrativos, organizada e existente sob as leis do Estado da Califórnia mais especificamente, a “Nonprofit Public Benefit Corporation Law”. E formada pela união entre as comunidades empresarial técnica, e acadêmica, e de usuários da internet.

O ICANN é reconhecido não apenas pelos Estados Unidos da América, mas também por governos de todo o mundo como a entidade de consenso global que coordena os ccTLDs. A administração técnica do sistema de nomes de domínio na internet, a distribuição de espaço para endereços IP, a indicação de parâmetros de regras a serem seguidos, a gerência do sistema do servidor-raiz, bem como a coordenação da atribuição de números IP, tudo isso é coordenado pelo ICANN.

A forte característica do ICANN está em que ele funciona como uma sociedade de natureza privada, internacional, transparente e baseada no consenso adquirido através da participação de representantes das diversas comunidades mundiais ligadas à internet, inclusive a brasileira. Possui um conselho diretivo internacional composto de 15 membros, dentre os quais há representantes de todos os continentes.

No Brasil, após a formação do Comitê Gestor da Internet no Brasil e no início da realização das atividades de registro de nomes de domínio no Brasil sob o ccTLD “.br”, a FAPESP foi escolhida para colaborar nessa execução. E, em 1998, para realizar o registro de nomes de domínio e a distribuição de endereços IPs no Brasil, o Comitê Gestor da Internet no Brasil delegou expressamente à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP atribuições para execução dessas atividades, através da Resolução 002/1998.

Diante do crescimento inmensurável da internet no Brasil, a Portaria Interministerial 147/1995 foi ratificada e alterada pelo Decreto Presidencial 4.829, de 03/09/2003, mais uma vez em plena harmonia com o art. 84, II e VI, alínea a, da Constituição Federal, com as seguintes atribuições ao CGI.br:

“Art. 1º Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, que terá as seguintes atribuições:

I – estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da internet no Brasil;

II – estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (ccTLD - country code Top Level Domain),

“.br”, no interesse do desenvolvimento da internet no País;

III – propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionados à internet, que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso, bem como estimular a sua disseminação em todo o território nacional, buscando oportunidades constantes de agregação de valor aos bens e serviços a ela vinculados;

IV – promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade;

V – articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à internet;

VI – ser representado nos fóruns técnicos nacionais e internacionais relativos à internet;

VII – adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

VIII – deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas, relativamente aos serviços de internet no País; e

IX – aprovar o seu regimento interno.”

A composição do Comitê Gestor da internet no Brasil também foi alterada pelo Decreto 4.829/2003, visando a participação de membros da sociedade civil neste Comitê:

“Art. 2º O CGI.br será integrado pelos seguintes membros titulares e pelos respectivos suplentes:

I – um representante de cada órgão e entidade a seguir indicados:

- a) Ministério da Ciência e Tecnologia, que o coordenará;
- b) Casa Civil da Presidência da República;
- e) Ministério das Comunicações;
- d) Ministério da Defesa;
- e) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;
- f) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- g) Agência Nacional de Telecomunicações; e
- h) Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

II – um representante do Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia;

III – um representante de notório saber em assuntos de internet;

IV – quatro representantes do setor empresarial;

V – quatro representantes do terceiro setor; e

VI – três representantes da comunidade científica e tecnológica.

Art. 3º O Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia será representado por um membro titular e um suplente, a serem indicados por sua diretoria, com mandato de três anos, permitida a recondução.

Art. 40 O Ministério da Ciência e Tecnologia indicará o representante de notório saber em assuntos da internet de que trata o inciso III do art. 2º, com mandato de três anos, permitida a recondução e vedada a indicação de suplente.

Art. 50 O setor empresarial será representado pelos seguintes segmentos:

I – provedores de acesso e conteúdo da internet;

II – provedores de infra-estrutura de telecomunicações;

III – indústria de bens de informática, de bens de telecomunicações e de software; e

IV – setor empresarial usuário.”

Muito embora o tempo de sua duração o desdisse, ao assumir o compromisso do exercício das atividades de registro e manutenção de nomes de domínio, bem como distribuição de endereços IPs, a FAPESP deveria fazê-lo em caráter transitório.

Assim é que, sensível a tudo o que dispõe o Decreto 4.829/2003, o Comitê Gestor passou a se valer, em substituição à FAPESP, do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br, associação sem fins lucrativos, para cumprir algumas das atribuições que lhe conferiu a Portaria Interministerial MC/MCT 147/1995, confirmadas e alargadas pelo Decreto 4.829, de 03/09/2003, editando a Resolução 1/2005”.

Em face do exposto, formulam-se as seguintes questões:

“a) Em que consiste a competência privativa do Presidente da República disposta no art. 84, II e VI, a, da Constituição Federal?

b) Pode o chefe do Poder Executivo, utilizando-se das prerrogativas que lhe dá o art. 84, IV e VI,

a, da Constituição Federal, editar Decretos como o de número 4.829, de 03/09/2003?

c) O Decreto 4.829/2003 que dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br sobre o modelo de governança da internet no Brasil é revestido de legalidade?

d) Pode o Comitê Gestor da Internet no Brasil no uso das atribuições conferidas pelo Decreto 4.829/2003, estabelecer diretrizes para o registro e manutenção de nomes de domínios sob o “.br”, precisamente através da edição das Resoluções 1/1998 e seus Anexos I e II, 2/1998, 1/2005, 2/2005 e 1/2006?

e) Tem o Comitê Gestor da Internet no Brasil capacidade para estar em juízo representado por seu Coordenador, conforme o art. 2º, I, a, do Decreto 4.829/2003?”

Resposta

A Emenda Constitucional 32/2001, que alterou as competências privativas do Presidente da República no que diz respeito a seu poder normativo e aquele de iniciativa para a produção de leis, como de organização e funcionamento da administração pública federal, merece ainda reflexão dos estudiosos, por ter conformado reduções e alargamentos nas funções presidenciais, em seu poder privativo ou exclusivo de editar normas¹.

Hospedando a inteligência de Fernanda Menezes, que não distingue entre competências privativas e exclusivas, no texto constitucional brasileiro, por

¹ A principal alteração ocorreu na edição de medidas provisórias que Celso Bastos comenta: Emenda sob comento modificou diversos dispositivos constitucionais, a exemplo do que fez a EC 19/1998 e 20/1998. Entre todas as modificações levadas a efeito por esta emenda há que se dar um especial destaque ao art. 62, que cuida das medidas provisórias. O seu escopo não foi outro senão o de disciplinar, de forma pormenorizada, o processo legislativo de tais medidas.

Esta espécie normativa acabou tornando-se extremamente polêmica tendo em vista o número excessivo de edições e reedições que vinham sendo levadas a efeito pelo Presidente da República.

Foi com este espírito, qual seja, de conter o abuso na edição deste ato normativo que se promulgou a emenda sob comento. A grande alteração introduzida por esta Emenda se deu no art. 62, que agora passa a conter doze parágrafos. Na redação original, além do caput, só havia a previsão de um parágrafo. Toda a modificação feita pela Emenda em relação aos demais preceitos da Constituição é no sentido de adequá-los à nova redação dada ao art. 62 e seus parágrafos” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 9º v., Ed. Saraiva, 2002, p. 706/7).

entendê-las equivalentes nas funções que as integram, considero que a Emenda 32/2001 objetivou, efetivamente, regular o poder normativo presidencial, de um lado, restringindo-o, no que diz respeito ao exercício da força legiferante própria das Casas do Congresso Nacional, e, de outro lado, abrir espaço maior ao poder regulador, inclusive com maior discricionariedade, e, inclusive, atribuir-lhe indiscutível competência de editar normas, no que diz respeito à administração pública federal, desde que não violentando a rigidez orçamentária dos arts. 165 a 169 da Lei Maior e desde que tal poder normativo não implique aumento de despesas ou criação ou extinção de funções ou órgãos públicos².

De outro lado, o poder amplo do Chefe do Executivo de veicular medidas provisórias, que podiam ser renovadas indefinidamente e incidir sobre quaisquer matérias, foi, indiscutivelmente, reduzido com a extensa regulamentação dos 12 parágrafos, que substituíram o parágrafo único da redação original do art. 62³.

Seu poder de editar decretos, todavia, para organização e funcionamento da administração federal foi alargado, com o exclusivo balizamento de não implicar o surgimento de despesas adicionais — de resto limitadas pelos arts. 167 e 169 da Lei Suprema — nem criação de novos cargos ou funções, para o que já possui a iniciativa de lei pertinente, cuja aprovação continuou, entretanto, da competência do Congresso Nacional.

² Fernanda Menezes, “Competências na Constituição de 1988”, Ed. Atlas, 1991.

³ O problema maior continua, todavia, no que diz respeito aos conceitos de urgência e relevância. Oscar Corrêa esclarece: “É óbvio que, antes de mais, cabe examinar se é caso de relevância e urgência, pressuposto do cabimento da medida. Da mesma maneira que o Presidente da República pode considerá-la necessária e urgente, discute-se se pode o Congresso recusá-lo ou se essa decisão se inclui na discricionariedade do Executivo.

A nós parece que o conceito de relevância é mais difícil de aferir e ficará certa margem de discricionariedade ao Executivo para avaliá-la devendo o Congresso agir, na hipótese, com largueza de vistas. E que a avaliação do Executivo nem sempre pode ser aferida pelos outros poderes.

Quanto à urgência, porém, em alguns casos, pelo menos, é perfeitamente avaliável: como se o Executivo enviasse medida provisória sobre a matéria que deve ser regulada muito tempo depois, evidenciando a inexistência da urgência.

De qualquer modo, como tem o Congresso o poder de analisar a medida no mérito, se este se apresenta conveniente e próprio, não haverá por recusar-lhe preliminarmente o exame. Tanto mais quanto, na lei de conversão, a ação do Congresso não sofre nenhum obstáculo ou limite” (A Constituição de 1988 – Contribuição crítica, Forense Universitária, 1991, p. 131).

A questão crucial do alargamento da competência administrativa para organizar e regular o funcionamento da administração federal deriva do art. 84, VI, a, do Texto Maior, quando se substituiu a redação original:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI. dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”...”⁴;

por outra, em que a expressão “na forma da lei” desapareceu:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional 32, de 2001).

A comparação entre os dois textos merece algumas observações.

A primeira delas é que o texto original não se refere a “decreto”.

A expressão “decreto” aparece no inciso IV, que não foi alterado, com a seguinte dicção:

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

⁴ Pinto Ferreira, ao comentar as disposições anteriores, declarou: “Pinto Ferreira leciona: “Cabe privativamente ao Presidente da República dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei. A Constituição anterior (art. 81, V) era mais ampla, pois preceituava ser competência do Presidente da República ‘dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal’. Atualmente ele age ou dispõe na forma da lei. Não pode atuar de modo arbitrário.

É o poder regulamentar, como regra de competência, de índole constitucional, permitindo ao Presidente da República as atribuições normativas, legitimando-o a editar os regulamentos de organização e funcionamento, no plano da administração.

Tal competência normativa não é plena, pois em função de dois princípios constitucionais, o da separação dos poderes e o da reserva de lei, tem um campo vedado de atuação” (Comentários à Constituição brasileira, Saraiva, 1992, v. 3, p. 554-5).

Assim como em outros dispositivos, quando se fala em poder de decretar o estado de defesa, o estado de sítio, na intervenção federal, além das hipóteses de guerra ou mobilização nacional, constante dos incisos IX, X, XI e XIX ⁵.

O inciso VI, que permitia ao presidente dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal, estava absolutamente condicionado aos termos da lei, que, à evidência, permitia o exercício do poder discricionário próprio da Administração Pública, condicionado aos limites das disposições legislativas ⁶.

O novo texto, ao contrário, retirou a expressão “nos termos da lei” e admitiu que, “por decreto”, o presidente edite normas de administração e funcionamento da administração federal, podendo mesmo extinguir cargos, antes exclusivamente possível mediante lei. Impôs, todavia, duas condições, a saber: as medidas decretadas de extinção de funções ou cargos, quando vagos não podem redundar em aumento de despesa, ou seja, não podem produzir impactos orçamentários ⁷, nem

podem dizer respeito à criação ou extinção de órgãos públicos.

Na 3ª edição dos *Comentários à Constituição do Brasil* que elaborei com Celso Bastos, vol. 4, tomo II, escrevi, completando o que já constava nas edições anteriores, que:

Sendo a organização fundamental para o bom exercício da função presidencial, visto que, se não houver, poderá o País estar perdendo recursos, com desperdícios decorrentes, houve por bem o constituinte elevá-la a princípio constitucional na hipótese.

O funcionamento é decorrencial da organização. Se bem organizada a máquina administrativa, é quase certo que agirão corretamente as pessoas encarregadas de administrar. Se não, o funcionamento da máquina será precário, quando não ensejando favorecimentos, concussão, corrupção ativa e passiva.

Tanto a organização quanto o funcionamento devem ter, pois, suas disposições definidas pelo Presidente da República, muito embora o funcionamento seja insito à organização.

Com a redação que lhe atribui a Emenda 32/2001, foi dividido em duas alíneas, com o *caput* do inciso não mais exigindo lei, e sim apenas decreto.

Aumentou-se, desta forma, o poder presidencial para alteração de cargos e funções na Administração Pública, sem necessidade de lei, vindo suas forças diretamente da Constituição. As alíneas

⁵ Tais incisos têm a seguinte dicção: “IX – decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X – decretar e executar a intervenção federal;

XI – remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

(...)

XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

⁶ Maria Helena Diniz lembra que: “Discricionariedade Administrativa. Direito Administrativo. Poder do agente público de agir ou não agir, de avaliar ou de decidir atos de sua competência, dentro dos limites legais, segundo critérios de oportunidade em conveniência para a consecução do interesse público. É, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador para que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal” (Dicionário Jurídico, v. 2, Ed. Saraiva, 1998, p. 190).

⁷ Pinto Ferreira esclarece: “Distinguem-se usualmente os seguintes tipos de decretos: normativo e geral, podendo ser também específico e individual.

Deve-se, porém, salientar de antemão que na ordem escalonada do decreto, *Stufenbaun des Rechtsordnung*, como escreve Hans Kelsen, o decreto tem uma hierarquia inferior à lei. O decreto é um ato administrativo, inferior em categoria à lei, não podendo ir de encontro nem infringir a norma legal, que lhe é validamente superior.

Contudo o decreto geral (= normativo) possui a mesma normatividade da lei, mas não pode ir além da faixa da competência regulamentar atribuída ao Executivo.

O decreto geral pode ser de duas categorias: o decreto independente ou autônomo e o decreto regulamentar ou de execução.

O decreto independente ou autônomo é que determina preceitos ainda não regulados especificamente pela lei. Admite-se normalmente a possibilidade de tais provimentos administrativos *praeter legem*, desde que não se relacionem com as matérias que devem ser somente reguladas pela lei, para suprir as omissões da legislação. Os decretos independentes ou autônomos suprem momentaneamente a inexistência da lei, no que o ato do Executivo possa prover, mas não a substituem, ficando superados com a sua edição. O decreto independente ou autônomo não deve invadir as reservas da lei” (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 22, ed. Saraiva, 1977, p. 496/7). Escreveu Pinto Ferreira antes da Constituição de 88, sendo, portanto, sua definição de “direito autônomo e independente” de menor espectro que o permitido pela nova Lei Suprema.

estalam, todavia, o que o Presidente pode mudar e como mudar (grifos não constantes do original) ⁸.

Realmente, não se pode dizer, como, aliás, realcei nos comentários, que o Presidente da República possa decretar algo em conflito com lei pré-existente, desde que promulgada com a participação do Congresso, no exercício de sua função de adequar a iniciativa presidencial do art. 61 à Constituição. Em não havendo conflito e não alterando disposições legislativas editadas em conformidade com a Lei Maior, entretanto, houve, à evidência, inequívoco alargamento do poder de administrar. Passou, o 1º mandatário da nação, a possuir o poder de organizar e promover o funcionamento da máquina administrativa mediante outorga direta do próprio constituinte.

A segunda consideração a ser desenvolvida é a que diz respeito ao aumento de despesa.

Nitidamente, o ato de administrar implica o de alocar recursos, vale dizer, pode-se, perfeitamente, com reestruturações administrativas, emprestar-se maior eficiência à máquina estatal, sem dispender qualquer recurso adicional aos orçados, até por que permitido pelas próprias leis vinculadas ao orçamento (LDO, PPA e LO) ou pela lei orçamentária (LO), em face de sua tríplice vertente (fiscal, previdenciária e das estatais).

Ora, a limitação ao poder de decretar, imposta pelo constituinte, é de natureza exclusivamente orçamentária. Não havendo impacto orçamentário, decorrente de aumento de despesa, pode o presidente, por decreto, administrar com poderes maiores que os outorgados pelo constituinte originário ⁹.

⁸ *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 4, tomo II, Ed. Saraiva, p. 289/90.

⁹ Escrevi sobre o inciso II do art. 167 da CF que: “Entre as vedações à realização de despesas, encontram-se aquelas não previstas ou que excedam os créditos orçamentários rotineiros e seus adicionais.

A vedação estende-se, mais do que à aprovação da lei orçamentária, à própria execução do orçamento, posto que tal proibição atinge despesas ou a assunção de obrigações diretas sem previsão na lei de meios.

De início, o dispositivo distingue os gastos efetuados de outros que extravasam a assunção de obrigações sem dispêndios imediatos. Estas últimas dizem respeito à hospedagem apenas de obrigações diretas, posto que as indiretas, em que o Erário é responsável, por decorrência, tais como obrigações assumidas por suas empresas, que concorrem com o setor privado em igualdade de condições — que, por exemplo, podem ser condenadas judicialmente sem

O terceiro aspecto a ser examinado é o de que a impossibilidade de criação ou extinção diz respeito, apenas, a *órgãos públicos* e não a participação em organizações de cunho não estatal, ainda que criadas pelo governo.

Tanto é assim que os atos de gestão administrativa, *definidos por decreto*, estão vinculados a órgãos e despesas passíveis de exame pelo Tribunal de Contas, conforme determina o art. 70 da Lei Suprema ¹⁰.

Mesmo instituições públicas *sui generis*, como é a OAB, que não recebe qualquer recurso público, não pode ser considerada como integrante da Administração Pública, nem subordinada ao Tribunal de Contas, como já decidiu o próprio TCU, ao excluí-la de sua fiscalização ¹¹.

que haja previsão orçamentária —, tais obrigações assumidas não estão vedadas.

Entendo eu que, à luz da teoria do orçamento global, também deveriam estar elencadas, embora reconheça que as empresas estatais constitucionalmente devam ter tratamento idêntico, em tudo, às empresas privadas. Os compromissos assumidos necessitam ser atendidos, em nível de direito privado, sendo a responsabilidade civil do Estado acréscimo de garantia à sociedade ofertada pela Lei Maior.

Coloca-se, pois, o conflito entre a responsabilidade da gestão do patrimônio público e a necessidade de igualdade nas relações empresariais, em que os terceiros de boa-fé devem ser ressarcidos nos compromissos assumidos, independentemente de se conhecer a existência ou não de verbas capazes de atendê-los.

Tenha sido, talvez, esta a orientação do constituinte em vedar a assunção tão-somente de obrigações diretas.

A interdição, na execução orçamentária, diz respeito à Administração, que não pode gerar despesas, sob pena de responsabilização funcional em face da obrigatoriedade dos administradores públicos em respeitar as diretrizes orçamentárias e a própria lei de meios” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º v., tomo II, Ed. Saraiva, 2001, p. 366/8).

¹⁰ O art. 70 tem a seguinte redação: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (grifos meus) (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)”. Somente pessoas físicas ou jurídicas que tenham recebido recursos da União estariam sujeitas a prestar contas ao TCU”.

¹¹ Escrevi no parecer que redigi para a OAB: “Ora, se a OAB estivesse subordinada ao Tribunal de Contas da União — que, constitucionalmente, não tem poderes para fiscalizar entidades que não recebem subsídios, subvenções, recursos ou contribuições

Com muito mais razão, órgãos, criados pela Administração Pública, mas que não recebem recursos públicos, não se revestem da característica de “órgãos públicos”.

Ao colaborar com o setor privado, para a formação de um órgão híbrido destinado a praticar atos de gestão de atividade de interesse público, sem oneração da máquina burocrática, pode o Presidente da República, valer-se do decreto.

Aspecto decorrencial diz respeito à extinção dos cargos vagos, única hipótese que a competência do Presidente da República de apenas propor legislação para criação e extinção de órgãos com funções públicas, não depende mais de lei, mas fica no seu poder de administrar permitido pela Lei Maior¹².

Uma penúltima e breve consideração diz respeito às resoluções. Se o Presidente da República pode, por decreto, atuar nos limites definidos pelo inciso VI do art. 84 da Constituição Federal, com muito mais razão pode explicitar, por resoluções, as disposições integrantes de ato normativo maior, visto que “quem pode o mais, pode o menos”, aforismo cuja simplicidade enunciativa vem de priscas eras para os intérpretes do Direito.

A última consideração a ser feita concerne ao inciso IV do art. 84, a fim de compará-lo com o inciso VI, que descreve as atividades do Chefe do Executivo da forma seguinte:

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Nele, o poder de decretar do presidente é condicionado ao poder de legislar do Congresso Nacional ou da delegação constitucional da função legislativa, prevista nos arts. 62 e 69.

Trata-se de função exclusivamente explicitadora¹³.

Já no inciso VI, o poder de decretar não tem mais a expressão “nos termos da lei”, de tal forma que o ato emanado com base nele não objetiva explicitar legislação, mas instrumentalizar o governo.

A própria retirada da expressão “nos termos da lei” objetiva diferenciar o decreto explicitador daquele instituidor de regras de organização e funcionamento ou de extinção de cargos e funções vagos.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, na vigência da EC 1/1969, que, quando se dá a alteração de disposição constitucional, resta inequívoca a intenção do constituinte de abandonar a conformação jurídica anterior. Na interpretação da legislação infraconstitucional, costuma-se dizer que a lei é mais inteligente que o legislador, porque o intérprete louva-se no sistema constitucional vigente, que constitui seu “antecedente imediato”. Já no campo do Direito Constitucional, a Constituição não é mais inteligente que o constituinte, pois seu “antecedente imediato”, não é, como na lei, a Constituição, mas sim, à falta de norma antecedente, a própria vontade do constituinte.

Assim é que a mudança topográfica das contribuições sociais, pela Emenda 8/1977, do campo do sistema tributário, levou a Suprema Corte a entender que tais exações haviam perdido sua natureza tributária¹⁴.

do Estado — tal subordinação representaria nítida violação ao disposto nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal. A OAB, sem ter qualquer benefício pecuniário do Estado, estaria, à evidência, cerceada em sua liberdade de escolher, de acordo com a vontade de seus associados, ou seja, de todos advogados, os melhores caminhos de Direito a serem trilhados pela classe e pela sociedade, como última guardiã — e já o demonstrou no passado — da Democracia no país”.

¹²Celso Antonio Bandeira de Mello lembra que a extinção de cargos sempre será feita pelo Executivo na forma da lei: “A extinção de cargos públicos dar-se-á através de atos da mesma natureza, podendo também, quando pertinentes ao Poder Executivo, ser extintos “na forma da lei”, pelo Chefe deste Poder, conforme prevê o art. 84, XXV, da Constituição. Isto significa que a lei pode enunciar termos, condições e especificações, no interior dos quais procederá o Chefe do Executivo. A fortiori, deve-se entender que é também atribuição deste, nas mesmas condições, “declarar-lhes a desnecessidade”, situação prevista no § 3 do art. 41, caso em que seus preenchimentos ficarão como que desativados” (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2002, p. 276). No caso de cargos vagos ou funções, entretanto, é a própria Constituição que autoriza o decreto.

¹³Roque Antonio Carrazza assim define o regulamento: “Podemos, pois, dizer que, no Brasil, o regulamento é um ato normativo, unilateral, inerente à função administrativa, que, especificando os mandamentos de uma lei não auto-aplicável, cria normas jurídicas gerais” (O regulamento no Direito Tributário brasileiro, Revista dos Tribunais, 1981, p. 14).

¹⁴1. Tributário. PIS e Imposto Único. Compatibilidade. 2. O PIS não instituiu um imposto, mas uma contribuição, autorizado pelo art. 43, X, da Constituição da República, tendo por finalidade cumprir o art. 165, V da Constituição da República. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, em negar provimento ao agravo regimental.

Levantou-se, na ocasião, a tese de que a mera alteração tópica no texto não poderia ter o condão de mudar a natureza jurídica das contribuições, ao que o Supremo esclareceu que o simples fato de as contribuições deixarem de constar expressamente no capítulo próprio do sistema tributário e de terem passado a constar no processo legislativo, em inciso distinto dos tributos, demonstrava a clara intenção do constituinte de retirar das contribuições sociais a natureza tributária. Esse entendimento prevaleceu até 05/10/1988, quando as contribuições readquiriram natureza tributária, por terem sido incluídas no capítulo do sistema tributário, como reconhecido também pela Suprema Corte¹⁵.

É de se lembrar que, na ocasião (1982), o Presidente Figueiredo editou o Decreto-Lei 1.940 para criar contribuição social intitulada “Finsocial”, entendendo que não se tratava de *tributo*, mas de *contribuição*. O STF, todavia, impôs o princípio da anterioridade tributária ao Finsocial, por entender que *sua natureza não era de contribuição, mas de imposto*¹⁶.

Brasília-DF, 22/06/1984 – Soares Muñoz, pres. – Alfredo Buzaid, relator (AI 96.932.2/SP - DJ 17/08/1984, Ement. 1.345).

¹⁵ Escrevi: “A grande novidade é o encerramento definitivo da polêmica criada com a EC 8/1977. Por essa emenda foram instituídas contribuições sociais no elenco do processo legislativo (art. 43, X, da Constituição pretérita) e reduzido o quadro enunciado no § 2º do art. 21 da EC 1/1969.

Em livro escrito com meu filho Ives, intitulado Manual de contribuições especiais, não obstante a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o PIS e a firme jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos sobre sua natureza tributária, posicionamos, os dois, pelo caráter fiscal dessas contribuições, apesar da EC 8/1977.

A matéria fica definitivamente solucionada com o novo Texto, visto que as três espécies foram albergadas pelo sistema na Seção dedicada aos princípios gerais.

As contribuições sociais têm o seu perfil definido no art. 195. Defendi até o julgamento do RE 146.733-9, de 29/06/1992, a tese de que deveria ser veiculada por lei complementar. O Supremo Tribunal Federal afastou tal exegese pelo voto de seu relator, Ministro Moreira Alves, sendo apoiado pelos demais pares. Definiu, todavia, S. Exa., que a natureza das contribuições sociais era tributária. Outra não foi a conclusão do XV Simpósio Nacional de Direito Tributário” (Comentários à Constituição do Brasil, 6ª v., tomo I, Ed. Saraiva, 2001, p. 137/140).

¹⁶ Finsocial. Caracterização como imposto. Criação por decreto-lei. Admissibilidade. Necessidade de observância do princípio da anualidade. Recursos extraordinários não conhecidos. Inteligência dos arts. 16 do CTN e 55 a 153, § 29, da CF.

Caracteriza-se como imposto, e não contribuição, o tributo que tem por fato gerador situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte.

Estas reminiscências, sobre a inteligência da Suprema Corte a respeito da intenção do constituinte, servem como uma luva — nos termos enunciados por Machado de Assis em “A mão e a luva” — para o presente parecer, pois, se o legislador supremo, claramente, decidiu retirar a expressão “nos termos da lei” do inciso VI, é porque entendeu que o “decreto” do inciso VI tem perfil diferente daquele do inciso IV e que um “poder normativo mais alargado” estaria na competência do presidente da República para atender os desideratos das letras *a* e *b* do mesmo inciso.

Feitas estas considerações, passo, apenas perfunctoriamente, a um segundo tipo de análise voltada à natureza jurídica de órgãos ou instituições criados pelo Poder Público sem integrarem propriamente a administração pública¹⁷.

Detenhamos, agora, sobre o Comitê Gestor da Internet no Brasil.

O pormenorizado histórico apresentado pela eminente advogada Kelli Angelini, no bojo da consulta, demonstra que, nos exatos moldes do controle da rede exercido na maioria dos países desenvolvidos, a Fundação de Apoio a Pesquisas do Estado de São Paulo – FAPESP vinha atendendo, com um grupo de cientistas,

Emenda oficial: Finsocial. Dec.-Lei 1.940, de 25/05/1982. Caracterizada a sua natureza tributária, legitima-se a observância do princípio da anualidade (art. 153, § 29, da CF). Pacificou-se a jurisprudência do STF no sentido de que o decreto-lei, em nosso sistema constitucional, observados os requisitos estabelecidos pelo art. 55 da CF, pode criar e majorar tributos. Recursos extraordinários não conhecidos. RE 103.778-4/DF – TJ j. 18/09/1985. Rel. Min. Cordeiro Guerra. DJU 13/12/1985 (rectes.: União Federal e Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S/A e outras, recdas.: as mesmas)” (grifos meus) (RT-603/235).

¹⁷ Na ADIN 3026/4-DF (DJ 29/09/2006, Ementário 2249-3), o Min. Carlos Brito entende que a OAB, que é uma autarquia, tem natureza autônoma e não sujeita à Administração Pública, ao dizer: “O regime jurídico da OAB, na verdade, é tricotômico: começa com a Constituição, passa pela lei orgânica da OAB, Lei 8.906, e desemboca nesses provimentos endoadministrativos, endógenos ou da própria instituição.

Para terminar, faço um outro paralelo entre a OAB e a imprensa: a OAB desempenha um papel de representação da sociedade civil, histórica e culturalmente, que pode se assemelhar àquele papel típico da imprensa. É bom que a Ordem dos Advogados do Brasil permaneça absolutamente desatrelada do Poder Público. Longe de ser fiscalizada pelo Poder Público, ela deve fiscalizar com toda autonomia, com toda independência, o Poder Público, tal como faz a imprensa” (grifos meus) (DJ. 29/09/2006, Ementário 2.249-3, p. 568/9).

a que se denominou “Grupo Operacional da Internet”, a rede brasileira desta forma de comunicação.

Em outras palavras, a Country Code Top-Level Domain (ccTLDs), conforme a tabela ISO 3166, correspondente ao código de países, que, no início, tinha os registros de domínio e atribuição de IP no mundo inteiro feito de maneira informal, através da “Internet Assigned Numbers Authority” (“IANA”), grupo cujo *chairman* era o cientista Jon Postel, em 1989, foi estendido (ccTLD br) ao Brasil, após solicitação do Prof. Demi Getschko, com outorga ao Prof. Oscar Sala e transferência ao próprio solicitante.

A experiência acadêmica, pela fantástica expansão, no mundo inteiro e no Brasil, levou à criação do World Wide Web (teia mundial) para que houvesse um imenso banco de dados multimídias de acesso pelo protocolo TCP/IP, ou seja, na linguagem universal de comunicação, por este meio.

Desta forma, *sem qualquer regulação ou interferência estatal*, como solução inicialmente acadêmica e, após, universal, no Brasil, o Grupo Operacional da Internet adotou, em moldes mundiais, o ccTLD.br até o momento em que o Ministério das Comunicações, em conjunto com o Ministério de Ciência e Tecnologia, interessou-se por regulamentar o setor e aproximou-se do grupo e com ele definiu uma série de atuações regulatórias, tendo em vista as atividades relacionadas com a internet no Brasil¹⁸.

¹⁸Arnoldo Wald, ao examinar os avanços da comunicação eletrônica, escreve: “23. Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, revendo até as premissas de sua dogmática, reconhecendo as mudanças que estão ocorrendo com a globalização e adotando as medidas úteis ou necessárias, num mundo no qual muitos dos conflitos de interesses do passado, entre nações, empresas e indivíduos, estão sendo substituídos por parcerias realizadas no interesse comum.

24. No campo profissional, as universidades se unem às empresas, magistrados e advogados se encontram com professores e congressistas para tentar, mediante soluções consensuais, encontrar os novos caminhos, que, também no plano do direito, o Brasil precisa trilhar, com urgência e coragem, para ser não mais o país das esperanças, mas sim o das realizações.

25. Do mesmo modo que se tem caracterizado o novo capitalismo pela existência de uma “destruição criadora”, pode-se pensar na caracterização do novo direito como uma verdadeira criação ou construção interpretativa que possa, conforme o caso, complementar ou até substituir as normas vigentes ou a interpretação que a doutrina e a jurisprudência lhes davam ou ainda lhes dão” (Direito e Internet, Relações Jurídicas na sociedade informatizada, Ed. Revista dos Tribunais, coordenação Marco Aurélio Greco e Ives Gandra Martins, 2001, p. 15).

Com apenas seis anos de atuação — exclusivamente privada — e com regulação internacional privatizada no Brasil, houve a integração de profissionais do “Grupo Operacional da Internet” que se responsabilizava por esta atuação, com técnicos do governo. Surgiu, então, a Portaria Interministerial 147/1995 do MC e do MCT, que instituiu o Comitê Gestor da Internet do Brasil.

Poder-se-ia dizer, no caso concreto, que a Portaria Ministerial, com sede no parágrafo único do art. 87, II,¹⁹ não teria alicerce legal, pois o dispositivo constitucional refere-se a “expedir instruções para execução de leis, decretos e regulamentos”. Ocorre, todavia, que, de um lado, a competência de atribuições (art. 21)²⁰ veiculada pela CF — portanto, pela Lei Maior — abre campo para tal tipo de ato de gestão superior, de simples regulamentação, já pré-existente no âmbito privado e, de outro, não prejudica o tipo de relação jurídica que se verifica no caso desta consulta, fartamente difundida no Brasil e administrada pelo Grupo Gestor da FAPESP, que é — repita-se — de natureza privada²¹.

Desta forma, a Portaria Interministerial encampava a regulação não oficial do setor, *apenas no concernente* a “ccTLD.br”, no Brasil, mantendo o caráter privado da exploração e não interferindo na outorga de nomes de domínio de outros registros, como, por exemplo, “org”, “com”, que eram — e são — utilizados no País, mas atribuídos por entidades situadas fora do

¹⁹O art. 87, parágrafo único, II, está assim redigido: “Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

²⁰O art. 21, XI e XII, da CF têm a seguinte dicção: “Art. 21. 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; (Redação dada pela EC 8, de 15/08/1995):

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela EC 8, de 15/08/1995)”.

²¹Pontes de Miranda, sobre o direito pretérito, lembra: “Instruções. As instruções, que os Ministros de Estado expedem, como os avisos e circulares, são fontes jurídicas inferiores às leis e aos regulamentos, a que se reportam e a cuja boa execução se destinam. A Constituição reconhece-lhes a existência no quadro das regras de direito; porém, por sua natureza, não criam, nem alteram, nem extinguem direitos, pretensões, deveres e obrigações, ações ou exceções, se tal eficácia não lhes foi atribuída por lei” (Comentários à Constituição de 1967, Forense, 1987, t. 3, p. 371).

território nacional. A atuação desse ato administrativo não abrangia todos os usuários brasileiros, eis que alguns deles estavam e estão sujeitos a domínios que se encontram registrados no exterior.

A Portaria, portanto, não nasceu ilegal — não feria qualquer lei, embora não fosse baseada em lei, mas na Constituição Federal — exteriorizando, apenas, ato de gestão regulamentar de um setor já disciplinado privadamente e cujas regras foram aproveitadas pela Comissão Interministerial.

Foi, então, criado o Grupo Gestor da Internet do Brasil para o “ccTLD.br”, cujo âmbito de ação e composição está previsto nos arts. 1º e 2º da Portaria retro citada. Foi, na ocasião, aproveitado exatamente o quadro de especialistas da FAPESP, havendo apenas a transferência, junto à IANA, do ccTLD para o Comitê Gestor da Internet do Brasil, conforme a portaria referida.

As inacreditáveis proporções que a internet atingiu em 1998 levaram à criação da Internet Corporation for Assigned Names (ICANN), entidade privada, sem fins lucrativos, albergando as diversas comunidades de usuários da internet com sede na Califórnia²².

A ICANN passou a tudo comandar, nesse setor, no mundo inteiro, desde a administração de normas de domínio da internet até a coordenação de atribuição de números IP.

A ICANN — repita-se, sociedade de natureza privada — tem um Conselho diretivo internacional de 15 membros, à qual ligou-se, em decorrência, o Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Este, por outro lado, por ter surgido de grupo de acadêmicos da FAPESP, escolheu esta entidade para colaborar na execução do cc.TLD.br. Assim, em 1998,

para efeitos de registro de normas de domínio e distribuição de endereços IPs no Brasil, o Comitê Gestor da Internet, expressamente delegou à FAPESP a atribuição para execução de tais atividades — repita-se — de natureza privada no mundo inteiro e, embora sob supervisão governamental, também de natureza privada no país.

O Decreto 4.829 de 03/04/2003, ato de competência presidencial, veio ratificar — independentemente de lei — os atos normativos anteriores, nos exatos termos do permitido pelo art. 84, VI, *a*, da CF, reproduzindo, de rigor, nos arts. 1º e 2º, as mesmas disposições da primeira portaria interministerial²³.

A promulgação do Decreto 4.829/2003 levou o Comitê Gestor a transferir a delegação transitória à FAPESP e depois para o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR-NIC.br, conforme definido na Resolução 1/2005, arts. 1º e 2º assim redigidos:

Art. 1º Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, que terá as seguintes atribuições:

I – estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da internet no Brasil;

II – estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (ccTLD – country code Top Level Domain), “.br”, no interesse do desenvolvimento da Internet no País;

III – propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionados à internet, que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso, bem como estimular a sua disseminação em todo o território nacional, buscando

²²Newton de Lucca lembra que: “Oportuno, porque os dados a respeito da Internet impressionam pela extrema velocidade com que crescem. Quantos navegam por ela hoje no mundo? Falava-se, no ano de 1998, algo em torno de 140 milhões. Já em 2001 estima-se que os usuários possam ultrapassar 700 milhões e que os negócios estejam girando entre 50 e 300 bilhões de dólares. Ao contrário do que alguns pensam, a internet não é singelamente um assunto da moda, como corriqueira e enganosamente tem sido apregoado por todos aqueles que vivem e se deliciam com a superficialidade cosmética das coisas... Antes, deve ser considerada um problema absolutamente novo para a Ciência Jurídica, podendo se asseverar que a Revolução Digital trará para esta última impactos tão ou mais consideráveis do que aqueles que foram ocasionados pela Revolução Industrial” (Tributação na Internet, Pesquisas Tributárias Nova Série 7, coordenador Ives Gandra Martins e Marco Aurélio Greco, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 131).

²³Como a EC 32 retirou a exigência de o decreto ser editado “nos termos da lei” é a própria Constituição que autoriza o presidente a editá-lo. Leia-se neste sentido Plácido e Silva, ao escrever: “Decreto. Derivado do latim *decretum* (decisão, determinação, resolução, julgamento), revela toda decisão ou resolução, tomada por uma pessoa ou por uma instituição, a que se conferem poderes especiais e próprios para decidir ou julgar, resolver ou determinar.

Em sentido técnico, pois, o decreto, em qualquer conceito em que seja tido, implica necessariamente na existência de autoridade da pessoa ou instituição que o formulou, em virtude de que possui o mesmo força para impor a decisão, solução, resolução, ordem, ou determinação, que nele, decreto, se contém” (Vocabulário Jurídico, 18ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 244).

oportunidades constantes de agregação de valor aos bens e serviços a ela vinculados;

IV – promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade;

V – articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à internet;

VI – ser representado nos fóruns técnicos nacionais e internacionais relativos à internet;

VII – adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

VIII – deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas, relativamente aos serviços de internet no País; e

IX – aprovar o seu regimento interno.”

A composição do Comitê Gestor da Internet no Brasil também foi alterada pelo Decreto 4.829/2003, visando à participação de membros da sociedade civil neste Comitê:

“Art. 2º O CGL.br será integrado pelos seguintes membros titulares e pelos respectivos suplentes:

I – um representante de cada órgão e entidade a seguir indicados:

a) Ministério da Ciência e Tecnologia, que o coordenará;

b) Casa Civil da Presidência da República;

e) Ministério das Comunicações;

d) Ministério da Defesa;

e) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

f) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

g) Agência Nacional de Telecomunicações; e

h) Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

II – um representante do Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia;

III – um representante de notório saber em assuntos de internet;

IV – quatro representantes do setor empresarial;

V – quatro representantes do terceiro setor; e

VI – três representantes da comunidade científica e tecnológica”.

Desta análise perfunctória da evolução histórica e jurídica do registro das normas de domínio e atribuição dos endereços IP, pode-se concluir que:

- 1) A atuação da FAPESP, inicialmente, e do Comitê Gestor Interministerial e da NIC, no presente, nada obstante a regulamentação federal, reveste-se de característica de relação juridico-privada, razão pela qual, fora dos controles do Tribunal de Contas e demais órgãos fiscalizatórios de aplicação de recursos públicos, que não há²⁴;
- 2) Não há exclusividade para outorga no Brasil de “cc-TLD”, visto que outras “ccTLD” podem ter usuários

²⁴O Ministro do TCU, Lincoln Magalhães da Rocha, assim se manifestou, no RE 273.674-RS/2000/0084577-9 (*site* TCU) para demonstrar estar a OAB fora dos controles do TCU: “45. Justificando, ainda, a solidez da decisão judicial levada a termo, permito-me incorporar neste voto trechos de manifestação do jurista Ives Gandra da Silva Martins, em prol da elucidação da matéria, *verbum ad verbum*:

“Cheguei, há muitos anos atrás, a vislumbrar na contribuição para a OAB natureza jurídica de tributo no interesse de categorias sociais, sem, entretanto, ter-me pronunciado de forma definitiva. Hoje, já não tenho dúvidas que não tem natureza tributária, nem mesmo devendo ser imposta por lei, o que ocorreria se fosse uma contribuição, nos termos do art. 149 da CF.

O elemento que me levou a firmar posição neste sentido reside no aspecto de que se a entidade que exerce o controle da advocacia estivesse sujeita à definição do *quantum* dos recursos fundamentais à sua manutenção por parte do próprio Estado (lei produzida pela Casa Legislativa e sancionada pelo Executivo), à nitidez sua autonomia deixaria de existir e ficaria atrelada à boa vontade do Poder que lhe cabe muitas vezes controlar.

(...)

Hoje, não mais tenho dúvidas que tal contribuição não tem natureza tributária, não estando entre as que o art. 149 se refere, ao cuidar das contribuições não no interesse das categorias, como ocorre, por exemplo, com os Sindicatos patronais e dos trabalhadores, beneficiados pelas contribuições do ‘Sistema S’ nitidamente de natureza tributária, como já demonstrei em publicações diversas.”

46. Dessa forma, entendo que não merecem qualquer reparo as lições trazidas à colação, sendo lícito concluir pela desobrigação de O Conselho Federal e Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil apresentarem prestações de contas a este Tribunal.

47. Consoante decisão de 14/04/2002, ao negar provimento a Recurso Especial, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que a doutrina e jurisprudência entendem terem natureza tributária as contribuições para os conselhos *profissionais, exceptioando-se somente a OAB, “por força de sua finalidade constitucional”*.

48. Em seu voto, acolhido por unanimidade, reproduziu a Ministra Eliana Calmon o entendimento do professor Marco Aurélio Greco, no sentido de que “a OAB tem uma posição diferenciada dentro do Sistema Constitucional (CF - art. 133), *além de, em razão de sua autonomia e função, não ser um instrumento de atuação da União*” (grifos meus) (Recurso Especial 273.674-RS/2000/0084577-9.

no país, com registro de nomes, domínios e endereços IPs, oriundos de entidades situadas no exterior, como ocorreu com “ccTLD”.com” ou “org”.

- 3) O que, todavia, é regulamentado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, criado por decreto do Presidente da República no exercício da competência que lhe foi outorgada pela EC 32/1999, é apenas “o registro de nome de domínio” e “atribuições do ccTLD.br”, vale dizer, exclusivamente e tão-somente aqueles nomes de domínio e registros *que se farão no Brasil*;
- 4) À evidência, toda a atividade de regulamentação — e sem necessidade de legislação prévia, por força do não envolvimento de recursos públicos e a não exclusividade deste tipo de atuação —, não só pode ser exercida pelo Comitê Gestor da Internet, como por delegação, lastreada em atos administrativos. A gestão que era inicialmente realizada pela FAPESP e depois foi transferida a uma organização sem fins lucrativos, que é a NIC.br., é rigorosamente legal.

Parece-me, pois, seja do ponto de vista dos atos normativos federais que autorizaram o Estado a participar juntamente com a iniciativa privada do Comitê Gestor, assim como dos atos de delegação e de atuação do próprio órgão — repito, em área não exclusiva e de iniciativa privada em todo o mundo, inclusive como órgãos do controle internacional (IANA e ICANN)—, a regulação da internet, no Brasil, para os ccTLD.br, não fere nem a Constituição, nem a ordem jurídica pré-estabelecida que rege a atuação do poder público, inclusive em nível de normas emanadas por órgãos fiscalizatórios das despesas públicas²⁵.

Feitas as considerações preambulares, passo a responder, de forma perfunctória, às questões formuladas:

- a) A competência de atribuições e normativa do Presidente da República encontra-se disciplinada no art. 84, II, da CF, que comentei em obra conjunta com Celso Bastos nos seguintes termos:

O Presidente da República é o servidor público da Administração Federal de mais alto nível.

Todos estão subordinados à sua direção, desde que dentro da lei.

Sozinho, todavia, não poderia fazer coisa alguma. Juan Mente Alfonso refere-se às organizações primitivas, no fim do período paleolítico e no início do neolítico, em que o chefe limitava o número dos componentes do grupo, pois o grupo menor era mais eficiente na caça, pesca e rapidez de seus deslocamentos do que os grandes grupos. Tal perfil dos primeiros grupos humanos ofertava ao chefe a possibilidade de decidir e comandar seu grupo sem auxílio de ninguém.

No momento, todavia, em que o homem começa a se tornar sedentário e em que a mulher começa a plantar, colher e viver com animais domésticos, os grupos crescem necessariamente, prevalecendo sobre os nômades e dando início à formação das aldeias, vilas e cidades da história moderna.

Com o tempo, o serviço da mulher é complementado pelo dos escravos, surgindo a “classe ociosa”, no dizer de Veblen, isto é, aquela dos homens preocupados com seu esporte preferido, que era lutar pelo poder e fazer guerra.

A partir dessa evolução da humanidade, já não é mais possível ao chefe tudo fazer e tudo decidir sem auxiliares.

À evidência, no Estado moderno o nível de complexidade do comando é consideravelmente maior do que aquele exercido até mesmo nos grandes impérios que a humanidade conheceu.

Nada mais lógico, portanto, que o chefe supremo de uma Nação tenha auxiliares de confiança por ele nomeados, no sistema presidencial de governo, que colaborarão na direção superior da Administração Federal.

O constituinte, ciente dessa complexidade, utilizou os dois vocábulos corretos, ou seja, “direção”, de um lado, e “superior”, do outro, da “administração federal”, que compõe a conformação do governo da União no Estado brasileiro.

Nem o Presidente nem os Ministros administram, mas apenas dirigem. E não dirigem tudo: apenas conformam as linhas mestras da Administração com as leis e os atos administrativos permitidos pela Constituição brasileira.

A direção inferior e a Administração em geral são exercidas por servidores públicos, que, pela nova Constituição, devem ser requisitados por concurso público, afastando-se o favorecimento próprio das ditaduras ou das monarquias absolutas.

Ao Presidente da República, portanto, compete o exercício da direção superior da Administração Federal, nomeando para cada setor um especia-

²⁵ José Cretella Jr. lembra que: “A regra é a não-delegação. A exceção é a delegação, possível quando fixada em lei. Várias leis brasileiras falam em “delegação de poder público”, “delegados de poder público” (cf. Decreto-Lei 3.365, de 21/06/1941, art. 3.º, e leis sobre o mandado de segurança). Nesses casos, o ato de todo aquele que desempenha função delegada de poder público é considerado “ato de autoridade” e, pois, passível de exame pelo Judiciário, nessa qualidade” (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 23, Ed. Saraiva, 1977, p. 138).

lista de sua confiança, que lhe permitirá, em tese, governar bem o País em benefício da sociedade (grifos não constantes do original) ²⁶.

No que diz respeito ao inciso VI, *a*, valem as considerações preambulares retro-transcritas neste parecer, lembrando que a EC 32/1999 dispõe sobre o poder normativo do presidente, de editar decretos para organizar e promover o funcionamento da administração federal, *sem necessidade de lei autorizativa* — obviamente, desde que não conflitando com o texto constitucional ou a ordem jurídica vigente — e sem criar ou incorrer em aumento de despesa pública.

Os decretos, portanto, poderão ser de duas naturezas, a saber:

- 1) explicitadores da lei (inciso IV) e
- 2) regulamentadores da organização e funcionamento da administração (inciso VI, *a e b*).

b) A resposta é positiva, por força das considerações retro traçadas. Na competência que lhe foi outorgada pela Constituição, por força do poder regulamentador não só da lei (inciso IV), mas principalmente de medidas que organizem e implementem o funcionamento da administração (inc. VI, *a*), pode o Presidente da República editar decretos nos moldes daquele de número 4.829 de 03/09/2003.

c) Reveste-se de plena legalidade, como demonstrado no corpo do presente parecer, visto que emanado, por força dos poderes outorgados pelo constituinte, no inciso VI, *a*, do art. 84 da Lei Maior, ao Presidente da República, de regular atividade que não é de exclusiva gestão governamental e que permite ao Estado atuar em área, que, no Brasil e no mundo, está no campo das relações privadas.

Decreto, pois, rigorosamente constitucional e de inequívoca legalidade.

d) Quem pode o mais, pode o menos. Se pode o Presidente da República editar decreto para atuação da administração pública em Comitê Gestor de atividade que não é eminentemente pública, para fins de controle e regulação, com muito mais razão, ao ser criado, tal comitê poderá estabelecer diretrizes para os fins apontados na pergunta. De outra forma, sua atua-

ção de “gerir” a internet não teria efetividade. A prática de tais atos não só é permitida, como absolutamente necessária.

Pode, pois, o Comitê, nas funções que lhe foram outorgadas pelo Decreto 4.829/2003, editar resoluções regulatórias.

O Comitê Gestor, sem dúvida alguma, poderá estar no pólo passivo de uma relação processual, como, por exemplo, em mandado de segurança, na qualidade de autoridade coatora. Quanto à legitimidade processual para figurar no pólo ativo, depende de o objeto da lide estar ou não entre as atividades delegadas, que foram, início atribuídas à FAPESP, e, depois, à NIC.br, especificamente, entidade com personalidade jurídica revestida de finalidade não lucrativa e registrada nos registros públicos pertinentes. Em se tratando de lide cujo pedido envolva, por exemplo, registro de domínio — atividade objeto de delegação — quem deve atuar em juízo, no pólo ativo, é a entidade delegada, que possui personalidade jurídica e capacidade de representação, à semelhança do que ocorre no âmbito dos serviços públicos, que é quem atua e responde pelos serviços concedidos permitidos, autorizados ou delegados. No caso, todavia, ao contrário dos serviços públicos concedidos, permitidos, autorizados ou delegados, a transferência de atribuições fez-se, no campo privado, pois todas as funções exercidas por NIC.br, no Brasil e no mundo, são de natureza privada.

Já no tocante à de legitimidade ativa relativamente a atividades que se encontram fora da delegação, sendo, portanto, típicas do Comitê Gestor, esse órgão, embora não possua personalidade jurídica, possui personalidade judiciária, isto é, possibilidade de ser parte para defender o seu direito subjetivo público de exercer das funções de regulamentação que lhe foram atribuídas, nos moldes do que a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido em relação a outros órgãos coletivos²⁷. Aliás, elementos que me foram encaminhados para a elaboração deste parecer, dão conta de que o Comitê Gestor já vem protagonizando ações, no pólo ativo, sem notícias de que tenha sido decretada ilegitimidade de parte.

É o parecer.

²⁶ *Comentários à Constituição do Brasil*, 4ª v., tomo II, Ed. Saraiva, 2002, p. 270/2.

²⁷ Vide RE 74.836 RTJ 69/475; RDA 15146; RJTJRS 73/239.

Conciliar é legal

Vallisney de Souza Oliveira*

Sabe-se que uma simples disputa por vaga de garagem em estacionamento, um pequeno vício de um produto ou de um serviço ou até uma boba discussão entre vizinhos ou entre correntista e funcionário de banco pode ensejar situações críticas, capazes de levar a um *iter* de danos psicológicos e materiais, até delitos contra a honra e contra a vida.

Quando a questão é levada aos órgãos oficiais, existem diversos modos de resolver o litígio. O principal deles é o processo judicial do qual decorre a sentença, com força suficiente para dizer quem tem razão e determinar o cumprimento do que foi decidido. Entre as formas menos comuns existe a conciliação, consistente na intervenção de um terceiro que intermedeia a discussão e o convencimento dos presentes para resolver a lide de maneira pacífica, seja pela transação, seja pela renúncia ao pedido, seja pelo reconhecimento do direito da outra parte.

A campanha nacional em favor da conciliação, iniciada no final de 2006, de iniciativa principalmente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com apoio de diversas instituições jurídicas brasileiras, tem por *slogan* “conciliar é legal”.

Aparentemente soa como uma obviedade o lema utilizado por esse movimento. A conciliação é instituto posto na própria Constituição, ao estabelecer os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (art. 98), é princípio regente do Código de Processo Civil de 1973 (art. 125), e está prevista na legislação civil, penal e trabalhista. Portanto, a conciliação é obviamente legal.

O “conciliar é legal” se torna apropriado quando é entendido muito além da exegese jurídica da expressão. Aí, então, o “não-conciliar” é que muitas vezes se torna antijurídico, sobretudo quando se conta o tempo da finalização de uma lide, suas conseqüências para a vida dos interessados, o inconveniente do reencontro das mágoas e das questões não resolvidas e dos desaforos guardados e contidos, sem contar o tempo perdido

das idas e vindas em delegacias, órgãos de defesa do consumidor, promotorias e Judiciário.

“Legal”, numa linguagem jurídica, significa estar de acordo com o direito, estar dentro da lei, porém, segundo o uso comum, “legal” é o bom, é o bacana, é o sensacional, ou como registra o Dicionário Aurélio, em sentido popular “legal” é uma *palavra-ônibus*, que exprime inúmeras idéias apreciativas, tais como perfeito e excelente. Nesse sentido, sem desprezar totalmente a obviedade do significado técnico, deve-se concordar que “conciliar é muito legal”, por ter o condão de evitar a eternidade de insultos e a incessante insatisfação, mesmo após uma resolução estatal do conflito.

Não se defende aqui a resolução das controvérsias sempre pela conciliação, porque em certas questões a conciliação não é legalmente possível e/ou a decisão judicial é imperiosa para definir quem está certo ou errado, quem deve cumprir pena e quem deve reparar o dano.

Muitas vezes, mesmo nas hipóteses em que a conciliação é possível, ocorre a resistência preestabelecida em conciliar, principalmente dos agentes do Poder Público ou de organizações habituais em litígios, tais como grandes empresas, privadas e públicas. Mas seria “legal demais” para brevidade dos processos e para felicidade de muitos litigantes que a diretriz para a conciliação fosse uma norma de conduta incentivada por essas organizações.

Outras vezes, as propostas de conciliação não são “legais”, ou porque são evidentemente inviáveis ou porque flagrantemente injustas etc., sendo nesse caso muito melhor as partes esperarem uma decisão judicial definitiva, conquanto mais demorada.

Contudo, quando há propensão para a paz imediata dos conflitantes e quando há comprometimento e disposição em prol da melhor solução, as partes envolvidas ganham muito, embora perdendo um pouco, ficam bastante satisfeitas, embora não obtendo tudo aquilo que foi inicialmente pretendido.

Por isso se diz que quando ocorre o sucesso numa audiência de conciliação todos saem satisfeitos, podendo-se imaginar no rosto dos transatores o estado

*Juiz Federal em Brasília. Mestre e doutor em Direito (PUC/SP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Autor das obras (Editora Saraiva): “Audiência, instrução e julgamento”, “Embargos à execução fiscal” e “Nulidade da sentença e o princípio da congruência”.

de felicidade levada a cabo com um componente de união e de paz.

O sucesso da conciliação depende realmente da consciência, tanto das próprias pessoas em litígio, quanto de advogados, juízes, procuradores e defensores, de que “conciliar é ótimo”.

Acima de tudo, o bom senso determina quando “conciliar é legal”, pois, mais do que ser legal, toda conciliação precisa encontrar-se de acordo com a sensação de que a justiça foi feita.

Simplificação dos procedimentos de jurisdição voluntária

Inexigibilidade de advogado

Caroline Angélica Rabêlo de Souza*

A ordem jurídica estabelecida no Estado brasileiro a partir da Constituição de 1988 busca a realização do Estado Democrático de Direito, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹.

Nesse sentido, faz-se necessária a criação de mecanismos que possibilitem maior acesso aos órgãos judiciários ou mesmo administrativos a fim de que o designio constitucional se efetive.

Partindo da perspectiva de realização da norma constitucional, surge a proposta de simplificação dos procedimentos de jurisdição voluntária por meio da inexigibilidade de advogado legalmente habilitado para iniciá-los e impulsioná-los, possibilitando o acesso a um maior número de usuários dos serviços públicos: os cidadãos. A exemplo do que ocorre nos Juizados Especiais, na Justiça do Trabalho e nos *habeas corpus*.

Ou, ainda, da consideração da atividade do magistrado como agente público administrativo a quem a lei confere a prerrogativa de analisar os procedimentos em questão. Ou mesmo da consideração do Ministério Público como substituto processual nestes casos, tudo mediante autorização legal.

A jurisdição pode ser definida como a função estatal que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, quer para afirmar a existência da vontade da lei, quer para torná-la praticamente efetiva, segundo Chiovenda².

Passa a existir jurisdição na medida em que o Estado monopoliza a aplicação da justiça, tomando-a formalmente para si, ainda que, na prática, o exercício da jurisdição possa ter sido, no princípio, atribuído a indivíduos que não eram agentes estatais permanentes.

Entendida como função do Estado, a jurisdição goza de autonomia e independência.

A jurisdição contenciosa é a jurisdição própria ou verdadeira e tem como características a ação, a lide, o processo e o contraditório (ou sua possibilidade). Presume-se que haja um litígio que origina um processo e que produz a coisa julgada. Nessa atividade, o juiz compõe os litígios entre as partes.

Nelson Nery³, comentando o art. 1º do CPC, afirma que:

A função jurisdicional tem por escopo a pacificação social, de sorte que a solução dos conflitos é o objeto primeiro da jurisdição. O CPC estabelece regras de jurisdição contenciosa (CPC, 1º ao 1.102), ao mesmo tempo que regula a jurisdição voluntária (CPC, 1.103 ao 1210). O termo *contenciosa* está aqui para distinguir-se da expressão *voluntária*.

A jurisdição contenciosa “tem por objetivo a composição e solução de um litígio”, na lição de Marcos Afonso Borges⁴. Esse objetivo é alcançado mediante a aplicação da lei, em atividade na qual “o juiz outorga a um ou a outro dos litigantes o bem da vida disputado, e os efeitos da sentença adquirem, definitivamente, imutabilidade em frente às partes e seus sucessores (autoridade da coisa julgada material)”, nas palavras de Athos Gusmão Carneiro⁵.

Há quem defenda que a expressão jurisdição contenciosa é pleonástica ou redundante, já que a própria idéia de jurisdição induz à idéia de contenda, de lide, litígio. Nesse sentido, seria mais apropriado o emprego da denominação *jurisdição propriamente dita ou jurisdição em si mesma*.

Para Humberto Theodoro Júnior⁶ lide ou litígio é “um conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida”. E mais, “interesse é ‘posição favorável para a satisfação de uma necessidade’ assumida por uma das partes e pretensão, a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio”. Já os bens da vida são “as coisas ou valores necessários ou úteis à sobrevivência do homem, bem como a seu aprimoramento”.

* Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/BA) e pós-graduada em Direito Civil pela União Pioneira de Integração Social (UPIS/DF). Servidora do TJDF, cedida para a Justiça Federal - Subseção Judiciária de Itabuna/BA. Endereço eletrônico: carolrabelo1@uol.com.br

Na jurisdição contenciosa há um bem da vida em disputa gerando o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, no qual as partes buscam a subordinação do interesse adverso ao seu.

A jurisdição voluntária se dá quando, de acordo com Athos Gusmão Carneiro⁷ “a ordem jurídica deixa a critério dos particulares regularem, uns em face dos outros, suas relações, livremente criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações recíprocas”.

A expressão “jurisdição voluntária” teve sua origem no Direito Romano, de fonte atribuída a Marciano no Digesto. É também chamada por muitos de jurisdição graciosa.

Filiando-se à corrente que entende a jurisdição voluntária como atividade administrativa, é possível dizer, tal qual Nelson Nery⁸:

Sem discutir a natureza jurídica da denominada jurisdição voluntária, tem-se entendido, conforme a doutrina dominante, ser ela atividade judiciária de administração pública de interesses privados. Há, portanto, interesses privados que, em virtude de opção legislativa, comportam fiscalização pelo poder público, tendo em vista a relevância que apresentam para a sociedade” e ainda sobre os princípios fundamentais da jurisdição voluntária que “são diferentes dos que inspiram a jurisdição contenciosa, tendo em vista a própria natureza peculiar da administração pública de interesses privados. A relação jurídica que se forma entre os interessados é *unilateral*, pois aqui não se trata de decidir litígio, mas sim de dar-lhes assistência protetiva. O juiz integra o ato ou negócio jurídico privado, homologando-o, autorizando-o, aprovando-o. Esta é uma das razões que impedem seja ele, a um só tempo participe integrado do negócio jurídico privado e fiscal da lei.

Nesses procedimentos, além dos aspectos até aqui analisados, não há que se falar em requerente e requerido, mas apenas em interessados. Não havendo também o fenômeno da revelia e, tampouco, prazos peremptórios, bem como a permissão para a atuação de ofício do juiz.

Por outro lado, há participação necessária do Ministério Público como *custus legis*, e assim também participação voluntária na qualidade de substituto processual, já que lhe é dado iniciar os procedimentos de jurisdição voluntária, segundo os arts. 1.104 e 1.105 do Código de Processo Civil:

Art. 1.104 O procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhe formular o pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

Art. 1.105 Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público.

De se ressaltar também a necessidade de chamada a Fazenda Pública quando seus interesses estiverem envolvidos, nesse sentido é o art. 1.108 do CPC:

Art. 1.108 A Fazenda Pública será sempre ouvida nos casos em que tiver interesse.

A sentença proferida nos procedimentos de jurisdição voluntária tem caráter constitutivo, positivo ou negativo. Ou seja, dada uma relação fática e após a análise pelo órgão julgador tem-se a constituição ou desconstituição de um vínculo jurídico. Pode ainda ter caráter declaratório, mas nunca condenatório. Ainda quanto à sentença, mais uma vez se observam características que aproximam a atividade do juiz da atividade administrativa, haja vista o preceito do art. 1.109 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 1.109 O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna.

Perceba-se aí a utilização de termos *oportunidade* e *conveniência*, inegavelmente ligados à atividade administrativa do Estado. Em se considerando a atividade do juiz nos procedimentos de jurisdição voluntária dotados de natureza administrativa, pode-se mesmo afirmar que o ato daí decorrente, embora seja formalmente uma sentença reveste-se de característica de ato administrativo discricionário.

Há também a autorização para que o juiz decida por equidade, é o que diz Nelson Nery⁹ analisando o dispositivo legal:

Somente nos casos expressos em lei o juiz pode decidir por equidade (CPC 127). Em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, há autorização legal para o juiz assim proceder (CPC 1.109). A lei processual concede ao juiz a oportunidade de aplicação de equidade ao arremetido da *legalidade estrita*, podendo decidir escorado na conveniência e oportunidade, critérios próprios do poder disci-

cionário, portanto inquisitorial, bem como de acordo com o bem comum (Nery, RP 46/14).

O art. 1.107 do Código de Processo Civil reforça essa afirmação:

Art. 1.107 Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de qualquer prova.

A esse respeito Nelson Nery¹⁰ anota:

Na jurisdição voluntária não existem prazos peremptórios nem revela, devendo o juiz proceder à instrução probatória de ofício, mesmo contra a vontade dos interessados, já que incide em plenitude o princípio da investigação de ofício em contraposição ao princípio dispositivo.

(...)

Há diferença entre a inquisitorialidade, característica da jurisdição voluntária, e o poder dado ao juiz pelo CPC, 130, de determinar, de ofício, a realização de prova e indeferir as inúteis. O CPC, 130, deve ser entendido em consonância com o CPC, 125, 330 e 1.107. O poder dado ao juiz na jurisdição contenciosa, de determinar *ex officio*, realização de prova, encontra limitação no princípio dispositivo e no da igualdade das partes (Arruda Alvim, CPCC, V, 214 e ss.). Na jurisdição voluntária incide o princípio oficial em toda sua extensão. O juiz, independentemente do requerimento dos interessados, deve determinar a realização de prova *ex officio*. Aqui não há ônus da prova, há faculdade de provar.

Observe-se que o próprio texto legal dá a indicação de serem os procedimentos de jurisdição voluntária muito mais, senão totalmente, de natureza administrativa do que judicial. O que não fere a tripartição dos poderes, já que ao Poder Judiciário é dado atuar como agente público administrativo.

Considerados todos esses aspectos, a questão que se coloca é a da exigibilidade de participação do advogado nos procedimentos de jurisdição voluntária.

É bem verdade que a atividade postulatória é privativa de advogado legalmente habilitado. Mas é também verdade que já existem procedimentos em que sua participação é dispensável.

O CPC define em seu art. 7º a capacidade processual:

Art. 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

Já no art. 36 está a definição da capacidade postulatória, quase sempre privativa de advogado:

Art. 36 A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Nelson Nery anota a esse respeito¹¹:

A capacidade processual não se confunde com a capacidade postulatória, que é a aptidão que se tem para procurar em juízo. O profissional regularmente inscrito no quadro da OAB tem capacidade postulatória (CPC, 36; EOAB, 8º, 1º ss). Também o membro do MP tem capacidade postulatória tanto no processo penal quanto no processo civil, para ajuizar ação penal e ACP (CF 129 III; CPC 81; LACP 5º; CDC 82 I; ECA 210 I). No juizado de pequenas causas há dispensa da capacidade postulatória para o ajuizamento da pretensão (LPC 9º *caput*), sendo exigível apenas para subscrever eventual recurso (LPC 41 § 2º). Na justiça do trabalho o empregado pode reclamar pessoalmente, sem necessidade de advogado (CLT 791 *caput*). Também não se exige capacidade postulatória para a impetração de HC (CPP 654 *caput*; EOAB 1º § 1º). Em MS, as informações devem ser prestadas pessoalmente pela autoridade coatora, que é a parte passiva legítima, não se admitindo sejam subscritas somente por procurador (RF 302/164; Meireles, MS, 42).

Acompanhando a *mens legis* das exceções legais para a exclusividade da capacidade postulatória, tem-se que, não havendo litígio ou, em outras palavras, havendo a possibilidade de composição consensual, voluntária, é permitido às partes ingressarem em juízo sem a participação necessária do advogado. Assim também nos casos de reconhecida hipossuficiência ou de perigo às liberdades, como se percebe no acesso à justiça do trabalho e nos casos de impetração de *habeas corpus*.

Conforme definido anteriormente, nos procedimentos de jurisdição voluntária, não há que se falar em conflitos de interesses, mas apenas em tutela estatal a interesses privados considerados por lei merecedores de fiscalização pelo agente público; as ações são sempre dotadas de natureza consensual.

É público que o acesso aos profissionais do direito, ainda que garantido por lei, é dispendioso, tornando-se, desse modo, inacessível a uma parcela considerável da população. Ou, de outra forma, acarretando acúmulo

de trabalho às Defensorias Públicas e demais serviços de Assistência Judicial gratuita e se constituindo em verdadeiro obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário.

Perceba-se que esta dificuldade pode ser entendida como contrária aos princípios constitucionais do livre acesso, desde que atendidas as exigências legais, e mesmo o da democracia. A existência do Estado Democrático de Direito requer sejam minimizados os entraves impostos aos cidadãos para a realização dos seus direitos.

Outrossim, segundo Gonçalves¹², “a instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitui na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos”. Nisto incluídas as formas de acesso ao Poder Judiciário.

Não se defende aqui que a presença do advogado seja dispensável ou obstáculo a este acesso como regra. Mas que há procedimentos — e note-se que nem existe a presença do termo processo em sentido próprio — em que, dada a simplicidade do direito argüido ou da natureza do próprio procedimento, ou ainda as características das partes envolvidas, exigir a participação deste profissional como condição *sine qua non* torna a uma parcela importante dos usuários difícil o acesso à justiça.

Por outro lado, não se propõe a exclusão da atuação dos advogados nos procedimentos de jurisdição voluntária. A exemplo do que ocorre nas demais exceções legais, este profissional pode subscrever o pedido e acompanhar o desenvolvimento da ação se as partes assim desejarem; apenas a obrigatoriedade dessa participação é que deixa de existir.

Apenas, visando obedecer à ordem constitucional vigente e aos valores nela inseridos, bem como à instrumentalidade do processo e sua natureza de instrumento para a efetivação da tutela estatal e a exemplo de outras hipóteses permissivas, sugere-se que a participação do advogado legalmente habilitado seja voluntária, sendo permitido às partes ingressar em juízo em nome próprio.

Por todo o exposto é que se propõe a inexigibilidade do advogado para a propositura dos procedimentos de jurisdição voluntária. Mas, para isto, é preciso que o Poder Judiciário esteja pronto a receber essas

demandas. Seria necessária, portanto, a modificação de procedimentos adotados diuturnamente para alcançar os propósitos aqui defendidos.

A primeira modificação pertinente para a implementação do que se propõe é a alteração do texto da lei processual civil autorizando o ingresso dos procedimentos de jurisdição voluntária sem a subscrição por profissional habilitado.

Nesse caso, o art. 36 do Código de Processo Civil poderia incluir nas exceções à exclusividade da capacidade postulatória tais procedimentos, recebendo a seguinte redação:

Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver, e, ainda, nos procedimentos de jurisdição voluntária (o grifo é meu, com a alteração sugerida).

Ainda nesse sentido, tal autorização poderia ser expressa no art. 1.104 do mesmo diploma legal, que passaria a ser expresso dessa maneira:

Art. 1.104. O procedimento terá início por provocação do interessado, que poderá postular em juízo sem representação de profissional legalmente habilitado, ou do Ministério Público, cabendo-lhes formular pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial. (O grifo é meu, com a alteração sugerida.)

Observe-se que a alteração legal serviria para consolidar o meio de acesso aqui defendido, mas não é condição *sine qua non* para tanto.

Isto porque, da leitura do texto legal, quando diz que “o procedimento terá início por provocação do interessado (...) cabendo-lhes formular pedido em requerimento dirigido ao juiz” (o grifo é meu), pode-se depreender daí que não existe o emprego do termo petição e tem-se margem para a interpretação segundo a qual o próprio interessado pode se dirigir à autoridade judiciária.

Assim, apenas uma nova interpretação da lei seria suficiente para garantir o ingresso, nos procedimentos de jurisdição voluntária, pelos interessados agindo em nome próprio. Basta, para tanto, que os órgãos judiciários reconheçam na tutela prestada nestes proce-

dimentos o caráter administrativo para que a participação do advogado deixe de ser obrigatória.

Outro caminho que se apresenta e que está em conformidade com a lei é o acesso por intermédio do Ministério Público. De se salientar o relevante papel que este órgão tem desempenhado na defesa dos interesses coletivos. Aqui, mais uma vez, abre-se na via legal a possibilidade de o Ministério Público subscrever o pedido, prescindindo da participação de advogado. Nesse sentido é o art. 1.104 do Código de Processo Civil:

Art. 1.104. O procedimento terá início por provocação do interessado *ou do Ministério Público*, cabendo-lhes formular pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial. (O grifo é meu.)

Nelson Nery¹³ indica ainda a possibilidade de início do procedimento por iniciativa do próprio juiz, de ofício:

Aqui não há lugar para aplicação ampla do princípio da demanda, nem para o princípio dispositivo, podendo ser iniciado o procedimento a requerimento da parte, do MP ou mesmo *ex officio*, ainda que não haja esta previsão em sentido expresso no CPC, 1103 (Nery, RP, 46/11). São exemplos disso o CPC, 1113, 1129, 1142, 1160, 1171, 1190 (Mendonça Lima, *Coment RT*, 35; Pontes de Miranda, *Coment* (1973), XVI, p. 18).

Disto decorre que o requerimento das partes dirigido ao juiz seja suficiente para provocar sua atuação *ex officio* no sentido de iniciar e impulsionar os procedimentos de jurisdição voluntária. Não se trata de petição, mas de requerimento ou documento, peça informativa, suficiente para dar início ao impulso oficial pelo magistrado.

Excetuando-se a hipótese de ingresso via Ministério Público, seja porque a lei ou sua inteligência admita o impulso inicial pela parte, seja admitindo-se uma sua capacidade postulatória, seja considerando este requerimento apenas como condição para provocar a atuação de ofício do juízo, é mister que, não sendo possível por qualquer razão aos interessados formular o pedido, ou reduzi-lo a termo, existam serventuários da justiça aptos a fazer as devidas reduções.

Em outras palavras, a exemplo do que ocorre nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho, faz-se ne-

cessária a disponibilização de servidores da Justiça que formalizem os pedidos trazidos pelas partes para levar à apreciação judicial.

Desta maneira, os procedimentos de jurisdição voluntária se iniciariam com requerimento formulado pelas próprias partes por escrito ou oralmente diante de serventuário qualificado para reduzir a termo as alegações e os pedidos. Ou mediante petição assinada por profissional legalmente habilitado para tanto. Ou ainda por iniciativa do Ministério Público.

Note-se que a participação do advogado não está excluída, mas apenas deixa de ser necessária para iniciar e impulsionar o procedimento.

Afora o modo de ingresso, os demais atos continuariam sendo praticados sem alteração de qualquer espécie ou natureza.

Admitir que estes procedimentos sejam dotados de caráter administrativo possibilita a atuação de ofício do juiz, mediante mero requerimento da parte. Ou ainda, viabiliza aos interessados iniciarem e impulsionarem tais feitos. Ou mesmo como uma terceira via, permite que o Ministério Público seja acionado como substituto processual, hipótese permitida por lei.

De toda sorte, qualquer dessas possibilidades permite que o acesso se dê mesmo quando as partes não possam ou não queiram se utilizar dos serviços de advogados legalmente habilitados. Não que a atuação desses profissionais não seja relevante. Apenas se reconhece que a exigência de sua atuação inviabiliza a uma parcela considerável da população o acesso à prestação do serviço público. Em sendo, portanto, prescindível sua participação é forçoso admitir esta circunstância em benefício das partes envolvidas ou, em última análise, da garantia dos princípios constitucionais.

Notas

¹ Constituição Federal, art. 5º, XXXV.

² CHIOVENDA. *Istituzioni di diritto processuale civile*, tradução de J. Guimarães Menegale: Instituições de direito processual civil, São Paulo, Saraiva, 1969, vol. II, n. 137 a 140, pp. 3 a 14.

³ NERY JÚNIOR, Nelson *et* Rosa Maria Andrade Nery. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 207.

⁴ BORGES, Marcos Afonso. *Jurisdição Voluntária. Direito processual civil*. Conferências, p. 211.

⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*, p. 32.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 35.

⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Ob. Cit.*, p. 33.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson *et* Rosa Maria Andrade Nery. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 908.

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson *et* Rosa Maria Andrade Nery. *Ob. cit.* p. 911.

¹⁰ *Idem*, p. 910.

¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson *et* Rosa Maria Andrade Nery. *Ob. cit.*, p. 227/228.

¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ob. cit.*, p. 171.

¹³ NERY JÚNIOR, Nelson *et* Rosa Maria Andrade Nery. *Ob. cit.*, p. 908.

Referências bibliográficas

BORGES, Marcos Afonso. *Jurisdição voluntária. Direito processual civil. Conferências. Revista de Processo. Vol. 11-12.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 4 ed., .rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

CHIOVENDA. *Istituzioni di diritto processuale civile*, tradução de J. Guimarães Menegale: *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson; Rosa Maria Andrade Nery. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Corte Especial

Conflito de Competência

2006.01.00.031245-0/BA

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Autora:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Réu:	Gélio da Silva Figueiredo
Advogados:	Dr. Antônio Pinheiro de Queiroz e outro
Suscitante:	Des. Federal da 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Suscitado:	Des. Federal da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Publicação:	DJ 2 de 06/07/2007

Ementa

Administrativo. Concurso público. Posse. Exercício. Candidato nomeado. Discussão, anterior à posse, do critério de lotação. Vagas oferecidas no edital do concurso. Competência da 3ª Seção.

I – Não havendo posse, seguida da entrada em exercício, não há falar-se na condição jurídica de servidor público. Discutindo o agravado, antes de tomar posse, o critério de lotação praticado pela Administração, levando em conta as vagas oferecidas no edital do concurso, o feito deve ser julgado pela 3ª Seção, que tem em sua esfera de competência o direito administrativo, inclusive concursos públicos (arts. 6º, III e 8º, § 3º, II - RI). A competência da 1ª Seção, que cuida de servidores públicos, somente se firma em relação às situações jurídicas constituídas após a posse e, sobretudo, ao exercício, que marca o início dos direitos e deveres funcionais.

II – Conflito conhecido e julgado procedente, para declarar a competência da 3ª Seção, órgão suscitado.

Acórdão

Decide a Corte Especial conhecer o conflito e julgá-lo procedente, para declarar a competência da 3ª Seção, órgão suscitado, à unanimidade.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 31/05/2007.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre a 1ª e 3ª Seções deste Tribunal, nos autos de Agravo de Instrumento 2006.01.00.031245-0/BA, interposto pela União contra liminar proferida na 1ª Vara Federal/BA, nos autos da Ação Cautelar 2006.33.00.010685-4, para suspender a posse do autor, ora agravado, no cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, para o qual

fora nomeado pela Portaria 701, de 28/06/2006, até o trânsito em julgado da sentença a ser proferida na ação principal. (Cf. decisão de fls. 41-42.)

O autor da cautelar preparatória deduziu pretensão de suspensão do prazo para a posse no cargo para o qual fora nomeado, sob o argumento de que foi designado para exercer a atividade na cidade de Vitória da Conquista/BA, ao passo que sua esposa, Alice Maria da Silva Pinheiro Figueiredo é Juíza Titular da Vara da Justiça do Trabalho na cidade de Estância/SE (TRT da

20ª Região), não apresentando possibilidade de remoção para a 5ª Região, situada no Estado da Bahia, para onde foi o autor nomeado.

Sustenta o candidato que existem vagas não preenchidas no âmbito da Receita Federal em Sergipe que não teriam sido disponibilizadas no certame, e que a sua pretensão vai ao encontro da proteção conferida pela Constituição Federal à criança e à convivência familiar. Afirma a União, diversamente, que a distribuição na lotação dos candidatos aprovados é matéria inscrita no âmbito de discricionariedade da Administração Pública, não havendo, por outro lado, que se falar em aplicação do art. 36 da Lei 8.112/1990, já que a esposa do autor não foi deslocada.

Para a Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, integrante da 3ª Seção, a quem primeiro foi distribuído o feito, a matéria discutida nos presentes autos — alteração de lotação de servidor público já nomeado com o escopo de aproximá-lo de sua família — não se insere no núcleo competencial “concursos públicos”, da alçada da 3ª Seção, e sim na alçada da 1ª Seção, que trata servidores públicos, ressaltando que “não mais se trata da disputa entre candidatos, característica do concurso público, mas de pretendida alteração de lotação com apoio em regras legais e constitucionais que tratam do direito de remoção e redistribuição de servidores e da proteção da família”. (Cf. despacho de fls. 69-70.)

Redistribuído o feito ao Des. Federal José Amílcar Machado, integrante da 1ª Seção, este suscitou o presente conflito de competência, sob o fundamento de que “visa o ora agravado primeiro alterar sua lotação para após tomar posse e entrar em exercício, quando efetivamente tornar-se-á servidor público”. (Cf. despacho de fl. 74.)

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Marcelo Antônio Ceará Serra Azul (fls. 101-105), opina pela competência da 3ª Seção.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Afirmo o despacho suscitado que a matéria discutida nos presentes autos — alteração de lotação de servidor público já nomeado com o escopo de aproximá-lo de sua família — não se insere no núcleo competencial “concursos públicos”, da alçada da 3ª Seção, e sim na alçada da 1ª Seção, que trata servidores públicos, ressaltando que “não mais se trata da disputa entre candidatos, característica do concurso público, mas de pretendida alteração de lotação com apoio em regras legais e constitucionais que tratam do direito de remoção e redistribuição de servidores e da proteção da família”. (Cf. despacho de fls. 69-70.) Já nos termos do despacho que suscitou o presente conflito (fl. 74), não se trata de matéria de servidor público, e sim de concurso público, considerando que “visa o ora agravado primeiro alterar sua lotação para após tomar posse e entrar em exercício, quando efetivamente tornar-se-á servidor público”.

Com a devida licença, tenho que se trata de matéria da alçada da 3ª Seção. A hipótese não é de remoção de servidor público, como entendeu o despacho suscitado, pois o agravado sequer tomou posse no cargo para o qual foi nomeado. Aprovado em concurso público para Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil – AFRB, nos termos do Edital 70, de 21/10/2005, que estabelecia o número de vagas nas diferentes unidades da Federação (fl. 48), optou pela nomeação para Vitória da Conquista/BA (fl. 16), e, antes de tomar posse, insurgiu-se contra a lotação prevista e escolhida, pretendendo ser lotado no Estado de Sergipe, onde reside a sua mulher, Juíza do Trabalho na cidade de Estância, naquele Estado.

Os assuntos relativos a servidores públicos, em termos de competência, dizem respeito às situações jurídicas posteriores à posse e, sobretudo, ao exercício, visto que, como destaca a Procuradoria Regional da

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Italo Fioravanti Sabo Mendes, José Amílcar Machado, Daniel Paes Ribeiro, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Maria do Carmo Cardoso (convocada em substituição ao Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira, em férias), Tourinho Neto, Catão Alves e Jirair Aram Meguerian. Ausentes, eventualmente, os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias, Mário César Ribeiro e Carlos Moreira Alves. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz e Antônio Ezequiel da Silva.

República, com base na lição de Hely Lopes Meirelles, não havendo posse, o provimento não se completa, não podendo haver o exercício da função pública. “A posse marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos.” (fl. 104).

É de enfatizar-se, ainda, que a matéria relativa aos critérios adotados pela Administração Pública na lotação dos aprovados em concurso público, no caso, encontra suporte na disposição editalícia de distribuição das vagas cujo provimento se pretende realizar, critério que, da mesma forma, leva a matéria para a alçada da 3ª Seção, que cuida de direito administrativo, inclusive concursos públicos, como tem decidido esta Corte em casos recentes.

Com efeito, em precedente de certo modo assemelhado, no qual se discutia o critério de lotação adotado pelo Departamento de Polícia Federal no provimento dos cargos de agente de Polícia Federal, mais precisamente de escolha de lotação para o efetivo exercício do cargo, com base no edital do concurso, foi decidido que a matéria deveria ser julgada pela 3ª Seção, restando a questão assim ementada:

Administrativo. Agente de Polícia Federal. Concurso público. Preferência no exercício do direito de escolha da lotação. Regras do edital regente do concurso.

1. Buscando os impetrantes, em face das normas do edital, norma regente do concurso, o reconhecimento do direito de preferência na escolha das vagas de lotação, para o futuro exercício, o feito deve ser julgado pela 3ª Seção, que tem em sua esfera de competência o direito administrativo, inclusive concursos públicos (arts. 6º, III e 8º, § 3º, II – Regimento Interno).

2. Conflito conhecido e julgado procedente, para declarar a competência da 3ª Seção, órgão suscitado. (CC 2006.01.00.021201-6/DF, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, decisão de 03/05/2007, maioria).

Na oportunidade, ressaltou-se, ainda, que matéria da mesma similitude vem sendo julgada pela 3ª Seção. AG-2003.01.00.039211-4/MA, AC-2003.39.00.011658-0/PA e AG 2004.01.00.001407-6/PA, o que vem a corroborar a tese do suscitante.

Embora não se trate de disputa entre candidatos, característica do concurso público, na expressão da de-

cisão suscitada, cuida-se de matéria situada entre o final do concurso e a nomeação — fixação da lotação —, anterior, portanto, ao termo inicial da condição legal de servidor público, que se dá com a posse. Eventual atendimento da preensão do agravante não terá suporte nos institutos da remoção ou da redistribuição, típicos da condição jurídica de servidor público.

Em face do exposto, conheço do conflito e julgo-o procedente, para declarar competente para o processamento e o julgamento do recurso a 3ª Seção, Relatora a Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, considerando que o autor sequer tomou posse no cargo, não pode realmente ser considerado servidor público, e o que ele pretende é uma alteração de lotação, que é critério previsto no edital do concurso. Portanto, acompanho o Relator.

Primeira Seção

Ação Rescisória

2007.01.00.011489-5/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Autora: Dinéia Pereira do Nascimento

Advogado: Dr. Josivan Almeida da Conceição

Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Publicação: DJ 2 de 06/07/2007

Ementa

Processual Civil. Ação rescisória para desconstituir sentença proferida por Juizado Especial Federal. Incompetência deste Tribunal Regional Federal Primeira Região.

I – Compete à Turma Recursal do Juizado Especial o exame da ação rescisória que visa à desconstituição de sentença proferida pela Turma Recursal do Juizado Especial Federal, uma vez que não há vinculação entre os Juizados Especiais Federais e a Justiça Federal comum e, portanto, não há que se falar em desconstituição de julgado de um órgão por outro.

II – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da Quarta Região e deste Tribunal.

III – Competência que se declina para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, declinar da competência para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 05/06/2007.

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Dinéia Pereira do Nascimento, com fundamento no art. 485, V, do CPC, ajuizou a presente ação rescisória contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando desconstituir a v. sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 23ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos do Processo 2005.34.00.755167-7, que julgou procedente o pedido, condenando o INSS a implantar o benefício de prestação continuada a partir da data do depósito do laudo socioeconômico em juízo, acrescido

de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

A autora sustenta, em resumo, que a decisão rescindenda incorreu em violação a disposição de lei, uma vez que deu entrada no requerimento de benefício por incapacidade aos 09/11/2004 e que houve realização de perícia médica aos 21/02/2003, devendo o benefício ser concedido a partir desta data, pois já era portadora de deficiência desde 1999 e síndrome de imunodeficiência adquirida desde 1998, consoante dispõe a perícia realizada aos 20/12/2005.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — A Constituição Federal/88, em seus arts. 102, I, *j*, 105, I, *e* e 108, I, *b*, determina que a competência para processar e julgar as ações rescisórias dos julgados é do próprio órgão colegiado que os proferiu.

Dessa forma, não estão submetidos à revisão pelos Tribunais Regionais Federais os julgados proferidos pelos Juizados Especiais Federais.

Cuidando de ação rescisória que ataca sentença proferida por Juizado Especial Federal, a competência para seu exame é atribuída ao próprio órgão colegiado revisor que a proferiu. Aos Tribunais Regionais Federais não foi reservado qualquer poder revisional das decisões dos Juizados Especiais Federais, nem, muito menos, das decisões das Turmas Recursais.

Importante destacar que o colendo Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimento no sentido de que a própria Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais é competente para conhecer e julgar ação rescisória para desconstituir sentenças ou acórdãos proferidos por seus integrantes ou pelo Colegiado.

Confira-se:

Processual Civil. Recurso especial. TRFs. Decisões advindas da Justiça especializada. Julgamento. Incompetência. Arts. 98 da CF e 41 da Lei 9.099/1995. Inteligência. Turma recursal. Competência. Juizado Especial Federal. Revisão dos julgados. Precedente. Violação ao art. 535 do CPC. Ausência. Conclusão lógico sistemática do decisum. Incompetência. Impugnação. Inocorrência. Juizados Especiais Federais. Lei 9.099/1995. Aplicabilidade. Não apreciação. Recurso não conhecido.

I – Escorreita a decisão do eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao asseverar não ser competente para o caso vertente, tendo em vista não se inserir a hipótese no comando do art. 108, inciso I, alínea b da Constituição Federal. Neste sentido, os juízes integrantes do Juizado Especial Federal não se encontram vinculados ao Tribunal Regional Federal. Na verdade, as decisões oriundas do Juizado Especial, por força do sistema especial preconizado pela Carta da República e legislação

que a regulamenta, submetem-se ao crivo revisional de Turma Recursal de juizes de primeiro grau.

II – Segundo o art. 98 da Constituição Federal, as Turmas Recursais possuem competência exclusiva para apreciar os recursos das decisões prolatadas pelos Juizados Especiais Federais. Portanto, não cabe recurso aos Tribunais Regionais Federais, pois a eles não foi reservada a possibilidade de revisão dos julgados dos Juizados Especiais.

III – A teor do art. 41 e respectivo § 1º, da Lei 9.099/1995 (aplicável aos Juizados Especiais Federais, por força do art. 1º da Lei 10.259/2001), os recursos cabíveis das decisões dos juizados especiais devem ser julgados por Turmas Recursais.

IV – No RMS. 18.433/MA, julgado por esta eg. Turma recentemente, restou assentado o entendimento de que os Juizados Especiais foram instituídos no pressuposto de que as respectivas causas seriam resolvidas no âmbito de sua jurisdição. Caso assim não fosse, não haveria sentido sua criação e, menos ainda, a instituição das respectivas Turmas Recursais, pois a estas foi dada a competência de revisar os julgados dos Juizados Especiais.

V – Descabida a interposição do recurso especial com base no art. 535 do Código de Processo Civil, sob a alegação de pretensa omissão, quando a matéria objeto do recurso restou apreciada à exaustão pela instância a quo.

VI – Ademais, compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo *decisum*, como ocorre in casu. Precedentes.

VII – Evidencia-se, ainda, inviável a apreciação de qualquer defeito na decisão atacada, tendo em vista ter o Tribunal de origem declinado de sua competência em favor da Turma Recursal da Seção Judiciária do Paraná. Desta forma, seria o caso de o Instituto Previdenciário impugnar diretamente o fundamento da incompetência e não alegar ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. Precedente.

VIII – No tocante à violação ao art. 1º da Lei 10.259/2001, descabido seu conhecimento em sede de recurso especial, porquanto a Corte Regional limitou-se a declinar de sua competência à Turma Recursal, sem apreciar a questão da aplicabilidade ou não da Lei 9.099/1995 no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Em consequência, não se examinou a possibilidade do ajuizamento de ação rescisória na esfera dos Juizados Especiais Federais.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, José Amílcar Machado, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e os Exmos. Srs. Juizes Federais Mônica Neves Aguiar da Silva e Cleberon José Rocha (convocados).

IX – Recurso especial não conhecido. (STJ, 5ª Turma, REsp 722.237/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, unanimidade, DJ 23/05/2005, p. 345.)

Dessa forma, cumpre verificar a absoluta incompetência deste Tribunal para processar e julgar a presente ação rescisória proposta para rescindir sentença proferida pelo Juízo da 23ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, já que a competência recursal relativamente às decisões proferidas pelo Juizado Especial, bem assim a propositura de ação rescisória recai sobre as respectivas Turmas Recursais.

No mesmo sentido, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como se verifica pelo excerto dos seguintes julgados:

Processo Civil. Agravo regimental. Ação rescisória. Competência. JEF.

1. Inexistindo vinculação jurisdicional entre os Juizados Especiais Federais e a Justiça Federal comum, não há falar, por decorrência lógica, em desconstituição de julgado de um órgão por outro. A competência para a revisão, desconstituição ou anulação das decisões judiciais (seja pela via recursal, rescisória, por ação anulatória ou mesmo que-rela nullitatis), é do próprio sistema que a proferiu, assim o sendo também quanto à sua execução.

2. Agravo regimental desprovido. (TRF 4ª Região, 3ª Seção, AGRAR 2005.04.01.052670-3/RS, Rel. Des. Federal Celso Kipper, DJ 22/03/2006, p. 446.)

Previdenciário. Ação rescisória. Pretensão de desconstituição de acórdão da Turma Recursal do JEF. Declinação de competência. Agravo regimental. Art. 108, inc. I, letra d, CF. Inaplicabilidade.

1. Embora haja hierarquia administrativo-funcional dos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais em relação aos Tribunais Regionais Federais, inexistente — em face de os JEFs apresentarem estrutura e princípios próprios e peculiares —, vinculação jurisdicional e, assim, não há possibilidade de desconstituição de julgado de um órgão por outro, ou seja do Juizado Especial Federal ou de Turma Recursal por este Tribunal Regional Federal.

2. Resta, desse modo, inaplicável o disposto na letra b do inc. I do art. 108 da CF à hipótese presente, porquanto os Juizes Federais com jurisdição nos Juizados Especiais Federais ou em suas Turmas Recursais não se encontram vinculados jurisdicionalmente aos Tribunais Federais respectivos, conquanto inegável, como já se disse, sua vinculação administrativo-funcional.

3. Agravo regimental desprovido. (TRF 4ª Região, 3ª Seção, AGRAR 2005.04.01.054576-0/RS, Rel. Des. Federal Eloy Bernst Justo, DJ 22/03/2006, p. 444.)

Não diverso é o entendimento firmado por este Tribunal:

Processual Civil. Recurso contra decisão proferida pelo Juizado Especial Estadual Cível. Competência da respectiva Turma Recursal.

1 – A competência recursal para apreciar decisões proferidas pelos Juizados Especiais é das respectivas Turmas Recursais.

2 – Precedente: AC 2002.01.99.026143-5/MG, Rel. Des. Federal José Amílcar Machado, 1ª T., data de julgamento 30/09/2003.

3 – Remessa dos autos à Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. (TRF 1ª Região, 1ª Turma, AC 2004.01.99.009364-0/MG, Rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, DJ 1º/04/2005, p. 55.)

Isso posto, declino da competência para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.

É o meu voto.

Segunda Seção

Embargos Infringentes em Apelação Cível

1998.35.00.013993-4/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Embargante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
Embargado: Victor Vilela de Sousa Pereira Lima
Advogado: Dr. Djalma Pereira de Rezende
Publicação: DJ 2 de 13/07/2007

Ementa

Processual Civil. Embargos infringentes. Desapropriação. Vistoria administrativa. Notificação realizada na véspera. Proprietários menores. Nulidade. Manutenção do voto da maioria.

I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser inválida a notificação do proprietário rural acerca do início de trabalhos de vistoria realizada no mesmo dia (MS 23856, Relator: Ministro Cezar Peluso, *in DJU* de 08/10/2004).

II – No caso, também não se mostra razoável a comunicação concretizada na véspera, principalmente porque há a necessidade da preservação de direitos de menores. O acompanhamento dos trabalhos pelo pai dos proprietários não dispensa a obrigatoriedade da vistoria prévia.

III – Embargos infringentes conhecidos e improvidos.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer dos embargos infringentes e improvê-los.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 27/06/2007.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra (fls. 1296/1314) contra acórdão proferido pela Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal e que restou assim ementado:

Administrativo. Desapropriação Agrária. Notificação para vistoria administrativa.

1. Os procedimentos administrativos pré-expropriatórios devem guardar estrita fidelidade aos comandos legais, sob pena de nulidade, configurando a notificação prévia, segundo o devido processo legal, elemento imprescindível para a validade do

processo administrativo (STF – MS 23.654/SP). A programação da presença da parte — futuro desapropriado — no local da vistoria, de capital importância para o bom andamento dos trabalhos, pode não ser possível se efetuada a notificação na véspera da data da diligência.

2. Embora a presença da parte ao ensejo dos trabalhos de campo possa, em princípio, suprir eventuais defeitos da notificação para a vistoria, isso não ocorre quando for ela representante legal de menores, estes os proprietários do imóvel, cujos direitos são indisponíveis. Hipótese em que se declara nula a vistoria administrativa, por inobservância de formalidade legal e, por consequência, do decreto declaratório do interesse social.

3. Provitamento da apelação (fl. 1292).

Sustenta o Incra, em síntese, que “não se pode admitir que a notificação promovida pela Superintendência Regional do Incra do Estado de Goiás, por meio do OFÍCIO/INCRA/SR-04/G/Nº 793, de 14/05/1998 (doc. junto, fls. 335), feita aos menores Victor Vilela de Sousa Pereira Lima e Mariana Vilela de Sousa Pereira Lima, proprietários do imóvel rural denominado Fazenda Santa Martha/Porteirão, na pessoa de sua representante legal e mãe — Rosane Filomena Vilela — (art. 384, V, do Código Civil de 1916 e art. 8º do CPC), no dia 27/05/1998, que aceitou a notificação e exarou seu ciente, especialmente de que a vistoria no imóvel rural iniciar-se-ia a partir do dia 28/05/ 1998, não deve ser considerada como notificação prévia, consoante art. 2º, § 2º, da Lei 8.629/1993. Inclusive, com a especialidade de que o pai e também representante legal dos proprietários (art. 384, V, do Código Civil de 1916 e art. 8º do CPC), Senhor Caio de Souza P. Lima acompanhou participando dos trabalhos de campo da equipe técnica de vistoriadores que foram realizados nos dias 28/05/1998 a 30/05/1998 conforme Relatório Técnico Preliminar 047/1998, assinado pelo engenheiro agrônomo Iron Daniel da Silva (fls. 336/341), que, inclusive, fez constar o seguinte: ‘Nos trabalhos de campo, houve a participação direta do Sr. Caio de Souza P. Lima (pai dos proprietários).’ (fls. 336). E, especialmente, que a notificação na forma efetuada não assegurou aos proprietários, por meio de seus representantes, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, estabelecidos no art. 5º, LIV, LV, da Constituição Federal.” (fls. 1312/1313).

O embargado apresentou contra-razões, às fls. 1316/1321.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 1329/1338, pelo desprovimento do recurso, com a manutenção da decisão atacada.

Sem necessidade de revisão, a teor dos arts. 30-XXI e 31, § 2º, do Regimento Interno.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Quanto à vistoria preliminar, o voto vencido do Relator convocado — Juiz Magno Linhares Moraes — asseverou:

A Fazenda Santa Martha – Porteirão fica localizada na Microrregião – 12, sudoeste do Estado de Goiás, cuja principal atividade é a agropecuária. A sua área registrada em Cartório é de 3.091ha. 00a 13ca (três mil noventa e um hectares e treze centiares). Fica a 358 Km de Goiânia e possui fácil acesso através da BR-58. O clima predominante na região é o tropical úmido com duas estações definidas, uma chuvosa e a outra seca. Tem relevo predominantemente suave ondulado. A vegetação é, em maior proporção, do tipo savana arborizada (cCampo Cerrado), e em menor proporção do tipo savana florestada (Cerradão). Possui, ainda, área de reserva legal averbada em Cartório.

Esse imóvel foi considerado improdutivo, e assim declarado de interesse social para fins de reforma agrária, em face de levantamento técnico realizado por servidores do Incra, que constataram um Grau de Utilização de Terra — GUT de 63,35% e um Grau de Eficiência na Exploração — GEE de 87,08%, considerando o ano civil de 1997.

A referida vistoria preliminar foi empreendida no período de 28 a 30 de maio de 1998, tendo a comunicação escrita sido recebida pelo representante legal dos autores no dia anterior ao início dos trabalhos de campo.

Nesse contexto, não assiste razão aos apelantes quando sustentam a nulidade da vistoria. É que a jurisprudência sedimentou entendimento de que se considera válida, e, capaz de legitimar eventual declaração expropriatória para fins de reforma agrária, a notificação realizada um dia antes do início dos trabalhos de apuração de dados e informações.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já assentou que: “Considera-se prévia a notificação entregue um dia antes da vistoria, se o proprietário a recebe e, no dia seguinte, sem oposição alguma, acompanha os trabalhos dos técnicos do Incra, demonstrando pela sua aquiescência que já estava preparado para esclarecer as dúvidas que porventura pudessem ser levantadas” (MS 24.036-9/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12/04/2002).

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Tourinho Neto, Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado).

Noutro julgado, a Excelsa Corte decidiu o seguinte: “Improcedência da alegação de nulidade do Decreto em causa, uma vez que, não havendo prova documental em contrário, tem-se que, no caso, a vistoria se fez, com a concordância do proprietário do imóvel rural, a partir do dia seguinte em que a notificação foi recebida, sendo ela, portanto, prévia” (MS 23.369/GO, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 09/02/2001).

Note-se que a vistoria administrativa foi acompanhada pelo senhor Caio de Souza Pereira, pai dos proprietários.

A menoridade dos apelantes não altera esse entendimento. Afinal, a única exigência da lei é que a notificação seja prévia, ou seja, antes do início dos trabalhos de campo. Nesse aspecto, não há distinção pela qualidade pessoal dos proprietários do imóvel. Por outro lado, inexistiu renúncia aos direitos dos proprietários por parte de seu representante legal. Pelo contrário, o senhor Caio de Souza, ao acompanhar os trabalhos preliminares de vistoria (fls.100/105) e posteriormente os trabalhos complementares de avaliação da terra nua, das suas acessões naturais e das benfeitorias (fls. 282/321), estava exercendo e cumprindo o seu poder/dever de zelar pelo patrimônio de seus filhos, demonstrando com essa atitude ser vigilante no desempenho de pai. Haveria renúncia se fosse omissivo, e assim mesmo, aceitasse inerte as conclusões apresentadas pelos assistentes do Incra, fato que não ocorreu.

Por conseguinte, não vislumbro irregularidade da notificação e muito menos violação aos postulados constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (fls. 1275/1277).

Já o voto vencedor, da lavra do Desembargador Federal Olindo Menezes, estabeleceu:

Como foi dito, a propriedade pertence a dois menores impúberes, sendo o Ofício/INCRA/SR-04/G 793, de 14/05/1998, que serviu de notificação aos proprietários, entregue à pessoa de Rosane Filomena Vilela Pereira Lima, mãe dos desapropriados, no dia 27/05/1998, iniciando-se a vistoria no dia seguinte, 28/05/1998 (fl.335), com a presença do pai dos menores, Caio de Souza Pereira Lima, o que levou o Relator a conferir validade ao ato, invocando precedente do STF, no MS 24.036-9/DF, considerando prévia a notificação entregue um dia antes de vistoria, se o proprietário a recebe e, no dia seguinte, sem nenhuma oposição, acompanha os trabalhos do técnico do Incra, demonstrando com sua aquiescência que já estava preparado para esclarecer as dúvidas que pudessem ser levantadas.

Com a devida vênia do Relator, tenho ponto de vista diferente. Estabelece a lei que o órgão federal competente (o Incra, no caso) é autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, mediante “prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou seu representante”. (Lei 8.629/1993 – art. 2º, § 2º, com a redação da Medida Provisória 2.183-56, de 24/08/2001); e que “Os laudos de vistoria, bem como as atualizações cadastrais resultantes, serão comunicadas ao proprietário do imóvel rural, que poderá exercer, no prazo de 15 (quinze) dias, direito de manifestação”. (Decreto 2.250, de 11/06/1997 – art. 3º).

Embora a lei não fale em prazo, o natural é que a notificação seja feita em tempo antecedente razoável para permitir que os proprietários, querendo, possam buscar assessoria técnica para acompanhar os trabalhos da equipe do Incra, o que obviamente não pode ocorrer quando ocorre num dia e os trabalhos são iniciados no dia seguinte, como na hipótese, não tendo relevo infrumativo dessa irregularidade o fato de ter o pai dos menores — Caio de Souza Pereira Lima — acompanhado os trabalhos. Sua presença não pode ser interpretada como renúncia ao devido processo legal da vistoria, pois, como representante legal dos menores, não tinha poder de disposição sobre os seus direitos, senão os de mera administração (art. 1.691 – Código Civil).

Não constitui mera formalidade a notificação escrita de vistoria na pessoa do proprietário, pois a programação da sua presença no local, de capital importância para o bom andamento dos trabalhos, pode não ser possível a partir de uma simples comunicação não receptícia, valendo ressaltado que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a substituição da expressão “notificação prévia” por “comunicação escrita”, no § 2º do art. 2º da Lei 8.629/1993.

A providência, portanto, traduz formalidade essencial à validade do decreto expropriatório, porquanto se faz necessária, quando de sua realização, a presença do proprietário, preposto ou seu representante legal, que possibilite o acompanhamento e defesa de seus interesses diante do que ali for apurado. É o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 23.675/AC, de que foi relator o Ministro Néri da Silveira:

Não é possível dar à notificação prévia em exame a natureza que lhe pretende reconhecer o Incra, nas informações (fl. 101), de simples comunicação de que servidores da Autarquia inspecionarão o imóvel. No Mandado de Segurança 22.164, o ilustre Ministro Celso de Mello anotou, refletindo o pensamento predominante na Corte, que a notificação prévia do proprietário de imóvel rural,

pela União, para efeito de levantamento de dados e informações, prevista no referido dispositivo legal, constitui formalidade essencial à validade do decreto expropriatório. Decerto, podendo o proprietário acompanhar, inclusive com a assistência de técnico, a vistoria, terá ensejo de fornecer, na defesa de seus interesses, as informações e dados sobre o imóvel a serem eventualmente considerados no Relatório a ser feito pelo Incra. Ora, se na notificação não se faz indicação de data para a vistoria, não se está a garantir ao proprietário até esse procedimento, durante os trabalhos de levantamento das condições do imóvel. Não basta, no particular, afirmar que, posteriormente, lograra o proprietário a oportunidade de impugnar o Relatório da Comissão. No caso, ademais, a data somente se informou à Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Acre, como se vê do Ofício, por cópia, às fl. 72, sendo que a Federação da Agricultura do Estado do Acre não foi previamente notificada sobre a referida vistoria, qual resulta do documento de fl. 82, fato, de resto, comprovado pela data do Ofício de fl. 136, datado de 04/10/1999, informando que o Incra procederá ao levantamento nos imóveis dos impetrantes, sem indicação de data, quando, em realidade, a vistoria já se realizara, a partir de 13/09/1999, consoante está no Ofício dirigido à Federação dos Trabalhadores na Agricultura no referido Estado. Compreendo, desse modo, na linha da orientação da Corte sobre a importância da notificação prévia, que esta, na espécie, não se pode ter como legitimamente realizada, do que resulta repercutir esse vício na validade do processo administrativo, que culminou no decreto impugnado.

Pode-se objetar que “não há preceito legal que condicione a validade da vistoria à presença do proprietário do imóvel. A notificação prevista na Lei 8.629/1993 tem por finalidade assegurar ao proprietário o direito de acompanhar os trabalhos técnicos do Incra ou indicar preposto ou representante.”

Mas, como se ressaltou, a notificação prévia do proprietário de imóvel rural, pelo Incra, para efeito de levantamento de dados e informações, prevista no referido dispositivo legal, constitui formalidade essencial à validade do decreto expropriatório, o que no caso mais ainda se agrava pelo fato de cuidar-se de menores.

No ponto, é oportuno transcrever parte do parecer da Procuradoria Regional da República, firmado pelo Procurador Regional Dr. Odím Brandão Ferreira, nos seguintes termos:

“Com a devida vênia ao juízo recorrido, entre a situação apreciada no acórdão citado e a comunicação efetivada no presente caso, não existe nenhuma diferença, pois, em ambos os casos, restou

patente a insuficiência do tempo decorrido entre a notificação e a vistoria, para a adoção de providência mínima necessária à defesa do direito afetado pelo ato. Recorde-se que a notificação expedida neste caso se deu na véspera do início da vistoria preliminar do imóvel pelo Incra.

Definitivamente, não se ignora neste estudo a existência do acórdão também do STF, que considerou válido o ingresso do Incra em determinada propriedade no dia seguinte à notificação, por entender que o comportamento do proprietário, na ocasião, dispensou tacitamente a garantia, de que trata o art. 2º, § 2º, da Lei 8.629. Apenas não se vislumbra nenhuma similaridade entre aquela situação e o presente caso.

Com efeito, mesmo que se admita, em tese, a possibilidade de convalidação da notificação irregular, quando o proprietário não se oponha ao ingresso do Incra no imóvel, dispensando, assim, a garantia que a Constituição e a lei lhe conferem, tal argumento não se aplicaria à hipótese em causa. A razão parece simples: os titulares do direito ameaçado pela atuação administrativa impugnada neste feito ainda são menores absolutamente incapazes, porque têm, hoje, 7 e 9 anos de idade (f. 26). Portanto, ainda que seus representantes legais dispensassem tacitamente a garantia de defesa prevista no art. 2º, § 2º, da Lei 8.629, tal comportamento não pode ser utilizado como argumento para convalidar o ato, porque contrário aos interesses dos menores: seu patrimônio não é composto por direitos disponíveis. Logo, ninguém poderia abrir mão de seus bens, sob pena de violação do art. 5º, I, c/c 69 e 386 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos.

Caracterizada a existência de vício insuperável a contaminar a vistoria preliminar, segue-se a nulidade de todos os atos administrativos subsequentes, dentre eles o decreto presidencial que declarou o interesse público do imóvel, com base naquele procedimento administrativo. Acaso insistir na desapropriação do bem, o Incra deverá iniciar outro procedimento, destinado à verificação da produtividade do imóvel, para o qual os proprietários deverão ser previamente notificados, de acordo com o princípio norteador do art. 2º, § 2º, da Lei 8.629”.

Em face do exposto, dou provimento à apelação, acolhendo a preliminar, julgo procedente a ação, decretando a nulidade da vistoria administrativa e, por conseqüência, do decreto presidencial de 14/10/1998, que declarou o imóvel de interesse social para fins de reforma agrária, ficando, na seqüência, reformada a sentença, condenando o Incra no reembolso das custas, extensivas aos honorários

periciais, e em honorários advocatícios de 5% do valor da causa. (fls. 1286/1289).

Merece prestígio o voto vencedor. Entendo que, quando a lei prevê a necessidade de notificação prévia, visa possibilitar ao proprietário condições de preparar-se para a vistoria. O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que, quando a comunicação ao proprietário ocorre no dia, ela é inválida. Neste sentido, transcrevo:

Ementa: Desapropriação. Interesse social. Reforma Agrária. Imóvel rural. Levantamento de dados e informações. Vistoria. Prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou representante. Elemento essencial do devido processo da lei (due process of law). Inobservância. Proprietários cientificados apenas no dia de início dos trabalhos da vistoria. Comunicação anterior recebida por terceiro. Nulidade do decreto reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Segurança concedida. Aplicação do art. 2º, § 2º, da Lei 8.629/1993, cc. art. 5º, LIV, da CF. Precedentes. É nulo o decreto expropriatório de imóvel rural para fim de reforma agrária, quando o proprietário não tenha sido notificado antes do início dos trabalhos de vistoria, senão no dia em que esses tiveram início, ou quando a notificação, posto que prévia, não lhe haja sido entregue pessoalmente, nem a preposto ou representante seu. (MS 23856, Relator: Ministro Cezar Peluso, in DJU de 08/10/2004).

Creio que a dedução do STF no julgamento acima ementado, aplica-se à hipótese presente, pois não houve nem 24 (vinte quatro) horas de antecedência entre a notificação e o início da vistoria.

Ademais, os proprietários do imóvel são menores e, sendo assim, as garantias quanto à defesa de seus interesses devem ser asseguradas com maior rigor.

Por fim, tenho que o acompanhamento do pai dos menores aos trabalhos de campo não afasta o vício insuperável da comunicação intempestiva.

Diante do exposto, conheço dos embargos infringentes e lhes nego provimento.

É o voto.

Terceira Seção

Mandado de Segurança

2004.01.00.000641-8/PI

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente
Impetrantes: Cityplan – Empreendimentos e Construções Ltda. e outro
Advogados: Dr. Filadelfo Chagas Barreto e outro
Impetrado: Procurador da República no Estado do Piauí
Publicação: DJ 2 de 13/07/2007

Ementa

Processual Civil. Mandado de segurança contra ato praticado por Procurador da República. Competência funcional do juiz federal (CF, art. 109, inciso VIII).

I – Tendo o ato impugnado, como no caso, sido praticado por Procurador da República, falece competência originária a este Tribunal Regional Federal da Primeira Região, para processar e julgar o *mandamus*, a teor do que dispõe o art. 109, inciso VIII, da Constituição Federal, na determinação de que compete aos juízes federais processar e julgar “os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais” (CF, art. 109, VIII), na medida em que a referida autoridade não se enquadra nas hipóteses elencadas no art. 109, inciso I, alínea c, do mesmo texto constitucional.

II – Declarou-se a incompetência absoluta do TRF da 1ª Região para processar e julgar o presente mandado de segurança, com a determinação de remessa dos autos ao juízo competente, no caso, o da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí, restando sem efeito o ato decisório praticado pela egrégia Presidência desta Corte Federal.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, declarar a incompetência absoluta do TRF 1ª Região para processar e julgar o mandado de segurança e determinar a remessa dos autos ao juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 12/06/2007.

Desembargador Federal Souza Prudente, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cityplan – Empreendimentos e Construções Ltda. e outro contra ato supostamente coator, consubstanciado na recomendação expedida e constante do Ofício 647/2003-PR/PI-SPA, da lavra do Exmo. Sr. Procurador da República no Estado do Piauí, dirigida à Secretaria Nacional de Habitação, vinculada ao Ministério

das Cidades, no sentido de que não efetue o repasse de qualquer valor do Programa Habitar Brasil – BID, ao Município de Parnaíba/PI, em decorrência de indícios de fraude no respectivo procedimento licitatório.

Em suas razões iniciais, sustentam as impetrantes terem sido contratadas pelo referido Município para execução de obras inseridas no Programa Habitar Brasil – BID, a que se reportam o edital de Concorrência 004/2003. Ocorre que, após a celebração do contrato em referência, sobreveio a recomendação ora impug-

nada, em que o Sr. Procurador da República no Estado do Piauí, desamparado de qualquer fundamentação legal e sem observância do devido processo legal, sugeriu, com sucesso, ao Ministério das Cidades, através da Secretaria Nacional da Habitação, a suspensão do repasse dos recursos destinados ao programa em referência, inviabilizando o prosseguimento das obras. Acrescentando, pois, que o ato impugnado se lhe afigura manifestamente abusivo, requer a concessão da ordem, para sobrestar-se, em caráter definitivo, a sua eficácia (fls. 3/11).

O presente *mandamus* foi ajuizado, originariamente, perante o juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí, tendo o juiz plantonista declinado da competência, em favor deste egrégio Tribunal (fls. 57/58).

Deferida a antecipação da tutela mandamental (fls. 62/63) e colhidas as informações da autoridade impetrada (fls. 71/76), no amparo da documentação de fls. 77/187, pronunciou-se a douta Procuradoria Regional da República, preliminarmente, pela incompetência deste egrégio Tribunal, na linha do entendimento jurisprudencial já firmado, no sentido de que, em se tratando de mandado de segurança impetrado contra ato praticado por Procurador da República, como no caso, a competência é do juízo federal de primeiro grau, razão por que postula a revogação da medida liminar deferida nestes autos, remetendo-se o feito, posteriormente, àquele juízo (fls. 203/206).

Consta, ainda, às fls. 209/220, cópia de decisões proferidas pelo juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí, nos autos da Ação Civil Pública 2004.40.00.000314-8, ajuizada pelo Ministério Público Federal, determinando a suspensão da execução do contrato de prestação de serviços descrito nestes autos, bem assim, dos repasses de recursos a ele relacionados.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Nos termos do art. 108, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, “os mandados de

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene de Almeida, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albarnaz (convocado).

segurança e os habeas-data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal”.

Por sua vez, aos juízes federais, compete processar e julgar “os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais” (CF, art. 109, VIII).

Portanto, sendo o ato apontado como coator da lavra de autoridade federal, como no caso, e não se enquadrando essa autoridade na hipótese prevista no art. 108, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, falece competência a este egrégio Tribunal, para processar e julgar o presente *mandamus*, na espécie, sendo competente, no caso, o juízo federal, perante o qual fora inicialmente ajuizado, na linha, inclusive, do entendimento jurisprudencial já firmado no âmbito desta Corte, conforme se vê dos seguintes julgados:

Mandado de segurança. Autoridade coatora. Procurador da República. Competência.

1. Nos termos do art. 108, I, c, da CF, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal.

2. Tratando-se, no caso, de impetração contra ato de Procurador da República, compete aos juízes federais processar e julgar o mandado de segurança (CF, art. 109, VIII). (MS 2001.01.00.047794-6/DF. Relator Des. Federal Tourinho Neto. Primeira Seção. DJU de 30/10/2002).

Processo Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Competência. Ato do Procurador Geral do Trabalho.

Os Tribunais Regionais Federais, por força do disposto no art. 108, I, c, da Constituição Federal, não têm competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Procurador Geral do Trabalho. Competência da Justiça Federal de primeira instância. (MS 2003.01.00.023096-6/MG. Relator Des. Federal Tourinho Neto. Primeira Seção. Unânime. DJU de 30/09/2003)

Com estas considerações, declaro a incompetência funcional e absoluta deste egrégio Tribunal, para processar e julgar o presente *mandamus* e determino a remessa dos autos ao juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí, que é o competente, no caso, restando sem efeito a decisão liminar de fls. 62 destes autos, da lavra da egrégia Presidência deste Tribunal.

Este é meu voto.

Quarta Seção

Ação Rescisória

2005.01.00.055507-0/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Autora: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. André Alvim de Paula Rizzo

Ré: Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – Chesf

Advogado: Dr. André Bonelli Reboucas

Publicação: DJ 2 de 06/07/2007

Ementa

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto de Importação (II) na internação (em 1990) de “palhetas e peças intermediárias” para a usina (términa de camaçari) por concessionária de energia elétrica (Chesf). Isenção total (DL 8.031/1945); recepção pela CF/1988. Súmula 343: inaplicável. Pedido rescisório improcedente.

I – Sendo constitucional a matéria, atinente aos limites da imunidade tributária em prol de concessionária de energia elétrica (sociedade de economia mista federal) e eventual recepção de isenção pela CF/1988, é inoponível o óbice da Súmula 343/STF.

II – O teor da inicial conduz à percepção de que ambos os fundamentos que alicerçam o dispositivo do acórdão rescindendo restam hostilizados.

III – Aferir se, à luz da legislação de regência, a concessionária de energia elétrica é simples prestadora de serviço público ou, noutro sentido, se atua sob regime jurídico-privado (parcialmente derogado), não induz renovar a lide sob os seus aspectos fáticos, mas, tomando-se em consideração os mesmos fatos (condição de concessionária da ré e a importação em si), implica apenas sopesar se seu enquadramento legal para fins tributários se houve com exatidão ou não frente a normas constitucionais que, se malferidas, importam frontal violação hábil para os fins do art. 485, V, do CPC, conforme precedente (análogo).

IV – Não há incompatibilidade entre a isenção total contida no art. 8º do DL 8.031/1945, em prol de sociedade de economia mista federal, concessionária de serviço público de geração e distribuição de energia elétrica, e a CF/1988 (art. 173, §§1º e 2º, da CF/1988), notadamente porque, ao tempo do fato gerador (março 1990), a orientação constitucional, que refletia a vontade político-governamental de então, era a de que tais atividades (qualificadas à época como típico serviço público) fossem prestadas com exclusividade por concessionárias (integrantes da Administração Indireta).

V – A atuação supletiva e excepcional do Estado na seara econômica privada (art. 173 da CF/1988), permitida se e somente quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, constituir regramento programático, de conceituação jurídica indeterminada e mutável no tempo. Tanto mais quando a atividade em questão não é, só por si, daquelas historicamente reservadas à iniciativa privada. Tal fluidez ou indeterminação conceitual, confessada pela própria autora, abrange, em alguns casos, também a própria distinção entre “serviços públicos” e “atividade econômica”.

VI – Eis o porquê de não se poder considerar que isenção (específica, frise-se) em quadro tal induza violação ao art. 173 da CF/1988 (§§1º e 2º), tendo-se por recepcionada a isenção de que trata o art. 8º do DL 8.031/1945, aplicável às importações de “materiais e equipamentos” destinados às “suas instalações e à conservação e exploração das mesmas”. E mais. Na inteligência (ou na idéia-força) de aludida norma, é impossível “conservar ou explorar” sem que ocorram posteriores e periódicas aquisições de peças sobressalentes ou de reposição (de equipamentos e

materiais) que, por isso, dispensam, para gozo de isenção tributária, normas outras. Há precedentes (que reclamam leitura apropriada).

VII – O exame dos demais atos legislativos colacionados (DL 1.726/1979; DL 2.433/1988; DL 2.434/1988; DL 2.451/1988; Lei 7.988/1989; Lei 8.191/1991; Lei 8.987/1995; e Lei 9.074/1995) os revela (todos) desinfluentes, [a] seja porque não têm força para revogar ou limitar a isenção (específica) contida no art. 8º da DL 8.031/1945 (tanto que nenhum deles a ela se refere); [b] já porque revogados alguns ao tempo da importação; e, não o bastante, [c] porque, alguns deles, fatos legislativos posteriores ao fato gerador.

VIII – A isenção total (DL 8.031/1945) aludida que, só por si, sustenta o acórdão rescindendo, tal como recepcionada, sempre abranque a importação de todo e qualquer equipamento, máquina e peças, inclusive sobressalentes e de reposição, ainda que internadas em momento posterior à entrada dos equipamentos ou das máquinas “principais” (em leitura apropriada que induz plena compreensão de que a idéia-força da isenção é de que ela abrange todo equipamento ou máquina importada destinado “às suas instalações e à conservação e exploração das mesmas”).

IX – Em reforço de argumento, examinem-se os verbetes “conservação” e “exploração” constantes *in* Dicionário Aurélio Eletrônico.

X – Se os argumentos da autora prosperam, no sentido de que há espaço político-econômico para o fim da isenção (art. 1º do DL 8.031/1945) em prol da Chesf (benefício tributário, de regra, não se pereniza), tal deverá se concretizar via revogação “expressa” por lei “específica” (não, tanto menos em sede de ação rescisória, mediante “interpretação” da evolução legislativa aplicável ao tema que induza revogação “implícita”), que, de qualquer sorte, seria inaplicável a fatos geradores pretéritos.

XI – Pedido rescisório improcedente.

XII – Autos recebidos em Gabinete, em 21/06/2007, para lavratura do acórdão. Peças liberadas pelo Relator, em 21/06/2007, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 4ª Seção, julgar improcedente o pedido rescisório por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 23/05/2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:
— Por inicial ajuizada em 21/07/2005, a autora (FN), alegando “violação a literal disposição de lei” (art. 485, V, do CPC), pede a rescisão do acórdão da (extinta) T2-Supl./TRF1 (f. 239/244), Rel. Juiz Conv. Leão Aparecido Alves, de 26/11/2002, nos autos da AC 1999.01.00.117508-2/BA, que, dando provimento à apelação da ora ré¹ para lhe assegurar a isenção de que trata o art. 8º do DL 8.031/1945, reformou a sentença

(f. 200/203) datada de 13/04/1999, do MM. Juiz Federal Substituto Antônio Daniel de Oliveira, da 11ª Vara/BA, que, nos autos da AO 1997.33.00.016532-2, ajuizada em 12/12/1997, objetivando declaração de inexigibilidade do IPI e do II (R\$552.919,37) sobre a importação, em Março 1990, de equipamentos (provenientes da Suíça) para integrar o seu ativo fixo (pallets e peças intermediárias para a Usina Térmica de Camaçari/BA), em face de isenção (contida no art. 2º, IV, *f*, item “5”, do DL 1.726/1979; no art. 8º do DL 8.031/1945; e no art. 17, I, do DL 2.433/1988), julgara improcedente o pedido.

Eis os fundamentos arrolados na ação originária (f. 52):

¹Chesf: Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, sociedade de economia mista federal, concessionária de produção e fornecimento de energia elétrica.

(...)

A demandante, sociedade de economia mista federal, concessionária do serviço público de produção e fornecimento de energia elétrica no âmbito territorial definido pela legislação que a constituiu, com o escopo de garantir a consecução de seus objetivos precípuos, necessitou realizar operações de importação de equipamentos para integrar seu ativo fixo, destinados ao desenvolvimento da sua atividade produtiva, especificamente no que atine a palhetas e peças intermediárias destinadas à Usina de Camaçari, operações estas efetivadas através das declarações de importação de números 000278 e 000279 (...).

Foram as mercadorias descritas nas aludidas declarações de importação desembaraçadas com isenção do (...) – IPI e de Imposto de Importação, ante a vigência do regramento albergado no art. 2º, IV, f, item 5, do Decreto-Lei 1.726/1979.

Inobstante a literalidade do dispositivo legal acima citado, através de procedimento administrativo específico, exigiu a autoridade aduaneira competente, em momento posterior, fosse pela sociedade demandante adimplido valor de R\$ 552.919,37 (...).

Teve a referida exigência supedâneo no entendimento de não estarem os equipamentos importados pela demandante abarcados na norma isencional posta no art. 2º, IV, letra f, item 5, do Decreto-Lei 1.726/1979.

(...)

Ínsitos estão, no art. 153, itens I e IV, da CF/1988, comandos normativos que outorgam à União Federal, competência para, através de lei, instituir impostos sobre a importação e sobre produtos industrializados.

Foram as referidas exações instituídas pela Lei Federal 5.172/1966 – CTN – que, respectivamente através de seus artigos 19 e 46, regulamentaram os fatos geradores do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados:

(...)

A não constituição dos créditos tributários descritos naquele processo administrativo se deu em razão da existência de norma isencional constante do art. 8º do Decreto-Lei 8.031/1945, que dispõe:

“Art. 8º. A Companhia Hidro Elétrica do São Francisco gozará de isenção de direitos de importação para consumo, das taxas e demais tributos a que estiverem sujeitos os materiais e equipamentos que importar, desde que destinados a suas instalações e à conservação exploração das mesmas, bem como de isenção, durante o prazo de 10 (dez) anos, de todos os impostos federais, estaduais e municipais.”

A transcrita prescrição legal constituiu, em favor da demandante, durante toda a vigência da concessão dos serviços públicos de produção e fornecimento de energia elétrica, isenção concernente a todos os tributos incidentes sobre operações de importação de materiais e equipamentos destinados ao desenvolvimento das atividades relativas aos citados serviços.

Os materiais e equipamentos (...) foram adquiridos para incorporarem-se ao ativo fixo (...), de sorte a possibilitar a consecução dos objetivos (...) assumidos (...).

(...)

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviços públicos é direito público subjetivo líquido e certo do concessionário, estando o poder concedente adstrito a não onerar a atividade com qualquer encargo não previsto originalmente.

(...)

(...), havendo estabelecido a União Federal, à época da formalização do contrato de concessão de serviços públicos com a Chesf, ora demandante, isenção tributária concernente aos tributos a que estiverem sujeitos os materiais e equipamentos por ela importados, desde que destinados a suas instalações e à conservação exploração das mesmas (art. 8º, Decreto 031/1945), não pode a mesma União Federal, hodiernamente, em frontal desrespeito ao direito líquido e certo da demandante, pretender cobrar tributos abarcados na citada hipótese isencional.

(...)

Assim dispõe o art. 2º, IV, letra f, item 5, do Decreto-Lei 1.726/1979 (...):

“Art. 2º As isenções ou redução de Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados, a que se refere o art. 1º, ficam limitadas exclusivamente, de conformidade com a legislação respectiva: (...) IV - aos seguintes casos: (...) f) máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos para

uso do importador, desde que: “5” - se destinem à produção e geração de energia elétrica, quando importados diretamente por empresa concessionária, exclusivamente para construção ou ampliação das Usinas.”

Sustentou a autoridade administrativa competente, quando do julgamento da impugnação ofertada pela Chesf ao auto de infração que inaugurou o mencionado processo administrativo fiscal, a impossibilidade de aplicação da norma isencional posta no Decreto-Lei 1.726/1979 ao caso vertente, sob a argumentação que aqueles favores fiscais não se estenderiam à importação de peças, acessórios e sobressalentes.

(...)

Para que restem atendidas as finalidades almejadas pelo legislador ordinário (...), necessária e inexorável a extensão dos favores fiscais (...) não somente aos equipamentos importados, como também às peças, acessórios e sobressalentes essenciais à manutenção daqueles, sob pena de, ao contrário, quedar inutilizado o escopo legislativo, qual seja, o fomento da atividade de produção de energia elétrica.

Os acessórios, componentes do principal, e se destinados a substituir partes de equipamentos importados com favores fiscais, estão necessariamente, contemplados pelos mesmos benefícios.

Neste sentido já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

(...).

Este, o conteúdo da norma isencional constante do art. 17, I, do Decreto 2.433/1988: (...) Ficam isentos do IPI os equipamentos, máquinas, aparelhos, instrumentos e seus respectivos acessórios, sobressalentes e ferramentas, importados ou de fabricação nacional, quando: I - adquiridos por empresas industriais para integrar o seu ativo imobilizado e destinados à instalação, ampliação ou modernização de estabelecimento industrial”

(...)

A incidência do benefício (...) materializa-se pela subsunção das atividades (...) ao elenco descrito no art. 3º do Decreto 87.981/1982, ao tratar da industrialização – características e modalidades:

(...)

O elenco de atividades constante (...) tem caráter meramente exemplificativo (...).

(...)

A demandante, empresa de produção de energia elétrica, o fazendo através de recursos hídricos, transformando a energia mecânica decorrente de quedas d’água em energia elétrica, exerce, inegavelmente, atividade industrial.

(...)

A sentença aludida assim dispôs (f. 200/3), em síntese:

(...)

O ponto nevrálgico do assunto (...) centra-se na possibilidade de recepção ou não do direito pré-constitucional elencado pela Chesf em sua preliminar.

A Constituição é clara ao preceituar no parágrafo segundo do art. 173 que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

(...)

O só fato de uma paraestatal prestar preponderantemente serviço público não justifica a obtenção de benesses fiscais, uma vez que isso desestimularia a atuação de entes privados na área respectiva (...).

(...) *não me resta outra alternativa senão considerar como não recepcionado o direito pré-constitucional (...).*

II – Dispositivo

(...) julgo improcedente o pedido (...).

Condeno a demandante nas custas (...) e honorários (...) arbitrados em R\$10.000,00 (...)

O acórdão rescindendo assim está fundamentado e ementado:

Sociedade de economia mista que explora serviço público sob o regime de monopólio (Chesf). Isenção prevista no Decreto-Lei 8.031/1945. Recepção pela atual constituição.

1. *A vedação contida no art. 173, § 2º, da Carta Magna não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram serviços públicos delegados sob o regime de monopólio, como é o caso das subsidiárias da Eletrobrás, que exploram os serviços de geração e de distribuição de energia elétrica, mas apenas às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em regime de concorrência com as empresas do setor privado.*

2. *Portanto, o art. 8º do Decreto-Lei 8.031/1945 — que estabelece isenção de impostos e taxas em favor da Chesf, subsidiária da Eletrobrás, quanto à importação de materiais e equipamentos destinados às suas instalações e à conservação e exploração das mesmas — foi recepcionado pela atual Constituição.*

(...)

Fundamentação:

1. A vedação contida no art. 173, § 2º, da Carta Magna não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram serviços públicos delegados sob o regime de monopólio (...).

O fim a que visa o dispositivo constitucional em causa é evitar a concorrência desleal entre entidades paraestatais e empresas privadas que explorem a mesma atividade económica (Carta Magna, art. 170, IV).

Ora, não explorando a Chesf atividade económica em regime de concorrência com outras empresas privadas, é inaplicável a ela a vedação em causa.

(...) o art. 8º do Decreto-Lei 8.031/1945 foi recepcionado pela atual Constituição.

2. No caso, a autora importou peças, calços, discos e palhetas destinadas à Usina Térmica de Camaçari (fls. 23/37).

Por sua vez, o art. 8º do Decreto-Lei 8.031/1945 concede isenção em favor da Chesf quanto aos impostos e taxas decorrentes da importação de materiais e equipamentos, desde que destinados às suas instalações e à conservação e exploração das mesmas.

Dessa forma, faz a autora jus à isenção em causa, uma vez que as peças, calços, discos e palhetas se enquadram nas expressões materiais e equipamentos destinados a suas instalações.

Neste sentido:

(... (AC 9205136158, Rel. Juiz Jose Maria Lucena)

(... (AC 9205227927, Rel. Juiz Nereu Santos)

3. Por outro lado, e ainda que se pudesse considerar que o Decreto-Lei 8.031/1945 não foi recepcionado pela atual Constituição, o certo é que remanesceria o direito da autora à pretendida isenção com fundamento no art. 2º, inciso IV, alínea f, nº 5, do Decreto-Lei 1.726/1979. Estabelece o referido dispositivo legal:

“Art. 2º - As isenções ou reduções do (...) [III] e do [IPI], a que se refere o art. 1º ficam limitadas exclusivamente, de conformidade com a legislação respectiva: (...) IV - aos seguintes casos: (...) (f) máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos para uso do importador, desde que: (...) “5” - se destinem à produção e geração de energia elétrica, quando importados diretamente por empresa concessionária, exclusivamente para construção ou ampliação de usinas”.

(...) as peças, calços, discos e palhetas se destinavam à construção da Usina Térmica de Camaçari, enquadrando-se, perfeitamente, na isenção em causa, que se refere a equipamentos, aparelhos e

instrumentos utilizados na produção e geração de energia elétrica, bem como à construção ou ampliação de usinas.

Neste sentido:

(...) (RESP 20983 / PE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira)

(... (AC 9505021291, Rel. Juiz Araken Mariz)

4. (...) dou provimento à apelação para julgar procedente o pedido (...). O valor a ser restituído ((...) abatido o que foi objeto de depósito judicial) deve ser monetariamente corrigido pelos mesmos índices utilizados pela FN. A partir de janeiro 96 incidirá a Selic (...). A União ressarcirá as custas (...) e pagará à ré honorários (...) que fixo em R\$ 10.000,00 (...).”

A autora alega que o *decisum* rescindendo violou literais disposições de lei, quais sejam:

[a] o inciso II do § 1º e o § 2º do art. 173 da CF/1988², pois, além de não serem passíveis de gozo – por sociedades de economia mista, privilégios fiscais inextensíveis às empresas privadas, a autora não é empresa estatal prestadora de serviço público (regime “publicístico” do art. 175 da CF/1988³), mas se dedica a “empreitadas de jaez económico” (regime “privatístico” do art. 173 da CF/1988, parcialmente derogado), destoando o acórdão do atual regime jurídico conferido ao setor elétrico brasileiro (liberalização do mercado), perpetuando “a vigência da anacrônica legislação” anterior à CF/1988, a seu ver por ela não recepcionada;

²Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade económica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)
§1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da (...) da sociedade de economia mista (...) que explorem atividade económica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (redação dada pela EC 19/1998)

(...)
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (incluído pela EC 19/1998)

(...)
§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

³Art. 175. 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.

[b] o art. 17 do DL 2.433/1988⁴, pois, com a nova redação a ele conferida pelo DL 2.451/1988, só haveria isenção se as “palhetas e peças importadas para substituição *acompanhassem os equipamentos, máquinas e aparelhos principais*”, não, como no caso, peças para reposição ou substituição a serem incorporados a bens antes importados e já incorporados ao seu “parque fabril”. Aduz que o benefício, ademais, foi reduzido à metade pelo art. 5º da Lei 7.988/89⁵ e, por fim, extinto pelo art. 7º da Lei 8.191/91⁶; e

[c] o art. 12 do DL 2.434/88⁷ (que revogara o DL 1.726/1979), que sequer aplicável ao caso (diz) seria.

Pede rescisão do julgado para que, negado provimento ao apelo da ora ré, seja restaurada a sentença de improcedência.

O *decisum* transitou em julgado em 20/08/2004 (certidão de f. 295).

Valor da causa: R\$ 976.047,17. Sem custas e depósito prévio por isenção legal.

Em contestação (f. 301/319), a ré aduz, em preliminar, o não-cabimento da ação porque [a] o acórdão rescindendo deu razoável interpretação à lei (não “*aberrante*”) e porque [b] a “pretensa infração” ao art. 173, § 2º, da CF/1988 (atividade de “serviço público” x atividade “econômica privada”) implica “revolver os fatos da causa” (matéria fático-probanda), que não encontra sede em AR (fundada no inciso V do art. 485 do CPC), consoante julgados que evoca. Quanto ao mérito, sustenta que: [a] o julgado rescindendo se apóia em 2 fundamentos (recepção do art. 8º do DL 8.031/45⁸

⁴ Art. 17. Ficam isentos do IPI os equipamentos, máquinas, aparelhos, instrumentos e seus respectivos acessórios, sobressalentes e ferramentas, importados ou de fabricação nacional, quando:
I - adquiridos por empresas industriais para integrar o seu ativo imobilizado e destinados à instalação, ampliação ou modernização de estabelecimento industrial; (redação original).

⁵ Art. 5º A partir de 01/01/1990, as isenções previstas nos dispositivos legais a seguir indicados ficarão transformadas em reduções de 50% (...) do [II], do [IPI], ou de ambos os tributos, conforme o caso:
I - Decreto-Lei 2.433, de 19/05/1988, art. 8º, incisos I e II, art. 17, inciso I;

⁶ Art. 7º Revoga-se o art. 17 do DL 2.433/1988, com a redação dada pelo art. 1º do DL 2.451/1988.

⁷ Art. 12. Ficam revogados o art. 12 do DL 491/1969; o DL 1.726/1979; (...), e demais disposições em contrário.

⁸ Art. 8º. A [Chesf] gozará de isenção de direitos de importação para consumo, das taxas e demais tributos a que estiverem sujeitos os materiais e equipamentos que importar, desde que destinados a suas

pela CF/1988 e isenção em face do art. 2º, IV, f, nº 5, do DL 1.726/1979⁹), sendo que a AR hostiliza apenas o primeiro, sendo preservável o *decisum*, então, já pelo fundamento autônomo não atacado; [b] as declarações de importação (guias) foram liberadas pela Cacex antes da “propalada” revogação; [c] o DL nº 2.434/88, “*norma tida por revogadora*”, revigorou, no mínimo (art. 2º e art. 3º), a isenção anterior (redução de 80%); e [d] quanto à violação do art. 17 do DL 2.433/1988, no tocante ao fato de as peças serem “sobressalentes” (que importaria em ilegítimo revolver de matéria fática), colaciona precedentes (inclusive um dito atual do STJ¹⁰) na linha do julgado rescindendo (que provaria a “interpretação razoável de lei”), asseverando que a isenção se estende à importação de “peças sobressalentes e de reposição”, consoante DLs 2434/1988 e 2.451/1988.

Réplica à f. 326 e ss., sustentando que [a] ambos os fundamentos do julgado rescindendo foram atacados na inicial da AR; e que [b] a condição de exploradora de atividade econômica (e não prestadora de serviço público) da ré reclama exame de “circunstância” (não fato), proceder possível à luz da “teoria da substanciação”.

instalações e à conservação e exploração das mesmas, bem como de isenção, durante (...) (10) anos, de todos os impostos federais, estaduais e municipais.

⁹ Art. 1º - As isenções e reduções do [II] e do [IPI], de caráter geral ou específico, que beneficiem a importação de máquinas, equipamentos, aparelhos, (...) bem como as partes, peças e componentes desses bens, ficam suprimidas a partir da data da publicação deste Decreto-lei.

(...)

Art. 2º - As isenções ou reduções do [II] e do [IPI], a que se refere o art. 1º ficam limitadas exclusivamente, de conformidade com a legislação respectiva:

(...)

IV - aos seguintes casos:

(...)

f) máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos para uso do importador, desde que:

(...)

5 se destinem à produção e geração de energia elétrica, quando importados diretamente por empresa concessionária, exclusivamente para construção ou ampliação de usinas;

¹⁰ EDcl no REsp nº 192.494/PR (T1, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 02/05/2000): “1. A isenção deve ajustar-se a uma realidade - valor, de modo que não se elimine o alcance da lei isencional, quanto a sua justa e razoável finalidade, prejudicando superiores interesses sociais. 2. As peças acessórias ou destinadas à substituição daquelas integrantes do equipamento principal isento do Imposto de Importação e do IPI, necessárias à continuação do seu funcionamento mecânico, também estão isentas do pagamento dos mesmos tributos.”.

As partes não produziram outras provas.

Com razões finais de ambas as partes.

A PRR (f. 366/375) opina pela improcedência do pedido em parecer assim ementado:

(...)

A compatibilidade entre o art. 8º do DL 8.031/1945 e o art. 173, § 1º, II, da Constituição, no caso, é questão de direito, dado que não se discute que a ré se dedica à geração de energia, em cujo benefício se empregaram as peças importadas: trata-se da qualificação jurídica do setor econômico onde a ré opera.

As sociedades de economia [mista] dedicadas à prestação de serviço público, cujo exercício pode ser delegado a pessoas jurídicas privadas, não podem usufruir de benefícios fiscais interditos aos agentes econômicos particulares: possibilidade de aplicação do benefício do art. 8º do DL 8.031/1945 ao caso, pois os atos ocorreram em 1990, quando a geração de energia elétrica era exercida por meio de monopólio da União.

(...)

É o relatório.

Voto Preliminar*

(Súmula 343/STF e outros)

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Leitura apropriada da inicial conduz à percepção de que ambos os fundamentos que alicerçam o dispositivo do acórdão rescindendo restam hostilizados: a recepção constitucional da isenção e sua manutenção (e limites) pela legislação infraconstitucional pós-CF/1988.

Não se alega nem se trata de incidência do óbice da Súmula 343/STF, porque não se cogita de interpretação controvertida de disposição legal.

De outro lado, sendo constitucional a matéria, atinente aos limites da imunidade tributária em prol de concessionária de energia elétrica (sociedade de economia mista federal) e eventual recepção de isenção pela CF/1988, é inoponível o óbice da Súmula 343/

STF: *A Súmula 343/STF obstaculiza a ação rescisória apenas quando a decisão rescindenda se baseou em texto legal, cuja interpretação era, ao tempo do julgamento, controvertida, não, porém, quando a matéria é atinente à sua conformidade à Constituição, hipótese que, por sua natureza e importância, não pode ser afastada por critérios de “razoabilidade” ou de “boa ou má interpretação”.* (TRF1, S4, AR 96.01.20283-8/DF, minha relatoria, DJ 09/11/2005.)

Aferir se, à luz da legislação de regência, a concessionária de energia elétrica é simples “prestadora de serviço público” ou, noutro sentido, se “atua sob regime jurídico-privado” (parcialmente derogado), não induz renovar a lide sob os seus aspectos fáticos, mas, tomando-se em consideração os mesmos fatos (condição de concessionária da ré e a importação em si), implica apenas sopesar se seu enquadramento legal para fins tributários se houve com exatidão ou não frente a normas constitucionais que, se porventura malferidas, importam em violação hábil para os fins do art. 485, V, do CPC.

Ademais, não se pode deixar de examinar a questão à luz de superveniente legislação que pode, ou possa, alterar substancialmente o regime legal da matéria.

Este, no ponto, o precedente paradigma, que se amolda como luva ao caso, na medida em que aferiu, em sede de ação rescisória, se o acórdão rescindendo enquadrara corretamente ou não a empresa (conforme ela fosse ou não exclusivamente prestadora de serviços) no regime tributário (Finsocial) escoreito correspondente:

(...). (...) Ação rescisória (...). Finsocial (DL 1940/1992). Até a LC 70/1991, as majorações após a CF/1988 são inaplicáveis às empresas comerciais ou mistas (prestadoras de serviço e comerciais). Pedido rescisório improcedente.

(...)

3 - Esta Corte, por meio de sua 2ª Seção (...), fixou a seguinte diretriz: a) para empresas “exclusivamente” prestadoras de serviços, as majorações do Finsocial havidas após a CF/1988 são constitucionais, nos limites dos RE 150.755-1/PE e RE 187.436-8/RS; e b) para empresas com atuação comercial ou mista (atuação conjunta como prestadora de serviço e comercial), as elevações da exação havidas após a CF/1988, até o advento da LC 70/1991, são inconstitucionais, nos parâmetros do RE 150.764-1/RS.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Amorim e Carlos Fernando Mathias. Deixou de votar por não ter presenciado a leitura do relatório o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves.

4 - *Julgados que, sem distinguir as empresas por objeto social e evocando o precedente jurisprudencial (STF) inadequado, eximam empresas "exclusivamente" prestadoras de serviços, como se comerciais ou mistas fossem, são, portanto, rescindíveis.*

5 - No concreto, a apontada ré é empresa de atuação mista (prestadora de serviços e comercial). O acórdão rescindendo, portanto, não tomou uma espécie pela outra. E tal possível divergência era o fundamento básico do pedido rescisório.

(...)

(TRF1, S4, AR 1999.01.00.064942-3/DF, minha relatoria, DJ 09/03/2004.)

Pelo exposto, admito a ação rescisória.

É como voto.

Voto-Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:

— Frise-se, de pronto, que eventuais divergências entre a Fazenda Nacional e Sociedade de Economia Mista Federal, tanto mais em tema tributário, devem — ou deveriam — ser solucionadas no âmbito administrativo do próprio Poder Executivo, via utilização de instrumentos hábeis à solução de controvérsias da espécie (caso do Parecer Normativo que, assinado pelo Presidente da República, adquire efeito vinculante na órbita interna), sem, assim, assoberbar o Poder Judiciário com demandas que, às escâncaras, muito evidenciam acerca da incapacidade — ontológica, quase ia dizendo — de a Administração Pública atuar de forma coordenada e produtora.

I – Da legislação aplicável:

Estas, em suma, as disposições legais a serem examinadas para solução da querela (dispensáveis normas outras menores e leis posteriores), tomando-se em consideração que a hipótese de incidência é de março de 1990, e, como premissa, que (art. 111, II, do CTN) “interpreta-se *literalmente* a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção”:

DL 8.031, de 03/10/1945 (autoriza a organização da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco):

Art. 1º Fica o Ministério da Agricultura autorizado a organizar uma sociedade por ações (...) destinada a realizar o aproveitamento industrial progressivo da energia hidráulica do Rio São Francisco.

(...)

Art. 8º. A Companhia Hidro Elétrica do São Francisco gozará de isenção de direitos de importação para consumo, das taxas e demais tributos a que estiverem sujeitos os materiais e equipamentos que importar, desde que destinados a suas instalações e à conservação e exploração das mesmas, bem como de isenção, durante o prazo de dez (10) anos, de todos os impostos federais, estaduais e municipais.

(...)

Preceitos constitucionais aplicáveis em vigor ao tempo do (suposto) fato gerador (março de 1990):

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (...);

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º - *As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.*

(...)

Art. 177. Constituem *monopólio* da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural (...);

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional (...), bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

(...)

II – Dos fundamentos do acórdão rescindendo:

O pedido foi julgado procedente aos fundamentos de que: *[a]* recepcionado o art. 8º do DL 8.031/1945 pela CF/1988; *[b]* o serviço (geração-distribuição de energia elétrica) seria público delegado, prestado em regime de monopólio, inaplicável, pois, a vedação do § 2º do art. 173 da CF/1988; e *[c]* palhetas e peças intermediárias sobressalentes estariam contidas nos termos “máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos” (item “5” da letra f do Inciso IV do art. 2º do DL 1.726/1979).

III - Do exame do mérito:

Só os primeiros fundamentos (letras a e b supra) da sentença (que é extensível à importação de sobressalentes e de peças de reposição) merecem ser mantidos, exceto no que tange à menção feita a “monopólio”, que a CF/1988 (art. 177) resume a casos outros (ainda que o STF [ADPF 46] pareça tender estender a outras atividades o conceito: caso, v.g., do Serviço Postal).

Atividades de competência privativa da União, passíveis, em tese, de delegação a particulares (mas ainda não efetivamente delegadas) não consubstanciam “monopólio” (são apenas atividades “não-delegadas”). Monopólio (no sentido estrito) diz com atividades “indelegáveis” a particulares.

Mas, para solução da questão, que se situa no quadro fático-jurídico dos idos de 1988-1990, importante é examinar se a isenção contida no art. 8º do DL 8.031/45 compatibilizava-se, em outubro de 1988 e adiante (março de 1990), com os preceitos constantes dos §§ 1º e 2º do art. 173 da CF/1988. O adjetivo apostado à atividade (“monopólio” ou “exclusividade” não importa: interessa perceber a ausência de concorrência contemporânea aos fatos).

Não parece haver incompatibilidade entre a aludida isenção, em prol de sociedade de economia mista federal, concessionária de serviço público de geração e distribuição de energia elétrica, e a CF/1988 (art. 173, §§ 1º e 2º, da CF/1988), pelo menos até a data do fato gerador em questão.

Ao tempo desse fato gerador (março de 1990), a orientação constitucional (até a CF/1988, projetada depois dela ainda), que refletia a vontade político-governamental de então (concreta), era a de que tais atividades fossem exercidas “com exclusividade” (não “monopólio”) por entes da Administração Indireta.

Não havia, então, empresas privadas no setor, vale dizer, “concorrentes privados” nesse segmento (de energia elétrica) a se prestarem como “paradigma para isonomia tributária” (fundada em possível desequilíbrio concorrencial).

Eventuais benesses tributárias em favor de sociedade de economia mista eram, àquele tempo, de “impossível” extensão às empresas privadas (que não atuavam, ainda, no mercado; sequer existiam!). Tratava-se de dispositivo constitucional de igualdade tributária “meramente teórica” (programática): pelo menos até então.

Essencial considerar que o art. 173 (e §§) da CF/1988 se encontra dentro do “Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira - Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, que assim preceitua, no seu dispositivo de abertura:

Art. 170. *A ordem econômica*, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, *tem por fim* assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, *observados os seguintes princípios*:

(...)

IV - livre concorrência;

(...)

Pedido de tratamento tributário “equivalente” ou “isonômico” entre pessoas jurídicas distintas (por natureza) reclama “*existência contemporânea entre elas*”; (para exame da questão em nível concreto).

Ao tempo da promulgação da CF/1988 e do fato gerador (março 1990), não existia concorrência no setor (de geração e distribuição de energia elétrica). Ausentes, então, reais prejudicados em face de possível tratamento não-isonômico que malferisse o princípio (geral da atividade econômica) da “livre concorrência” (que não há quando se trata de “mercado fechado ou exclusivo”, explorado apenas pelo próprio Estado).

Tal assertiva (*ausência de concorrência: fato notório*) mais fortalece a conclusão que resulta da leitura da norma assentada no § 2º do art. 173 da CF/1988. Trata-se de “norma programática” (que se efetiva por legislação infraconstitucional específica ulterior, reduzindo ou suprimindo, se o caso, eventuais isenções que ao princípio da “livre concorrência” se opuserem).

Se não havia “concorrência efetiva” (a ser lesada, em tese), não pode a própria Fazenda Pública, *ao mero interesse exclusivamente tributário seu (simples anseio por aumento da arrecadação)*, reputar violados os §§ 1º e 2º do art. 173 da CF/1988, que, programáticos, a outros fins se destinam: salvaguarda da livre concorrência.

Eventual aumento da arrecadação quando concretizável a propalada isonomia tributária *é simples “exaurimento” (“consequência”)* da aplicação plena do princípio (*não sua causa” ou seu “motivo”*).

A conclusão acima mais se reforça em face das Leis 8.987/1995 e 9.074/1995, que, somente após 17 anos da promulgação da CF/1988 (e após 15 anos do fato gerador), vieram possibilitar a “abertura do mercado” à participação (mitigada, frise-se) de empresas privadas (o que em nada altera a situação fático-jurídica — consolidada — de antanho).

A atuação supletiva e excepcional do Estado na seara econômica privada (art. 173 da CF/1988), ademais, permitida se e somente quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, envolve expressões de conceituação jurídica indeterminada e mutável no tempo (“serviço público” x “atividade econômica”). Tanto mais quando a atividade em questão não é, só por si, daquelas historicamente reservadas à iniciativa privada. Tal fluidez ou indeterminação conceitual é confessada pela própria autora.

Em outubro de 1988, portanto, instauração da nova ordem constitucional, e ainda ao tempo do fato gerador (março de 1990), continuar a prestigiar isenção tributária necessária à atividade de geração e distribuição de energia elétrica exercidas em regime de “exclusividade” (ou de “monopólio”, para quem assim o entenda) por sociedade de economia mista federal, sem “concorrência” (participação), pois, de quaisquer empresas do setor privado, não importava (àquele tempo) em violação aos §§ 1º e 2º do art. 173 da CF/1988.

Eis o porquê de não se poder considerar que isenção (*específica, frise-se*) em quadro tal induza violação ao art. 173 da CF/1988 (§§ 1º e 2º). Tampouco se pode pretendê-la “revogada” ou “não-recepcionada”.

Tem-se por recepcionada, sim, àquele tempo (e até que realizadas as condições de “efetiva concorrência”, reclamadas pela nova ordem constitucional), a

isenção de que trata o art. 8º do DL 8.031/1945, aplicável às importações de “materiais e equipamentos” destinados às “suas instalações e à conservação e exploração das mesmas”. E mais. Na inteligência (ou na idéia-força) de aludida norma, é impossível “conservar ou explorar” sem que ocorram posteriores e periódicas aquisições de peças sobressalentes ou de reposição (de equipamentos e materiais), que, por isso, dispensam, para gozo de isenção tributária, normas outras.

Bem por isso, a jurisprudência assim vem decidindo (embora em face de legislação que deferia isenção “não-específica” [geral], que se presta, todavia, para definir, do ponto de vista interpretativo, os limites da isenção em casos similares, como a específica em prol da ré):

Mutatis mutandis:

O ICM não incide sobre a importação de bens de capital. Súmula 570. *Consideram-se bens de capital as máquinas e aparelhos, bem como as suas peças, acessórios e sobressalentes*, classificados nos capítulos 84 e 90 da tabela anexa ao regulamento do [IPI], quando por sua natureza se destinem a emprego direto na produção agrícola ou industrial e na prestação de serviços (...). (...).”

(STF, RE 87.965/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 12/12/1997.)

Mutatis mutandis:

(...). *Ação anulatória de débito fiscal. Importação de peças sobressalentes pela Chesf. (...). (...) Isenção do IPI.*

- O Art. 18 da Lei 3.890-A/1961, que concedia a isenção de tributos sobre a importação de maquinismos destinados ao funcionamento da Chesf foi revogado pelo art. 1º do Decreto-Lei 1.726/1979, que manteve, entretanto, no item 5 da alínea f do inc. IV do seu art. 2º a isenção do IPI para o material importado destinado a produção de energia elétrica.

- *Peças sobressalentes da maquinaria destinada a produção de energia elétrica se enquadram no supramencionado caso de isenção, pois, apesar de sobressalentes, também destinadas a produção de energia elétrica.*

(TRF5, T2, AC 95.05.02129-1/PE, Rel. Juiz Araken Mariz, DJ 29/09/1995.)

Aludido acórdão restou mantido pelo STJ: *Tributário. (...). Isenção. Peças sobressalentes. (...)*

2. *As peças acessórias importadas por concessionária de serviço público federal, isento o equipa-*

mento principal do Imposto de Importação e do IPI, também estão isentas do pagamento dos mesmos tributos. (Decreto-Lei 1.726/1979, art. 2., IV, f, 5) (REsp 20.983/PE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 26/09/1994).

(...)

(STJ, Edcl-REsp 144.471/PE, Rel. Min. Castro Meira, DJ 28/11/2005, trânsito em julgado em 13/02/2006.)

Trecho do voto: “(...) o conceito de construção ou ampliação de usinas deve trazer em seu bojo todas as peças necessárias a aumentar a vida útil da usina, conceito em que se incluem as peças sobressalentes.”

(...). *Isenção. Decreto-Lei 2.434/1988. Peças de reposição.*

1 – O DL 2.434/1988 concedeu isenção parcial à importação de máquinas e equipamentos, quando destinados a empresas geradoras, distribuidoras e transmissoras de energia elétrica (art. 2°).

2 – *Também abrangidas pelo favor fiscal as peças de reposição dos equipamentos, por força da norma de que o acessório segue a sorte do principal.*

.....“

(TRF1, T4, AMS 96.01.03869-8/BA, Rel. Juíza Eliana Calmon, DJ 14/08/1997, trânsito em julgado em 01/10/1997.)

O exame dos demais atos legislativos colacionados¹¹ os revela (todos) desinfluentes, [a] seja porque não têm força para conceder, revogar nem limitar a isenção (específica) contida no art. 8° da DL 8.031/1945 (tanto que nenhum deles a ela se refere); [b] já porque revogados alguns ao tempo da importação; e, não o bastante, [c] porque, alguns deles, fatos legislativos posteriores ao fato gerador.

A isenção total (DL 8.031/1945) aludida - *que, só por si, sustenta o acórdão rescindendo* (para a data do fato gerador [março de 1990]), tal como “provisoriamente” (quando menos) recepcionada, ademais, *sempre* abrangeu a importação de todo e qualquer equipamento ou máquina e peças, inclusive sobressalentes e de reposição, ainda que internadas em momento posterior à entrada no país dos equipamentos ou das máquinas “principais” (em leitura apropriada que induz plena compreensão de que a idéia-força da isenção é de que ela abrange todo equipamento ou máquina im-

portada destinado “às suas instalações e à conservação e exploração das mesmas”). Não menos; não mais.

Dispensáveis e desinfluentes normas outras: importariam aquelas (inexistentes) que eventualmente, dando concretude à norma programática constante do art. 173, §§ 1° e 2°, da CF/1988, houvessem, *ao tempo do fato gerador*, revogado a isenção específica do art. 8° do DL 8.031/1945 em face de “abertura do mercado” (de geração e distribuição de energia elétrica à iniciativa privada), aparentemente só adiante (1995) iniciada.

Finalizo asseverando que aqui se discute única e exclusivamente se importação havida em 1990 pela autora se sujeitava ou não à incidência do IPI ou do II, em face da “natureza dos bens internados” e da “natureza jurídica da importadora”: não se examina se tal isenção permanece ou não atualmente.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido rescisório.

Sem custas, por isenção legal, a autora pagará verba honorária de R\$1.000,00.

É como voto.

Pedido de Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Senhor Presidente, acabamos de ouvir, do longo voto do eminente Relator e da exposição feita da tribuna, que diversos aspectos afloram, ainda que o Relator considere que alguns não são importantes para a solução do mérito — não sei se todos os colegas considerariam dessa forma — e, portanto, discutem-se questões a respeito da execução ou não de um monopólio, da execução ou não de um serviço público ou de um serviço econômico, da possibilidade de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista, no caso, gozar de privilégio estando a executar serviço econômico ou até estando a executar serviço público. O § 2° do art. 173 tem uma disposição ampla no sentido de que empresas públicas e sociedades de economia mista não podem gozar de privilégio, parecendo, à primeira vista, que isso se aplicaria a todas elas, qualquer que fosse o seu objeto, e, por outro lado, há um emaranhado de legislação, de disposições legais posteriores à criação da Chesf, que se deu em 1945, há mais de sessenta anos.

Peço vista dos autos.

¹¹ DL 1.726/1979; DL 2.433/1988; DL 2.434/1988; DL 2.451/1988; Lei 7.988/1989; Lei 8.191/1991; Lei 8.987/1995; e Lei 9.074/1995.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Consoante se apura pelo detalhado Relatório do eminente Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, às fls. 377-383, a Fazenda Nacional ajuizou, em 21/07/2005, a presente Ação rescisória contra a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – Chesf, com base no art. 485, V, do CPC, objetivando rescindir o acórdão da extinta Segunda Turma Suplementar (fls. 239/244), proferido nos autos da AC 1999.01.00.117508/BA, que, dando provimento à apelação da ora ré, para lhe assegurar a isenção de que trata o art. 8º do Decreto-Lei 8.031/1945, reformou a sentença do MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que, nos autos da Ação Ordinária 1997.33.00.016532-2, julgou improcedente pedido de declaração de inexigibilidade do IPI e do II, no valor de R\$ 552.919,37, incidentes sobre a importação, em março de 1990, de equipamentos destinados a integrar o seu ativo fixo (palhetas e peças intermediárias para uso na Usina Térmica de Camaçari/BA), em face da isenção contida no art. 2º, IV, f, item 5, do Decreto-Lei 1.726/1979, no art. 8º do Decreto-Lei 8.031/1945 e no art. 17, I, do Decreto-Lei 2.433/1988.

O acórdão rescindendo ficou assim ementado:

Sociedade de economia mista que explora serviço público sob o regime de monopólio (Chesf). Isenção prevista no Decreto-Lei 8.031/1945. Recepção pela atual constituição.

1. A vedação contida no art. 173, § 2º, da Carta Magna não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram serviços públicos delegados sob o regime de monopólio, como é o caso das subsidiárias da Eletrobrás, que exploram os serviços de geração e de distribuição de energia elétrica, mas apenas às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em regime de concorrência com as empresas do setor privado.

2. Portanto, o art. 8º do Decreto-Lei 8.031/1945 — que estabelece isenção de impostos e taxas em favor da Chesf, subsidiária da Eletrobrás, quanto à importação de materiais e equipamentos destinados às suas instalações e à conservação e exploração das mesmas — foi recepcionado pela atual Constituição.

3. Apelação provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma Suplementar, por unanimidade, dar provimento à apelação (visto por cópia à fl. 244 destes autos).

A autora alega que o aresto rescindendo violou literais disposições de leis, quais sejam:

[a] - o inciso 11 do § 1º e o § 2º do art. 173 da CF/88², pois, além de não serem passíveis de gozo - por sociedades de economia mista, privilégios fiscais inextensíveis às empresas privadas, a autora não é empresa estatal prestadora de serviço público (regime “publicístico” do art. 175 da CF/1988³), mas se dedica a “empreitadas de jaez econômico” (regime “privatístico” do art. 173 da CF/1988, parcialmente derogado), destoando o acórdão do atual regime jurídico conferido ao setor elétrico brasileiro (liberalização do mercado), perpetuando “a vigência da anacrônica legislação” anterior à CF/1988, a seu ver por ela não recepcionada;

[b] - o art. 17 do DI 2.433/1988⁴, pois, com a nova redação a ele conferida pelo DI 2.451/1988, só haveria isenção se as “palhetas e peças importadas para substituição acompanhassem os equipamentos, máquinas e aparelhos principais”, não, como no caso, peças para reposição ou substituição a serem incorporados a bens antes importados e já incorporados ao seu “parque fabril”. Aduz que o benefício, ademais, foi reduzido à metade pelo art. 5º da Lei 7.988/1989⁵ e, por fim, extinto pelo art. 7º da Lei 8.191/1991⁶; e

[c] - o art. 12 do DL 2.434/1988⁷ (que revogara o DL 1.726/1979), que sequer aplicável ao caso (diz) seria (fl. 381 – grifos do original).

Pediu a procedência da ação para que, rescindido o decisum e rejugada a causa, seja negado provimento ao apelo, para se restaurar a sentença de improcedência da ação.

Registra o longo Relatório, às fls. 381-382, que:

Em contestação (f. 301/319), a ré aduz, em preliminar, o não-cabimento da ação porque [a] o acórdão rescindendo deu razoável interpretação à lei (não “aberrante”) e porque [b] a “pretensão infração” ao art. 173, § 2º, da CF/1988 (atividade de “serviço público” x atividade “econômica privada”) implica “revolver os fatos da causa” (matéria fático-probanda), que não encontra sede em AR (fundada no inciso V do art. 485 do CPC), consoante julgados que evoca. Quanto ao mérito, sustenta que: [a] o julgado rescindendo se apóia em 2 fundamentos (recepção do art. 8º do DL 8.031/1945⁸ pela CF/1988 e isenção em face do art. 2º, IV, f, nº 5, do DL 1.726/1979⁹), sendo que a AR hostiliza apenas o primeiro, sendo preservável o decisum, então,

já pelo fundamento autônomo não atacado; *[b]* as declarações de importação (guias) foram liberadas pela Cacex antes da “propalada” revogação; *[c]* o DI 2.434/1988, “norma tida por revogadora”, revigoreu, no mínimo (art. 2º e art. 3º), a isenção anterior (redução de 80%); e *[d]* quanto à violação do art. 17 do DI 2.433/88, no tocante ao fato de as peças serem “sobressalentes” (que importaria em ilegítimo revolver de matéria fática), colaciona precedentes (inclusive um dito atual do STJ¹⁰) na linha do julgado rescindendo (que provaria a “interpretação razoável de lei”), asseverando que a isenção se estende à importação de “peças sobressalentes e de reposição”, consoante DLs 2.434/1988 e 2.451/1988.

Réplica à f. 326 e ss., sustentando que *[a]* ambos os fundamentos do julgado rescindendo foram atacados na inicial da AR; e que *[b]* a condição de exploradora de atividade econômica (e não prestadora de serviço público) da ré reclama exame de “circunstância” (não fato), proceder possível à luz da “teoria da substanciação”.

As partes não produziram outras provas.

Com razões finais de ambas as partes.

A PRR (f. 366/375) opina pela improcedência do pedido em parecer assim ementado:

“(…)

A compatibilidade entre o art. 8º do DL 8.031/1945 e o art. 173, § 1º, II, da Constituição, no caso, é questão de direito, dado que não se discute que a ré se dedica à geração de energia, em cujo benefício se empregaram as peças importadas: trata-se da qualificação jurídica do setor econômico onde a ré opera.

As sociedades de economia [mista] dedicadas à prestação de serviço público, cujo exercício pode ser delegado a pessoas jurídicas privadas, não podem usufruir [de] benefícios fiscais interditados aos agentes econômicos particulares: possibilidade de aplicação do benefício do artigo 8º do DI nº 8.031/45 ao caso, pois só ocorreram em 1990, quando a geração de energia elétrica era exercida por meio de monopólio da União.

“(…)

É o relatório.

Às fls. 383-388, votou S. Exa. pela improcedência do pedido rescisório, após assim se expressar sobre a alegação de que a rescisória pretende revolver os fatos da causa, concluindo por admitir a ação:

“*Aferir se*, à luz da legislação de regência, a concessionária de energia elétrica é simples “prestadora de serviço público” ou, noutro sentido, se “atua sob regime jurídico-privado” (parcialmente

derrogado), *não induz* renovar a lide sob os seus aspectos fáticos, *mas*, tomando-se em consideração os mesmos fatos (condição de concessionária da ré e a importação em si), implica apenas sopesar se seu enquadramento legal para fins tributários se houve com exatidão ou não frente a normas constitucionais que, se porventura malferidas, importam em violação hábil para os fins do art. 485, V, do CPC (fl. 383).

Quanto ao mérito, destaco, do qualificado voto do eminente Relator, os seguintes trechos:

Atividades de competência privativa da União, passíveis, em tese, de delegação a particulares (mas ainda não efetivamente delegadas) não consubstanciam “monopólio” (*são apenas atividades “não-delegadas”*). Monopólio (no sentido estrito) diz com atividades “indelegáveis” a particulares.

Mas, para solução da questão, que se situa no quadro fático-jurídico dos idos de 1988-1990, importante é examinar se a isenção contida no art. 8º do DL 8.031/1945 compatibilizava-se, em outubro de 1988 e adiante (março de 1990), com os preceitos constantes dos §§ 1º e 2º do art. 173 da CF/1988. O adjetivo apostado à atividade (“monopólio” ou “exclusividade” não importa: interessa perceber a ausência de concorrência contemporânea aos fatos).

Não parece haver incompatibilidade entre a aludida isenção, em prol de sociedade de economia mista federal, concessionária de serviço público de geração e distribuição de energia elétrica, e a CF/1988 (art. 173, §§ 1º e 2º, da CF/1988), pelo menos até a data do fato gerador em questão.

Ao tempo desse fato gerador (março de 1990), a orientação constitucional (até a CF/1988, projetada depois dela ainda), que refletia a vontade político-governamental de então (concreta), era a de que tais atividades fossem exercidas “com exclusividade” (não “monopólio”) por entes da Administração Indireta. Não havia, então, empresas privadas no setor, vale dizer, “concorrentes privados” nesse segmento (de energia elétrica) a se prestarem como “paradigma para isonomia tributária” (fundada em possível desequilíbrio concorrencial).

Eventuais benesses tributárias em favor de sociedade de economia mista eram, àquele tempo, de “impossível” extensão às empresas privadas (que não atuavam, ainda, no mercado; sequer existiam!). Tratava-se de dispositivo constitucional de igualdade tributária “meramente teórica” (programática): pelo menos até então (fl. 385).

E, adiante:

Ao tempo da promulgação da CF/1988 e do fato gerador (março de 1990), não existia concorrência no setor (de geração e distribuição de energia elétrica). Ausentes, então, reais prejudicados em face de possível tratamento não-isonômico que malferisse o princípio (geral da atividade econômica) da “livre concorrência” (que não há quando se trata de “mercado fechado ou exclusivo”, explorado apenas pelo próprio Estado).

Tal assertiva (*ausência de concorrência: fato notório*) mais fortalece a conclusão que resulta da leitura da norma assentada no §2º do art. 173 da CF/1988. *Trata-se de “norma programática”* (que se efetiva por legislação infraconstitucional específica ulterior, reduzindo ou suprimindo, se o caso, eventuais isenções que ao princípio da “livre concorrência” se opuserem).

Se não havia “concorrência efetiva” (a ser lesada, em tese), não pode a própria Fazenda Pública, *ao mero interesse exclusivamente tributário seu (simples anseio por aumento da arrecadação)*. reputar violados os §§ 1º e 2º do art. 173 da CF/1988, que, programáticos, a outros fins se destinam: salvaguarda da livre concorrência” (fl. 386).

(...)

A seguir, invoca S. Exa. precedentes judiciais, inclusive do STJ, no sentido do reconhecimento de isenção do IPI e de outros tributos de que se beneficia a Chesf, quanto às peças acessórias e sobressalentes destinadas à produção de energia elétrica (TRF 5, 2ª Turma, no AG 95.05.021291/PE; EDcl – REsp 144.471/PE, Rel. Min. Castro Meira; TRF1, 4ª Turma, AMS 96.01.03869-8/BA, Rel. Juíza Eliana Calmon).

Devendo votar em seguida, pedi vista dos autos, para melhor exame, feito o que os trago para continuação do julgamento, escusando-me pelo retardamento do feito, fato que se deve à enorme quantidade de processos no Gabinete (cerca de dez mil).

Tenho por admissível a ação, afastada a alegação de que objetivaria a autora “revolver os fatos”, e considero que, no mérito, a ela, autora, não assiste razão.

De fato, é razoável o entendimento de que, estando o art. 173 da Constituição Federal inserido no título “Da Ordem Econômica e Financeira”, que traz, no art. 170, como um dos princípios gerais da ordem econômica, o da “livre concorrência”, as disposições dos §§ 1º, II, e 2º do art. 173 da CF têm o objetivo precípuo de proteger a livre concorrência, não tendo, portanto, aplicação onde não couber essa liberdade.

Ora, a Chesf é, sabidamente, uma prestadora de serviço público federal, como produtora de energia elétrica, a teor do que dispõe o art. 21, XII, b, da CF/1988, e, à época da importação aqui questionada (março de 1990), prestava esse serviço sem concorrência com as empresas privadas, pois a abertura do setor à iniciativa privada só veio cinco anos depois, com as Leis 8.987/1995 e 9.074/1995.

Assim, podia ela gozar de privilégios não extensíveis às empresas privadas ou, até mesmo às sociedades de economia mista não prestadoras de serviço público, não obstante as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 173 da Carta Magna. Nessa linha, aliás, vem decidindo o Excelso Pretório, consoante os seguintes precedentes:

(...)

9. O art. 173, § 1º, nada tem a ver com a desapropriabilidade ou indesapropriabilidade de bens de empresas públicas ou sociedades de economia mista; seu endereço e outro; visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante.

10. O disposto no § 2º, do mesmo art. 173, completa o disposto no § 1º, ao prescrever que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos as do setor privado”.

11. Se o serviço de docas fosse confiado, por concessão, a uma empresa privada, seus bens não poderiam ser desapropriados por Estado sem autorização do Presidente da República, Súmula 157 e Decreto-Lei 856/1969; não seria razoável que imóvel de sociedade de economia mista federal, incumbida de executar serviço público da União, em regime de exclusividade, não merecesse tratamento legal semelhante.

12. Não se questiona se o Estado pode desapropriar bem de sociedade de economia mista federal que não esteja afeto ao serviço. Imóvel situado no cais do Rio de Janeiro se presume integrado no serviço portuário que, de resto, não é estático, e a serviço da sociedade, cuja duração é indeterminada, como o próprio serviço de que esta investida.

13. RE não conhecido. Voto vencido. (RE 172816, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 13/05/1994);

Recurso extraordinário. Constitucional. Empresa brasileira de correios e telégrafos. Impenhora-

bilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969. Execução. Observância do regime de precatório. Aplicação do art. 100 da Constituição Federal.

1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969 e não-incidência da restrição contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no art. 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 220906, Rel. Min. Maurício Corrêa DJ de 14/11/2002);

Constitucional. Tributário. ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: imunidade tributária recíproca: c.f., art. 150, VI, a. Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção. Taxas: imunidade recíproca: inexistência.

I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 22, X; C.F., art. 150, VI, a. Precedentes do STF: RE 424.227/SC, 407.099/RS, 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma.

II. - A imunidade tributária recíproca – C.F., art. 150, VI, a – somente é aplicável a impostos, não alcançando as taxas. III. - R.E. conhecido e improvido. (RE 424227/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10/09/2004).

Isso posto, considero que, à época da importação de que aqui se trata (março de 1990), o art. 8º do Decreto 8.031/1945 estava recepcionado pelo texto constitucional então vigente, não constituindo obstáculo à sua vigência o disposto no art. 17 do Decreto-Lei 2.433/1988, na redação do Decreto-Lei 2.451/1988, motivo pelo qual acompanho o voto do relator.

É o voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, pelo que depreendi dos votos de Sua Excelência, o Relator, e de Sua Excelência, o Desembargador Federal Antônio Ezequiel, a matéria se refere primeiro a se identificar se a concessionária esta respaldada pelo dispositivo do art. 173 da Constituição, considerando-se, então, empresa de natureza pública, o que ensejará a isenção do IPI nas importações dos bens a comporem seu patrimônio, no sentido de produzir a energia elétrica. Não vejo outra razão, se não o resultado encontrado pelo Relator, no sentido de julgar improcedente esta ação rescisória, tendo em vista que não se permitiu verificar qualquer violação a disposição de lei.

Acompanho o Relator.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Senhor Presidente, também acompanho o Relator. Esses dois impostos, o IPI e o Imposto de Importação, têm carga preponderantemente extrafiscal, ou seja, o Estado, ao utilizar-se desses impostos, ele o faz não com a função de arrecadar recursos para o Tesouro, mas para intervir no domínio econômico. Portanto, no Imposto de Importação, a União intervém no comércio exterior, e no Imposto de Importação, ela intervém mais diretamente na área econômica, no sentido de estimular ou desestimular um determinado setor. Ora, já colocada essa premissa, verifica-se que não se pode examinar as isenções em relação a esses tributos com carga extrafiscal da mesma forma que se analisa os demais tributos, em razão da fiscalidade.

Penso que é possível admitir a isenção, pelas razões já apresentadas, uma vez que se trata de empresa que exerce um serviço público considerado monopólio exclusivo, na época, de exploração pela União.

As isenções, por outro lado, nos termos do CTN, em seu art. 176, têm cunho político, portanto, estão sujeitas à conveniência e oportunidade do Poder Executivo. É evidente que a Constituição veda a concessão de isenções que violem o princípio da isonomia. Ficaria a discussão mais sensível em relação ao princípio da isonomia, mas creio que seja afastado qualquer eiva de inconstitucionalidade pelos dois fundamentos já

apresentados. Primeiro, por se tratar de impostos com carga quase que exclusivamente extrafiscal, e depois em razão da natureza específica da empresa, que está a explorar serviço público de interesse da União.

Com essas considerações, acompanho o Relator.

Primeira Turma

Apelação Cível

1997.38.00.013698-8/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (auxiliar)
Apelante: Ivan Barbosa Machado Sampaio
Advogados: Dra. Isabel Cristina Ligeiro e outros
Apelante: Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG
Procuradora: Dra. Anamaria Pederzoli
Apelados: os mesmos
Remetente: Juízo Federal da 22ª Vara/MG
Publicação: DJ 2 de 02/07/2007

Ementa

Processual Civil. Agravo retido. Prova pericial. Desnecessidade. Aptidão física para admissão. Posse já efetivada por ato administrativo. Agravo desprovido. Servidor público. Nomeação. Professor titular. Posse. Retardamento além do prazo legal. Ato imputável à Administração. Exigência de providências desprovidas de fundamento legal. Dano material. Posse retroativa. Dano moral. Submissão a constrangimento. Submissão a situação vexatória. Exame HIV. Exigência proibida por ato normativo. Dano moral. Vinte mil reais. Correspondência a 167 salários mínimos ao tempo do arbitramento. Elevação. Ausência de motivos. Agravo retido e apelações desprovidas. Remessa oficial parcialmente provida.

I – Agravo retido a que se nega provimento. Além de competir ao julgador avaliar a utilidade e necessidade da prova, no caso, a decisão agravada foi proferida após exaustiva instrução processual, testemunhal e documental. Ademais, a finalidade perseguida com a prova pericial restou prejudicada na medida em que a situação de fato, ao tempo de seu requerimento, não era a mesma existente à época da nomeação do autor ao cargo público. Ademais, a própria ré já efetivara a posse do autor ao cargo para o qual fora nomeado, independentemente de parecer do Serviço de Assistência Médica. Sob outro aspecto, o objeto da controvérsia não é a aptidão para assunção ao cargo público em si, mas as seguidas exigências realizadas como condição à posse, em face dos fundamentos legais que a motivaram e das providências já atendidas pelo autor.

II – Os elementos de instrução processual autorizam a convicção quanto a existir o dano alegado como fundamento para a pretensão indenizatória, qual seja, haver a posse do autor no cargo de professor Titular, ocorrido seis meses da data legalmente estabelecida, tendo atendido todas as exigências legais. Assim, ao invés de ser empossado em setembro, após atender as necessárias providências para a admissão, somente foi empossado em março de 1996. E, durante todo este período, não pode perceber os efeitos financeiros decorrentes do exercício do cargo para o qual fora nomeado.

III – Resta comprovada a relação de causalidade entre o retardamento da posse, o prejuízo decorrente deste fato e o comportamento atribuído ao órgão de avaliação médica da UFMG – Serviço de Assistência Médica e Social – em face das reiteradas exigências de providências para a admissão, as quais, ou eram desnecessárias em face da comprovada aptidão já demonstrada pelo autor, ou eram ilegais em razão de expressa vedação administrativa, como no caso do exame HIV.

IV – Relevante acrescentar a estes elementos o fato de já ser o autor servidor da UFMG, na condição de professor adjunto do mesmo Departamento, desde 1975 e estar no pleno exercício do cargo mesmo durante o período em

que aguardava posse no cargo de professor titular, condicionada pela resistência do Serviço de Assistência Médica e Assistencial em lhe reconhecer aptidão para a admissão.

V – Caracterizada, igualmente, a responsabilidade relativamente ao dever de indenizar pelos danos morais sofridos em razão do retardamento para a posse em cargo público e de todo o comportamento imputado à ré, relativamente às exigências indevidas e constrangedoras impostas ao autor. A postergação da posse do autor, em virtude da simples suspeita de que o mesmo era portador do vírus HIV, de conhecimento público no meio acadêmico, como se vê dos depoimentos colhidos na Audiência de Instrução e Julgamento, comprova, inequivocamente, o constrangimento moral sofrido pelo autor. No período em que se viu impedido de tomar posse, o autor passou por situações vexatórias e especulativas sobre a sua vida privada, sua preferência sexual, se era usuário de drogas injetáveis, se era ou não promíscuo, etc.”

VI – A dor moral indenizável, porque íntima à pessoa não é passível de ser comprovada. No caso, somente o autor, vítima do procedimento, atípico, para ele estabelecido, no qual se evidencia situação reveladora de indesejáveis sentimentos provocadores de insatisfação, tanto pessoal, quanto nas relações sociais e profissionais, pode avaliar as conseqüências do dano moral cuja indenização postula.

VII – Valor da indenização arbitrada em 20 vezes o valor da causa, sendo este definido em R\$ 1.000,00. Assim, arbitrada a indenização em R\$ 20.000,00 e, considerando o valor do salário mínimo vigente ao tempo em que ajuizada a ação, chega 167 salários mínimos. Valor razoável à mingua de outros critérios objetivos.

VIII – Agravo retido, apelação do autor, do réu desprovidos e remessa oficial parcialmente provida para fixar os juros de mora em 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o advento MP 2.180-35, de 2001, quando devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Acórdão

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido, às apelações e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Federal Relator Auxiliar.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 14/05/2007.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista: — Recorre o autor e a União Federal de sentença que, acolhendo em parte o pedido formulado pelo autor, reconheceu-lhe o direito à indenização por danos materiais e morais, em razão de ato imputado à apelada, por prorrogar, indevidamente por nove meses, a posse em cargo público para o qual fora nomeado, mediante exigências desmotivadas e ilegais como condição para a admissão. Assim, restou acolhido o pedido para:

condenar a Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG a retroagir a data da posse do autor como Professor Titular ao dia 11/09/1995, com a devida alteração nos registros oficiais, pagando-lhe as diferenças havidas entre a remuneração de Pro-

fessor Adjunto e de Professor Titular, que o autor deixou de receber no período compreendido entre 11/09/1995 e 27/03/1996, bem como ao pagamento de indenização por danos morais, que fixada em 20 (vinte) vezes o valor atualizado da causa, tudo com juros moratórios a partir da citação e correção monetária até a data do efetivo pagamento.

Preliminarmente, pede a apelante a apreciação de agravo retido, interposto em face de decisão que indeferiu a realização de perícia médica, requerida para aferir a aptidão física do autor para a posse na data por ele pretendida.

Em razões de mérito, pede a reforma da sentença enfatizando estar desprovida de fundamento legal a determinação de posse retroativa, sem a necessária e prévia submissão do autor à avaliação de junta médica

oficial, tal como preceitua a Lei 8.112/1990, art. 14, parágrafo único. Ressalta, mais, não atender à exigência legal a avaliação realizada por médico particular, como ocorrido na espécie.

Destaca que os exames admissionais devem ser dotados de rigor, não havendo espaço para avaliação discricionária, motivo que fundamentou a exigência de minuciosa avaliação, com exame complementares necessários, com condição à assunção ao cargo para o qual fora nomeado.

Relata mais que, não obstante a existência da Portaria Interministerial 869/1992 a dispensar o exame anti-HIV, sua interpretação não pode se aprisionar a critério puramente literal de interpretação, sendo que a exigência tal como efetivada pela ré, atende a preceitos constitucionais indispensáveis à verificação da aptidão física dos candidatos a cargo público.

Diz, finalmente, que não restou provada a ocorrência de dano moral, porquanto não verificada, na instrução processual produzida, qualquer fato que a evidenciasse.

Pelas razões que expõe, pede a reforma da sentença.

Recorre também o autor, postulando a elevação da indenização arbitrada a título de danos morais, em vinte vezes o valor da causa, eleito este em R\$ 1.000,00.

Enfatiza como fundamentos essenciais, não ser a condenação suficiente à reparação do dano moral vivenciado pelo autor, profissional com 23 anos de carreira, com excelentes trabalhos prestados à Universidade, produção científica, relatando, ademais, a gravidade do constrangimento sofrido em razão de ato ilegal praticado pela ré.

Contra-razões apresentadas.

É, em síntese, o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista: — Agravo Retido

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado.

Preliminarmente, pede a apelante a apreciação de agravo retido de fls. 327, interposto em face de decisão que indeferiu, por prejudicialidade, a produção de prova pericial requerida, com o objetivo de comprovar o estado de saúde e aptidão do autor, para admissão ao cargo público.

Não prospera o agravo retido.

Além de competir ao julgador avaliar a utilidade e necessidade da prova, no caso, a decisão agravada foi proferida após exaustiva instrução processual, testemunhal e documental. Ademais, a finalidade perseguida com a prova pericial restou prejudicada na medida em que a situação de fato, ao tempo de seu requerimento, não era a mesma existente à época da nomeação do autor ao cargo público, bem como porque a própria ré já efetivara sua posse ao cargo para o qual fora nomeado, independentemente de parecer do Serviço de Assistência Médica.

Sob outro aspecto, o objeto de controvérsia não é a aptidão para assunção ao cargo público em si, mas as seguidas exigências realizadas como condição à posse, em face dos fundamentos legais que a motivaram e das providências já atendidas pelo autor.

Nego provimento ao agravo retido.

Mérito Recursal

Pede a UFMG a reforma da sentença ao essencial fundamento de inexistirem elementos, fáticos e jurídicos, caracterizadores do dever de indenizar, tanto sob o aspecto material, com a posse retroativa a setembro de 1995, quando sob o aspecto moral.

A seu turno, requer o autor a elevação da condenação por danos morais, ao fundamento de insuficiente o valor de vinte vezes o valor atribuído à causa.

Ao exame dos elementos de instrução processual, tenho convicção quanto a existir o dano alegado como fundamento para a pretensão indenizatória, qual seja, haver a posse do autor no cargo de professor titular, ocorrido seis meses da data legalmente estabelecida. Assim, ao invés de ser empossado em setembro, após atender as necessárias providências para a admissão, somente foi empossado em março de 1996. E, durante todo este período, não pode perceber os efeitos financeiros decorrentes do exercício do cargo para o qual fora nomeado.

Tenho, igualmente, convicção quanto a estar comprovada a relação de causalidade entre o retardamento da posse e o comportamento atribuído ao órgão de avaliação médica da UFMG – Serviço de Assistência Médica e Social, em face das reiteradas exigências de providências para a admissão, as quais ou eram desnecessárias em face da comprovada aptidão já demonstrada pelo autor, ou eram ilegais em razão de expressa vedação administrativa.

Verifica-se do vasto contexto probatório produzido, os seguintes aspectos de considerável relevância para motivar o acolhimento do pedido indenizatório:

1) Nomeação do autor ao cargo de Professor Titular do Departamento de Zootecnia, em 22/06/1995 (fls. 31);

2) Atestado de aptidão física para o trabalho, expedido por médico particular, em 11/09/1995 (fls. 37);

3) Relatório médico expedido pelo Serviço de Pneumologia do Hospital das Clínicas, em 16/01/1996), afirmando a capacidade do autor para o trabalho e assunção ao cargo para o qual fora nomeado (fls. 31);

4) Exigência de exame Anti-HIV, como condição para a posse. Neste caso, destaque-se tratar de exigência ilegal em face da Portaria Interministerial 869, de 11/08/1992, que expressamente veda a exigência do exame em questão, para fins de admissão ao serviço público.

5) Posse efetivada pela Reitoria da UFMS, em março de 1996, em detrimento da apresentação de parecer pelo Serviço de Assistência Médica e Social, que desde a nomeação impusera ao autor, exigências sem motivação que as justificasse.

Relevante acrescer a estes elementos o fato de já ser o autor servidor da UFMG, na condição de professor adjunto do mesmo Departamento, desde 1975 e estar no pleno exercício do cargo mesmo durante o período em que aguardava posse no cargo de professor titular, condicionada pela resistência do Serviço de Assistência Médica e Assistencial em lhe reconhecer aptidão para a admissão.

De todo este contexto, resta, a meu juízo, a convicção de que o comportamento atribuído ao Serviço de Assistência Médica e Social da UFMG, relativamente ao retardamento da posse do autor, deu-se de forma ilegal, impondo-se-lhe prejuízo material por não perceber os vencimentos e demais vantagens, em razão

da ausência de autorização para a sua posse a tempo e modo legais.

A propósito do fato em reexame, tenho por relevante colacionar orientação já externada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar caso semelhante e adotar os seguintes fundamentos:

Processual Civil. Recurso especial. Servidor público impedido de tomar posse por ato da Administração reconhecido como ilegal por sentença transitada em julgado. Indenização devida.

1. A falta de prequestionamento das normas insertas nos dispositivos indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Da mesma forma, não pode ser conhecido pela alínea a o especial em que os dispositivos de lei apontados como ofendidos não contêm comando suficiente para infirmar os fundamentos do acórdão recorrido.

2. A ausência de indicação do dispositivo de lei a que teriam dado interpretação divergente os acórdãos recorrido e paradigma obsta o conhecimento do recurso especial interposto com base na alínea c.

3. Não se conhece do recurso quanto às questões que envolvam controvérsia a respeito de fato, negado pelo acórdão e tido como existente pelo recorrente (Súmula 7/STJ).

4. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de moto integral a controvérsia posta.

5. O surgimento da responsabilidade civil do Estado decorre da conjugação de três elementos: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. No caso em exame, o autor, em função de ato da Administração reconhecido como ilegítimo por sentença judicial transitada em julgado, foi impedido de assumir o cargo para o qual fora aprovado em concurso público. Configurada, portanto, a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes.

6. Por força do princípio da restitutio in integrum, a indenização deve ser equivalente aos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo que teria percebido não fosse o ilegítimo óbice à sua posse, bem assim a determinação para o cômputo do tempo de serviço respectivo.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido. (REsp 506608-MG. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ de 03/08/2006, p. 206).

Não merece reparos a sentença quando reconheceu ao autor o direito à posse retroativamente à data em que demonstrou haver implementado as exigências necessárias à sua ocorrência, em especial, a prova das condições, legais e fáticas, exigidas para o exercício do cargo. Posse que não se efetivou em setembro de 1995, mas apenas em março de 2006, por outras exigências do Serviço de Assistência Médica e Assistência Social, desprovidas de fundamento legal.

De igual forma, também não merece reparos a condenação imposta quanto à indenização por danos morais.

Já é orientação sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de ocorrer a responsabilização por conseqüências materiais e morais, em razão de único ato ilícito, o que permite concluir serem autônomas as conseqüências indenizáveis.

Eis o teor da Súmula 37:

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

A sentença afirmou caracterizada a responsabilidade objetiva da União Federal, impondo a ela o dever de indenizar pelos danos morais sofridos em razão do retardamento para a posse em cargo público e de todo o comportamento imputado à ré, relativamente às exigências indevidas e constrangedoras impostas ao autor.

Enfatizou como razões de decidir que “a postergação da posse do autor, em virtude da simples suspeita de que o mesmo era portador do vírus HIV, de conhecimento público no meio acadêmico, como se vê dos depoimentos colhidos na Audiência de Instrução e Julgamento, comprovam, inequivocamente, o constrangimento moral sofrido pelo autor. No período em que se viu impedido de tomar posse, o autor passou por situações vexatórias e especulativas sobre a sua vida privada, sua preferência sexual, se era usuário de drogas injetáveis, se era ou não promíscuo, etc.”

A dor moral indenizável, porque íntima à pessoa, não é passível de comprovada. No caso, somente o autor, vítima do procedimento, atípico, para ele estabelecido, no qual se evidencia situação reveladora de indesejáveis sentimentos provocadores de insatisfação, tanto pessoal, quanto nas relações sociais e profissionais, pode avaliar as conseqüências do dano moral cuja indenização postula.

A respeito do dano moral, ensina Sérgio Cavalieri Filho que “está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*, deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral a guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre de regras da experiência comum” (“Programa de Responsabilidade Civil”, 3ª ed., 2002, São Paulo: Malheiros, p. 92).

As razões externadas para a quantificação da indenização devida, à míngua de um referencial, de um paradigma, encontram-se razoavelmente fundamentadas.

Destacou a sentença:

Não se paga a dor, mas se aplaca, dando um conforto material, satisfatório, uma compensação para diminuir as agruras da vida, a possibilidade de um maior bem estar. Uma forma de atenuar o sentimento.

Entretanto, como inexistente previsão legal específica quanto à fixação do valor da indenização do dano puramente moral, a jurisprudência dos nossos Tribunais vem firmando entendimento de que, na fixação da indenização por dano moral, devem ser sopesados os aspectos fáticos, a extensão dos prejuízos materiais, posição econômica da vítima e do agente reparador, não podendo, todavia, ser causa de enriquecimento.

Ante a inexistência de elementos objetivos capazes de viabilizar a avaliação, e como simples consideração subjetiva daquele que se reputa moralmente atingido é insuficiente para caracterizar dano moral indenizável, levando em conta a situação posta nos autos, fixo a indenização em 20 vezes o valor dado à causa, devidamente atualizado.

Também quanto à razoabilidade da fixação do dano moral, pontificou o Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Alínea c. Indenização por danos morais. Soldado. Acidente durante atividade militar. Indenização fixada pela Corte de origem em 100 salários mínimos à data da sentença. Pretensão de redução do valor. Divergência jurisprudencial não configurada. Ausência de similitude fática.

1. Do necessário confronto entre o v. julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região com o v. aresto trazido como dissonante, denota-se, sem maiores esforços, evidente dessemelhança. A hipó-

tese dos autos trata de indenização por danos morais devida pela União a soldado que sofreu a perda total de seu olho direito por ocasião de acidente durante atividade militar, fixada pela Corte de origem em 100 (cem) salários mínimos. Já o acórdão paradigma cuida de indenização por danos morais, estipulada no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos, devidos por empresa ferroviária à mãe de vítima falecida em queda de trem. Dissídio jurisprudencial não configurado.

2. Ainda que assim não fosse, este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que pode majorar ou reduzir, quando irrisório ou absurdo, o valor das verbas fixadas a título de dano moral, por se tratar de matéria de direito e não de reexame fático-probatório.

3. No caso em análise, entretanto, a fixação da verba em 100 (cem) salários mínimos à data da sentença não se mostra excessiva, mas atende ao princípio da razoabilidade, considerados tanto o sofrimento causado ao jovem pela visão e incapacidade para seguir carreira no Exército, conforme planejava, quanto à necessidade de utilização de prótese ocular, que “pode, se bem feita, esconder o dano estético, não o elimina, e, com certeza, relativa o dano moral cada vez que é removida para os cuidados de higiene e novamente instalada (Ministro Ari Pargendler, Resp 171240/ES, *DJ* de 23/04/2001).

4. Recurso especial não conhecido.

Razões estas que me trazem a convicção quanto a não merecer reforma a sentença, também relativamente ao valor da indenização arbitrada, em 20 vezes o valor da causa, este no valor de R\$ 1.000,00. Isto porque o valor da indenização — R\$ 20.000,00, representa, considerando o valor do salário mínimo vigente ao tempo em que ajuizada a ação, a 167 salários mínimos.

Na linha do decidido por este Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido a ação proposta antes da edição da Medida Provisória 2.180-35, de 2001 são devidos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o advento da citação MP, quando devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês (STJ – REsp 734.455/MS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJ* I de 19/09/2005, p. 376, AgRg no Ag 680324/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, *DJ* I de 12/09/2005, p. 388; TRF/1ª Região – AC 1999.01.00.067950-1/RR; Rel. Juíza Federal Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro (conv.), Segunda Turma Suplementar, *DJ* II de 20/09/2005, p. 7, AC 1999.36.00.000102-8/MT, Rel. Des. Federal Jirair Aram

Meguerian, Segunda Turma, *DJ* II de 28/07/2005, p. 49).

Por estes fundamentos, nego provimento ao agravo retido, às apelações e dou parcial provimento à remessa oficial para fixar os juros de mora em 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o advento MP 2.180-35, de 2001, quando devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês

É como voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2002.38.03.001288-4/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto
Apelante: Nestor Barbosa de Andrade
Advogado: Dr. Fernando Mitraud Ruas
Apelada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Leonardo Augusto Santos Melo
Publicação: DJ 2 de 27/07/2007

Ementa

Penal. Homicídio culposo. Negligência médica. Preliminar de incompetência da Justiça Federal. Laudo conclusivo da negligência. Conjunto probatório harmonioso. Condenação mantida.

I – É competente a Justiça Federal, para processar e julgar a causa, em face do evidente interesse da União, acionada, na esfera civil, para reparar dano causado por médico da Universidade Federal, que, nessa condição, é acusado de homicídio culposo, por negligência médica, no tratamento de paciente.

II – Tendo o laudo pericial, firmado por três médicos do Instituto de Medicina Legal do Distrito Federal, concluído que, diante de sérias suspeitas de perfuração do duodeno e do colédoco da paciente, durante procedimento médico denominado colangiopancreatite endoscópica retrógrada – CPER, e não tendo sido adotadas medidas reparadoras imediatas, com reavaliações clínicas constantes, como preconiza a literatura médica, resta caracterizada a negligência, que acarretou a morte da paciente.

III – Sentença condenatória mantida.

Acórdão

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 10/07/2007.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. Trata-se de apelação interposta por Nestor Barbosa de Andrade contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Substituto Felini de Oliveira Wanderley, da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia, em Minas Gerais, que julgou procedente a denúncia, para condenar o ora apelante à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, pela prática do delito tipificado no art.

121, §§ 3º e 4º, c/c o art. 61, alínea *h*, todos do Código Penal.

2. Narra a denúncia (fls. 3/6):

Reportamos autos do presente Procedimento Administrativo Criminal que, no dia 17/11/2000, o denunciado, na qualidade de professor da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, no exercício da atividade acadêmica, realizou o procedimento endoscópico na vítima Creusa Rosa de Oliveira, durante o qual,

agindo de forma imperita, perfurou o duodeno e o colédoco, causando sua morte em 10/07/2001.

Consta dos autos que a vítima, em 06/11/2000, sofrendo de dores do abdômen, procurou o Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, oportunidade em que os médicos Roosevelt e Paulo Velasco diagnosticaram a presença de cálculos na vesícula biliar, indicando a necessidade de realização de intervenção endoscópica denominada “colangiopancreatite endoscópica retrógrada (CPER), cumulada com papilo-esfincterotomia endoscópica (PEE)”, que se deu no dia 17/11/2000.

Para a realização desse tipo de procedimento, utiliza-se um endoscópio de fino calibre, com a visão lateral, que é introduzido pela boca até o duodeno (início do intestino), onde se situa a papila duodenal maior, responsável pelo controle da saída da bile e do suco pancreático para a luz do intestino. Posteriormente, com o cateter, dentro do aparelho, injeta-se contraste nos ductos biliares e pancreáticos.

Na data marcada, o exame foi realizado pelo médico endoscopista, ora denunciado, Nestor Barbosa de Andrade, que não reavaliou a necessidade da intervenção, indicada por seus colegas, nem comunicou à paciente dos riscos e prováveis consequências daquele tipo de procedimento, prática recomendada pelo Código de Ética Médica.

Demais disso, durante o procedimento, na presença de residentes do Pronto Socorro, o inculpado não agiu com a devida perícia e necessária cautela na condução do aparelho, acabando por perfurar gravemente o duodeno da paciente, fato que pôde ser notado desde logo pelo próprio inculpado, que assim informou em relatório enviado à Comissão de Ética Médica: “A aparência do orifício da papilotomia pareceu-nos mais arredondado que o habitual”, sendo esse um indicativo claro de perfuração duodenal.

Interessa registrar, nesse ponto, que no laudo da CPER, apresentado pelo denunciado, foi feita uma rasura grosseira, detectada pelos peritos do IML/DF, consistente em inserir, manualmente, a palavra “não” no meio da seguinte frase: “Nova radiografia foi esclarecedora...”, com o intuito de inverter totalmente o seu sentido, revelando a vontade desenfreada do inculpado em esquivar-se da responsabilidade pelo ato de imperícia.

Firmada a suspeita da indevida perfuração, caso em que se indica cirurgia imediata, o denunciado optou por manter a vítima em observação, determinando sua permanência na enfermaria por aproximadamente 24 horas, após o que se diagnosticou uma inflamação do retroperitônio,

fato ensejador da primeira intervenção cirúrgica denominada laparotomia, do total de 8 (oito) a que foi submetida a paciente e mais 2 (duas) para drenagens de abscessos do quadril, realizadas para debelar as complicações decorrentes do indigitado procedimento endoscópico.

Tão certa restou a ocorrência da perfuração que, durante a cirurgia de laparotomia foi detectada a presença de contraste no retroperitônio, indicando vazamento do líquido usado na endoscopia, porquanto a perfuração foi grande e não se limitou à parede posterior do duodeno, em face do enorme volume de secreção achocolatada encontrada na cavidade peritoneal.

A partir daí o estado clínico de Creusa agravou-se sobremaneira, apresentando elevado quadro infeccioso, necrose em diversos órgãos, vazamento de bile, tendo-lhe sido retirados o peritônio, o apêndice, a vesícula biliar e o canal colédoco.

Nesse interim, cumpre ressaltar que o inculpado determinou a retirada do apêndice com o único objetivo de passar uma sonda para esvaziar o intestino, ou seja, a vítima teve o abdome perfurado mais uma vez quando apresentava peritonite instalada, o que era um procedimento cirúrgico de alto risco e desnecessário.

Na tentativa de reverter o dano causado pelo ato de imperícia médica do inculpado, a vítima foi submetida a 10 (dez) cirurgias, todas em vão, visto que, internada na UTI, desde novembro de 2000, faleceu no dia 10/07/2001, em decorrência de complicações causadas pela grave perfuração do duodeno.

É de bom alvitre registrar que, antes da intervenção endoscópica, a vítima estava muito bem de saúde, não fosse as populares “pedras na vesícula”, como atestam os exames de fls. 8/9.

(...)

3. Disse o MM. Juiz *a quo*, na sentença, que, diante do laudo do Instituto Médico Legal do Distrito Federal (fls. 35/40-vol. 1 e 2.660/2.670-vol. 11), que concluiu que o óbito da paciente adveio de complicações decorrentes da perfuração do duodeno e do colédoco, durante o procedimento médico denominado colangiopancreatite endoscópica retrógrada – CPER, não restam dúvidas de que o ato praticado pelo ora acusado causou a morte na vítima.

Ao examinar a culpa do agente, julgou o magistrado que inexistem, nos autos, elementos que permitem concluir que a perfuração do duodeno da vítima decorreu, efetivamente, de imperícia, uma vez que o acusado é médico, com capacitação técnica para realizar a

CPER, e o laudo pericial constatou que tal perfuração é complicação que, embora remota — cerca de 1% dos casos —, pode vir a ocorrer em tal procedimento.

Contudo, julgou que o acusado agiu com negligência, pois não teve o devido cuidado com a paciente, tendo em vista que, após detectar complicações decorrentes do procedimento endoscópico, não realizou os exames necessários para verificar se houve ou não perfuração no duodeno dentro do prazo recomendado pela literatura médica, ou seja, de 8 (oito) horas após a CPER. Disse que, havendo evidências de perfuração do duodeno e do colédoco, como no caso, o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para realização de intervenção cirúrgica é extremamente excessivo, como atestou o laudo pericial, e consistiu no fator determinante da morte de Creusa Rosa de Oliveira (fls. 2948/2957).

4. Em suas razões de apelação, Nestor Barbosa de Andrade alega, preliminarmente, incompetência absoluta da Justiça Federal, para processar e julgar a causa, uma vez que não está caracterizado interesse da União no processo. Diz que o bem jurídico atingido, no caso, é de interesse particular, independentemente de ter sido praticado por funcionário público federal.

Aduz ser tão evidente a falta de interesse da União que, proposta ação cível de reparação de danos, pelo mesmo fato, perante a Justiça Federal, tendo a União, entre outros, como ré, foi declinada da competência em favor da Justiça Estadual, decisão esta transitada em julgado.

No mérito, sustenta que os depoimentos colhidos nos autos, de profissionais médicos, demonstraram a adequação da conduta do acusado, amparada pela doutrina médica, o que não foi analisado na sentença. Assevera que o hospital em que a paciente estava internada é de grande porte, sendo que esta foi avaliada por inúmeros profissionais, não sendo possível atribuir exclusivamente a responsabilidade ao réu.

Disse que, na literatura médica, não há consenso quanto ao tempo em que deve ocorrer a intervenção cirúrgica após as complicações relatadas nos autos. Assim, não poderia o MM. Juiz *a quo* considerar somente as provas que interessavam para a condenação, desprezando aquelas existentes nos autos, que favorecem o acusado.

Ressalta que, para caracterização do tipo penal previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, além da

necessidade de comprovação da culpa, no caso, a negligência, há, também, que se provar o nexo de causalidade, sendo que o laudo pericial do IML, embasador da sentença condenatória, deixa dúvidas tanto em relação à negligência quanto ao nexo causal.

Requer, assim, o acolhimento da preliminar, com o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal, anulando-se todos os atos praticados desde a denúncia, ou, no mérito, provimento do apelo, a fim de que o ora apelante seja absolvido do crime a ele imputado (fls. 211/226).

5. Nas contra-razões, o Ministério Público Federal alega ser competente, sim, a Justiça Federal, para processar e julgar a causa, tendo em vista que o acusado, ao realizar o procedimento endoscópico que causou a morte da vítima atuou *“na qualidade de professor da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, no exercício da atividade acadêmica”*, o que torna indiscutível a lesão a ente federal, pois este é que será demandado para indenizar a família da vítima, em face da responsabilidade objetiva do Estado.

Aduz que há, nos autos, farto conteúdo probatório da culpa do agente, pois *“ao constatar a perfuração por ele produzida na vítima, não reavaliou a necessidade de intervenção cirúrgica, indicada por seus colegas, nem comunicou à paciente e à família dos riscos e prováveis conseqüências daquele tipo de procedimento”*, o que veio a causar o óbito da vítima.

Assevera que, além do laudo pericial existente nos autos, às fls. 35/40 e 2.660/2.670, há, também, os depoimentos das testemunhas, que confirmam os fatos narrados na denúncia. Ressalta que as respostas dadas pelos peritos aos quesitos deixam claro que o acusado detectou a perfuração no duodeno da vítima, mas, em vez de submetê-la a tratamento cirúrgico, como é recomendado, preferiu o tratamento clínico fatal, caracterizando, assim, a culpa do agente. Pede, dessa forma, a manutenção da sentença condenatória (fls. 3031/3034).

6. O representante do Ministério Público Federal, perante este Tribunal, Procurador Regional da República José Adércio Leite Sampaio, opina pelo não provimento do recurso (fls. 3037/3040).

7. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Preliminar de incompetência da Justiça Federal.

Argumenta o apelante que a conduta criminosa, a ele imputada, ainda que tenha sido praticada no exercício de suas funções de servidor público federal, não teve nenhum reflexo em bens, serviços ou interesses da União, pois atingiu, unicamente, interesse de particular.

Diz, ainda, que estaria evidenciada, ainda mais, a incompetência da Justiça Federal, porque foi ajuizada ação civil indenizatória, perante a Justiça Federal, e esta declinou da competência em favor da Justiça Estadual.

Tal fato, como se vê do andamento processual informatizado do Processo 2001.38.03.005965-8, realmente ocorreu; mas, tão-somente, em relação ao INSS, pois, na decisão declinatória de competência, o MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Uberlândia nada falou sobre a União ou a Universidade Federal de Uberlândia, e estas também são partes na lide, como se verifica da cópia da inicial da ação indenizatória, juntada, nos autos, às fls. fls. 2.619/2.637-vol. 11.

Demais, examinando detidamente o andamento processual da ação que passou a tramitar na Justiça Estadual — Processo 070202015390-5 —, em decorrência da declinação de competência do Juízo Federal, observo que foram proferidas diversas decisões naquele processo, entre elas, está, justamente, nova declinação de competência, com encaminhamento dos autos à Justiça Federal, por ser parte a Universidade Federal de Uberlândia e a União, na lide.

Além disso, a partir do momento em que a vítima, por meio de seus sucessores, manifesta interesse em pleitear indenização decorrente do fato, movendo ação contra a União e a fundação pública federal, no caso a Universidade Federal de Uberlândia, o interesse da União na solução deste processo é indiscutível.

Ocorre que o reconhecimento, ou não, da culpa do agente público, professor da Universidade Federal, que, nessa condição, e atuando como médico no hospital mantido pela Universidade, é acusado da morte

de paciente, certamente terá efeitos no julgamento da ação cível de reparação de danos, a que está sendo demandado o ente público federal.

Caracterizado, portanto, o interesse da União, é competente a Justiça Federal, para processar e julgar a causa, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

2. Mérito.

Verifica-se dos autos que, em 17/11/2000, o acusado, professor da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, no exercício da atividade acadêmica, atuando como médico, no hospital universitário, realizou o procedimento endoscópico denominado colangiopancreatite endoscópica retrógrada – CPER, que causou perfuração no duodeno e no colédoco da paciente, que, posteriormente, veio a falecer.

Não há dúvidas de que a morte da paciente decorreu de tal perfuração. Tal fato é inconteste nos autos, não só pela vasta documentação médica da paciente, que formam 11 (onze) volumes deste processo, mas, principalmente, em face das conclusões do laudo pericial de fls. 35/40, complementado à fls. 2.660/2.670, o qual é assinado por 3 (três) médicos peritos do Instituto Médico Legal do Distrito Federal e atesta (fls. 36):

5) Essa lesão foi a causa do óbito? (...)

Sim; a seqüência de eventos que culminou na morte da paciente Cleusa Rosa de Oliveira iniciou-se com as perfurações do duodeno e do colédoco durante procedimento endoscópico.

O ora apelante foi denunciado por homicídio culposo, em face de imperícia e de negligência. A sentença, todavia, afastou a ocorrência de imperícia, sob fundamento de que o médico tinha habilitação para realizar tais procedimentos e o laudo pericial constatou que tal perfuração é complicação que, embora remota, pode ocorrer durante a CPER. No entanto, condenou-o por homicídio culposo, por entender que o acusado negligenciou no atendimento à paciente, após detectada a perfuração do duodeno.

À mingua de recurso da acusação, examino, tão-somente, a ocorrência, ou não, de negligência.

Resta, portanto, saber, se o acusado, após a prática do intervenção que causou a perfuração no duodeno e no colédoco da paciente, deixou, por descuido ou desatenção, de adotar providências, materiais ou

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Saulo José Casali Bahia e Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocados). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro.

psíquicas, quando o dever de cuidado objetivo lhe impunha agir de modo contrário.

O laudo pericial, assinado por três médicos do Instituto Médico Legal do Distrito Federal, examinou toda a documentação, que foi objeto de busca e apreensão no Hospital da Clínicas, em Uberlândia, relativa à paciente, e respondeu os respectivos quesitos. Sobre a percepção imediata da perfuração do duodeno, fator que indicaria o tratamento a ser adotado, o laudo informa:

D. Não dispomos dos resultados dos exames radiológicos realizados durante o procedimento, nem das próprias radiografias. As informações encontradas nos autos são dispares: o médico que executou a CPER informa, em seu laudo, que as radiografias não contribuíram para esclarecer se houve ou não lesão de duodeno; o cirurgião que examinou a paciente no dia seguinte (e que, presumivelmente, teve acesso às radiografias) refere que estas mostram extravasamento de contraste, comprovando a existência de perfuração de duodeno. Neste ponto cumpre-nos abrir um parêntese: existe uma rasura grosseira no original do laudo da CPER: onde se lê a frase “Nova radiografia foi esclarecedora (...)”, impressa por impressora matricial, há a palavra “não” colocada seu meio, escrita manualmente, invertendo totalmente o sentido da frase. (Grifos nossos.)

Causa grande estranheza o fato de as radiografias tiradas nos dias 17 e 18/11/2000, justamente aquelas que poderiam atestar, de plano, se houve ou não a perfuração do duodeno, terem, simplesmente, desaparecido. A administração do hospital, embora tenha fornecido toda a documentação relativa à paciente, informou que não conseguiu localizar tais radiografias.

Também causa estranheza o fato de haver uma aparente rasura exatamente no laudo médico, baseado naquelas radiografias desaparecidas, invertendo completamente o resultado do exame. Ao ser inserida a palavra “não” na frase “nova radiografia foi esclarecedora”, esta transmutou-se para “nova radiografia não foi esclarecedora”, com evidente inversão de sentido, que influenciaria, decisivamente, na conclusão sobre a negligência médica.

Há de registrar-se, ainda, o fato de outro médico ter examinado a paciente, no dia seguinte, o qual, como diz o laudo, *presumivelmente teve acesso às radiografias*, e afirmar que houve extravasamento de contraste, comprovando a perfuração do duodeno.

Não se está aqui atribuindo conduta criminosa no desaparecimento de tais radiografias a quem quer que seja, por absoluta falta de prova, mas é certo que a não-localização, mais a “*aparente rasura*” no laudo, favorecem o acusado na denúncia que lhe é feita.

Informação contida no próprio prontuário da paciente, relativa ao dia 17/11/2000, data da endoscopia, já dizia (fls. 59/60):

De conformidade com o laudo, observou-se orifício redondo e pouco habitual da papilotomia, o *que fez suspeitar de perfuração*. (Grifo nosso.)

E o laudo assevera:

E. A descrição dos achados da primeira cirurgia é *altamente sugestiva de que a perfuração realmente ocorreu, foi grande e não se limitou à parede posterior do duodeno*, como o laudo da CPER deixa transparecer. Uma perfuração pequena, limitada à parede posterior, sem comunicação com a cavidade peritoneal, não é capaz de explicar o grande volume de secreção achocolatada encontrado livre nesta cavidade. (Grifos nossos.)

A grande probabilidade de perfuração no duodeno da paciente é reconhecida pelo próprio acusado, quando disse no interrogatório judicial que (fls. 2.600-vol. 11):

Quando da realização do procedimento, o interrogando não teve certeza da perfuração do duodeno, mas apenas *relatou desconfiança aos residentes e colaboradores que estavam presentes*; (grifo nosso).

O laudo pericial é claro em afirmar que, diante desse quadro, a paciente deveria ter sido avaliada periodicamente, a fim de evoluir para tratamentos mais eficazes, do que a simples observação clínica. Vejamos:

F. A importância do diagnóstico precoce da perfuração é que este diagnóstico tem influência direta na conduta tomada e, por conseqüência, na evolução da paciente. A conduta expectante, com observação da paciente enquanto se tomam medidas de suporte clínico, pode ser aceita inicialmente, enquanto a perfuração é apenas uma hipótese, ou enquanto se imagina que esta perfuração é tão pequena que poderá não trazer conseqüências danosas à paciente. Nesta situação, no entanto, é fundamental que a paciente seja *avaliada periodicamente*, de forma que se possa diagnosticar uma peritonite logo que esta surja, quando então a cirurgia precoce tem as melhores possibilidades de minimizar o dano da perfuração. No caso em questão, *não há relato de qualquer exame físico, interrogatório clínico*

ou registro de queixa da paciente entre o término da CPER em 17/11 e a primeira avaliação do dia 18/11 – que, por sua vez, não tem registro do horário em que foi feita. Na falta do registro em prontuário, podemos somente acreditar que este controle periódico não foi feito, e que isto teve como consequência a perda de um tempo precioso no diagnóstico da peritonite e na indicação da cirurgia. (Grifos nossos.)

Conclui, pois, o laudo que, após a endoscopia, com sérias suspeitas de perfuração do duodeno, não houve controle periódico do estado de saúde da paciente.

Verificando-se a documentação encaminhada pelo Hospital, especialmente os dados do prontuário da paciente, relativos à realização da CPER (fls. 59 e 60), consta-se que, em 17/11/200, foi realizada a CPER e, ainda, o seguinte diagnóstico:

(...)

– Suspeita de perfuração duodenal.

(...)

De conformidade com o laudo, observou-se orifício redondo e pouco habitual da papilotomia, o que fez suspeitar de perfuração. (Grifos nossos.)

Daí, a paciente foi admitida na Enfermagem, às 17h40, do mesmo dia, acompanhada do esposo com “suspeita de perfuração do colédoco”.

No dia seguinte, 18/11/2000 (fls. 60), sem constar horário, mas indicando ser pela manhã, está anotado que a paciente refere-se a *dor abdominal*. Também consta a realização, no mesmo dia, de exames de imagens, e, ainda, as seguintes informações:

18/11/2000

Hora: 12h20: anotações registradas

Paciente com 48 anos de vida, feminino, esteve no Pronto Socorro de Cirurgia há 10 dias, diagnosticado colelitíase e coledocolitíase. Foi indicado CPER, colecistectomia. Retornou dia 17/11/2000 para fazer o procedimento; foi realizado a CPER, papilotomia e retirada de microcálculos. Após, foi *contrastada as vias biliares com achado de contraste no retroperitônio*. As condutas, as seguir foram dieta zero, sonda nasogástrica calibrosa aberta, soroterapia e antibióticos. Hoje, evoluindo com abdome muito doloroso (*piora da dor que já apresentava após a papilotomia*), com hemograma infeccioso, descompressão brusca positiva, anorexia.

(...)

Indicou-se cirurgia com proposta de lavagem/drenagem do retroperitônio e colecistectomia.

18/11/2000

– As 13h: Indicada laparotomia explorada (...)

18/11/2000

– Início da anestesia: 15h15

– Início da cirurgia: 15:h45

(...)

Não há, de fato, nenhum registro de que a paciente, após a endoscopia, em que havia sérias suspeitas de perfuração do duodeno, tenha sido assistida na forma como preconiza a literatura médica, ou seja, com freqüentes reavaliações clínicas. Outra não foi a conclusão a que chegou o laudo pericial. Vejamos:

1) Há relato de dor abdominal logo após o procedimento endoscópico (CPER). Neste caso em que houve suspeita de perfuração e, portanto, de alto risco de evolução para quadro de peritonite, há indicação de cirurgia imediata. Consta no prontuário que, pela manhã do dia seguinte ao procedimento, já havia queixa de dor abdominal pela paciente; e às 12h20 indicou-se a cirurgia, que somente foi realizada às 15h45 do mesmo dia. Não consta nos autos avaliação periódica e constante do referido quadro de dor abdominal, no sentido de se detectar precocemente uma peritonite, que seria indicação de cirurgia imediata. Ressalte-se que, para que se adote conduta conservadora neste tipo de lesão é imprescindível que não haja sinais de irritação peritoneal (os quais são constatados através de exame físico e, por vezes, por meio de exames laboratoriais).

(...)

De acordo com o registrado no prontuário médico, o médico assistente da paciente Cleusa Rosa de Oliveira adotou medidas emergenciais clínicas, *que incluíram a passagem de sonda nasogástrica*. É nossa opinião, o entanto, que *a conduta mais adequada teria sido a intervenção cirúrgica em um momento mais precoce*. Além disto, a perfuração do duodeno e do colédoco terminal seria melhor tratada por procedimento cirúrgico que incluísse o desvio do trânsito biliar, como uma derivação biliodigestiva ou a colocação de dreno de Kehr.

(...)

Com relação ao tratamento clínico, a Literatura especializada preconiza freqüentes reavaliações clínicas, laboratoriais e com o uso de exames complementares. (...) (Sublinhado do original.)

A conclusão de que a paciente não foi reavaliada frequentemente, também se extrai do depoimento do esposo da vítima, ouvido pelo Juízo, como informante, quando diz (fls. 2.858/2859-vol. 12):

Que entre a realização do exame que encerrou-se às 15h horas do dia 17/11 e a primeira intervenção cirúrgica que iniciou-se às 8h do dia 18/11 sua esposa reclamou de dores; que sua esposa foi acompanhada apenas de enfermeiras que lhe davam remédios para retirada de dores; que nenhum médico procurou o depoente nesse período; que saiu do quarto poucas vezes, sendo que sua esposa não foi acompanhada por nenhum médico quando saiu da sala em que foi realizado o exame; que o depoente no início da manhã no dia 18 o depoente ligou para sua filha e solicitou que a mesma fosse ao hospital ficar com a mãe enquanto o depoente ia em casa tomar um banho;

No processo administrativo, perante a Comissão de Ética Médica do HC/UFU, consta que o marido da paciente (fls. 85):

Esteve junto a sua esposa até quando ela entrou para as dependências internas do Setor de Endoscopia, voltando a acompanhá-la após o término de exame, quando foi conduzida para a Enfermaria da Clínica Médica. Sua esposa estava sonolenta. *Durante a noite a paciente passou a queixar de dor na barriga, segundo ela dor mais intensa do que aquela que apresentava antes. A dor persistiu e pela manhã foi examinada pelos médicos (...)*

A testemunha de defesa Valéria Ferreira de Almeida e Borges, médica que disse ter assistido a paciente durante a noite, afirmou (fls. 2.874/2.875-vol. 12):

Que o acompanhamento após a intervenção na paciente foi realizado pela depoente;

(...)

que a depoente esteve durante toda a noite com a paciente e mesma não teve naquele período qualquer intercorrência, tais como febre e dor;

(...)

que a depoente não teve qualquer contato com o marido da paciente enquanto a mesma esteve internada na noite após a intervenção realizada pelo dr. Nestor; que nesta noite o marido da depoente (sic) não esteve lá;

Embora a testemunha afirme que o marido da paciente não estava com ela, no prontuário da paciente consta, expressamente, que ela ingressou na Clínica

Médica acompanhada do esposo, confirmando a versão contada por ele. Vejamos (fls. 60):

Paciente deu entrada na Clínica Médica às 17h40..dormindo e em companhia do esposo.

Está sonolenta e com sonda nasogástrica aberta.

Segundo informações do esposo, acabara de ter sido realizada a endoscopia.

Em atendimento a requerimento da defesa, o laudo pericial foi complementado (fls. 2.665/2.668), com as seguintes conclusões:

17. Na opinião dos Srs., o que determina a identificação de perfuração de extensão além do que se visualiza à endoscopia?

Resposta: *Uma perfuração de duodeno e cóledoco terminal pode ser diagnosticada visualmente durante a CPRE; pode ser detectada pela introdução de contraste radiológico pelo endoscópio e pelo desaparecimento ou não deste contraste em um período de um minuto; pode ser diagnosticada indiretamente, através da presença de ar livre na cavidade peritoneal, ou de líquido livre nesta cavidade, por meio de exames de raios X simples de abdome, ou ecografias, ou ainda por tomografia computadorizada.* Finalmente, a real extensão de uma perfuração pode ser avaliada por visão direta da mesma durante um procedimento cirúrgico.

18. Os Srs. poderiam citar o limite exato de uma perfuração durante papilotomia endoscópica acima do qual há recomendação imediata para laparotomia exploradora ao invés de tratamento clínico abrangente e reavaliação posterior dentro de um período menor que 24 horas? Estes parâmetros têm apoio em ampla literatura especializada?

Resposta: Dentre os diversos artigos estudados no processo de análise deste caso, o que melhor responde a este quesito é “Management of duodenal perforation after endoscopic retrograde cholangiopancreatography and sphincterotomy – Annals of Surgery, vol 232, 2, p.. 191-198”. A indicação de laparotomia imediata depende de fatores que vão além de uma simples mensuração da perfuração. Deve-se levar em conta: grande volume de contraste radiológico extravasado *quando da análise inicial da lesão*; presença de coleção líquida intra ou retroperitoneal detectada por exame complementar (raios X contrastado de trato gastrointestinal superior, ultra-sonografia ou tomografia) *feito 8 horas após a CPRE*; enfisema subcutâneo extenso. (Sublinhado do original.)

Com relação ao tratamento clínico, a Literatura especializada preconiza *frequentes reavaliações*

clínicas, laboratoriais e com o uso de exames complementares. (...) (Sublinhado do original.)

(...)

Resposta: A avaliação visual da lesão, durante a endoscopia, é apenas um dos parâmetros usados para indicar a cirurgia, sendo o menos importante deles. Como dissemos na resposta ao quesito anterior, há outros parâmetros mais fidedignos ao se avaliar a necessidade ou não de laparotomia, como o volume de contraste radiológico extravasado, a presença ou não de coleção líquida *algumas horas após a CPRE*, e a avaliação clínica do paciente.

(...)

22. Os Srs. reconhecem como válida a indicação de tratamento clínico abrangente, sujeito à reavaliação antes de passadas as 24 horas, recomendado pela literatura médica, quando ocorre perfuração pós papilotomia endoscópica?

Resposta: Até o momento, não há um consenso no meio médico acerca do manejo inicial da perfuração como complicação da CPER. *As perfurações de duodeno, de qualquer natureza, têm sido tradicionalmente tratadas através de uma abordagem cirúrgica.* Na última década, no entanto, esta conduta tem mudado no sentido de uma abordagem mais seletiva. Ainda que alguns autores tenham recomendado o tratamento clínico de rotina, a taxa de mortes referida nos casos de falha desta abordagem tem sido de 50%. Como consequência, outros autores passaram a recomendar a abordagem cirúrgica em todos os casos.

Lembramos, porém, que um período de 24 horas é um tempo extremamente dilatado em se tratando de reavaliação de paciente com este quadro. O período máximo recomendado na literatura é de cerca de 8 horas, para uma reavaliação ampla que englobe exames clínicos, laboratoriais e de imagem.

23. Os Srs. poderiam situar parâmetros exatos, obtidos ao término da CPER que façam o médico, que suspeitou da possibilidade de perfuração pós papilotomia, se afastar da indicação de tratamento clínico e se obrigar a indicar de imediato a laparotomia exploradora?

Resposta: Como respondemos anteriormente, a indicação de laparotomia imediata depende de fatores que vão além de uma simples mensuração da perfuração. Estes fatores são: grande volume de contraste radiológico extravasado *quando da análise inicial da lesão*; presença de coleção líquida intra ou retroperitoneal detectada por exame complementar (raios X contrastado de trato gastrointestinal superior, ultra-sonografia ou tomografia) *feito 8 horas após a CPRE; enfisema subcutâneo extenso. O*

acompanhamento clínico do paciente é um processo dinâmico, composto de freqüentes reavaliações clínicas, laboratoriais e com o auxílio de exames complementares.

O laudo pericial é, portanto, categórico. Afirma e reafirma que o acompanhamento clínico, nos casos de suspeita de perfuração do duodeno e colédoco tem que ser dinâmico, com freqüentes reavaliações, em um período curto de tempo de, *no máximo, 8 (oito) horas.* O tempo de 24 horas em que a paciente esteve em observação clínica foi *extremamente excessivo.*

Portanto, diante do que contém os autos, especialmente o laudo pericial, está evidente que o acusado não adotou as providências, que o cuidado objetivo lhe impunha, consistente no acompanhamento freqüente e regular, após a realização da CPER, com sérias suspeitas de perfuração do duodeno da paciente.

Medidas seguintes, após a endoscopia, como tratam os autos, só foram adotadas segundo o prontuário e o laudo pericial, pela manhã do dia seguinte, 18/11/2000. Enquanto a recomendação da doutrina médica é de um *prazo máximo de 8 (oito) horas* para reavaliação e adoção de providências, vê-se que somente após *quase 24 (vinte e quatro) horas* a paciente foi submetida à intervenção cirúrgica, tempo fatal para correção do erro inaugural.

Inegável, pois, que a inércia do acusado, quando o dever de cuidado objetivo determinava que agisse de modo contrário, foi fator determinante da morte da vítima, o que caracteriza a negligência, e torna irreparável a condenação pelo homicídio culposos.

Releva dizer que o laudo pericial, assinado por médicos peritos oficiais do Instituto Médico Legal do Distrito Federal, tem presunção de legitimidade, mormente porque é corroborado por outras provas constantes dos autos, e foi elaborado com observância do contraditório. Ressalte-se que o laudo complementar de fls. 2.660/2.670 foi elaborado, exclusivamente, em atendimento a requerimento da defesa, e para responder a quesitos por ela formulados.

Por analogia, serve ao caso, o seguinte julgado desta Turma:

I – A prova produzida em sede de inquérito policial pode servir como elemento de convicção desde que seja corroborada pelas demais provas dos autos. *Na espécie, o laudo pericial encontra-se em harmonia com o conjunto probatório.*

(ACR2001.38.00.010521-3/MG,DJ01/12/2006
p. 46, rel. Juiz Cândido Ribeiro, 3ª turma, unânime)
(grifo nosso).

Também não merece prosperar a alegação da defesa de que não estaria provado nos autos o nexo causal. Como ensina Guilherme de Souza Nucci (*in: Código Penal Comentado*. 5ª ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 183)

Somente a ligação, através da previsibilidade, entre a conduta do agente e o resultado danoso pode constituir o nexo de causalidade no crime culposos, já que o agente não deseja a produção do evento lesivo.

É o que se vê dos autos, havia previsibilidade de resultado, em face da reconhecida capacidade técnica do acusado, e sua omissão, ao não adotar o tratamento indicado para evitar o evento danoso, foi a causa determinante da morte da vítima, ainda que assim não desejasse.

Quanto aos depoimentos dos demais médicos, ouvidos como testemunhas nos autos, estes, de fato, em geral, abonam a conduta do acusado, como ressaltou a defesa. Contudo, entendo que tais depoimentos devem ser vistos com reserva, uma vez que não se pode olvidar que se tratam de outros médicos que trabalhavam com o acusado, tendo, inclusive, participado do tratamento da vítima em outros momentos.

A alegação de que a responsabilidade não poderia ser atribuída exclusivamente ao acusado, porque trabalhava em hospital de grande porte, juntamente com outros profissionais, também não merece acolhimento.

Ocorre que foi o acusado quem recomendou o tratamento inicial à paciente, após a perfuração do duodeno durante a endoscopia por ele realizada, e, a teor do laudo pericial, foi justamente esse tratamento inicial equivocados, juntamente com a ausência de acompanhamento freqüente da paciente, que a levou a óbito.

Por fim, convém dizer que é indiscutível o fato de que o exercício da Medicina, assim como de outras profissões, pode provocar lesões e danos a terceiros, sem o agente incorra, nem mesmo, em culpa. Entretanto, a ausência de cuidados, que o dever profissional impõe, e que, no caso, foi suficiente para desencadear complicações, que culminaram com a morte da pa-

ciente, caracteriza negligência e, dessa forma, não pode se furta à censura penal.

2.1. As penas

O MM. Juiz *a quo*, levando em conta as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixou a pena-base para o acusado no patamar mínimo, ou seja, 1 (um) ano de detenção.

Em face da agravante da alínea *h* do art. 61 do Código Penal (crime cometido contra enfermo), elevou a pena em 3 (três) meses, e acrescentou mais 1/3, em decorrência da causa de aumento prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal, tornando-a definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, em regime aberto.

A pena de detenção foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária.

Não merece, portanto, nenhum reparo a sentença, também nessa parte.

3. Conclusão.

Em face do exposto, nego provimento à apelação, para manter a sentença recorrida em todos os seus termos.

4. É o voto.

Quarta Turma

Apelação Cível

2004.41.00.001953-2/RO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (auxiliar)
Apelante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
Apelado: Manoel Catarino
Apelante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Heitor Alves Soares
Curador: Lupércio Pedrosa da Silva Júnior
Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara/RO
Publicação: DJ 2 de 06/07/2007

Ementa

Processual Civil. Administrativo. Ação ordinária. Desconstituição de título. Cancelamento de registro imobiliário. Descumprimento de condição resolutive expressa. Ilegitimidade recursal do Ministério Público Federal. Previsão expressa de cláusula resolutive. Extinção do direito. Provimento declaratório. Imprescritibilidade.

I – Em se tratando de contrato de compra e venda para transmissão de propriedade, sob cláusula resolutive, ausente o interesse público primário de que trata o art. 82 do Código de Processo Civil, não se faz necessária a manifestação do Ministério Público Federal, o que resulta em sua ilegitimidade para o recurso.

II – A previsão expressa de cláusula resolutive conduz à extinção do direito a que ela se opõe, ou seja, implementada a condição, independentemente de interpelação ou qualquer outra ação judicial, resta *extinto* o direito. A resolução (resilição) opera-se *ex tunc*.

III – Para alguns mestres, havendo pacto comissório, o não pagamento leva à extinção de pleno direito, independentemente de intervenção judicial (Clóvis Beviláqua, Caio Mário e Arnold Wald). Outros, porém, entendem necessária a declaração judicial (Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues e Orlando Gomes). De qualquer forma, havendo resistência (lide) é necessário o pronunciamento judicial, como no caso.

IV – Nessas hipóteses, a sentença será meramente declaratória, com efeito retroativo à data do descumprimento (*ex tunc*).

V – No caso, o autor da demanda busca provimento declaratório (nulidade do registro irregular), que não se sujeita aos prazos prescricionais, pois aplicável o princípio da inesgotabilidade ou perpetuidade, segundo o qual “o direito não se extingue pelo não uso”.

VI – Não se pode falar em prescrição da ação, porquanto contraditório admitir que independe de ação e, ao mesmo tempo, declarar extinto o direito à ação, com repercussão no próprio direito de fundo, visto que a prevalecer o decidido na sentença recorrida, estar-se-ia admitindo a aquisição da propriedade imobiliária de bem público por via transversa da prescrição. Não há direito contra direito.

VII – Apelação do Ministério Público Federal não conhecida.

VIII – Apelação do Incra provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, não conhecer da apelação do Ministério Público Federal e dar provimento ao recurso de apelação do Incra.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 29/05/2007.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e pelo Ministério Público Federal, nos autos da ação aforada contra Manoel Catarino, objetivando o cancelamento de registro imobiliário de imóvel rural, com área de 241,5731 (duzentos e quarenta e um hectares, cinqüenta e sete ares e trinta e um centiares), localizado no Projeto Fundiário Guajará-Mirim, Gleba Samaúma, no Município do Guajará-Mirim/RO, por descumprimento de cláusula resolutiva expressa constante do título de propriedade 232.204/1.871, expedido a favor do apelado.

O MM. Juízo Federal *a quo* proferiu a sentença de fls. 67/75 que, em resumo, declarou a prescrição do direito do autor em pleitear a desconstituição do título de propriedade, extinguindo o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, defende o Incra, em síntese, que:

a) (...) com a inadimplência comprovada, operou-se a nulidade do título expedido em favor do apelado, o que acarreta, conseqüentemente, a nulidade de atos dele decorrentes, como o próprio registro imobiliário, retornando o imóvel ao seu *statu quo ante*, ou seja, ao domínio da União (fl. 80);

b) Se imprescritível o bem público, se um direito o vindicado pelo apelante, se vintenário o prazo prescricional (conforme a jurisprudência invocada pelo magistrado), ou se 10 (dez) anos, a teor do disposto no art. 205 do Código Civil, e considerando-se fundamentalmente o fato de que a resolução do título operou-se de pleno direito, extinguindo-se qualquer direito do apelado sobre o imóvel titulado, inclusive o ter em seu nome o registro do mesmo no cartório imobiliário, a prescrição acolhida pela sentença recorrida com base no Decreto 20.910/1932, não se compatibiliza com

o direito da União defeso pela autarquia apelante e concede ao apelado um direito do qual não dispõe, que é o de ter em seu nome o registro do imóvel titulado provisoriamente, mesmo que nulo, ou cancelado, o referido título. (fl. 83).

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, de fls. 86/89, alegando que:

a) (...) a presente demanda se constituiu em verdadeira ação declaratória, posto que a resolução do ajuste descumprido independia de ato especial, notificação ou interpeleção judicial, conforme expressamente previsto na cláusula sétima do título de propriedade sob comento (fl. 89);

b) O imóvel não chegou a ingressar definitivamente no patrimônio do apelado, tendo retornado à União desde o descumprimento do ajuste. Desse modo, não há falar em prescrição. Ademais, a posse do apelado, ainda que prolongada, por se tratar de imóvel público, jamais poderia acarretar a usucapião ou prescrição aquisitiva, em virtude de expressa vedação constitucional (fl. 89).

Sem contra-razões.

O Ministério Público Federal, às fls. 95/96, ofereceu parecer, ocasião em que deixou de se manifestar acerca do mérito da controvérsia, alegando, em síntese, que “(...) *não se está diante de ação de desapropriação para fins de reforma agrária, a justificar a intervenção ministerial, mas sim de pretensão de desconstituição de negócio jurídico.*” (fl. 96).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho:— Do Recurso do Ministério Público Federal

* Participaram do julgamento os Exmos Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e Hilton Queiroz.

Ab initio, constato a ausência de legitimidade recursal do Ministério Público Federal, pois como consignado no parecer de fls. 95/96:

Ainda que o termo firmado tenha sido nominado de “título de propriedade”, o que se tem é verdadeiro contrato administrativo de transmissão de propriedade, sob cláusula resolutiva, a expressar unicamente interesse estatal e interesse particular. Ausente o interesse público de que fala o art. 82 do Código de Processo Civil, não se faz necessária a manifestação deste órgão sobre o *meritum causae*.

Mesmo que o Incra alegue que a anulação dos registros visa a sanear a questão dominial de área destinada a compor reserva ambiental, não se vê, nos autos dessa ação de desconstituição, potencial de lesão direta ao meio ambiente. Ademais em sede de ação desapropriatória por interesse ecológico e social proposta pelo Ibama não há necessidade de intervenção do parquet conforme já decidiu essa Corte Federal (...) (fl. 96)

Portanto, inexistindo interesse a justificar a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, impende reconhecer sua ilegitimidade para aviar recurso de apelação.

Nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Ilegitimidade recursal do Ministério Público. Intervenção não-obrigatória como custos legis. Interesse público não-configurado. Interesse patrimonial de pessoa jurídica de direito público. Transação anterior à MP 285/1990 e à Lei 8.197/1991. Decisão homologatória sem prévia audiência do Ministério Público. Legalidade. Rescisão. Recurso não-conhecido.

1. Não se conhece de recurso interposto pelo Ministério Público, por falta de legitimidade recursal, quando não se faz obrigatória a sua intervenção nos autos como custos legis. Versando a lide sobre interesse patrimonial de pessoa jurídica de direito público interno, não se tem por configurado o interesse público primário, que exigiria a intervenção do Ministério Público na ação, consoante o disposto no art. 82, III, do CPC. Precedentes da Corte (AC 94.01.11246-0/PA, Rel. Juíza Federal Gilda Sigma- ringa Seixas (conv), Segunda Turma Suplementar, DJ de 04/09/2003, p. 85; EAC 2001.01.00.044801-0/DF, Rel. Des. Federal Selene de Almeida, Terceira Seção, DJ de 09/12/2002, p. 41).

2. Não padece de nulidade a decisão judicial homologatória de transação firmada por ente público federal, sem a prévia audiência do Ministério Público, se prolatada antes da edição da MP 285/1990 e Lei 8.197/1991. Precedentes da Corte

(AC 90.01.17245-8/GO, Rel. Juiz Jirair Aram Me- guerian, Segunda Turma, DJ de 15/05/1997, p. 33574; AC 91.01.05450-3/DF, Rel. Juiz Plauto Ribe- ro, Primeira Turma, DJ de 05/09/1994, p. 48390).

3. Apelação de que não se conhece, por falta de legitimidade recursal do Ministério Público (TRF 1ª Região, AC 92.01.08723-3/DF; Relator: Ju- iza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (conv.), Primeira Turma Publicação: 04/09/2006. DJ p. 1 Data da Decisão: 23/08/2006) (Grifei.)

Isto posto, deixo de conhecer da apelação inter- posta pelo Ministério Público Federal e passo ao exame do recurso do Incra.

Do Recurso do Incra

Presentes os requisitos de admissibilidade, co- nhecimento do recurso do Incra.

Consta da prefacial, como pedido, a desconstitui- ção do título de propriedade e o cancelamento do re- gistro imobiliário do imóvel adquirido pelo apelado, ex- soldado da borracha, no Município de Guajará-Mirim, Rondônia, por descumprimento de cláusula resolutiva constante do título de propriedade 232.204/1.871, ex- pedido a seu favor em decorrência do projeto fundiário Guajará-Mirim.

O juiz *a quo*, ao analisar a questão posta nos au- tos, assim decidiu:

O título de propriedade de f. 13-14 se sub- sume ao figurino de legítima compra e venda. Em troca da transferência da propriedade do imóvel, cumpria ao réu pagar o preço de ‘cr\$ 444.944,86 (quatrocentos e quarenta e quatro mil, novecen- tos e quarenta e quatro cruzeiros e oitenta e seis centavos), pagável em 11 (onze) prestações anuais e sucessivas de cr\$ 53.222,52 (cinquenta e três mil, duzentos e vinte e dois cruzeiros e cinquenta e dois centavos), cada uma, nelas já incluídos os juros de 6% (seis por cento) ao ano, estando cada uma dessas prestações sujeitas à correção monetária prevista na legislação em vigor, devendo ser paga a primei- ra prestação até 25.07.88 e as demais em igual dia e mês dos anos subseqüentes, incidindo sobre a pres- tação vencida juros moratórios de 12% (doze por cento) ao ano, não podendo o atraso ser superior a 60 (sessenta) dias’ (Cláusula 4ª, f. 13-verso).

Tratando-se de ajuste sinalagmático, é-lhe inerente cláusula resolutiva tácita. Aqui, porém, ex- pressa previsão houve a respeito (cláusula 7ª). Seja como for, implementado o evento futuro e incerto, o ato jurídico se desfaz. E para tanto, imprescindível é o pronunciamento judicial, na medida em que

teve lugar o registro imobiliário do título aquisitivo de propriedade (f. 16). À evidência, o ato é insusceptível de extinção ipso facto (Lei 6.015/73, art. 167).

Nessa linha, ultimado o registro e constatado o inadimplemento, ao ente público, era dado buscar a desconstituição da transferência dominial. E haveria de fazê-lo dentro do prazo prescricional de 05 anos, aplicável, por isonomia, às ações intentadas pela administração contra o particular (Decreto 20.910/32, art. 1º)(...)

(...)

Nestas condições, à vista da fundamentação expendida, decreto a prescrição do direito do autor em pleitear a desconstituição do título de propriedade n. 232.204/1.871, relativo ao imóvel rural localizado no Projeto Fundiário Guajará-Mirim, Gleba Samaúma, no Município de Guajará-Mirim/RO, e determino a extinção do processo com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil” (fl. 74).

Data venia de eventual entendimento contrário, tenho que a decisão recorrida não merece prosperar.

Com efeito, como asseverou o juiz *a quo*, cuida-se da figura típica do contrato de compra e venda, em que a transferência definitiva do imóvel ficou, obviamente, condicionada ao pagamento do preço, por ser elemento integrante e essencial a tais negócios jurídicos.

Nesses casos, como é sabido, a cláusula resolutiva na verdade é aparente, pois confunde-se com elemento necessário à eficácia do contrato. Sem o pagamento, não se confere validade ao contrato de compra e venda.

Não se cuida, portanto, de condição subordinada a evento futuro e incerto, mas sim de *cláusula inerente* ao contrato sinalagmático e, no caso, de execução diferida (o pagamento se daria a prazo).

Antes, portanto, de prosseguir na verificação do caso concreto, registre-se que todo contrato de compra e venda, segundo Hely Lopes Meirelles¹, ainda que de bem público, é contrato de Direito Privado. Não há venda administrativa, há, tão-somente, venda e compra civil ou comercial em que o vendedor é a Administração, mas isto não transforma a operação em contrato administrativo. O traço distintivo é que no caso

de bem público devem ser observadas as formalidades administrativas prévias, exigidas para a regularidade da alienação do bem público.

Portanto, deve-se buscar solução no regramento do Código Civil.

No entanto, não se pode perder de vista que se cuida de contrato regido pela legalidade própria dos atos de alienação de bem público, estando o particular sujeito a condições impostas, pois o objeto contratual é a persecução do interesse público, não do privado.²

Prosseguindo-se na análise, consoante conceito legal, art. 121 do NCCivil: “*considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto*”. A condição não é elemento de existência e nem requisito de validade do negócio, mas sim elemento accidental que subordina a eficácia do negócio. Implementada a condição, o negócio jurídico torna-se eficaz ou, se resolutiva, torna-se ineficaz.

Na sentença recorrida, há referência ao implemento de evento futuro e incerto como gerador do desfazimento do contrato, no entanto, não é essa a situação jurídica retratada nos autos. Cuida-se de resolução *strictu sensu* (resilição) do contrato, na forma do art. 474 do Código Civil³, pois o inadimplemento constitui causa motivadora da extinção do contrato *ex lege*, no caso, a cláusula veio reforçada expressamente no contrato (cláusula 7ª).

Nesses casos, a resolução opera-se *ex tunc*, ou seja, provoca a restituição ao estado anterior, independentemente de qualquer interpelação ou ação por parte do credor.

Ressalte-se, ainda, que no processo vertente, está-se diante, também, de peculiar característica do imóvel

²Inclusive, sobre esse aspecto, não se pode olvidar que: “...modernamente a tese da tipicidade tem sido abandonada. Fala-se nas simetrias da relação jurídica administrativa, relação essa que pode ser assimétrica, simétrica, dissimétrica e polissimétrica (Achteberg, ALLG. Verwaltungsrecht, § 20, números 72 a 76, pp 393/394)”. (APUD Nery Junior, Nelson. Código Civil Anotado, p. 343) Na hipótese vertente, visualiza-se contrato assimétrico, pois registra simbiose entre os elementos do contrato de compra e venda e a eficácia desse negócio. A condição resolutiva refere-se à eficácia do contrato e não o próprio negócio, que se consuma uma vez conjugados os seus três elementos essenciais (objeto, vontade e preço), na forma do art. 482 do NCCivil.

³ CC/1916 art. 119, par. único.

¹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 33ª ed. São Paulo: 2007 Ed. Malheiros, p. 537.

(bem público), o que força concluir que procedem as alegações do Incra, pois se cuida de área insusceptível de usucapião (art. 183, § 3º, e 191 da CF) ou transferência ao patrimônio privado sem a observância da legalidade estrita.

Assentada essa premissa, verifica-se que não há controvérsia de que do título de propriedade consta cláusula resolutiva expressa para o caso de inadimplemento, que, repita-se, é aparentemente desnecessária porque implícita nos contratos bilaterais⁴.

A questão controvertida, portanto, limita-se à necessidade de ação para declarar nulo o registro imobiliário, cujo direito, segundo decidido pelo Juiz *a quo*, estaria prescrito.

Como afirmado linhas volvidas, em razão do inadimplemento, que constitui cláusula resolutiva, opera-se a extinção do contrato para todos os efeitos, independentemente de interpelação ou qualquer outra ação judicial, portanto o vínculo jurídico obrigacional não subsiste.

Vejamos o que dispõe a cláusula sétima e seu parágrafo único do título de propriedade, às fls. 13/14:

Cláusula Sétima – Resolve-se a presente alienação, tornando-se nula, de pleno direito, independentemente de ato especial ou de qualquer notificação ou interpelação, judicial ou extrajudicial, se o adquirente não cumprir qualquer das obrigações assumidas neste Título.

Parágrafo Primeiro – Em qualquer das hipóteses previstas nesta cláusula, o domínio e a posse do imóvel reverterão à União Federal, com o cancelamento no Registro de Imóveis, do registro o presente Título, na forma do art. 250, item III, da Lei 6.015, de 31/12/1973, instruído o respectivo requerimento do Incra, para tanto, de laudo técnico ou documento outro, que comprove a circunstância invocada.”

⁴ Condição aparente (*Scheinbedingung*) – Condição aparente, ou fictícia, existe quando há declaração no ato ou negócio jurídico, subordinando-o a evento futuro e incerto consistente em elementos necessários à existência ou requisitos de validade do ato ou negócio jurídico (Crome, System, v. I, § 101, n. 1, p. 446). É aparente e, portanto, ineficaz, porque a declaração de vontade que contém essa subordinação, expressa no negócio jurídico pelas partes, é despcienda: a lei é que subordina a eficácia do negócio jurídico e não a declaração “condicional” das partes. Em outras palavras, a condição aparente é desnecessária, expletiva, supérflua (Saviny, System, V. III, § 116, p. 122/123) (Ob. cit.).

Na citada cláusula consta expressamente que não há necessidade de interpelação, pois há pacto comissório, resolvendo-se de pleno direito, com o inadimplemento no prazo estipulado.

“Alguns autores entendem que neste caso o contrato está desfeito, independentemente de intervenção judicial (Clóvis Beviláqua, Caio Mario da Silva Pereira e Arnoldo Wald). Outros, porém, apontam a necessidade de prévia declaração judicial (Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues e Orlando Gomes). Parece porém, inevitável a busca do pronunciamento judicial, sempre que houver resistência ou discordância. Por isso, como bem refere o mestre Silvio Rodrigues, na prática, a utilidade do pacto comissório é insignificante. Mas a sentença, na cláusula resolutiva tácita, será constitutiva negativa ou condenatória. Ao passo que no pacto comissório, ou cláusula resolutiva expressa, a sentença será meramente declaratória, com efeito retroativo à data do descumprimento”⁵.

Por conseguinte, o direito do apelado à propriedade do imóvel extinguiu-se com o descumprimento da cláusula do pagamento que, em sendo expressa, reclama ação meramente declaratória, com efeito *extunc*.

Nesse particular, importante citar lição do insuperável mestre Pontes de Miranda⁶: “*O direito negocial de resolução, como o direito legal de resolução, é direito formativo modificativo, de modo que não se pode pensar em prescrição*”.

Inclusive, relativamente à ação a que se reporta o ilustre julgador, para a declaração de nulidade do registro público, há previsão legal de sua desnecessidade em casos que tais (LRP. Art. 250, III), com expressa menção no contrato.

Assim sendo, ao propor a presente demanda, como ponderou o MPF, o apelante, nada obstante o pedido imediato expresso na exordial, em verdade busca provimento declaratório (declaração da resolução contratual com a conseqüente *nulidade* do registro imobiliário irregular), portanto, cuida-se de ação imprescritível, como nos ensina Pontes de Miranda

⁵ Fúher, Maximilianus Cláudio Américo, *Resumo de Obrigações e Contratos*. São Paulo: Editora Malheiros, 16ª ed.

⁶ Tratado, t. XXV, § 3088, I, p. 317 *apud* ob. cit. supra.

e Agnelo Amorim Filho⁷, este em seu sempre citado artigo sobre os critérios científicos de distinção da prescrição e da decadência.

E mais, as ações declaratórias, consoante art. 4º do Código de Processo Civil, limitam-se à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento, exatamente o que reclama o caso em testilha.

Essa solução impõe-se, inclusive, para manter a integridade do sistema, visto que absolutamente de confronto com a dogmática constitucional concluir que a prescrição atingiu o direito de propriedade da União, ou que, ainda que não afetado, não há como restabelecer o domínio porque o registro imobiliário assim o contrapõe.

Se assim fosse, o bem público passaria à esfera privada sem observância dos caminhos da legalidade, ou seja, estar-se-ia aceitando o usucapião de imóvel público em razão de irregularidade no registro imobiliário ou aquisição de bem público pelo simples ato cartorário, independentemente do cumprimento do contrato. Enfim, o registro vazio de sustentação legal — nulo de pleno direito — seria suficiente para conferir direito à parte inadimplente em detrimento do interesse público.

Ensina-nos Hely Lopes Meirelles⁸ que: “é princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito contra Direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o Direito.” Assim, a irregularidade no registro imobiliário não pode ensejar direito à parte em detrimento do direito do Poder Público, consistente na imprescritibilidade de seus bens. De mencionar que se caracteriza como irregular

o registro porque estando pendente a compra e venda do pagamento, o Oficial do Cartório não poderia ter consumado o ato como transferência da propriedade em definitivo.

Em arremate, não se pode falar em prescrição da ação, porquanto contraditório admitir que independe de ação e, ao mesmo tempo, declarar extinto o direito à ação, com repercussão no próprio direito de fundo, visto que a prevalecer o decidido na sentença recorrida, estar-se-ia admitindo a aquisição da propriedade imobiliária de bem público por via transversa da prescrição.

Assim sendo, afasto a preliminar de mérito acolhida na r. sentença recorrida.

Conclusão

Diante disso, não conheço do recurso do Ministério Público Federal e relativamente ao recurso do Incra conheço e dou provimento para afastar a prescrição e determinar o processamento da causa.

É o voto.

⁷RT 744/736: Segundo critério científico por ele defendido e adotado pelo CPC e Código do Consumidor, somente as pretensões exercitáveis por meio de ação condenatória é que estariam sujeitas à prescrição, porque somente os direitos prestação que podem ser violados. Os direitos potestativos, ou seja, aqueles que podem ser exercidos independentemente de haverem sido lesados, são exercitáveis em juízo por meio de ação constitutiva (positiva ou negativa). Nesses casos, se a lei estabelece prazo expresso cuida-se de decadência. Se não há previsão expressa de prazo para as ações constitutivas e para as ações meramente declaratórias não existe possibilidade de se extinguirem pela prescrição. Ensina Nelson Nery Junior que se cuida do princípio da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo o qual, “o direito não se extingue pelo não uso”.

⁸Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed., Ed. Malheiros, p. 542/543.

Quinta Turma

Apelação Cível

2003.35.00.010857-7/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado)
Apelante: União
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelado: Antonio Luiz dos Santos
Advogados: Dr. Ailton Alves Fernandes e outros
Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara – GO
Publicação: DJ 2 de 27/07/2007

Ementa

Direito Civil. Indenização por danos materiais e morais decorrentes de decretação de prisão e quebra de sigilo de investigações.

I – Até mesmo a prisão em flagrante ilegal, quando não relaxada imediatamente pelo juiz, após o comunicado de flagrante, deixa de ser ato policial puro e passa a ser analisada como ato judicial e eventual erro judicial, caso seja realmente ilegal ou abusiva.

II – No caso concreto, independentemente de ter sido pedida pelo MPF ou pela Polícia Federal, a prisão poderia ter sido simplesmente negada e isto nenhum reflexo geraria na vida do apelado. Decreto de prisão só existiu e passou a significar algo no mundo jurídico após a decisão do juiz e, assim, a análise do fato deve ser feita sob a ótica da responsabilidade estatal por erro judicial.

III – A responsabilidade indenizatória nessa matéria não segue a regra geral do art. 37, § 6º, da Constituição, mas sim a regra especial do art. 5º, LXXV, na qual é necessária a existência de um *erro* judicial para se falar em direito à indenização.

IV – Caso concreto em que a prisão temporária foi corretamente decretada, posto que: – os dados colhidos na interceptação telefônica forneceram fundadas razões para se pensar que o apelado havia recebido propina de R\$ 300.000,00 de uma empresa sob fiscalização da Receita Federal, onde trabalhava (duas pessoas sob investigação declararam textualmente o fato em conversa telefônica); – sua posição dentro da Receita lhe permitia acesso ao sistema informatizado e a documentos, que poderia alterar ou suprimir afetando a apuração da verdade sobre os fatos. Presente, então, a necessidade da prisão temporária cujo objetivo é especificamente resguardar a investigação criminal contra ingerência do investigado.

V – No que tange à publicidade, não existe prova de que qualquer dado da investigação ou do processo judicial tenha sido entregue para imprensa pela Polícia ou pelo Ministério Público. A publicidade trazida aos autos corresponde ao conhecimento público e necessário dos atos judiciais, determinado pelo art. 93, IX, da Constituição. Por mais gravosa que seja uma investigação criminal e mais ainda uma prisão durante ela decretada, é a Constituição da República que impõe a ampla publicidade dos atos judiciais (prisão, busca e apreensão e outras medidas determinadas pelo juiz), ressalvando-se raros casos de sigilo.

VI – Absolvição no processo administrativo disciplinar e arquivamento posterior do inquérito policial em relação ao apelado não significam que a prisão estava incorreta, nem que os atos de investigação foram abusivos,

pelo contrário, se mostram corretos diante dos elementos de que dispunham a Polícia, o MPF e o juiz, cujo dever era apurar com todos os meios disponíveis as graves condutas que se suspeitava terem ocorrido.

VII – Honorários advocatícios em favor da União, que, considerado o trâmite da causa e o trabalho envolvido, a teor do art. 20, § 4º, do CPC, c/c as alíneas do § 3º do mesmo dispositivo, ficam arbitrados em R\$ 2.000,00.

VIII – Apelação e remessa providas.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 30/05/2007.

Juiz Federal *Cesar Augusto Bearsi*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo.Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi: — Trata-se de apelação e remessa oficial contra sentença que deferiu pedido de indenização por danos materiais e morais causados por acusação, prisão e medidas investigatórias, bem como sua publicidade.

A apelante afirma que havia indícios de crime, estando os agentes públicos a cumprir seu dever legal, sendo que a publicidade decorreu do conhecimento dado a respeito de decisões judiciais que obrigatoriamente são públicas. Diz não haver ato do qual possa resultar responsabilidade para União.

Nas contra-razões o apelado se filia à sentença para entender que houve abuso dos agentes da União no pedido de prisão e na publicidade dada ao caso, a qual maculou sua imagem e lhe causou danos materiais.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi: — Dentro do emaranhado de fatos que compõe o processo, centrou-se a sentença em dois como fundamento da indenização: decretação da prisão e publicidade da investigação e da prisão.

Dados os limites do efeito devolutivo e não tendo sido interposto recurso pelo apelado, cabe aqui conhecer da possibilidade de indenização apenas sob estes dois prismas, pontuando-se que a remessa oficial não aumenta esse círculo, já que não pode prejudicar a União, mas apenas beneficia-la, caso acolhida.

No mérito, este Tribunal conheceu questões como estas inúmeras vezes, sempre chegando à conclusão de que:

Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Erro judiciário. Prisão ilegal. Prática de tortura. Não comprovação. Art. 333, I, CPC. Pedido improcedente. Justiça gratuita. Ônus da sucumbência. Condenação do vencido.

1. Não tendo o autor comprovado a ocorrência dos fatos constitutivos (erro judiciário, prisão ilegal e tortura) do seu alegado direito (indenização por danos materiais e morais), deve o pedido ser julgado improcedente (art. 333, I, CPC).

(...)

3. Apelação do autor improvida.

4. Apelação da União provida. (AC 2000.01.00.136609-2/MG, Rel. Juiz Federal Marcelo Albernaz (conv.), Quinta Turma, DJ de 06/07/2006, p. 82.)

Constitucional. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. CF/1988, art. 5º, LXXV, e art. 37, § 6º. Réu preso e posteriormente absolvido. Descabimento de indenização. Prisão preventiva regularmente decretada.

I – A Constituição de 1988, ao disciplinar a responsabilidade civil do Estado, o fez prestigiando a responsabilidade objetiva, tendo por fundamento

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal Avio Mozar José Ferraz de Novaes.

da teoria do risco administrativo, na redação do art. 37, § 6º.

II – O art. 5º, LXXV, da Constituição traz dispositivo específico relativo à responsabilidade do Estado, em se tratando de erro judiciário. Na hipótese dos autos, ausente a figura do erro judiciário, eis que legítimo o confinamento imposto ao apelante.

III – Eventual absolvição do réu não leva, necessariamente, à conclusão de vício na prisão preventiva, se, ao momento de sua decretação, o juiz muniu-se das cautelas necessárias. Se a decisão judicial foi correta no momento em que adotada, inexistente direito à reparação.

IV – A prisão processual só se torna passível de indenização na ocorrência de excesso ou abuso da autoridade, erro inescusável ou vício que contamine o ato de constrição. Inocorrentes tais circunstâncias não há que se falar em responsabilidade.

V – Apelação improvida. (AC 1998.01.00.073793-1/DF, Rel. Juíza Selene Maria de Almeida (conv.), Rel. Acor. Juíza Selene Maria de Almeida (conv.), Quinta Turma, DJ de 21/01/2002, p. 261.)

Vale dizer, se a responsabilidade em geral da Administração é regida pelo art. 37, § 6º, da Constituição, responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco administrativo, que pede apenas a existência da ação e seu nexo de causa e efeito com um resultado danoso, o mesmo não ocorre quando se trata especificamente de erro judiciário, como aqui discutido.

Com efeito, a falha imputada à União na inicial e nas contra-razões, bem como na sentença, está mal colocada, pois não se trata pura e simplesmente do ato de prisão praticada ilegalmente por um policial federal e logo após corrigida por um juiz, nem se fala em dano a partir do simples pedido de prisão.

Ora, até mesmo a prisão em flagrante ilegal, quando não relaxada imediatamente pelo juiz, após o comunicado de flagrante, deixa de ser ato policial puro e passa a ser analisada como ato judicial e eventual erro judicial, caso seja realmente ilegal ou abusiva.

No caso concreto, muito pior, independentemente de ter sido pedida pelo MPF ou pela Polícia Federal, a prisão poderia ter sido simplesmente negada e isto nenhum reflexo geraria na vida do apelado.

O decreto de prisão só existiu e passou a significar algo no mundo jurídico após a decisão do juiz e,

assim, a análise do fato deve ser feita sob a ótica da responsabilidade estatal por erro judicial.

Não houve, portanto, um ato policial ou do MPF isolado para que se pudesse imputar qualquer resultado exclusivamente aos mecanismos do Executivo (responsabilidade da Administração), pelo contrário, trata-se de uma seqüência de atos praticados no bojo do procedimento próprio do inquérito e posterior processo penal, todos regidos e controlados pelo Judiciário (responsabilidade por erro judiciário).

Para esse tipo de situações, como já pontuado acima, não se aplica o art. 37, § 6º, mas sim o art. 5º, LXXV, da Constituição.

Confira-se seu texto:

LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Desnecessário mais do que a leitura do texto para se extrair que o significado simples da norma é o de exigir a existência de *erro* para se poder falar em responsabilização do Estado em decorrência da atuação da máquina judiciária e seus auxiliares (polícia federal na função de polícia judiciária).

Cabe agora verificar se no caso concreto houve *erro* em sentido amplo, para se poder falar em direito à indenização.

A resposta é negativa, posto que a prisão temporária foi corretamente decretada. Vejamos:

– os dados colhidos na interceptação telefônica forneceram fundadas razões para se pensar que o apelado havia recebido propina de R\$ 300.000,00 de uma empresa sob fiscalização da Receita Federal, onde trabalhava. Este fato é textualmente narrado por dois investigados;

– sua posição dentro da Receita lhe permitia acesso ao sistema informatizado e a documentos, que poderia alterar ou suprimir afetando a apuração da verdade sobre os fatos. Presente, então, a necessidade da prisão temporária cujo objetivo é especificamente resguardar a investigação criminal contra ingerência do investigado.

Anote-se ainda, como pontuado na apelação da União, que na diligência de busca e apreensão a mulher do apelado tentou se livrar de um computador e de documentos atirando-os na parte dos fundos da residên-

cia. No computador, aliás, segundo narra a União, estava presente a minuta de uma defesa a ser apresentada pela empresa que teria pago a propina para o apelado (coincidência?).

Se tais indícios não foram considerados suficientes para oferecer a denúncia, por razões que aqui não cabe discutir, certo é que eles existiam e apontam que o temor do juiz quanto ao desaparecimento de provas era fundado.

Dizer, como na sentença, que todos os documentos já estavam de posse da Receita ou da Justiça é uma temeridade e parte da premissa falsa de que o julgador neste processo conhece a lista de todos os documentos que existiam para ser apreendidos e conferiu tal lista com os que se encontravam na posse dos agentes da investigação, para daí tirar a conclusão de que nada havia escondido ou que ainda pudesse ser descoberto.

A situação real é obviamente inversa, pois não é possível ao juízo cível, ainda mais com as poucas provas juntadas neste processo e que mal retratam algumas passagens da investigação, saber a respeito de todas as possíveis provas que poderia ser descobertas ou ocultadas.

A realidade é outra, diante do que o juiz criminal dispunha, havia todos os motivos para suspeitar que poderiam existir documentos na posse do apelado, os quais seriam destruídos ou ocultados, daí se justificando a prisão cautelar. Aliás, se não houvesse nada para ocultar, o que justifica a atitude da esposa do apelado narrada na apelação da União.

Tenho, então, que não houve erro algum, tendo a Polícia, o MPF e o Juízo agido regularmente dentro dos estritos limites da legalidade e cumprindo seu dever-poder de persecução e repressão criminal.

Sem erro judicial, não há indenização para a espécie em exame.

Acrescente-se que a prisão jamais foi cumprida, pelo que dela já não resultaria nenhum dano mesmo, exceto a publicidade da decisão a seu respeito, sobre o que falo a seguir.

No que tange à publicidade, não existe prova de que qualquer dado *sigiloso* da investigação ou do processo judicial tenha sido entregue para imprensa pela Polícia ou pelo Ministério Público.

A publicidade trazida aos autos por cópias de jornal corresponde apenas ao conhecimento público e necessário dos atos judiciais, determinado pelo art.93, IX, da Constituição.

Por mais gravosa que seja uma investigação criminal e mais ainda uma prisão durante ela decretada, é a Constituição da República que impõe a ampla publicidade dos atos judiciais (prisão, busca e apreensão e outras medidas determinadas pelo juiz), ressaltando-se raros casos de sigilo.

Se a imprensa abusa na sua avaliação dos fatos ou na forma como os publica é contra ela que o apelado deveria se voltar.

Contra os agentes da União não há prova de terem quebrado sigilo e o conhecimento público sobre os atos judiciais é comandado pela Constituição, nada havendo para reparar.

Por fim, tenho que absolvição no processo administrativo disciplinar e arquivamento posterior do inquérito policial em relação ao apelado não significam que a prisão estava incorreta, nem que os atos de investigação foram abusivos, pelo contrário, se mostram corretos diante dos elementos de que dispunham a polícia, o MPF e o juiz, cujo dever era apurar com todos os meios disponíveis as graves condutas que se suspeitava terem ocorrido.

Honorários advocatícios em favor da União, que considerado o tramite da causa e o trabalho envolvido, a teor do art. 20, §4º, do CPC, c/c as alíneas do § 3º do mesmo dispositivo, ficam arbitrados em R\$ 2.000,00

Apelação e remessa providas.

É o meu voto.

Sexta Turma

Apelação Cível

2006.32.00.005813-1/AM

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Apelante: Robert Martin Pate

Advogado: Dr. Ricardo Zamariola Júnior

Apelada: Mônica de Mesquita Dutra

Advogados: Dra. Edna Maria Moura Pereira Machado e outro

Publicação: DJ 2 de 13/07/2007

Ementa

Busca e apreensão de menor. Convenção sobre aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Sentença estrangeira. Homologação pelo STJ. Decisão conflitante da Justiça brasileira. Soberania nacional.

I – Pretendendo-se o repatriamento de criança, em cumprimento a decisão judicial estrangeira, que estabeleceu a guarda compartilhada de ambos os genitores e ordenou fosse a sua residência mantida nos Estados Unidos, o único instrumento processual compatível com o ordenamento jurídico interno brasileiro é o da homologação de sentença estrangeira perante o STJ (CF, art. 105, I, *i*).

II – Hipótese, ademais, em que a guarda da criança foi atribuída à sua mãe por decisão da Justiça brasileira. Princípios constitucionais da soberania nacional e da inafastabilidade da jurisdição, aos quais não se sobrepõem os dispositivos da Convenção, incorporados ao direito brasileiro com hierarquia de lei ordinária (Constituição, art. 5º, XXXV, e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 17).

III – Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por maioria, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 30/04/2007.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Cuida-se de apelação (fls. 250-274) interposta por Robert Martin Pate, cidadão norte-americano, contra sentença que indeferiu a petição inicial de ação cautelar de busca e apreensão de menor, extinguindo o processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, IV e VI c/c art. 295), ao fundamento de que “a lide gira em torno não somente de Tratado Internacional ratificado pela República Federativa do Brasil, mas de sentença judicial estrangeira”, dependente, pois, de

homologação pelo STJ para que aqui possa surtir efeitos (fls. 246-248).

Narra, o apelante, que ajuizou ação cautelar de busca e apreensão de sua filha menor, Nicole Dutra Pate, objetivando seu repatriamento imediato aos Estados Unidos da América, tendo em vista que a mãe da criança, Mônica de Mesquita Dutra, trouxe-a para o Brasil apenas para uma breve visita de poucos dias, não, tendo, contudo, com ela retornado aos Estados Unidos, violando acordo de guarda compartilhada e sobre o local de residência da criança, assinado pelos pais da menina e homologado pela Corte Distrital do

Condado de Harris, no Estado do Texas, bem como a autorização que lhe fora concedida pelo ora apelante para que permanecesse no Brasil somente até 4 de setembro do ano passado.

Sustenta que, ao contrário do entendimento da sentença apelada, não há necessidade de homologação da sentença estrangeira pelo STJ, porque se trata da situação prevista no art. 3º da Convenção sobre Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças, caracterizada na retenção ilícita da menor, no Brasil, por sua mãe.

Alega que a sentença recorrida ofendeu o disposto no art. 14 da referida convenção, segundo o qual, para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícita, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência direta de decisões judiciais ou administrativas proferidas pelo Estado de residência habitual da criança, sem que, para isso, seja necessário recorrer a procedimentos específicos, sendo, assim, desnecessária, no caso em exame, a homologação, pelo STJ, do acordo feito nos Estados Unidos.

Afirma que, embora tivesse a prerrogativa de requerer a homologação da sentença estrangeira que homologou a guarda compartilhada perante o STJ, optou por se valer de outro meio também em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, o mecanismo de cooperação judiciária internacional denominado auxílio direto.

Esclarece que, na cooperação por auxílio direto, o procedimento jurisdicional se desenvolve diretamente no Estado requerido, com base em tratado ou convenção internacional que permite ao requerente, Estado ou particular interessado, remeter ao Estado requerido todas as informações e elementos relacionados à situação concreta, dando início ao procedimento judicial cabível no próprio Estado requerido, onde será proferida sentença inteiramente nacional.

Argumenta que, ao contrário do que sucede no procedimento de homologação de sentença estrangeira — em que o juízo exercido pelo STJ é superficial, de mera deliberação, sem possibilidade de investigação do mérito e, presentes os requisitos para a homologação, nada mais resta do que conferir plena eficácia à decisão estrangeira no país — no auxílio direto o Judiciário do Estado requerido proferirá decisão inteiramente nacional, tendo, portanto, cognição plena sobre a matéria

posta em juízo, “podendo investigar todos os aspectos do direito controvertido, encontrando como limites apenas e tão-somente aquilo que sobre o tema dispuser o próprio tratado ou acordo de cooperação direta”.

Desta forma, argumenta que, no procedimento de auxílio direto, a sentença estrangeira tem o valor de mero documento, meio de prova do direito de guarda que assiste ao pai no país de residência habitual da criança, sendo irrelevante a origem desse direito, se decorrente de lei ou sentença judicial, não sendo este valor probatório depende de homologação pelo STJ.

Sustenta que, como o procedimento de auxílio direto baseado na Convenção admite cognição muito mais extensa do que a mera deliberação, ele atenderia melhor aos interesses da menor, visto que nele é admitido indeferimento do pedido de repatriamento, caso demonstrado que seria a ela prejudicial, ao contrário do que sucederia em caso de homologação da sentença estrangeira, hipótese em que o cumprimento da sentença passaria a ser impositivo, sem levar em conta a situação da criança.

Por fim, ressalta ser possível a aplicação do disposto no § 3º do art. 515 do CPC, por tratar-se de questão meramente de direito, estando a causa madura para julgamento.

A requerida apresentou contra-razões (fls. 280/489), aduzindo, preliminarmente, não estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão de liminar que, no caso dos autos, esgota o objeto da ação principal, motivo pelo que não deve ser deferida.

Quanto ao mérito, afirma que “a entrega da menor na forma exigida pela Convenção não prescinde do juízo de deliberação sobre a sentença estrangeira que pretende surtir efeito no Brasil”, sendo que o retorno da menor aos Estados Unidos somente poderá ocorrer mediante procedimento homologatório, com a estrita observância da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Narra que antes do ajuizamento da presente ação, em 18/10/2006, foi-lhe conferida a guarda da menor por decisão válida da Justiça estadual do Amazonas (fls. 299-301), de forma que não incide a regra do art. 16 da Convenção sobre Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças (Decreto 3.413/2000) segundo a qual as medidas judiciais, acerca do fundo do direito de guarda, não poderão ser tomadas pelo Estado contra-

tante após a comunicação da transferência ou retenção ilícita da criança.”

Informa que após seu regresso ao Brasil, foi proferida nova decisão judicial americana retirando o seu direito de guarda e concedendo-lhe apenas direito de visitação sob vigilância, situação que, se concretizada, causaria dano psicológico grave à criança. Por outro lado, afirma que a menor não está privada do contato com seu pai, tendo ele livre acesso à comunicação telefônica, além de haver passado mais de oito dias em sua companhia no Brasil, no mês de janeiro de 2007, conforme acordo celebrado entre as partes.

Argumenta que a causa não comporta julgamento antecipado de mérito pelo Tribunal (CPC, art. 515, § 3º), porque há necessidade de instrução. Requer a manutenção da sentença apelada.

O MPF apresentou parecer às fls. 387-93, de autoria do Procurador Hugo Gueiros Bernardes Filho, no sentido da necessidade de homologação da sentença estrangeira pelo STJ. Caso superada esta preliminar, considera imprescindível seja completada a instrução da causa em primeiro grau, com todas as cautelas para aferir a situação psicológica da menor.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — A menor Nicole Dutra Pate é filha do apelante, Robert Martin Pate, e Mônica de Mesquita Dutra Pereira Machado, nascida no Brasil em 13/01/2001, fruto da união do casal que, em abril de 2001, casou-se e passou a residir nos Estados Unidos da América.

Após alguns anos o casal decidiu separar-se, tendo sido homologado o acordo de divórcio pela Corte Distrital do Condado de Harris, em Houston, Texas, em 16/02/2005, no qual ficou estabelecida a guarda conjunta da menor. Constatou, ainda, do acordo homologado que a residência primordial de Nicole seria o Condado de Harris, no Texas, ou em condado contíguos, sendo que, somente dentro daquela região, poderia a apelada definir, sozinha, o endereço da criança, necessitando do consentimento do pai para fixar resi-

dência em local fora dos limites estabelecidos no acordo, bem como para viajar com a menor.

Em agosto de 2006, o apelante autorizou a apelada a viajar com Nicole para o Brasil, por poucos dias, devendo elas aqui permanecer até 04/09/2006, não tendo a apelada, contudo, retornado aos Estados Unidos, comunicando ao apelante que aqui pretendia passar a residir com a filha.

Em decorrência desse fato o apelante ajuizou a presente ação de busca e apreensão, ao argumento de que a retenção de Nicole no Brasil é ilícita, nos termos do art. 3º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, tendo em vista o descumprimento de decisão judicial estrangeira que garantia ao pai o exercício do direito de guarda compartilhada com a mãe, bem como ordenava que a menor residiria no Condado de Harris, Texas, ou outro condado a ele contíguo, somente podendo ser alterada a residência primordial da criança com ordem adicional da corte de jurisdição contínua, ou por acordo assinado pelas partes e registrado na Corte. Apenas dentro dos limites territoriais descritos, foi reconhecido à mãe o direito exclusivo de designar a residência primordial da criança.

A sentença recorrida entendeu indispensável a homologação, pelo STJ, do acordo de guarda compartilhada e fixação de residência.

Inicialmente, observo que a presente ação, embora designada pelo autor como “cautelar”, não foi ajuizada em caráter preparatório ou incidental a demanda alguma. Nela busca o autor providência de repatriação, com fundamento na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, que, se deferida, exaurirá a pretensão da parte. O nome dado à causa não afeta, contudo, a sua natureza e nem impediria o seu processamento, adequando-se o rito na instância de origem, caso pudesse ser superada a questão processual que fundamentou o indeferimento da inicial.

Compartilho, todavia, do entendimento da sentença apelada no sentido de que há obstáculo constitucional intransponível ao processamento do feito.

O art. 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição, estabelece expressamente competir ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro e Souza Prudente.

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças (Decreto 3.413/2000), em vigor no Brasil com hierarquia de lei ordinária, somente pode ser aplicada dentro dos limites admitidos pela Constituição Federal.

Dessa forma, o art. 14 da referida Convenção tem sua aplicabilidade limitada, em território nacional, pelo disposto no art. 105, inciso I, alínea *i*, da CF.

Dispõe referido dispositivo, em que se baseiam as alegações do apelante:

Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do art. 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

É certo, portanto, que as autoridades brasileiras poderão tomar conhecimento direto do direito e das decisões, formalmente reconhecidas, ou não, no Estado de residência habitual da criança e que não precisarão recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação. No ponto, contudo, em que o art. 14 dispensa a necessidade de procedimentos específicos de reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras (ou mesmo de decisões administrativas que, segundo a ordem jurídica brasileira, sejam monopólio do Poder Judiciário) parece-me evidente que tal dispensa apenas opera, de pleno direito, com a incorporação deste Tratado à ordem jurídica interna de países em que a necessidade de homologação de sentença estrangeira não tem estatuto constitucional, ou países cuja Constituição não é rígida, como ocorre em países do sistema *Common Law*.

No direito brasileiro, somente emenda constitucional poderia abrir exceção à regra da necessidade de homologação de sentenças estrangeiras pelo STJ estabelecida pela própria Constituição. Antes da homologação a decisão judicial estrangeira não produz efeito algum no Brasil, não induz litispendência e nem coisa julgada.

Parto, portanto, da premissa necessária, em território brasileiro, de que a sentença estrangeira apresen-

tada pelo apelante tem, no momento, força apenas de meio de prova, para o que, efetivamente, não é necessária a sua homologação. Trata-se de documento que comprova fatos incontroversos, a saber, detalhes do modo como a guarda da criança era exercida de forma compartilhada por ambos os pais nos Estados Unidos, com a característica de que, neste regime de compartilhamento lá vigente, a menor residia com a mãe, que, dentro de certos limites territoriais, decidia com exclusividade a sua residência primordial.

Fosse a sentença estrangeira realmente apenas meio de prova, nada impediria a sua consideração em ação pelo rito ordinário em que se pretendesse que a Justiça brasileira decidisse, com ampla margem de convicção, e após toda a fase instrutória, sobre a guarda e visitação da menor, buscando a situação menos traumática para ela, já que condições de vida ideais não há para criança alguma cujos pais residem em países diferentes.

Mas a intenção claramente manifestada na inicial é de que seja determinado o imediato retorno da criança, com base em sentença estrangeira que *ordenou* que a sua residência primordial fosse no Texas, Estados Unidos (fl. 5). Ao longo da inicial — contrariamente ao sustentado nas razões de apelação — procurou o autor demonstrar, com base nos arts. 12 e 16, da citada Convenção, que “uma vez respeitado o prazo de um ano entre a consumação da retenção ilícita de Nicole no Brasil e o início desta demanda judicial, fica proibido a este Juízo investigar a adaptação da garota em seu novo meio.” (fl. 27).

É certo que no processo de homologação de sentença estrangeira o juízo exercido pelo STJ é de mera deliberação. Mas sequer esta deliberação superficial admite o autor seja exercida pela Justiça Federal de primeira instância na análise do presente pedido, que ele sustenta deva ser necessária e liminarmente deferido, mediante a simples comprovação de que foi violado direito de guarda compartilhada, nos termos em que definidos por acordo homologado pela Justiça americana. E é exatamente em razão da impossibilidade de exercício de cognição a respeito do mérito (a quem deve caber o direito de guarda e em que condições) e mesmo a respeito das condições adaptação da menor (não apenas em relação ao seu meio no Brasil, mas especialmente à privação da companhia de sua mãe), pelo Judiciário brasileiro, que o apelante sustenta não

haver necessidade de instrução alguma da causa, que, no seu entender, comportaria julgamento antecipado de mérito, com base no art. 515, § 3º, do CPC.

Ressalto que o verdadeiro litígio que há entre os pais é a respeito da residência da criança, estabelecida pela sentença estrangeira como sendo necessariamente no Texas, Estados Unidos, salvo concordância do pai.

Ao que se depreende do exame dos documentos juntados aos autos, a mãe não se oporia à continuidade do regime de guarda compartilhada, desde que exercido no Brasil. Tanto assim o é que concordou com a convivência entre pai e filha, em hotel por ele indicado, sem supervisão alguma de sua parte, durante o período de sua estadia no Brasil (fls. 313-30).

A intenção do apelante é, pois, fazer valer a força da sentença estrangeira como ato decisório a respeito da guarda e residência da menor e não como mero meio de prova.

Cumprir destacar, ainda, que foi noticiado nos autos que a Justiça Estadual de Manaus deferiu, em 11/10/2006 (fl. 299), a guarda de Nicole para a sua mãe, em ação por ela ajuizada, e, também, que em 26/10/2006 (fl. 349), a Corte Distrital do Condado de Harris, no Estado do Texas, proferiu decisão regulamentando o direito de visitas de ambos os genitores, estipulando dever ser ela supervisionada por agentes integrantes de programa de guarda, tendo, ainda, em 30/10/2006, retirado de Mônica o direito de guarda de Nicole, determinando a entrega da criança para seu pai.

Isso significa que, de acordo com a jurisprudência do STF e do STJ, a presente causa — se o autor houvesse optado pelo pedido de homologação de sentença estrangeira — não passaria, ao que tudo indica, sequer pelo juízo de delibação, porque se reputaria ofendido o princípio da soberania nacional, conforme se verifica, entre outros, dos seguintes precedentes:

Homologação de sentença estrangeira. Visitaçã o e hospedagem de filho brasileiro. Tema apreciado pela Justiça pátria.

– Não se pode homologar sentença estrangeira envolvendo questão decidida pela Justiça brasileira. Nada importa a circunstância de essa decisão brasileira não haver feito coisa julgada. (SEC 819/EX, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJ de 14/08/2006, p. 247)

Sentença estrangeira. Homologação indeferida. Não é de se homologar a sentença estrangeira se resulta dos autos que, para a lide movida nos Estados Unidos da América, visando obter a guarda dos filhos menores do casal, com ordem de busca e apreensão, a requerida, embora ré no processo, não foi previamente citada. Ademais, no caso, se há sentença do juiz no Brasil sobre o mesmo tema, não há como se dar prevalência a sentença norte-americana, sob pena de incorrer-se em ofensa à soberania nacional, o que contraria o art. 216 do R.I.S.T.F. (SEC 5526-STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 11/06/1999) Pedido indeferido. (SEC 841/EX, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Corte Especial, DJ de 29/08/2005, p. 134)

Sentença estrangeira contestada. Pedido de homologação de decisões proferidas pela Justiça norueguesa que concederam a guarda da filha menor das partes ao requerente. Existência de decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira, com o mesmo teor, a favor da requerida. Impossibilidade de homologação, sob pena de ofensa aos princípios da soberania nacional. Art. 216 do RISTF. Requisitos formais da homologação de sentença estrangeira. Arts. 218 e 219 do RISTF. Indispensabilidade da juntada de certidão ou cópia do texto integral do ato judicial ou administrativo que se quer homologar.

1. O deferimento do pedido formulado representaria a prevalência de uma sentença alienígena sobre a decisão de um juiz brasileiro que, embora proferida em sede liminar, seria modificada, importando numa clara ofensa aos princípios da soberania nacional. Precedentes: SEC 6.971, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 14/02/2003 e SEC 7.218, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 06/02/2004. (...) (SEC 5526/NO, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 28/05/2004, p. 7).

Sentença estrangeira contestada. Guarda de filhos menores. Ausência de prova da regular citação do requerido na ação proposta perante a Justiça norte-americana. Art. 217, ii, do RISTF. Existência de sentença proferida por juiz brasileiro tratando sobre a mesma questão. Impossibilidade de homologação de sentença estrangeira, sob pena de ofensa à soberania nacional. Art. 216 do RISTF.

(...)

2. Conforme o disposto no art. 216 do RISTF, não há como dar prevalência à decisão estrangeira se existente provimento da Justiça brasileira a respeito do mesmo tema, sob pena de ofensa ao princípio da soberania nacional. Precedente: SEC 6.729, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 07/06/2002. 3. Pedido de homologação indeferido. (SEC 7570/EU, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 30/04/2004, p. 34)

Sentença estrangeira proferida pela Justiça espanhola. Divórcio. Guarda de filhos menores. Citação por edital publicado somente na Espanha que não produz efeitos no Brasil.

(...)

3. Não está sujeita à homologação pelo Supremo Tribunal Federal a sentença estrangeira que tem como objeto pedido idêntico em tramitação perante órgão do Poder Judiciário no Brasil, sob pena de ofensa aos princípios inerentes à própria soberania nacional (CPC, art. 90; RISTF, art. 216).

4. Retorno de crianças ao domicílio de um dos cônjuges fora do Brasil. O pedido de homologação de sentença estrangeira, pelas suas características e peculiaridades, não é sede adequada para o exame de circunstâncias subjetivas ligadas ao mérito da controvérsia sobre guarda de menores. Convenção de Haia. Inaplicabilidade. Homologação indeferida. (SEC 6729/EP, rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ de 07/06/2002, p. 84)

Sobre o tema é o artigo intitulado “Aplicação e execução de tratados internacionais no Brasil. Estudo dirigido sobre a convenção sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças (Haia, 1980)”, de autoria do advogado, mestre e doutor em Direito Internacional pela USP, Rodrigo Fernandes More, do qual transcrevo os seguintes parágrafos:

Nosso objetivo é demonstrar que o texto da Convenção de Haia de 1980, ainda que promulgado e regulamentado, não é suficiente para conferir eficácia e execução plena em território nacional a todas as obrigações de meio assumidas pelo Brasil na própria Convenção. (...)

Há, sem dúvida, responsabilidade em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, cumprimento que se dá, na hipótese das normas programáticas, pela implementação das medidas lá convencionadas no âmbito do ordenamento interno (execução indireta de obrigações de meio).

No entanto, a implementação de medidas de cumprimento (o que se denomina em inglês “*compliance measures*”, algumas delas sujeitas a um sistema de verificação) depende, como já demonstrado, da natureza jurídica das normas convencionais (programáticas ou auto-executáveis) e da existência de instrumentos de direito interno (infra-estrutura e legislação) que os tornem adequados à luz ordenamento constitucional, caso contrário, a aplicação de um tratado pode gerar efeito inconstitucional, como aqueles debatidos, por exemplo, no caso do Pacto de San Jose da Costa Rica, relativo à prisão civil do depositário infiel. Podem, ainda, violar princípios constitucionais como os princípios da coisa

judgada, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, tal como evidencia a prática jurisprudencial sobre a Convenção de Haia de 1980.

Assim, como não cabe ao Judiciário a elaboração de leis ou a negociação dos tratados, no âmbito do que se denomina “processo de conclusão dos tratados”, este desempenha uma tarefa muito relevante residual de controle da constitucionalidade sobre os efeitos do tratado incorporado ao direito brasileiro.

No âmbito Judiciário, que na esfera internacional é visto não como um dos três Poderes da República, mas como o Brasil em sua unicidade de Poderes, a guarda das responsabilidades do Brasil não podem permitir fazer aflorar característica e feitos auto-executáveis num tratado, como a Convenção de Haia de 1980, que claramente não as contém; não pode permitir, por conta do cumprimento cego e literal de obrigações assumidas em tratados, o desrespeito a princípios de direito e liberdades fundamentais guardados pela Constituição, pois violar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos também é uma forma de violação do Estado a uma obrigação derivada de uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*), que se opõe a todos os tratados. (...)

(...) A questão é que não se cumpre uma obrigação violando outra ainda mais importante. Ademais, vale o princípio — “*no right may rise from wrong*”, ou seja, direito algum pode florescer de uma violação de direito, tanto mais de direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Como se disse na introdução a este estudo, a Convenção de Haia de 1980, e seu Decreto regulamentador (Decreto 3.591/2001) têm sido utilizados como fundamento de direito para a busca, apreensão e repatriamento de crianças subtraídas daqueles que lhes detêm a guarda em seus Estados de origem.

O exercício deste direito tem se dado, preponderantemente, por duas vias distintas. A primeira pelo próprio interessado, por carta rogatória, perante o Supremo Tribunal Federal; a segunda, por ação de busca e apreensão movida pela UF, representada pela AGU, perante a Justiça Federal.

As duas vias são equivocadas, já que a busca, apreensão e o retorno de crianças caracterizam-se como medidas judiciais constritivas, de natureza executória, que somente podem operar em território nacional depois de delibadas em processo homologatório perante o Superior Tribunal de Justiça, jamais pela via rogatória ou perante a Justiça Federal, sob pena de se violarem o princípio da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, a soberania nacional expressa no exercício da juris-

dição sobre fatos, pessoas e bens situados no território nacional. (...)

Vimos que a Convenção de Haia de 1980 encerra normas de direito de conteúdo programático, ou seja, não é auto-executável por si mesma no âmbito do direito interno. Também vimos que a Convenção foi regulamentada pelo Decreto 3.951/2001 que, em tese, teria conferido a ela a executoriedade necessária para que a Convenção fosse, definitivamente, implementada no Brasil.

No entanto, essa regulamentação não foi suficiente para imprimir ao texto da Convenção o caráter que ela em seu texto original também não possui. Isso se depreende, por exemplo, da interpretação do art. 2º da Convenção de Haia de 1980, que assim dispõe:

Art. 2º. Os Estados contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.

Na interpretação de normas de direito internacional, “tomar todas as medidas apropriadas” significa adaptar, modificar ou criar instrumentos legais internos para sua execução (obrigação de meio), jamais uma obrigação de conteúdo auto-executável (obrigação de resultado). Cabe a cada Estado-parte decidir como implementar tal obrigação. Trata-se, como se disse, de uma obrigação de meio, de uma norma programática. (...)

A competência da Justiça Federal para julgar “as causas fundadas em tratado internacional ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional” é fixada em função do fundamento legal do pedido, mas somente para conflitos de competência entre a Justiça Federal e a Estadual. Contudo, se o direito alegado fundamenta-se (ou deve se fundamentar) em decisão estrangeira, então a competência é do STJ.

De fato, a ação proposta pela AGU tem inegável fundamento em tratado com Estado estrangeiro, mas a natureza do tratado (programático), a prova do direito alegado e os efeitos de sua execução só podem ser exequíveis em território nacional após o crivo privativo do STJ, caso contrário admitir-se-ia que a Convenção sobrepõe-se à própria Constituição, alterando-a naquilo que ela identifica como competência privativa do STJ quanto ao cumprimento de sentenças estrangeiras no Brasil. Além disso, o referido art. 109, III, somente se aplicaria a tratados auto-executáveis, o que não é o caso da Convenção de Haia.” (...)

Em resumo, a propositura de ação de busca e apreensão de menor (ou seja qual for seu nome) perante a Justiça Federal viola o art. 105, I, i, da Consti-

tuição Federal, com a usurpação da função privativa do STJ. (grifei)

Consoante esclarece Rodrigo Fernandes More, cada país deve criar instrumentos processuais, em seu ordenamento jurídico interno, que permitam o cumprimento da Convenção.

No caso de seqüestro internacional de criança em que não haja disputa de guarda entre pai e mãe e nem necessidade de homologação de sentença estrangeira, penso que a Convenção teria aplicabilidade plena imediata no Brasil, cabendo o pedido de repatriamento da criança, que poderia ser analisado pela Justiça Federal, tomando ciência diretamente do direito em vigor no país de residência habitual do menor, sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação eventualmente previstos na legislação ordinária (de mesmo nível hierárquico da convenção). Mas pretendendo-se fazer valer direitos estipulados em acordo homologado por sentença estrangeira, o único instrumento processual cabível, no Brasil, é o procedimento de homologação de sentença estrangeira. Nas palavras de Rodrigo Fernandes More, “este procedimento cumpre ao mesmo tempo as obrigações assumidas na Convenção de Haia de 1980 e à Constituição Federal, garantindo a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e à ordem pública e à soberania nacional em relação às sentenças estrangeiras que pretendam produzir efeitos em território nacional.” E, acrescento eu, mesmo na hipótese de não haver sentença estrangeira que houvesse regulamentado a guarda em favor de um dos genitores no exterior, não seria aplicável, em território nacional, a regra da Convenção (art. 16) segundo a qual, depois de comunicada a transferência ilícita da criança, a autoridade judiciária brasileira não poderia tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda, pois tal estipulação é incompatível com a soberania nacional e com o princípio constitucional segundo o qual nenhuma lesão de direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário (Constituição, art. 5º, XXXV, e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 17).

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Voto Vogal sobre a Questão de Ordem

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Tendo em vista que nestes autos, que analisei minuciosamente, não há alegações graves imputadas por uma parte contra outra que, a meu ver, merecessem ser discutidas sob segredo de justiça, a fim de resguardar a intimidade das partes e da criança sob guarda, eu considero, dadas essas peculiaridades, que é possível se suspender esse segredo de justiça e realizar o julgamento publicamente, ainda mais considerando que as partes presentes também não se opõem a isso.

Voto Vogal sobre a Questão de Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Diante da manifestação da eminente Relatora e também dos advogados das partes, também concordo que seja retirado o segredo de justiça.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, se houve um acordo entre as partes, realizado nos Estados Unidos em fevereiro de 2005, esse acordo é recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, considerando que qualquer decisão judicial que homologa acordo, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro faz coisa julgada de imediato, portanto, aí temos a figura da preclusão lógica. Esse é o primeiro ponto. O segundo ponto refere-se à decisão judicial que deferiu a guarda da menor a sua mãe aqui no Brasil.

O que pretendo aqui, Senhor Presidente, é apenas esclarecer que temos duas decisões judiciais: uma decisão proferida nos Estados Unidos da América, que homologa um acordo para que se efetive a guarda compartilhada de ambos os genitores e ordena que a residência da criança seja mantida nos Estados Unidos, decisão que foi proferida, de acordo com a informação do ilustre advogado da parte apelante, em fevereiro de 2005, e esta decisão transitou em julgado; e uma outra decisão, proferida aqui no Brasil, em 11/10/2006, que determinou judicialmente a guarda da menor Nicole com sua mãe, e, contra essa sentença, o ilustre advogado informa que houve recurso de apelação.

O Sr. Ricardo Zamariola Júnior (Advogado): — Há uma terceira ação. Agora peço que me corrijam se estiver errado, porque não compreendi bem o que é esta ação, visto que me parece ser outra ação de guarda, tanto assim que alego litispendência na contestação.

A Sra. Edna Maria Mourão Pereira Machado (Advogada): — Como houve uma ação, essa primeira ação, quando não era ainda a advogada da apelada, deu-lhe a guarda provisória. Entrei com outra ação de guarda para que fosse concedida a guarda definitiva sem o compartilhamento. Mas há ainda uma outra ação nos Estados Unidos.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Por gentileza, Doutora. Essa ação em que Vossa Excelência pediu a guarda definitiva foi julgada quando?

A Sra. Edna Maria Mourão Pereira Machado (Advogada): — Ela ainda não foi julgada. Está em tramitação.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Foi ajuizada quando? Vossa Excelência lembra?

A Sra. Edna Maria Mourão Pereira Machado (Advogada): — Foi ajuizada em novembro de 2006.

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — E nesta ação em que há a sentença, a sentença é bem sumária, diz assim: “Mônica Dutra requer a guarda excepcional de sua filha Nicole, em relação ao pai, Sir Robert, para legalizar a situação fática no território brasileiro, em razão de terem casado e se divorciado nos Estados Unidos, tendo ficado estabelecido um regime de visitas, em rigor, segundo as leis americanas. Houve manifestação ministerial. Considerando a situação peculiar em tela, resguardando os interesse do pai, segundo as leis e convenções internacionais sobre o caso adotadas pelo governo brasileiro, considerando que os interesses da menor é que devem ser protegidos com absoluta prioridade, resolvo, excepcionalmente, conceder a guarda jurídica da filha Nicole em favor de Dutra, segundo os princípios legais brasileiros. Lavre-se termo e arquite-se”. Aí, depois disso, ela entrou com essa que ela está mencionando, que parece que é uma ação mais detalhada, que pretende regulamentar guarda e visita e guarda definitiva.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Mas há uma outra ação nos EUA depois dessas duas?

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Sim. No primeiro momento, não houve

propriamente uma ação, houve uma ação de divórcio com um acordo que dispunha sobre repartição dos bens, sobre a guarda, residência da menor etc. Esse acordo vinha sendo cumprido desde fevereiro de 2005 até agosto ou setembro de 2006, quando a mãe resolveu vir para o Brasil. Não estou julgando aqui o expediente de que se valeu a mãe, que foi conseguir uma autorização, isso está demonstrado (uma autorização para viajar durante cinco dias). Chegou aqui, já estava com essa ação aqui ajuizada. Consegui a guarda excepcional. Não estou julgando isso.

Quando ela veio para o Brasil, o pai comunicou o fato à justiça americana. E esse acordo previa alterações, previa que quando a mãe quisesse sair com a criança tinha que pedir ou o consentimento do pai ou o suprimimento em juízo, porque essas decisões sobre a guarda de menor não transitam em julgado no sentido de não poderem ser alteradas. Então, nesse acordo, estava previsto o procedimento de alteração do acordo se uma das partes pedisse. Quando ela veio para o Brasil, fora da autorização temporal do pai, ele certamente foi lá e comunicou ao juiz americano, que, primeiro, em vez de suspender a guarda da mãe, determinou que as visitas da mãe fossem com assistência. E a terceira decisão foi tirando a guarda da mãe, porque antes era compartilhada e, agora, parece que não é mais, pelo que foi informado.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Mas isso nos mesmos autos ou numa outra ação?

O Sr. Ricardo Zamariola Júnior (Advogado): — É um procedimento autônomo iniciado.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Um outro procedimento?

O Sr. Ricardo Zamariola Júnior (Advogado): — Exatamente. A Corte determinou a suspensão da guarda da mãe como uma medida preventiva, apenas porque a mãe não foi ouvida. O processo lá também pende de julgamento.

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Paralelamente, a situação dela está em causa aqui, na justiça do Amazonas, e em causa lá, na justiça dos Estados Unidos.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Quando indago sobre trânsito em julgado é porque pretendo compatibilizar, como não poderia deixar de ser, em nome da soberania nacional, a coisa julgada for-

mal, que, sabemos, é a única que ocorre em matéria de direito de família aqui no Brasil, e não coisa julgada material. Mas existe uma coisa julgada, sim, que é a coisa julgada formal. Isso é relevante, vou explicar o porquê.

Em primeiro lugar, Senhor Presidente, a Constituição Federal estabelece no art.109 que compete aos juizes federais de 1ª instância processar e julgar as causas fundadas em tratados ou contrato da União com estado estrangeiro ou organismo internacional. A ação de busca e apreensão de menor fundada na Convenção Internacional sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 79, de 15/09/1999, e promulgada pelo Decreto 3.413, de 14/04/2000, é da competência da Justiça Federal, indubitavelmente.

Outra questão que se levanta é exatamente a de se saber se esta convenção internacional tem foro de emenda à Constituição Federal, com base no que dispõe o §3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004. Penso que não. Como bem observou a eminente Relatora, a norma do §3º do art. 5º fundamental dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Além da questão de ordem temporal, que não permite, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a irretroatividade de normas, por se tratar de garantia constitucional fundamental, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças, aprovada pelo Brasil através de Decreto Legislativo de 1999, promulgada através do Decreto 3.413, de 2000, não pode ser atingida pela eficácia da norma do § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Ademais, ainda que assim não fosse, a referida convenção internacional, que trata de direitos humanos fundamentais, não poderia mesmo alçar-se ao foro normativo de emenda à Constituição, por esbarrar na norma do § 4º do art. 60, e respectivo inciso IV, da mesma Carta Magna brasileira, que proíbe a tramitação de emenda à Constituição que possa tender a abolir direitos e garantias fundamentais, como no caso em que se pretende proteger o direito de ir e vir de uma menor e ainda diante da norma do art. 227 da Constituição do Brasil, que impõe ao Estado brasileiro, à família brasileira e à sociedade brasileira assegu-

rar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade. Isso é direito fundamental. Isso é direito individual, acobertado por cláusula pétrea na Constituição Federal.

Portanto, tenho que concordar com o raciocínio constante do voto da Relatora de que esta Convenção Internacional sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças não tem foro de emenda à Constituição Federal, mas tão-só de legislação ordinária.

Colocada a questão normativa neste plano da infraconstitucionalidade, há de ver-se que a legislação processual brasileira, regulada pela Lei Federal 5.869, de 11/01/1973, estabelece as normas codificadas do Processo Civil brasileiro. Dispõe o art. 88:

Art. 88 – É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil.

Em comentários a esse dispositivo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, no seu festejado “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, Editora Revista dos Tribunais, na mais recente edição, atualizada até 1º/03/2006, diz o seguinte: “A justiça brasileira é competente para as controvérsias de direito de família quando um dos cônjuges é domiciliado no País, mesmo que o casamento tenha sido realizado no estrangeiro, onde permanece o outro parceiro e ocorreu o evento que originou o dissídio (LICC, VII) (RT 791/364).”

Já o mesmo Código de Processo Civil, no art. 89 e seguintes, diz:

Art. 89 – Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – Conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – Proceder a inventários e partilhas de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Art. 90 – Ação intentada perante o tribunal estrangeiro não induz litispendência nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhes são conexas.

Nessa última hipótese, ainda comentam os referidos processualistas, o seguinte: “A sentença estrangeira que fira as prescrições do CPC-89 não pode ser homologada pela justiça brasileira. Não se admitirá, no território nacional, a execução de julgado proveniente de país estrangeiro que fira esta norma (Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 75, p.150).

Ora, como se vê, a competência internacional prevista no art. 88, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, é concorrente e a competência prevista no art. 89, do mesmo CPC, é exclusiva e absoluta da justiça brasileira. Nas hipóteses previstas no art. 88 e incisos do CPC a sentença estrangeira há de ser necessariamente homologada no Brasil para ter eficácia. Já nas hipóteses do art. 89, incisos I e II, não há necessidade de homologação da sentença estrangeira, até porque não terá eficácia no Brasil diante de sentença brasileira decidindo a mesma questão. Há de prevalecer, nesta última hipótese, a decisão da justiça brasileira.

Considerando, assim, que a sentença estrangeira que, na hipótese dos autos, ordenou a guarda compartilhada de ambos os genitores da menor Nicole e ordenou que fosse a sua residência mantida nos Estados Unidos, ainda que proferida em acordo formal, com data de fevereiro de 2005, posteriormente submetida a alterações, posto que somente fizera coisa julgada formal, como assim também disciplina a matéria a justiça brasileira, há de ser necessariamente submetida à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, que é o competente, após a Emenda Constitucional 45/2004, para homologação de sentenças estrangeiras, nos termos do que dispõe o art. 105, inciso I, alínea e, da Constituição da República.

Ademais, para ser homologada essa sentença estrangeira, haverá o tribunal competente, que é o Superior Tribunal de Justiça, de verificar, em juízo de deliberação, se os requisitos impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro através da Lei de Introdução ao Código Civil foram devidamente observados no país estrangeiro, qual seja, o art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 15 – Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro que reúna os seguintes requisitos:

a) haver sido proferida por juiz competente no estrangeiro;

b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificada a revelia;

c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução do lugar em que foi proferida;

E aqui acrescento que a exigência da sentença passada em julgado há de ser cobrada mesmo que a coisa julgada seja puramente formal, como no ordenamento jurídico assim se estabelece. Não há necessidade de uma coisa julgada material, mas, ao menos para se preencher o requisito da homologação da sentença estrangeira, ela há de estar transitada em julgado, ainda que formalmente.

d) estar traduzida por intérprete autorizado;

Ainda que o juiz brasileiro seja poliglota ou o juiz estrangeiro seja poliglota, não vale a tradução pelo próprio juiz da sua própria sentença, ou da sentença do seu colega, proferida no estrangeiro. Portanto, a tradução há de ser oficial. Juiz não é perito. Juiz é juiz, como dizia Carnelutti. Aliás, Carnelutti dizia melhor: “O que é ser juiz? Ser juiz é ter juízo”, por isso que muitos juízes que não têm juízo perdem o caminho da judicatura e se perdem da sociedade. A lei brasileira é sábia.

e – ter sido homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Parágrafo único – Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.

Como não dependem de homologação as sentenças proferidas nas hipóteses do art. 89 do Código de Processo Civil.

Portanto, Senhor Presidente, há de se acrescentar que, uma vez cumpridas as exigências da Lei de Introdução ao Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça, que é o competente, poderá homologar essa sentença estrangeira. E, uma vez homologada, ainda existe uma exigência constitucional inarredável: o art. 109 da Constituição Federal, ao estabelecer a competência dos juízes federais no Brasil, coloca, dentre essas competências funcionais absolutas, aquela de executar a sentença estrangeira, como dispõe o art. 109, X, da mesma Constituição Federal. E na execução da sentença estrangeira ainda haverá possibilidade de contraditório, porque a Constituição Federal no Brasil estabeleceu a garantia fundamental da ampla defesa e do amplo contraditório. Portanto, tem o juiz federal brasileiro — eu diria

em primeira instância — a competência excepcional de, diante da impugnação da sentença estrangeira no mérito, poder, inclusive, modificá-la. Competência que não é dada constitucionalmente ao Tribunal Superior, que só a tem para homologar a sentença estrangeira, observando aspectos de ordem formal constantes da Lei de Introdução ao Código Civil. Esse procedimento é inafastável na hipótese dos autos. Por isso que o juízo singular decidiu com acerto, Senhor Presidente, indubitavelmente.

Não se trata aqui de considerar a sentença estrangeira como um simples documento probatório diante das exigências da Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 79, de 15/09/1999, e promulgada pelo Decreto 3413, de 14/04/2000. Mas, ainda que assim não fosse, e se fosse possível adentrar ao mérito desse decreto, haveria de a justiça brasileira considerar a garantia fundamental posta na Constituição da República e traduzida em termos de direitos humanos fundamentais, que é exatamente a proteção do menor, da criança e do adolescente, com absoluta prioridade, e o seu direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à vida. E o Direito brasileiro tem colocado esses valores sobretudo diante da guarda da mãe, porque foi a mãe que trouxe o filho durante nove meses no seu ventre, cercando-o de carinho intra-uterino, nos primeiros momentos de sua vida biológica. Isso não pode ser desconsiderado. Ainda não se inventou na biotecnologia da modernidade, principalmente na dos Estados Unidos da América, a fórmula de o homem parir, somente a mulher tem dado à luz, a não ser que geneticamente modificado a partir de agora o homem passe a dar à luz — e eu não gostaria de me candidatar a esse projeto.

Portanto, Senhor Presidente, com essas considerações, acompanho o voto da Relatora, negando provimento à apelação, submetendo, assim, a sentença estrangeira ao crivo da homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Leio da sentença que me foi trazida por cópia em memorial do apelante o seguinte:

Trata-se de ação cautelar ajuizada por Robert Martin Pate contra sua ex-mulher Mônica de Mesquita Dutra, através da qual pretende, em sede de liminar, a busca e apreensão da filha do casal, Nicole Dutra Pate, bem como de todos os seus documentos pessoais, e, ato contínuo, sua entrega ao autor, com vistas ao seu repatriamento aos Estados Unidos da América. Fundamenta o seu pedido nas disposições da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças, cujo texto foi nacionalmente aprovado através do Decreto Legislativo 79, de 15/09/1999, com reserva ao seu art. 24 da Convenção, e cuja adesão da República Federativa do Brasil se deu através do Decreto 3.413, de 14/04/2000”. E, em seguida, já decidindo, diz a ilustre juíza sentenciante: “O requerente colaciona aos autos (fls. 78/118) cópia do “Final Decree of Divorce” (Decreto Final de Divórcio), processado perante a Corte do 247º Distrito Judicial do Condado de Harris, no Estado do Texas, Estados Unidos da América, através do qual ter-se-ia estabelecido quanto aos interesses da filha do casal, dentre outros accertamentos, que: 1) a requerida, Mônica Dutra Paté, teria o direito exclusivo de designar a residência primordial da criança, dentro do Condado de Harris ou qualquer condado contíguo ao Condado de Harris, Texas; 2) a residência primordial da criança seria o Condado de Harris, Texas, ou qualquer condado contíguo ao Condado de Harris, Texas, e as partes não retirariam a criança daquele lugar, com vistas à mudança de residência, até ordem adicional da Corte de Jurisdição Contínua, ou por acordo escrito, assinado pelas partes e registrado na Corte; 3) em caso de viagens internacionais, as partes estariam obrigadas a apresentar à outra um itinerário por escrito, inclusive com números de vôos, transportadora, datas e horários de viagem, juntamente com endereço e número de telefone do local onde a criança fosse permanecer, obrigando-se, ainda, a não viajar sem autorização do outro progenitor ou além dos limites territoriais da região continental dos Estados Unidos da América por mais de 21 (vinte e um) dias consecutivos”. A Convenção de Haia, promulgada pelo Decreto 3.413, de 14/04/2000, estabelece logo no seu preâmbulo: “Os Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudanças de domicílios ou de retenções ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita; decidiram e concluíram em uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições: art. 1 – A presente

Convenção tem por objetivo: a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes no Estado Contratante.”

O art. 3º da mesma convenção dispõe: “A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuída a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou de sua retenção; b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido; c) o direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente, segundo o direito desse Estado.” Leio ainda no art. 8º da mesma convenção: “Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança.” E, por último, o art. 14, que foi expressamente invocado pelo autor, ora apelante, que assim dispõe: “Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do art. 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

Foi com base nesse último dispositivo que o autor propôs a presente medida cautelar, sustentando ser dispensável o procedimento formal de homologação de sentença estrangeira. Penso, com a devida vênia da eminente Relatora, que no caso não se está pretendendo a execução de uma sentença estrangeira no país. A sentença estrangeira foi trazida aos autos, como ressaltado da tribuna pelo advogado, como prova documental do fato constitutivo do direito do autor, mas não está em discussão o cumprimento, a execução dessa sentença em território brasileiro.

Leio ainda trecho de citação doutrinária, trazida no memorial do apelante, de Maria Rosa Guimarães Loula, ex-Coordenadora Geral de Articulação Institucional do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça, que diz o seguinte: “A assistência direta é um novo mecanismo de cooperação jurídica internacional que não se confunde com a carta rogatória e nem com a homologação de sentença estrangeira. Trata-se de um procedimento inteiramente nacional, que começa com uma solicitação de ente estrangeiro para que um juiz nacional conheça do seu pedido como se o procedimento fosse interno. Ou seja, a autoridade ou parte estrangeira fornece os elementos de prova para a autoridade central que encaminha o caso para o MPF (penal) ou AGU (civil) propor a demanda desde o início. Por isso a assistência direta difere da carta rogatória. Na carta rogatória passiva há uma ação no estrangeiro e o juiz estrangeiro solicita que o juiz nacional pratique certo ato (e já diz qual é o ato). O juiz nacional só pode praticar aquele ato ou negar aplicação (no caso de ofensa à ordem pública). A assistência direta começou nos países da *Common Law* e nestes ele não difere muito da carta rogatória. Este procedimento começou a ser utilizado no Brasil para resolver o impasse criado pela jurisprudência do STF sobre cartas rogatórias executórias.” E ainda, no mesmo sentido, julgado deste Tribunal de que foi Relator o eminente Desembargador Federal Tourinho Neto em que diz:

A assistência reduz, e muito, a burocracia que há na expedição e cumprimento da rogatória, enfim na sua tramitação, com a finalidade de acelerar os processos em que se apuram os crimes globalizados, transnacionais. (...) Esse tipo de assistência afasta a intervenção da via diplomática. O interesse no êxito não é só dos Estados Unidos. O Brasil tem, também, interesse nesse tipo de investigações (...). Não há, nessa hipótese, necessidade de *exequatur*, que é a autorização dada, atualmente, pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça para que possam, validamente, ser executados, na jurisdição do juiz competente, as diligências ou atos processuais requisitados por autoridade judiciária estrangeira. Não se está, no presente caso, invadindo a competência do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se, apenas, de solicitação com fundamento em acordos internacionais de assistência judiciária mútua. Ao anuir a uma solicitação como esta, o governo brasileiro não está cedendo a um pedido que só trará benefícios.

Dos elementos que me foram trazidos com os memoriais distribuídos pelas partes, a minha conclusão, com a devida vênia, é a de que não há necessidade, no caso, de homologação da sentença estrangeira, e, portanto, a ação não deveria ser indeferida liminarmente como foi. Entendo, por outro lado, que também não é o caso deste Tribunal julgar, desde logo, o mérito, porque a ação não foi devidamente instruída. Com essas considerações, o meu voto é dando provimento à apelação para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para que, feita a regular instrução do processo, outra sentença seja proferida como entender de direito.

Sétima Turma

2000.34.00.036015-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Apelado: Ols Agroindustrial S/A
Advogados: Dr. Cláudio Santos Ortis e outros
Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara/DF
Publicação: DJ 2 de 13/07/2007

Ementa

Tributário. Política de Preço Nacional Equalizado. Açúcar e álcool. Exigência de apresentação de CND para liberação crédito: sem previsão legal.

I – Não pode a Administração, reconhecendo ter dívida perante o particular, obstaculizar o repasse do crédito sob o pretexto de que necessária a assinatura de novo contrato. Independentemente da forma de sua quitação, inequívoco o direito do contribuinte de receber o crédito devido.

II – Não há previsão legal específica da exigência de que o contribuinte apresente CND para que receba crédito derivado do Programa da Política de Preço Nacional Equalizado – Açúcar e Alcool.

III – Apelação e remessa oficial não providas.

IV – Peças liberadas pelo Relator, em 03/07/2007, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma negar provimento à apelação e à remessa oficial por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 03/07/2007.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:
— Trata-se de apelação da sentença (f. 706-8) que, confirmando a liminar (f. 572-4), concedeu a segurança para determinar que o Secretário do Tesouro Nacional se abstenha de exigir a apresentação de CND por parte da impetrante (empresa) e de impor o procedimento da compensação de dívidas com o Tesouro Nacional para liberar créditos do contribuinte decorrentes do Programa de Política de Preço Nacional Equalizado – Açúcar e Alcool. Com remessa oficial.

A FN apela (f. 715-23), alegando que o contribuinte detém crédito originariamente oponível ao extinto Instituto do Açúcar e do Alcool, cujas obrigações foram sucedidas pela União e que, para que se proceda ao pretendido pagamento, necessária novação (na qual se substitui a obrigação de pagamento direto do crédito pela obrigação de se emitir UNIAS – títulos da dívida pública). Aduz, ainda, que, para que se possibilite a emissão dos títulos, o contribuinte deve fazer novo contrato com a Administração, diante do qual se exige a apresentação de CND.

Com contra-razões (f. 728-31) pela manutenção da sentença.

A PRR opina (f. 738-40) pelo não provimento da apelação e da remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:

— Os dispositivos legais apontados pela apelante (art. 1.º, II e VI, do Decreto-Lei 1.715/1979; art. 7.º do Decreto 1.647/1995 e art. 195, §3º, da CF) tratam da exigência de CND para que seja firmado contrato entre a Administração e o particular, enquanto o caso discutido diz respeito ao repasse de valores devidos pela União (que sucedeu o extinto Instituto do Açúcar e do Alcool) aos credores de dívidas referentes à Política de Preço Nacional Equalizado – Açúcar e Alcool. A legislação indicada não justifica o condicionamento da liberação do crédito do contribuinte à prévia apresentação de CND.

Apesar da alegação de que se trata de novação da obrigação de pagamento direto do crédito pela obrigação de emissão de título da dívida pública (denominado UNIAS e utilizado pela União para securitizar a dívida, tendo em vista a insuficiência de recursos financeiros) e de que o contribuinte pretende a emissão dos referidos títulos, os títulos em questão (e os procedimentos para que sejam emitidos) se referem somente à forma de pagamento de crédito não questionado.

Não pode a Administração, reconhecendo ter dívida perante o particular, obstaculizar o repasse do crédito sob o pretexto de que necessária a assinatura de novo contrato. Havendo reconhecimento da existência de crédito em nome da empresa, independentemente da forma de quitação (seja por pagamento direto, emissão de títulos de dívida pública ou por qualquer outro meio que, ressalte-se, é determinado pela própria Administração), o crédito não pode ser utilizado como forma de cobrança de eventuais débitos — outros, desvinculados — do particular perante a União.

Caso se identifique algum débito em nome do particular, que o fisco proceda à respectiva cobrança de acordo com as normas legais aplicáveis, não se admi-

tindo a utilização de meios (coercitivos) de cobrança não previstos na legislação.

Este, o entendimento do STJ a respeito do tema:

Processo Civil. Tributário. Política de preço nacional equalizado — açúcar e do álcool. Liberação dos créditos. Certidões de quitação de tributos e multas. Desnecessidade. Repasse de verba.

I – Não existe, na legislação específica, norma que ampare a pretensão da Administração Pública de exigir certidões de quitação de tributos e de multas como condição para efetuar o repasse de verba decorrente do Programa Político de Preço Nacional Equalizado – Açúcar e Alcool. (STJ, REsp 818.007/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, T1, ac. un., DJ 08/03/2007, p. 170)

Pelo exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Antônio Ezequiel da Silva. Ausente, por motivo de licença prêmio por assiduidade, o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral.

Oitava Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2000.37.00.007156-0/MA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Apelado: MH Ferreira Empreendimentos Ltda.
Advogados: Dr. Antonio Ernane Cacique de New York e outros
Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara/MA
Publicação: DJ 2 de 03/07/2007

Ementa

Tributário. Desembaraço aduaneiro. Máquinas eletrônicas programadas. Caça-níqueis. Jogos de azar. Proibição em todo território nacional. Pena de perdimento. Constitucionalidade. DL 3.688/1941. DL 37/1966. Lei 9.615/1998.

I – As máquinas eletrônicas programadas (caça-níqueis) são “autênticos jogos de azar” (SS 1814/MG, STF) e, como tais, proibidos em todo o território nacional (Decreto-Lei 3.688/1941 e Lei 9.615/1998).

II – A pena de perdimento de bens, imposta pelo DL 37/1966, está em harmonia com a ordem constitucional, vez que tal pena está prevista no art. 5º, inciso XLVI, letra b (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) perda de bens”) e inciso LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) Constituição Federal de 1988.

III – Não se reputa ilegal ou inconstitucional a IN SRF 93/2000, ratificadora da IN SRF 172/1999, que determina a apreensão de máquinas caça-níqueis para fins de perdimento de bens.

IV – Apelação e remessa oficial providas. Segurança denegada.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 19/06/2007.

Desembargador Federal *Leomar Amorim*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Leomar Amorim*: — M.H. Ferreira Empreendimentos Ltda. impetrou mandado de segurança preventivo contra ato do Inspetor da Receita Federal no Porto de Itaqui, consubstanciado na iminente apreensão de máquinas de diversões eletrônicas (caça-níqueis), classificadas na subposição 9504-30, da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, tendo em vista o disposto na IN SRF 93/2000.

Requeru a liminar para afastar a alegada violência iminente ou, caso ela viesse a ocorrer, determinar a liberação da mercadoria identificada no Conhecimento Marítimo de fls. 37/40. Pediu, ao final, a concessão da segurança para, declarando a ilegalidade da IN SRF 93/2000, confirmar a liminar.

A liminar foi inicialmente indeferida em 18/10/2000 (fls. 137/138).

A autoridade coatora prestou as informações (fls. 161/178).

Após esclarecimentos (fls. 156/155) da impetrante quanto à tutela jurisdicional que permitiu a expedição da licença para a importação (MS 200.51.01.016571-8, da 29ª Vara do Rio de Janeiro), o juízo a quo, Dr. José Carlos do Vale Madeira, deferiu, em 08/11/2000, a liminar para afastar a incidência do art. 1º da IN SRF 93/2000 e determinar “ao impetrado que promova a liberação das mercadorias descritas no Documento de fls. 37/38, observadas as cautelas cabíveis à espécie” (fls. 188), que registra a importação de 2.880 máquinas.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 195/207 opinando pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da segurança.

Por decisão de fls. 243/257, o i. juiz a quo, ao tempo em que manteve a liminar, indeferiu o pedido da Fazenda Nacional no sentido de que fosse determinada a prestação de caução em dinheiro (art. 2º da Lei 2.770/1956) para a liberação das mercadorias.

Da decisão concessiva da liminar, a Fazenda Nacional interpôs agravo de instrumento, o qual foi distribuído ao e. Desembargador Federal Olindo Menezes, AG 2000.01.00.133744-4/MA. Apreciando o pedido de efeito suspensivo, o i. relator confirmou a liminar, sob o argumento, em síntese, de que se é permitida a importação da mercadoria, prevista na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM e na Tarifa Externado Mercado Comum – TEC, não se pode admitir, por razões de coerência, sua apreensão por atacado, “sem nenhuma análise das suas características, tanto mais que a importação, em si mesma, não é obviamente jogo da (sic) azar e nem pode atentar contra a moral”. Afirmou ainda que a questão da contravenção situava-se no plano da conduta intersubjetiva, “a ser vista na etapa de utilização das máquinas” e que a Lei 2.770/1956 não tinha incidência ao presente caso (DJ, de 31/12/2001, p. 22).

Esse agravo de instrumento foi, posteriormente, julgado prejudicado (DJ de 15/01/2002).

Às fls. 258/260, 263 e 268 foram juntadas petições datadas de 15/12/2000, 20/12/2000 e 19/12/2000, respectivamente, nas quais a impetrante requereu o imediato cumprimento da liminar.

Nova petição da impetrante às fls. 284/288, de 10/02/2001, a notificara a concessão da suspensão de segu-

rança à sentença proferida no MS 2000.37.00.001466-5. Alega que a autoridade coatora, com fundamento nessa ordem que não diz respeito ao presente processo, incluiu na apreensão realizada (Auto de Infração de Apreensão e Guarda Fiscal 0325100/10001/01, de 02/02/2001 – fls. 320/322), as máquinas que estão sob o pálio da liminar ora concedida.

A sentença, proferida em 23/02/2001, concedeu a segurança sob os seguintes fundamentos:

(i) as mercadorias apreendidas (caça-níqueis) não podem ser confundidas com jogos de azar e foram regularmente importadas, o que implica o reconhecimento de sua licitude;

(ii) pensar de forma diversa significa ofensa ao princípio da livre iniciativa, da legalidade, da segurança jurídica, do direito de propriedade, além de significar “grave ingerência em uma atividade econômica que não se apresenta às margens da lei”;

(iii) o ingresso das mercadorias tem amparo no Tratado de Assunção (acobertadas, portanto, pela Tarifa Externa Única) que, inserindo o Brasil em nova situação jurídica, o acordo Mecosul, possibilita a edificação de um sistema de normas supranacional capaz de superar a competência normativa dos Estados Nacionais, tendo como corolário o afastamento de textos legais anacrônicos, v.g. DL 3.688/1941;

(iv) a aplicação da IN SRF 93/2000 ofende ato jurídico perfeito, vez que a importação ocorreu em data anterior a sua vigência; e

(v) que o art. 105, XIX, do DL 37/1966 não foi recepcionado pela nova Constituição, existindo, portanto, a pena de perdimento de bens somente como efeito de condenação penal.

Determinou, ainda, o afastamento da “incidência do Auto de Apreensão e Guarda Fiscal 0325100/10001/01, de 02/02/2001, desde que voltado unicamente para as mercadorias de trata o MS 2000.37.001466-5, originário da 5ª Vara desta Seção Judiciária” (fl. 333).

Por petição de 23/02/2001, a impetrante requereu que a ordem concedida seja cumprida mediante auxílio de força policial, sob a alegação de que, em outras situações análogas, o impetrado buscou impedir a liberação da mercadoria.

Apreciando tal requerimento, na mesma data, 23/02/2001, o i. juiz a *quo* assim decidiu (fls. 338/339):

Defiro o pedido formulado pela impetrante, eis que, efetivamente, não se mostra minimamente razoável que o agente administrativo, ao seu alvedrio, inviabilize ou retarde o cumprimento de decisão judicial.

No caso vertente, o impetrado, em caráter de reiteração, pois que em processo análogo adotou igual procedimento, esquiva-se acintosamente da sua obrigação, qual seja, dar cumprimento a uma determinação do Poder Judiciário.

É como, e esta a impressão que salta aos olhos, se existisse uma questão pessoal neste caso.

No estado Democrático de Direito, as decisões do Poder Judiciário devem ser cumpridas; e, na hipótese, de erro do magistrado, deve ser buscado no plano do ordenamento jurídico o instrumento cabível para afastá-la.

Assim, censurando a conduta desrespeitosa do impetrado, determino o cumprimento da sentença proferida às fls. 325/333, que se fará, se necessário, e a juízo do Oficial de Justiça, ela intervenção da Polícia Federal, sem prejuízo das sanções cabíveis à espécie.

Não sendo encontrado o impetrado, o cumprimento da sentença far-se-á diretamente no Porto de Itaquí, na pessoa do responsável direito por aquele órgão.

Persistindo o desrespeito do impetrado, e assim configurada a desobediência, fica a Polícia Federal autorizada a prendê-lo em flagrante, lavrando o auto respectivo, observadas as cautelas legais e constitucionais cabíveis.

Às fls. 342/343 foi juntada cópia da decisão proferida pelo e. Des. Federal Tourinho Neto na SS 2001.01.00.013024-3/AM que deferiu, em 02/03/2001, a suspensão da segurança concedida pela sentença de fls.325/333.

De posse do Mandado de Intimação 232/2001, o Oficial de Justiça, Sr. José Antônio Pinto Pereira, dirigiu-se ao Ministério da Fazenda, no dia 23/02/2001, às 18:10 horas e, em seguida, ao Porto de Itaquí às 19:00 horas para intimação da autoridade coatora. Tais diligências, conforme certidões de fls. 347 verso e 348, restaram frustradas.

No dia seguinte, dia 24/02/2001, os Oficiais de Justiça, Srs. José Antônio Pinto Pereira e Luis Carlos Silva, retornaram ao Posto de Fiscalização da Receita Federal no Porto de Itaquí e, por volta de 9:40 não con-

seguiram intimar o impetrado. Diante desse fato, providenciaram, conforme registrado na certidão de fls. 350/351, junto ao MM. Juiz Federal de Plantão, ora relator desta apelação, ofício dirigido ao Superintendente da Polícia Federal no Maranhão, requerendo força policial para cumprimento do mandado de intimação. Tal desiderato somente foi alcançado por volta das 17:00 horas e incontinentemente liberadas as mercadorias, operação que foi concluída por volta das 1:10 horas do dia 25/02/2001.

Inconformada com a sentença, a Fazenda Nacional apela a sustentar a legalidade da IN SRF 172/1999, ratificada pela IN SRF 93/2000, sob a alegação de que tais normas complementares, ao estabelecer quais mercadorias se enquadram no inciso XIX do art. 105 do Decreto-Lei 37/1966 (mercadoria estrangeira atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou ordem públicas), estão tão-somente a preencher lacuna nele existente.

De outro lado, sustenta a ilegalidade da atividade das máquinas eletrônicas programadas, sob o argumento de que visam à exploração de jogo de azar, o que é proibido em todo o território nacional (Decreto-Lei 3.688/1941 e Lei 9.615/1998).

Diante da concessão da suspensão de segurança a permitir a apreensão das mercadorias, o Ministério Público Federal requereu, em 14/03/2001, a intimação da impetrante para apresentar todas as máquinas liberadas, sob pena de desobediência a ordem judicial (fls. 362), além de que seja deferida a busca e apreensão pelo mesmo modo que foi feita a liberação da mercadoria, através de oficial e justiça e força policial.

Em 15/02/2001, o juiz a *quo* deferiu em parte o pedido para determinar a intimação da impetrante para apresentar as mercadorias liberadas.

Às fls. 369/370, a impetrante informa que não mais possui as mercadorias, vez que foram transferidas para a empresa Naintim Comercial Ltda. Junta cópias de notas fiscais de venda, emitidas dia 26/02/2001.

Em 18/04/2001, o juiz a *quo* deferiu pedido da Fazenda Nacional para determinar a intimação da impetrante para, no prazo de 15 dias, reapresentar as mercadorias (fl. 390).

Petição da impetrante, juntada às fls. 391/393, reafirmando ser impossível a exibição das mercadorias importadas e liberadas pelo mandamus.

Contra-razões às fls. 410/436.

Por decisão de fls. 440, o Juiz Federal sentenciante deferiu pedido formulado pelo Ministério Público Federal para expedição de mandado de busca e apreensão com auxílio de força policial.

Em cumprimento ao aludido mandado, foram apreendidas 64 (sessenta e quatro) máquinas caça-níqueis (fls. 459) das 5.760 unidades liberadas por este mandado de segurança (fl. 446).

Por despacho de fls. 462, foi determinada a extração das principais peças para formação de processo avulso para continuação da busca e apreensão das demais máquinas, com a remessa dos autos principais a esta Corte.

Ouvido, o MPF requereu a extração de cópias das notas fiscais de fls. 465/473 para remessa a Delegacia da Receita Federal e a Delegacia da Polícia Federal para as devidas providências e apurações (fl. 475 verso).

Nesta Corte, o MPF, às fls. 481/487, opinou pelo provimento do recurso para denegar a segurança e prejudicar a remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Discute-se nesta ação acerca da constitucionalidade e legalidade da IN SRF 93/2000, retificadora da IN SRF 172/1999, que prevê a apreensão de máquinas eletrônicas, denominadas caça-níqueis, para fins de perdimento de bens.

Penso assistir razão à apelante.

O juízo *a quo*, ao conceder a segurança, partiu, *data venia*, de premissa equivocada ao afirmar que as máquinas caça-níqueis não constituem modalidade de jogo de azar.

Em que pese abalizadas opiniões doutrinárias em sentido contrário, penso que as máquinas eletrônicas programadas (caça-níqueis), aqui importadas, são

efetivamente “autênticos jogos de azar” (SS 1814/MG, STF).

Transcrevo, em reforço a esse entendimento, elucidativo trecho de apelação assinada pelo i. Procurador da República Nicolao Dino de Castro e Costa Neto nos autos da AMS 2000.37.00.001466-5/MA, *in verbis*:

De outra parte, equivocou-se a sentença de fls., no tocante ao enquadramento da (sic) máquinas caça-níqueis, indubitavelmente *jogos eletrônicos de azar*, eis que o eventual êxito do apostador independe de qualquer habilidade motora, havendo probabilidade de sucesso, ou não.

A propósito da expressão *jogos de azar* (de al zahar – palavra árabe para dados), destaque-se a observação de Peter L. Bernstein:

“Os jogos de azar devem ser distinguidos daqueles em que a habilidade faz diferença. Os princípios em ação na roleta, no jogo de dados e nas máquinas caça-níqueis são idênticos, mas explicam apenas parcialmente o que está envolvido no pôquer, na aposta em cavalos e no gamão. Com um grupo de jogos, o resultado é determinado pelo destino; com o outro grupo, entra em jogo a escolha. A vantagem — a probabilidade de ganhar — é tudo o que você precisa saber para apostar em um jogo de azar, mas você precisa de muito mais informações para prever quem vencerá ou perderá, quando o resultado depende da habilidade, além da sorte. Existem jogadores de cartas e apostadores em cavalos que são verdadeiros profissionais, mas ninguém faz do jogo de dados uma profissão bem-sucedida.”²

² Bernstein, Peter L. Desafio aos deuses: a fascinante história do risco. Rio de Janeiro: Campus, 1997, pág. 14

Ora, a regra no ordenamento jurídico pátrio é a proibição do jogo (Decreto-Lei 3.688/1941). A sua existência somente se admite, por exceção, se decorrente de lei.

A indigitada IN SRF 93/2000, como se vê de sua leitura, tem fundamento de validade no disposto no art. 50 do Decreto-Lei 3.688/1941, no inciso XIX do art. 105 do Decreto-Lei 37/1966, no inciso IV e no parágrafo único do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, na Lei 9.615/1998 e no art. 1º do Decreto 3.214/1999.

Impende transcrever, por oportuno, o disposto na Lei 9.615/1998, no que importa:

Art. 73. É proibida a instalação de qualquer tipo de máquinas de jogo de azar ou de diversões eletrônicas nas salas de bingo.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha. Ausente, eventualmente, a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso.

Art. 74. Nenhuma outra modalidade de jogo ou similar, que não seja o bingo permanente ou o eventual, poderá ser autorizada com base nesta Lei.

Dúvidas não restam, portanto, que, a partir dessa lei, a instalação de jogos de azar ou de diversões eletrônicas e qualquer outra modalidade de jogo ou similar é proibida no território nacional.

Afasto, inclusive, a tese de que seria lícita a instalação de máquinas de azar (caça-níqueis) fora das salas de bingo por dois argumentos. O primeiro porque a Lei de Contravenções Penais, como regra geral, em seu art. 50, proíbe o jogo de azar. O segundo porque a Lei 9.615/1998 foi revogada, a partir de 31/12/2001, pela Lei 9.981/2000.

O jogo de azar, portanto, é proibido em qualquer lugar do território nacional.

Não convence, também, o argumento de que a aplicação da IN SRF 93/2000 ao presente caso fere ao jurídico perfeito porque a referida instrução é posterior à efetiva importação, ocorrida em 21/08/2000. É que a IN SRF 93/2000 apenas ratificou a IN SRF 172 de 30/12/1999. Não fora isso, “a licença para importação foi expedida sob a tutela jurisdicional de mandado de segurança impetrado na 29ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro” (fl. 159), cuja remessa de ofício ainda está pendente de julgamento no TRF 2ª Região.

De outro lado, igualmente não prospera o argumento de que o Decreto-Lei 37/1966 não foi recepcionado pela Constituição. A pena de perdimento de bens está constitucionalmente prevista no art. 5º, inciso XLVI, letra b (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) perda de bens”) e inciso LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, já decidiu esta 8ª Turma:

Tributário. Mandado de segurança. Importação irregular. Processo administrativo regulamente instaurado. Veículo adquirido de particular. Empresa importadora boa-fé não evidenciada. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

1. A pena de perdimento de bens, prevista para os casos de importação irregular de mercadorias, está prevista no art. 105, X, do DL 37/1966, c/c o art. 23, IV, do DL 1455/1976, sendo sua previsão, perfeitamente constitucional, nos termos do art. 5º, inciso XLVI, letra b, da Constituição Federal.

2. A instauração de procedimento administrativo investigatório, pela Receita Federal, ao verificar indícios de irregularidades na aquisição de mercadoria importada, consubstancia atividade regular e natural da Administração Tributária.

3. É legal, nos termos do Decreto 83.937/1979 que regulamentou o Decreto-Lei 200/1967, a delegação de competência feita pelo Ministro do Estado da Fazenda às autoridades fazendárias para a aplicação da pena de perdimento em processo administrativo.

4. O apelante não logrou juntar aos autos qualquer comprovante da alegada operação comercial intermediada por empresa importadora, ou seja, a nota fiscal ou qualquer outro documento igualmente idôneo, que atestasse sua boa-fé na aquisição do veículo.

5. Para afastar a pena de perdimento em regular processo administrativo, é mister que essa afirmação seja elidida mediante prova idônea (CPC, arts. 332 e 333, I) o que reclama dilação probatória, a qual é incompatível com o rito procedimental do mandado de segurança.

6. Apelação improvida. (AMS 2000.34.00.008706-0/DF, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, DJ de 03/12/2004, p.165) destaqui.

Da mesma forma, não se sustenta a alegação de ofensa aos princípios constitucionais da livre iniciativa, da legalidade, da segurança jurídica, do direito de propriedade e de “grave ingerência em uma atividade econômica que não se apresenta às margens da lei”. Tal ofensa e ingerência somente poderiam existir se fosse lícita a entrada no país de máquinas de jogos de azar. Os princípios constitucionais não se prestam, a toda evidência, a proteger atividades ilícitas.

Afasto, ainda, a alegação de que a importação das máquinas caça-níqueis é permitida por tratado internacional assinado pelo Brasil. A existência de classificação de tais máquinas em Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM e em Tarifa Externa do Mercado Comum – TEC, com matriz no Tratado de Assunção (Acordo Mercosul), não afasta a ilicitude de ditas mercadorias, vez que tais normas não se sobrepõem às normas político-administrativo-penais dos Estados Nacionais signatários.

Por fim, em reforço a tese aqui defendida, trago à colação decisão do e. Des. Federal Tourinho Neto, proferida no exercício da Presidência desta Corte na SS 2001.01.00.013024-3/MA, confirmada por sua Cor-

te Especial no julgamento de agravo regimental dela interposto:

Vistos etc.

1. O Ministério Público Federal, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348, de 26/06/1964, e no art. (sic) 8.437, de 30/06/1992, requer a suspensão dos efeitos da segurança concedida pelo MM Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, José Carlos do Vale Madeira, nos autos do Mandado de Segurança 2000.37.00.007156-0, impetrado por M.H. Ferreira Empreendimentos Ltda. contra ato do Inspetor da Receita Federal no Porto de Itaqui, com o objetivo de liberar máquinas eletrônicas programadas, adquiridas no exterior, apreendidas por força do art. 1º da Instrução Normativa 93, de 2000, do Secretário da Receita Federal, por não constituírem jogo de azar.

Alega o requerente que as máquinas eletrônicas programadas são instrumentos para a exploração de jogo de azar, cuja prática é ilícita, estando proibida em todo o território nacional, nos termos do art. 73 da Lei 9.615, de 24/03/1998.

Sustenta, assim, que “a liberação da importação das máquinas de caça-níqueis atenta contra a moralidade administrativa, a ordem pública, e a ordem jurídico-penal, possibilitando o desenvolvimento de atividades completamente à margem do controle estatal e em detrimento da economia de milhares de crianças, jovens, desempregados e incautos que aventuram a sorte diante de tais máquinas”.

2. Decido:

Em primeiro lugar, o art. 73 da Lei 9.615, de 24/03/1998, dispõe que:

É proibida a instalação de qualquer tipo de máquinas de jogo de azar ou de diversões eletrônicas nas salas de bingo.

E o art. 74 da mesma lei explica que:

Nenhuma outra modalidade de jogo ou similar, que não seja o bingo permanente ou o eventual, poderá ser autorizada com base nesta Lei.

É verdade que o Decreto 2.574, de 29/04/1998, com o propósito de regulamentar a Lei 9.615, de 1988, dispôs, no art. 74, § 2º, que:

Somente serão permitidas a instalação e a operação em salas próprias de máquinas eletrônicas programadas, única e exclusivamente, para a exploração do jogo de bingo, nos termos do parágrafo anterior.

Mas tal dispositivo foi expressamente revogado pelo Decreto 3.214, de 21/10/1999, nestes termos:

Art. 1º Fica revogado o § 2º do art. 74 do Decreto 2.574, de 29/04/1998.

Assim, a portaria do Indesp que dispunha de modo contrário, como a de número 23 de 1999, que substituiu a de número 104, de 1998, caiu. A final, o Indesp baixou a Portaria 52, de 28/10/1999, cassando os certificados expedidos para utilização das máquinas eletrônicas programadas. E a Receita Federal, pela Instrução Normativa 172, de 30/12/1999, ratificada pela de número 93, de 29/09/2000, determinou a apreensão para fins de aplicação da pena de perdimento das “máquinas de videopôquer, videobingo, caça-níqueis, bem assim quaisquer outras máquinas eletrônicas programadas para exploração de jogos de azar”.

Tenha-se, ainda, que a Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei 3.688, de 03/10/1941, considera infração penal, contravenção, em seu art. 50, “estabelecer ou explorar jogo se azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele”. E no § 3º desse artigo diz o que deve ser considerado jogo de azar: “o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte”.

Ora, se o jogo de azar está proibido em todo o território nacional, a decisão que permite que sejam liberadas as máquinas eletrônicas — vulgarmente chamadas, inteligentemente, pelo povo de caça-níqueis — atenta contra a ordem pública. Fere, como disse o Presidente do Supremo Tribunal Federal, na SS 1.814-1/MG, o princípio da moralidade administrativa (Constituição Federal, art. 37, *caput*). Destaquei

Concluo, na mesma linha de raciocínio presente na decisão acima transcrita, que, se o jogo de azar está proibido em todo o território nacional, a mercadoria estrangeira destinada a tal fim (máquina caça-níqueis) é atentatória à moral e à ordem pública, sendo perfeitamente legal o ato que apreende tais mercadorias para fins de aplicação da pena de perdimento, obedecidos, evidentemente, o devido processo legal (art. 105, XIX, do DL 37/1966).

Destarte, reputo ausente qualquer vício de ilegalidade e de inconstitucionalidade a IN SRF 93/2000.

Por fim, registro, para minha surpresa, que conquanto meu nome conste nos autos como tendo autorizado o Diretor de Secretária da Vara, de ordem, a requisitar força policial (ofício de fls. 345), na condição de juiz de plantão, para o cumprimento de mandado de intimação, tal fato não é verdadeiro. Fui durante 17 anos Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do

Maranhão e, na raras vezes que requisitei força pública, o fiz diretamente, sem a intermediação de Diretor de Secretaria.

A surpresa é maior ainda quando o dia da requisição (24/02/2001) é um sábado de carnaval. Como juiz de plantão, nem fui consultado pelo Diretor de Secretaria da 5ª Vara e tampouco o autorizei nessa data a requisitar força policial ao Departamento de Polícia Federal para o cumprimento da referida ordem judicial.

Tal conduta caracteriza falta disciplinar que, entretanto, deixo de determinar-lhe a apuração por já haver decorrido o prazo de prescrição previsto no artigo 142 da Lei 8.112/1990.

Ante ao exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial para denegar a segurança.

Sem honorários.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: — Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência sem a necessidade de qualquer digressão a respeito do tema, que foi explorado muito bem.

Suspensão de Segurança

2007.01.00.026143-0/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Presidente Assusete Magalhães
Decisão: 10/07/2007
Publicação: DJ 2 de 20/07/2007

Decisão

Trata-se de pedido de suspensão de segurança requerida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, objetivando sustar os efeitos da antecipação de tutela concedida, na sentença, pela MM. Juíza Federal Lana Lígia Galati, da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, nos autos da Ação Ordinária 2004.38.03.007382-7, nos seguintes Termos:

(omissis)

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para condenar o INSS ao pagamento das prestações vencidas relativas à aposentadoria por invalidez do segurado Geraldo Padilha Teixeira, desde 30/04/2004, até a data do seu falecimento, em 25/12/2005 (fl. 80), acrescidas de juros a contar da citação, à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, por se tratar de verba alimentar, e correção monetária, pelos índices praticados pela Justiça Federal, a partir da data em que cada parcela se tornou efetiva.

A título de parcelas atrasadas é devido, portanto, segundo os parâmetros acima delineados, o montante de R\$ 6.382,82 (seis mil, trezentos e oitenta e dois reais e oitenta e dois centavos) em favor de cada sucessor (Nilza Maria Xavier e Bruno Geraldo Teixeira), atualizado até maio de 2007, conforme cálculos da contadoria do juízo às fls. 113/115.

No caso, não há parcelas atingidas pela prescrição.

Presentes a verossimilhança da alegação e o periculum in mora, tendo em vista que os sucessores do de cujos não têm renda própria, cuidando-se de pessoa do lar e de filho menor de idade, concedo a antecipação de tutela de prestações vencidas, no prazo de dez dias, a contar da intimação desta decisão.

(omissis). (Fls. 129/133.)

O requerente alega, em síntese, que “a economia pública e a ordem financeira estão em risco caso não seja coibido o precedente que começa a se formar” (fls. 4), pois a antecipação de tutela ofende o disposto no art. 100 da CF/88; que a jurisprudência segue no sentido de ser impossível a antecipação de tutela para o pagamento de valores em atraso, reconhecidos judicialmente em desfavor da Fazenda Pública; que a decisão ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa; que há perigo de dano irreparável, pois o “*alto valor*” (R\$ 12.765,64) dificilmente será recuperado em caso de reversão da sentença de primeiro grau.

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 4.348/1964, ou seja, se a decisão impugnada carrega em si potencial lesividade aos valores sociais protegidos pela medida de contracautela ora pleiteada, escapam da atribuição da Presidência do Tribunal poderes para perquirir ou corrigir possível erro no julgamento de fatos e de direito. É possível analisar de modo superficial o mérito da decisão, tão-somente para associá-lo ao fundamento jurídico do pedido.

Afastada tal possibilidade, a análise do pedido de suspensão de segurança deve limitar-se, sempre que possível, à possibilidade de a sentença, ao ser executada, resultar em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Questões processuais e de mérito deverão ser discutidas na via recursal própria, para que se não transforme a suspensão de segurança em mais um entre tantos recursos cabíveis.

Na hipótese, o requerente pretende, por esta excepcionalíssima medida de contracautela, rever a decisão que lhe foi desfavorável, pois só trouxe aos autos argumentos que dizem respeito à questão de fundo, insuscetíveis de apreciação nesta via jurídico-processual, uma vez que a suspensão de segurança não constitui forma prematura de revisão do mérito da questão, segundo assinalou o Desembargador Federal Tourinho Neto ao decidir a Suspensão de Segurança 2002.01.00.013548-6/BA, *verbis*:

3. Não é ocioso relembrar que neste provimento de contracautela, em homenagem à própria excepcionalidade de que se reveste a medida — e para que não se vulgarize tão nobre instituto —, urge que, entre aqueles que pedem e os que outorgam esta específica tutela jurisdicional, forme-se a consciência de que, com sua finalidade e contornos claramente definidos, a extraordinária providência se realiza mediante a atuação limitada do art. 4º da Lei 8.437/1992, que só protege aqueles valores fundamentais nele elencados (SSAgRg 90.01.15260-0/DF, Juiz Vieira da Silva, *DJ* de 11/03/1991). Não constitui, assim, a suspensão de segurança forma de antecipação do pronunciamento da Corte ad quem quanto ao mérito do recurso cabível. Se a decisão impugnada dirimiu com acerto, ou não, a controvérsia, não é matéria a ser apreciada em pedido de suspensão de segurança (SS 277-5-DF, Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 05/02/1990, Seção I, pág. 431).

Nesse diapasão, não se pode querer transformar o pedido de suspensão de segurança em verdadeiro sucedâneo de impugnação recursal contra decisões desfavoráveis aos interesses da parte. Não comporta aqui, repita-se, a possibilidade de se estender o conhecimento de temas não enumerados *numerus clausus* no art. 4º da Lei 4.348/1964 e no art. 4º da Lei 8.437/1992, sob pena de acarretar em inaceitável antecipação do julgamento final.

A requerente não comprova, de forma concreta e objetiva, a lesão que alega. A execução da antecipação dos efeitos da tutela concedida da sentença não acarreta impacto financeiro relevante à economia pública. Além disso, a suspensão da decisão pode ocasionar severa inversão de risco, por tratar-se de verba eminentemente alimentar, da qual dependem os sucessores do impetrante, falecido no curso do processo principal.

Pelo exposto, indefiro o pedido.

Intimem-se. Publique-se.

Brasília, 10 de julho de 2007.

Suspensão de Segurança

2007.01.00.023690-0/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Presidente Assusete Magalhães

Decisão: 13/07/2007

Publicação: DJ 2 de 20/07/2007

Decisão

Trata-se de suspensão de segurança requerida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/1964, para sustar os efeitos da sentença proferida pela MM. Juíza Federal Substituta Natália Floripes Diniz, da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos do Mandado de Segurança 2005.34.00.018183-7, nos seguintes termos (fls. 21/27):

(omissis)

I – Reconheço a ilegitimidade passiva do Secretário da Receita Federal e julgo extinto o processo sem análise do mérito em relação a ele, nos moldes do art. 267, VI, do CPC.

II – Concedo a segurança para determinar que o Coordenador-Geral de Gestão de Pessoal da Receita Federal se abstenha de promover qualquer desconto a título de contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço constitucional) percebido por seus substituídos do sindicato impetrante.

A União alega, em síntese, grave lesão à ordem jurídica, porquanto a decisão beneficia filiados residentes em unidades da federação diversas do órgão prolator da decisão, contrariando o disposto no art. 2º-A da Lei 9.494/1997; que a decisão olvida o princípio da solidariedade, que resguarda as gerações atuais e futuras de eventual estado de pobreza; que o TRF 1ª Região tratou da matéria em inúmeros julgados, decidindo no sentido da legalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre o adicional de um terço de férias; que a sentença afronta a Lei 10.887/2004 e o art. 40 da Constituição Federal; que a manutenção da contribuição dos servidores sobre o terço constitucional é imprescindível, sem a qual estará em risco a própria existência do sistema previdenciário; que o impacto financeiro, apenas sobre uma das carreiras da Administração Pública Federal é da ordem de R\$ 607.464,94 (seiscentos e sete mil, quatrocentos e sessenta e quatro mil e noventa e quatro centavos), segundo o Ofício/Cogep/RFB 263, de 05/07/2007; que o impacto financeiro, com a possibilidade de multiplicação de ações com idêntico objetivo, poderá agravar ainda mais a precária situação do sistema previdenciário brasileiro; que a resistência à execução provisória da segurança concedida reveste-se de relevante plausibilidade jurídica; que o cumprimento da decisão poderá acarretar grave lesão à economia pública, por comprometer a sanidade financeira do regime de previdência dos servidores públicos da União (fls. 2/18).

Remetidos os autos ao Ministério Público Federal, o parecer, da lavra do eminente Procurador-Regional da República Osnir Belice, foi pelo deferimento do pedido de suspensão de segurança.

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 8.437/1992, ou seja, se a decisão impugnada carrega em si potencial lesividade aos valores sociais protegidos pela medida de contracautela ora pleiteada, escapam da atribuição da Presidência do Tribunal poderes para perquirir ou corrigir possível erro no julgamento de fatos e de direito. É possível analisar de modo superficial o mérito da decisão, tão-somente para associá-lo ao fundamento jurídico do pedido.

Afastada tal possibilidade, a análise do pedido de suspensão de segurança deve limitar-se, sempre que possível, à possibilidade de a sentença, ao ser executada, resultar em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Questões processuais e de mérito deverão ser discutidas na via recursal própria, para que se não transforme a suspensão de segurança em mais um entre tantos recursos cabíveis.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em diversas ocasiões, segundo se vê do trecho da decisão proferida na Suspensão de Segurança 001747 pelo Ministro Barros Monteiro, Presidente daquela Corte:

(...)

2. Preliminarmente, examino a competência da Presidência deste Tribunal para apreciação do pedido.

Em decisão lançada na *SS* 2.918/SP (*DJ* de 25/05/2006), a Exma. Sra. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, ao examinar a matéria de natureza competencial, evocou o seguinte precedente da Suprema Corte:

para a determinação de competência do Tribunal, o que se tem de levar em conta, até segunda ordem, é — segundo se extrai, *mutatis mutandis*, do art. 25 da Lei 8.038/1990 — o fundamento da impetração; se este é de hierarquia infraconstitucional, presume-se que, da procedência do pedido, não surgirá questão constitucional de modo a propiciar recurso extraordinário” (RCL 543, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, *DJ* 29/09/1995).

In casu, a impetração versa questão jurídica no plano eminentemente infraconstitucional, concernente sobretudo a eficácia das denominadas “obrigações acessórias” perante a isenção do ICMS prevista em lei federal.

Assim, entendo pela competência da Presidência deste Superior Tribunal de Justiça para exame do pedido de suspensão.

Passo, então, à análise da controvérsia.

Não se acham presentes os pressupostos específicos para o deferimento do pedido.

No presente caso, o argumento trazido pelo requerente para justificar o pedido de suspensão consubstancia-se na legalidade do Decreto Estadual 11.803/05, que regulamentou as operações relativas à circulação de mercadorias, que, todavia, diz respeito à questão de fundo, insuscetível de apreciação nesta sede. O mesmo se pode dizer com relação às alegações de ausência de direito líquido e certo da impetrante, ilegitimidade passiva e inadequação da via eleita, que também se referem ao *mérito* da controvérsia.

O Estado pode se socorrer dos meios *processuais* disponíveis para atacar os fundamentos da decisão que entende equivocados, nas vias ordinárias, não podendo esta medida extrema ser utilizada como sucedâneo recursal, conforme orientação desta Presidência, anotada nas Suspensões de Segurança 847/ES, 866/MG, 773/PB, 247/AM, 239/SP, 917/PE, 955/PI, dentre outras.

(*omissis*). (*In DJ* de 06/06/2007 – grifos nossos.)

Na hipótese dos autos, não obstante a plausibilidade jurídica favorável à ora requerente, não vejo como a execução da decisão poderá causar a lesão grave apta ao deferimento da medida extrema ora pleiteada. Com efeito, o valor mencionado pela requerente (R\$ 607.464,97) refere-se ao montante anual que deixa de recolher por força da sentença proferida e representa, mensalmente, o valor de R\$ 50.622,08, como se vê do citado ofício (fls. 46). Tal valor não tem o condão de gerar impacto financeiro suficiente para acarretar a grave lesão à economia ou à ordem pública.

Ademais, a Fazenda Pública possui mecanismos legais para reaver os valores que porventura deixem de ser recolhidos por força do ato judicial (arts. 46 e 47 da Lei 8.112/1990).

Nesse sentido o seguinte precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

Suspensão de tutela antecipada. Contribuição previdenciária. Lesão à economia pública. Ausência de efeito multiplicador. Agravo regimental improvido.

1. Para a concessão da suspensão de tutela antecipada, faz-se imprescindível lesão ao menos a um dos bens tutelados pela norma de regência, a saber: ordem, saúde, economia ou seguranças públicas.

2. Pedido de suspensão formulado contra a antecipação de tutela concedida em favor de servidores públicos federais, para pleitear o desconto da contribuição previdenciária incidente sobre a parcela de suas remunerações referentes aos cargos comissionados por eles exercidos.

3. A possibilidade, por parte da agravante, de descontar os valores questionados diretamente dos contracheques dos agravados, por si só, elimina o alegado efeito multiplicador de demandas.

5. Ausentes os pressupostos autorizadores da medida, nega-se provimento ao recurso. (AgRg na Suspensão de Segurança 27/SC, Relator Ministro Nilson Naves, *in DJ* de 28/06/2004, p. 174).

Naquela oportunidade, asseverou o Excelentíssimo Senhor Ministro Nilson Naves, em seu voto condutor:

Não merecem prosperar as alegações da agravante, porquanto os argumentos trazidos pela União não infirmam os fundamentos lançados na decisão agravada.

Conforme asseverei naquela oportunidade, a excepcional medida eleita só tem espaço quando demonstrada, cabalmente, grave afronta, ao menos, a um dos valores tutelados, a saber: ordem, saúde, segurança e economia públicas (art. 4º da Lei 8.437/1992).

No caso, encontram-se ausentes os pressupostos autorizadores do pedido, uma vez que os servidores continuarão contribuindo, embora com uma parcela inferior — incidente tão-só nos vencimentos do cargo efetivo que ocupam — à que vinha sendo descontada de suas remunerações, o que, por si só, afasta o risco de inviabilização do sistema previdenciário.

Cumpra observar que, mesmo ocorrendo o efeito multiplicador de ações idênticas, não merece prosperar o receio da requerente, pois, em se tratando de servidores públicos, o erário terá como descontar os valores questionados diretamente de seus contracheques.

Dessa forma, não obstante os relevantes argumentos despendidos, é recomendável aguardar que a lide seja resolvida nas vias ordinárias. Confira-se: “A estreita e excepcional via de suspensão não se presta a sucedâneo recursal ordinário” (AgRg na Pet. 1.317, *DJ* de 12/12/2002).

Por fim, na excepcional via, não há falar em lesão à ordem jurídica com base na alegação de ofensa a normas constitucionais e infraconstitucionais, cujo resguardo acha-se assegurado nas vias ordinárias, dispondo a agravante de meios processuais que lhe possibilitam combater o *error in procedendo* e o *error in iudicando*, já que a Presidência não pode erigir-se em instância revisora.

Com efeito, evidencia-se a nítida pretensão da agravante de utilizar a excepcional medida como sucedâneo recursal para modificar decisão que lhe é desfavorável, o que é inadmissível consoante orientação desta Presidência, inter pluris, nas Suspensões de Segurança 605/BA, 626/PB, 643/AC, 773/PB, 815/DF, 821/RJ, 905/RN, 909/AM, 917/PE, 924/RJ, 945/MG, 949/PA, 955/PI, 957/MS, 959/RJ, 960/AC e 970/RN e na Pet 1.622/PR.

Em razão do exposto, ausentes os pressupostos autorizadores do deferimento da drástica medida, nego provimento ao agravo.

As razões expostas no voto supratranscrito, como se verifica, são perfeitamente aplicáveis ao caso ora em exame, posto que, além de tratar, também, de desconto de contribuição previdenciária sobre parcela de remuneração de servidor público, a requerente não se desincumbiu de comprovar que a execução da decisão poderá acarretar *lesão grave* aos bens tutelados pelo art. 4º da Lei 4.348/1964.

Pelo exposto, indefiro o pedido ora formulado.

Intimem-se. Publique-se.

Após os trâmites legais, arquivem-se.

Brasília, 13 de julho de 2007.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.026694-7/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisão: 12/07/2007

Publicação: DJ 2 de 25/07/2007

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, pretende a agravante, Federação Brasileira de Hospitais, ver reformada a decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da ação pelo rito ordinário 2007.34.00.016890-7, indeferiu o pedido liminar que objetivava a exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins sobre o valor dos medicamentos utilizados na prestação dos serviços, pelo fato de já terem sido tributados no momento de sua aquisição, consoante dispõem os arts. 1º e 2º da Lei 10.147/2000.

Sustenta a agravante que não há, em nenhum momento da tese defendida na exordial, questionamentos acerca da constitucionalidade de qualquer norma.

Aduz que seu inconformismo decorre do impedimento realizado pela agravada de excluir os medicamentos utilizados pelas federadas da agravante na prestação de serviços da base de cálculo do PIS e da Cofins, importando em duplicidade de tributação, uma vez que o referido imposto já é recolhido pelo industrial ou importador, resultando em ofensa aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e de vedação ao confisco.

Sustenta, assim, a presença do *fumus boni juris* no fato de que a não-redução do valor dos medicamentos necessários à prestação de seus serviços da base de cálculo do PIS e da Cofins representa tributação em dobro.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para permitir que seus filiados possam excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins o valor dos medicamentos utilizados na prestação dos serviços, e, sendo concedida a medida liminar pleiteada, seja oficiada a União Federal para que se abstenha da prática de qualquer ato coativo contra os filiados da agravante em virtude do não-recolhimento das contribuições em tela relativamente aos medicamentos embutidos em suas notas fiscais de serviços.

Este agravo, protocolizado em 05/07/2007, veio-me concluso em 09/07/2007.

Decido.

Em razão do evidente *periculum in mora*, recebo o presente agravo como de instrumento.

Entendo que merecem amparo as alegações do agravante.

Em caso extremamente semelhante ao presente, proferi decisão confirmando os fundamentos expendidos pelo Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que, na interpretação teleológica do art. 1º da Lei 10.147/2000, afirmou:

A modalidade de recolhimento estipulada pela Lei 10.147/2000 para os medicamentos busca, nitidamente, um acréscimo da carga tributária no primeiro estágio da cadeia (industrialização e importação), desonerando as demais etapas através da tributação em alíquota zero. Aumenta-se a alíquota da fase inicial para compensar as fases subsequentes desoneradas. Dessa forma, diminui-se a longa cadeia do PIS e do Cofins (pois toda vez que houvesse faturamento — venda do produto — ocorreria o fato gerador) para um só momento, qual seja, a importação ou produção. (Agravo de Instrumento 2005.01.00.064590-8.)

O legislador, ao reduzir as etapas de tributação, para evitar o *bis in idem* das referidas contribuições, dispôs, no art. 2º da Lei 10.147/2000, que *são reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador.*

Compartilho do entendimento de que é irrelevante se a atividade dos representados da agravante — prestação de serviços — não está expressamente prevista no art. 2º da Lei 10.147/2000, uma vez que a redução da alíquota a zero para a venda de medicamento pelos hospitais se coaduna com os princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade.

Isto porque eles não se enquadram na condição de industriais ou importadores, estes sim, encarregados de recolher a contribuição do PIS e do Cofins aos cofres públicos, em razão da nova sistemática de recolhimento das contribuições introduzida pelo art. 1º da Lei 10.147/2000.

Vislumbro, também, a presença do *periculum in mora*, pelo simples fato de se estar retirando indevidamente dos filiados da federação agravante o capital necessário ao franco desempenho de suas atividades.

Nesse contexto, *defiro a antecipação da tutela recursal*, para suspender a inclusão dos valores dos medicamentos utilizados na prestação de serviços dos federados da agravante na base de cálculo do PIS e da Cofins, abstendo-se a União da prática de quaisquer atos coativos contra os filiados, em virtude do não-recolhimento dessas contribuições relativamente aos medicamentos embutidos em suas notas fiscais de serviços, até o julgamento final do agravo.

Comunique-se ao Juiz prolator da decisão agravada, para que determine o imediato cumprimento a esta decisão.

Cumpra-se o disposto no art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de julho de 2007.

Processo

2007.36.00.702773-6

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré
Recorrente: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT
Recorrido: Vitorino Dessunte
Publicação: DJ/MT de 06/07/2007

Ementa

Administrativo. Cumulação dos benefícios previstos nos arts. 62, § 2º, e 192 da Lei 8.112/1990. Possibilidade. Princípio do amplo acesso à justiça.

I – Não há nenhuma vedação legal à percepção simultânea do benefício denominado “quintos”, previsto no art. 62, § 2º, da Lei 8.112/1990, com o regime estabelecido no art. 192 do mesmo diploma.

II – Referida compreensão não se aplica àqueles que se aposentaram sob a égide das Leis 1.711/1952 e 6.732/1979, em razão de expressa vedação legal.

III – A Súmula vinculante 3 do STF assegura o contraditório e a ampla defesa em processos que tramitam perante o TCU, quando a decisão neles proferida resultar em prejuízo, caso dos autos. Vedar o questionamento judicial da dívida é fazer tábula rasa do direito fundamental à ação e do princípio do amplo acesso à Justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

IV – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJMT – 29/06/2007.

Juiz Federal *Paulo César Alves Sodré*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré: – Trata-se de recurso intentado pela Fundação Universidade Federal De Mato Grosso – UFMT em face de o Juízo do 1º Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso ter julgado procedente o pedido formulado por Vitorino Dessunte, condenando a ré a abster-se de cobrar valores pagos a título de acumulação dos quintos incorporados com a vantagem prevista no art. 192 da Lei 8.112/1990.

Aduz, em síntese, que: 1) a aposentadoria se concretiza não com sua publicação na Imprensa Oficial, mas sim com “o registro no Tribunal de Con-

tas da União.”; 2) o não chamamento do servidor ao processo, sendo que o acórdão do TCU dirigiu-se ao órgão de origem, não configura violação ao contraditório e à ampla defesa; 3) o autor poderia ter exercido o contraditório e ampla defesa no processo que tramitou no TCU, conforme lhe autoriza a Lei 8.443/1992; 4) incorreu decadência ou prescrição administrativa, pois tais institutos inaplicam-se no âmbito das ações do TCU; 5) a obrigação devida pelo recorrido origina-se de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, motivo pelo qual a mesma é líquida, certa e exigível, possuindo força de título executivo, nos termos do art. 71, § 3º, da Constituição Federal; 6) a devolução dos valores pagos indevidamente não ultrapassarão o percentual de 10% (dez por cento) da remuneração ou provento do servidor,

nos termos do art. 46, § 1º, da Lei 8.112/1990, com a redação dada pela MP 2.225/2001.

Em contra-razões, o recorrido argumentou que o STJ firmou entendimento sobre o tema, no sentido de que inexistente vedação legal à cumulação dos quintos/décimos com o regime estabelecido no art. 192 da Lei 8.112/1990, razão pela qual a sentença há de mantida *in totum*.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré: — I — O cerne da controvérsia reside na possibilidade de acumular quintos (art. 62) com a vantagem pecuniária estatuída pelo art. 192, ambos do Regimento Jurídico Único dos Servidores Civis Federais.

Assim dispunha a Lei 8.112/1990 (antes da vigência da Lei 9.527/1997) nos seguintes artigos:

Art. 62. Ao servidor investido em função de direção, chefia ou assessoramento é devida uma gratificação pelo seu exercício.

(...)

§ 2º A gratificação prevista neste artigo incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de 5 (cinco) quintos.

Art. 192. O servidor que contar tempo de serviço para a aposentadoria integral será aposentado:

I – com a remuneração da classe imediatamente superior àquela em que se encontrava posicionado;

II – quando ocupante da última classe da carreira, com a remuneração do padrão correspondente, acrescida da diferença entre esse e o padrão da classe imediatamente anterior.

Art. 193. O servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, por período de 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) anos interpolados poderá aposentar-se com a gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão, de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos.

§ 1º Quando o exercício da função ou cargo em comissão de maior valor não corresponder ao período de 2 (dois) anos, será incorporada a gra-

tificação ou remuneração da função ou cargo em comissão imediatamente inferior dentre os exercidos.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens previstas no art. 192, bem como a incorporação de que trata o art. 62, ressalvado o direito de opção.

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, verifica-se que o art. 62 trata da incorporação dos quintos por servidor que desempenhou, durante determinado período, funções de chefia ou assessoramento. Já o art. 192 diz respeito à possibilidade do servidor se aposentar com a remuneração do padrão da classe imediatamente superior, cujo requisito em nada se assemelha ao exercício daquelas funções.

O art. 193, por sua vez, dispunha sobre a incorporação da gratificação de direção, chefia ou assessoramento ou da remuneração em cargo em comissão, desde que exercidos por, no mínimo, 5 (cinco) anos ininterruptos ou 10 (dez) anos intercalados.

Observa-se, assim, que o disposto no § 2º do art. 193 não veda a percepção cumulativa da incorporação dos quintos (art. 62) com a aposentadoria com remuneração do padrão da classe imediatamente superior (art. 192).

O referido parágrafo impossibilita, tão-somente, a percepção cumulativa entre a vantagem do art. 193 com as dos arts. 62 e 192 da lei 8.112/1990, e não estas entre si.

Nesse sentido, trago à colação julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Administrativo. Servidor público estadual. Embargos declaratórios. Rejeição. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Aposentadoria. Vantagens. Cumulação. Possibilidade. Arts. 62, 192 e 193 da Lei 8.112/1990. Precedentes.

(...)

Conforme entendimento pacífico nesta Corte, o art. 193 não veda a acumulação da vantagem prevista no art. 62 da Lei 8.112/1990 (quintos), com a do art. 192 da mesma lei.

Recurso provido por ambas as alíneas.

(REsp 386.189/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 1804/2002)

Processual Civil. Administrativo. Servidor público. Aposentadoria. Incorporação de quintos (art. 62 da Lei 8.112/1990). Aposentadoria com re-

muneração correspondente à do padrão da classe imediatamente superior (art. 192 da Lei 8.112/1990). Acumulação das vantagens. Possibilidade.

1 – A Lei 8.112/1990 não contém qualquer regra proibitiva à percepção cumulativa da vantagem prevista no seu art. 62 — incorporação da gratificação referente ao exercício do cargo ou função de direção, chefia e assessoramento — com aquela contida no art. 192 do citado diploma legal - cálculo dos proventos com base na remuneração do padrão imediatamente superior.

2 – Recurso conhecido.

(REsp 235.955/RN, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 2006/2000.)

Administrativo. Servidor público. Aposentadoria. Proventos. Vantagens. Quintos. Acumulação.

A Lei 8.112/1990, que institui o regime jurídico único dos servidores públicos da União e de suas autarquias e fundações públicas, não contém qualquer regra proibitiva de percepção cumulativa da gratificação prevista no seu art. 62 - exercício de cargo ou função de direção, chefia ou assessoramento - com a vantagem contida no art. 192 do citado legal - cálculo dos proventos com base na remuneração do padrão imediatamente superior.

É regra de hermenêutica jurídica, consagrada na doutrina e na jurisprudência, a assertiva de que ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não distingue, sendo inconcebível interpretação restritiva em sede de direito de natureza social.

Recurso especial conhecido.

(REsp 194.217/PE, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJU de 02/03/1999.)

Destarte, impõe-se, o reconhecimento de legalidade na acumulação das vantagens previstas nos arts. 62 e 192 da Lei 8.112/1990.

Ressalte-se que, embora a Lei 8.112/1990 não contenha vedação à cumulação das vantagens estatuídas nos seus arts. 62 (incorporação, pelo servidor que desempenhou função de direção, chefia ou assessoramento, da respectiva gratificação) e 192 (aposentadoria com remuneração do padrão da classe superior), esse regime não se aplica aos servidores aposentados sob a égide das Leis 1.711/1952 e 6.732/1979, nas quais havia expressa proibição à percepção cumulativa dessas verbas. Da mesma forma, não fazem jus à referida acumulação os servidores aposentados após a vigência da Lei 9.527/1997, pois esta norma alterou a redação do art. 62, não mais prevendo a incorporação de quintos, e revogou o art. 192 da Lei 8.112/1990, com isso afastando

a possibilidade da percepção de proventos com base na remuneração do padrão imediatamente superior.

Em nenhuma das hipóteses acima, no entanto, se enquadra a parte autora, que se aposentou no ano de 1995 (fls. 54).

Há de ser afastada também a descabida alegação da recorrente no tocante à data da aposentadoria. Primeiro, porque a aposentação do servidor, conforme seu histórico funcional (fls. 54), deu-se a partir da publicação no Diário Oficial da União. Ademais, o regime jurídico aplicável ao servidor público civil – ou militar – que se aposenta é o da época em que este implementou todos os requisitos para a inatividade, e não a do “registro no TCU”. Nestes termos a Súmula 359 do STF:

Súmula 359/STF

Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

Portanto, a publicação do ato de aposentadoria no *Diário Oficial da União*, além de fixar a data da inativação, pressupõe – por óbvio – que o autor já implementou os requisitos necessários para aposentar-se.

II – Ademais, mesmo que se concluísse, na esfera judicial, pela legalidade da decisão da Administração de suprimir e descontar dos contracheques do recorrido a acumulação dita indevida, o fato é que a percepção pela parte autora deu-se de boa-fé.

Apesar de ser possível a reversão de decisão administrativa, há que se preservar a situação daquele servidor que, de boa-fé – entendida esta como ausência de conduta dolosa que tenha contribuído para a ocorrência do fato antijurídico – percebeu quantias a título de remuneração, posteriormente consideradas indevidas. Nestes casos, por tratarem-se de verbas de caráter alimentar, tais valores não são passíveis de reposição ao Erário, conforme entendimento firmando pela mais alta Corte de Justiça do país.

Eis, nesse sentido, os seguintes arestos:

Ementa: Constitucional. Administrativo. Servidor público. Remuneração: gratificação concedida com base na Lei 1.762/1986, art. 139, II, do Estado do Amazonas. Inconstitucionalidade frente à CF/1967, art. 102, § 2º. Efeitos do ato: sua manutenção.

I - A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser

mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé. No caso, os efeitos do ato, concedidos com base no princípio da boa-fé, viram-se convalidados pela CF/1988.

II - Negativa de trânsito ao RE do Estado do Amazonas. Agravo não provido.

(STF – Supremo Tribunal Federal, RE-AAG. REG. No Recurso extraordinário/AM, *DJU*: 23/09/2005, Relator: Ministro Carlos Velloso).

Agravo de instrumento. Administrativo. Reajuste de 26,05%. Concedido por decisão judicial. Verba alimentar recebida de boa-fé com respaldo em decisão judicial transitada em julgado. Impossibilidade da restituição.

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de ação ordinária, indeferiu a antecipação da tutela requerida para garantir ao autor/agravante o direito de não ter descontado dos seus vencimentos qualquer importância a título de reposição ao erário, referente ao reajuste de 26,05% que lhe fora assegurado por força de decisão judicial transitada em julgada, posteriormente desconstituída em ação rescisória.

2. “Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, ‘indevida a devolução de vencimentos de servidor público não só quando percebidos por força de decisão em mandado de segurança como em decorrência de execução em ação ordinária’, uma vez que ‘vencimentos e salários têm privilégio de verba destinada a alimentos, não devendo impor-se a sua restituição’.

(RESXs 88.110/DF e 80.913/RS).” (TRF 1ª Região, AMS 517866/MT, Rel. Juiz Catão Alves, julg. em 23/11/1999, publ. *DJU* de 25/09/2000, pág. 14). No mesmo sentido: (TRF 5ª Região, AMS 65.829/PE, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (convocado), *DJU* de 04/12/2002); (TRF 5ª R. - AGTR 47215 - (2003.05.00.000278-4) - CE - 3ª T. - Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano - *DJU* 20/11/2003 - p. 620); (TRF 5ª R. - AI 49075 - (2003.05.00.010501) - CE - 2ª T. - Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima - *DJU* 29/08/2003 - p. 742); (TRF 5ª R. - AMS 80693 - (2001.82.00.008658-9) - PB - 4ª T. - Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel - *DJU* 20/10/2003 - p. 462); (TRF 4ª R. - AR 2002.04.01.055592-1 - RS - 3ª S. - Rel. Des. Federal Celso Kipper - *DOU* 21/07/2004 - p. 588); (TRF 2ª Região, AMS 43671/ES, Rel. Des. Federal Regina Coeli M. C. Peixoto, julg. em 17/12/2002, publ. *DJU* de 14/05/2003, pág. 64).

3. Constada a presença do outro requisito a ensejar a concessão da medida pleiteada, ante a evidência de que com a demora na concessão da tutela judicial em favor dos agravantes poderá causar-lhes prejuízos de difícil reparação, privado que estariam

das verbas referentes aos descontos impugnados, que de resto, consubstanciam-se em parte considerável dos seus vencimentos.

Portanto, presentes os pressupostos legais que possibilitam o provimento do presente recurso.

4. Agravo de instrumento provido.

(Tribunal - Quinta Região, AG - 47710/CE, Primeira Turma, Decisão: 25/11/2004, *DJ* - Data: 18/01/2005 - Página: 349 - Nº: 12, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante).

Administrativo. Servidor público. Anuênio. Cálculo realizado pela administração de forma equivocada. Valores recebidos de boa-fé pelo servidor.

– Os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, são insuscetíveis de restituição. Inaplicabilidade do art. 46 da Lei 8.112/1990.

– É incompatível com o instituto da repetição o caráter alimentar de que se revestem os salários e vencimentos, eis que se destinam ao consumo e sobrevivência dos que o recebem. Precedentes desta Corte (EDMSPL 74.908/PE, j. em 31/03/2004, *DJ* em 28/04/2004).

– Apelação provida.

(Tribunal - Quinta Região, AMS - 87610/PB, Primeira Turma, Decisão: 02/12/2004, *DJ* - Data: 01/02/2005 - Página: 345 - Nº: 22 Des. Federal Francisco Wildo).

Recurso especial. Administrativo. Servidor público. Valores indevidamente recebidos por força de liminar. Desconto em folha. Possibilidade. Ausência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela administração pública. Recurso especial provido.

1. Prevalecia neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que os valores indevidamente recebidos, ainda que de boa-fé, por servidores públicos sujeitam-se à repetição, observado o limite máximo de dez por cento da remuneração.

2. Recentemente, entretanto, no julgamento do Resp 488.905, de relatoria do ilustre Ministro José Arnaldo da Fonseca, a Egrégia Quinta Turma firmou entendimento no sentido de que não será cabível a restituição de valores se estes foram recebidos de boa-fé e se houve errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública.

3. Não obstante, impende ter sob mira que, na hipótese dos autos, “o pagamento indevido não foi resultado da interpretação equivocada da Lei pela Administração, mas sim de decisão judicial de caráter liminar que compeliu a União a efetuar o pagamento, sob pena de desobediência” (fl. 599). Dessa forma, verifica-se a ausência do requisito de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela

Administração Pública, não podendo esta ser onerada por ato do próprio servidor.

4. O desconto em folha dos valores indevidamente recebidos por força de decisão liminar é cabível, desde que observado o princípio do contraditório e respeitado o limite máximo de um décimo sobre a remuneração, nos termos do art. 46 da Lei 8.112/1990.

5. Recurso especial provido.

(STJ, RESP 651081/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.06.2005)

III – A propósito, cabe menção à Súmula Vinculante 3 do Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte:

Nos processos perante o tribunal de contas da União *asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado*, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

(Destaquei.)

Na hipótese dos autos, que não se refere a exame de legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, somente *no ano de 2004* o recorrido recebeu “notificação” (Ofício circular 004/2004, de 08/07/2004 - fls. 12) para repor ao erário a importância de R\$ 6.315,23 (seis mil, trezentos e quinze reais e vinte e três centavos), em razão de ter a UFMT pago de forma cumulativa, no período de *05/95 a 05/96*, as parcelas incorporadas da Lei 6.732/1979 e a vantagem do art. 192, I, da Lei 8.112/1990. Houve, portanto, prejuízo ao autor, sendo-lhe assegurado postular diretamente no Judiciário a inexigibilidade de débito cobrado pela União. Vedar o questionamento judicial da dívida é fazer tabula rasa do direito fundamental à ação e do princípio do amplo acesso à Justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

IV – Desta forma, a Sentença há de ser mantida, para que se declare a inexigibilidade do débito cobrado pela parte recorrente, já que, tendo os valores sido recebidos de boa-fé, não se sujeitam à repetição.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Condeno a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Sem custas.

É o voto.

Processo

2006.36.00.702637-8

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré
Recorrente: União Federal
Recorrida: União Federal
Recorrido: Janone da Silva Pereira
Publicação: DJ/MT de 12/07/2007

Ementa

Responsabilidade civil. Supostas ofensas irrogadas por membro do Poder Judiciário. Loman, arts. 41 e 49. Não-caracterização. Dano moral. Descabimento.

I – As opiniões manifestadas pelo julgador, desde que realizadas nos limites do regular desempenho de sua função jurisdicional, não são passíveis de reparação civil. Na espécie, as palavras, termos e expressões proferidas pelo magistrado, suposto ofensor, foram utilizadas no julgamento de um caso concreto. Não se configuram, portanto, intuito ofensivo, de caráter pessoal, as críticas irrogadas ao autor.

II – Atos ofensivos praticados, em tese, pelo juiz, desvinculados do seu ofício não acarretam responsabilidade à União.

III – Recurso da União provido. Recurso do autor improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, para dar provimento ao recurso da União e negar provimento ao recurso da parte autora, nos termos do voto do Exmo. Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MT – 29/06/ 2007.

Juiz Federal *Paulo César Alves Sodré*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré:
— Janone da Silva Pereira e a União Federal recorreram da sentença proferida pelo Juízo do 1º Juizado Especial Federal de Mato Grosso, que condenou a última recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescida de juros moratórios de 12% ao ano, desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Janone da Silva Pereira sustenta que a farta prova documental e testemunhal produzida nos autos evidencia o grande transtorno, abalo e dissabor psicológico que sofreu em razão das agressões proferidas por membro da Magistratura do Trabalho que ao prolatar sentença em causa na qual o autor atuou como advo-

gado desferiu expressões que feriram sua dignidade e decoro, tais como “aprendiz de confeitiro” e “total ignorância do Direito Processual do Trabalho por parte dos patronos da reclamante”. Alegou ainda que, dito magistrado, não satisfeito, prosseguiu com as agressões ao publicar nota em jornal de grande circulação neste Estado, na qual qualificou o recorrente de “desonesto, filho mimado da OAB e rábula.” Postula a reforma da sentença, para que o *quantum* indenizatório seja majorado ao patamar máximo do JEF, correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos, ou R\$ 22.800,00 (vinte e dois mil e oitocentos reais) em valores atuais, como “forma de compensação por todos os sofrimentos suportados pelo recorrente e sua família” (fls. 311).

Em suas razões recursais, a União Federal alegou que os atos praticados por Lamartine França de Oliveira

se deram na condição de cidadão e não na qualidade de agente público, hipótese que caracterizaria a responsabilidade objetiva da Administração. Assim, as supostas ofensas morais decorreram não da sentença prolatada pelo magistrado trabalhista, mas de suas declarações prestadas no jornal A Gazeta, bem como da maneira como expôs a sentença em seu *site* jurídico www.kidireitolegal.com.br, fatos que repercutiram inclusive no meio acadêmico, ensejando que os alunos do autor o apelidassem de “confeiteiro”. Portanto, conclui que a imputação pelos danos morais hipoteticamente advindos das divulgações deve ser feita à pessoa do Sr. Lamartine França de Oliveira, que praticou tais atos não na qualidade de magistrado, mas de cidadão. Pleiteia, por fim, caso ultrapassadas estas argumentações, a redução da indenização para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Contra-razões apresentadas pelas partes.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré: — É preciso delinear e especificar de forma clara a sucessão dos fatos. A parte autora pleiteia da ré indenização por danos morais, em decorrência de ofensas praticadas, em tese, pelo juiz do Trabalho, Lamartine França de Oliveira. Tais ofensas teriam se dado em dois momentos: um por ocasião da sentença, ao ter inserido em tal peça processual, palavras ofensivas à reputação do autor; no segundo momento, teria o juiz divulgado a sentença em uma página da rede mundial de computadores, página esta, por ele administrada, e teria ainda, enviado uma carta a um jornal, onde novamente teria ofendido o autor.

Por primeiro, há de se analisar a suposta ofensa produzida pelo juiz, ao autor, quando da prolação da sentença. Pelo que se depreende da inicial o autor sentiu-se ofendido pelo fato de o juiz ter se utilizado da expressão “ignorância” e de ter feito referência à profissão de confeiteiro, em comparação à do advogado.

No que diz respeito à expressão “ignorância”, utilizada duas vezes no pronunciamento jurisdicional, não vislumbro qualquer ofensa direta e específica ao requerente. Para melhor compreensão, transcrevo abaixo o texto da sentença:

“Pelo contrário, o que se viu foi uma total ignorância do Direito Processual do Trabalho por parte *dos patronos da reclamante*.”

“No caso, a reclamante não produziu a prova que necessitava por ignorância (no sentido de ausência de conhecimento) dos seus *advogados e estagiários*. Por três vezes neste processo eles requereram a intimação de duas testemunhas, a saber; fl. 07, fl. 18 e 46.” (Sublinhei)

Como pode ser observado, não houve menção expressa ao nome do requerente e mais, a palavra na segunda vez que foi utilizada, veio acompanhada da explicação de que se tratava de ausência de conhecimentos. Ou seja, não teve caráter pejorativo, pois o juiz delimitou e esclareceu o alcance da expressão “ignorância”. Poderia ter dito que os patronos da reclamante desconheciam o Direito Processual do Trabalho. Optou por dizer que os patronos ignoravam tal ramo do direito. Pode não ter sido elegante, mas não vejo aí, qualquer espécie de ofensa, pelo simples fato de ter utilizado a expressão “ignorância”, palavra essa constante em qualquer léxico da língua portuguesa, e, portanto, de uso corrente.

Já a expressão “aprendiz de confeiteiro”, embora não usual, foi utilizada em um exemplo, com remissão a artigos da CLT, evidenciando que os patronos da reclamante deveriam conhecer a legislação vigente. Talvez o exemplo não tenha sido um dos mais felizes, mas não mencionou o nome deste ou daquele patrono. Novamente, utilizou o exemplo, de forma genérica. Leia-se a expressão utilizada pelo juiz:

“Ora, qualquer aprendiz de confeiteiro sabe que, para aprender a fazer as guloseimas de sua arte culinária, deve, primeiro, *ler a receita de como prepará-las*. No caso do Direito, dever-se-ia ter lido a nossa receita, antes de se aventurar e instar a máquina judiciária. Se isto tivesse feito, ter-se-ia lido no art. 852-H, §§ 2º e 3º da CLT o seguinte:

§ 2º As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação.

§ 3º Só será deferida a intimação da testemunha que, comprovadamente convidada, deixar de comparecer”

(Sublinhei.)

O que é ofensiva, a expressão “aprendiz” ou a expressão “confeiteiro”? Novamente, não vejo em tais palavras, embora, repita-se, incomuns, qualquer espécie de ofensa direta e específica ao requerente.

O juiz, na realidade, não incidirá em crimes ou ofensas contra honra de outrem, seja ele advogado ou parte, desde que as afirmações por ele feitas no processo não transponham os limites toleráveis do regular exercício de sua atividade profissional ou do estrito cumprimento do seu dever legal.

A utilização, no discurso judiciário, de linguagem excessiva, imprópria ou abusiva, que, sem qualquer pertinência com a discussão da causa, culmine por vilipendiar, injustamente, a honra de terceiros – *revelando, desse modo, na conduta profissional do juiz, a presença de censurável intuito ofensivo* – pode, eventualmente, caracterizar a responsabilidade pessoal (inclusive penal) do magistrado.

As causas de exclusão de ilicitude — que afastam a caracterização da antijuridicidade objetiva da conduta típica questionada — devem estar presentes na análise da cláusula de tutela da atividade jurisdicional inscrita no art. 41 da Loman, que, ao estabelecer relativo estado de imunidade em favor dos juizes, prescreve: “Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.”

A *ratio* subjacente a essa regra legal decorre da necessidade de proteger os magistrados no exercício regular de sua atividade profissional — *a partir da cláusula de relativa imunidade jurídica que lhes é concedida* — de que sofram, mediante injusta intimidação representada pela instauração de procedimentos penais ou civis, sem causa legítima, indevida inibição quanto ao pleno desempenho da função jurisdicional.

Ademais, em se tratando de ato emanado de juiz, onde o advogado se sinta ofendido, entendo que o art. 41 da Loman deve ser interpretado de forma análoga e conjuntamente com o art. 6º, § 2º da Lei 8.906/1994 (Estatuto do Advogado). É dizer, se o advogado tem imunidade em relação às suas palavras, seja em relação às partes, seja em relação ao magistrado (exceção ao desacato, por força de Adin), da mesma forma, por reciprocidade, os dizeres do magistrado proferidos em sentença, quando o advogado se sinta ofendido, devem ser semelhantemente interpretados. A propósito, não é incomum que alguns advogados utilizem-se de palavras pouco amistosas em relação a decisões judiciais,

sem que isso constitua qualquer irregularidade, apta à indenização. Neste sentido:

Ementa: Processual Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Indenização. Advogado. Excesso. Expressões em petição. Ofensa magistrado. Caso concreto. As lições de Rafael Magalhães e Milton Campos. Dissídio não caracterizado. Recurso desacolhido.

I – Na linha da jurisprudência deste Tribunal, a imunidade profissional, garantida ao advogado pelo Estatuto da Advocacia, não alberga os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de qualquer das pessoas envolvidas no processo.

II – De outro lado, no entanto, também na linha da orientação desta Corte, “mero receio ou dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige”.

III – Não se caracteriza o dissídio jurisprudencial quando dessemelhantes as circunstâncias fáticas dos casos confrontados.

(Recurso Especial 438.734 – Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira DJ 10/03/2003.)

Portanto, tenho que no exercício da jurisdição, ao proferir a sentença, o juiz não cometeu qualquer espécie de ofensa ao requerente.

Já no que diz respeito aos atos praticados pelo magistrado ao escrever uma carta ao jornal e ao ter *inserido em site seu, cópia da sentença*, tenho que falece razão ao requerente. São atos pessoais e que não dizem respeito ao exercício da magistratura. Se houve excesso, é o juiz quem deve responder pessoalmente e não a União. A União, repita-se, só seria responsável pelos atos praticados pelo magistrado no exercício da jurisdição, no caso, pelos escritos contidos *na sentença*, se eventualmente fossem considerados ofensivos.

Portanto, a inserção de sentença em *site* particular, assim como divulgação de nota em jornal de grande circulação no Estado, *constituiu ato privativo do cidadão Lamartine França de Oliveira*. Tal conduta não foi praticada no exercício de seu cargo ou valendo-se das prerrogativas funcionais inerentes à magistratura, razão pela qual se ofensa houve, a responsabilidade pela indenização, se devida, não pode ser imputada à União.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento de ambos os recursos e:

1) Dou provimento ao recurso interposto pela União, razão pela qual julgo improcedente o pedido, extinguindo o processo, com análise do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC;

2) Nego provimento ao recurso interposto pelo autor.

Condeno a parte autora, ora recorrente, ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa (art. 55 da Lei nº 9.099/95), bem como nas custas judiciais. É o voto.

Recurso Cível

2007.36.00.702726-3

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Sebastião Tenório de Lima
Procurador: Dr. Bruno Medeiros Pacheco
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogada: Dra. Ana da Silva Castanho Max
Publicação: DJ/MT de 06/07/2007

Ementa

Seguridade social. Amparo social. Art. 20, § 3º, Lei 8.742/1993. Deficiente físico. Incapacidade para o trabalho. Transtorno mental grave. Agravamento por uso de álcool. Autor de 44 anos, não-alfabetizado, solteiro, sem profissão. Situação de miserabilidade comprovada no caso concreto. Benefício devido.

I – Constatou-se pela Perícia Médica Judicial que o autor, portador de transtorno mental agravado por uso de álcool, encontra-se total e temporariamente incapacitado para o trabalho. A perícia social, por sua vez, destacou que o autor estava internado em hospital psiquiátrico, com indicação médica de incapacidade total, total ausência de lucidez e dependente de medicação controlada de uso freqüente. Portanto, provadas a deficiência física e a incapacidade total para o trabalho e para os atos da vida independente, tem o autor o direito ao amparo assistencial.

II – O fato de a incapacidade, apesar de total, ser temporária, não afasta o direito ao benefício, em face de sua natureza provisória e seu fim de assistência emergencial, justamente o caso dos autos.

III – Renda familiar proveniente de ajuda de terceiros.

IV – Recurso provido. Mãe do autor nomeada sua curadora para fins de recebimento do benefício.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, conheceu o recurso e deu a ele provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJMT – 29/06/2007.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Trata-se de recurso interposto por *Sebastião Tenório da Silva* contra a sentença que julgou *improcedente* seu pedido, indeferindo o pagamento do benefício de amparo social à pessoa portadora de deficiência, incapaz para o trabalho e para os atos da vida independente, previsto no art. 20 da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).

Alega, em síntese, o seguinte: que foi constatada a incapacidade total, mas temporária do autor, que

apresenta sérios problemas mentais devido ao uso de álcool. Alega, ainda, que o amparo, por ser um benefício provisório, pode ser revisto quando o autor estiver reabilitado para o trabalho.

Contra-razões a fls. 69/72.

Manifestação do MPF a fls. 80/83, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Com razão o recorrente.

Nos termos do art. 20 da Lei 8.742/1993, tem direito ao benefício de prestação continuada, no valor de 1 salário mínimo, o idoso, com 70 anos ou mais, e a pessoa portadora de deficiência que comprove não ter condições de prover sua própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família (art. 20, Lei 8.742/1993).

Quanto ao portador de deficiência o § 2º daquele dispositivo esclarece: *“para efeito de concessão do benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”* (grifo nosso).

Não há dúvidas quanto à incapacidade física do autor. Afirmo, ademais, a perícia médica (fls. 24/29) que o autor é portador de transtorno mental produzido pelo uso do álcool, apresentando incapacidade total e temporária para o trabalho. Todavia, afirma o perito que o autor está capaz para os atos da vida independente.

No entanto, ainda que o autor seja capaz de ter uma vida independente não pode exercer nenhum tipo de trabalho e nem sequer apresenta consciência de seu estado de saúde. Ademais, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência editou a Súmula 29, de 12/12/2005, na qual pacificou o seguinte entendimento a respeito da incapacidade que induz à deficiência para fins de amparo social:

Súmula 29 – “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei 8.742/1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover seu próprio sustento”.

De outra banda, resta então analisar o aspecto atinente à miserabilidade.

No presente caso, a perícia socioeconômica realizada (fl. 44/45) informa que o autor, à época da perícia, encontrava-se internado no Hospital Psiquiátrico Paulo de Tarso, em Rondonópolis, e que a ficha médica do autor atestou um total de onze internações naquele mesmo hospital, com indicação médica de total incapacidade mental, dependendo o paciente de uso frequente de medicação controlada.

Também pela Perícia Social, pode-se constatar que o autor não é alfabetizado, é solteiro, não tem profissão, não tem renda, conta com 44 anos de idade e reside com a mãe, Maurina Fernandes de Lima, que também é idosa e não tem condições de trabalhar.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 203, inciso V, que é dever do Estado prestar *“a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”*.

Desse modo, a situação financeira do autor e de sua genitora apresenta-se vulnerável, em face da incapacidade de ambos para o trabalho e da renda mensal familiar ser proveniente apenas de auxílio de terceiros.

Tais fatores, aliados às demais condições de vida do autor, conduzem ao entendimento segundo o qual é pessoa portadora de deficiência física, incapacitada para o trabalho, não havendo outros modos de suprir seu sustento, senão por meio de amparo social.

Estando presentes os requisitos legais, quais sejam, a existência de deficiência física e da condição de miserabilidade, é de ser concedido ao recorrente o benefício de amparo social.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento, condenando o INSS a restabelecer o benefício assistencial anteriormente concedido por antecipação de tutela, em nome do autor, no valor de um salário mínimo, retroativos à data da suspensão, com juros de 1% ao mês para os atrasados, a contar da data da suspensão, além de correção monetária.

Nomeio a Sra. Maurina Fernandes de Lima, genitora do autor, para funcionar como sua curadora provisória no ato de recebimento do benefício.

Sem custas (art. 4º, I, Lei 9.289/1996).

É como voto.

Recurso Cível

2007.36.00.702756-1

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT
Procuradora: Dra. Maria Lúcia Rocha Lima Rossi
Recorrido: Ricardo Kassio Dourado de Oliveira
Advogado: Dr. Emanuel Gurgel Belizário
Publicação: DJ/MT de 06/07/2007

Ementa

Dano material. Furto de veículo no estacionamento de universidade federal. Direito à indenização. Valor fixado acima do pedido. Sentença ultra petita. Nulidade parcial. Quantum igual ao pedido na peça inicial. Corte do excedente ao referido valor.

I – Configuração de dano reparável pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, visto que é de responsabilidade do estabelecimento a guarda dos veículos em seu campus estacionado.

II – O valor da indenização deve corresponder ao valor pleiteado na peça inicial do processo, visto tratar-se de sentença ultra petita, que, todavia, não induz à nulidade.

III – Recurso provido.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, conheceu o recurso e deu a ele provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal SJMT – 29/06/2007.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — A Fundação Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT insurge-se contra a sentença que julgou procedente a ação de reparação de danos materiais movida por Ricardo Kassio Dourado de Oliveira, em função de ter sido furtado seu veículo quando estava estacionado no pátio da fundação ré.

A recorrente alega, em síntese, o seguinte: que a área de estacionamento existente em seu *campus* não tem a finalidade de lucro posto e, por conseqüência, não possui obrigação de indenizar, uma vez que não se comprometeu pela guarda do veículo. Ademais, ressalta que o valor da indenização não condiz com o estado

do veículo, eis que o valor adotado foi “hipoteticamente” considerado.

Contra-razões às fls. 81/84.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — No que diz com a configuração do dano material reparável, bem como quanto à responsabilidade da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso em repará-lo, entendo que a sentença recorrida deve ser mantida.

A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, é cristalina, ao estabelecer a responsabilidade da Fundação em questão em indenizar pelo furto ocorrido. Assim, vejamos:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nesse sentido, a doutrina é unânime em afirmar que não há responsabilidade sem prejuízo, ou, em outras palavras, sem dano.

O estabelecimento de ensino, ao permitir que se estacionem veículos em suas dependências, assume a responsabilidade de guarda. Portanto, não vejo como a sentença ser reformada nesse ponto.

Entretanto, no tocante ao valor da indenização, a recorrente guarda razões em seu argumento.

Sendo o valor da causa, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco *“a expressão monetária do significado econômico dos benefícios procurados pelo autor através do processo”*, o juiz deve decidir na medida do que foi pleiteado, podendo acarretar nulidade da sentença, mesmo se majorado fora o valor avaliado.

No entanto, tendo o juiz decidido o pedido além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado, a nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, não deve o órgão julgador anular toda a decisão, mas apenas o que ultrapassou o pedido. Desse modo, vejamos:

A condenação em quantia superior à pedida constitui decisão ultra petita, que não anula a sentença, pois admite a redução aos limites do que foi pleiteado”. (TRF. Ac. Um. 3ª T., 1012.82, AP 78.515-SE. Rel. Ministro Carlos Madeira. DJ de 03/03/1983, p. 1884, *apud* Alexandre de Paula, ob. cit., v. 2/604)

Assim sendo, o valor de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) fixado na sentença deve ser minorado para o

valor de R\$ 7.430,00 (sete mil e quatrocentos e trinta reais), valor este contido na exordial.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento para cortar o excedente do valor fixado na sentença até a exata quantia pleiteada na peça inicial.

Sem custas.

Condeno a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso em honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação.

É como voto.

Turma Recursal

2007.36.00.702826-5

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva
Recorrente: Maria Araújo dos Reis
Recorrido: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS
Publicação: DJ/MT de 05/07/2007

Ementa

Previdenciário. Benefícios. Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Intimação por telefone. JEF. Informalidade. Celeridade. Qualidade segurada. Carência. Incapacidade permanente para o trabalho. Requisitos presentes. Benefício devido.

I – A intimação feita por telefone não enseja a nulidade de sentença, visto que atende aos princípios norteadores do JEF.

II – A condição de segurada da Recorrente restou comprovada quando do indeferimento do requerimento administrativo.

III – Requisitos presentes para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

IV – Recurso parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, *conhecer e dar parcial provimento ao recurso*, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MT – 29/06/2007.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— A Autora recorreu da sentença de fls. 70/71 em face do Juízo do Juizado Especial Federal de Mato Grosso ter julgado improcedente pedido de auxílio-doença com posterior conversão em aposentadoria por invalidez.

Alega a Recorrente que não há previsão legal para que a intimação seja realizada por telefone, devendo a sentença ser anulada. Todavia, requer alternativamente que seja julgado procedente o pedido inicial ante a presença nos autos de elementos suficientes ao seu julgamento.

O Recorrido apresentou contra-razões às fls. 138/139, onde pugna pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

Às fls. 144/148, o Ministério Público Federal manifestou-se pela reforma da sentença, concedendo-se à Recorrente o benefício de auxílio-doença.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
—Primeiramente, refuto a tese de que a sentença deva ser anulada pelo fato de a intimação para que a Autora apresentasse documentos capazes de comprovar sua qualidade de segurada tenha sido realizada por telefone, tendo em vista os princípios da informalidade e da celeridade processual norteadores do Juizado Especial Federal.

Ao que tange à aposentadoria por invalidez, prevê o art. 42, § 2º, da Lei 8.213/1991:

Art. 42 A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Por conseguinte, consoante documento de fl. 21, constata-se que o requerimento administrativo da Recorrente no INSS foi indeferido pelo fundamento de que aquela não se encontrava incapacitada para o trabalho. Logo, conclui-se que a qualidade de segurada e o cumprimento do prazo de carência restaram atendidos.

Ainda, os documentos de fls. 90/133 são hábeis a corroborar a sua qualidade de segurada e o cumprimento da carência legal para fins de concessão dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, requisitos estes que já se encontravam preenchidos quando do requerimento administrativo.

Passo à análise da incapacidade para o trabalho.

Depreende-se do laudo médico de fls. 52/59 que a Recorrente encontra-se permanentemente incapaz para o trabalho. Assim, considerando sua idade avançada (65 anos) e o seu baixo grau de escolaridade, aspectos que a impossibilitam de retornar ao mercado de trabalho, conforme atestado pelo perito, tem a recorrente direito a aposentar-se por invalidez.

Com efeito, *conheço e dou parcial provimento* ao recurso, para condenar o INSS a conceder à recorrente o benefício de aposentadoria por invalidez, sendo pagas as parcelas retroativas a 29/08/2004 corrigidas monetariamente e com juros de mora de 12% ao ano, a contar da citação, observando-se o valor de alçada próprio ao JEF.

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

É o voto.

Processo

2007.36.00.702945-9

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Nacional – INSS

Recorrida: Maria Ferreira de Oliveira

Origem: 1º Juizado Especial Federal Cível/MT

Publicação: DJ/MT de 05/07/2007

Ementa

Previdenciário lato sensu. Benefício de prestação continuada. Concessão. Requisitos vertidos no art. 20 da Lei 8.742/1993. Deficiente. Art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. Renda per capita familiar inferior ao limite legal. Benefício devido.

I – A incapacidade para a vida independente encontra-se caracterizada na necessidade de atenção, vigilância e cuidados de terceiros, bem como na impossibilidade de a parte prover ao próprio sustento.

II – A assistida (62 anos) reside com o esposo, não possui renda, e sobrevive do benefício percebido por este no valor de R\$ 350,00.

III – O Estatuto do Idoso, que reduziu a idade para a concessão do benefício de amparo social ao idoso de 67 para 65 anos, também inovou ao prever que o recebimento do benefício de amparo assistencial por membro da família não prejudica a sua percepção pelo necessitado. Estatuiu-se, dessa forma, que o seu recebimento por membro da família não afasta a condição de miserabilidade do grupo, conforme disposto no parágrafo único do seu art. 34.

IV – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal SJ/MT – 29/06/2007.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido de concessão de benefício de prestação continuada ao deficiente em favor de Maria Ferreira do Oliveira.

Alega o recorrente que a perícia realizada não concluiu pela incapacidade da recorrida para o trabalho e para os atos da vida independente, de forma que não existe embasamento legal para a concessão do citado benefício assistencial. Sustenta, ainda, que a renda *per capita* familiar daquela é superior ao limite legal. Requer, assim, a reforma do julgado.

Contra-razões apresentadas às fls. 46/53.

O MPF manifestou-se pelo improvimento do recurso às fls. 58/62.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Insurge-se o recorrente contra a sentença prolatada pelo Juízo do 1º Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, que deferiu pedido de benefício de prestação continuada ao deficiente em favor da recorrida.

Embora a perícia médica (fls. 16/20) não tenha constatado a deficiência da autora, cabe ressaltar que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, conforme o art. 436 do CPC. Nesse sentido, constato que alguns dos elementos foram obtidos pelo juízo *a quo* durante a audiência com provas testemunhais e também no contato direto com a recorrida que demonstrou ser de idade avançada, e desequilibrada emocional e psiquicamente.

Além disso, cumpre verificar o requisito da incapacidade para a vida independente. Este critério não se restringe à impossibilidade de alimentar-se, vestir-se, fazer a higiene pessoal, etc., pois, se assim fosse, exigindo-se incapacidade total do postulante, haveria restrição indevida a preceitos constitucionais, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ao objetivo de universalidade da cobertura e do atendimento previsto para a seguridade social (art. 194, parágrafo único, I), bem como à ampla garantia de prestação da assistência social (art. 203, *caput*), encontrando-se caracterizada quando a pessoa necessite de atenção, vigilância e cuidados de outrem.

De acordo com o laudo pericial, a recorrida (62 anos) apresenta doença depressiva com surtos psicóticos. O tratamento para a moléstia é realizado por meio de medicamentos. Devido à sua idade avançada e desequilíbrio emocional e psíquico, a sua recuperação está comprometida tornando-a incapaz para qualquer atividade laboral e para a vida diária independente, necessitando freqüentemente da ajuda de terceiros. Assim, verifica-se que é incapaz de prover ao seu sustento, caracterizando, assim, a deficiência a autorizar a concessão do benefício, ante a demonstração da presença de incapacidade tanto para o trabalho, quanto para a vida independente.

Nesse sentido, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais editou a seguinte súmula:

Súmula 29 – Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.

Colaciono, ainda, o seguinte aresto:

Ação civil pública. Legitimação do Ministério Público. *Benefício assistencial ao deficiente* (CF/1988, art. 203, *v/v*; Lei 8.742/1993, art. 20, §§ 2º

e 3º). *Exigência de que beneficiário dependa de outrem para os atos da vida cotidiana* e de que a renda per capita de sua família seja inferior a ¼ do salário mínimo. *Descabimento*.

I – *omissis*.

II – Não é lícito condicionar o benefício à prova de que o deficiente está incapacitado para os atos da vida cotidiana, como alimentar-se, higienizar-se ou locomover-se. O que a lei exige (Lei 8.742/1993, art. 20, § 2º) é que seja incapacitado para a vida independente e para o trabalho. A incapacidade para a vida independente se caracteriza sempre que dependa do amparo, ou acompanhamento, ou vigilância, ou atenção de outrem, semelhantemente ao que ocorre com os idosos que, mesmo sadios, não devem ser deixados sós.

III – A exigência de que a renda per capita da família do deficiente seja inferior a ¼ do salário mínimo (art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993) deve ser lida como uma presunção legal de incapacidade econômica, podendo esta se caracterizar mesmo quando aquele percentual for excedido, de conformidade com as circunstâncias específicas de cada caso. (TRF 4ª Região, AG 2001.04.01.068468-6/SC, 5ª Turma, DJU 10/04/2002, Rel. Juiz A. Ramos de Oliveira)

(Grifo nosso).

Quanto à questão relacionada à possibilidade ou não de concessão do benefício de prestação continuada quando a renda *per capita* da família do beneficiário excede ¼ do salário mínimo vigente, conforme disciplina o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993, analisando-a abaixo:

Deve-se, destarte, voltar-se para a Constituição da República, que, em seu art. 1º, que preceitua, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I...

II...

III – a dignidade da pessoa humana.

Ora, o Judiciário, como órgão de justiça, não deve se ater à letra fria da lei, mas deve, sim, adequar o preceito normativo à Constituição Federal (art. 1º, III) e ao caso concreto, dando-lhe contornos que realmente se coadunam com a realidade fática. Desse modo, o requisito para a concessão do benefício de prestação continuada descrito no § 3º da Lei 8.742/1993 não deve ser tomado como absoluto, devendo servir apenas

como parâmetro, podendo ser adequado, portanto, à especificidade de cada caso.

Apesar de o STF ter se manifestado pela constitucionalidade da limitação inserta no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993 na ADI 1.232-1/DF, é necessário observar que o critério estabelecido visa possibilitar a verificação da existência da miserabilidade do postulante, conforme disposto no art. 203, V, da Constituição Federal. Ainda que a renda *per capita* familiar da parte autora seja superior ao valor previsto, cumpre analisar os motivos pelos quais ela alega viver em condição de miserabilidade, a fim de não ser indevidamente restringido o mandamento constitucional, autorizando-se, em tese, a concessão do amparo social, caso seja verificada a condição legal.

Dessa forma, cumpre observar que o critério objetivo de aferição de miserabilidade restou modificado de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ salário mínimo, por força do disposto nas Leis 9.533/1997 (autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas) e 10.689/2003 (cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA), que consideram carente a pessoa cuja renda mensal não ultrapasse a soma de meio salário mínimo mensal, previsão esta incompatível com o disposto no § 3º do art. 20 da LOAS.

Esse entendimento restou consagrado pela Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da 4ª Região, nos seguintes termos:

O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, restou modificado para $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei 9.533/1997, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituísem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.

Conforme o laudo socioeconômico (fls.11/15), a autora reside com o companheiro em casa modesta de 3 (três) cômodos, sobrevive do benefício recebido pelo seu cônjuge no valor de R\$350,00.

O Estatuto do Idoso, que reduziu a idade para a concessão do benefício de amparo social ao idoso

de 67 para 65 anos, também inovou ao prever que o recebimento do benefício de amparo assistencial por membro da família não prejudica a sua percepção pelo necessitado. Estatuiu-se dessa forma que o seu recebimento por membro da família não afasta a condição de miserabilidade do grupo, conforme disposto no parágrafo único do seu art. 34, que segue transcrito:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas.

Considerando que tanto o amparo assistencial quanto o benefício percebido pelo esposo da autora possuem o mesmo valor, impõe-se a extensão da norma prevista no parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003 a favorecer-lhe, sob pena de configurar-se injusta discriminação entre pessoas em situações idênticas, apenas por receberem a mesma quantia a título de benefícios diversos.

A jurisprudência vem consagrando esse entendimento e, para ilustrar, transcrevo a seguinte ementa:

Previdenciário. Benefício assistencial. Deficiência/invalidez. Cumprimento dos requisitos legais. Custas e despesas processuais. Honorários. Inaplicabilidade da pena por litigância de má-fé. Tutela antecipada.

I – É de se deferir o benefício assistencial à autora, hoje com 65 anos, portadora de hipertensão arterial sistêmica, insuficiência coronária severa, perda de 100% da visão no olho esquerdo e déficit auditivo, que vive com o marido idoso, tem 69 anos, também com a saúde bastante prejudicada. A renda familiar corresponde a um salário mínimo proveniente da aposentadoria do marido, sendo insuficiente para proporcionar uma vida digna ao casal que tem inúmeros problemas de saúde, além de sofrerem dos males advindos da idade avançada, gerando grandes despesas com medicamentos.

II – Aplica-se, por analogia, o parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que estabelece que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família, nos termos do *caput*, não será computado para fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

III – É preciso considerar que, para a apuração da renda mensal *per capita*, faz-se necessário descontar o benefício de valor mínimo, a que teria direito a parte autora.

IV a IX – *omissis*. (TRF 3ª Região, AC 200303990005470/SP, 9ª Turma, DJU 27/01/2005, Rel. Juíza Marianina Galante, à unanimidade)

Verifica-se, portanto, que atualmente a renda per capita da família da recorrida é inferior ao teto legal, estando demonstrada, assim, a sua miserabilidade.

Portanto, a recorrida preenche os requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada ao deficiente.

Com efeito, nego provimento ao recurso.

Custas processuais indevidas e honorários advocatícios, em 10% do valor da condenação, pelo recorrente.

É o voto.

Processo

2007.36.00.703007-0

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF
Recorrida: Miriam Cristina Pedroso Damasceno
Publicação: DJ/MT de 06/07/2007

Ementa

Civil. Processual Civil. Ação de indenização. Danos morais. Cheque adulterado. Responsabilidade da instituição financeira. Danos materiais e morais. Cabimento.

I – A Lei 7.357/1985 (art. 39) estabelece que o banco sacado responde pelo pagamento de cheque falsificado, salvo dolo ou culpa do correntista. No mesmo diapasão: Súmula 28/STF; AC 1997.01.00.036845-9-BA, Rel. então Juíza Eliana Calmon, hoje Ministra do c.STJ, DJ de 30/03/1998, p. 224 e AC 1999.01.00.018661-8-DF, Rel. Juiz convocado Evandro Reimão dos Reis, DJ de 15/04/2002, p. 138. Aplica-se idêntico posicionamento ao caso concreto, em que o cheque não foi falsificado, mas adulterado de forma grosseira e perceptível.

II – Cabe ao magistrado, na ausência de critérios específicos e matemáticos, sopesar as circunstâncias do fato, reveladas pela extensão dos danos morais, capacidade econômica do réu e situação social do autor. Ainda que seja singular a situação social da parte autora e a extensão do dano não tenha sido tão grande, a sólida situação financeira da recorrente autoriza, para assegurar a justa reparação pelos danos sofridos, a manutenção do valor indenizatório fixado pelo Juízo *a quo* a título de danos morais (R\$ 1.000,00).

III – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Exmo. Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJMT – 29/06/ 2007.

Juiz Federal *Paulo César Alves Sodré*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré:

— A Caixa Econômica Federal – CEF recorreu da sentença prolatada pelo Juízo do 1º Juizado Especial federal de Mato Grosso que, julgando procedente o pedido formulado por Miriam Cristina Pedroso Damasceno, condenou a instituição bancária ao pagamento de indenização por danos materiais e morais no valor de R\$ 1.625,00 (um mil seiscientos e vinte cinco reais), relativos à compensação de cheque adulterado. Alega que seria injusto sancionar o banco demandado pelo cheque, pois a culpa da compensação é exclusiva da pessoa emitente, que escolheu mal o agiota a quem entregou o

referido título de crédito como garantia de um empréstimo. Logo, se o cheque apresentado é pago porque, “diante da autenticidade da assinatura e da ausência de adulteração perceptível, não tem o funcionário dúvida em quitá-lo”, não há como impor responsabilidade ao recorrente. Ademais, não havia contra-ordem expressa pela cliente, impedindo o pagamento. Alegou também inexistência de prejuízo material, pois todas as taxas debitadas da conta corrente são lícitas e devidas. Sustentou incorrência de dano moral, ante a inexistência de comprovação de algum constrangimento sério, ou qualquer abalo “minimamente grave” na estrutura psicológica da pessoa. Questiona o valor da indenização por danos morais, considerando-o excessivo dian-

te dos efeitos mínimos do suposto constrangimento pessoal.

Regularmente intimada, a recorrida ofertou contra-razões, filiando-se aos argumentos da sentença.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré:

— I — Narram os autos que a autora solicitou empréstimo a Antônio C. Rufino, “agiota” e, como garantia, entregou-lhe – no ano de 2001 – vários cheques. Dentre estes, estava o de número 003222, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) que, em 15/03/2001, foi depositado e posteriormente devolvido, retornando às mãos do Sr. Rufino, credor.

Em 30/01/2004, o cheque, após ter sido grosseiramente rasurado no campo relativo ao ano, foi reapresentado ao Banco que, sem perceber a adulteração, acatou o documento e o compensou.

II – Restou incontroverso que a autora sofreu um prejuízo material no montante de R\$ 625,00 (seiscentos e vinte e cinco reais), consistente na adulteração de cheque 003222 por ela emitido. Cabe, então, perquirir, agora, quem teve efetiva responsabilidade no evento danoso.

Primeiramente, cabe ressaltar que é indiscutível a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça sumulou esse entendimento, segundo Súmula 297, *verbis*:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

III – A CEF alega a ausência de culpa da instituição financeira no episódio, já que entende não ter concorrido para o resultado lesivo, sustentando, basicamente, que “diante da autenticidade da assinatura e da ausência de adulteração perceptível, não teve o funcionário dúvida em quitá-lo”, não havendo como impor responsabilidade à Instituição.

No entanto, o TRF 1ª Região vem adotando a tese de que cabe a inversão do ônus da prova, a teor do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, decorrendo daí a responsabilidade do banco depositário pelo prejuízo sofrido pela autora:

Processual Civil e Direito Civil. Apelação que reproduz os termos da contestação. Caderneta de poupança. Aplicação do código de defesa do consumidor. Inversão do ônus da prova. Saque fraudulento com uso do cartão magnético do cliente. Responsabilidade da instituição financeira depositária.

(...)

2. De acordo com a jurisprudência do colendo STJ (Segunda Seção), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) é aplicável aos contratos de depósito em poupança firmados entre as instituições financeiras e os seus clientes (REsp 106.888-PR).

3. Em face disso, revela-se acertada a decisão do Juiz que, na sentença, aplicou o princípio da inversão do ônus da prova para considerar não provada, pela instituição financeira depositária, a culpa do depositante pela troca do seu cartão magnético, do que resultaram diversos saques fraudulentos em sua conta de poupança.

4. Não obsta a inversão do ônus da prova, no caso, o disposto no art. 4º, I, da Medida Provisória 1.914/1999, porque só aplicável nas ações de que trata o art. 3º da mesma MP.

5. Não provada, pela instituição depositária, a participação do cliente, culposa ou não, na troca do seu cartão magnético, e da senha de seu uso pessoal, responde ela pelos danos materiais e morais que o cliente sofrer em decorrência de saques fraudulentos na sua conta.

6. Não se exime, de qualquer modo, de culpa tal instituição se, em tempo de constantes saques fraudulentos com uso de cartões magnéticos roubados, efetuou diversos pagamentos, de elevados valores, fora da agência onde mantida a conta de depósito, sem identificar, devidamente, o portador do cartão.

7. É indenizável, como dano moral, o constrangimento sofrido pelo titular de depósito em caderneta de poupança que, em virtude de saques indevidos em sua conta, sem sua participação, vê-se despojado de todas as suas economias, gerando situação de “stress” e incerteza quanto ao suprimento de eventuais necessidades no futuro.

8. Apelação provida, em parte.

(AC 2000.01.00.084139-7/MG, Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel, *DJ* de 01/04/2002, p. 180)

Aliás, no ponto, a Lei 7.357/1985 (art. 39) estabelece que o banco sacado responde pelo pagamento de cheque falsificado, salvo dolo ou culpa do correntista. No mesmo diapasão: Súmula 28/STF; AC 1997.01.00.036845-9-BA, Rel. então Juíza Eliana Calmon, hoje Ministra do c.STJ, *DJ* de 30/03/1998, p.

224 e AC 1999.01.00.018661-8-DF, Rel. Juiz convocado Evandro Reimão dos Reis, *DJ* de 15/04/2002, p. 138.

Aplico ao caso dos autos, em que o cheque foi adulterado, idêntico posicionamento.

Nessas circunstâncias, incumbe ao banco, ao ser demandado, provar a culpa do cliente (exclusiva ou recíproca), o que não ocorreu. A CEF se limitou a defender que, diante da autenticidade da assinatura e de adulteração imperceptível, não há como opor o pagamento do cheque. No entanto, a adulteração do ano do cheque (fls. 10) é de uma grosseria flagrante, sendo perceptível *primo oculi*.

Sérgio Cavalieri Filho, ao tratar sobre a responsabilidade extracontratual dos bancos, em seu livro Programa de Responsabilidade Civil, 2ª ed., São Paulo, págs. 305/306, ensina que:

O banco tem o dever de vigilância e direção sobre os prepostos, em razão de os haver escolhido. E o ato ilícito do preposto é ato ilícito do preponente, por força do mecanismo da substituição. Aquele que se faz substituir no exercício de múltiplas funções da empresa responde pelos atos dos que exercem a substituição precisamente o seu pessoal se considera extensão da pessoa ou órgão principal, constituindo uma longa *manus* da empresa.

Certo é que a recorrente obrou com negligência ao receber cheque com adulteração berrante, devendo arcar com as conseqüências, não podendo ser afastada sua responsabilidade.

Ademais, o título encontrava-se prescrito, pois foi emitido em 2001, apresentado e devolvido uma vez no mesmo ano, e reapresentado para cobrança em 30/01/2004, o que evidencia a ausência das cautelas exigíveis pelo serviço prestado pelo banco. Nesse sentido, o nexo de causalidade, da mesma forma, é decorrente de sua atitude.

IV – Ademais, como igualmente pacificado no âmbito do STJ, “não se exige prova cabal de algum prejuízo, bastando a demonstração do fato violador” (Cfr. REsp. 678.878/MT, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, *DJ*. 06/06/2005).

Feitas estas considerações, comprovado o fato danoso, pela ilicitude da conduta da recorrida, impõe-se o dever de indenizar.

Na difícil e intrincada missão de se estipular os danos morais, cabe ao magistrado, na ausência de critérios específicos e matemáticos, sopesar as circunstâncias do fato, reveladas pela extensão dos danos morais, capacidade econômica do réu e pela situação social do autor.

É evidente que a compensação de um cheque emitido há anos, fraudado e prescrito, representa certo dissabor à autora, ao passo que lhe obriga a reorganizar boa parte de seus compromissos financeiros, já que o valor debitado representa quase um terço de seus rendimentos à época. No entanto, tal desconforto não é de grande monta.

Já a recorrente, por ser uma instituição financeira, de longa tradição, estruturada em todo o País e gozando de boa credibilidade no setor onde atua, dispensa maiores comentários quanto ao seu real e efetivo potencial econômico, para suportar o ônus financeiro, em decorrência de seu ato culposos.

Enfim, em que pese a extensão mínima do dano moral, associado à imagem singular da autora, no contexto social em que vive, a fixação da indenização, se por um lado, não encontra respaldo para ser exorbitante, por outro, *não pode ser irrisório a ponto de nada significar para a recorrente*, diante da sua reconhecida capacidade financeira.

Portanto, aquilatando-se a pequena extensão do dano moral, a situação social da autora e a sólida situação financeira da recorrente, e para assegurar à lesada a justa reparação pelos danos sofridos, entendo que deve ser mantido o valor indenizatório fixado na sentença a título de danos morais (R\$ 1.000,00).

Posto isto, voto pelo conhecimento do Recurso e seu improvimento. Condeno a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação (art. 55 da Lei 9.099/1995). Sem custas. É o voto.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br).

Quebra de sigilo de dados constitucionalmente protegidos. Requisição direta do Ministério Público. Necessidade de intervenção judicial.

A quebra de sigilo constitucionalmente protegido, sem intervenção judicial, lesiona direito que não pode ser excluído da apreciação do Poder Judiciário, conforme preceitua o art. 5º, XII e XXXV, da Constituição Federal, não podendo, portanto, prevalecer documentação obtida à sorrelfa da garantia constitucional.

MS 2007.01.00.016667-0/PA

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – 2ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 20/07/2007

Energia elétrica. Inadimplência. Suspensão do fornecimento. Resguardo dos serviços de educação, saúde e segurança públicas.

É legítimo o corte de energia elétrica fornecida a município inadimplente, ressalvados os órgãos que prestam serviços nas áreas de educação, saúde e segurança públicas, em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

AMS 2005.39.01.001288-6/PA

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 27/07/2007

Idoso. Transporte coletivo interestadual. Reserva de vagas. Benefício instituído por lei. Concessão de serviços públicos. Política tarifária. Prerrogativa. Natureza assistencial.

Afigura-se manifestamente improcedente o recurso contra decisão que indefere pedido de liminar pelo qual a agravante pretende esquivar-se do cumprimento do dispositivo legal que a obriga a reservar duas vagas e conceder descontos a idosos no transporte coletivo interestadual, sob pena de colocá-la em posição privilegiada em relação a suas concorrentes. Precedente do STF.

AGA 2007.01.00.001412-1/DF

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 09/07/2007

Créditos tributários sujeitos a autolancamento. Declaração de débitos e créditos tributários federais (DCTF). Prescrição. Prazo. Início.

Nos tributos sujeitos a autolancamento, a DCTF seguida de não-pagamento enseja constituição do crédito tributário, sujeito, entretanto, a homologação pelo Fisco no prazo decadencial de cinco anos. Somente decorrido esse prazo, ocorre a homologação, expressa ou tácita, quando, então, tem início o prazo prescricional.

AC 1997.41.00.003755-0/RO

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Catão Alves – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 06/07/2007

Taxa de manutenção das redes e dos serviços de iluminação pública. Ausência de divisibilidade. Base de cálculo própria de imposto.

Os serviços de manutenção das redes e de iluminação de vias e logradouros públicos são prestados à coletividade, portanto, são serviços públicos *uti universi*, carecendo do requisito da divisibilidade, dado que não são referíveis individualmente a cada contribuinte per si. Assim, por não existir na fruição de tais serviços vinculação ou referibilidade ao contribuinte, devem ser custeados mediante os impostos em geral.

AC 2000.38.01.000653-0/MG

Rel.: Des. Federal Leomar Amorim – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 27/07/2007

Contribuição previdenciária. Gratificação de Atividade Executiva (GAE). Impossibilidade de desconto nos vencimentos de parcelas não recolhidas no momento oportuno. Necessidade de procedimento administrativo próprio. Boa-fé.

Não pode haver desconto nas folhas de pagamento da contribuição previdenciária incidente sobre a GAE que não foi recolhida no período de dezembro/92 a novembro/93, em razão de erro da Administração, sem que haja procedimento administrativo próprio garantindo ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa. E, ainda que a contribuição previdenciária sobre a GAE fosse devida no período citado, não se pode exigir a sua restituição em face da boa-fé do servidor.

AC 1998.01.00.086570-3/RO

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 20/07/2007.

Estatística

JULHO/2007

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos	122
Recursos Especiais Admitidos	311
Recursos Extraordinários Não-Admitidos	282
Recursos Especiais Não-Admitidos	527
Despachos Diversos	74
Decisões Diversas	10
Recursos Especiais Adesivos Não-Admitidos	2
Decisões em Plantão	2
Suspensão de Segurança Deferidas	2
Suspensões de Segurança Indeferidas	6
Decisão diversa em Suspensão de Segurança	1
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança	6
Agravos Regimentais Prejudicados	10
Agravos Regimentais Não-Providos	2
Embargo de Declaração Acolhido	1
Embargos de Declarações Rejeitados	6
RE-Eletrônico Encaminhado P/STF via COREC	81
Informações por ofício ao STF e STJ	63
TOTAL	1.508

Dados fornecidos pela ASRET

SECRETARIA JUDICIÁRIA

Despachos Diversos	57
TOTAL	57

Dados fornecidos pela SECJU

COORDENADORIA DE EXECUÇÃO JUDICIAL

Despachos em Precatórios	2
TOTAL	2

SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS

Informações em Mandados de Segurança	4
Informações em Ações Ordinárias	5
Informação Prestada em Rito Especial	1
Informações Prestadas à AGU	6
Informação Prestada ao CNJ	1
Despachos em Procedimentos Administrativos	23
Apostilas	7

Atos	58
Portarias	24
Ofícios	106
TOTAL	235

Dados fornecidos pela SECRE

VICE-PRESIDÊNCIA

RESP Admitidos	131
RESP Inadmitidos	278
RE Admitidos	38
RE Inadmitidos	104
COREC com Decisões Diversas	11
Devolvidos com Despachos/Decisões	12
Acórdãos (Relator)	3
Votos-Vista	2
Votos Desempates	4
TOTAL	583

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções (RESP/RE)	954
Remetidos à ASVIP com RESP/RE	471
Remetidos à ASRET com RESP/RE	595
Remetidos ao STF (RE e AG/RE)	148
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF (RE e AG/RE)	21
Remetidos ao STJ (RESP e AG/RESP)	715
Recebidos do STJ	107
Recebidos do STF	265
Remetidos por Baixa Definitiva	1.112
Remetidos ao Arquivo Judicial	150
Sobrestados na COREC	912
Agravos Processados	661
TOTAL	6.111

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	344
Recursos Inadmitidos	658
Despachos Diversos	60
TOTAL	1.062

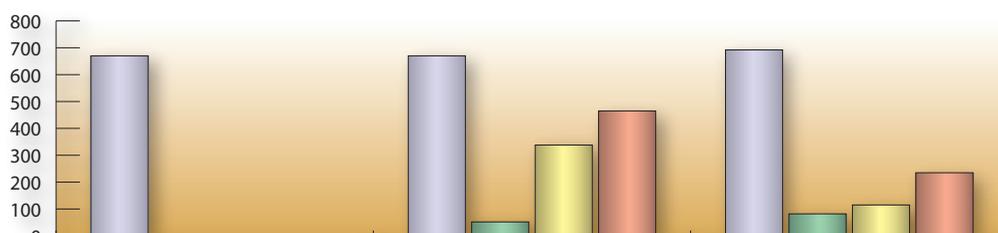
PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	150
Recursos Inadmitidos	322
Despacho Diverso	1
TOTAL	473

Dados fornecidos pela COREC

DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

1ª Turma



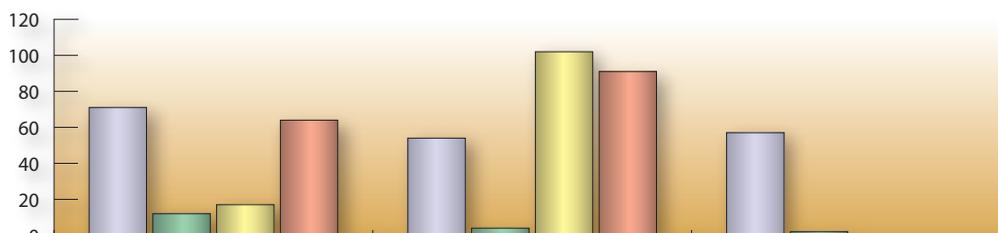
	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Distribuídos	670	670	692
Desp. Term. Publicados		52	82
Julgados		338	115
Acórdãos Publicados		465	235

2ª Turma



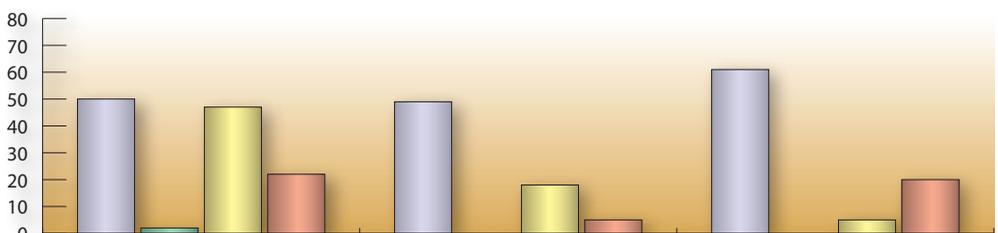
	Carlos Moreira Alves	Aloísio Palmeira Lima	Neuza Alves
Distribuídos	663		675
Desp. Term. Publicados	60		134
Julgados	250		323
Acórdãos Publicados	262	2	99

3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Tourinho Neto	Olindo Menezes
Distribuídos	71	54	57
Desp. Term. Publicados	12	4	2
Julgados	17	102	
Acórdãos Publicados	64	91	

4ª Turma



	Ítalo Fioravanti Sabo Mendes	Mário César Ribeiro	Hilton Queiroz
Distribuídos	50	49	61
Desp. Term. Publicados	2		
Julgados	47	18	5
Acórdãos Publicados	22	16	20

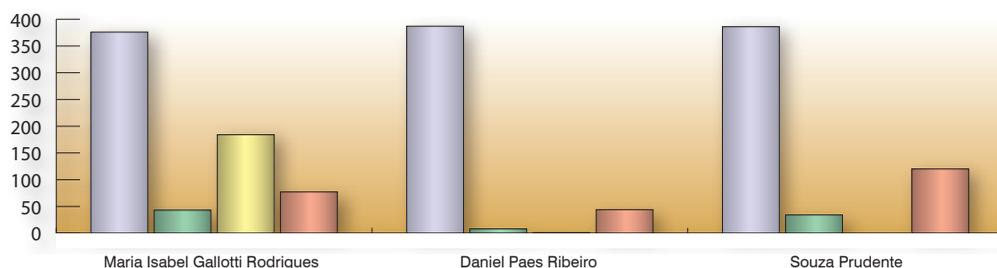
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

5ª Turma



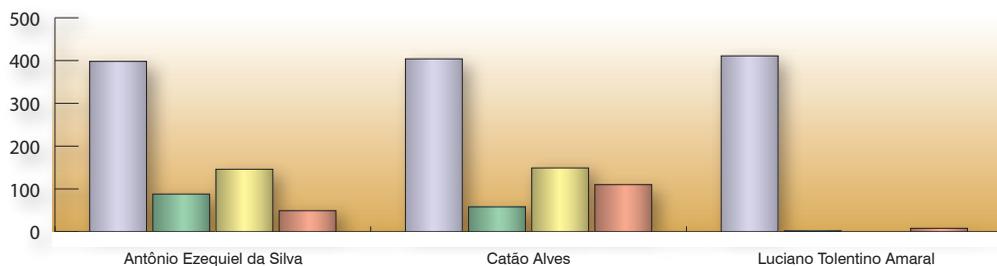
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	377	356	352
Desp. Term. Publicados	428	7	106
Julgados	114		145
Acórdãos Publicados	93	4	259

6ª Turma



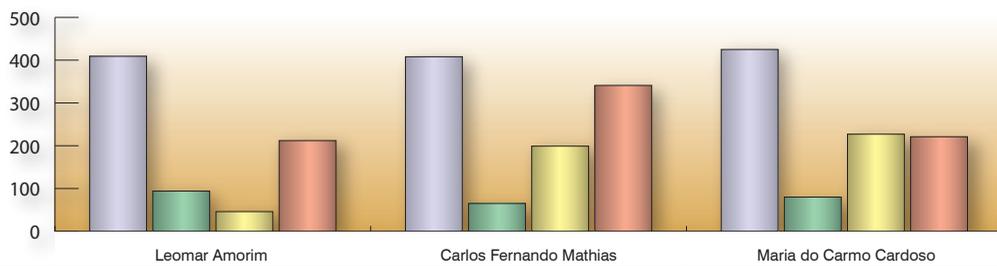
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	376	387	386
Desp. Term. Publicados	43	8	34
Julgados	189	1	
Acórdãos Publicados	77	44	120

7ª Turma



	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	398	404	411
Desp. Term. Publicados	88	58	2
Julgados	146	149	
Acórdãos Publicados	49	110	8

8ª Turma

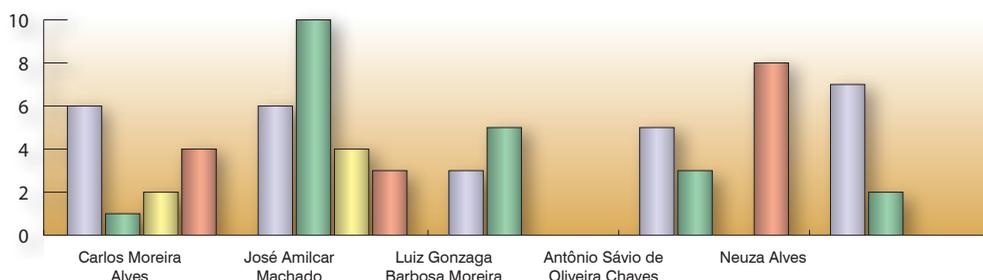


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	409	408	425
Desp. Term. Publicados	94	65	80
Julgados	46	199	227
Acórdãos Publicados	212	341	221

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES

1ª Seção

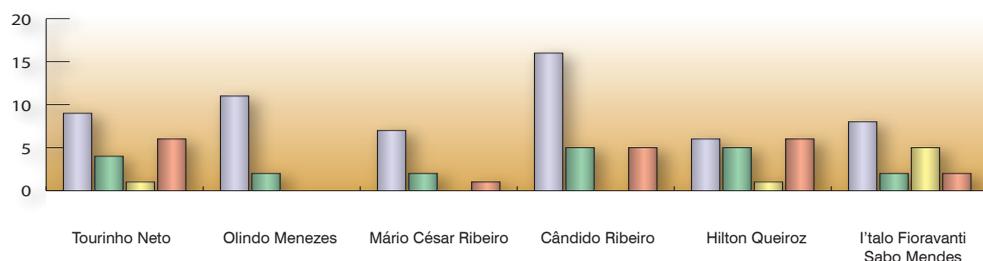
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	6	6	3	5	7	
Desp. Term. Publicados	1	10	5	3	2	
Julgados	2	4				
Acórdãos Publicados	4	3		8		

2ª Seção

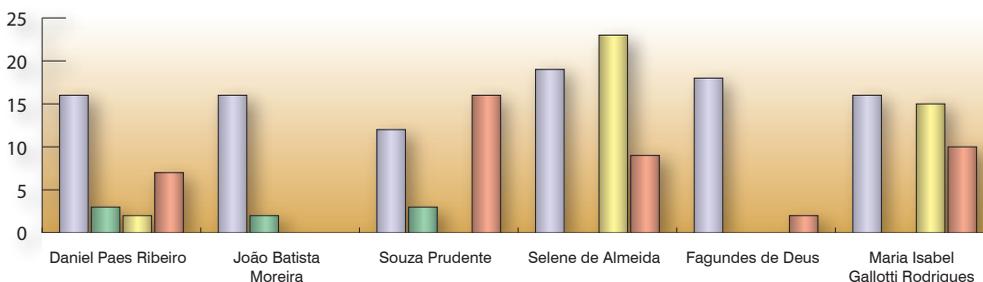
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	9	11	7	16	6	8
Desp. Term. Publicados	4	2	2	5	5	2
Julgados	1				1	5
Acórdãos Publicados	6		1	5	6	2

3ª Seção

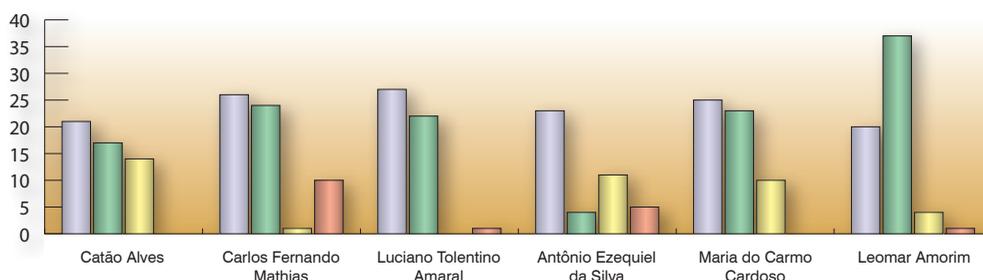
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	16	16	12	19	18	16
Desp. Term. Publicados	3	2	3			
Julgados	2			23		15
Acórdãos Publicados	7		16	9	2	10

4ª Seção

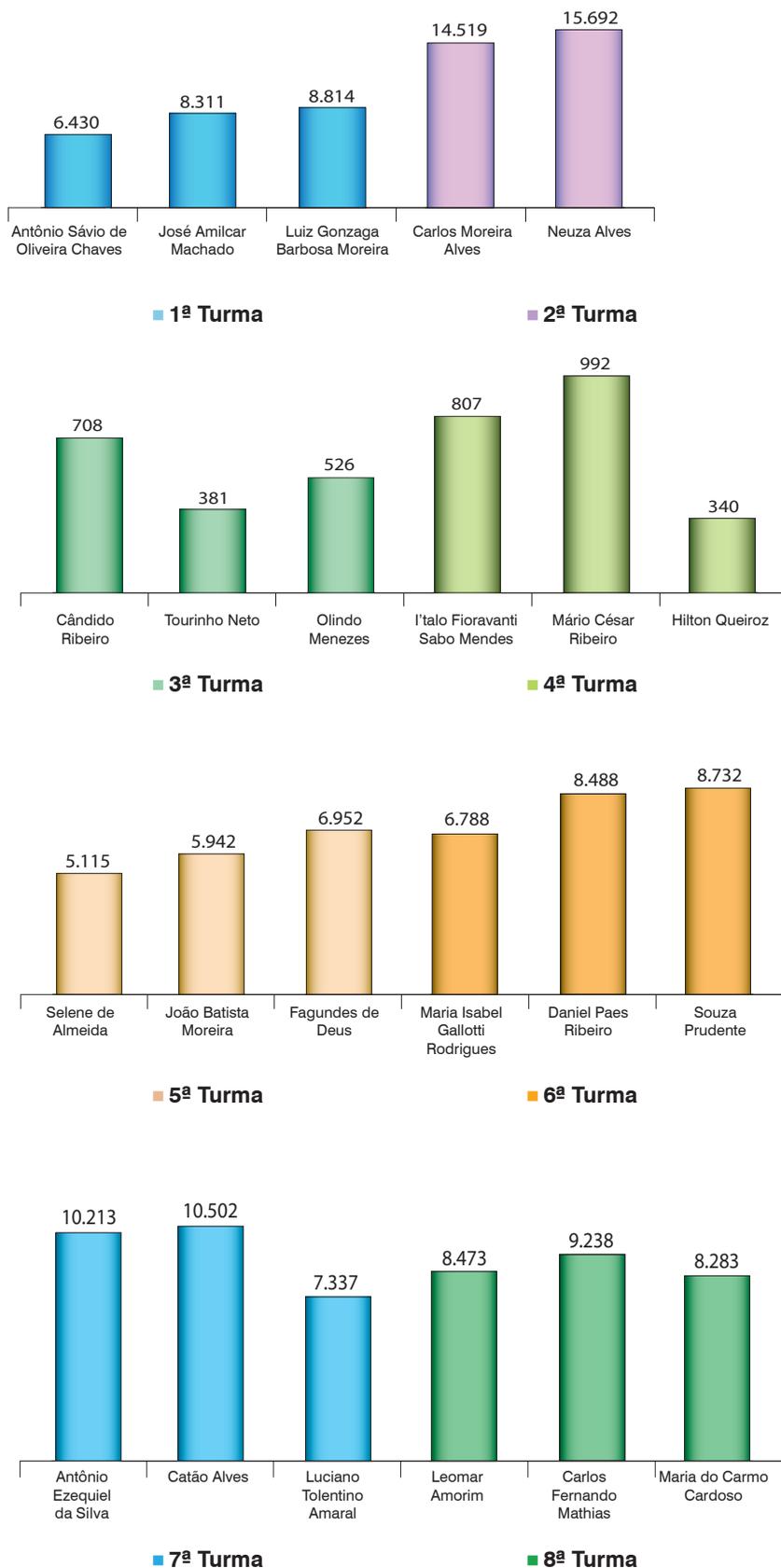
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	21	26	27	23	25	20
Desp. Term. Publicados	17	24	22	4	23	37
Julgados	14	1		11	10	4
Acórdãos Publicados		10	1	5		1

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.

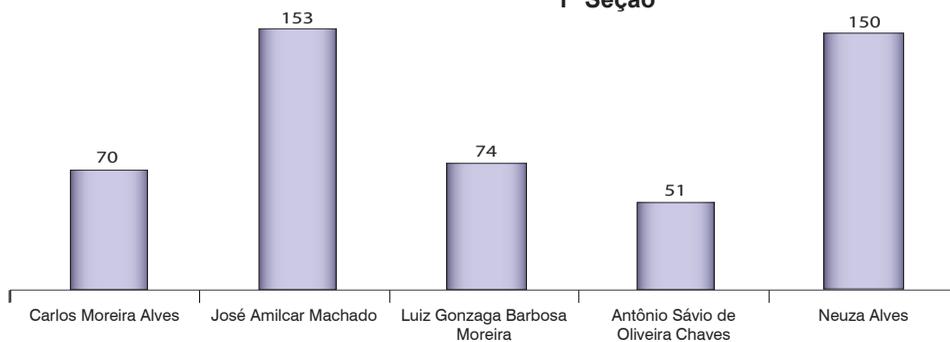
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – matéria penal em geral; II – improbidade administrativa; III – desapropriação direta e indireta.

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.

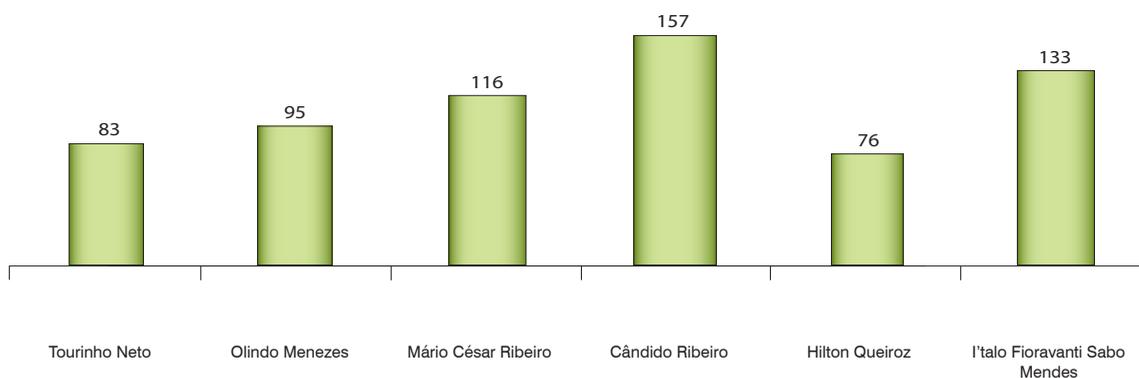
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições; II – impostos; III – taxas; IV – contribuições de melhoria; V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS; VI – empréstimos compulsórios; VII – preços públicos; VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES

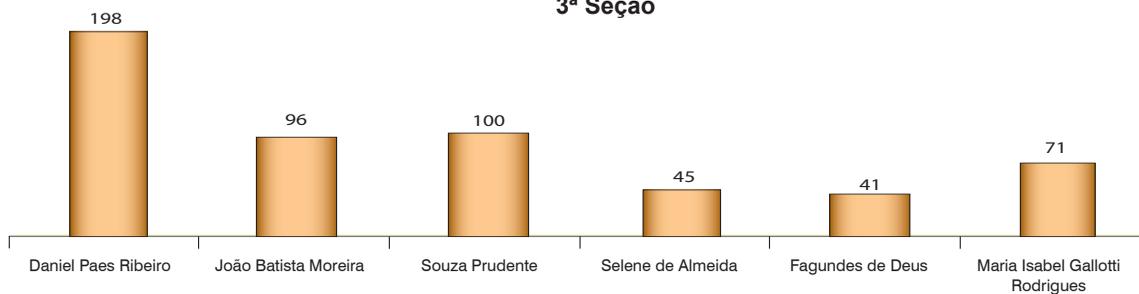
1ª Seção



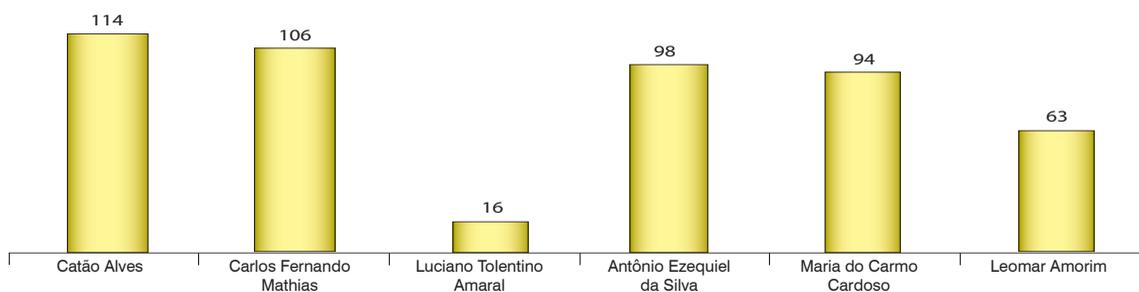
2ª Seção



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		68	135
Antonio Cláudio Macedo da Silva	2ª Turma		1	
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma	2	51	31
Carlos Augusto Pires Brandão	3ª Seção		2	
	6ª Turma	16	216	43
Cesar Augusto Bearsi	5ª Turma	5		102
Cleberon José Rocha	2ª Turma	61	63	264
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma	3	68	33
Francisco Neves da Cunha	2ª Turma			3
Francisco Renato Condevila Pinheiro	7ª Turma	5	81	10
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma		5	45
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção		7	5
	1ª Turma	114	243	39
Ivani Silva da Luz	2ª Turma			1
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma			3
Klaus Kuschel	4ª Turma	3	61	19
Leão Aparecido Alves	3ª Seção			2
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	2ª Seção		9	
	3ª Turma	2	74	14
Manoel José Ferreira Nunes	1ª Turma			3
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	3ª Seção		4	4
	5ª Turma	152	65	126
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		27	25
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	18		381
Moacir Ferreira Ramos	3ª Seção		1	
	6ª Turma	32	166	21
Mônica Neves Aguiar da Silva	1ª Seção	8	28	
	2ª Turma	151	678	341
Ney de Barros Bello Filho	2ª Seção		12	6
	4ª Turma	8	95	40
Osmane Antonio dos Santos	8ª Turma			53

Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		15	2
	7ª Turma	168	284	298
Raquel Soares Chiarelli	5ª Turma	1		
Roberto Carvalho Veloso	4ª Seção		3	3
	8ª Turma	15	70	57
Rogério Volpatti Polezze	5ª Turma	1		
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção			6
	4ª Turma	1	16	52
Saulo José Casali Bahia	2ª Seção	4	1	3
	3ª Turma	5	89	53
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção		2	
	1ª Turma			4
Sônia Diniz Viana	1ª Turma	25	145	129
Vânia Cardoso André de Moraes	3ª Turma		1	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		

Repositórios Oficiais de Jurisprudência*

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ 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;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB.

*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.

