

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EIAI Nº 1999.04.01.014944-9/RS

RELATOR : Des. Fed. LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
EMBARGANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO – FUNAI
ADVOGADO : Soraya Freitas Fortes
EMBARGANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – FUNASA
ADVOGADO : Marcilene Gursen de Miranda Arraes
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE DO PROCESSADO. QUESTÃO DE ORDEM. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, rejeitar a questão de ordem e conhecer em parte dos embargos declaratórios para, na parte em que conhecido, rejeita-los, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de junho de 2005.

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
Nº de Série do Certificado: 32303035303430373135313533313032
Data e Hora: 15/07/05 4:48:22 PM

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EIAI Nº 1999.04.01.014944-9/RS

RELATOR : Des. Fed. LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
EMBARGANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO – FUNAI
ADVOGADO : Soraya Freitas Fortes
EMBARGANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – FUNASA
ADVOGADO : Marcilene Gursen de Miranda Arraes
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão deste Colegiado ementado nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. ARTS. 6º E 196 DA CF/88. EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE.

- 1. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico.*
- 2. Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são gravados pela eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.*
- 3. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau de eficácia imediata dos direitos fundamentais, porquanto, mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.*
- 4. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.*
- 5. A moderna doutrina, bem como autorizada jurisprudência, retirou força do dogma da intangibilidade do mérito administrativo, deixando ao Judiciário a faculdade de examinar também a motivação, sob o aspecto da razoabilidade, tomando considerável espaço onde imperava a discricionariedade.*
- 6. Dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, cassando a sentença que havia indeferido a inicial, determinando o retorno dos autos ao R. Juízo de origem para prosseguimento da ação.*

A embargante suscita, preliminarmente, a nulidade do processado desde a abertura de prazo para que impugnado o presente recurso, na medida em que não tendo sido a Advocacia da União devidamente intimada, transcorreu *in albis* o prazo ofertado para tanto. Notícia que, por força da Medida Provisória nº 1984–16/2000, a representação judicial da FUNAI e da FUNASA é de atribuição da AGU e, em não havendo a regular intimação pessoal do seu representante (artigos 35 e 37 da Lei Complementar 73/93 e . 6º da Lei 9.028/95), como na hipótese, caracterizada ofensa ao princípio do devido processo legal. Prosseguindo, a recorrente traça considerações acerca da sua inconformidade com o julgado embargado, pugnando pelo prequestionamento dos dispositivos legais indigitados em seu recurso.

É o relatório.

Apresento em mesa.

Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EAC Nº 1999.04.01.014944-9/RS

RELATOR : Des. Fed. LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
EMBARGANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO – FUNAI
ADVOGADO : Soraya Freitas Fortes
EMBARGANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – FUNASA
ADVOGADO : Marcilene Gursen de Miranda Arraes
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

– DA PRELIMINAR DE NULIDADE – Questão de Ordem –

Em primeira abordagem, cumpre abordar a preliminar argüida. De referir, desde já, que está ela situada impropriamente; eis que embargos de declaração são remédios para solucionar obscuridade, contradição ou omissão existentes na sentença ou no acórdão. Assim, em se tratando de pretensão vício ocorrido anteriormente ao julgamento, a mim não cabe, na função de relator para o acórdão, prestar sobre ela qualquer esclarecimento. A função por mim exercida está bem definida por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("Comentário ao Código de Processo Civil, Forense, 6ª Edição, p. 586), *verbis*:

"Costuma-se aludir ao 'relator do acórdão' com referência ao membro do colegiado a quem se atribuir a função de redigi-lo. O próprio Código usa a expressão no art. 531, parágrafo único. Tal modo de dizer, embora correntio, é impróprio: o juiz designado pelo presidente, na forma do art. 556, não relata o acórdão no mesmo sentido em que o relator relata a causa ou o recurso. Seria preferível, até para evitar confusões que se falasse em 'redator do acórdão' – o que consonaria com o teor do art. 556, que emprega o verbo 'redigir'. Trata-se, porém, de uso arraigado entre nós."

Assim, não conheço dos embargos de declaração no tópico. Todavia, tendo em vista o grau de prejudicialidade da questão levantada, cabe-me, por dever de ofício apresentá-la a essa Egrégia Segunda Seção, a título de QUESTÃO DE ORDEM, sobre a qual desde já me pronuncio, assim:

Devoto todo respeito às prerrogativas das instituições cujo escopo é a defesa do interesse público. É imprescindível que se dê cumprimento às determinações em lei expressas para que se propicie toda facilidade a que desempenhe a Advocacia da União seus mui elevados misteres.

No entanto, causa-me perplexidade o fato de que se suscite a título de nulidade requisito meramente de forma, sem que se deixe sequer palidamente vislumbrar um real prejuízo no universo de realidade fática. Sim, é verdade que a Advocacia da União deve ser intimada pessoalmente; tanto quanto é verdade que, *in casu*, não o foi. Mas também é verdade que ela não indica quais razões fundadas deixou de argüir, que questões novas de fato ou de direito diversas daquelas já afastadas à plena suficiência na questão de julgamento.

A Administração Pública, diversamente do que pode acontecer com o particular, nada ganha com a procrastinação dos feitos; ao advogado público não lhe convém o exercício de artifícios de chicana objetivando a delonga dos trâmites mediante o rebuscar de problemas formais. Não estou aqui a afirmar que tal tenha sido a intenção do ilustre subscritor dos embargos, que, certamente, guarda por escopo a defesa de

suas prerrogativas. Todavia, quando se cuida de uma minoria abandonada à miséria, morrendo à míngua de atendimento médico, em causa proposta pelo Ministério Público Federal, é de perguntar-se, *permissa maxima venia*, onde está o interesse público? Aqui, então, cumpre falar de efetividade da prestação jurisdicional e da soberania do *pas de nullité sans grief*, princípios que tornam imperativa a rejeição da questão de ordem.

A doutrina esclarece:

"Os diversos interesses que regem o processo preocupam-se tanto com a regularidade do andamento procedimental, como com a finalidade de garantir a efetiva participação dos atores processuais. Por isso, fala-se na formalidade com preocupação de segurança e liberdade.

A forma, contudo, não tem valor em si. Ela existe para evitar que a parte fique prejudicada na sua liberdade de atuação processual. Esse prejuízo é um entrave que dificulta a adequada participação das partes no processo.

Contudo, caso haja um ato cuja nulidade não chegou a tolher a liberdade de atuação de qualquer dos postulantes, não há prejuízo. Logo, não cabe falar em nulidade. Assim, o direito brasileiro consagra o adágio vindo do direito francês: pas de nullité sans grief.

É evidente a correlação entre o princípio do prejuízo e o princípio da finalidade e o do aproveitamento. Em todos, prevalece o interesse público em salvar o processo, exceto nas hipóteses em que a falta de forma afronta e prejudica o próprio interesse protegido. Há uma outra exceção em que não se aplica o princípio da irrelevância, apesar do prejuízo. É quando há o prejuízo, mas este foi causado pela própria parte prejudicada.

Assim, diante de ato nulo que não prejudicar a parte, o ato não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta (§ 1, art. 249 do CPC).

Aroldo Plínio Gonçalves (1993, p. 60) refere uma certa antinomia da lei quando trata do tema: de um lado diz que o ato é nulo, de outro lado não permite que se declare a nulidade. E justifica. A penalidade prevista para o ato nulo deve ser declarada dentro de outros. A norma que afasta o pronunciamento de nulidade do ato viciado é derogante de outras normas que determinam a imposição de penalidade. O que preexiste à declaração de nulidade é o ato viciado, e não a própria nulidade que, como sanção, só torna o ato nulo depois de aplicada."

(RUI PORTANOVA, in Princípios do Processo Civil, 2ª tir. Porto Alegre – Livraria do Advogado, 1997, p. 192/193).

Voto, pois, por rejeitar a questão de ordem.

– DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Quanto aos demais tópicos abordados, importante estabelecer, de saída, que a missão reparadora dos declaratórios tem por escopo sanar eventuais omissões, contradições ou obscuridades perpetradas à ocasião do julgamento do recurso (art. 535 do CPC), bem como atender ao requisito recursal do prequestionamento; lícito, também, mas em situações excepcionalíssimas, que lhes sejam atribuídos efeitos infringentes.

No que atine à ofensa aos dispositivos legais relacionados, é de se ver que *"o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos"* (RJTJESP 115/207). Inspirado em tal doutrina, não vejo necessário que o acórdão

aprecie todas as facetas da questão devolvida, nem se reporte a todos os preceitos legais atinentes ao tema.

Verifico, por outro lado, que a alegativa trazida não encontra refúgio em qualquer uma das hipóteses legais, porquanto está evidenciado o indisfarçável propósito de abrir debate acerca dos fundamentos do julgado, o que, à evidência, é incabível neste momento. Então, se a inconformidade veiculada guarda nítidos contornos infringentes e a pretensão de declarar o aresto, consoante as previsões legais, vem travestida da intenção de alcançar a reforma do julgado, o que demandaria o uso da via recursal adequada, devem ser rejeitados, no tópico, os declaratórios.

Registra a jurisprudência:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. SUM-98 DO STJ, SUM-282 E SUM-356 DO STF.

Nega-se provimento aos embargos declaratórios que, a pretexto de esclarecerem omissão, obscuridade ou contradição, buscam REDISCUTIR o mérito. Os embargos, neste caso, têm propósito meramente de prequestionamento, para interposição de recurso às instâncias superiores (SUM-98 do STJ, SUM-282 e SUM-356 do STF).

(EDAC n. 1998.04.01.023335-3/PR – 1ª Turma – Desembargador Federal Vladimir Freitas – DJ em 26.01.1999).

Sobre o prequestionamento dos dispositivos legais relacionais, creio não haver voz dissonante nesta Corte, bem assim naquelas superiores, do entendimento de que importa é que o acórdão debata, discuta e adote entendimento explícito sobre a questão federal ou constitucional, desnecessária a individualização numérica dos artigos em que se funda o decisório. Isto porque, sendo a missão constitucional da jurisdição recursal extraordinária julgar as causas decididas em única ou última instância (art. 102, III e 105, III, ambos da Carta da República), a só referência a normas legais ou constitucionais, dando-as por prequestionadas, não significa decisão a respeito dos temas propostos; imprescindível que as teses desenvolvidas pelas partes, e importantes ao deslinde da causa, sejam dissecadas no julgamento, com o perfilhamento de posição clara e expressa sobre a pretensão deduzida.

O prequestionamento numérico, então, é dispensado pela jurisprudência, como exemplificam as decisões que seguem:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – DIREITO ADQUIRIDO – AFRONTA À LICC – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO – APOSENTADORIA – EX-CELETISTA – ATIVIDADE INSALUBRE – AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO – POSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.

1 – No tocante ao art. 6º, da LICC, após a Constituição Federal de 1988, a discussão acerca da contrariedade a este dispositivo adquiriu contornos constitucionais, inviabilizando-se sua análise através da via do Recurso Especial, conforme inúmeros precedentes desta Corte (AG.REG. em AG nº 206.110/SP, REsp nº 158.193/AM, AG.REG. em AG nº 227.509/SP).

2 – Este Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento, mediante sua Corte Especial, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp nº 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP). Sendo a hipótese dos autos, afasta-se a aplicabilidade da Súmula 356/STF para conhecer do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional.

3 – *O servidor público que, quando ainda celetista, laborava em condições insalubres, tem o direito de averbar o tempo de serviço com aposentadoria especial, na forma da legislação anterior, posto que já foi incorporado ao seu patrimônio jurídico.*

4 – *Precedentes (REsp nºs 321.108/PB, 292.734/RS e 307.670/PB).* 5 – *Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar procedente o pedido do autor, ora recorrente, invertendo-se o ônus da sucumbência já fixados na r. sentença monocrática.*

(RESP 434129 / SC – Relator Min. JORGE SCARTEZZINI – DJ em DJ
DATA:17/02/2003)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – ALCANCE DO INSTITUTO. A exigência do prequestionamento não decorre de simples apego a determinada forma. A razão de ser está na necessidade de proceder a cotejo para, somente então, assentar-se o enquadramento do recurso no permissivo legal. Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, contando a parte sequiosa de ver o processo guindado a sede extraordinária com remédio legal para compeli-lo a tanto – os embargos declaratórios. A persistência da omissão sugere hipótese de vício de procedimento. Configura-se deficiência na entrega da prestação jurisdicional, o que tem contorno constitucional, pois a garantia de acesso ao judiciário há que ser emprestado alcance que afaste verdadeira incongruência, ou seja, o enfoque de que, uma vez admitido, nada mais é exigível, pouco importando a insuficiência da atuação do estado–juiz no dirimir a controvérsia. Impor para configuração do prequestionamento, além da matéria veiculada no recurso, a referência ao número do dispositivo legal pertinente, extravasa o campo da razoabilidade, chegando às raias do exagero e do mero capricho, paixões que devem estar ausentes quando do exercício do ofício judicante. Recurso extraordinário – violação a lei. Tanto vulnera a lei o provimento judicial que implica exclusão do campo de aplicação de hipótese contemplada, como o que inclui exigência que se lhe mostra estranha. Recurso extraordinário – violação a lei – registro de candidatos ao senado – suplentes – par. 3. Do artigo 45 da Constituição Federal I. Este dispositivo legal não disciplina o registro dos candidatos. Vulnera-o decisão que o tem como pertinente para, de forma peremptória, indeferir o registro de chapa em que apresentado apenas um suplente, pouco importando que a diligência objetivando a complementação respectiva esteja prevista em diploma legal de cunho ordinário. O desrespeito a este não serve à manutenção do esvaziamento dos direitos e garantias constitucionais explícitos e dos que decorrem dos princípios inseridos na lei maior.

(RE 128519/DF – RELATOR MINISTRO MARCO AURELIO – TRIBUNAL PLENO –
DJ EM 08–03–91).

Neste norte, rejeitam-se os declaratórios, porquanto no caso *sub examine* as questões relevantes da demanda foram analisadas e resolvidas pelo aresto embargado, sem, contudo, fazer referência expressa a todos os artigos indicados pela embargante.

Conheço em parte do recurso e, na parte em que conhecido, rejeito-o.

Em resumo: rejeito a questão de ordem e conheço em parte dos declaratórios e, na parte conhecida, também os rejeito.

É o voto.

Inteiro Teor (711818)

Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
Relator