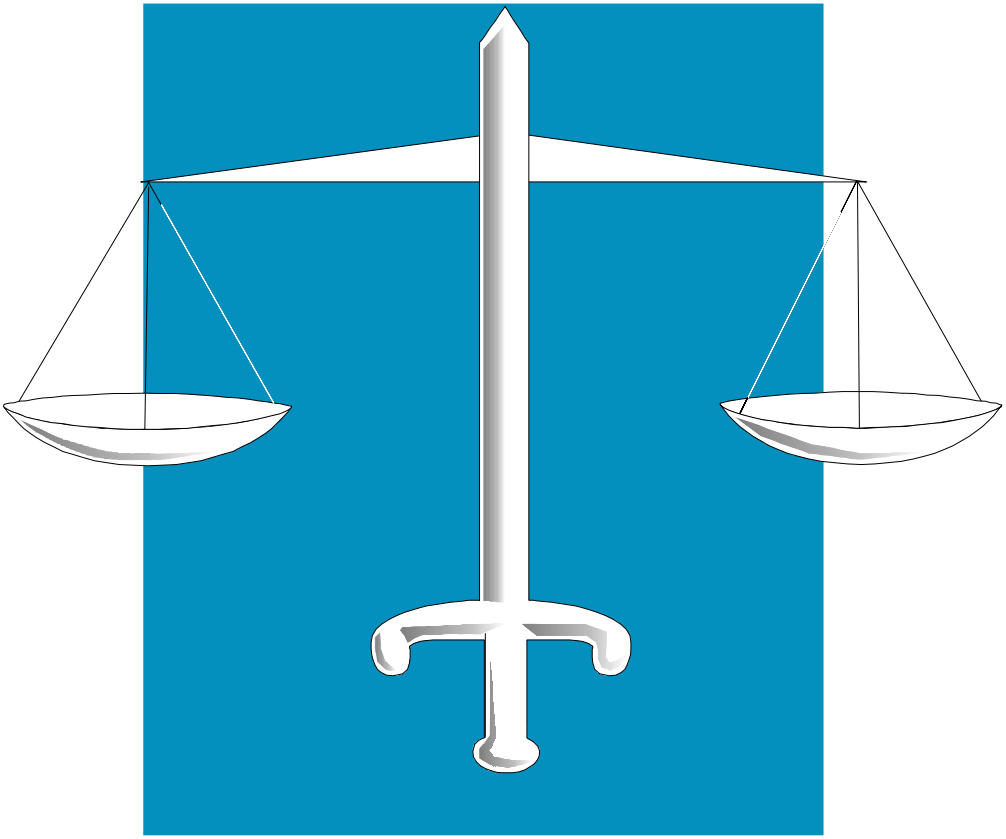
VOL. 4
N. 2

INSS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ISSN 0104-9607

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS



1997
JUL./
SET.

ARTIGOS, PARECERES, MEMORIAIS,

TESES, PEÇAS PROCESSUAIS,

JURISPRUDÊNCIA

## EXPEDIENTE

Publicação trimestral da Procuradoria Geral do INSS

Editor Responsável
***J**osé **W**eber **H**olanda **A**lves*

Diretora
***G**uilhermina **G**uilherme **M**artorelli*

Secretário Editorial
***J**oão **M**. de **L**. **K**uze*

Conselho Editorial

Titulares
José Weber Holanda Alves
Maria Helena J. Carvalho
Wagner Sampaio Palhares
Guilhermina Guilherme Martorelli
Ivan Ferreira de Souza
Maria Aline S. Portela
Milton Alves Sousa

Suplentes
Ayres Lourenço de Almeida Filho
Ligia Maria Azevedo Nogueira
Regina Célia dos Santos Alves
Adriana Maria de Freitas Tapety

**Editoração Eletrônica**
Assessoria de Comunicação Social/MPAS

*Solicitação de registro encaminhada ao INPI pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.*

# Revista da Procuradoria Geral do INSS

Brasília
Outubro/1997

© 1997 – Ministério da Previdência e Assistência Social

Não é permitida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização prévia do Editor.

Tiragem: 7.500 exemplares

Edição: Procuradoria Geral do INSS
SAS Quadra 2, Bloco "O", 5º andar
Tel.: (061) 226-7449 / 226-0837 / 313-4814
Fax: (061) 313-4740
CEP: 70070-907 – Brasília–DF

Informações: Secretário Editorial
Fone: (061) 313-4814

Distribuição: Assessoria de Comunicação Social/MPAS
Esplanada dos Ministérios, Bloco F, 8º andar
CEP: 70059-900 – Brasília-DF

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

V. Trimestral

Revista da Procuradoria Geral do INSS

Órgão Oficial da Procuradoria Geral do INSS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca. Seção de Processos Técnicos – MTb

R454 Revista da Procuradoria Geral do INSS. 1993 – Trimestral. Brasília, MPAS/INSS, 1997.

156 p.

1. Previdência social. 2. Previdência social – Jurisprudência.

CDD–341.67

# SUMÁRIO

**EDITORIAL** ..... 5

**PÁGINA LIVRE** ..... 6

**ARTIGOS**

— LIMITES À REVISIBILIDADE JUDICIAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS
★ *Jorge Ulisses Jacoby Fernandes* ..... 7

— O ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA NA JUSTIÇA FEDERAL
★ *Paulo Afonso Brum Vaz* ..... 43

— A AMPLITUDE DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E OS ASPECTOS JURÍDICOS DA DECISÃO-NOTIFICAÇÃO
★ *Marcos Maia Júnior* ..... 47

— COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS — QUESTÕES CONTROVERTIDAS
★ *Marco Aurélio de Oliveira Rocha* ..... 55

— DIREITO ALTERNATIVO
★ *Eustáquio Nunes Silveira* ..... 60

— PRESCRIÇÃO
★ *Luíz Vicente Cernicchiaro* ..... 62

— ASPECTOS GERAIS DA TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA
★ *Francesco Conte* ..... 65

— AS COOPERATIVAS DE TRABALHO
★ *Nayra Falcão* ..... 101

**PARECERES**

— Responsabilidade solidária de Órgão Público — incidência de multas. Parecer PG/CCAR nº 24/97 da lavra de ADRIANA MARIA DE FREITAS TAPETY, Procuradora-Chefe da Divisão de Consultoria de Arrecadação da PG do INSS ..... 105

## *Jurisprudência*

— Contratação de empresas paraestatais sem a apresentação de certidões comprobatórias de regularidade junto ao INSS e ao FGTS. TCU — Tribunal Pleno ..... 111

— Benefício previdenciário concedido após a CF de 88. Inaplicabilidade da Súmula 260-TFR. Efeitos infringentes a Embargos de Declaração a Ácordão com equívoco manifesto. STJ — Sexta Turma ..... 121

— Embargos de divergência em recurso especial. Prequestionamento. Erro material. STJ — Corte Especial ..... 123

— Reajuste de benefícios previdenciários. Lei 8.700/93. Julgamento antecipado da lide. TRF — 1ª Região ..... 128

— Previdenciário. Execução. Cálculos que desobedecem à coisa julgada. Embargos. Procedência. TRF — 1ª Região ..... 133

— Previdenciário. Aplicação da Súmula 260-TRF no que concerne a aposentados antes da CF de 88. Termo final dos efeitos financeiros. Prescrição. TRF — 1ª Região ..... 136

— Previdenciário. Estudante. Reconhecimento de tempo de serviço. TRF — 3ª Região ..... 139

— Bloqueio de valores depositados nas contas do INSS. Impossibilidade. Lei 8.213/91. ADINs 675-4/DF e 1252-5/DF. TRF 4ª Região ..... 141

— Contribuição Social. Custeio das aposentadorias e pensões dos servidores federais. Alíquota. TRF 4ª Região ..... 145

## *Atos Normativos*

— Ordem de Serviço/INSS/PG/Nº 35, de 13.08.97. Dispõe sobre o parcelamento de valor correspondente à arrematação de bem em hasta pública e dá outras providências ..... 149

— Ordem de Serviço/INSS/PG/Nº 36, de 14.08.97. Dispõe sobre autorização para transigir, …, INSS …, sobre parcelamento de verba de sucumbência e dá outras providências ..... 153

# *Editorial*

Na edição correspondente ao trimestre JAN./MAR.97 (Vol. 3/N.4) anunciamos, no Editorial, a abertura de espaço para discussão do tema "Direito adquirido e Constituição".

Esperávamos que muitos dos nossos leitores viessem a se interessar pelo assunto. Para surpresa nossa, nenhum artigo digno de ser veiculado chegou até o momento. Será que o tema não tem a importância que imaginamos ou tem e é de difícil tratamento? Com a palavra os nossos doutos leitores.

A propósito, temos como oportuno trazer-se à colação, do MANUAL DE REDAÇÃO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, editado em 1991, elaborado por Comissão presidida pelo ilustre Prof. Gilmar Ferreira Mendes, os excertos seguintes:

> "A Constituição Federal de 1988 reproduz no art. 5º, XXXVI, fórmula já tradicional do Direito Constitucional brasileiro, segundo a qual *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*".Trata-se de postulado fundamental de segurança jurídica, pedra angular do Estado de Direito.
>
> Com a consagração dessa fórmula, impõe o constituinte que o legislador não só respeite as situações jurídicas individuais consolidadas, mas que também preserve os efeitos que há de se protair. Da mesma forma, exige-se que lei respeite a coisa julgada, abrangida tanto a coisa julgada formal, que impede a discussão da questão decidida no mesmo processo, quanto a coisa julgada material, que obsta à discussão da questão decidida em outro processo".

—•—

O Prof. Celso Ribeiro Bastos estará abrilhantando a edição do último trimestre de 97, com LIMINAR, FACA DE DOIS GUMES.

—•—

Esta edição deverá circular em dezembro ou mais tardar em janeiro de 98. Colhemos esta oportunidade para levarmos aos nossos leitores e colaboradores, junto com os nossos votos de Boas Festas, um sentimento de esperança no futuro da humanidade, em especial dos brasileiros, repleto de paz, entendimento e progresso, sob as luzes do Direito e da Justiça.

**DÍVIDA ATIVA DO INSS. ARRECADAÇÃO.** As UFs contribuíram (R$), individualmente, no 3º trimestre de 97, com os quantitativos seguintes:

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **AC** | 134.231,36 | **AL** | 2.821.642,46 | **AM** | 2.579.458,68 | **BA** | 8.289.365,99 |
| **CE** | 3.054.571,00 | **DF** | 2.353.857,42 | **ES** | 2.749.434,00 | **GO** | 3.424.728,12 |
| **MA** | 1.556.772,84 | **MG** | 22.901.092,66 | **MS** | 2.107.873,00 | **MT** | 3.993.412,42 |
| **PA** | 2.290.541,93 | **PB** | 3.758.375,50 | **PE** | 3.875.843,87 | **PI** | 1.205.696,53 |
| **PR** | 5.269.772,01 | **RJ** | 10.446.539,83 | **RN** | 4.098.248,03 | **RO** | 1.580.584.03 |
| **RS** | 7.899.928,20 | **SC** | 3.238.367,21 | **SE** | 635.773,19 | **SP** | 26.322.893,57 |
| **TO** | 438.394,21 | | | | | | |

Total arrecadado = R$ **127.047.398,06**

***RANKING.*** As Procuradorias Estaduais do INSS, com base na Arrecadação/ Estoque da Dívida Ativa, de **maio** a **setembro** de **97**, ocuparam as seguintes posições:

| UF | MAI | JUN | JUL | AGO | SET |
|---|---|---|---|---|---|
| **AC** | **25º** | **25º** | **25º** | **25º** | **15º** |
| **AL** | **17º** | **23º** | **15º** | **20º** | **20º** |
| **AM** | **18º** | **8º** | **6º** | **11º** | **14º** |
| **BA** | **13º** | **15º** | **9º** | **7º** | **10º** |
| **CE** | **11º** | **9º** | **10º** | **10º** | **13º** |
| **DF** | **23º** | **22º** | **14º** | **21º** | **25º** |
| **ES** | **21º** | **13º** | **12º** | **14º** | **9º** |
| **GO** | **15º** | **14º** | **19º** | **16º** | **12º** |
| **MA** | **7º** | **7º** | **13º** | **12º** | **11º** |
| **MG** | **2º** | **4º** | **7º** | **5º** | **5º** |
| **MS** | **6º** | **12º** | **8º** | **9º** | **7º** |
| **MT** | **4º** | **1º** | **4º** | **3º** | **3º** |
| **PA** | **9º** | **11º** | **11º** | **17º** | **16º** |
| **PB** | **1º** | **3º** | **2º** | **2º** | **2º** |
| **PE** | **14º** | **21º** | **22º** | **8º** | **22º** |
| **PI** | **12º** | **10º** | **5º** | **13º** | **4º** |
| **PR** | **10º** | **17º** | **18º** | **15º** | **18º** |
| **RJ** | **16º** | **18º** | **21º** | **24º** | **24º** |
| **RN** | **3º** | **2º** | **1º** | **1º** | **1º** |
| **RO** | **5º** | **5º** | **3º** | **4º** | **6º** |
| **RS** | **22º** | **19º** | **16º** | **22º** | **21º** |
| **SC** | **20º** | **20º** | **23º** | **19º** | **19º** |
| **SE** | **24º** | **6º** | **20º** | **18º** | **17º** |
| **SP** | **19º** | **24º** | **24º** | **23º** | **23º** |
| **TO** | **8º** | **16º** | **17º** | **6º** | **8º** |

# LIMITES À REVISIBILIDADE JUDICIAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

*JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES* *

O aprimoramento da atividade de controle externo da Administração Pública, no plano constitucional, ressuscitou a importância do estudo sobre os limites à revisibilidade pelo Poder Judiciário das decisões dos Tribunais de Contas.

Mesmo que no Brasil essa instituição já tenha ultrapassado um século de existência, pesquisa sistemática da doutrina e da jurisprudência demonstram que o tema nunca esgotou a sua riqueza de conteúdo.

Se a discussão sobre os meios e formas de atuação dos Tribunais de Contas provoca extenso rol de opiniões diversificadas é natural que os grandes temas que lhe são correlatos também não encontrem uniformidade de teses. Num extremo, por má vontade ou ignorância, ou ambos, perfilam os que desprezam a relevância dessas instituições, e, como corolário só podem ver nas respectivas decisões um *res nullius*; no outro, integrantes de uma elite mais esclarecida, atenta ao inegável avanço institucional que se vem operando, reconhecem que são salutares e necessárias, ponderando pelo valor jurídico e ampla eficácia das decisões dos Tribunais de Contas.

Em decorrência, parcela de juristas de escol tem demonstrado pouco interesse no aprofundamento do tema, enquanto outra, por incompreensão das peculiaridades dessa atividade, procuram forçar ou ajustar os matizes ao espectro inadequado das teses do direito processual, deformando sua natureza jurídica e seus exatos contornos.

As teses que procuram reduzir o valor das decisões dos Tribunais de Contas pecam em três pontos: primeiro, porque não resistem a um exame sério e articulado; segundo, porque não correspondem a doutrinária mais elaborada e a jurisprudência mais tradicional dos Tribunais Superiores; terceiro, porque assentam-se em silogismos e argumentações válidas se existisse apenas um direito processual. Esse último aspecto, tem por causa — é forçoso reconhecer — a culpa maior dos que vivenciam na área jurídica do controle externo, porque cônscios do acerto de suas posições não estabelecem uma dialética, conformando-se em que as teses de elaboração perfunctórias sejam mais divulgadas. Lamentavelmente, muitos ainda confundem popularidade da doutrina com correção e ciência.

A história tem condenado ao esquecimento as teses que buscam considerar inexistentes perante o Judiciário as decisões dos Tribunais de Contas, uma vez alcançado o interesse escuso que lhe era subjacente. Permanecem sólidas, com todo o vigor jurídico e lógico, as posições que defendem, com amparo científico e constitucional, a força judicante dos pronunciamentos, em determinadas matérias, pelos Tribunais de Contas.

Nas linhas a seguir, tendo ciência de que os fatos não são novos mas apenas visualizados sob a nuança da evolução do direito constitucional positivo, que permitiu o desenvolvimento progressivo de argumentação, e, ainda cônscios de que o espaço deste veículo visa a diversidade de temas e não a sua monopolização, são apresentadas, divididas didaticamente, algumas reflexões sobre o tema.

Constitui preliminar inarredável lembrar e situar, com a precisão científica possível, o conteúdo dos institutos do direito processual, como coisa julgada, jurisdição e outros que lhe são afins.

**A jurisdição e a coisa julgada**

A história do Direito revela que o *processo* como instrumento para a composição da lide decorreu de significativa evolução da convivência social que teve por pressuposto a existência da norma, a transferência do direito de interpretar a mesma a terceiro que detivesse a possibilidade de tornar efetivo o comando jurídico, mesmo diante da eventual recalcitrância.

Em todos os compêndios[1], a jurisdição é conceituada com pequenas variações, como o poder do Estado de aplicar o Direito a o caso concreto[2]. Reportando-se a etimologia do termo, o insuperável Pontes de Miranda trazia o conceito com o seguinte significado: “O sentido exato é o de poder dizer o direito (*dicere ius),* razão por que se há de exigir o pressuposto conceptual de julgamento, de “dizer”(*dictio)* qual a regra jurídica, o *ius,* que incidiu”.

---

[1] Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil do Brasileiro, 1º vol., §§ 27-37; João Mendes Júnior, Direito Judiciário Brasileiro, 1918. p. 29/31; Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, 1975, 1º vol. tomo I, nº 1; entre outros.

[2] Para fins de exposição preferimos referir apenas a corrente de opinião perfilada por Betti, Chiovenda, Wach e Raselli, para os quais a jurisdição é a atividade do Estado dirigida à atuação do Direito objetivo, mediante a aplicação da norma geral ao caso concreto e a realidade forçada da mesma norma geral. Não pode ser desconhecida a importância da corrente que sustenta ser a jurisdição a atividade com a qual o Estado provê à tutela do direto subjetivo ameaçado ou violado, defendida por Hellwig Gerber e Manfredini, entre outras.

Assim entendida, a jurisdição tem por objetivo imediato, a composição de conflitos; mediato, a conservação e o desenvolvimento das condições de vida em sociedade.

A função jurisdicional, conforme compacta e uniforme doutrina, é, na atualidade, própria do Estado; outrora função do rei exclusivamente, depois transferida em parcelas a seus delegados; mais tarde aos magistrados superiores, em Roma, no período médio; em algumas civilizações, como os germânicos, a jurisdição era exercida pelo povo, deliberando em assembléias populares.[3]

Como atividade do Estado é uma da função da soberania, porque de nada adianta dizer o Direito aplicável ao caso concreto, sem que seja possível tornar efetiva e concreta essa interpretação. Não poderia, entretanto, o Estado aplicar o comando contido na regra jurídica se, em determinado momento do processo, não impusesse a *definitividade* do julgamento. Os próprios objetivos mediatos do Estado, que justificam a interferência na composição da lide — a conservação e o desenvolvimento das condições de vida em sociedade — impõem que após assegurada a possibilidade das pessoas envolvidas contraporem seus argumentos — efetivação dos princípio do contraditório — em determinado momento o pronunciamento sobre o Direito aplicável se estabilize para que se possa concretizar; cessem as possibilidades de manifestação sobre qual é a regra jurídica a ser aplicada e de recurso das decisões e um terceiro isento diga definitivamente qual é a que deve ser aplicada, com força para vencer recalcitrâncias, para que a paz social se concretize. É por isso que a jurisdição está intimamente associada à expressão *coisa julgada.*

Várias correntes de pensamento procuram explicar a natureza jurídica da coisa julgada. Para esse breve estudo interessa o atributo da imutabilidade do pronunciamento do Estado acerca do fato submetido a sua apreciação.[4]

---

[3] Também exerceram a jurisdição os senhores feudais e a Igreja.

[4] Assumiram relevo sobre o assunto as seguintes teorias, sintetizadas por Moacyr Amaral Santos, *in* Primeiras linhas de Direito Processual Civil, Ed. Saraiva, São Paulo, 15ª ed. 3º vol. p. 46 e segs. Teorias da Presunção da verdade de Upiano, renovada por Pothier e acolhida no Brasil no art. 815, do Regulamento nº 737, de 1850; teoria da ficção da verdade, elaborada por Savigny; teoria da força legal defendida por Pagenstecher; teoria da eficácia da declaração, elaborada por Hellwig, Binder e Stein; teoria da vontade do Estado, defendida por Chiovenda; teoria da imperatividade do comando da sentença, de Carnelutti; teoria de Liebman. teoria da extinção da obrigação jurisdicional, de Ugo Rocco. A elaboração de Hans Kelsen mostra-se mais didática e adequada ao direito positivo pátrio, por isso a preferimos.

Para Savigny é o princípio da coisa julgada que tornou impossível que se perpetue a instabilidade das relações de direito, é, portanto, firmou por ela a proteção das sentenças definitivas contra qualquer ataque ou modificação.[5]

Em sua obra Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen, assenta que:

— a sentença judicial encarta-se no processo criador do Direito;

— essa manifestação de vontade do Estado, na composição de um conflito, constrói a norma particular aplicável ao caso concreto;

— essa norma particular submete-se e conforma-se com as normas gerais superiores;

— as normas superiores, possuem eficácia até que outra a modifique ou revogue;

— essas mesmas normas superiores condicionam a validade, eficácia e mutabilidade da norma particular;

— quando a lei não mais faculta a modificação ou a alteração do pronunciamento do Estado, por motivos de certeza e segurança jurídica, diz-se que ocorre a coisa julgada, ou seja a superação de todas as impugnações.[6]

Efetivamente o conteúdo da jurisdição restaria vazio de significado lógico e prático, se não lhe seguisse a imutabilidade de decisão. Aliás, se as partes pudessem atacar a decisão judicial a qualquer tempo, seja por meio de recurso, ou por outro processo, ela não teria eficácia.

É portanto, o fundamento lógico-jurídico — epistemologia jurídica — que coloca o instituto da coisa julgada como indissociável da jurisdição.

Observa-se que tradicionalmente há uma firme divisão, proposta para fins didáticos, entre coisa julgada formal e material.[7]

Numa apertada síntese, os especialistas em Direito processual associam coisa julgada formal com a imutabilidade da própria sentença. Nesse sentido, o magistral escólio de Moacyr Amaral Santos: “A coisa julgada formal consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela

---

[5] Traité de droit romain, v.6, p. 256.

[6] Servimo-nos nessa última passagem da interpretação de Wilson de Souza Campos Batalha, *in* Tratado do Direito Judiciário do Trabalho, 2ª ed. rev. e atual. Ed. RT. São Paulo, p. 549.

[7] Liebman está entre uma restrita minoria de doutrinadores que negam a distinção entre coisa julgada formal e material. (Consulte, para maiores detalhes, Eficácia e Autoridade da sentença, p. 56/7)

preclusão dos prazos para recursos. Dá-se porque a sentença não poderá ser reformada por meio de recursos, seja porque dela não caibam recursos, seja porque estes não foram interpostos no prazo, ou porque do recurso se desistiu ou do interposto se renunciou."… "Imutável o ato, dentro do processo, esgota-se a função jurisdicional. O Estado tem por cumprida a sua obrigação jurisdicional"

A seu turno, coisa julgada material diz respeito relacão jurídica que foi apreciada, ou ao bem da vida assegurado ao autor ou réu, em virtude do pronunciamento do Estado, impedindo que em outro processo seja decidida de modo diferente. A coisa julgada material, na legislação pátria, como no Direito comparado, merece interpretação restrita, só se perfazendo entre as mesmas partes e mesmo objeto, não alcançando, na diccão do art. 472, do Código de Processo Civil, nem prejudicando terceiros.

**A visão unilateral do direito judiciário**

O Direito pátrio produziu expressivo rol de doutrinadores, com nomeada internacional, mas poucos estudiosos, com visão ampla do Direito, padecendo a grande maioria da restrita visão unilateral de um ramo. Esse aspecto diz respeito de perto ao problema em debate, vez que dele mais trataram especialistas do direito processual. Cingiram-se ao processo judiciário e sem densidade aplicaram os termos jurisdição vinculado a processo judiciário; coisa julgada a processo judiciário; recurso a processo judiciário; codificação do processo a processo judiciário; direito de defesa e contraditório a processo judiciário. Fizeram dessa posição tão arraigada doutrina — quanto obtusa — de tal modo que, ao contrário de outros países, impediram o surgimento de um código de processo administrativo, pretendendo restringir até o termo "processo" a uso do judiciário, quando foi esse que se apropriou daquele termo.

Felizmente, os melhores autores pátrios e as instâncias superiores dos Tribunais, como será amplamente demonstrado, consagram posição firme e em consonância com uma visão jurídica mais aprimorada, buscando corrigir equívocos graves em que órgãos e juristas menos avisados vêm incorrendo.

**Coisa julgada administrativa**

É indispensável analisar alguns comentários sobre a questão em epígrafe.

Sustentam alguns, simplesmente, a sua inexistência.

O sempre lembrado Hely Lopes Meirelles, como vários outros autores de nomeada, ao contrário dos demais temas que abordaram, nesse — coisa julgada administrativa — empreenderam uma perfunctória análise e concluíram que se trata apenas da preclusão administrativa que impede a reapreciação dos fatos. Textualmente aquele jurista declarou: "essa imodificabilidade não é efeito da *coisa julgada administrativa*, mas é conseqüência da *preclusão* das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável por via judicial."

Para fundamentar o entendimento, averba essa corrente de pensamento que perante o Judiciário qualquer decisão administrativa pode ser modificada, como estabelece o inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito).

Assim, generalizando o comando constitucional e os ensinamentos voltados para o direito processual, muitos autores de Direito Administrativo, no máximo admitem a noção de que há coisa julgada administrativa, mas — pasmem — só no âmbito da própria Administração, inibindo-se apenas a essa e não ao Judiciário a reapreciação do fato já decidido.

Ficaria o Poder Judiciário autorizado a rever completamente todos os atos administrativos até onde o "magistrado entenda ser seu campo de atuação".[8]

O assunto merece maior reflexão.

Com muito boa vontade e apenas como regra geral essa proposição seria admissível.

**Dos limites à revisão judiciária dos atos administrativos em geral**

Em primeiro plano, e também como princípio geral, ao Judiciário cabe apenas o *patrulhamento das fronteiras da legalidade*[9], vedado o exame quanto a conveniência e oportunidade.

[8] Lúcia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, São Paulo, p. 240

[9] Na feliz expressão de Cretella jr.

Não se trata de acolhimento de tese ortodoxa, ultrapassada ou de estudo reacionário. Não pode o juiz pretender examinar uma questão se não ficar evidenciada cristalina lesão a ordem jurídica. Em nome da harmonia — não dos Poderes, mas do Direito — não se admite o exercício da aplicação concreta da Lei com o afastamento da competência da autoridade administrativa.

Nesse sentido revela o culto José Cretella Jr: "Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora do seu policiamento".

O saudoso mestre Seabra Fagundes assinala que "o Judiciário, chamado a atuar no processo de realização do direito, para remover anormalidade porventura surgida, circunscreve o âmbito da sua atuação ao caso sobre o qual tenha sido provocado. Extinguindo-se a situação anormal com o seu pronunciamento, cessa, por isso mesmo, a razão de ser de sua interferência. A sentença não vai, portanto, via de regra, ao ponto de revogar de modo absoluto o ato da Administração. Constatando a infrigência constitucional ou legal cujas conseqüências recaem sobre o indivíduo através do ato administrativo, limita-se a considerá-lo inaplicável, no caso submetido ao seu conhecimento." E, mais adiante, acrescenta: "Concilia-se, dessarte, o amparo jurisdicional ao administrado, com a independência da Pública Administração. O controle se torna equilíbrio recíproco entre os poderes e não de prevalência dum sobre o outro. Revogado o ato, modificando-o, o que seria uma revogação parcial, ou suspendendo-o, o que importância numa revogação temporária, o Poder Judiciário confundir-se-ia com o Poder Executivo. Praticaria atos próprios deste, penetrando no âmbito das atividades reservadas ao poder que exerce a função administrativa".[10]

Com referência a esse entendimento parece haver razoável uniformidade entre os administrativistas, merecendo citar alguns excertos, além dos já transcritos que gizam com clareza.

"O aspecto da legalidade é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário. O de mérito não", ensina Celso Ribeiro Bastos, constitucionalista e administrativista, trazendo a colocação estes acórdãos:

> "Ao judiciário é vedado, no exercício do controle jurisdicional, apreciar o mérito dos atos administrativos, para dizer do acerto da justiça, da utilidade, da moralidade, etc., de cada procedimento. Não pode o juiz

[10] O controle dos atos administrativos, 4ª ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 159/161

substituir-se ao administrador; compete-lhe, apenas, contê-lo nos estritos limites da ordem jurídica ou compelí-lo a que os retome" (TJSP, REO 165.977)

"O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade, se entende não só a conformação do ato à lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo." (TJSP, Ap. 151.580, RDA, 89:134).[11]

Hely Lopes Meirelles também demonstra a impossibilidade de revisão judicial do mérito dos atos administrativos, tanto em relação aos vinculados como aos discricionários. Averbava o mestre em relação aos atos vinculados "em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando o seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder".

A preclara Profª Lúcia Valle Figueiredo expendendo, com seu habitual brilho, considerações sobre o tema pretende validar o controle judicial da motivação dos atos administrativos. Depois de reconhecer que o "mérito", *stricto sensu,* é de difícil conceituação — no qual também concorda que o Poder Judiciário não pode adentrar — pugna porque em alguns casos só o exame do conteúdo do ato poderá — *v.g.* quando se examina a lesividade em uma ação popular — efetivar a tutela jurídica. Contudo, mesmo nesse específico caso, fica o juiz adstrito a verificação da legalidade, conforme consigna: "Se o Judiciário deve conhecer qualquer lesão a direito, "*ipso fato"* é o Judiciário titulado a dizer quando a conduta administrativa quedou-se dentro da moldura legal, não a desbordando.[12]

A doutrina guarda uniformidade nesse sentido, mas porque motivo pretendem alguns rever judicialmente as decisões dos julgamentos dos Tribunais de Contas? Julgar é apreciar o mérito e, portanto, mesmo que a Constituição não utilizasse expressamente o termo "julgar" ainda assim uma decisão dessa Corte seria impenetrável para o Poder Judiciário. Se a maculasse manifesta ilegalidade, como qualquer sentença, poderia até ser cassada por meio de mandado de segurança, mas nunca, jamais, poderia se permitir ao magistrado substituir-se nesse julgamento de mérito. O juiz também deve conter sua atuação nos limites da lei e, foi a Lei Maior, que

[11] Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 1994, p. 101

[12] Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, São Paulo, e segs. Grifos não são do original

deu a competência para julgar a contas a uma Corte, devidamente instrumentalizada e tecnicamente especializada.

Portanto, mesmo que o julgamento das Cortes de Contas não fosse um ato jurisdicional típico, mas apenas um ato administrativo, seu mérito jamais poderia ser revisto pelo Poder Judiciário.

**Dos atos judiciais e administrativos que podem ou não produzir coisa julgada**

Em segundo plano, deve-se ter em conta que ninguém iria argüir a existência de coisa julgada, na esfera judicial, em relação a todos os atos praticados pelo Juiz. Evidentemente, foge a razoabilidade tal cogitação — embora vários autores tendem elastecer inopinadamente esse efeito — pois a coisa julgada só existe como acessório indispensável a concretização da jurisdição.

Logo, é elementar que somente os atos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário que sejam expressão da jurisdição podem ter como efeito a coisa julgada.

Corrobora esse entendimento, o Min. Amaral Santos, quando esclarece que só as sentenças de mérito é que produzem coisa julgada, afastando expressamente desse espectro as sentenças terminativas, as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária, as adotadas em processos cautelares, as decisões interlocutórias e os despachos de mero expediente.

Se assim ocorre no processo judiciário, haveria alguma razão plausível para se discutir a existência de coisa julgada administrativa para os atos administrativos em geral? É obvio que não!

Somente seria admissível questionar essa possibilidade se, na esfera da Administração, fosse praticado algum ato de natureza jurídica jurisdicional. *Juris — diccio,* dizer o Direito, ocorre em relação aos chamados atos de jurisdição ou jurisdicional.[13] Inconcebível falar de coisa julgada diante de atos negociais, ordinatórios ou contratos administrativos. Nesses, sim, há apenas mera preclusão da capacidade da revisão. Nos atos de jurisdição, em que a Administração decide a aplicação do Direito, é possível em vários casos encontrar a coisa julgada, operando preclusivamente efeitos em

[13] Pontes de Miranda assinala que a "jurisdição civil" é a jurisdição que não é "penal" nem "administrativa" *in* Comentários ao Código de Processo Civil, 5ª ed. rev. e aumentada, Forense, Rio de Janeiro, p. 81.

relação à possibilidade de modificação, seja no âmbito da Administração, seja no âmbito judicial.

**Do exercício da função jurisdicional fora do Poder Judiciário**

Parece uníssono entre nós — tanto no Direito Administrativo, quanto no processual — o entendimento de que o Brasil adota o sistema de jurisdição única, ou inglês, significando que somente o Poder Judiciário exerce a função jurisdicional, nos termos conceituados no início deste trabalho.

O sistema do contencioso administrativo, também denominado de sistema francês, — que é oposto ao precedente — admite que um órgão, não integrante do Poder Judiciário, — portanto da esfera administrativa — declare o Direito aplicável ao caso concreto, inibindo a reapreciação do mesmo fato por aquele Poder. Resulta desse sistema a existência de coisa julgada administrativa formal e material. Isso é expressamente declarado pelos doutrinadores pátrios, de um modo geral e quase absoluto. Noutra passagem, no entanto, de um modo também quase absoluto, *todos* admitem que não existe sistema puro em nenhum País. Ora, o corolário natural do confronto dessas duas premissas é inarredável: de um modo, os países admitem a coisa julgada administrativa.

O ponto fundamental de arrimo para os estudiosos sustentarem a adoção pelo Brasil do sistema de jurisdição única é o atual art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, cujo teor, presente também nas Constituições pretéritas, é indispensável lembrar:

> Art. 5º .....
>
> *XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

O estudo desse preceito, segundo mestres de hermenêutica — entre os quais destaca-se José Afonso da Silva — conduz ao entendimento de que se trata de norma de eficácia plena,[14] de conteúdo proibitivo, dirigido ao legislador infraconstitucional.

Qualquer diploma infranconstitucional que impedisse que determinadas demandas fossem submetidas ao Poder Judiciário, que pretendesse criar

[14] Norma idêntica e examinada — art. 153, §. 4º, da Constituição anterior — foi examinado pelo referido constitucionalista na sua clássica obra "Aplicabilidade das normas constitucionais" 2ª ed., rev. e atualiz. Ed. RT. São Paulo, p. 87.

empecilhos onerosos, como o recolhimento de taxas abusivas, que adiasse a possibilidade de ingresso em juízo, ou o condicionasse ao prévio exaurimento da via administrativa, que impossibilitasse de afastar a decisão de árbitro escolhido,[15] seria a toda evidência *inconstitucional,* por ofensa a norma em epígrafe. Quanto a isso ninguém ousaria divergir.

O conteúdo da norma, como todas as jurídicas, deve merecer mais detido exame, visando afastar a prevalência de um misoneísmo ilógico.

A disposição do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal tem por destinatário o legislador infraconstitucional, mas não veda a que a própria constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão, não integrante do Poder Judiciário, ou mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial.

Sempre valiosa a lição de Carlos Maximiliano no seguinte sentido: "**não se encontra um princípio isolado em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros.** O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônio de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; **uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente,** embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos." E, acrescenta lapidarmente: "cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso **do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço"**[16]

A Constituição Federal admitiu expressamente várias exceções a esse decantado monopólio absoluto do Poder Judiciário, como será visto adiante. Elucidativo exemplo constitui o art. 142, § 2º, da Constituição Federal que estabelece não caber *habeas-corpus* em relação a punições disciplinares militares. Nesse caso, a Constituição retirou a ação processual adequada, de força e eficácia imediatas, permitindo sim a discussão no âmbito judicial, mas só por outros meios.

Em outros casos o constituinte não excluiu expressamente o direito de ação perante o Poder Judiciário, mas declinou a competência para julgar

[15] V. sobre a arbitragem e o art. 5, inc. XXXV, da CF/88, importante artigo publicado pela Dra. Fátima Nancy Andrighi, na revista da Escola Superior da magistratura, nº 2 — maio/agosto/96, p. 149 e segs.

[16] Hermenêutica e aplicação do direito, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 10ª ed., p. 128.

a órgão não integrante expressamente desse Poder. Assim procedeu nesse breve elenco:

- as contas prestadas pelo Presidente da República, que dispôs ser da competência exclusiva do Congresso Nacional;[17]
- o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, que dispôs ser da competência privativa do Senado Federal;[18]
- e também processar os Ministros do Supremo Tribunal Federal da União nos crimes de responsabilidade, que de igual modo dispôs ser da competência privativa do Senado Federal;[19]
- as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, que dispôs ser da competência do Tribunal de Contas da União.[20]

Alguns desses casos estão também elencados entre a competência de órgão do Poder Judiciário? A resposta é negativa, tão só pelo simples fato de que expressamente o legislador-constituinte deslocou essa competência para órgão específico, sempre fundado em relevantes razões jurídicas, morais e lógicas, como será demonstrado.

**A teoria da separação das funções do Estado**

Indispensável expender algumas considerações sobre o tema da epígrafe para melhor compreensão das conclusões que serão adotadas.

O debate tem a questão, notadamente, porque os estudiosos costumam analisar a questão apenas pela perspectiva do Direito Constitucional ou do Direito Administrativo, faltando à reflexão uma visão abrangente e mais atualizada da restrita tripartição das funções do Estado.

[17] cfr., art. 49, inc. IX
[18] cfr., art. 52, inc. I
[19] cfr., art. 52, inc. II
[20] cfr., art. 71, inc. II

Na antigüidade, Aristóteles e Cícero, preconizaram que na organização do Estado deveriam existir três organismos, desempenhando as funções de elaborar as leis, aplicá-las e administrar a Justiça. Declinavam as incoveniências da acumulação de tais funções em um só órgão.

A mesma idéia foi consagrada na teoria da separação dos poderes de Montesquieu — como ficou conhecida — na obra *L' Esprit des Lois,* de 1748. Embora se tratasse, na verdade da separação de funções, jamais foi adotada em seu sentido estrito.

Em verdade, essa terminologia inadequada — "poder" — tem levado a vários equívocos até a uma transladação de sentido do termo Poder, adotada pelos constitucionalistas, para tentar justificá-lo. Foi sensível a essa questão o eminente José Afonso da Silva quando asseriu: "Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Exprimem, a um tempo, as funções legislativas, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da *organização dos poderes.* E, arremata, logo adiante: "Vale dizer, portanto, que o poder político, *uno, indivisível e indelegável,* se desdobra e se compõe de *várias funções,* fato que permite falar em *distinção das funções* que fundamentalmente são três: a *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional."*[21]

Impossível conter nos órgãos de cada "Poder" tão-só o desempenho das funções de igual denominação. O Poder Judiciário tem funções executivas e legislativa, embora em grau menor de significância; de igual modo ocorre com os outros poderes.

Muito guçada foi a observação de Francisco Campos no sentido de que "a distribuição de funções entre os poderes não obedece a uma lei natural e eterna. É operação que obedece a influência de ordem contingente e histórica".[22]

Também Pontes de Miranda, lecionou que "uma coisa é a distinção das funções do Estado em legislativa, executiva e judiciária e outra a separação absoluta dos poderes segundo tal critério distintivo".[23]

Por esses motivos é correto afirmar que a separação das funções legislativa, administrativa e judiciária, não é absoluta, nem é restrita aos órgãos do respectivo Poder.

---

[21] Curso de Direito Constitucional Positivo, 9º ed. rev. 4ª tiragem, Malheiros, São Paulo, p. 97 e 99, com os mesmos grifos transcritos.

[22] "Direito Constitucional" 1942, p. 346

[23] Os fundamentos atuais do Direito Constitucional, 1932, p. 319;

Alguns exemplos, colhidos ao correr da pena, demonstrarão o tratamento constitucional corroborador do exposto.

- o Poder Executivo
  - exerce funções legislativas, quando:
    - tem a iniciativa de leis, — art. 84, III,
    - edita medidas provisórias, com força de lei — art. 84, XXVI,
    - sanciona, promulga e veta leis — art. 84, IV;
  - exerce função judicial quando:
    comuta penas e concede indulto — art. 84, XII.

- o Poder Legislativo
  - processa e julga:
    - o Presidente e o Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles — art. 52, inc. I,
    - os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade — art. 52, inc. II;
  - julga:
    - anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República — art. 49, inc. IX;
  - exerce funções administrativas (executivas)
    - dispondo sobre sua organização, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços — art. 51, inc. IV, e 52, XIII.

- o Poder Judiciário
  - exerce competência administrativa (executiva) quando:
    - organiza suas secretarias — art. 96, inc. I, *b*,
    - provê os cargos de juiz de carreira — art. 96, inc. I, *c*,
    - provê os cargos necessários à administração da Justiça — art. 96, inc. I, *e*,
    - concede licenças, férias e outros afastamentos aos membros do Tribunal e aos juízes e servidores que lhe forem imediatamente vinculados — art. 96, inc. I, *f;*

– exerce função legislativa quando:

- tem a iniciativa de leis — art. 96, inc. II,
- declara a inconstitucionalidade de leis — art. 97, 102, inc. I, *a,*
- impõe a sentença normativa em dissídio coletivo, art. 114, § 2º.

É inegável que há primazia no desempenho das funções que identificam a nominação do "Poder", mas como demonstrado não há exclusividade ou monopólio da função.

Em plena consonância com o exposto, com sua habitual clareza, sentencia o eminente Wilson de Souza Campos Batalha:

a) não é decisiva, nem fundamentalmente nítida a distinção orgânica das funções do Estado, uma vez que a legislação, a administração e a jurisdição não constituem apanágio exclusivo, respectivamente, do Poder legislativo, do Poder executivo e do Poder judiciário.

…

c) a distinção entre as funções do Estado e entre os Poderes do Estado não corresponde a uma necessidade apriorística, mas a meras contingências históricas e políticas.[24]

Esse fato inclusive é demonstrado pelo desenvolvimento experimentado na ordem constitucional, notadamente em relação as funções dos Poderes.[25]

**Da posição institucional dos Tribunais de Contas entre os Poderes e da natureza das funções que exercem**

Estudos superficiais, promovidos por desatentos autores, classificam o Tribunal de Contas como mero apêndice-auxiliar do Poder Legislativo. Desconhecendo a estrutura técnica dessas Cortes, sua autonomia administrativa e financeira, concebem, erroneamente, como um órgão de acessoramento. Diante desse absurdo descompasso entre a imaginada pequenez das funções e a dimensão da estrutura, o passo seguinte seria sustentar que se tratem de órgãos concebidos apenas para acomodar apaniguados.

[24] ob. cit., p. 26

[25] consulte sobre a atual posição da teoria da separação de poderes, o crítico e abalizado estudo de Antônio José M. Feu Rosa, *in* Consulex, Doutrina, pareceres e pontos de vista, janeiro/dezembro - 1995, p. 644 e segs., Ed. Consulex, Brasília

Dentro dessa concepção, difícil seria mesmo sustentar conclusão diferente.

Aliás, o prosseguimento desse raciocínio leva a estarrecedora conclusão que dezenas de países também possuem um órgão semelhante e, por conseqüência, também teriam a mesma finalidade: "acomodar os amigos do poder".[26] Mais, ainda, que essas estruturas *encasteladas* são dotadas de extraordinária arbitrariedade pois tem fiscalizado o Poder Legislativo e, em alguns casos, até condenado atos praticados … Finalmente, o passo seguinte seria iniludivelmente declarar que o Congresso brasileiro manteve uma extraordinária secular intenção de contrariar o interesse público e daí o lance seguinte seria por certo extirpar também o poder legislativo do nosso sistema, por ter criado e mantido um Tribunal como esses, entre outros motivos. Adenauer advertia, bem a propósito: "Deus estabeleceu limites definidos para a sabedoria do homem, porém não para a sua estupidez".

O esforço da ação dessas Cortes e do seu corpo técnico, altamente qualificado, é publicamente demonstrado nos Diários Oficiais onde são veiculados os seus julgamentos.

O maior ônus que recai sobre os que se dedicam a essa função consiste no fato de que a defesa do erário e dos interesses difusos da coletividade não são personalizados, enquanto o inconformismo dos que foram alcançados pela sua ação, sim.

Não é, contudo, fato novo. Há mais de um século, lembra o eminente Min. Ivan Luz, que o clássico processualista Barbalho, comentando as competências dos Tribunais de Contas, obtemperava: "Mas a função, de si mesma austera, corretória e meticulosa, do tribunal de contas é de natureza a gerar contra ele malquerenças, antipatias e desforços. O parlamento imperial nunca quis que existisse esse fiscal esmerilhador indiscreto, incompatível com as facilidades dos ministros e exigências dos deputados. E na República algum presidente poderia acaso contrariar-se com esse obstáculo a suas facilidades no modo de empregar os dinheiros públicos; isto traria sério perigo à instituição."[27]

[26] Não deixe de ler o trabalho premiado pelo Tribunal de Cuentas de España e pela sociedad estatal quinto centenário, de autoria do estudioso Marcos Valério de Araújo, intitulado "Como controlar Estado", onde demonstra o exame comparado das entidades de fiscalização superior nos países da América, Portugal e Espanha. Editada pela UNITEC, em 1992.

[27] Revista do Tribunal de Contas da União, nº 28, p. 7.

Na atualidade é possível entender que o *perigo* reside na insistência em tentar prevalecer teses desarrozoadas …

Ainda que admissível a discussão sobre os limites da revisibilidade das decisões das Cortes de Contas não é possível sustentar que exerçam meras funções de *staff* do Poder Legislativo.

Significado bastante diverso é reiteradamente consagrado pelas Constituições brasileiras: o controle externo da Administração Pública é função afeta ao Poder legislativo que a exerce com o auxílio do Tribunal de Contas. Auxilia, exercendo uma função, não acessorando, nem se submetendo a qualquer dos Poderes.

Castro Nunes, em síntese que fez fortuna entre nós, asseverava que o Tribunal de Contas "é um instituto **sui generis**, posto de permeio entre os Poderes políticos da nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles.[28]

Mais adiante, mantendo a coerência da doutrina que sufragava, o mesmo festejado jurista situava o TCU no arcabouço constitucional, referindo-se a Constituição de 1934, nos seguintes termos: "era órgão do Poder Judiciário, *sui generis;* órgão, também, *sui generis,* do Poder Legislativo. Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, desoava das linha rígida da tripartição"[29]

Rui Barbosa também se manifestou no mesmo sentido: "Tribunal é, mas Tribunal **sui generis".** E, explicava: "corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que colocado em posição autônoma com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, exerce funções vitais no organismo constitucional"[30]

Traduziu, com sua notável e costumeira precisão o exame do tema, o Ministro Ivan Luz, destacando-se o seguinte excerto:[31]

> "Suas funções"— referia-se ao Tribunal de Contas da União — *"são próprias,* atribuídas pela Constituição. Equivocam-se os que as dizem delegadas pelo Congresso Nacional. Não é ele "órgão auxiliar" do Poder Legislativo. Não integra a estrutura daquele Poder, impressão que alguns deu a redação descuídada do art. 1º do Decreto-Lei nº 199, de 1967, sua Lei Orgânica, lei e descuído que não poderiam

[28] Teoria e Prática do Poder Judiciário, 1943, p. 25

[29] ob. cit., p. 19

[30] Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. VI, p. 451

[31] Revista do Tribunal de Contas da União, nº 28, julho de 1993, p. 15.

excluir da posição que historicamente ocupa na organização constitucional dos Poderes." — referia-se a então vigente Lei orgânica — "Sem ser um deles está *entre eles,* como o quis Rui, a nenhum submisso".

"É órgão que, na forma do parágrafo 1º do art. 70 da Lei Maior[32], auxilia o Congresso Nacional a exercer o controle externo, a seu cargo; é órgão autônomo que auxilia, sem ser "*órgão auxiliar",* expressão que induz a uma inexistente subordinação hierárquica "*a latere"* do Congresso, inteiramente desavinda com as altas funções de julgar as contas dos Poderes da União dentre elas, obviamente, as do próprio Congresso".

"Instituto de tal significação, contemplado na partilha constitucional do Poder, não ficaria, mesmo, como pressentiu o constituinte de 1981, vulnerável às modificações facilitadas pela criação meramente ordinária. Como corolário, este sim, lógico-jurídico, não tem o Congresso, em legislatura ordinária poder para limitar-lhe a competência, constitucionalmente determinada, pois se a tivesse inútil teria sido constitucionalizá-lo. De limitação em limitação poderia findar por manietá-lo, liquidando, de golpe em golpe, com o Tribunal e, ao mesmo tempo, com o princípio da supremacia da Constituição, sub-reptícia e irregularmente emendada a cada golpe".

O Tribunal de Contas exerce a função de controle, dos três Poderes, incluído aí o Poder Legislativo. Para abreviar as discussões servimo-nos da sintética apreciação do eminente Celso de Mello: "como o Texto Maior desdenhou designá-lo Poder, é inútil ou improfícuo perguntarmo-nos se seria ou não um Poder. Basta-nos uma conclusão ao meu ver irrefutável: o Tribunal de Contas, em nosso sistema, é um conjunto orgânico perfeitamente autônomo".

A posição do moderno constitucionalista em nada destoa daquela perfilada, com mestria, por Pontes de Miranda, quando tentou verificar a hipótese de enquadrá-lo pela natureza das funções em um dos Poderes da República.[33]

A função que exerce é, como ensina o Min. Ivan Luz, de "jurisdição fiscal e judicante, por soberana decisão constitucional". Embora, ainda muito

[32] Refere-se a Constituição anterior

[33] Comentários a Constituição ..., ob. cit., p. 20. A época, por força da Lei nº 392, de 8 de outubro de 1896, art. 2º, o Tribunal de Contas deveria funcionar como "Tribunal de Justiça, com jurisdição contenciosa e graciosa", fato que aumentou a confusão sobre o seu lugar no arcabouço jurídico institucional.

se discuta sobre a natureza das funções, sem laivo de dúvida, essa síntese do pensamento é a que mais se adequa ao direito constitucional positivo. É a função de fiscalização, exercida com esteio na legalidade dos atos, com capacidade de julgar definitivamente questões no âmbito de sua competência privativa. Após apreciar os atos com base na lei, essa especialíssima Corte ainda o submete a um exame de economicidade e legitimidade. Por esse motivo, embora discreto na sua atuação, tantas vezes se aproxima mais da Justiça almejada pelo povo na aplicação dos recursos públicos, muito se afina com os princípios da ética no bom emprego dos impostos.[34]

**Do exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas**

É consabido que para o exercício de qualquer função exige-se a definição anterior da competência e seus limites.

Nesse ponto, é que reside o nó górdio da questão, pois de um lado encontram-se os que defendem o exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas e, de outro, em plena antagonia, os que simplesmente a inadmitem.

No atual modelo constitucional positivo, ficou mais nítida a separação das funções.

Efetivamente, nos Estatutos Políticos anteriores, talvez pretendendo fortalecer as Cortes de Contas, foi atribuída competência para julgar em mais de uma matéria, ensejando complexidade lógica para a definição do que não seria decidido com força de coisa julgada.

Como compreender, por exemplo, que o Tribunal de Contas julgasse contas e pretender também que julgasse também a legalidade das aposentadorias, reformas e pensões, onde só se discutiria a aplicação da Lei no caso concreto. Qual o argumento lógico-jurídico para excluir essa competência do Poder Judiciário? A resposta ficaria adstrita num inexplicável "capricho do constituinte"…

[34] Entre os recentes exemplos da grandeza de seus julgamentos podemos citar a determinação para que as taxas de inscrição em concurso público sejam fixadas de molde a cobrir as despesas com sua realização, inibindo assim o desejo dos que procuravam fazer da expectativa alheia da conquista de um emprego, fonte de receita, ou pior fazer dos valores das taxas de inscrição um forma de seleção elitista. Decisão nº 143/96 — TCU — Plenário — TC-012.919/94-2; Rel Min. Adhemar Paladini Ghisi, DOU — 15.04.96 — Seção I — p. 6.303 a 6.305

Muitos viram, no atual elenco de competências da Constituição de 1988, que reduziu a competência para julgamento, um enfraquecimento das Cortes de Contas. Preferimos, porém, sustentar que o Constituinte atingiu notável ponto de equilíbrio, haurindo na experiência histórica brasileira.[35]

Nota-se no elenco de competência o rigor científico na terminologia empregada, acentuando a diferenciação, inclusive da finalidade de cada mister cometido. Para algumas tarefas, empregou-se o termo *apreciar*, em outras *fiscalizar*, em outras *realizar inspeção e auditoria* e, apenas em um caso *julgar.*

Nesse quadro é impossível sustentar que o constituinte agiu displicentemente, por ignorância ou descuído. Ao contrário, conhecendo a riqueza do vocabulário utilizou-o com perfeição, ora restringindo, ora elastecendo, ora visando a que esse Tribunal acompanhasse a execução dos atos — num controle simultâneo — ora deixando evidente que o controle seria posterior a prática.

Daí porque a única lição de hermenêutica a ser considerada no caso é sintetizada nos seguintes termos: "o juiz atribuiu aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar; porque se presume haver o legislador, ou escritor, usando expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica". Essa lição de Carlos Maximiliano é complementada: "Enfim, todas as ciências, e entre elas o Direito, têm a sua linguagem própria, a sua tecnologia ... No Direito Público usam mais dos vocábulos no sentido técnico; em o Direito Privado, na acepção vulgar."[36]

Por esses motivos, a análise das competências deve levar em conta o sentido técnico e próprio de cada um dos vocábulos empregados. Corolário dessa premissa: o Tribunal de Contas como regra não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada; por exceção detém essa competência, na forma do art. 71, inc. II, da Constituição Federal.

---

[35] É importante notar lastimável equívoco em que têm ocorrido doutrinadores pátrios ao fazer referência, no trato da coisa julgada administrativa e competência dos Tc's a juristas alienígenas. Sem descartar a importância do direito comparado, seria de todo conveniente, antes de adotar as lições, ainda que de modo breve, fosse examinado o modelo constitucional em vigor na pátria dos juristas estrangeiros. Em estudo que procedemos, sem maior preocupação com o rigor da pesquisa verificamos a terminologia empregada na definição de competências das Cortes de Contas, dos países em que os doutrinadores não reconhecem função judicante, corresponde aos termos inspecionar, decidir, determinar, auditar, examinar, recomendar. Daí a cautela na importância de algumas doutrinas.

[36] ob. cit., p. 109

É forçoso reconhecer portanto que, no atual modelo, a competência para apreciar os demais atos da Administração Pública não pode ser errigida além da esfera administrativa. Ainda que tenha força cogente, pela possibilidade de imposição de multa, ainda que se possa determinar o afastamento do cargo da autoridade que está gerando lesão ao erário, ainda que se possa sustar o ato, as pessoas atigindas podem recorrer ao Poder Judiciário, revendo a deliberação das Cortes de Contas ou os seus efeitos.

Os magistrados ficam aqui livres para examinar a questão a luz do ordenamento jurídico — embora o exame da legalidade também tenha sido efetivado na Corte de Contas — porque não se inserem na competência jurisdicional.

Como foi assinalado, porém, há uma restrita parcela de sua competência — tratada no inciso II, do art. 71, da Constituição — que constitui matéria de apreciação e julgamento privativo dos Tribunais de Contas.

Tem o seguinte teor, o dispositivo precitado:

*Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*

*I — …*

*II — **julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;*

Entre os vários autores de nomeada que cuidaram do tema, em sua clássica obra, “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, o saudoso Min. Seabra Fagundes, examinando a questão à luz da Constituição de 1946, sentenciou: ”Duas exceções restritas admite a Constituição ao **monopólio do Poder Judiciário,** no que concerne à matéria contenciosa administrativa. A primeira … A segunda se refere ao **julgamento** da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuído ao Tribunal de Contas”[37]

[37] ob. cit., p.139

Referindo-se a função judicante, fixada fora do âmbito do Poder Judiciário, Pontes de Miranda asseriu que "o texto de 1934 conferiu, assim, a mais a atribuição de "julgar as contas dos responsáveis por dinheiro ou bens públicos, em toda a sua extensão. O acréscimo, em vez de o tomar órgão cooperador do Poder Executivo, acentuou o *elemento judiciário* que já ele tinha, inclusive pelo modo de composição e garantias dos seus membros."[38]

Essa função jurisdicional, para alguns, não acarretaria a coisa julgada, ou seja, talvez por desapego ao exato significado do termo já pretenderam considerar esse *julgar* como uma idéia de julgamento provisório *sit et quando* todos se conformarem e não recorrerem ao Poder Judiciário.[39]

Como foi demonstrado no subtítulo coisa julgada a inalterabilidade da decisão é decorrência lógica, jurídica e inafastável da jurisdição. Se determinado órgão decide sobre questão jurídica que lhe foi submetida, mas essa decisão não merece o respeito dos órgãos do Judiciário, não há que se falar em jurisdição. Se não transita em julgada, não produz coisa julgada, não é jurisdição e tecnicamente não pode ser considerado um julgamento.

No presente caso, o que é olvidado, com freqüência, é que a competência textualmente definida como *julgamento* foi cometida a órgão estatal **constitucionalmente.**

Pela imutabilidade das decisões, pronunciou-se também o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, José Luiz Anhaia de Mello: "de nada adianta um copo de auditores a fazer exames de contabilidade, a acompanhar a execução orçamentária, a visar balanços e balancetes, se esses procedimentos meramente instrutivos e interlocutórios não ensejarem por parte do Tribunal uma decisão e operante"[40]

O eminente Seabra Fagundes, em outra oportunidade, enfrentou a questão indo dos argumentos estritamente jurídicos e desse momento colhe-se a seguinte passagem, com os negritos do próprio original:

---

[38] ob. cit., p.18

[39] Nesse sentido q.crf. estudo realizado por Hely Lopes Meirelles e publicado na RDA 114/23. A par do seu extraordinário e profundo trabalho no campo do Direito Administrativo, no estudo da coisa julgada o saudoso jurista não procedeu do mesmo modo, guiando-se pela doutrina de alguns estrangeiros que insistem em apenas contrapor o sistema jurídico inglês ao francês, numa dicotomia tão rígida quanto distante da realidade. Assim, foi-lhe indispensável criar a expressão *jurisdição judicial*, para externar quando a jurisdição é jurisdição e quando ao termo julgamento não se quer no seu conteúdo a jurisdição. Q. cfr. Curso … p. 582, entre outros trabalhos.

[40] *in* Regime Jurídico dos Tribunais de Contas, Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, Ed. RT, São Paulo, p. 203

"O teor jurisdicional das decisões, nesses casos, se depreende da **própria** substância delas; não do emprego da palavra **julgamento** pelos textos do direito positivo. Resulta do **sentido definitivo** da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento seria mero e inútil formalismo, restando inexplicável a mobilização, para fazê-lo, de um órgão altamente qualificado pelos requisitos de investidura e garantias dos seus membros (Emenda nº 1, art. 72, § 3º). Sob este aspecto restrito (o criminal fica ao exame do Poder Judiciário), as **Cortes de Contas decidem conclusivamente. Cabe aqui a observação de Pontes de Miranda a propósito do texto constitucional de 1946** (e a que se reporta comentando a Emenda nº 1, de 1969), de não haver como "interpretar que o Tribunal de Contas **julgue** (as contas) e outro juiz as **rejulgue** depois", porquanto nessa duplicidade ter-se-ia "absurdo **bis in idem** "(Comentários à Constituição de 1946", 1ª edição, vol. II, p. 95; "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969", 2ª edição, tomo III, p. 251). E, com a mesma certeza e lucidez, conclui: **Ao poder Judiciário não compete rever as manifestações das Cortes de Contas, nesse particular, senão acolhê-las como elemento válido, já assente, para favorecer ou comprometer aquele que vá, ou seja chamado a juízo, em torno de dinheiros ou valores públicos em geral, confiados à sua gestão ou guarda.**[41]

**Eficácia de coisa julgada nas decisões dos Tribunais de Contas**

Expendidas essas considerações, é o momento de verificar se as decisões dos Tribunais de Contas podem ter eficácia de coisa julgada justificando a extinção do processo judicial.

Obviamente, como foi amplamente demonstrado não estando o Tribunal de Contas elencado, na Constituição Federal, entre os órgãos do Poder Judiciário, não é possível pretender revestir todas as suas decisões desses atributos.

Nessa altura do presente estudo, é possível indicar que o Tribunal de Contas, a exemplo dos órgãos do Poder Judiciário produz decisões de natureza jurisdicional e meramente administrativa.

Com notável clareza, chamou a atenção para o fato, em relevante escólio, o Ministro Athos Gusmão Carneiro acentuando que "as atribuições

[41] *in* Revista do Tribunal de Contas da União, nº 20, p. 82

do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando "julga" as contas "dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos", tal **julgamento impõe-se ao Poder Judiciário** no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não se pode afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime." E, acrescenta: "Da mesma forma, tal julgado impõe-se na ação de ressarcimento promovido contra o responsável pelo alcance."[42]

Na mesma linha desse pensamento, pronunciou-se o Ministro Victor Nunes Leal, em inolvidável síntese: "A disposição constitucional de que *a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual* não é obstáculo a este entendimento", — de que a competência das Cortes de Contas torna prejudicial e definitivo o pronunciamento sobre o fato material — "porque, no caso, a redução de competência do Judiciário resulta da Constituição, e não da lei."[43]

O exame feito pelos Tribunais de Contas, representa uma poderosa e ampla ação de controle sobre os atos da Administração, que já estão jungidos ao controle interno da própria Administração. Permitir uma ampla revisibilidade pelo Poder Judiciário, no mínimo, constituiria em termos lógicos conceder um espaço tão intenso ao controle judicial, que inviabilizaria a própria ação administrativa.

Um detido exame das poucas decisões judiciais que não prestigiaram a definitividade das decisões das Cortes de Contas, revela que, lamentavelmente, incorreram em equívocos de uma das seguintes naturezas:

- desconhecem o funcionamento dos Tribunais de Contas o confundem-no com mera auditoria;
- não têm ciência da amplitude concedida à ampla defesa nessas Cortes e, portanto, buscam impedir sua efetividade em face da alegação de cerceamento à defesa e ao contraditório;
- gravíssimas deficiências das decisões dos Tribunais de Contas, normalmente atribuídas aos órgãos que têm por dever representar a própria Administração e também sujeitos à jurisdição desses Tribunais;
- preconceito atribuível a uma deformada imagem dessas Cortes decorrentes de acontecimentos episódicos.

[42] Jurisdição e Competência — Ed. Saraiva, 1989, p. 14

[43] Problemas de Direito Público, Ed. Forense, 1960, p. 231

Todas as manifestações das Cortes de Contas têm valor e força coercitiva, como já referido, mas apenas a inscrita no inc. II do art. 71 da Constituição Federal, — julgar as contas dos … — corresponde a um julgamento, merecendo manifestação do Poder Judiciário.

O termo contas, que sucede a julgar, abrange as contas anuais dos órgãos da Administração Pública como também as chamadas contas especiais, que são instauradas na forma da lei.

Tratam-se de processos altamente técnicos atinentes a aplicação de recursos ou danos causados ao erário em decorrência da omissão no dever de prestar contas, ou ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico.[44]

As deliberações adotadas nestes processos poderão resultar em acórdão condenatório, que pela Constituição Federal, — art. 71, § 3º — têm expressa e literalmente eficácia de título executivo.

Nesses acórdãos são declarados o responsável e o valor do alcance, além de outras informações necessárias e suficientes para o início do processo executivo judicial, vez que o Tribunal de Contas não tem competência para promover a execução forçada[45], necessitando ao Poder Judiciário para efetivá-la.

Há no mundo do Direito uma mágica harmonia, só perceptível por aqueles que se dispõem a um trabalho construtivo, fundado em honesta reflexão e humildade. Nesse sentido é fácil perceber porque só os acórdãos condenatórios tem eficácia de título executivo: porque não têm a mesma força os processos de inspeção, a apreciação da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões, as auditorias? porque só no julgamento das contas é que se concebe a força de título executivo?

A resposta pode ser encontrada, com facilidade, nos seguintes pontos:

- os outros processos constituem matéria estritas de controle, e os de contas abrangem aspectos nitidamente jurisdicionais porque envolvem direito, economia contabilidade e/ou administração;
- os processos envolvendo “contas” são desenvolvidos à luz do princípio do contraditório e da ampla defesa;

[44] v. a propósito o livro de nosso autoria “Tomada de Contas Especial”, contendo o estudo do processo e do procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública, Ed. Brasília Jurídica, 1996, c/ 604 páginas.

[45] Por exceção admite-se a determinação para desconto em folha de vencimentos/salários se servidor.

- a exemplo dos processos judiciais, há citação formal do agente, prazo para a defesa, inclusive o instituto da revelia, julgamento e recursos junto aos Tribunais de Contas, sem a exigência de recolhimento de depósitos e com efeito suspensivo e devolutivo;
- os processos de contas têm a intervenção obrigatória, sob pena de nulidade absoluta do Ministério Público especial que atua junto aos Tribunais de Contas[46];
- todos os processos de contas têm na gênese precisamente delineada na Lei. Só nascem quando ocorre um dos motivos determinados, *v.g.*, advento de condição ou termo, ou ainda ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico ao erário que cause dano.

Por isso somente os processos de contas poderiam ser **julgados** e somente eles podem ensejar a constituição de título executivo.[47]

Assim, tais processos tem como efeito a produção de coisa julgada.

**Do procedimento judicial que afronte a decisão transitada em julgado no Tribunal de Contas**

Argumentam alguns poucos doutrinadores, — cujas considerações merecerão análise, mais adiante — que, embora as decisões dos Tribunais de Contas não produzam coisa julgada (…) devem ser consideradas prejudiciais de mérito quando submetidas ao exame do Judiciário.[48]

Admitindo a validade de todas as proposições, apenas por amor ao debate, mostra-se indispensável analisar algumas das hipóteses mais corriqueiras e qual o procedimento adequado a ser observado nos processos judiciais em que estão subjacentes o mérito do julgamento dos Tribunais de Contas.[49] Divide-se, apenas para fins didáticos, as várias hipóteses ocorrentes.

---

[46] Não deixe de consultar sobre o Ministério Público especial que atua junto aos Tribunais de Contas no livro de *Tomada de Contas Especial,* o capítulo VII, item 3.

[47] Art. 71, § 3º, da Constituição Federal.

[48] Entre eles Cretella Jr. *in* RDA 166/10

[49] É indispensável que os membros dos Tribunais de Contas busquem dar efetividade as suas decisões, fazendo-as resistir ao crivo do Poder Judiciário. A missão dessas cortes vai além dos muros fronteiriços e os processos mal acabam por tornar-se ponto angular da impunidade dos que se locupletam a custa do erário e desacreditam a ação do controle externo. Importante instrumento dessa ação é a colaboração institucional entre os Tribunais de Contas e o Ministério Público que junto a si atuam, porque esse último pode constituir-se em adequado orientador das Procuradorias e defensórias na defesa processual judicial.

- *o autor de uma ação busca inibir os efeitos de processo em tramitação no Tribunal de Contas, ainda não julgado definitivamente*

Nessa hipótese, o procedimento mais adequado para resguardo da competência da Corte é:

— em petição, demonstrar em juízo a especial competência do Tribunal de Contas;

— requerer a suspensão do processo, com fluxo no art. 256, inc. IV, alínea "a", do Código de Processo Civil.[50];

— observar o item sobre as manifestas ilegalidades que podem ensejar a revisão judicial.

- *o servidor responsabilizado busca desconstituir judicialmente a decisão do Tribunal de Contas*

É a hipótese que ocorre com mais freqüência, sem dúvida.
A demanda poderá ter êxito se estiver configurada a violação:

— do devido processo legal

— do contraditório

— da ampla defesa

— da competência da Corte de Contas para julgamento ou qualquer grave e manifesta irregularidade.

Caso o autor pretenda discutir o mérito da questão, deverá ser alegada a existência de coisa julgada e devidamente fundamentada a posição da especial competência da Corte de Contas, pois não se pode olvidar que em virtude da pouca doutrina sobre o assunto, muitas vezes nas instâncias inferiores ocorrem manifestos erros de julgamento.

Importa notar que se a ação escolhida for mandado de segurança, o processo não deve ter seguimento se pretender direta ou indiretamente discutir o mérito, porque essa via processual não admite a produção de prova em juízo. O direito tem que se líquido e certo. A jurisprudência do processo civil é remansosa nesse sentido.

[50] Estabelece esse normativo: "Art. 265. Suspende-se o processo: I ... II... III ... IV — quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que consulta o objeto principal de outro processo pendente:"

- *o representante judicial da Administração ou da Fazenda Pública pretende executar decisão da Corte de Contas, arrimada em título executivo oriundo de julgamento de contas, opondo-se o réu sob a alegação de que o julgamento dos Tribunais de Contas não prevalece no Poder Judiciário*

Por expressa disposição legal, a parte demandada deve garantir o juízo para opor-se a execução, conforme preceitua o art. 737 do Código de Processo Civil e art. 8º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, sob as penas da Lei. No processo, essa exigência não pode ser olvidada.

Deverá ser adotado o procedimento da "exceção", que corre em apenso aos autos principais, — q. cfr. art. 299, do Código de Processo Civil — para argüir a existência de coisa julgada, visando prevalecer a eficácia do julgamento do Tribunal de Contas, requerendo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, inc. V, do precitado Código.

Efetivamente por expressa disposição de Lei, "nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativamente a mesma lide."[51]

Os efeitos de ignorar uma decisão são lembrados por Carvalho Mendonça: a sentença dada contra outra sentença, não decorrente de recursos regular, sempre foi, *ipso iure,* nula.[52]

Segundo Pereira e Souza, em sua clássica "Primeiras linhas sobre o Processo Civil", a exceção é a alegação articulada do réu que exclue a intenção do autor, podendo ser peremptórias, anômalas, prejudiciais e dilatórias.

Entre as peremptórias, exemplificava, está a coisa julgada.[53]

- *o representante judicial da Administração ou da Fazenda Pública pretende executar decisão da Corte de Contas, arrimada em título executivo oriundo de julgamento de contas, opondo-se o réu apresentando embargos infringentes na execução.*

Pontes de Miranda, numa das mais profundas lições, examinou a questão em tese de o Tribunal de Contas vir a julgar alguém em débito e o juízo da execução receber embargos infringentes ao julgado, tendo recomendado: "desde que a execução caiba ao juiz comum, não pode esse conhecer de qualquer *infringência* ou de qualquer *modificação* no julgado

[51] Código de Processo Civil de 1973, art. 289

[52] Da ação rescisória, p. 14, lembrando as Ordenações, liv. 3º, tít. 75; Lei de 3 de novembro de 1768.

[53] Vol. I, 1863, p. 83, *apud* Wilson de Souza Campos Batalha, ob. cit., p. 465.

do Tribunal de Contas. Lei que o permita é inconstitucional". Esclarecia: "Tal jurisdição" — referindo-se a dos Tribunais de Contas — "exclui a intromissão de qualquer juiz", razão pela qual seria a própria Corte de Contas que julgaria os embargos infringentes.[54]

Questões dessa natureza quando submetida as apreciações de Poder Judiciário tem encontrado eventual divergência, notadamente nas instâncias menores, onde é mais sentida a ausência do Direito administrativo e constitucional. Felizmente, nas instâncias superiores, a posição mais ortodoxa tem prevalecido, com firmeza e constância ao longo da história.

A seguinte e breve coleção de julgados do Poder Judiciário é elucidativa.

1. Quando o Tribunal de Contas julga em débito as contas, está-se diante do alcance que pode ser traduzido como simples falta de recursos numa conta. É um dos caso em que a Corte julga, na mais estrita acepção do termo.

> *EMENTA: Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial a não ser quando ao seu aspecto formal ou tisna de ilegalidade manifesta. Mandado de segurança não conhecido.*[55] *Supremo Tribunal Federal:* MS-7280. Rel Min. Henrique D'Avilla.

2. A exemplo do que ocorre em relação aos órgãos do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal também admite o uso do mandado de segurança, em restritíssimas hipóteses.

> *EMENTA: Mandado de Segurança denegado. Os julgamentos de Tribunal de Contas, no uso da atribuição conferida pelo art. 77 da Constituição só poderá ser cassados por mandado de segurança quando resultem de ilegalidade manifesta ou abuso de poder. Supremo Tribunal Federal; MS-5490-RJ, Rel. Min. Antônio Villas Boas*[56]

3. O Pretório Excelso, como o TCU, têm entendimento firmado quanto ao fato de que a competência para julgar pode abranger particulares desde que tenham recebido recursos públicos. Nesse caso, como ocorre no julgamento dos agentes públicos, por princípio constitucional, deverá ser garantida — e sempre o é — a ampla defesa e o contraditório.

---

[54] ob. cit., p. 24 e 25

[55] Julgamento: 20/06/1960, Tribunal Pleno, Publicação em 17-09-62, p. 00460. EMENT vol-00430-01, p. 00099, RTJ vol. 00014-01, p. 00096

[56] Julgamento: 20/08/1958, Tribunal Pleno, publicação: DJ 25-09-58, ement. vol. 0358-01, p. 0068, RTJ vol.-00006-01, p. 00458

*EMENTA: Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. 2. Prestação de contas referentes à aplicação de valores recebidos de entidades da administração indireta, destinadas a Programa Assistencial de Servidores de Ministério, em período em que o impetrante era Presidente da Associação dos Servidores do Ministério.*

*3. O dever de prestar contas, no caso, não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens e valores públicos, seja ele agente público ou não.*

*4. Embora a entidade seja de direito privado, sujeita-se a fiscalização do Estado, pois recebe recurso de origem estatal, e seus dirigentes hão de prestar contas dos valores recebidos; quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para a fiscalização.*

*5. Hipótese de competência do Tribunal de Contas da União para julgar a matéria em causa, a teor do art. 71, II, da Constituição, havendo apuração dos fatos em procedimentos de fiscalização, assegurada ao impetrante ampla defesa.*

*6. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, arts. 9º, §§ 1º e 8º, 119 e 121. Pauta Especial de julgamento publicada com inclusão do processo em referência.*

*7. Não cabe rediscutir fatos e provas, em mandado de segurança.*

*8. Mandado de segurança indeferido.*

*Supremo Tribunal Federal Proc. MS-21644-DF; Rel. Min. Neri da Silveira*[57]

4. Em plena consonância com o excerto transcrito do pronunciamento do Min. Ivan Luz, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cristalizou-se no sentido de que o Poder Legislativo não pode reduzir a competência para julgamento dos Tribunais de Contas, nem mesmo avocar para si essa competência. (fato que seria possível se o Tribunal de Contas fosse mero auxiliar, hierarquicamente subalterno).

*EMENTA; Ação direta de inconstitucionalidade. Tribunal de Contas do Estado. Competências. Assembléia Legislativa. Artigos 71, I, II, 73, "caput", 96, 49, IX, e 75 da Constituição Federal.*

[57] Julgamento: 04/11/1993 Tribunal Pleno, Publicação: DJ 08-11-93 p. 43.204 ement. vol. 01849-01, p. 157

*1. Ação direta de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 33 e das expressões "e pelo Presidente da Assembléia Legislativa", constantes do inciso I do parágrafo único do artigo 49 da Constituição do Estado de Roraima todos na redação dada pela Emenda Constitucional nº 2, de 10.06.1994. E também: das expressões "do Poder Legislativo", contidas no artigo 1., "caput", da alínea "a" do artigo 1.; e do artigo 38," caput', quanto as expressões "e entidades constantes da alínea "a' inciso II do artigo 1. desta Lei" (todos de Lei Complementar nº 6, de 24.06.1994, do mesmo Estado).*

*2. As normas e expressões impugnadas atribuíram a Assembléia Legislativa do Estado de Roraima competências que a Constituição conferiu, no plano federal, ao Tribunal de Contas da União e, no plano estadual, ao Tribunal de Contas da unidade da Federação, entre elas as de julgar as contas do Tribunal de Contas, do Tribunal de Justiça, do Ministério Público, e do Poder Legislativo do Estado.*

*3. Plausibilidade jurídica da ação ("fumus boni iuris"), em face da alegada violação do disposto nos artigos 71,I, II, 73, "caput", 96, 49, IX, todos combinados com o artigo 75 da Constituição Federal.*

*4. Caracterizado, também, o risco da demora, no processo e julgamento da ação, com probabilidade de grave dano a Administração Pública do Estado, diante do conflito potencial entre suas instituições.*

*5. Deferimento da medida cautelar, para suspensão da eficácia de tais normas e expressões, até o julgamento final da ação.*

*6. Precedente: ADI nº 849/MT.*

*Supremo Tribunal de Federal. Proc. Ação direta de inconstitucionalidade — ADIn 1.140 — RR, Rel. Min. Sydney Sanches*[58]

5. Confirmando que produzem coisa julgada, a decisão da lavra do Juiz Adhemar Maciel[59], que hoje ilustra o Superior Tribunal de Justiça, na condição de Ministro:

*"A primeira observação a ser feita é quanto à decisão do TCU. Tem ou não força de* res judicata*?*

*…*

[58] Julgamento: 1912/1994, Tribunal Pleno, Publicação: DJ 20-1-95, p. 35.255; ement vol 01805-01, p. 00164

[59] Excerto do voto condutor do julgamento do proc. apelação cível nº 89.01.23993-0/MG, 3ª turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Não consta da ementa publicada no DJ 14.09.92, p. 28.119

*"Tenho para mim que é inquestionável a força do julgado do TCU. Sua natureza é de prejudicialidade.*

*…*

*"Ora, como se viu do relatório, houve trânsito em julgado. Os apelantes não recorreram da decisão do TCU. Assim, não nos cabe mais discutir quanto ao acerto ou não das contas …"*

Tais considerações suficientemente ilustradas permitem concluir com razoável segurança que:

- o princípio da unidade de jurisdição[60] sofre temperamentos pela própria Constituição, que admite a competência privativa das Cortes de Contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos;
- essa competência privativa diz respeito ao mérito do julgamento, fato que deve admitir a verificação do acatamento do princípio constitucional do devido processo legal, que consiste no exame extrínseco do ato decisório das Cortes de Contas, como por exemplo observância do princípio da ampla defesa e contraditório, nos termos da lei específica das Cortes de Contas.

**Das posições divergentes a exposta**

O Direito tem na dialética, já foi dito, seu ponto angular, razão pela qual não estaria completa a síntese do tema se não fosse examinadas as teses divergentes às consagradas pelos doutrinadores clássicos e a uniforme jurisprudência dos tribunais superiores.

- o julgamento das contas, pelos Tribunais de Contas, tem natureza de laudo pericial.

A tese é tão singela, quanto fraca.

A manifestação do perito é opinativa e pode ser desconsiderada pelo Judiciário, enquanto a decisão das Cortes de Contas, em matéria de contas, é constitucionalmente denominada de julgamento, sendo uniforme a jurisprudência sobre ser matéria reservada, que constituiu uma verdadeira limitação, nas palavras de Themístocles Brandão Cavalcanti, ao controle judicial.[61]

[60] Segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser subtraída pela lei do exame do Poder Judiciário —

[61] RDA 109/8

- o julgamento do Tribunal de Contas é restrito a existência material do alcance e pode o Judiciário absolver o responsável alcançado, mas não pode negar a existência material de conta irregular.

Essa tese de que o Tribunal de Contas julga contas e não pessoas, merece exame porque tem a subscrevê-la o festejado Castro Nunes.

Alguns aspectos não podem, porém, ser olvidados:

- primeiro é que os estudos promovidos datam de 1943, e não passaram pela atualização das Constituições seguintes e, nos excertos de outros doutrinadores, não foram adaptados com os detalhes indispensáveis que adviriam a uma exegese de corrente da literalidade da norma sobre a qual recaiu o esforço de hermenêutica. Válidos os ensinamentos dos clássicos se os escólios produzidos forem considerados a luz das circunstâncias das normas examinadas.
- o outro argumento, na atualidade, face o aprimoramento das leis orgânicas da Cortes de Contas e seus complementares Regimentos Internos não resiste a um exame mais profundo. O Tribunal de Contas estabelece, sim, a responsabilidade do agente pelo alcance quando julga contas, porque é tarefa indissociável, tendo em vista que:
  - a competência constitucionalmente outorgada se refere a julgar as contas **dos administradores e demais responsáveis;**
  - é impossível declarar alcance, no plano da validade jurídica, se não for garantido o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois os recursos faltantes podem ter sido regularmente aplicados e provados por um documento que não estava na prestação de contas. Pode inclusive existir motivo de força maior suficiente para justificar o desfalque. É por isso que antes de julgar as contas esses Tribunais, sempre, dão direito de defesa, sob pena de nulidade do acórdão;[62]
  - nenhum Tribunal ou juiz julga pessoas, mas todos condutas ou comportamentos humanos. Julgar pessoas, na sua integridade, é competência privativa de Deus.

[62] Sobre as excludentes de responsabilidade e meios de defesa, q. cfr. Tomada de Contas Especial, ob. cit., omissão sem culpa, p. 86 a 93, 119, e 309 e segs.

Esse jurista, que foi um dos maiores estudiosos da ação dos Tribunais de Contas, apresenta na extensão da sua manifestação pelo menos duas inconsistências:

- a primeira quando admite a possibilidade do Judiciário absolver o responsável alcançado, "contato que não reveja o julgado das contas", mas admite que o Tribunal de Contas pode liberar os responsáveis em alcance[63]. Ora, mesmo desprezando-se o fato, já demonstrado, de que não se pode julgar contas sem definir e citar o responsável, parece ilógico que se dê a uma instituição o poder de liberar, sem lhe dar o correspondente poder de não liberar, complemento indissociável.
- a segunda é que existe independência das esferas judicial penal e civil e jurisdicional de contas e isso é amplamente aceito. O jurista, porém, confunde a absolvição do crime com a absolvição no julgamento da irregularidade das contas, coisa bastante distinta. Um agente pode ser condenado em contas irregulares, mas o crime de peculato não ficar caracterizado pela ausência, dos elementos do tipo, demonstrado no juízo criminal de outros elementos do tipo, como o dolo, por exemplo.
- as decisões dos Tribunais de Contas podem ser classificadas como "coisa julgada administrativa", tese defendida pelo estudioso Eduardo Lobo Botelho Gualazzi[64]

A tese incorre na generalização — aplica-se a todas as decisões? — e desconsidera a natureza jurídica diversa existente entre apreciar, fiscalizar e julgar, utilizadas pelo Constituinte para definir as competências dessas Cortes. Deixa sem resposta a utilização de termos diferentes para o que entende aquele jurista ser a mesma coisa.

- as decisões do Tribunais de Contas não constituem expressões da jurisdição porque não são executáveis pelas próprias Cortes.

Essa tese também não pode prosperar. Na prática raramente um Tribunal é o executor direto de sua própria decisão pois os processos são executados pelo primeiro grau de jurisdição. Aliás, muitas vezes nem é essa mesma Justiça que concretiza coercitivamente o *decisum,* bastando lembrar a questão da homologação da sentença estrangeira.

[63] Teoria e Prática do Poder judiciário, Forense, Rio de Janeiro, 1943, p. 39 e ss.

[64] *in* Regime Jurídico dos Tribunais de Contas, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 199/205

**Conclusões**

Eis a condensação das mais relevantes conclusões que decorrem das considerações expendidas:

1. o tema em tela já mereceu estudos que necessitam ser atualizados face a nova Constituição Federal;
2. subjacente ao tema, a questão da própria eficácia do controle externo;
3. a jurisdição, conforme assentada doutrina do direito judiciário, só se efetiva se a decisão transitar em julgado — produzir coisa julgada — pois não se pode aplicar o Direito enquanto instável ou executar a decisão enquanto mutável;
4. opera-se a coisa julgada formal quando a sentença transita em julgado; diz-se coisa julgada material a relação jurídica decidida pela sentença ou acórdão;
5. esses institutos — jurisdição, coisa julgada e processo — embora melhor versados pelo direito processual não são exclusivos do direito judiciário;
6. é amplamente admitida a expressão "coisa julgada administrativa". O seu conteúdo, para muitos autores, corresponderia apenas a "decisão administrativa" que não mais pudesse ser modificada "na esfera administrativa"
7. com o conteúdo exposto no item precedente só é correto utilizá-lo quando se tratar de atos de jurisdição administrativa; os demais atos não produzem coisa julgada administrativa;
8. os atos administrativos em geral não podem ser amplamente revistos pelo Poder Judiciário; as questões estritamente pertinentes ao binômio conveniência-oportunidade e ao mérito fogem ao exame judicial. O fundamento dessa lição consagrada pela doutrina de forma uníssona, reside no respeito a competência e harmonia do Direito que impede ao juiz se substituir ao administrador;
9. o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, veda a lei excluir da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito, mas não restringe a própria Constituição;
10. a conhecida teoria da separação de Poderes, corresponde a distribuição das funções do Estado e não autoriza a concluir que

as mesmas são exercidas com exclusividade ou monopólio; os órgãos identificam-se apenas pela predominância das funções que exercem;

11. os Tribunais de Contas, instituição criada após o advento dessa teoria, situam-se de permeio entre os Poderes, fiscalizando todos. Constitui organismo autônomo não sujeito a hierarquia, decorrendo daí que a natureza de algumas de suas funções não podem enquadrar-se a força no âmbito da ortodoxa tripartição. Pela Constituição fiscaliza, aprecia e julga, possuindo competência privativa;
12. o exercício da função de julgar não é restrito ao Poder Judiciário. Os Tribunais de Contas possuem a competência constitucional de julgar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. O termo julgamento não pode ter outro significado que não corresponda ao exercício da jurisdição o qual só é efetivo se produzir coisa julgada;
13. a melhor doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores admite pacificamente que as decisões dos Tribunais de Contas, quando adotadas em decorrência da matéria que o Constituinte estabeleceu na competência de *julgar* não podem ser revistas quanto ao mérito;
14. as decisões adotadas no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis tem eficácia de título executivo, também por expressa disposição constitucional, corroborando a força judicante das decisões adotadas nessa matéria;
15. os processos constituídos que visem afrontar as decisões do Tribunais de Contas, em matéria de sua competência privativa de julgar, devem ser objeto de repostas processuais adequadas, onde mediante *exceção* buscar-se-á a extinção do processo sem julgamento de mérito.

---

* Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Professor titular de Direito Administrativo da UDF, do Centro Brasileiro para Formação Política e do CAP/OAB; Instrutor do Instituto Serzedello Correa do TCU. Foi Advogado e Juiz do Trabalho. Autor do livro "Tomada de Contas Especial", lançado pela Ed. Brasília Jurídica.

❖ ❖ ❖

# O ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA NA JUSTIÇA FEDERAL

***P**AULO **A**FONSO **B**RUM **V**AZ **

A crise porque passa o Poder Judiciário, em todos os seus segmentos, irrompe a partir de fatores diversos. O excessivo número de processos em tramitação, entretanto, constitui o aspecto que mais contribui para o agravamento deste problema. O assoberbamento de trabalho é, portanto, o ponto fulcral da ineficiência do Poder Judiciário, que não tem prestado a jurisdição dentro de prazos razoáveis.

Os equívocos legislativos e as tendenciosas interpretações emprestadas pela Previdência Social às leis, sempre em detrimento de seus segurados e visando resolver problemas atuariais, acarretam um exacerbado número de ações versando sobre matérias previdenciárias na Justiça Federal de primeira e segunda instâncias.

Mas, enquanto muitas ações são realmente fundadas, outras tantas, ajuizadas sem um prévio exame de admissibilidade por parte do advogado patrocinador — primeiro juiz da causa —, constituem verdadeiras "aventuras judiciais", fadadas ao insucesso.

De praxe abrigados sob as benesses da assistência judiciária gratuita (Lei nº 1.060/51) e pela isenção legal de custas (art. 128 da Lei nº 8.213/91), os autores, invariavelmente pessoas humildes, idosas e de pouco discernimento, outorgam procuração ao advogado, sem ter idéia acerca do objeto da ação que será proposta. A maioria é aliciada por uma indústria que se criou, fomentada por Sindicatos e Associações, com o escopo exclusivo de litigar contra o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS. Nem sempre, como seria correto e justo, a vantagem patrimonial decorrente do pleito reverte em favor do Autor. São comuns acertos de duvidosa validade atribuindo aos advogados até 40% (quarenta por cento) do valor da condenação, além da verba honorária já devida pela sucumbência.

Não raros são os casos em que o advogado limita-se a protocolizar a exordial, muitas vezes fotocopiada, aparecendo no foro apenas para receber o alvará que lhe outorga o direito de levantar o valor da condenação. Este trabalho não justifica a cobrança de honorários nos percentuais a que me referi, notadamente porque se litiga sob os auspícios da gratuidade de justiça.

O direito de ação (art. 5º, XXXV, da CR) não comporta a propositura de lides temerárias. Incumbe ao advogado diligente sopesar a situação de fato e de direito inerente a cada cliente e projetar a viabilidade do futuro pleito. É dever do profissional do direito (máxime do advogado previdenciarista) descartar os casos em que, por particularidades do benefício, tais como a data de início (DIB), o valor da renda mensal inicial (RMI) ou a espécie, por exemplo, não incide a lesão de direito que daria azo à ação.

Centenas de processos tramitaram e ainda se acumulam na Justiça Federal, versando sobre as lesões de direito cogitadas pela Súmula nº 260 do extinto TFR (proporcionalidade no primeiro reajuste e adoção do salário mínimo do semestre anterior para o enquadramento da renda mensal nas faixas da política salarial, de novembro de 1979 a maio de 1984). Em inúmeras destas ações, depois de movimentadas e assoberbadas a máquina judiciária e a da Previdência Social, por anos, concluiu-se: nada era devido aos segurados. Se os advogados tivessem consultado os dados do benefício, ou aprofundado o estudo da situação jurídica de cada caso, antes da propositura da ação, esta situação de prejuízo irreversível ao Estado e especialmente à Seguridade Social seria evitada.

Outras tantas ações foram propostas com o escopo de obter provimento judicial condenatório do Instituto Nacional do Seguro Social a atualizar os salários-de-contribuição, no cálculo do salário-de-benefício, com base na variação nominal da ORTN/OTN, conforme orientação do extinto TFR sumulada pelo TRF da 4ª Região (Súmula nº 02). Mais uma vez, a indústria de ações previdenciárias não ajustou seu parque de produção no sentido de certificar-se se a adoção daqueles indexadores inflacionários constituiria, na prática, aumento do salário-de-benefício. Em considerável número de demandas, ao final, constatou-se que a execução do julgado acarretaria diminuição do valor da renda mensal inicial (RMI), renovando-se os prejuízos ao judiciário, à previdência, e frustrando os anseios daqueles — idosos aposentados — que, depois de terem "ganho" a ação, descobrem que se tratava de uma falácia, um engodo, porquanto nada lhes é devido. E o mais grave é que o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, diante da condenação, defende o seu cumprimento, olvidando-se do princípio constitucional da irredutibilidade dos benefícios e de outro singelo aspecto de ordem processual: o autor não está obrigado a executar esta parte da condenação, podendo renunciar a ela, assim como o juiz, ante a ausência de interesse processual na execução (negativa), mesmo de ofício, poderá decretar sua extinção renúncia não houver.

Neste mesmo diapasão, são propostas ações que visam atualizar os vinte e quatro salários-de-contribuição anteriores aos doze últimos, no cálculo do salário-de-benefício, com base na variação da ORTN/OTN, sem se atentar para o fato de que, em face da espécie do benefício (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, *v.g.*), a fórmula de cálculo considera apenas os últimos doze salários-de-contribuição.

É usual, ainda, a formulação de diversos pedidos na mesma petição inicial, onde uns são justos e pertinentes, mas outros tantos são inoportunos ou manifestamente infundados, em flagrante abuso do exercício do direito de ação, como, por exemplo, diferenças de gratificações natalinas de 1988 e 1989 e diferença de junho deste último ano, para benefícios iniciados em 1990; Súmula nº 260 (primeira parte) para benefícios iniciados em mês básico de reajuste. Todos têm que ser, dispendiosamente, contestados pelo réu e enfrentados pelo juiz.

Não raros são os pedidos cujo objeto já foi satisfeito administrativamente, em autêntica cobrança de dívida já quitada, bem assim a repetição de ações idênticas, consagrando os institutos da litispendência e da coisa julgada.

O Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, em sua tradicional inércia — acredita-se que agravada por ser a vítima do abuso do direito de ação —, em contestações estereotipadas, não alega a impropriedade da ação, ensejando o decreto condenatório. Os juízes, comprometidos pela desumana carga de trabalho e adstritos aos elementos coligidos aos autos pelas partes, acabam impulsionando ações natimortas.

Deve-se considerar que os autores, agindo sob o pálio da assistência judiciária gratuita, não se obrigam a pagar honorários à parte adversa, ou, pelo menos, têm a satisfação de tal verba diferida, porém o INSS é obrigado a mobilizar sua procuradoria e credenciar advogados para a defesa de seus interesses, comprometendo recursos públicos e o próprio orçamento da seguridade social.

Constitui dever processual da parte autora não formular pretensões, quando estiver ciente de que são destituídas de fundamentos, consoante dispõe o inciso III do art. 14 do Código de Processo Civil. Poder-se-ia objetar que os advogados desconhecem as prejudiciais que exemplificativamente referimos. Todavia, tal argumento cai por terra na medida em que constituem elas, na sua maioria, orientação pacificada jurisprudencialmente.

Os autores de demandas temerárias, convém não esquecer, submetem-se às sanções decorrentes dos danos processuais que causarem

(art. 18 do Código de Processo Civil), tendo que arcar com prejuízos e honorários advocatícios despendidos pela parte contrária. O advogado será solidariamente responsável com seu cliente, quando coligados para lesar a parte adversa (art. 32, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94).

Não é fora de cogitação, ainda, na medida em que haja a reconvenção por parte do réu, a condenação do autor ao pagamento em dobro ou no equivalente ao que cobrar indevidamente, a teor do que preceitua o art. 1.531 do Código Civil:

> *"Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito, decair da ação."*

Urge esclarecer que o abuso do direito de demandar não diz respeito somente à atividade do autor, enquanto proponente da ação, mas também abrange a do réu em defender-se ou, na linguagem do Código de Processo Civil, em responder (excepcionar, contestar e reconvir). Esta segunda hipótese, quiçá a mais gravosa, e onde se escancara com maior nitidez a figura do *improbus litigator* delineada na conduta da entidade ancilar (Instituto Nacional do Seguro Social–INSS) não constitui, entretanto, objeto destas reflexões.

Finalizo estas singelas considerações, que não visam desestimular o ajuizamento de ações previdenciárias, nem tampouco representam sugestão de que todas as ações devem ser procedentes, pois isto seria verdadeira heresia jurídica, conclamando aos senhores advogados, classe que tem o compromisso de colaborar com Poder Judiciário, nesta caminhada de transição, para que examinem com mais cuidado e zelo profissional as circunstâncias da ação, ajuizando apenas aquelas impregnadas de efetivo interesse de agir e que reúnam condições de representar vantagem para o segurado. É triste ver a frustração dos aposentados e pensionistas, quando, depois de anos contando com a chamada «defasagem», recebem a notícia: «seu cálculo deu zerado».

---

***** Juiz Federal em Santa Catarina

❖ ❖ ❖

# A AMPLITUDE DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E OS ASPECTOS JURÍDICOS DA DECISÃO-NOTIFICAÇÃO

***M**ARCOS **M**AIA **J**ÚNIOR **

## A amplitude de defesa

Em todos os nossos pronunciamentos em reuniões com as Gerências de Arrecadação e Fiscalização do INSS, temos manifestado nossa preocupação com o aperfeiçoamento do processo administrativo fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência dominantes, principalmente em relação ao amplo direito de defesa que, por imposição constitucional, deve ser dado ao contribuinte.

O artigo 5º — inciso LV da Constituição Federal assegura "***aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**".* E decorrência do refeido dispositivo constitucional é preciso observar com muita cautela os procedimentos administrativos, preocupando-se em não impedir que sejam trazidos aos autos do processo administrativo todos os elementos de prova possíveis e assegurando o contraditório.

Os renomados juristas Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins em "Comentários à Constituição do Brasil" — Editora Saraiva, p. 267 — nos ensinam que:

> ***"A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu.***
>
> ***Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda uma igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu.***
>
> ***Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real.***

***O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor".***

Continuam os ilustrados juristas, na mesma obra, p. 268, com colocação da mais alta importância para reflexão, nas decisões das Gerências de Arrecadação e Fiscalização e do CRPS, vejamos:

***"Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões à direitos individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário.***

***Daí porque esta preocupação em proteger o acusado no curso do próprio processo administrativo ser muito vantajosa, mesmo porque, quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores são as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário"*** (grifo nosso)

Com estas breves referências doutrinárias, estamos juntando, como exemplo, cópia de liminar concedida pela Juíza Federal da 19ª Vara de São Paulo, em pedido feito pela empresa Sabo Indústria e Comércio Ltda, sentença esta que envolve decisão da GRAF e do CRPS, na qual, além de outras assertivas, diz que:

***"parece ter sido vulnerado o princípio do "due process of law", com a não possibilidade de exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, consignado no artigo 5º, incisos LV e LIV da Constituição Federal."***

Podemos observar na liminar concedida que todo o trabalho realizado pelo INSS e pelo CRPS foram perdidos, em virtude do não cumprimento da diligência determinada pela 4ª Câmara de Julgamento, bem como a da não comunicação à empresa das decisões administrativas internas.

Temos procurado adequar as normas do Conselho de Recursos aos novos entendimentos jurisprudenciais no que tange ao amplo direito de defesa, evitando que os interessados procurem a via judicial, anulando os atos praticados no julgamento dos recursos.

A inclusão do § 3º do artigo 116 do Decreto 2.173/97, foi uma inovação que visa evitar a alegação de cerceamento de defesa, no final do curso do processo administrativo. Vejamos:

> ***"No caso de reforma parcial de decisão do Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, será restituído o prazo à outra parte, contado da data da ciência da decisão".***

A inserção do referido dispositivo legal no novo Decreto vem garantir o amplo direito de defesa, propiciando ao contribuinte o conhecimento de todas as alterações ocorridas. Sugerimos observar no final da primeira página da sentença acima referida, onde a MM. Juíza prolatora da decisão assinala que:

> ***"Disso não teve a impetrante ciência formal, no tempo devido".***

A comunicação dos atos praticados no curso do processo administrativo são da maior importância, conforme observa o Dr. José Eduardo Soares de Melo, Doutor em Direito, Professor de Direito Tributário da PUC/SP e Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, em "Processo Administrativo Tributário" (Editora Dialética), onde o autor transcreve notas de Carlos Ari Sundfeld:

> ***"Argutas considerações doutrinárias merecem ser transcritas:***
>
> ***a — A administração tem o dever da publicidade, seja para permitir a eficiente defesa de seus direitos individuais, seja para que o povo, titular do poder e beneficiário dele, possa controlar passo a passo seu exercício;***
>
> ***b — para o exercício regular do direito de defesa no procedimento administrativo, o indivíduo tem assegurada a ampla publicidade como meio de garantir-se sua ampla participação e que se traduz no dever de o Poder Público:***
>
> ***I — facultar a vista dos autos a qualquer momento;***
>
> ***II — dar ciência oportuna e leal ao interessado de todo e qualquer ato de procedimento, inclusive das diligências e documentos juntados de ofício pela autoridade;***
>
> ***III — contar o prazo para manifestação do interessado, não da data de sua intimação, mas da data em que lhe forem fornecidas cópias dos autos ou permitida a vista que requerer, nas hipóteses em que tais datas não coincidam;" (Princípio da Publicidade Administrativa — Direito de Certidão, Vista e Intimação–RDA volume 110 — p.109)***

Os tribunais administrativos do País, estão trabalhando no sentido de aperfeiçoar o processo administrativo fiscal, de modo que, quando o litígio se estende até o Poder Judiciário, as informações e a verdade dos fatos já estão exaustivamente discutidas e examinadas, facilitando assim um melhor e mais rápido julgamento

**Aspectos Juridícos da Decisão-Notifição**

Em decorrência da abordagem feita sobre o direito à ampla defesa entendemos, s.m.j., que a Decisão-Notificação é a peça mais importante do processo administrativo fiscal, uma vez que após sua emissão é que se inicia o verdadeiro contraditório, com a apreciação da impugnação do lançamento pelo contribuinte.

A Decisão-Notificação é um **ato administativo** (grifo nosso) emitido pelo Gerente da Gerência de Arrecadação e Fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social e que consiste na validação do lançamento fiscal, após a análise das argumentações apresentadas pelo contribuinte.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira Mello em sua obra "Princípios Gerais de Direito Administrativo"— volume I, p. 511:

> ***"Decisão é o ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se declara direito e obrigações de partes em controvérsia."***

Na mesma obra, nos ensina que:

> ***"Notificação é a ciência a terceiro de que, em prazo cominado, deve praticar determinado ato ou ter certo comportamento, sob pena de resultar inadimplente em obrigação que lhe cabe. É a exigência da satisfação de dever que lhe compete, nos termos legais, que se atualiza em ato administrativo, pertinente à obrigação de dar, fazer e não fazer ou suportar. Considere-se o aviso de lançamento de imposto.***

Como a Decisão-Notificação é um ato que produz efeitos perante terceiros, deve, necessariamente, estar revestido de todas as formalidades legais. A fundamentação da decisão, abordando todos os aspectos questionados pelo recorrente é de suma importância, uma vez que os dispositivos constitucionais — artigo 5º, inciso LV e art. 93, inciso IX — são sempre citados nos recursos administrativos, atacando a Decisão-Notificação pela falta de fundamentação.

O ilustre e eminente jurista Hugo de Brito Machado, Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em seu trabalho publicado sob o título "O Devido Processo Legal Administrativo Tributário e o Mandado de Segurança, afirma que:

> ***"Não se considera fundamentada uma decisão que diz apenas o direito pleiteado, ou que a pretensão do requerente não tem amparo legal. Tais fundamentos, são de tal generalidade que se prestam para justificar qualquer indeferimento, e por isto mesmo, a rigor, não se prestam para nada. A decisão que tenha fundamentação assim tão genérica não permite exercício do direito de defesa por parte daquele a quem prejudica, que não tem como argumentar em sentido contrário. Tal decisão, portanto, é nula."***

A Secretaria da Receita Federal, através da Portaria SRF nº 4.980, de 04/10/94, que "Dispõe sobre processos administrativos referentes a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal", em seu artigo 3º normatiza o assunto em bastante coerência com os entendimentos doutrinários:

> ***"As decisões das Delegacias da Receita Federal de Julgamento deverão conter ementa, relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências"***

O Advogado Tributarista Natanael Martins e Conselheiro do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda em seu trabalho "Processo Administrativo Tributário — Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório", ressalta que:

> ***"Enquanto ainda hoje, no âmbito do Direito Administrativo, se discute a necessidade de os atos e as decisões serem motivadas, e se diz que em Tribunais Administrativos a defesa dos contribuintes seria precária em face de sua não independência, já que ligados à própria estrutura administrativa da autoridade fiscalizadora e lançadora de tributos, no 1º Conselho de Contribuintes, a jurisprudência, formada já há longo tempo, reclama tanto nas decisões singulares*** *(grifo nosso)* ***quanto, obviamente nas proferidas pelo próprio Colegiado, a motivação absoluta do ato, com enfrentamento de todas as questões suscitadas pela parte".***

A título de ilustração, alguns julgados do 1º Conselho de Contribuintes sobre o assunto:

> ***"Ementa: Normas Processuais — É nula a decisão de primeiro grau que não se manifesta sobre questões preliminares suscitadas na impugnação do contribuinte considerando-se como tal,*** **in casu*****, o pedido de realização de perícia." (Acórdão nº CSRF/01.0946, Ed. Resenha Tributária, vol. 1.2-30, p. 8.325)***

> ***"Ementa: Normas Processuais — Decisão — A exposição dos fundamentos nos quais o julgador se baseou para prolatar a decisão, feita de forma clara e conclusiva, constitui o requisito indispensável à sua validade. Sua falta, por conseqüência, implica vício insanável, acarretando a declaração de nulidade do ato." (Acórdão nº CSRF/01.0882, Ed. Resenha Tributária, vol. 1.2 – 29, p. 8.155)***

> ***"Ementa: IRPF — Nulidade, cerceamento do Direito de Defesa — É nula a decisão de primeiro grau que se omitiu sobre item tributado e impugnado, tanto nos fundamentos como na conclusão. Atingidos pela nulidade a própria decisão e os atos processuais subseqüentes." (Acórdão nº CSRF/01.0884, Ed. Resenha Tributária, vol. 1,2 – 28, p. 7.773).***

**Conclusões**

Diante do exposto no presente trabalho, acreditamos que uma alteração na apresentação da Decisão-Notificação, inserindo no próprio documento as informações do fiscal analista, representará um grande avanço nas relações INSS x Contribuinte e reduzirá sensivelmente o número de recursos às Câmaras de Julgamento, uma vez que, uma decisão bem fundamentada fatalmente vai induzir o recorrente a desistir de novo recurso.

Importante lembrar que, em quase todos os processos apreciados pelo CRPS, o recurso apresentado pelo contribuinte ao Conselho possui o mesmo teor, do apresentado à GRAF.

Finalmente esperamos que estas informações possam contribuir no aperfeiçoamento do trabalho das Gerências de Arrecadação e Fiscalização, em especial, do fiscal analista, especialista, da mais alta importância, no contexto da máquina arrecadadora da Previdência Social.

PODER JUDICIÁRIO
**JUSTIÇA FEDERAL**

19ª Vara Federal
Autos nº 97.0020249-6
Mandado de Segurança
Impetrantes (s) : SABO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Impetrado (s) : PROCURADOR ESTADUAL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL EM SÃO PAULO

Vistos, etc.

A impetrante se dedica às atividades industriais e comerciais do setor de autopeças, cujo processo de produção se afigura altamente complexo, contando com nove estabelecimentos autônomos no Brasil, com CGC distintos.

A Lei nº 7.787/89 determinava o recolhimento da contribuição destinada ao financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho ao INSS, à aliquota de 2% (dois por cento) sobre o total da remuneração paga aos empregados e avulsos.

A Lei nº 8.212/91 estabeleceu a seguinte graduação de alíquotas da contribuição em comento: 1%, para empresas cuja atividade preponderante tenha risco leve de acidente de trabalho; 2%, na hipótese de risco médio e 3%, em caso de risco grave.

O estabelecimento matriz da impetrante sofreu autuação pelo INSS, para compelí-la ao pagamento da aludida contribuição, à alíquota de 3%, com supedâneo na mera indicação da atividade econômica declinada no cartão do CGC, o que não corresponde à realidade.

O critério adotado pela legislação para definir a alíquota dessa contribuição é o maior número de empregados envolvidos na atividade econômica da empresa, o que não foi verificado pela Fiscalização, no local, para a apuração da verdade real dos fatos, no que concerne à atividade prepondente da promovente, que está sujeita à alíquota de 2% e não de 3%.

A impetrante interpôs recurso administrativo contra a autuação ilegal, o qual foi convertido em diligência, a fim de que a Fiscalização realizasse a prova indispensável à demonstração da atividade preponderante da empresa, para se saber em que campo o número maior de empregados exercem as suas funções.

Entretanto, a Fiscalização descumpriu a determinação da 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, asseverando que deixara de fazer averiguações "in loco", porque a situação atual poderia não ser a mesma da época em que a empresa fôra fiscalizada, concluindo que pelo contrato social a CGC a autuação devia ser considerada correta. Disso não teve a impetrante ciência forma, no tempo devido.

O crédito fiscal foi constituído encontrando-se em fase da inscrição na Dívida Ativa. Ademais, a impetrante inscrita no CADIN.

Verificam-se "in casu" ambos os pressupostos indispensáveis à concessão da medida provisória solicitada, a teor do inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 1.533/51.

Presente o **"fumus boni juris**", a plausibilidade do direito invocado pela demandante, eis que não tendo sido a mesma intimada da negativa da Fiscalização quanto ao cumprimento da diligência para a realização de provas, ordenada pela Câmara de Julgamento do CRPS, bem como da decisão desse órgão quanto à denegação do recurso, nesta "sumaria cognito", parece ter sido vulnerado o princípio do "due process of law", com a não possibilidade de exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, consignados no artigo 5º, incisos LV e LIV da Constituição Federal.

Poder-se-ia cogitar, pois, a respeito de eventual nulidade do procedimento administrativo, a partir da negativa da realização de prova no estabelecimento-matriz da impetrante e, de conseguinte, do julgamento proferido pela apontada Câmara e dos atos subseqüentes atinentes ao crédito fiscal.

O **"periculum in mora"** também está aqui revelado, ou seja, a demonstração cabal de ineficácia do "writ" que venha eventualmente a ser concedido em sentença, causando lesão irreparável à impetrante, dada a iminente inscrição do débito na Dívida Ativa e inscrição no CADIN.

Posto isso, **DEFIRO MEDIDA LIMINAR** para suspender os efeitos da decisão de julgamento do recurso administrativo retromencionado, bem como a exigibilidade do crédito tributário e os efeitos da inscrição no CADIN, determino à autoridade coatora que providencie, junto à Fiscalização, a realização da prova no estabelecimento-matriz da promovente, à fim de constatar qual o maior número de empregados que se dedicam à atividade preponderante da empresa, no prazo de 30 (trinta) dias.

Notifique-se a autoridade coatora para prestar as informações no prazo de 10 (dias).

Após, ao Ministério Público Federal, voltando os autos conclusos para a sentença.

Oficiem-se a autoridade coatora, o Sr. Presidente da 4ª Câmara de Julgamento do CRPS e o Sr. Chefe do Setor de Fiscalização GRAF-Lapa.

Intime(m)-se.

São Paulo, 25 de junho de 1997.

VERA LÚCIA R.S. JUCOVSKY
Juíza Federal

---

* Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social

❖ ❖ ❖

# COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS — QUESTÕES CONTROVERTIDAS.

***M**ARCO **A**URÉLIO DE **O**LIVEIRA **R**OCHA **

## 1. O Direito Posto

De acordo com o art. 165 do CTN o sujeito passivo tem direito à restituição do tributo que houver pago indevidamente. De seu turno, o art. 166 do mesmo Diploma dispõe que a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Segundo o art. 170, ainda do CTN, a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líqüidos e certos.

Conforme pacífica orientação doutrinária, sendo a compensação espécie de restituição, a norma do indigitado art. 166 incide também sobre a figura da compensação.

Por sua vez, a Lei n. 8.383, de 31 de dezembro de 1991, em seu art. 66, disciplinou a compensação de tributos, inclusive as contribuições previdenciárias.

Com o advento da Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, que deu nova redação ao art. 89, da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, a compensação de contribuições previdenciárias teve tratamento especial, ficando afastadas as disposições gerais que com ele não se conformassem. Desse modo, a Lei 8.383, mormente o seu art. 66, teve sua aplicabilidade obstruída naquilo que não se coadunou com a novel redação do art. 89 da Lei 8.212. Contudo, as disposições do Código Tributário Nacional mantiveram sua plena eficácia, uma vez que o dito Diploma Legal (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966) foi recepcionado pela Constituição vigente com a roupagem de lei complementar e, via de consectário, não pode ser derrogado por simples lei ordinária, sob pena de se abalar a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico.

Enfim, a Lei n. 9.129, de 20 de novembro de 1995, alterou mais uma vez o art. 89, da Lei 8.212, unicamente no que percute ao § 3º, aumentando o limite de compensação de 25 (vinte e cinco) para 30% (trinta por cento) do valor a ser recolhido em cada competência.

## 2. Aspectos Polêmicos

Duas questões têm sido objeto de debates no âmbito acadêmico e judicial, a saber: *a)* a da limitação imposta pelo § 1º, do art. 89, da Lei 8.212, no sentido de admitir-se apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade e *b)* a da limitação imposta pelo § 3º, do mesmo dispositivo, que reza que a compensação não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) do valor a ser recolhido em cada competência.

**2.1.** Quanto à primeira questão, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA disse que “o grave na disposição legal é a conseqüência que gera: nenhuma contribuição para a seguridade social arrecadada pelo INSS pode ser objeto de restituição ou de compensação, porque todas elas integram os custos suportados pela sociedade, já que nenhuma empresa suporta ela própria

os seus encargos tributários, assim como todos os demais custos e despesas em que incorre, sem repassá-los para seus preços", concluindo que "é de toda evidência a inadequabilidade lógica do § 1º do art. 89 da Lei n. 8.212, redigido pela Lei n. 9.032, além de sua absoluta invalidade jurídica, não somente por contrariar o que dispõe o art. 166 do CTN, mas especialmente por contrariar também o art. 165, já que impõe obstáculo a toda e qualquer restituição" (Compensação e Restituição de Contribuições para a Seguridade Social — Transferência de Encargos e Limites, *in* Contribuições Sociais — Questões Polêmicas, São Paulo : Dialética, 1995, p. 69 e 70).

*A contrario sensu*, em que pese o magistério de MARIZ DE OLIVEIRA, a regra disposta no § 1º, do art. 89, da Lei 8.212 é simples decorrência da norma insculpida no art. 166 do CTN e é de uma lógica cristalina, pois se a empresa não suportou, de sorte efetiva, o encargo financeiro, não pode falar em restituição ou compensação.

Por fim, o problema da transferência do encargo financeiro para a sociedade deve ser resolvido com as Súmulas 71 e 546 do Excelso Pretório, que pacificaram, respectivamente, que "embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto" e que "cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo".

De sua vez, WLADIMIR NOVAES MARTINEZ ilustrou que "se, verdadeiramente, quem assumiu o ônus da contribuição, através de repasse ao preço final ao consumidor, foi a sociedade, esta é a credora do correspondente. Diante da impossibilidade de fazer chegar às mãos do indivíduo, um a um, não deve permanecer nas mãos do intermediário e contribuinte de direito. O INSS o terá distribuído, dentro da construção securitária, aos beneficiários, em última análise, fração dos ditos credores" (Restituição ou Compensação de Contribuições Previdenciárias, *in* Contribuições Sociais — Questões Polêmicas, São Paulo : Dialética, 1995, p. 115). Desta sorte, não há que se falar em locupletamento indevido do INSS, uma vez que ele simplesmente repassa toda sua arrecadação para os seus beneficiários, que, *ad argumentandum*, representam significante parcela da mesma sociedade que *de facto* suportou o encargo financeiro das contribuições sociais ao consumir os produtos e serviços tributados.

PAULO DE BARROS CARVALHO, por seu turno, leciona que "se não há fundamento jurídico que ampare o Estado, no caso de haver recebido valores indevidos de contribuintes que transferiram o impacto financeiro a

terceiro, também não há justo título para que estes, os sujeitos passivos que não provaram haver suportado o encargo, possam predicar a devolução. E na ausência de títulos de ambos os lados, deve prevalecer o magno princípio da supremacia do interesse público ao do particular, incorporando-se as quantias ao patrimônio do Estado" (Curso de Direito Tributário, 6ª edição, São Paulo : Saraiva, 1993, p. 305).

Ante as ponderações acima, exsurge uma inexorável conclusão.

Na hipótese de transferência do encargo financeiro do tributo à sociedade, não há que se falar em compensação, pois a empresa é contribuinte de direito e não de fato e foi a sociedade, efetivamente, quem suportou o encargo, de modo que, não se podendo restituir um a um o crédito, as coisas devem permanecer no *statu quo*, ou seja, em favor dos beneficiários da Previdência Social. Ademais, não é regra constitucional que a seguridade social será financiada por toda a sociedade (art. 195, *caput*)? Logo, se toda a sociedade suportou, de forma indireta, o encargo financeiro da contribuição previdenciária e, ao mesmo tempo, é ela quem deve financiar a seguridade social, não seria nada injusto, sob esta ótica, a permanência das coisas no *statu quo*.

Via de corolário, a exigência do § 1º, da Lei 8.212, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.032 encerra uma serena lógica jurídica e deve ser observada não só na órbita administrativa, como também na judicial.

**2.2.** Quanto à segunda questão, a regra do § 3º, do art. 89, da Lei n. 8.212 está em perfeita consonância com o sistema, de modo que o limite deve ser respeitado. Com efeito, o art. 170 do CTN é claro e preciso em "delegar" à lei específica a possibilidade da compensação e as condições em que a mesma deve ser feita, de modo que não deve causar estranheza alguma a regra de que a compensação de contribuições previdenciárias não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) do valor a ser recolhido em cada competência. De efeito, "o sujeito passivo da obrigação tributária não tem, em princípio, um direito subjetivo à compensação, eis que não há norma prevendo casos em que esta se deva verificar. Diz o CTN que a lei pode *autorizar* a compensação, nas condições e garantias que estipular" (HUGO DE BRITO MACHADO, Curso de Direito Tributário, 7ª edição, São Paulo : Malheiros, 1993, p. 139).

Neste particular, EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI escreveu que "em direito público vige a regra ontológica de fechamento desse subsistema e que fulcra o princípio da estrita legalidade: tudo aquilo que não estiver expressamente permitido em lei, está proibido para a Administração Pública.

Se há norma que permita expressamente o direito de compensação, então há direitos correlatos de compensar do fisco e do contribuinte. Mas se a lei limita esse direito objetivo a 25%, os direitos subjetivos reflexos nascem já com esse limite" (Compensação e Restituição de "Tributos", *in* Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de fevereiro de 1996, n. 3/96, p. 62).

Dessa maneira, no que concerne a esta segunda *quaestio iuris*, a solução não parece ser das mais difíceis, ante a clareza meridiana da norma expressa no art. 170 do CTN, não obstante reiteradas decisões em sentido inverso.

## 3. Epílogo

O presente trabalho não tem a pretensão de colocar um ponto final nas questões ventiladas, mas, ao contrário, visa tão-somente fomentar a discussão sobre elas, uma vez que ainda não foram suficientemente apaziguadas no âmbito jurisprudencial.

Com efeito, o egrégio Superior Tribunal de Justiça e quiçá o excelso Supremo Tribunal Federal, mediante os recursos especial e extraordinário, respectivamente, serão provocados a se manifestar a respeito das questões aqui enfocadas, oportunidade em que a *vexata quaestio* terá solução definitiva.

A propósito, o Min. ARI PARGENDLER, no julgamento do Recurso Especial n. 126.055 – RS, pontificou que "a jurisprudência ainda não deu solução satisfatória às questões decorrentes do artigo 166 do Código Tributário Nacional, agora enriquecidas pelo artigo 89 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995, que só admite a restituição ou compensação de contribuições recolhidas, por empresas, ao Instituto Nacional do Seguro Social, se não tiverem sido incorporadas ao preço dos bens ou serviços comercializados; hipótese, todavia, em que o novo texto legal deixou de ser prequestionado no acórdão atacado pelo recurso especial"(j. 26.6.97, DJU n. 157, de 18 AGO 1997, seção 1, p. 37.833).

Cuiabá-MT, 4 de setembro de 1997.

---

* Procurador do INSS em Mato Grosso

❖ ❖ ❖

# DIREITO ALTERNATIVO

***E**USTÁQUIO **N**UNES **S**ILVEIRA **

Na clássica divisão de funções estatais, idealizada por Montesquieu, sabemos que, em princípio, cabe ao Executivo a administração, de acordo com as leis; ao Legislativo, a elaboração dessas leis, e ao Judiciário, a aplicação das normas aos casos concretos que lhe são submetidos. Cada um dos poderes deverá exercer a sua função indepedentemente, embora a convivência deles deva ser harmônica. Isso não impede, contudo, que, eventualmente, um exerça função que, de regra, seria do outro. No caso do Judiciário, não se lhe nega a administração de seus próprios interesses, bem como não se pode afirmar que lhe seja defeso legislar. Porém, tal só acontece quando existe, na base, uma lei, elaborada pelo poder competente (o Legislativo), que o autoriza a assim proceder.

É que, em nosso jurídico, que deita raízes na cultura romano-germânica, a lei é a fonte primária do direito e quem a edita é o povo, diretamente (a exemplo de alguns cantões da Suíça), ou através de seus representantes no Parlamento. Essas leis é que deverão, portanto, reger a vida em sociedade.

Sem dúvida, existem outras fontes do direito, mas, qualquer uma delas, só terá autoridade de compulsória se respaldada na lei.

Pergunta-se, então: existindo uma lei que regule determinada hipótese, poderá o aplicador, mais precisamente o juiz, deixar de aplicá-la, sob o argumento de que a norma não representa o direito, o justo? Pior: poderá, o juiz, nesse caso, estabelecer a sua própria norma, como se legislador fosse, e dar a solução que lhe pareça a mais justa?

Se esse é o Direito Alternativo de que se fala, os seus seguidores e apologistas estão fadados ao insucesso.

Primeiramente, essa tentativa de se difundir uma idéia de um Direito *contra legem* não é nova. Pelo contrário, é velha, do século passado. Iniciou-se, de maneira ainda tímida, com escola da Livre Indagação de François Geny e de Eugen Ehrlich, que sem exageros, pregava que a lei é o ponto de partida de qualquer interpretação, embora devesse ser compreendida não somente à luz dos preceitos lógicos, mas também de acordo com as idéias, aspirações e interesses legítimos da coletividade. Em posição extremada, surgiu, em 1906, a turma chefiada por Kantorowicz em busca

do Direito justo (*richtiges Recht*), para tanto autorizando o juiz a desprezar os textos e a seguir os ditames de sua consciência. Essa escola, não passou de um modismo, que, vez por outra, alguém em busca de notoriedade procura ressuscitar.

Imaginem se cada juiz puder afastar a aplicação do texto legal, impessoal e geral, para fazer valer a sua vontade particular. A segurança jurídica estaria irremediavelmente comprometida, passando as decisões judiciais a se constituírem em verdadeira loteria, onde o cidadão nunca poderia ter certeza do seu direito. Como afirma o mestre Maximiliano (1): "Substituir a lei (vontade geral) pelo juiz (critério individual), conforme pretende a corte chefiada pelo professor Kantorowicz, seria retrogradar; a evolução realizou-se no sentido inverso, ao de sobrepor a vontade coletiva à de um só". Desse modo, não pode o juiz, que não é legislador, deixar de aplicar a lei pré-existente para solucionar o litígio como melhor lhe aprouver, porque isso não passa de arrogância, de desejo de onipotência, que certamente o conduzirá à desconfiança popular.

Não existe pior ditadura do que a dos juízes, e isto é o que ocorreria se cada magistrado estivesse autorizado a fazer valer a sua própria lei. Ainda mais no Brasil, onde se sabe, a magistratura nem sempre é escolhida entre homens de inabalável valor intelectual e moral, como pressupunha a teoria das escola do Direito justo.

Diferentemente do que pregam os ansiosos pelo poder judicial absoluto, a função do juiz é a de interpretar a lei, ou seja, a dedeterminar-lhe o sentido e o alcance. Isso não significa dizer que o magistrado é mero aplicador da lei, pois, antes de fazê-lo, ele deve interpretar o texto legal, muitas vezes completando-o, até mesmo melhorando-o, numa interpretação que atenda aos valores e às finalidades nele contidos. O que não pode é negar a lei, decidir contra sua disposição, até porque, se assim o fizer, sua sentença estará sujeita a rescisão.

Por outro lado, os pregadores do Direito Alternativo se esquecem que o juiz só é juiz porque existe a lei. Fora da lei, ele não está na sua função jurisdicional (desculpem o trocadilho)!

Ademais, no contexto do direito positivo brasileiro, o juiz é obrigado a se ater à lei, só podendo agir como legislador à falta de norma excrita, significando dizer que ele pode agir *proeter legem*, mas nunca *contra legem*.

(1) Maximiliano, Carlos — "Hermenêutica e Aplicação do Direito", For., 9ª Ed., p. 79.

Enfim, se as leis são boas ou más, não cumpre ao juiz substituí-las por suas próprias normas, mesmo porque quem tem o mandato para editar as regras são os parlamentares, soberamente eleitos pelo povo, que, através deles, se auto-governa. Ao magistrado incumbe interpretar o texto, não se esquecendo, porém, de que a lei não é apenas letra fria, mas um corpo vivo que precisa ser compreendido, de modo que os seus princípios se estendam às hipóteses particulares, por uma aplicação prudente e racionada, como já preconizava o preceito de Portalis (2).

(2) Anexado ao projeto do Código Civil Francês: "Estenda os princípios dos textos às hipóteses particulares, por uma aplicação prudente e racionada; apodere-se dos interesses que a lei não satisfaz, proteja-os e, por meio de tentativas contínuas, faça-os predominar."

* Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

❖ ❖ ❖

## PRESCRIÇÃO

***L**UIZ **V**ICENTE **C**ERNICCHIARO **

A interpretação jurídica reclama, antes de mais nada, definir o instituto analisado. Sem essa cautela, corre-se o risco de conferir a uma espécie a regra geral, o que afronta o comando lógico — *normas especiallis derogat generali.*

A prescrição visa a tomar estáveis situações jurídicas, muitas vezes, polêmicas, contestadas. Busca-se a paz social, consolidando-se relações que, com o passar do tempo, firmam-se em determinado sentido.

A classificação dos atos jurídicos registra a categoria "ato nulo" — não gera nenhum efeito. É repelido desde o nascedouro. Alguns autores chegam mesmo a equipará-lo aos atos inexistentes, embora a distinção se justifique. No primeiro, os elementos essenciais se fazem presentes, apesar do vício. No segundo, fala um deles. É nulo o casamento de pessoa casada, ao passo que inexistente, se contraído por pessoas do mesmo sexo.

O Código Penal, no art. 117, relaciona as causas interruptivas da prescrição. Correspondem a decisões judiciais (recebimento da denúncia ou da queixa, pronúncia, decisão confirmatória da pronúncia e sentença condenatória recorrível) ou fato relevante (início ou continuação do cumprimento da pena e a rescindência).

A decisão judicial poderá ser confirmada, ou anulada.

No segundo caso, repercutirá no curso da prescrição, aplicando-se a regra "ato nulo não produz efeito?" Em conseqüência, afetará a interrupção?

Impõe-se definir a prescrição. Sem dúvida visa a favorecer o indiciado, réu, ou mesmo condenado com sentença transitada em julgado. Tem, evidente, a sua explicação. O correr do tempo vai deixando o fato delituoso no esquecimento, afrouxa-se, quando não desaparece, a reação social ao delito. Busca-se, com a extinção da punibilidade, a paz social, ficando sem sentido movimentar processo, ou aplicar a sanção, transcorrido o tempo que o estado fixou para fazer efetivo o seu poder de punir.

A prescrição é, portanto, sanção (sentido de conseqüência pela não-realização do preceito da norma). A lei estabelece o prazo para o Estado concluir o processo criminal, ou executar a sentença penal condenatória. Não observado, opera-se prescrição, respectivamente, da pretensão punitiva e da pretensão executória.

O pressuposto da prescrição, assim, é a inação, ou retardamento da prestação jurisdicional, desrepeitado o respectivo lapso temporal. Pune-se (sentido vulgar) porque tardia a decisão judicial. Interessa, portanto, a data da decisão do juiz. Não há preocupação com o conteúdo dessa decisão. Certa, ou equivocada, justa, ou injusta, nada conta. Interessa o marco cronológico e nada mais. Tanto assim, se decisão de uma das causas de interrupção for anulada, ou reformada, não traz nenhuma relevância para efeito de prescrição. Tome-se, ilustrativamente, a hipótese do inciso IV — pela sentença condenatória recorrível. Interrompe o curso da prescrição apenas porque publicada. Não se examina, não se leva em consideração o conteúdo. Pouco importa, ademais, se vier a ser confirmada, reformada, ou mesmo anulada em 2ª instância. Importa, insista-se, somente a data da publicação. A não ser assim, a sentença condenatória porque reformada, havendo o acórdão proclamado a inocência, retirando, pois, a sanção penal, passando a decisão absolutória, cancelaria o marco interruptivo. E assim seria porque a decisão absolutória cassa os efeitos da sentença condenatória.

Resultaria o seguinte: em se fazendo o cálculo, considerando a pena cominada, se a sentença condenatória recorrível não continuasse a ser marco interruptivo, poderá acontecer de, antes do julgamento do recurso, restar configurada a prescrição, considerando a pena cominada.

As causas interruptivas da prescrição são tomadas como dados cronológicos. Não se tem em conta a legalidade, ou ilegalidade da decisão judicial. A relevância se restringe a policiar o desenvolvimento do *ius persequendi*, impedir que a instauração, ou transcorrer do processo se alonguem de modo intolerável. Sabido, a relação processual confere ao sujeito passivo direito a solução em prazo razoável. Insista-se, no caso da prescrição, não interessa o conteúdo da decisão, mas a sua tempestividade. E a enumeração das causas interruptivas é taxativa. Não admite ampliação.

A natureza jurídica e a teleologia do Instituto jurídico não podem ser desprezadas pelo intérprete. Somente assim, situar-se-á, com precisão, no sistema jurídico.

O tema merece reflexão mais atenta. Repercute, sem dúvida, no sistema de validade dos atos jurídicos; entretanto, cumpre levar em conta as suas características. Caso contrário, como dito, a norma especial será tratada como norma geral, deixando-se de considerar o *quid* distintivo, aliás, a nota característica. Em outras palavras, o próprio instituto analisado.

Em Direito Penal e Processual Penal não é absoluta a afirmação “o nulo não produz efeito”. Produz, sim. Aliás, com o abono da doutrina e da jurisprudência de todos os tribunais. A sentença condenatória, anulada por recurso do réu, não pode impor pena superior à anteriormente fixada. Nunca é demais relembrar: o Direito é uno; entretanto, cada setor dogmático tem seus princípios e normas específicas.

---

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor titular da Universidade de Brasília

❖ ❖ ❖

# ASPECTOS GERAIS DA TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA

***F**RANCESCO **C**ONTE **

*O jurista não precisa ser triste e nem um crítico mau humorado.*

Eu estava inclinado a começar a exposição manifestando o meu sentimento de **lisonja** em participar deste seminário.

Lembrei-me, entretanto, que a "**lisonja é uma espécie de suborno psicológico**".

Ao invés de lisonja é aconselhável falar em **honra**.

Pois bem: É uma **honra** participar deste Seminário de elevado nível técnico e superlativa fecundidade intelectual à conta da iniciativa, sobremodo feliz, da EMERJ, EMPERJ e CEJUR/PGERJ.

Essa **honra** mais se robustece quando este Seminário reverencia a memória do saudoso ministro MIGUEL SEABRA FAGUNDES, expoente da cultura jurídica e humanística, a cuja luz de suas lições nos aquecemos.

Tenho a absoluta certeza de que, neste momento, o querido Mestre está aqui, entre nós, conspirando generosamente em prol do êxito deste conclave.

Principio com duas **advertências** necessárias:

1. a primeira, de cunho ambientalista, diz respeito a um aspecto positivo desta palestra: é que ela não agride a camada de ozônio; e

2. a segunda, em perspectiva gastronômica, é que esta exposição, versando sobre os aspectos gerais da tutela antecipada, será, apenas, o *couvert*, visto que o prato principal, com o tempero de apurada técnica, será superiormente servido pelos eminentes professores HELCIO ASSUMPÇÃO e CARREIRA ALVIM.

Como é notório, o Brasil exibe, atualmente, um poderoso arsenal legislativo no tocante ao Direito Processual Civil, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que patrocinou a ampliação do leque de instrumentos de tutela dos direitos e interesses individuais e coletivos.

Entretanto, por variegadas razões, ganha terreno a insatisfação com a ineficácia dos serviços prestados pela Justiça, na solução das lides.

Nada obstante o formidável progresso científico do processo civil, é insatisfatória a performance do mecanismo jurisdicional, sobretudo ao ângulo do binômio celeridade/efetividade.

O eminente JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**,** em página memorável, que encerra as **tendências contemporâneas do Direito Processual Civil,** afirma a necessidade de aplicar-se:

> "... com maior eficácia à modelagem do real as ferramentas pacientemente temperadas e polidas pelo engenho dos estudiosos. Noutras palavras: toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pode impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil"[1]

"**A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta**", esta célebre expressão de RUI BARBOSA condensa a idéia fundamental, no âmago da sociedade, de buscar-se uma rápida composição das lides, enquanto fator de perturbação da paz social.

O tempo é a dimensão fundamental na vida humana, desempenhando, no processo, idêntico, dramático e perverso papel.

CARNELUTTI, em eloqüente visão, assinala que "**o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas**".

CAPPELLETTI, nessa moldura, observa que: "**a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta**".

Já se disse, com propriedade, que "**acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional".**[2]

Não é por outra razão que, atualmente, no processo civil, o eixo gravitacional deslocou-se da esfera da segurança e do formalismo para a órbita da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional.

Pois bem: em semelhante contexto, na esteira das relevantes modificações introduzidas na **produção da prova pericial** (Lei nº 8.455/92), no atinente à citação e à intimação implementadas, de regra, por via postal (Lei nº 8.710/93), bem como, ainda, no concernente à liquidação (Lei nº 8.898/94) e também sob o ideário de modernizar, aprimorar, simplificar e agilizar os mecanismos da justiça civil, foram editadas, em 13.12.1994, as Leis nº 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, que alteram mais de 80 (oitenta) dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos, sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião, o processo de conhecimento, o processo cautelar e o processo de execução, respectivamente.

Posteriormente, foram editadas as **Leis nºs 9.079**, de 14.07.1995; **9.139**, de 30.11.1995 e **9.245**, de 26.12.1995, instituindo a ação monitória, nova sistemática do agravo e o processo sumário, respectivamente.

Esse conjunto de leis, conquanto não tenham introduzido mudanças estruturais, objetivam, primordialmente, simplificar e agilizar o funcionamento dos mecanismos da justiça civil, sob o influxo de uma atividade jurisdicional efetiva, justa, célere e eficaz.

O ponto sensível, de vanguarda, das inovações introduzidas no processo de conhecimento repousa, a meu sentir, no **instituto da antecipação da tutela de direito subjetivo material, autorizada no art. 273**, consoante a redação ditada pelo art. 1º, da Lei nº 8.952, de 13.12.94, com a dicção seguinte:

> "Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
>
> I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
>
> II — fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.
>
> § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.
>
> § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento."

Não é ocioso enfatizar que, em sua nova dicção, o art. 273 exibe dois incisos e cinco parágrafos. Essa observação, aparentemente supérflua, resulta da observação de determinado caso concreto no qual, com base no art. 273, inciso I, § 2º, o autor requereu a tutela antecipada em sua petição inicial e o juiz, em decisão proferida em agosto de 1995, rechaçando a pretensão do autor, afirmou, peremptoriamente, que o art. 273 não tinha incisos e nem muito menos parágrafos. Tudo leva a crer que o Código de S.Exa. estivesse desatualizado.

O novo dispositivo — consagrador da antecipação de tutela, tutela antecipada ou tutela antecipatória — de agilização da prestação jurisdicional, antecipando os seus efeitos, põe uma pá de cal sobre as questionadas ações cautelares satisfativas, usadas, até então, para contornar a morosidade do processo cognitivo (ordinário ou sumário), atrelado a exagerado formalismo, traduzido numa dimensão complexa, perturbadora e intrigante de atos processuais.

De igual modo, a antecipação, enquanto fenômeno processual, ensejou, entre nós, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória, sepultando, assim, as provas desnecessárias e protelatórias.[3]

2 – Cumpre observar, nesse passo, que, ao ângulo de sua natureza, o novo instituto da antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional**,** de forma ampla e pormenorizada, não está aprisionado no arquétipo das medidas cautelares, outorgadas sob a égide das normas contidas nos arts. 796 e seguintes do CPC.

CALAMANDREI, em sua obra clássica, situou a antecipação de provimentos decisórios sob o espectro das medidas cautelares.[4]

A tutela cautelar, no direito italiano, experimentou significativa expansão para abraçar preceitos de sumarização cognitiva, com satisfação antecipada de pretensão de direito material típica do processo de conhecimento.[5]

Sem embargo, não se pode identificar o instituto de antecipação de tutela, do art. 273, com a medida cautelar (de segurança).

Ao contrário, prevista no Livro I, do Código de Processo Civil, atinente ao processo de conhecimento, a tutela antecipada consagra prestação jurisdicional de natureza cognitiva, sumária (com base em probabilidade) e satisfativa, através da qual, presentes os requisitos legais (art. 273, incisos I ou II, e § 2º, do CPC), se antecipa, provisoriamente, o próprio provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento.

A tutela antecipatória é sempre satisfativa do direito material reclamado.

Precipita-se, no tempo, com eficácia provisória, a própria proteção jurídica postulada em sede do processo de cognição, sob a fecunda inspiração dos princípios de economia, celeridade e efetividade processual.

A tutela antecipa a satisfação que, ordinariamente, se daria após o tempo necessário para a averiguação da existência do direito, em momento procedimental próprio.

O juiz, na antecipação de tutela em ação de conhecimento, empresta eficácia executiva, provisória e imediata, à sua decisão.

Há pontos de aproximação entre a medida cautelar e a antecipação da tutela no processo civil, como, por exemplo, a urgência, a provisoriedade da decisão e a necessidade de comprovação do ***periculum in mora***, que é comum a ambos os fenômenos.

Outro ponto de contato entre a medida cautelar e o instituto da antecipação da tutela é que ambos são suscetíveis de modificação ou revogação.

Entretanto, soa trivial que o traço característico da medida cautelar é, sempre, a sua compulsória provisoriedade, posto conservar a sua eficácia no prazo de 30 (trinta) dias e na pendência do processo principal de semblante cognitivo ou executivo (arts. 806 e 807, do CPC), sendo certo que, contrariamente — conquanto concedida provisoriamente, com eficácia limitada — a antecipação da tutela, por traduzir a própria providência jurisdicional de mérito postulada, exibe o talento para produzir efeitos duradouros, através da sentença transitada em julgado.

Em outras palavras: a medida cautelar, necessariamente provisória e efêmera, tem a finalidade precípua de garantir, no plano pragmático, a eficácia do processo principal (de conhecimento ou de execução), valendo notar que, ao contrário, a antecipação da tutela materializa a própria prestação jurisdicional de mérito postulada no processo de cognição, revestida de colorido provisório, mas com vocação para, no futuro, ostentar eficácia permanente, com o advento do trânsito em julgado da sentença.

Outro traço de distinção é que a medida cautelar é, sempre, autuada em **apenso** aos autos principais, além de poder ser concedida liminarmente, com a condicionante do art. 804, do CPC, enquanto que nos autos principais é que a tutela antecipada é requerida, não sendo lícito ao juiz concedê-la liminarmente, vale dizer, sem a prévia audiência do réu.

A antecipação de tutela somente é possível dentro da própria ação principal. Já a medida cautelar é objeto de ação separada, que pode ser ajuizada antes da ação principal ou no seu curso.

Outro fator distintivo é que a antecipação da tutela depende, sempre, de iniciativa ou de provocação da parte (princípio da demanda), enquanto que, para determinada corrente doutrinatária, que não é pacífica, capitaneada por GALENO LACERDA, as medidas cautelares incidentes podem ser concedidas ***ex officio*** pelo juiz.

Outro aspecto de diferenciação entre as duas categorias é que a medida cautelar, de regra, não é satisfativa, declaratória de um direito material, mas meramente instrumental, acautelatória, enquanto que a antecipação da tutela exibe conteúdo satisfativo, de vez que pode ser igual a providência final postulada.

Veja-se outra dessemelhança: na ação cautelar não existe relação de causa e efeito entre a liminar deferida e o conteúdo da sentença que será proferida na ação principal, enquanto que, na tutela antecipatória, o direito assegurado, de plano, à parte, estará engastado na matéria que o juiz decidirá, no mesmo processo.[6]

A segurança, provisória e emergencialmente, buscada na cautelar não se confunde com o bem em sentido amplo, objeto do processo principal, funciona como meio de garantir o resultado eficaz e a utilidade do processo principal, de feição cognitiva ou executiva.

A distinção, com nitidez ofuscante, entra pelos olhos, posto que, ao contrário da tutela cautelar, que exibe caráter unicamente assecuratório e de referência exclusivamente processual, a tutela antecipada não se limita a "assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado".[7]

A tutela, na espécie, é satisfativa no terreno fático, de vez que realiza o próprio direito afirmado antecipadamente, afastando-se a ordinariedade, ao passo que, na concepção de CARNELUTTI, o escopo do processo cautelar é tutelar o processo, assegurando a futura realização do direito.[8]

Em apertada síntese: não se cogita, de medida voltada a evitar a periclitação do direito, ou para, no futuro, resguardar o seu exercício,

nenhum direito é protegido ou acautelado (tutela cautelar que encerra lide de dano); antes, ao contrário, a antecipação da tutela consubstancia o próprio direito afirmado pelo autor (tutela cognitiva referenciada à lide meritória).

> "A técnica de cognição sumária acolhida pelo legislador, no art. 273, é aquela denominada pelos italianos de ***tutela giurisdizionale differenziata***, porquanto representa nada menos do que a possibilidade de o Estado-Juiz vir a conceder previamente, isto é, antes da decisão definitiva (sentença), a proteção satisfativa antecipatória da pretensão perseguida através da demanda que será determinada ou conhecida discriminadamente de acordo com o tipo de providência de Direito Material postulada pelo autor, caso a caso".[9]

A sentença cautelar, é indubitável, não pode antecipar os efeitos próprios do processo principal.

Embora, num determinado caso concreto, já tenha visto, desgarrada da melhor técnica, a concessão de tutela antecipada, com base no art. 273, em ação cautelar inominada (é isso mesmo, tutela antecipada em ação cautelar). Trata-se, a meu ver, de um equívoco robusto e inominado.

Advirta-se que, na dimensão do art. 273, inserem-se todas as ações de conhecimento (ações declaratórias, condenatórias e constitutivas), afigurando-se possível a concessão da antecipação dos efeitos da pretensão articulada pelo autor, mediante providência judicial sumária, no processo de cognição, presentes os requisitos catalogados no referido dispositivo.[10]

CALMON DE PASSOS**,** a propósito do tema, observa que:

> "... Se a antecipação é possível no processo de conhecimento, ela o é por 'disposição geral', donde ser extensível, subsidiariamente, ao procedimento sumário (antigo sumaríssimo) e aos especiais, salvo havendo absoluta incompatibilidade".
>
> .....
>
> Em outras palavras: "A antecipação da tutela que se prevê, agora, no título relativo ao processo e procedimento, do livro que cuida do processo de conhecimento, vale tanto para o procedimento ordinário quanto para o sumário (o antigo sumaríssimo) e também para os procedimentos especiais, porque subsidiariamente, a estes últimos, são aplicáveis as disposições gerais do procedimento ordinário ..."[11]

> Ressalte-se que, mesmo antes da reforma de 1994, no CPC e em leis extravagantes, algumas ações já consagravam, em certa medida, a antecipação da tutela, como, exemplificativamente, ações possessórias, embargos de terceiro, ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, ação expropriatória, ação direta de inconstitucionalidade, ações locatícias e nas demandas do Código de Defesa do Consumidor de maneira mais restritiva (art. 84, § 3º).

O artigo 273 do CPC, em suma, consagra tutela de urgência satisfativa interinal, cujos provimentos surgem durante a tramitação de um processo de conhecimento, antecipando, total ou parcialmente, os efeitos da decisão definitiva.[12]

3 — Os **requisitos**, positivos e negativos, de concessão da tutela jurisdicional antecipada, estão incrustados no art. 273, ***caput***, incisos I **ou** II, e seu § 2º, do CPC.

Em primeiro lugar, aplica-se, aqui, a regra ***"ne procedat iudex ex officio"***, vale dizer, a antecipação da tutela está atrelada, sempre, à provocação ou à iniciativa da parte, a teor do art. 273, ***caput***: "O juiz poderá, a requerimento da parte".

Mesmo sendo indisponível o direito versado na demanda, ainda assim o juiz não pode, de ofício, antecipar a tutela.

Em qualquer hipótese, é útil repetir, impõe-se o requerimento da parte, em homenagem à lógica de que o titular da pretensão é o árbitro da conveniência e oportunidade de postular os meios para a satisfação (princípio da demanda), na esteira dos arts. 2º e 262, do CPC.

O requerimento de antecipação de tutela não enseja a formação de um processo incidente. Ocorre, apenas, um incidente no âmbito e nos autos do próprio processo em curso: nada mais.

A legitimidade ativa, a propósito, flutua na órbita do autor, do Ministério Público (quando atuar como parte) e do terceiro interveniente.

O substituto processual, que, autorizado por lei, postula em nome próprio direito alheio (art. 6º, do CPC), a meu ver, exibe, também, legitimidade para requerer antecipação de tutela.

Uma questão que reclama reflexão do arguto ouvinte é, precisamente, se o assistente, configurados os requisitos legais, pode requerer a antecipação da tutela quando o assistido não o faz?

O réu, quando se limita a defender-se, oferecendo contestação, não formula pedido em sentido técnico, e, portanto, a meu sentir, via de regra, não lhe é franqueado deduzir o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela **"**pretendida no pedido inicial**"**, "na expressão do art. 273, ***caput***, do CPC.

Entretanto, se o réu contra-atacar, reconvindo, e sendo a reconvenção verdadeira ação, distinta da originária, neste caso, a meu ver, à luz do princípio da igualdade processual, caracterizados os pressupostos legais, o réu-reconvinte pode requerer a antecipação da tutela em face do autor-reconvindo, não apenas na hipótese do inciso I ("fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"), como, também, por analogia, na hipótese do inciso II ("fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu").

Observo, por outro lado, que a lei é silente quanto ao momento em que deve o autor formular seu pedido de antecipação de tutela.

Ressalte-se, que não há limite temporal, de sorte que a antecipação da tutela pode ser requerida em qualquer fase procedimental — máxime na hipótese contemplada no inciso II, do art. 273 — evidentemente até o advento da sentença de mérito ou meramente terminativa, quando o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional, na dicção do art. 463, do CPC, só podendo alterar o decidido por força de embargos de declaração ou para corrigir inexatidões materiais ou retificar erros de cálculo.

Suponha-se que, em determinada hipótese, o pedido do autor, na sentença, tenha sido julgado improcedente. Seria cabível, em grau de recurso, o requerimento de tutela antecipada?

Inobstante o prestigioso entendimento de CALMON DE PASSOS, [13] neste caso, a meu ver, não é lícito ao autor requerer ao relator do recurso de apelação que lhe conceda a tutela antecipada:

A *uma*, porque, em 1º grau o pedido foi julgado improcedente.

A *duas*, porque, face a ausência de previsão legal, a antecipação de tutela somente se afigura possível até a sentença.

A *três*, porque, por força do parágrafo único do art. 800, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, apenas relativamente à tutela cautelar é que, interposto o recurso, se abre a possibilidade de ser requerida ao tribunal a medida cautelar.

Embora o comum dos casos ocorra em 1ª instância, a meu sentir, presentes os requisitos legais, não se deve excluir o instituto da tutela antecipada em 2º grau de jurisdição, naquelas demandas de competência originária do tribunal (como, por exemplo, na ação rescisória), valendo notar que o agravo eventualmente interposto seria julgado pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior: grupo de Câmaras Cíveis, Seção Cível, Órgão Especial.

O requerimento de tutela antecipada pode ser deduzido, desde logo, por exemplo, pelo autor, na petição inicial, com a demonstração dos pressupostos descortinados no inciso I, do art. 273, porquanto, é óbvio, sublinhe-se, a situação do inciso II ("abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu") só é suscetível de delinear-se, ulteriormente, no curso da demanda.

Mencione-se, à guisa de ilustração, que, em determinado caso concreto, antes mesmo da citação do réu, o juiz deferiu a tutela antecipada, requerida pelo autor, em sua petição inicial, com base, também, no inciso II, do art. 273. O juiz, mesmo dotado de paranormalidade, deve decidir com base em probabilidade e não com base em adivinhação ou premonição: como saber-se de antemão, antes mesmo do ato citatório, qual será a postura processual do réu?

A competência para a apreciação do pedido de antecipação de tutela é do juiz da causa, até que profira a sentença.

Exige-se, também, como pressuposto da tutela jurisdicional antecipada — conjuntamente com os incisos I ou II, do art. 273 —, em homenagem à característica da temporariedade da figura da antecipação da tutela, a reversibilidade dos efeitos produzidos, no solo dos fatos e das relações jurídicas (situação formada em razão do provimento antecipado), a teor do disposto no § 2º, do art. 273, do CPC, ***ipsis verbis***:

> "Art. 273 – *omissis.*
>
> .....
>
> .....
>
> § 2º — Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

À título de ilustração: entrega do réu ao autor de coisa consumível, cujo uso importe a sua destruição (gêneros alimentícios), acontecendo a irreversibilidade, também, na liberação de importâncias depositadas, demolição de um prédio, amputação de um membro do corpo humano, no

pagamento obrigatório de pensões ou nos alimentos provisionais (já que o alimentando não está obrigado a restituí-los).[14]

Não se exige a certeza da irreversibilidade. A probabilidade da irreversibilidade impede a antecipação de tutela.[15]

Anote-se que, ao contrário do que deflui do teor literal do § 2º, do art. 273, a irreversibilidade, como circunstância impeditiva da concessão, pertine aos efeitos fáticos do provimento antecipado, de vez que a tutela antecipada, enquanto pronunciamento jurisdicional, é suscetível de reversão, seja pela sentença, seja pela reconsideração do juiz, seja em sede do julgamento do agravo pelo tribunal.

> "As medidas inerentes à tutela antecipada, como já tivemos a oportunidade de consignar, têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares."[16]

Esse texto dá margens a perplexidades exegéticas, haja vista que o caráter satisfativo da tutela antecipada, naturalmente, não se compadece com a norma contida no § 2º, do art. 273, que subordina a concessão à reversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, inadmitindo-se a reparação em dinheiro como sucedâneo da irreversibilidade.

Noutros termos: a satisfatividade da tutela antecipada não se coaduna com a irreversibilidade que o legislador pretendeu afastar.

> "O perigo da irreversibilidade, como circunstância impeditiva da tutela antecipada, deve ser entendido ***cum grano salis***, pois, não sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória, não poderia uma sentença ser executada de forma definitiva, dada a possibilidade de sua desconstituição."[17]

De qualquer forma, seja como for, há de ser considerada a relação de proporcionalidade entre o provimento antecipado quando dele possa advir danos ao réu e a situação a ser tutelada ou protegida.

O juiz há de prestigiar o equilíbrio entre os interesses dos demandantes.

4 — De outro lado, funciona como uma espécie de antídoto contra a indigitada irreversibilidade a aplicação das regras e dos princípios que disciplinam a execução provisória, consoante a determinação cristalizada no § 3º, do art. 273, ***in verbis***:

"Art. 273 – *omissis*.

.....

§ 3º — A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588".

Por seu turno, o art. 588, incisos II e III, do CPC, preceitua, ***ipsis litteris***, que:

"Art. 588 — A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

.....

II — não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;

III — fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior."

Por exemplo: a execução provisória de decisão antecipatória de tutela, de semblante condenatório, far-se-á sem prévia caução. Porém, não é franqueada a hasta pública dos bens penhorados, sendo certo que o levantamento de dinheiro está subordinado a caução idônea.

"O cumprimento das obrigações de não — fazer poderá ser exigido desde logo quando a atividade vetada é contínua e assim for puramente pecuniário o possível prejuízo (exige-se caução, se for o caso)".[18]

"A figura nova criada com o § 3º, do art. 273, do CPC tem contornos curiosos. É um título executivo Judicial, embora não elencado no art. 584, do CPC, sendo um Título Judicial peculiar por ser o único não representado por uma Sentença Judicial."[19]

A tutela antecipada, por encerrar execução de natureza provisória, far-se-á "nos autos suplementares, onde os houver, ou por carta de sentença", nos termos do art. 589, 2ª parte, do CPC.

Da remissão que o § 3º, do art. 273, faz, intencionalmente, apenas aos incisos II e III, do art. 588, extrai-se a ilação lógica de que o legislador dispensou a prestação de caução para inauguração da execução provisória (que é, exatamente, a exigência contida no inciso I, do art. 588), de modo que a execução provisória, de decisão antecipatória de semblante condenatório, implementar-se-á independentemente de prévia caução, não

se autorizando, contudo, atos de alienação do domínio, e nem, tampouco, se permitindo, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro.

O prudente arbítrio do magistrado, sobretudo nesse campo, é essencialmente essencial, com o objetivo de harmonizar-se a satisfatividade da decisão antecipatória com a condição de reversibilidade à situação anterior, impondo medidas assecuratórias de direitos do réu: por exemplo, na entrega de bem móvel o juiz deverá exigir, sempre, caução idônea.

O retorno ao estado anterior, faz-se nos mesmos autos em que se concretizou a execução provisória.

Por exemplo, o locatário, despejado por força de execução provisória de decisão antecipatória, tem o direito de, se a execução ficar sem efeito, retornar ao imóvel locado, implementando-se a reposição ao ***status quo ante*** nos próprios autos, sem maiores delongas.

O art. 59, § 1º, da Lei nº 8.245, de 18.10.1991, (nova lei do inquilinato) preceitua que:

> "Art. 59 – *Omissis*
>
> § 1º — Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel..."

Cogita-se, agora, de forma genérica, na ação de despejo (ação de conhecimento), de rito ordinário, o cabimento da concessão da tutela antecipada, com fundamento no art. 273 do CPC.

Um tema que, certamente, deverá suscitar acesa controvérsia é o relacionado à possível responsabilidade civil do exeqüente, pelos eventuais prejuízos causados ao executado (réu).

Nesse contexto, a propósito da inexistência de explícita cominação da responsabilidade pelos danos inflingidos ao réu, DONALDO ARMELIN**,** em preciosa síntese, observa que:

> "... poderá gerar questionamentos a seu respeito, tal como sucede com as antecipações de eficácias já previstas no Código de Processo Civil relativamente a procedimentos nele qualificados como de conhecimento, isso porque, sendo a responsabilidade objetiva do direito estrito, segundo o sistema jurídico vigente, melhor seria viesse ela expressa no texto legal" [20]

CARREIRA ALVIM, em feliz síntese, assevera que:

"Ademais, se, no âmbito das medidas cautelares, a responsabilização é a regra, com se vê do disposto no art. 811 — requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida — não haveria razão para ser excluída no âmbito da antecipação de tutela".[21]

Dir-se-á que, nada obstante o silêncio sepulcral do legislador no concernente à responsabilidade do exeqüente, ela brota do princípio geral segundo o qual o causador do eventual prejuízo ou dano por ele deve responder, na hipótese de verificar-se, ulteriormente, a inexistência do direito daquele que lançou mão da tutela antecipada.[22]

Sem embargo dessas vozes autorizadas, a meu sentir, não há espaço para responsabilizar-se, civilmente, o exeqüente, por, pelo menos, três ordens de razões:[23]

(a). em primeiro lugar, porque a lei condicionou a concessão da tutela antecipada à reversibilidade, no mundo dos fatos e das relações jurídicas entre as pessoas, dos efeitos já produzidos (art. 273, § 2º);

(b). em segundo lugar, porque — ao aludir apenas aos incisos II e III, do art. 588 —, o § 3º, do art. 273, dispensou a prévia caução para inauguração da execução provisória (que é, precisamente, a hipótese do inciso I, do art. 588), eximindo o exeqüente do provimento antecipado de reparar os danos causados ao devedor (réu); e

(c). em terceiro lugar, porque, não se cogitando de execução provisória de medida cautelar, inaplicável, na espécie, a cláusula do art. 811, ***caput***, do CPC, segundo a qual "o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida".

Observe-se, por outro ângulo de meditação, que a antecipação da tutela jamais poderá ser concedida ***in limine*** ou sem a prévia oitiva do réu que deverá ter a oportunidade de manifestar-se sobre o requerimento na contestação (quando implementado na petição inicial) ou no prazo de 5 (cinco) dias — art. 185, do CPC — quando articulado no curso do processo, através de petição separada.

Repita-se: inexiste possibilidade de antecipação da tutela, no processo de conhecimento, antes da citação do réu e oferecimento de sua defesa ou transcurso do prazo para ela previsto.[24]

Vulnera os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a antecipação de tutela acaso concedida liminarmente, sem a audiência prévia do réu, sendo certo que, a meu ver, tal decisão teratológica, ilegal e arbitrária, poderá ser impugnada pela via do agravo, com requerimento de efeito suspensivo, a teor do disposto nos arts. 527, inciso II e 558, do CPC.

Não obstante, deve ser registrada a existência de entendimentos isolados e minoritários que admitem a antecipação de tutela através de medida liminar, sem audiência da parte contrária, insinuando, no que tange a este instituto, uma pretensa natureza jurídica análoga a dos procedimentos cautelares ínsitos em ações cognitivas (mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, ação civil pública).

Outro pressuposto para a antecipação da tutela é a existência, nos autos do processo, de prova inequívoca (do fato constitutivo do direito do autor), de molde a patrocinar o convencimento do magistrado quanto à verossimilhança da alegação ou das alegações, segundo as regras do livre convencimento.

Confira-se, no tocante à expressão verossimilhança, o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como capaz de ensejar, "a critério do juiz", a inversão do ônus da prova nos procedimentos relativos à defesa de direitos do consumidor.

Avulta, também nesse fragmento, uma dificuldade exegética, pois a condicionante da prova inequívoca — vale dizer, prova robusta que não permite entendimento equívoco, prova clara, sentido único, de tal calibre que, espancando qualquer dúvida, conduza o juiz ao sentimento de certeza —, é circunstância que não se harmoniza com o convencimento relativo à mera "verossimilhança da alegação", exsurgente do art. 273, ***caput***, no qual o juiz se imbui do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.

Aliás, o que deve ser inequívoco é o fato probando, vez que a prova não é senão o meio de revelá-lo.

Agora, o magistrado julga com base em mera verossimilhança e não na certeza e segurança que brotam apenas no final do sinuoso itinerário de uma ação de conhecimento.

> "É bem verdade que uma prova preconstituída, constante de um instrumento público, elaborado com a observância das formalidades legais, em princípio, é "inequívoca" do ato jurídico que representa,

podendo constituir excelente meio de convencimento da verossimilhança da alegação, para fins de antecipação da tutela. Nem sempre, contudo, o fato de se tratar de um instrumento público, significa que a prova seja inconteste ou inequívoca. A ***contrário sensu***, nem sempre a prova constante de documento particular, pelo só fato de ser particular e não subscrito por testemunhas, traduz uma prova equívoca, de forma a desautorizar a concessão da tutela antecipada".[25]

Há, aqui, um verdadeiro paradoxo formal entre a prova inequívoca, que deságua na certeza, e o convencimento do juiz quanto à verossimilhança — aparência de verdadeiro — da alegação.

O art. 273, nos convida a uma pergunta já formulada por CALAMANDREI: o que quer dizer aleação verossímil ?

É tarefa hercúlea estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade.

Para CALAMANDREI, possível é o que pode ser verdadeiro; verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro; provável seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro.[26]

Verossimilhança no sentido de provavelmente verdadeira. Aliás, a meu sentir, melhor seria se o legislador, ao invés do vocábulo verossimilhança, tivesse usado o termo probabilidade. O órgão julgador fará um juízo de probabilidade.

No sistema de probabilidades, com a aplicação das regras comuns da experiência, há preponderância dos motivos convergentes à aceitação de certa proposição, sobre os motivos divergentes.

É um filme que se projeta no espírito do julgador:

- quando as afirmativas pesam mais, o fato é provável.
- quando, ao contrário, as negativas pesam mais, o fato é improvável.

A probabilidade é o predomínio do conhecimento afirmativo. A certeza é o conhecimento afirmativo triunfante.

O magistrado, nesse contexto paradoxal, deverá buscar, prudentemente, a probabilidade, cujo conceito está além da verossimilhança e aquém da certeza.

Não se trata de simples jogo de palavras, de vez que, ao condicionar a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca, o art. 273, ***caput***,

afastou a possibilidade de concessão da medida com base na mera aparência, e deixou assentado, também, que a verossimilhança reclamada é um ***plus*** com relação à fumaça do bom direito (plausibilidade), necessária e suficiente à proteção cautelar.

Remarque-se o argumento: a probabilidade de existência do direito é mais do que a simples "aparência" (***fumus boni iuris***).

Não se perca de vista que o juízo de valor do magistrado com relação ao grau de probabilidade da veracidade dos fatos narrados no processo, é, inexoravelmente, precedido de uma cognição sumária, superficial, ao ângulo da profundidade, e não quanto à sua extensão horizontal.

Reafirme-se que, no contexto da antecipação de tutela, a cognição não é exauriente ou aprofundada (imprescindível para o julgamento definitivo), mas, sim, sumária (suficiente para o julgamento provisório) com base em juízo de probabilidade, com tratamento diferenciado às hipóteses em que o direito aparece como evidente desde logo.

São aplicadas, aqui, as regras ordinárias sobre distribuição do ônus da prova (art. 333, do CPC).

Essa exigência quanto à existência de prova inequívoca, restringe, sobremodo, a discricionariedade do juiz, que não se poderá distanciar da contextura objetivamente retratada nos autos do processo.

Não há, repita-se à plenos pulmões, espaço para discrição. Uma de duas: ou estão presentes todos os requisitos legais e então não é dado ao juiz indeferi-la ou não estão presentes e não lhe é dado concedê-la.

Todavia, face a conceitos jurídicos indeterminados, vagos — como, ***v.g.***, verossimilhança, perigo de irreversibilidade, prova inequívoca, fundado receio dano irreparável ou de difícil reparação — é concedida ao juiz certa dose de flexibilidade.

"Há uma certa margem de liberdade de atuação do magistrado, devido à indeterminação da lei quanto ao modo concreto de satisfazé-la".

Quando se está diante de palavras ou expressões de sentido impreciso, assumem grande importância duas espécies de conhecimento: os fatos notórios e as regras de experiência.

As regras de experiência, cuja previsão, no art. 335, do CPC, refere-se à atividade probatória, também podem, a meu ver, ser utilizadas para interpretação dos conceitos indeterminados.

> "Sempre que o órgão judicial, invocando regra de experiência, afirma ou nega a possibilidade de enquadrar na moldura abstrata a situação concreta que se lhe depara, esta ***interpretando*** a norma, na medida em que lhe precisa o sentido."[27]

Não se admite, no atual estágio da ciência processual, a fórmula secreta, que deixaria até Torquemada ruborizado, através da qual os juízes aludem apenas que estão presentes (ou ausentes) "os requisitos legais" ou que estão presentes (ou ausentes) "o perigo da demora" e a "verossimilhança da alegação".

E mais, decisões que se limitem a declarar que: "indefiro a antecipação de tutela por falta de amparo legal."

Nesses casos a decisão é inválida, nula e inconstitucional, porque desprovida de fundamentação.

A fundamentação ou motivação do julgado é um antídoto eficaz contra a arbitrariedade, além de estreitar, sobremaneira, as margens do chamado poder discricionário do julgador. Aliás, discrição do juiz não significa arbítrio, de que lhe cumpre agir com prudência na concessão da antecipação de tutela.

Por conseguinte, o magistrado, na decisão que deferir a antecipação de tutela (conteúdo positivo), bem como naquela que a indeferir (conteúdo negativo), deve declinar, de forma clara e precisa, as razões do seu convencimento (fundamentação), consoante a exigência contida no § 1º do art. 273, na esteira dos arts. 131 e 458, inciso II, do CPC, e, genericamente, no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, exteriorizando a ***mens legis*** no que toca à prudência, à precaução e ao cuidado do juiz ao conceder essa medida excepcional consubstanciada na antecipação da tutela.

Escaldado, certamente, com a concessão exorbitante, em escala quase industrial, de medidas liminares e cautelares, com essa redundante exigência relativa à motivação complexa "de modo claro e preciso" percebe-se a nítida preocupação do legislador em evitar a vulgarização na concessão dessa medida extraordinária consistente na antecipação da tutela.

O § 1º, do art. 273, ao exigir que, reiteradamente, o juiz indique as razões do seu convencimento "de modo claro e preciso", implementa um sistema de segurança contra eventuais abusos e desvirtuamentos na utilização do instituto.

De outro lado, quando o requerimento de tutela antecipada é feito na própria petição inicial, torna-se indispensável instruí-la, de regra, com prova

documental pré-constituída, à semelhança do que ocorre na ação de mandado de segurança.

É concebível, por exemplo, uma perícia, objeto de medida cautelar de produção antecipada de prova (art. 846, do CPC), para legitimar o requerimento de tutela antecipada na petição inicial do processo de conhecimento.

Abre-se, igualmente, a possibilidade de cognição sumária quando for necessária, por exemplo, a oitiva de testemunhas, a requisição de documentos, inclusive o depoimento pessoal e a confissão, são meios hábeis para revelar a prova inequívoca para os fins do art. 273, do CPC.

O juiz, no exercício de seus poderes de instrução, poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as atividades probatórias reclamadas pelas peculiaridades e especificidades de cada caso concreto.

É supérfluo dizer que, além da configuração dos pressupostos catalogados no ***caput*** do art. 273, para a antecipação da tutela é necessária, igualmente, a presença do requisito albergado em seu inciso I, a saber, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação — a sugerir o ***periculum in mora***, que não constitui novidade no nosso ordenamento jurídico, o art. 798, do CPC, *fala* em "lesão grave e de difícil reparação", aplicável, de ordinário, à tutela cautelar.

> "O fundado receio significa o temor justificado, que possa ser objetivamente demonstrado com fatos e circunstâncias e não apenas uma preocupação subjetiva."[28]
>
> > "O receio aludido na lei, traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve, para ser fundado, vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar que a falta da tutela dará ensejo à ocorrência do dano, e que este será irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação, sendo o receio um sentimento de índole subjetiva, deverá ser analisado, em se tratando de pessoa física, em função de quem experimenta, considerados a idade, sexo, instrução, condição social, etc".
> >
> > .....
> >
> > "Em se tratando de pessoa jurídica, o temor de dano irreparável depende, igualmente, das circunstâncias, podendo, por exemplo, existir para uma pequena ou micro empresa, sem condições

financeiras ... e não existir para uma grande empresa, com condições de caucionar os respectivos valores e questionar judicialmente ...".[29]

"As realidades angustiosas que o processo revela impõem que esse dano assim temido não se limite aos casos em que o direito possa perder a possibilidade de realizar-se, pois os riscos dessa ordem são satisfatoriamente neutralizados pelas medidas cautelares. É preciso levar em conta as necessidades do litigante, privado do bem a que provavelmente tem direito e sendo impedido de obtê-lo desde logo".[30]

"***Na cautelar, o juiz analisa o risco de ineficácia da futura tutela provável. Na antecipação, o juiz analisa a necessidade de ser executada, de logo, provisoriamente, a decisão de mérito, que proferiu ou vai proferir, em condições normais sem aptidão para constituir-se título legitimador de execução provisória do julgado***".[31]

A idéia força, condensada nesse inciso I, do art. 273, é a de que o demandante não pode ser privado de um bem jurídico que, pelo grau de probabilidade, tem direito, sendo, contudo, manietado de alcançá-lo desde logo.

O pressuposto do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, sem a prova inequívoca da alegação, só pode render ensejo a uma medida cautelar, jamais, em tempo algum, a antecipação da tutela.

Não se configurando a primeira situação — contemplada no inciso I — é mister a ocorrência da segunda, prevista no inciso II (concomitantemente com o pressuposto do ***caput*** do art. 273 e seu § 2º), qual seja a do "abuso de direito de defesa" ou "o manifesto propósito protelatório do réu", que potencializa o princípio da boa fé na prática dos atos processuais, e nas relações entre as partes no processo.

É a questão, assaz relevante, da lealdade e o comportamento ético-jurídico do advogado, inerente aos deveres impostos às partes e seus procuradores, elencados nos incisos I a IV, do art. 14, do CPC.

As situações previstas no inciso II, do art. 273, fruto da experiência forense, que autorizam a antecipação da tutela, constituem hipóteses de litigância de má-fé, com o único propósito de retardar a prolação da sentença, tipificadas nos vários incisos do art. 17, do CPC.

Senão vejamos:

— a expressão “abuso de direito de defesa” abrange as situações consideradas litigância de má-fé, pelo inciso I (“deduzir defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso” e inciso II — (“alterar a verdade dos fatos”).

— por outro lado, a expressão “manifesto propósito protelatório do réu” abraça aquelas hipóteses estabelecidas no inciso IV (“opuser resistência injustificada ao andamento do processo”), no inciso V (“proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”) e no inciso VI (“provocar incidentes manifestadamente infundados”).

Aliás, abro um parênteses para dizer que, pela nova redação do art. 18, do CPC, introduzida pelo art. 1º, da Lei nº 8.952, de 1994, a litigância de má-fé poderá ser aplicada, também, **de ofício** pelo juiz, ante o caráter público do processo e na esteira de decisões do Superior Tribunal de Justiça. Fecho o parênteses.

No tocante às hipóteses do inciso II (conduta dilatória do réu), há, igualmente, a exigência geral, prevista no ***caput*** do art. 273, acerca da probabilidade do direito.

É visível a preocupação do legislador, consubstanciada no inciso II, do art. 273, com a agilização da entrega da prestação jurisdicional, espancando posturas processuais desleais e comportamentos anti-éticos e escusos do litigante.

Cabe referir que é perfeitamente possível a ocorrência simultânea das situações catalogadas nos incisos I e II, do art. 273. Entretanto, para a concessão da tutela antecipada é necessário e suficiente a ocorrência apenas da situação prevista no inciso I ou tão-somente da hipótese contemplada no inciso II.

Em síntese: o texto do art. 273 prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação ao pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

a. requerimento da parte;

b. produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;

c. convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;

d. fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; **ou**

e. caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; **e**

f. possibilidade de reverter os efeitos da medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.[32]

A antecipação da tutela, repita-se à exaustão, concede o próprio direito afirmado pelo autor.

Mencione-se que, ao ângulo de sua extensão, a medida poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela almejada no pedido inicial, consoante o permissivo contido no ***caput*** do art. 273.

O conteúdo estabelecido nesta medida não é fixado pela lei, devendo ser determinado pelo magistrado, com referência ao previsível conteúdo da providência definitiva de mérito.[33]

A medida antecipatória pode situar-se em nível inferior em relação ao patamar estabelecido pelo pedido inicial do autor, vale dizer, pode corresponder a um "***minus***". Porém, tal como ocorre com a definitiva, não pode ultrapassar aquele patamar, nem conceder providência de natureza diversa da pedida, vedando-se, assim, também, decisões antecipatórias **ultra** e **extra petita**, nos termos dos arts. 128 (1ª parte), 459 e 460, do CPC.

Reafirme-se que o princípio da correlação ou da congruência entre o pedido e a sentença, aplica-se, igualmente, à decisão antecipatória, no tocante aos seus aspectos quantitativos e qualitativos.

O juiz, segundo as especificidades e os contornos peculiares do caso concreto, procederá à escolha mais adequada dentre as soluções possíveis e válidas e de acordo, reitere-se, com a pretensão de direito material formulada, numa perfeita congruência ou correlação entre o pedido e o pronunciamento judicial.

A antecipação da tutela, quanto à natureza do provimento, pode materializar-se em declaração, constituição e condenação.

Um exemplo prático melhor ilustra a assertiva: quando houver razoável probabilidade de existência do crédito, o juiz deverá emitir um provimento, de colorido condenatório, capaz de instaurar a execução forçada, dentro das fronteiras da execução provisória (art. 273, § 3º).

O nosso ordenamento jurídico, em linha de princípio, não é refratário a providências constitutivas, capazes de gerar situações jurídicas novas (por exemplo, fixação de alugueres provisórios).

A decisão concessiva da antecipação de tutela pode exibir natureza constitutiva, com a inauguração de situações novas almejadas pelo autor, como, ***v.g.***, suspender, total ou parcialmente, os resultados de uma assembléia de sociedade anônima ou de condomínio e determinar, ou permitir, que outra se faça para deliberar sobre a matéria impugnada.

O provimento antecipado poderá, por exemplo, determinar a abstenção de alguma conduta (obrigação de não-fazer), autorizando as medidas de coerção para a implementação do comando ou impondo as medidas assecuratórias capazes de resguardar a concretização da decisão antecipatória.[34]

Veja-se outro exemplo: numa ação reivindicatória, com a prova documental atinente ao domínio e à localização física do imóvel, o juiz deverá conceder a tutela antecipada, face à grande probabilidade de existência do direito à posse.

A dosimetria da antecipação — total ou parcial e se parcial, a demarcação do seu diâmetro —, conquanto motivada e fundamentada, insere-se na esfera de discricionariedade e prudência do juiz, pois a lei não fixa os parâmetros de seu dimensionamento (a não ser que, objetivamente, a antecipação de tutela, quando total, coincidirá, na sua superfície, com o provimento definitivo).

A lei descortina para o juiz a possibilidade de, a qualquer tempo (antes da sentença, é óbvio), relativamente à decisão antecipatória de tutela, dada a sua provisoriedade, operar a respectiva revogação ou modificação, em decisão fundamentada, conforme dispõe o art. 273, § 4º, do CPC.

A modificação da medida anteriormente concedida — também implementada sob o signo da cognição sumária — pode ser para aumentar ou para diminuir o seu espectro, de vez que se o § 4º, do art. 273, não distingue, não é lícito ao intérprete fazê-lo, consoante antiga regra de hermenêutica (***ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus***).

A revogação ou modificação, a qualquer tempo, no todo ou em parte, tal como previsto no art. 273, § 4º, depende, igual e simetricamente, de requerimento ou iniciativa da parte, não sendo lícito ao juiz atuar ***ex officio***.

Em abreviada síntese: se a tutela antecipada não pode ser concedida de ofício, não poderá, por igual, ser revogada ou modificada de ofício.

A revogação ou modificação dependem, a meu ver, de alteração objetiva do quadro fático, vale dizer, mudança nas circunstâncias que autorizaram a concessão da medida antecipatória, com o desaparecimento ou atenuação dos pressupostos concessivos e de manutenção ou mesmo inexistência de qualquer dos pressupostos em que se fundamentou.

A revogação, em suma, reclama reexame dos pressupostos que embasaram a concessão da antecipação.

A revogação ou modificação poderá, repita-se, ocorrer a qualquer momento, desde que, é óbvio, antes de sua confirmação, expressa ou tácita, na sentença.

É decisão interlocutória a natureza do pronunciamento judicial que revoga ou modifica a tutela antecipada, sendo cabível, portanto, o recurso de agravo, cujo semblante, sabe-se, experimentou profunda cirurgia plástica patrocinada pela recente Lei nº 9.139, de 30.11.1995.

Exatamente porque suscetível de, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada, a medida antecipatória, quanto ao seu conteúdo, não é vinculante, para o juiz, que, na sentença, poderá julgar em sentido diverso, até mesmo rechaçando o pedido deduzido na petição inicial.

A tutela antecipatória é fruto de "juízo de verossimilhança", a ser depois confirmado ou infirmado pela sentença final.[35]

É digno de nota que, face a inexistência de qualquer óbice legal, o juiz pode negar a antecipação da tutela e, posteriormente, deferi-la, se postulada sob fundamento diverso, sempre até a sentença.

Pense-se no exemplo: o autor requereu, e lhe foi negada, a antecipação da tutela com base na situação contemplada no inciso I ("fundado receio de dano irreparável"). Nada obsta a que ele venha a renovar o requerimento escudado na situação prevista no inciso II ("manifesto propósito protelatório do réu"). O limite temporal, como visto, é o advento da sentença, quando, reitere-se, o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional.

Outro ponto relevante é que a necessidade de liquidação, nas hipóteses de decisões de caráter condenatório, não afasta a possibilidade de concessão do provimento antecipado; aplica-se, aqui, a simplificação introduzida pela Lei nº 8.898, de 29.06.94, no que toca à liquidação por cálculo do contador.

No que respeita à tutela específica das obrigações de fazer ou de não-fazer, de origem legal ou contratual, sem distinção, o art. 461, do CPC,

situado no livro do processo de conhecimento, no capítulo da sentença e da coisa julgada, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, reproduz, fielmente, o art. 84, da Lei nº 8.078, de 08.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Fez fortuna e correu o mundo a frase de CHIOVENDA segundo a qual "**na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter**".

Na hipótese de procedência do pedido, o art. 461, ***caput***, disciplina o teor da sentença (condenatória, constitutiva ou declaratória).

O objetivo é assegurar a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento do obrigado.

Em essência, para efetivação dos resultados práticos do comando emergente de sentença condenatória, e também da decisão antecipatória de tutela específica (o § 4º remete à hipótese do parágrafo anterior, que é a previsão da tutela antecipada), os parágrafos do art. 461 contemplam inúmeras medidas de apoio, desde os meios coercitivos de pressão psicológica (multas diárias imposta ao réu, inclusive de ofício e com sua cumulação com possíveis perdas e danos, face as diferentes natureza e finalidades das duas figuras, a primeira, de cunho coercitivo, objetiva estimular o adimplemento e a segunda, define o objeto da obrigação do devedor inadimplente) para estimular o obrigado (§ § 2º e 4º) até a remoção compulsória da resistência erguida pelo réu (§ 5º).

Não é lícito ao credor optar pelas perdas e danos mesmo sem qualquer resistência do devedor, somente em caso de absoluta impossibilidade do resultado final, com a resistência do obrigado, é que se dá a conversão em pecúnia.

As multas aplicadas se tornam exigíveis a partir da preclusão da sentença ou decisão interlocutória que as impõe.

Mencione-se que a Lei nº 8.953/94 alterou normas do processo de execução, para autorizar o juiz da execução a impor, agravar ou reduzir multas, seja ou não infungível a obrigação (arts. 644 e 645).

Averbe-se que a antecipação da tutela específica, das obrigações de fazer — (fungíveis ou infungíveis) ou não fazer, de natureza legal ou contratual, também é possível, à luz do disposto no § 3º, do art. 461, do CPC, quando:

"**§ 3º** — Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada".

Os pressupostos da antecipação da tutela específica são:

1. relevância do fundamento da demanda e (cumulativamente)
2. houver fundado receio de ineficácia do provimento final (perigo de infrutuosidade — ***pericolo de infrutuositá***, dos italianos).

Reproduzem-se, em essência, para a antecipação da tutela específica, os requisitos para a concessão de medida liminar, em ação de mandado de segurança (Lei nº 1.533, de 31.12.1951, art. 7º, inciso II).

A tutela jurisdicional antecipada é gênero do qual é espécie a tutela específica antecipada, razão porque a ela se aplica, também, a situação contemplada no inciso II, do art. 273 — nada obstante não reproduzida, expressamente, pelo art. 461 —, para a tutela antecipada em razão, por exemplo, do manifesto propósito protelatório do réu.

O § 3º, do art. 461, — consagrando a tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer —, disciplina providência, a meu ver, de natureza cautelar, cuja concessão, porém, não depende de ação autônoma.

Essa providência de cautela será concedida liminarmente, inclusive sem audiência da parte contrária, diversamente, aliás, do que ocorre com a tutela antecipada, do art. 273, onde o réu deve ser, sempre, previamente ouvido.

DINAMARCO, ao contrário, sustenta que:

"Não obstante a aparente essência *cautelar* do dispositivo ***sub examen***, a hipótese vertente é de autêntico provimento *antecipatório*, excepcionalmente autorizado em forma de *liminar* (desde que atendidas as restritas condições previstas expressamente pela legislação) e, desta feita, plenamente distante dos regramentos autorizativos de *providências cautelares* (instrumentalizadas através de medidas liminares) ínsitas em ações particulares, tais como *writ of mandamus*, o *habeas corpus*, a *ação popular,* a *ação civil pública*, etc, razão pela qual é vedado, de todas as maneiras, o deferimento *ex officio* da *tutela específica*, assim como de sua respectiva *antecipação liminar*."[36]

A antecipação da tutela específica também poderá ser concedida mediante justificação prévia, citado o réu.

A decisão antecipatória da tutela específica, tanto como aquela contemplada no art. 273, poderá ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada, em decisão fundamentada.

Concede-se a própria providência de mérito postulada, embora com certa carga de cautelaridade, e não outras medidas instrumentais destinadas apenas a resguardar a eficácia da tutela almejada.

No § 5º, do art. 461, há um rol, meramente exemplificativo, das severas medidas que o juiz poderá conceder, **de ofício** ou a requerimento da parte, para efetivar a tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer, ou para assegurar o resultado prático equivalente, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Essas medidas de apoio, catalogadas no § 5º, do art. 461, voltadas para resguardar a eficácia das decisões judiciais, repita-se, prescindem de requerimento do autor, podendo o juiz as conceder ***ex officio***, mas, sempre, com prudência e atento à possível situação de irreversibilidade decorrente da aplicação dessas medidas assecuratórias.

Há uma diferença — quase capilar — entre a tutela específica, cuja concessão depende de pedido, e o modo de sua efetivação, que o juiz pode estabelecer, inclusive de ofício, conforme o seu prudente arbítrio.

Tal como o instituto estruturado no art. 273, a antecipação da tutela específica do art. 461, § 3º, consubstancia formidável instrumento de efetividade jurisdicional, mas, frise-se, de caráter excepcional.

Ressalte-se, por outro lado, que ao ângulo de sua natureza jurídica, o pronunciamento judicial que concede ou nega a tutela antecipada ou deixa de apreciá-la, é decisão interlocutória e não sentença, nos termos da conceituação consagrada no § 2º, do art. 162, do CPC.

A tutela antecipada não extingue o processo, valendo notar que o § 5º, do art. 273, preceitua, ***in verbis***, que:

> "Art. 273 – *omissis*.
>
> .....
>
> § 5º — Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento."

O recurso cabível, aqui, é o agravo (arts. 522 e seguintes, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995).

Sobreleva notar que, na espécie, o agravo retido é, intuitivamente, mais inútil do que um despertador soar num quarto vazio (só iria despertar ecos), sendo, por isso, recomendável a interposição do agravo de instrumento que, de imediato, tem a virtude de devolver ao Tribunal todos os aspectos ligados à decisão que conceder ou negar a tutela antecipada, inclusive descortinando a possibilidade do requerimento de efeito suspensivo, preenchidos os pressupostos legais, consoante os arts. 527, inciso II e 558, ambos do CPC.

Contra a decisão do Tribunal que julgar o agravo de instrumento — interposto contra a decisão que concedeu ou negou a antecipação da tutela — é, em tese, cabível o recurso especial e/ou extraordinário, configurados os respectivos requisitos constitucionais.

Pela dicção do § 5º, do art. 273, resta evidenciado que, concedida a antecipação da tutela, o processo deverá seguir o seu curso natural, com a prolação de sentença que, uma de três:

**a**. coincidirá com a tutela, porventura concedida integralmente;

**b**. ultrapassará a tutela, acaso concedida parcialmente;

**c**. revogará a tutela antecipada, nas hipóteses de meramente terminativa, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, ou definitiva, quando julgar improcedente o pedido.[37]

A sentença substitui a decisão antecipatória da tutela, no caso da apelação produzir, apenas, efeito devolutivo.

Entretanto, se o recurso de apelação exibir o talento de produzir o duplo efeito (devolutivo e suspensivo), a sentença, por si só, não revoga a tutela antecipada, salvo se o juiz for expresso neste sentido revogatório na própria sentença ou em decisão apartada, consoante o permissivo contido no § 4º, do art. 273.

5 — Uma observação ainda é pertinente e diz respeito à impossibilidade, a meu ver, da tutela antecipada naquelas hipóteses em que é vedada a outorga de medida liminar e/ou medida cautelar, como, por exemplo, **reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens** (art. 5º, da Lei

nº 4.348, de 26.06.94 e Lei nº 7.969, de 22.12.89), **bem como para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias** (art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021, de 09.06.66).

Uma questão que, certamente, suscitará controvérsia no âmbito dos processualistas, diz respeito à aplicação do princípio da identidade física do juiz à tutela jurisdicional antecipada.

Em outras palavras, o juiz que, por exemplo, proferiu a decisão antecipatória da tutela está vinculado para julgar a causa, proferindo sentença?

A meu ver, a resposta é afirmativa, com aplicação analógica da norma contida no art. 132, do CPC.

O juiz que, na espécie, recebeu e despachou a petição inicial, que teve contato direto com as partes e com as provas, que, sopesando-as, antecipou a tutela, está em melhores condições de decidir o litígio.

Esse ponto de vista se robustece na medida em que, em sede de antecipação da tutela, o juiz pode designar audiência especial para colher provas produzidas oralmente (depoimento pessoal, de testemunhas, ou esclarecimentos verbais do perito), de modo que tenha podido apreciar melhor a credibilidade dos depoimentos.

De sorte que os princípios da livre apreciação da prova, da imediação, da permanência subjetiva do juiz e de economia, recomendam que a sentença seja proferida pelo juiz que está em melhores condições de decidir o litígio, como seja aquele que apreciou e decidiu o pedido de antecipação jurisdicional da tutela, que consubstancia o próprio provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento, vale dizer, concede-se o próprio direito afirmado pelo autor.

E para finalizar, para merecido alívio dos ouvintes, embora verse a exposição sobre os aspectos gerais do instituto da antecipação da tutela, peço licença aos senhores para dar ao meu espírito a liberdade de abordar dois temas específicos.

**O primeiro tema específico**, relaciona-se à possibilidade de se requerer a antecipação da tutela em face das pessoas jurídicas de direito público interno.

Não padece dúvida de que o instituto da antecipação da tutela possa ser requerido por pessoa jurídica de direito público interno.

Entretanto, descabe, a meu ver, a antecipação da tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias, de vez que se a **própria sentença** proferida contra estas **entidades de direito público** está sujeita ao **reexame necessário**, não produzindo efeito senão depois de **confirmada** pelo tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando **mera decisão interlocutória**, com maior razão, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença).

A simples decisão interlocutória, na espécie, não tem a virtude de produzir os efeitos interditados, pelo art. 475, II, do CPC, ao pronunciamento jurisdicional mais importante que é a própria sentença.

Um aspecto de superlativa importância há de ser ressaltado: **o de que não é admissível a execução provisória de condenações impostas à Fazenda Pública**, salvo em se tratando de decisões contra as quais foram interpostos os recursos extraordinário e/ou especial.

Insista-se no ponto: contra a Fazenda Pública **não** há que cogitar de execução provisória, porquanto estando sujeita a duplo grau de jurisdição, a sentença não produzirá efeito, senão depois de confirmação em segunda instância.[38]

A antecipação dos efeitos da tutela, repita-se, enseja execução de natureza provisória, conforme estabelece o art. 273, em seu § 3º.

Sendo um ato complexo a sentença proferida contra a Fazenda Pública só se aperfeiçoando depois do julgamento de 2º grau, e, consequentemente, despida de qualquer eficácia, parece óbvio dizer que se afigura inaceitável a instauração de uma execução de natureza provisória, fundada na sentença de 1º grau.

Ora, se as condenações contra a Fazenda Pública não podem ser objeto de execução provisória, sem que a sentença seja confirmada pelo Tribunal, com maior razão inexeqüíveis serão as condenações oriundas de simples decisão interlocutória, que, sabe-se, não é passível de reexame necessário, ou — o que é o mesmo — não está sujeita ao chamado duplo grau obrigatório de jurisdição.

E mais: ao ângulo prático, no terreno da execução, se a pretensão visar ao pagamento em dinheiro, a antecipação da tutela contra a Fazenda

Pública seria inútil — tal qual o fogo que não queimasse —, pois a execução contra aquelas **entidades públicas** (sabido que seus bens são impenhoráveis) faz-se através do **instituto do precatório**, à luz do procedimento previsto nos arts. 730 e seguintes do CPC, o que pressupõe **sentença** judiciária, na dicção do art. 100, da Constituição Federal (e **não** decisão interlocutória como é o ato concessivo de tutela antecipatória). É de afastar-se, na espécie, de modo inequívoco, a possibilidade de execução antecipada, por vias transversas, fundada no novo instituto).

Há, também, a prevalência dos **princípios orçamentários** inerentes à despesa pública.

Outra restrição de relevo, aplicável no caso, é a prevista no ***caput*** do art. 1º, da Lei nº 8.437, de 30.06.1992 (por se enquadrar a tutela antecipatória no conceito genérico de *medida de caráter preventivo* — por atacar o 'perigo' de infrutuosidade).

Ressalte-se, também, que, se o ato atacado no processo de conhecimento for daqueles que se impugnado pela via mandamental teria como originariamente competente o Tribunal, mostra-se incabível, também por este argumento, a antecipação, em face da Fazenda Pública.

**O segundo tema específico**, que envolve aspecto delicado, é o de se saber se é possível a tutela antecipatória em determinados procedimentos especiais, como, por exemplo, no caso de possessórias.

A questão — longe de ser pacífica — "é tão provocadora quanto um sinal de trânsito amarelo".

De um lado, poder-se-ia argumentar, primeiramente, que, nessas hipóteses impõe-se a aplicação da regulamentação procedimental especial e específica prevista no sistema processual.

Tome-se o exemplo: numa demanda possessória, com moléstia à posse inferior a ano e dia, aplica-se o remédio relativo à posse nova (CPC, arts. 924 e 928), não podendo, obviamente, o autor optar pela ação possessória com procedimento comum — ordinário ou sumário — e, concomitantemente, deduzir pedido de antecipação da tutela, com base no art. 273.

Por identidade de razões, ultrapassado o período de ano e dia, sem que o interessado tenha ajuizado a ação possessória sob o procedimento especial, não poderá, em linha de princípio, socorrer-se da proteção sumária

contemplada no art. 273, inciso I, para alcançar o mesmo objetivo (antecipação da tutela de reintegração ou manutenção de posse).

> "Diante da previsão expressa de concessão de tutela interdital urgente, por intermédio de procedimento especial, a obtenção deste resultado satisfativo importaria em inaceitável burla ao próprio sistema. Importa dizer que se o autor não teve necessidade urgente de, no prazo de ano e dia, recuperar ou manter-se liminarmente na posse do bem objeto de esbulho ou turbação (o que seria de manifesta evidência), com maior razão, não apresentará interesse jurídico algum em atingir o mesmo resultado, desta feita por intermédio de vias transversas, utilizando do contido no inciso I, do art. 273".[39]

Empresto minha modesta adesão ao entendimento do eminente ARRUDA ALVIM, quando afirma que:

> "As ações possessórias, através da possibilidade de medida liminar, contêm, historicamente mesmo, um sistema que guarda alguma similitude com a antecipação da tutela. O problema que se coloca é saber se, conquanto o autor haja promovido a ação depois de ano e dia, e, portanto, sem direito a medida liminar, se se configurarem os pressupostos do art. 273, se ainda assim, poderá ter direito à tutela antecipada.
>
> .....
>
> Em nosso sentir a resposta é positiva, pois que a fonte da liminar, quando a possessória é promovida dentro de ano e dia é uma, ao passo que a razão de ser da tutela antecipada é outra, ou são outras. Mas é evidente que, nesse caso, o juiz deverá avaliar o tempo, as condições da posse, etc."[40]

Cumpre fixar que, em órbita de possessória, se decorrido o prazo de ano e dia sem que a demanda de rito especial tenha sido ajuizada, os fundamentos de fato e de direito ensejadores da pretensão à obtenção da tutela antecipatória não mais serão aqueles elencados nos arts. 499, 506 e 523 do Código Civil, em harmonia com os arts. 926, 927 e 928 do Código de Processo Civil, mas agora deverão estar de acordo com os requisitos estabelecidos no art. 273.

NELSON NERY JÚNIOR sufraga o mesmo entendimento:

> "A ação possessória de rito especial comporta concessão de liminar

(CPC, art. 928) se o esbulho ou turbação ocorreu há menos de ano e dia (CPC, art. 924). Para conseguir a liminar de antecipação de efeitos da tutela de mérito, o autor tem de provar a posse e a data do esbulho. Apenas isto. "Quando o esbulho ou turbação se deu há mais de ano e dia, a ação possessória tramita pelo rito comum (ordinário ou sumário). Pode ser requerida a antecipação da tutela, mas devem ser cumpridos os requisitos do CPC, art. 273. Em conclusão, para as possessórias que se processam pelo rito especial, os requisitos para a concessão da liminar antecipatória são os do CPC, art. 927, ao passo que para as possessórias que tramitam pelo rito comum os requisitos para a obtenção da medida liminar são os do CPC, art. 273. Mas o importante é que o sistema agora admite a liminar nas possessórias de rito comum."[41]

Outra questão ainda merece ser levantada. Se em ação interdital de rito especial (portanto ajuizada no prazo adequado de ano e dia) o pedido de liminar possessória vier a ser negado**,** no decorrer do processo, após o oferecimento da resposta ou em razão do comportamento processual do réu, poderá o autor formular novo requerimento de antecipação da tutela, desta feita baseado no inciso II, do art. 273, ou seja, em face da caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do sujeito passivo da demanda?

Neste caso, parece-nos que a resposta é negativa, porquanto não basta somente a comprovação do requisito assinalado no inciso II, do artigo 273, fazendo-se imprescindível também a existência de prova inequívoca do alegado na peça inicial, capaz de formar no julgador um juízo de verossimilhança, nos termos do estatuído no ***caput*** do mesmo dispositivo; estamos, portanto, diante da necessária conjugação de elementos, sem a qual a tutela não pode ser antecipada.

Ora, se magistrado não encontrou nos autos elementos probatórios e, via de conseqüência, de convicção, suficientemente robustos para ensejar a concessão da proteção interdital antecipatória ***in limine litis*** ou após audiência de justificação, não há que se falar em existência de prova inequívoca; caso contrário, já deveria ter concedido a tutela urgente em fase procedimental antecedente.[42]

No processo de conhecimento, afora os procedimentos ordinário e sumário, para os quais o art. 273 foi dirigido basicamente, não resta muito

espaço no âmbito dos procedimentos especiais que não dispõem de liminar (consignatória, depósito, anulatória de títulos, prestação de contas, usucapião, divisória e demarcatória) para a aplicação da tutela antecipatória.

Se assim é — e assim efetivamente o é — afigura-se justa a conclusão de que a variada disciplina das liminares do Livro IV, Título I, permanece virgem e intocada (arts. 928, 936, inciso I, 1.051 e 1.071).

Essa vertente de raciocínio vale, também, para os procedimentos especiais disciplinados em leis extravagantes (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, alienação fiduciária, alimentos, ações de locação, desapropriação, etc.).[43]

Faço votos, numa advertência final necessária, que a antecipação de tutela, sumária, genérica e excepcional, com o passar do tempo, não seja subvertida, generalizando-se perigosamente em indiscriminada antecipação satisfativa da decisão condenatória de mérito, o que importará em verdadeira temeridade, insegurança aos jurisdicionados e desordem processual.

Como é intuitivo, nessas hipóteses — com a deturpação na prática —, sempre haverá risco de sumarização generalizada do processo de conhecimento, consagrando-se uma geral deformação da tutela jurisdicional.

> "A proliferação das tutelas especiais, quaisquer que sejam as suas contingentes justificações, constituem-se num fator concorrente de crise de valores, em relação à tutela ordinária, como tutela dispensada a todas os cidadãos".[44]

A justiça civil deve sustentar-se sob os pilares da garantia e da eficiência e não inspirar-se na lógica, sempre traumática, da emergência.

Devemos pugnar pela recuperação da funcionalidade do processo ordinário, e não dar-se ordinariedade a medida essencialmente extraordinária e excepcional.

Sob a perspectiva de êxito, para a extração de todas as potencialidades do novo instituto da tutela antecipada, devemos buscar a via média entre o romantismo ingênuo e o pessimismo exacerbado, de um lado, com postulações responsáveis, e, de outro lado, com o exercício de uma jurisdição igualmente responsável.

Espero que, no balanço final, todas as dificuldades exegéticas que o texto do art. 273 possa apresentar — e, decerto, alguns apresenta —

sejam superadas pelos aspectos positivos do instituto da tutela antecipada que devem ser preservados, com prudência e cautela, na prática judiciária, a fim de que a reforma do processo civil possa pavimentar o aceso efetivo a uma justiça célere e justa.

Como convém a um processualista, agradeço-lhes, penhoradamente, pela atenção com que me distinguiram.

Muito obrigado.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 cfr. Revista de Processo 31/199.

2 cfr. CANDIDO RANGEL DINAMARCO, "A Reforma do Processo Civil", p. 138.

3 cfr. CARREIRA ALVIM, "Código de Processo Civil Reformado", 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 95

4 cfr. "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari", nº 14, p. 38

5 cfr. REIS FRIEDE, "Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar", Del Rey, 1996, p. 28 e 29.

6 cfr. REIS FRIEDE, ob. cit., p. 67.

7 cfr. LUIZ GUILHERME MARINONI, "Novidades sobre a tutela antecipatória", nº 3, p. 106.

8 cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, "Direito e Processo", Napoli: Morano, 1958, p. 356.

9 cfr. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *in* "Reflexões em torno da Tutela Antecipatória Genérica, Diferenciada Satisfativa. A Questão de sua Aplicabilidade aos Procedimentos Especiais, AJURIS — ...", p. 230.

10 cfr. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *in* "As Inovações do Código de Processo Civil", Forense, 1995, p. 11.

11 cfr. "Inovações no Código de Processo Civil", Forense, 1995, p. 7 e 8.

12 cfr. PASQUALE FRISINA, Riv. di Dir. Proc., XVI/368 e segs., "La tutela antecipatória: profili funzionali e strutturali".

13 cfr. CALMON DE PASSOS, "Inovações no Código de Processo Civil", Forense, 2ª ed., 1995, p. 21.

14 cfr. PESTANA DE AGUIAR, "Reforma processual", 1ª ed., Rio de Janeiro, 1995, p. 32.

15 cfr. CALMON DE PASSOS, ob. cit., p. 33.

16 cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ob. cit., p. 176.

17 cfr. CARREIRA ALVIM, ob. cit., p. 120.

18 cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ob. cit., p. 177.

19 cfr. CALMON DE PASSOS, ob. cit., p. 35.

20 cfr. ARMELIN "Responsabilidade Objetiva no Código de Processo Civil", p. 22, *apud.* José Cruz e Tucci, "Processo Civil", p. 123.

21 cfr. CARREIRA ALVIM, ob. cit., p. 122.

22 Veja-se CÂNDIDO DINAMARCO, "A Reforma do Código de Processo Civil", p. 147, Malheiros Editores, São Paulo, 1995. Nesse sentido, também, CALMON DE PASSOS, "Inovações no Código de Processo Civil", p. 32/33.

23 Confira-se, nessa rota, SERGIO BERMUDES, "A Reforma do Código de Processo Civil", Freitas Bastos, p. 38, 1995.

24 cfr. CALMON DE PASSOS, ob. cit., p. 13.

25 cfr. CARREIRA ALVIM, ob. cit., p. 14.

26 cfr. CALAMANDREI, PIERRO, "Verità e verossimiglianza nel processo civile", ob. cit., p. 620.

27 cfr. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados", *in* Temas de direito processual, 2ª ed. Saraiva, 1980, p. 70.

28 cfr. SYDNEY SANCHES, "Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro" São Paulo: RT, 1978, p. 103.

29 cfr. VIRGÍLIO ANDREOLI, "Commento al Codice di Procedura Civile", 3ª ed., Napoli, v.IV, p. 247

30 cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ob. cit., p. 146.

31 cfr. CALMON DE PASSOS, ob. cit., p. 17-18.

32 cfr. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. cit., p. 13.

33 cfr. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, ob. cit., p. 243.

34 cfr. LUIZ GUILHERME MARINONI, *in* ob. cit., nº 7, p. 108.

35 Neste sentido, v.OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, "O Processo Civil Contemporâneo — Coletânea de Estudos. Tutela Antecipatória e Juízos de Verossimilhanças", Juruá Editora, Curitiba, p. 127.

36 cfr. DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, ob. cit., p. 156.

37 cfr. SERGIO BERMUDES, ob. cit., p. 38.

38 cfr. HUMBERTO THEODORO JUNIOR, "A Fazenda Pública e alguns aspectos da execução forçada", Revista Forense, Vol. 281, p. 71.

39 cfr. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, ob. cit., p. 233.

40 cfr. *in* "Tutela Antecipatória. Algumas Noções — Contrastes e coincidências em relação às Medidas Cautelares Satisfativas", Saraiva.

41 cfr. *in* "Atualidades sobre o Processo Civil", p. 57.

42 cfr. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, ob. cit., p. 235.

43 cfr. ANTÔNIO CLAUDIO DA COSTA MACHADO, "A Reforma do Processo Civil Interpretada", Saraiva, São Paulo, 1995, p. 20

44 cfr. GIUSEPPE TARZIA, *apud* Joel Dias Figueira Júnior, ob. cit., p. 245.

---

Palestra proferida, em 22.04.1996, na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro– EMERJ

---

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro

❖ ❖ ❖

# AS COOPERATIVAS DE TRABALHO

***N**AYRA **F**ALCÃO **

Nos últimos anos, com as mudanças nas organizações do trabalho, novas relações de emprego estão surgindo. Uma delas merece uma análise mais profunda, por causa do reflexo significativo tanto no âmbito social quanto no previdenciário. São as cooperativas de trabalho, que visam à produção e à repartição dos resultados alcançados entre uma categoria de trabalhadores. Essa finalidade precípua, no entanto, vem sendo desvirtuada em detrimento dos direitos sociais.

As cooperativas de trabalho começaram a atuar em grande número após a modificação do artigo 442 da CLT, introduzida com a Lei nº 8.949 de 09 de dezembro de 1994, que recebeu um parágrafo único, acrescentando que *" qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela"*

O advento dessa alteração veio reforçar as condições para as fraudes contra os direitos dos trabalhadores, apesar de se reconhecer que por um lado, em alguns momentos, permitiu maior flexibilização das relações de trabalho e uma diminuição dos custos, por outro não, uma vez que destina-se à prática de exploração de mão-de-obra barata.

O que se observa é a proliferação dessas cooperativas, desatendendo à natureza de suas finalidades, em vez de ir ao encontro da norma, que tem por objeto preservar o equilíbrio entre o mercado de trabalho e o salário. Por conseguinte, sacrificar a justiça social em prol de uma manobra direcionada a burlar leis trabalhistas e previdenciárias, resulta na desarmonia do ordenamento jurídico, negando-lhe eficácia e exeqüibilidade, na medida em que cria subterfúgios evasivos à aplicabilidade do postulado inserto no art. 9º da CLT, que diz *serem nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*.

O parágrafo adicionado do art. 442 da CLT revela nitidamente uma má interpretação e uma lei redigida, no mínimo de forma equivocada, principalmente, na parte em que se refere a "nem entre estes e os tomadores de serviço daquela", pois, se aplicável tal preceito às pseudo-cooperativas, verifica-se um desvirtuamento da concepção do sistema de cooperativismo.

Ao normatizar o cooperativismo no Brasil, a Lei 5.764/71 impôs no seu art. 90 tão-somente que o cooperado não possuísse vínculo empregatício com a cooperativa. Isso é lógico, pois ao ditar a norma do referido parágrafo, o legislador teve como objetivo fundamental as cooperativas de produção, visando solucionar problemas trabalhistas dos assentados organizados pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST); também, com o espírito altamente coletivo, de forma a distribuir as tarefas e os resultados da produção igualmente entre seus membros e não apenas dar cobertura às situações atuais.

É transparente a oculta e permanente relação de trabalho em regime de subordinação mediante salário dessas cooperativas, enquadrando-se nas regras expressas dos artigos do 2º, 3º e 9º da CLT, conforme se vê a definição legal de empregado no art. 3º como *"toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário."*

Por seu turno, está mais do que demonstrado a condição de empregado existente entre o suposto associado e o tomador de serviços, pois para que ocorra o vínculo empregatício independe a cumulativa satisfação dos pressupostos acima referidos (não eventualidade, contraprestação de trabalho, subordinação, salário etc). Basta que qualquer desses elementos esteja presente para que caracterize a relação de emprego. No caso das cooperativas, presencia-se a subordinação, a dependência técnica, a atividade remunerada e a supervisão dos trabalhos dos cooperados.

Na obra de Mozart Victor Russomano *in* Comentários à CLT, vol. I, Ed. Forense, p.15, o aspecto de subordinação está vinculado à dependência econômica e à técnica do empregado, podendo resultar da dependência técnica dois aspectos: **a**) a obrigação de o empregado cumprir as ordens do empregador; e **b**) a impossibilidade material de o empregado trabalhar de acordo com sua vontade e com seu método próprio. Além disso, a subordinação impede que o trabalhador seja tido como sócio do empreendimento (cooperativado) porque a estrutura societária da igualdade técnica e social jamais será alcançada.

Ademais, o Enunciado do TST nº 331 qualifica o cooperativismo como forma de terceirização e como tal, só pode ser implementado em atividade meio, implicando, todavia, na inviabilidade de cooperativa de trabalho destinada à atividade fim do tomador de serviços, bem como à prestação de serviços múltiplos.

Os problemas que esse sistema de trabalho suscita, repercutem em várias esferas e, inclusive no mercado de trabalho, como instrumento de geração de empregos. Esse vem sendo o entendimento do atual governo do Estado do Ceará, que tem apoiado as cooperativas, mediante isenções fiscais de longo prazo nas atividades rurais e urbanas. Em conseqüência, o Ministério Público do Trabalho da 7ª Região está investigando empregados de tomadoras de serviços que desenvolvem atividades no exercício de supervisão dos trabalhos dos cooperados que atuam no ramo de fabricação de calçados e confecções, no interior daquele Estado.

Assim, o mais correto seria denominar essas cooperativas de Aliciadoras de Mão-de-Obra, já que a estrutura existente se propõe a utilizar um grande número de trabalhadores com dificuldades de opções de emprego. Dessa forma, elas acabam eximindo-se do pagamento dos encargos sociais, fazendo com que os organizadores da produção tenham maiores vantagens junto ao mercado.

Com efeito, a pretensão das pseudo-cooperativas em valer-se do parágrafo único do art. 442, como também de seus Estatutos, não elide a Previdência Social de fazer incidir a contribuição social exigida, visto que a Carta Constitucional pressupõe como princípio universal a eqüidade no custeio das contribuições previdenciárias.

Para fins de hipótese de incidência da contribuição previdenciária incidente sobre a folha, o fato gerador é a contraprestação de trabalho oriunda da relação laboral, independendo, se por meio da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos, consoante o art. 118 do CTN.

Assim, face a natureza laboral, existente entre o suposto associado e o tomador de serviços, constante das práticas cooperativistas, não há porque deixar de considerar a incidência de tal exação, caracterizadora de um futuro benefício de aposentadoria.

Destarte, inequívoco é o retrocesso, eis que, frustar direitos sociais como férias, 13º salário, auxílio-natalidade, seguro-desemprego, abono sobre férias, salário-família, entre outros, é eivar o cidadão trabalhador de todos os avanços sociais já consagrados.

Contudo, é oportuno refletir, à guisa de discussão, sobre as formas de organização do trabalho, de modo a adaptar-se à nova realidade social. O fato do cooperatismo merecer o apoio governamental de alguns Estados

demonstra por si só a necessidade de redefinição do papel e de seu conceito, pois diante da referida prestação de trabalho entre cooperativado e tomador de serviços, obtém-se um trabalho assalariado, dissimulado em falsas cooperativas.

É plausível a iniciativa do Projeto de Lei nº 2.226/96, de autoria do Deputado Federal Aloysio Nunes Ferreira, propondo a revogação do parágrafo único do art. 442 da CLT, no sentido de abolir tal prática, eis que a brecha permitida pela norma reforça o apoio à prática de exploração de mão-de-obra.

Todavia, não vale somente revogar o disposto da CLT, se ao mesmo tempo não forem propostas inovações ou ajustes nas relações entre capital e trabalho, pois, do contrário, desalinha o desenvolvimento da justiça social, implicando tal sacrifício em violência e arbítrio, como bem define o Ministro e atual Corregedor do Tribunal Superior do Trabalho, Almir Pazzianotto, em artigos sobre a matéria.

Faz-se mister, portanto, a necessidade de uma tomada de decisão que melhor discipline a questão, já que inclusive existem defensores da idéia de que um dos caminhos seria aplicar o entendimento já preceituado na Lei Complementar nº 84/96, no sentido de que cada cooperado se inscreva como autônomo e o tomador de serviços contribua na alíquota de quinze por cento pelos serviços prestados por intermédio deles. Esse seria, pelo menos, sob o ponto de vista previdenciário, uma forma de proteção ao cooperado, que passaria a contribuir e a obter um tratamento equivalente ao demais trabalhadores.

---

* Coordenadora Geral de Direito Administrativo da Consultoria Jurídica – MPAS

❖ ❖ ❖

PROCURADORIA GERAL — CONSULTORIA
01.200.13 — DIVISÃO DE CONSULTORIA DE ARRECADAÇÃO

Brasília, 02 de abril de 1997.

REF.: MEMO 01-600.3 nº 66/97, de 24.03.97.

INT.: Diretoria de Arrecadação e Fiscalização

ASS.: Responsabilidade Solidária de Órgão Público — incidência de multas.

EMENTA: Responsabilidade solidária de entes públicos. Impossibilidade, quanto a estes, de incidência de multa e cobrança de contribuição de terceiros. A escolha do devedor solidário é apenas uma faculdade do credor, objetivando aumentar a garantia do pagamento do débito. A existência de solidariedade passiva (art. 31 da Lei nº 8.212/91) não pode revogar isenção de caráter pessoal ou imunidade da qual é titular um dos sujeitos da relação. CTN, art. 125, II. Constituição Federal, art. 18 e art. 195, § 7º. Decreto nº 60.466, de 14.03.67, art. 4º, III.

## PARECER PG/CCAR Nº 24/97

1. Trata-se de consulta formulada pela Diretoria de Arrecadação e Fiscalização, a respeito da incidência de multa, bem como sobre a cobrança de contribuição destinada a terceiros, quando ocorrer solidariedade entre empresa e órgão público, nos casos de cessão de mão-de-obra, de acordo com o disposto no art. 31, da Lei nº 8.212/91 c/c art. 71 da Lei nº 8.666/93, conforme redação dada pela Lei nº 9.032/95.

2. Não obstante a informação constante da citada consulta, tal assunto, até a presente data, não foi objeto de análise por esta Divisão, posto que nenhum expediente com referido teor ou número de protocolo deu entrada nesta Consultoria.

3. A respeito da solidariedade tributária, pedimos vênia para transcrever trecho do pronunciamento anexo (Nota Técnica PG/CCAR nº 196/96), no qual afirmamos a inexistência de benefício de ordem quando se tratasse de solidariedade paritária, senão vejamos:

> "4. Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes (*in* Compêndio de Direito Tributário, Vol. 2, Ed. Forense, p. 303), 'nada impede que, numa relação jurídica, inclusive tributária, haja uma pluralidade de sujeitos passivos, compreendendo vários deveres. A relação jurídica é una, a mesma, mas nela concorrem mais de um devedor, cada um obrigado à mesma dívida por inteiro. O crédito tem por sujeito passivo duas ou mais pessoas, dirigindo-se a pretensão do credor contra as duas ou mais pessoas. Pode-se dizer, então, que há solidariedade tributária passiva quando os diversos devedores respondem, simultaneamente, pela obrigação tributária. Há uma pluralidade de devedores vinculados ao cumprimento da obrigação tributária, isto é, de um único vínculo tributário. Cada um dos devedores se considera devedor único da obrigação. **A solidariedade traz, assim, maior vantagem para o credor, seja para facilitar a cobrança ou para a execução.**'
>
> 8. (…) b) O tomador da mão-de-obra (coobrigado solidário nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91) não pode se esquivar do lançamento apresentando como defesa o benefício de ordem, o que pode ocorrer apenas em juízo, nos casos específicos de responsabilidade (solidariedade dependente), de acordo com o art. 4º, § 3º, da Lei nº 6.830/80. Nada impede que apenas o tomador seja notificado e executado, exatamente por isto o citado artigo permite que o tomador retenha importâncias devidas ao cedente de mão-de-obra, a fim de garantir o cumprimento da obrigação tributária."

4. A questão da solidariedade, quando o tomador do serviço for pessoa jurídica de direito público, envolve aspecto peculiar. Preliminarmente, não há possibilidade de imposição de multa moratória entre pessoas de direito público, por inexistência de poder de polícia em tais casos, entendimento este pacificado desde o Parecer CGR nº 313-H, publicado no DOU de 15 de março de 1966, consolidado, atualmente, no § 6º do art. 58 do Decreto nº 2.173, de 05.03.97, nos seguintes termos:

> "§ 6º As multas impostas calculadas como percentual do débito por motivo de recolhimento fora do prazo das contribuições e outras importâncias, não se aplicam as pessoas jurídicas de direito público, as massas falidas e as missões diplomáticas estrangeiras no Brasil e aos membros dessas missões."

5. Sobre a impossibilidade de imposição de multa inexistindo, um desnivelamento de planos revelador da supremacia jurídica de uma das partes em relação à outra, assim se pronunciou Celso Antônio Bandeira de

Mello, ainda na vigência do ordenamento jurídico anterior (*in* "Impossibilidade de o INPS multar municípios", Cadernos de Direito Municipal, RDP – 11, p. 299/300), **verbis**:

> "Multa no campo do Direito Público, é sanção de ordem pecuniária cabível quando prevista em lei, imposta pelo Poder Público aos que descunprem deveres para com êle. Seu fundamento, obviamente é o '*imperium*' do Estado, é a *supremacia*, sôbre os que lhe estão sujeitos, assim como seu pressuposto é a inadimplência de um dever.
>
> (…) À falta de um estado de sujeição, característico de situação de inferioridade, não há que pensar em *submissão* ao ato de império traduzido na multa. Só quem se encontra em posição subalterna, própria de *súdito*, pode ser colhido por uma tão relevante manifestação de autoridade.
>
> Daí, ser rematado dislate, 'data venia', admitir-se a hipótese de que uma pessoa meramente administrativa possa onerar com multas uma entidade política, de dignidade constitucional, como o município.
>
> (…) Se a própria tributação recíproca dos entes públicos, através de impostos, é vedada pela Constiutição (art. 19, nº III, 'a'), com maior razão o é a imposição de multa.
>
> Nem a União, nem Estados, nem Municípios podem reciprocamente se multar. Que dizer, então de uma autarquia multar um município? Uma simples ramificação administrativa, desnutrida de qualquer poder político, exercer 'imperium' sôbre entidade de existência constitucional necessária é hipótese que agride os mais rudimentares princípios de Direito."

6. Ademais, no âmbito do STF foi adotado o posionamento de que, com a instituição da correção monetária e a cobrança de juros de mora, a multa moratória deixou de ter caráter apenas indenizatório. **"Assim, desde que haja correção monetária e juros moratórios, em verdade a multa de mora tem caráter penal".** Neste sentido, a Súmula nº 565 do STF.

7. Deste modo, conforme havíamos afirmado na citada Nota Técnica, havendo solidariedade paritária, o sujeito ativo pode escolher um dos devedores para efetuar o lançamento, mas se este for feito na pessoa de direito público, não se poderá incluir no montante devido o valor da multa moratória (pena administrativa). Daí porque a conveniência de se notificar também a prestadora do serviço, que responde pelo total do débito, nele incluída a multa.

8. Em relação ao âmbito da solidariedade, devemos ver quais as obrigações por ela abrangidas. A respeito da natureza da solidariedade, Sílvio Rodrigues (*in* "Direito Civil — Vol. 2", 16º edição, Ed. Saraiva, p. 67) posiciona-se no sentido de que a obrigação solidária surge pela reunião de obrigações autônomas que se agrupam em uma só, por vontade das partes ou por força da lei, valendo-se, ainda, da seguintes argumentação de Serpa Lopes:

> "Cremos, em tal assunto, que várias são as obrigações que se encontram reunidas ou conglomeradas na obrigação solidária. Efetivamente, contraída uma relação obrigacional dessa natureza indubitável é que cada devedor passa a responder não só pela própria quota, como também pelas partes dos demais consortes. Se ele vem a solver integralmente a prestação, pode recobrar dos outros as respectivas porções.
>
> .....
>
> **Outra razão: como admite-se a teoria da unidade, se a obrigação solidária, de acordo com o art. 897 do Cód. Civil, pode ter características diversas, em relação ao vários credores, sendo pura e simples para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional, ou a prazo, para os outros? Esse dispositivo legal vem comprovar que díspares podem ser as relações jurídicas, referentes a cada titular, isoladamente considerado, evidenciando assim a presença de múltiplas obrigações a integrarem o conteúdo da obrigação solidária."** (grifamos)

9. Não obstante, mesmo que se entenda, conforme Bernardo Ribeiro de Moraes (*op.* cit., p. 303), que na solidariedade passiva tributária não existe uma pluralidade de vínculos jurídicos ou obrigações, sendo ela "um único vínculo obrigacional, que se apresenta com uma única causa jurídica e com uma única prestação", a ligar todos os devedores ao sujeito ativo tributário. Ainda assim, as isenções e imunidades concedidas em caráter pessoal, pelo poder tributante devem ser respeitadas. Tal conclusão é reforçada pelo disposto no inciso II, do art. 125 do CTN, **verbis**:

> **"Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:**
>
> **.....**
>
> **II — a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorga pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;"**

10. Com efeito, a solidariedade passiva visa a assegurar o adimplemento das obrigações, pois representa garantia aos interesses do credor. Não pode, entretanto, servir de artifício para contrariar ou driblar a aplicação de outras normas, especialmente as constitucionais, como é o caso da imunidadedas entidades beneficentes em relação à cota patronal (§ 7º do art. 195, CF), ou a impossibilidade da aplicação de multas às pessoas jurídicas de direito público (princípio contido no art. 18, CF) ou, ainda, isenção dos entes públicos quanto às contribuições de terceiros (art. 4º, III, do Dec. nº 60.466, de 14.03.67).

11. Deste modo, embora seja **facultado** ao credor decidir de qual dos devedores solidários cobrar o débito tributário, o INSS, entretanto, deverá sempre notificar, também, o devedor não favorecido pela isenção ou imunidade. Especialmente, quando se tratar de isenção de um do coobrigados em relação às contribuições de terceiros (SESC, SESI, SENAI…). **Isto porque, logicamente, nos casos em que um dos sujeitos passivos tiver isenções em caráter pessoal, as mesmas deverão ser respeitadas, devendo a solidariedade permanecer apenas em relação aos débitos que seriam comuns ao cedente e ao cessionário de mão-de-obra. A solidariedade não altera a natureza da obrigação, que continua sendo tributária.**

12. Ainda sobre as contribuições devidas a terceiros, quando não houver isenção do coobrigado, vale lembrar que a solidariedade prevalece em face do disposto no art. 94 da Lei nº 8.212/91, que manda aplicar a estas contribuições os mesmos prazos, **condições**, sanções e privilégios desta lei do mesmo modo que a Lei Complementar nº 84/96 remete ao disposto na Lei nº 8.212/91, ressalvando, portanto, a solidariedade do citado art. 31.

13. Este é o nosso entendimento, que ora subtemos à consideração superior.

*ADRIANA MARIA DE FREITAS TAPETY*
Procuradora-Chefe da Divisão
de Consultoria de Arrecadação

---

NR: O Senhor Presidente da República em razões de veto parcial (art. 41) ao Projeto de Lei nº 1, de 1997 (nº 1.131/95 na Câmara do Deputados) — Lei nº 9.476, de 23.07.97 — que "Altera dispositivos da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio e dá outras providências", após ouvir o MPAS, disse, entre outras coisas que —

"A Autarquia Previdenciária Federal não deve ter nenhum poder de polícia sobre uma unidade federativa. A igualdade jurídico-política consagrada no art. 18 da Constituição e as relações entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, garantida pela autonomia que a Constituição estabelece impede que a lei federal possa estabelecer poder de polícia administrativa entre uns e outros e a faculdade de aplicar-lhes penalidades pecuniárias autônomas.

Esta matéria, tal relevo deu-lhe o constituinte de 1988, que vedou-lhe a deliberação por parte do legislador ou do Poder Constituinte Derivado no § 4º do art. 60.

Sobre o tema, assim se pronunciou o jurista Celso Antonio Bandeira de Mello, ainda na vigência da Constituição anterior (*in* Cadernos de Direito Municipal, RDP-11, p. 299/300). "Se a própria tributação recíproca dos entes públicos, através de impostos, é vedada pela Constituição, com mais razão o é a imposição de multa" ... "Nem a União, nem Estados, nem Municípios podem reciprocamente se multar". Na mesma linha de pensamento o fizeram outros tratadistas sobre a matéria.

De outro tanto é de se ver que a redação atual deste mesmo artigo 41 da Lei nº 8.212, de 1991, não deve permanecer por conter outra incostitucionalidade.

A redação do dispositivo que se pretende alterar, estabelece a responsabilidade objetiva, sem culpa, sem nexo de causalidade entre a ação do dirigente do órgão público e a infração da lei, seja qual for o funcionário que a pratique. Esta redação atenta contra princípios elementares de direito e contra os direitos e garantias individuais do cidadão que eventualmente venha dirigir órgão público e foge à tradição secular do direito pátrio.

Assim, a par do veto à proposta de alteração do art. 41, da Lei nº 8.212, de 1991, estamos encaminhando projeto de lei que lhe dá redação adequada e compatível com os termos da Constituição, com vistas a um correto e adequado exercício do poder de polícia da administração previdenciária federal".

❖ ❖ ❖

**TCU**

GRUPO I — CLASSE III — PLENÁRIO

TC-004.389/96-4

NATUREZA: Consulta

ÓRGÃO: Superior Tribunal de Justiça

RESPONSÁVEL: Paulo Roberto Loureiro de Alencar, Secretário de Controle Interno.

EMENTA: Consulta formulada pelo Secretário de Controle Interno do Superior Tribunal de Justiça relativa à contratação de empresas paraestatais sem a apresentação das certidões comprobatórias de regularidade junto ao INSS e ao FGTS. Possibilidade de a Administração Pública contratar os entes paraestatais detentores do monopólio de serviços públicos essenciais, mesmo sem a apresentação das citadas certidões. Princípio da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público. Pagamento dos valores devidos. Proibição do locupletamento da Administração Pública. Necessidade de apresentação de justificativas devidas e da autorização da autoridade superior do Órgão. Comunicação dos fatos ao Conselho Curador do FGTS e ao INSS. Remessa de cópia da Decisão, Relatório e Voto ao responsável. Arquivamento dos autos.

O Ilmo. Sr. Paulo Roberto Loureiro de Alencar, Secretário de Controle Interno do Colendo Superior Tribunal de Justiça, formula Consulta dirigida a este Tribunal (fls. 01/05), indagando qual procedimento a ser adotado quando da contratação de empresas estatais detentoras de monopólios de serviços públicos essenciais que não apresentam as certidões comprobatórias de regularidade junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social–INSS e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço–FGTS, bem como a respeito dos pagamentos devidos pela prestação de serviços já realizados.

2. Traz o consulente dispositivos legais e constitucional que estabelecem como regra para contratação pela Administração Pública a exigência de apresentação de Certidões que comprovem a regularidade das empresas com suas obrigações sociais e trabalhistas, notadamente o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, o art. 47, inciso I, alínea "a", c/c o art. 95, ambos da Lei nº 8.212/91, o art. 27, item "a", da Lei nº 8.036/90, e o art. 2º, da Lei nº 9.012/95.

3. Cita, ainda, a Decisão nº 705/94 — Plenário desta Corte, na qual ficou assente a obrigatoriedade da apresentação de documentos comprobatórios da regularidade com a Seguridade Social para a contratação de obras, serviços ou fornecimentos, ainda que de pronta entrega, e mesmo nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Entendeu, ainda, este Tribunal que as condições exigidas para a contratação devem ser mantidas ao longo de todo o contrato, nos casos de execução continuada ou parcelada.

4. Prossegue, afirmando que as entidades paraestatais não estão livres das obrigações referidas acima. Destaca, ainda, que os órgãos públicos utilizem-se de serviços essenciais, que são prestados de forma exclusiva, via monopólio, pelas respectivas entidades. Diante disso, indaga qual a solução a ser dada quando estas empresas "não apresentarem as certidões comprobatórias de regularidade junto ao INSS (Certidão Negativa de Débito) a ao FGTS (Certidão de Regularidade de Situação), por ocasião da contratação e/ou dos pagamentos que lhes seriam devidos pela contraprestação dos serviços ou fornecimentos já realizados".

5. O analista, na concisa e bem elaborada instrução (fls. 07/08), explícita que, nas hipóteses de serviços públicos essenciais prestados por empresas detentoras de monopólio, pode ser efetuada a contratação sem a devida comprovação de regularidade com o INSS e com o FGTS, em nome do princípio da supremacia do interesse público, desde que acompanhada das justificativas devidas e da autorização da maior autoridade do Órgão.

6. O Ministério Público concorda com o posicionamento uniforme da Unidade Técnica. Esclarece apenas que, nos casos de monopólio, cuja característica principal é a ausência de concorrência, não há que se falar em procedimento licitatório para a contratação das entidades, face à inviabilidade de competição.

É o relatório.

VOTO

A presente Consulta formulada pelo dirigente do órgão de controle interno do Superior Tribunal de Justiça, foi autuada neste Tribunal em 16/04/96, preenchendo, portanto, os requisitos estabelecidos no art. 216 e parágrafos do Regimento Interno em vigor à época, razão pela qual merece ser conhecida.

2. Indaga-se a respeito da exigência do comprovante de regularidade com os encargos sociais, quando a empresa a ser contratada for estatal, detentora de monopólio e prestadora de serviços públicos essenciais.

3. Inicialmente, é de se registrar que vários são os dispositivos normativos que disciplinam a matéria ganhando, inclusive, cunho constitucional, conforme dispõe o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, *in verbis*:

> *"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*
>
> *I — dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;*
>
> *II — dos trabalhadores;*
>
> *III — sobre a receita de concurso de prognósticos.*
>
> *(…)*
>
> *§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios."*

4. A Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui os Planos de Custeio, estabelece, em seu art. 47, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, que:

> *"Art. 47. É exigido Certidão Negativa de Débito — CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:*
>
> *I — da empresa:*
>
> *a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele;*
>
> *(omissis)."*

5. A mesma exigência observa-se quanto ao recolhimento das parcelas devidas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, conforme estatuído pela Lei nº 8.036/90, que dispõe a respeito do referido Fundo, em seu art. 27, abaixo transcrito.

> *"Art. 27. A apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal, é obrigatória nas seguintes situações:*
>
> *a) habilitação e licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município;".*

6. A Lei nº 9.012/95 foi mais além, ao proibir as instituições federais de crédito de conceder empréstimos, financiamentos e outros benefícios a pessoas jurídicas em débito com o FGTS e, em seu art. 2º, vedar a contratação das mesmas pela Administração Pública:

> *"Art. 2º As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública."*

7. E, finalmente, o estatuto das licitações e contratos também trata do assunto, ao regulamentar a fase de habilitação dos licitantes:

> *"Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-à dos interessados. exclusivamente, documentação relativa a:*
>
> *(…)*
>
> *IV — regularidade fiscal.*
>
> *(omissis)"*
>
> *Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:*
>
> *(…)*
>
> *IV — prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei."*

8. Ao dispor sobre o contrato, o diploma normativo mencionado acima exige a manutenção, por parte do contratado, das mesmas condições exigidas na fase de habilitação, nos termos seguintes:

> *"Art. 55. São cláusulas necessárias em todo o contrato as que estabeleçam:*
>
> *(…)*
>
> *XIII — a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação."*

9. Inúmeras, portanto, as regras que estabelecem a exigência aos licitantes ou contratados, de comprovarem a regular situação junto ao INSS e ao FGTS, não só na fase de habilitação, mas também durante toda a execução do contrato.

10. Ademais, tais normativos aos estabelecerem as condições acima, fazem-no de forma geral, sem prever exceções para nenhuma situação. Nesse sentido foi a Decisão nº 705/94-Plenário, pela qual se firmou o entendimento de que é dever do licitante comprovar sua situação regular perante a seguridade social, independentemente do tipo de licitação (Concorrência, Tomada de Preços ou Convite) e, até mesmo, para as hipóteses de contratação direta (dispensa ou inexigência de licitação). Ainda ficou assente que, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetuado, é necessário que exista a prévia verificação das condições ora tratadas.

11. É de se destacar que a exigência requerida pelos dispositivos acima mencionados não distingue empresas particulares dos entes estatais, tendo sua aplicação voltada para toda e qualquer empresa, seja ela estatal ou não.

12. De fato, não há ressalva, quanto à obrigação supra, em nenhum dos diplomas legais citados, à contratação de empresas estatais por parte da administração, nem mesmo daquelas detentoras de monopólio, concessionárias de serviços públicos ditos essenciais.

13. Assim sendo, poder-se-ia, em uma análise isolada das normas, concluir-se que seria vedada a contratação de estatais e, até mesmo, o pagamento de serviços efetuados, caso estivessem em situação irregular perante o INSS e o FGTS.

14. Entretanto, forçoso é reconhecer que a situação ora examinada guarda suas peculiaridades, concretizadas na especialidade dos serviços que as estatais fornecem e que são reconhecidos como essenciais.

15. Nesse ponto, mostra-se pertinente trazer à baila alguns conceitos doutrinários a respeito do termo serviço público.

15.1. **Celso Ribeiro Bastos** o define como "*uma atividade prestada pela Administração, que se vale do seu regime próprio de direito administrativo, com vistas ao atingimento de uma necessidade coletiva que pode ser fruída uti singuli ou uti universi pelos administradores". (in* Curso de Direito Administrativo. Saraiva, 1994, p. 161).

15.2. Para **Maria Sylvia Zanella de Pietro**, serviço público é "*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público".* (*in* Direito Administrativo, 3ª ed., Atlas, p. 80).

16. O serviço público é incumbência estrita e exclusiva do Estado, que pode fornecê-lo direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, nos termos do art. 175 do Diploma Básico.

17. Resta, ainda, distinguir os serviços públicos essenciais dos não essenciais. **Diógenes Gasparini** coloca que: "*São essenciais os assim considerados por lei ou os que pela própria natureza são todos como de necessidade pública, e, em princípio, de execução privativa da Administração Pública* (omissis).

*Essenciais, por fim, diga-se, são os serviços que não podem faltar. A natureza do serviço os indica e a lei os considera como indispensáveis à vida e à convivência dos administrados na sociedade".* (*in* Direito Administrativo, 4ª ed., Saraiva, p. 213).

18. Importa frisar, ainda que, em regra, os serviços essenciais são exercidos exclusivamente pela Administração, diretamente ou mediante concessão a empresas estatais, detentoras de monopólio.

19. Em síntese, serviço essencial é aquele imprescindível aos usuários. Ganha relevo, neste ponto, o princípio da continuidade do serviço público, retratado por **Maria Sylvia Zanella de Pietro:**

*"*Por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar." (*in* ob. cit., p. 64).

20. Leciona **Diógenes Gasparini** que "*Os serviços públicos não podem parar os anseios da coletividade. Os desejos dos administrados são contínuos. Daí dizer-se que a atividade da Administração Pública é ininterrupta." (in* ob. cit., p. 11/12).

21. Não pode a Administração Pública deixar de atender às necessidades fundamentais da coletividade e dos indivíduos, com mais razão ainda quando os usuários dos serviços públicos ditos essenciais forem entidades ou órgãos da própria administração, cuja atividade repercute em toda a sociedade. E, no caso sob análise, em que o usuário dos serviços é um órgão da cúpula do Poder Judiciário — STJ —, que tem jurisdição em todo o País e, como conseqüência, suas decisões alcançam repercussão nacional, é imperioso que os serviços públicos sejam fornecidos a contento e de forma ininterrupta.

22. As vedações contidas nos diplomas transcritos supra têm, basicamente, duas finalidades principais: a) evitar que a administração contrate com quem não demonstre boa situação econômica-financeira, refletida na inadimplência com encargos sociais; e b) servir como meio indireto de coerção, incitando as empresas a estarem adimplentes com suas obrigações perante o INSS e o FGTS.

23. Mostra-se evidente que, na hipótese da contratação direta de um ente estatal fornecedor de serviço público essencial, na forma de monopólio,

efetuada por um órgão da administração, os fins legais acima descritos não serão alcançados. Aqui, impõe-se um interesse público maior, consubstanciado na boa e regular prestação jurisdicional, a qual quedaria prejudicada caso estivesse o Órgão da Justiça proibido de contratar as empresas estatais fornecedoras de serviço público essencial, sob regime de monopólio, inadimplentes com o INSS e o FGTS. Ressalte-se que, nesta situação, em que inexiste a possibilidade de contratar-se terceiros, não há outra alternativa viável a não ser a contratação daquelas empresas, como bem destacado pela ilustre representante do *Parquet* especializado (fls. 11/13).

24. Ademais, como bem ressaltado pelo Analista (item 7 da instrução — fls. 08), esta é a orientação emanada do Poder Executivo, na Mensagem nº 842.259, da CONED/STN, que prevê a possibilidade de contratação de empresas inadimplentes com seus encargos sociais, desde que plenamente justificada e com a devida autorização maior do órgão ou entidade.

25. Se lícito será contratar as respectivas empresas, pelas mesmas razões deverá a administração realizar o pagamento pelos serviços já prestados. Isso em respeito, inclusive, ao princípio que proíbe o enriquecimento sem causa por parte da administração.

26. A conclusão que se impõe, por conseguinte, ao responder à presente Consulta, é de que é lícita a contratação de empresas estatais fornecedoras de serviço público essencial sob regime de monopólio, ainda que inadimplente com o INSS e o FGTS, desde que expressamente autorizada pela autoridade máxima do órgão judicial e embasada com as devidas justificativas.

27. Entendo pertinente, para finalizar, ressaltar que, apesar de se permitir a contratação, ocorrendo a situação retratada na Consulta, estar-se-á diante de uma irregularidade e, o que é mais grave, cometida por uma empresa estatal. Assim sendo, em caracter de aditamento às respostas da Consulta retro, reputo como viável informar à administração que, verificando a condição inadimplente de um ente estatal, exija da contratada o cumprimento de suas obrigações sociais, devendo, inclusive, levar ao conhecimento do INSS e o FGTS as irregularidades que se apresentam.

Ante o exposto, acolho a proposta unânime da Unidade Técnica e a do Ministério Público e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de julho de 1997.

BENTO JOSÉ BUGARIN
Ministro-Relator

**Consulta**

PARECER

Trata-se de **consulta** feita pelo Secretário de Controle Interno do Superior Tribunal de Justiça sobre o procedimento a ser adotado pela Administração na hipótese de as empresas estatais detentoras de monopólio não apresentarem as certidões comprobatórias de regularidade junto ao INSS (Certidão Negativa de Débito) e ao FGTS (Certidão de Regularidade de Situação), por ocasião da contratação e/ou dos pagamentos que lhes seriam devidos pela contraprestação dos serviços ou fornecimentos já realizados.

2. No documento de folhas 02/05 o ilustre Secretário cita a seguinte legislação:

I — o art. 195, § 3º, da Constituição Federal;

II — a Lei nº 8.212, de 24.07.91, que "Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e da outras providências";

III — a Lei nº 8.036, de 11.05.90, que "Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências;" e

IV — a Lei nº 9.012, de 30.03.95, que "Proíbe as instituições federais de crédito de conceder empréstimos, financiamentos e outros benefícios a pessoas jurídicas em débito com o FGTS."

3. Cita, ainda, parte da Decisão nº 705/94 – TCU – Plenário, proferida em sessão ordinária, realizada em 23.11.94, **verbis***:*

> "8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
>
> 8.1. firmar o entendimento de que:
>
> a) por força do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal — que torna sem efeito, em parte, o permissivo do § 1º do art. 32 da Lei nº 8.666/93 —, a documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social, prevista no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8.666/93 e, mais discriminadamente, no art. 27 — a da Lei nº 8.036/90, no art. 47- I — a da Lei nº 8.212/91, no art. 2º — a da IN nº 93/93-SRF e no item 4 – 1 — a da Ordem de Serviço INSS/DARF nº 052/92 é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega;

b) a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida na alínea "a" acima é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação *ex vi* do disposto no § 3º do art. 195 da CF, citado;

c) nas tomadas de preços, do mesmo que nas concorrências para contratação de obra, serviço ou fornecimento de bens, deve ser exigida obrigatoriamente também a comprovação de que trata o inciso III do art. 29 da Lei nº 8.666/93 a par daquela a que se refere o inciso IV do mesmo dispositivo legal;

d) nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação ao disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior."

4. Por fim, expõe:

"Depreende-se, então do exposto, que pelo simples fato de as empresas públicas e as sociedades de economia mista serem entidades paraestatais (integrantes da Administração Indireta), não estão dispensadas da obrigatoriedade de comprovarem sua regularidade perante à Seguridade Social e o Fisco, sempre que pretendam contratar com outros órgãos e/ou entidades da Administração Pública.

Todavia em que pese o acima exposto, forçoso é convir que os órgãos e entidades públicas utilizam-se de serviços essenciais (exemplo dos postais, fornecimento de água e energia elétrica, telefonia, etc.) prestados por empresas paraestatais que detém monopólio desses serviços, não deixando outra alternativa para a Administração senão a de contratar diretamente com essas empresas."

DECISÃO Nº 431/97 — TCU — Plenário

1. Processo nº 004.389/96-4
2. Classe de Assunto: III — Consulta.
3. Responsável: Paulo Roberto Loureiro de Alencar.
4. Órgão: Superior Tribunal de Justiça.
5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.
6. Representante do Ministério Público: Dra. Maria Alzira Ferreira.
7. Unidade Técnica: 3ª SECEX.

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. conhecer da Consulta formulada pelo Sr. Secretário de Controle Interno do Colendo Superior Tribunal de Justiça;

8.2. responder ao responsável que as empresas estatais prestadoras de serviço público essencial sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, ou, se já prestados os serviços, poderão receber o respectivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas;

8.3. informar, ainda, ao consulente que, diante da hipótese acima, a administração deve exigir da contratada a regularização de sua situação, informando, inclusive, o INSS e o FGTS a respeito dos fatos;

8.4. enviar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao responsável;

8.5. após a adoção das medidas supra, determinar o arquivamento dos presentes autos.

9. **Ata nº 28/97 — Plenário**

10. Data da Sessão: 23/07/1997 — Ordinária

11. Especificação do **quorum:**

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Paulo Affonso Martins de Oliveira, Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin (Relator) e os Ministros-Substitutos José Antônio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HOMERO SANTOS
Presidente

BENTO JOSÉ BUGARIN
Ministro-Relator

---

NR: Na edição do Vol. 4/N.1 foi publicado parecer (INSS/PG/CCAR Nº 80/96) da lavra da Procuradora-Chefe da Divisão de Consultoria de Arrecadação — Dra. Adriana Mª de Freitas Tapety — com a seguinte ementa:

"Contratação de serviço público de fundamental importância para as atividades desta Autarquia Previdenciária. Serviço público prestado de forma exclusiva …".

❖ ❖ ❖

**STJ — SEXTA TURMA**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 136.388-SP(97/0004992-2)**

| | | |
|---|---|---|
| RELATOR | : | MINISTRO FERNANDO GONÇALVES |
| EMBARGANTE | : | INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS |
| PROCURADORES | : | DRS. AYRES LOURENÇO DE ALMEIDA FILHO E OUTROS |
| EMBARGADO | : | V. ACÓRDÃO DE FLS. 68 |
| EMBARGADO | : | SEBASTIÃO VITOR PEREIRA |
| ADVOGADO | : | DR. LOURENÇO DOS SANTOS |

**E M E N T A**

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EQUÍVOCO MANIFESTO. OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 260-TRF, INAPLICABILIDADE

1 – Incorrendo o acórdão embargado em equívoco manifesto, é de acolher-se os embargos para, imprimindo-lhes efeitos infringentes, dar provimento ao agravo e determinar a subida do recurso especial.

2 – Para os benefícios previdenciários concedidos após a Constituição Federal de 1988, não se aplica a Súmula 260-TRF. Precedentes.

3 – Embargos de declaração acolhidos.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos de declaração para determinar a subida do recurso especial. Participaram do julgamento os Ministros Anselmo Santiago, William Patterson e Vicente Leal.. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 18 de agosto de 1997 (data de julgamento).

MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Presidente)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator)

## R E L A T Ó R I O

**O EXMº SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:**

Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão assim ementado, ***verbis:***

> ***"PREVIDENCIÁRIO, REAJUSTE DE BENEFÍCIO, SÚMULA 260-TRF. APLICAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. SÚMULA 7-STJ. INCIDÊNCIA.***
>
> I – Correto o julgado *a quo* ao entender legítimo o critério de atualização de benefício previdenciário nos moldes da Súmula 260-TRF, que preconiza a aplicação do índice do "salário mínimo então atualizado nos reajustes subsequentes a concessão do benefício."
>
> *II – Agravo regimental improvido."(fls. 68):*

Sustenta o Instituto que o acórdão embargado incorre em equívoco manifesto, porquanto a jurisprudência da Corte é no sentido de que, em casos como o presente, tratando-se de benefício concedido após a Constituição Federal de 1988, não se aplica a Súmula 260-TRF.

É o relatório.

## V O T O

**O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):**

Com razão o INSS. Com efeito, consoante salientado na sentença (fls. 15) e na própria petição inicial (fls. 3), o benefício previdenciário em exame foi concedido após a Constituição Federal de 1988, razão pela qual há equívoco manifesto no acórdão embargado, ao reconhecer a aplicabilidade da Súmula 260-TRF.

A Jurisprudência da Corte é nesse mesmo sentido. A propósito, transcrevo:

> *"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 260 DO EX-TRF. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 148-STJ. HONORÁRIOS. APLICAÇÃO SÚMULA 111-STJ.*
>
> *—- Antes da Constituição de 1988, no primeiro reajuste dos benefícios, aplicam-se os critérios da Súmula 260-TRF.*
>
> *— Os débitos relativos a benefícios previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei nº 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nesse diploma legal.*

*Aplicação da Súmula 148-STJ.*

*— A teor da Súmula 111-STJ, os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas.*

*— Recurso parcialmente provido."*

*(Resp. nº 81989/SP, DJ 27/05/96, Min. William Patterson)*

Ante o exposto, acolho os embargos para, imprimindo-lhes efeitos infringentes, dar provimento ao agravo e determinar a subida do recurso especial.

❖ ❖ ❖

**STJ — CORTE ESPECIAL**

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA RESP Nº 89.577 — SÃO PAULO (REG. 96.0054685-1)

RELATOR : EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO
EMBARGANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS
ADVOGADOS : DRS. AYRES LOURENÇO DE ALMEIDA FILHO E OUTROS
EMBARGADO : GUTEMBERGUE FERNANDES DE ALMEIDA
ADVOGADA : DRA. GLAUCY GOULD ASCHER LISSA

**E M E N T A**

Embargos de divergência em recurso especial. Prequestionamento. Erro material. Questão de tempestividade enfrentada pelo acórdão **a quo**. Conhecimento para análise do mérito em instância ordinária.

Embargos de divergência recebidos.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Senhores Ministros Edson Vidigal, Garcia Vieira, Luiz Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Sálvio de

Figueiredo, Hélio Mossimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Anselmo Santiago, José Dantas, William Patterson, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Cid Flaquer Scartezzini, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1997. (data do julgamento)

MINISTRO BUENO DE SOUZA, Presidente

MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator

## R E L A T Ó R I O

**O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO:**

Na parte que interessa, adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República:

"Cuida-se de **Embargos de divergência em Recurso Especial** interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra Gutembergue Fernandes de Almeida.

O Acórdão combatido, da lavra da E. 6ª Turma do STJ, restou assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO. ATUALIZAÇÃO. RECURSO CABÍVEL. TEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

— Do despacho que homologa a atualização dos cálculos de liquidação o recurso cabível é o agravo de instrumento (Súmula nº 118 – STJ).

— Aspectos sobre a tempestividade do agravo, que deixaram de ser prequestionados.

— Recurso especial não conhecido."

O Embargante traz como paradigma o Acórdão da 3ª Turma do STJ, assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL — CONTAGEM DE PRAZO — APELAÇÃO — ERRO MATERIAL — RETIFICAÇÃO.

I — Hipótese em que laborou em manifesto equívoco o Acórdão recorrido, na contagem do prazo para interposição do apelo, quando o teve por intempestivo. Consoante entendimento consolidado na Corte, em casos tais, há de se acolher o Especial, inobstante não opostos Embargos declaratórios, como de regra, seja porque vício surgido no próprio julgamento, seja por obediência ao princípio da instrumentalidade do processo. Neste caso, ensina a doutrina que a retificação pode ser ordenada ainda na instância superior, incluída a do recurso extraordinário. Não importa a forma do processo, ou a natureza da ação.

II — Recurso conhecido e provido. (REsp 35.486-0 – Goiás, 3ª Turma do STJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJU de 13.12.93)".

Da análise dos autos verifica-se, em síntese, que a embargante interpôs **recurso especial**, alegando negativa de vigência do artigo 188 do Código de Processo Civil, na medida em que o r. Acórdão **a quo** não conheceu o recurso da autarquia por considerá-lo intempestivo.

O referido recurso especial também não foi conhecido em razão da inocorrência, segundo o Relator, de prequestionamento quanto a matéria da tempestividade.

Irresignada com a decisão, interpôs embargos de declaração, também rejeitados por tratarem, ainda segundo o Relator, da tentativa de "*transferir para sede do recurso especial a providência que deveria ter tomado ns instância de origem".*

Com base no confronto dos acórdãos supra, a Autarquia interpôs os presentes embargos de divergência, admitidos às fls. 234." (fls. 237/239).

É este o relatório.

**E M E N T A**

Embargos de divergência em recurso especial. Prequestionamento. Erro material. Questão de tempestividade enfrentada pelo ácordão **a quo**. Conhecimento para análise do mérito em instância ordinária.

Embargos de divergência recebidos.

**V O T O**

**EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (RELATOR):**
Como acentua o parecer, tem razão a autarquia previdenciária:

> "De fato firmou-se, conforme abundante jurisprudência desta C. Corte Superior, a necessidade do prequestionamento da matéria para a interposição do recurso especial.
>
> Contudo, há que se ressaltar que tal jurisprudência abrange situações nas quais considera-se suprido o requisito do prequestionamento, especialmente quando se trata de matéria enfrentada pelo acórdão guerreado, como por exemplo:
>
> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMINISTRATIVO. CIVIL. PRESCRIÇÃO. INCAPAZES. CÓDIGO CIVIL, art. 169, I.
>
> I — **Em tema de prequestionamento, o que deve ser exigido é apenas que a questão haja sido posta, na instância ordinária. Se isto ocorreu, tem-se a figura do prequestionamento implícito, que é o quanto basta.**
>
> II — Não ocorre prescrição contra os incapazes (Código Civil, art. 169, I, c/c art. 5º).
>
> III — Recurso especial conhecido (letra a) e provido." (REsp nº 2.336-MG (9019125) — Rel. Min. Carlos Velloso/2ª Turma). (grifo nosso).

Dita situação de fato ocorreu, **in casu**, como evidencia-se pela simples leitura do acórdão **a quo** (fls. 158):

> "EMENTA: **Tendo sido o presente recurso recebido como agravo de instrumento é ele intempestivo** e mesmo que tivesse sido considerado como apelação, igualmente não poderia ser conhecido uma vez que torrencial jurisprudência considera que o recurso cabível contra sentença que homologa cálculo de atualização de liquidação elaborada na ação acidentária é mesmo o de agravo de instrumento". (grifo nosso).

Vê-se, portanto, que a questão da tempestividade da apelação em primeira instância foi enfrentada pelo r. Aresto, suprido, assim, a necessidade do prequestionamento.

Ademais, cabe ressaltar que houve erro material na contagem do prazo, conforme conclui o próprio Relator do recurso especial, o qual,

enfatizamos, apenas não conheceu do recurso por falta de prequestionamento, conforme depreende-se da leitura de seu voto às fls. 180:

> "O INSS teria razão no seu pleito, por isso que essa data corresponde ao despacho que recebeu o recurso como de agravo, pelo princípio da fungibilidade (cfr. fls. 2). Acontece, porém que o petitório foi protocolado em 23-09-93 (cfr. carimbo de fls. 2), circunstância que importaria em admitir a tempestividade, observando o privilégio da contagem em dobro (art. 188 do CPC)."

Dita situação de erro autoriza a correção do **decisum** a qualquer tempo, consoante decisões desta C. Corte, dentre as quais:

> "Ementa: Processual e Civil — Ação de cobrança — Agravo de instrumento — Sentença homologatória de conta de liquidação — Trânsito em julgado — Erro material — admissibilidade de sua correção a qualquer tempo — art. 463, i, do CPC. (REsp 21.285/SP — Relator: O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter)."

Outrossim, salienta-se que resta configurada, efetivamente, negativa à Lei Federal, **in casu**, o artigo 188 do CPC. Neste sentido, trazemos à colação:

> "EMENTA: Apelação. Prazo. Deserção.
>
> 1. A decisão que equivocadamente conta o prazo para o recurso e seu preparo e, em conseqüência, considera intempestivo e deserto o apelo, maltrata o direito federal.
>
> 2. Recurso especial atendido.
>
> 3. Unânime. (REsp nº 36.645-3/SP — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Allencar)"
>
> Sendo assim, cabe a divergência das C. Turmas quanto à necessidade de prequestionamento e, ainda, quanto à possibilidade de correção de erro em instância Superior.
>
> Diante do exposto, opina o Ministro Público Federal pelo conhecimento do recurso, apenas quanto à preliminar, para que a matéria de mérito venha a ser apreciada pela instância de origem."(fls. 239/242)

Pelo exposto, e de acordo com o parecer, recebo os embargos.

É o meu voto.

❖ ❖ ❖

**TRF — 1ª Região**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.01.12327-0/MG

RELATOR : EXMO. SR. JUIZ CARLOS FERNANDO MATHIAS

APELANTES : GERALDO COSTA FILHO E OUTROS

ADVOGADOS : DRS. MÔNICA MAJELA DOS SANTOS E OUTROS

APELADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGUROS SOCIAL–INSS

PROCURADORA :DRA. IRENE RODRIGUES

**EMENTA**

PROCESSUAL. PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. REAJUSTE DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 8.700/93.

1. "*Quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência",* pode o juiz antecipar da lide (art. 330, I, do CPC), não havendo falar-se, em tal hipótese, evidentemente, em cerceamento de defesa.

2. A antecipação acumulada em novembro de 93, relativa ao valor de setembro de 1993, foi, na soma simples dos índices mensais de antecipação, de 50,09% ou a soma capitalizada dos índices de 56,36%, sempre superior aos 49,48% que corresponderia a antecipação se não fosse alterada a redação do art. 9º da Lei nº 8542/92 pela de nº 8700/93. Isso sem falar na vantagem da percepção a mais, no mês de outubro/93, que os autores receberiam sem nenhuma antecipação, na sistemática revogada pela Lei nº 8.700/93.

3. Ao contrário do que se postula, a Lei nº 8.700/93 não acarretou prejuízo, trazendo até benefícios.

4. Entendimento assentado pela Turma (vejam-se, por mera ilustração, Apelações Cíveis nºs 96.01.12285-8/MG, 96.01.12287-7/MG, 96.01.12290-7/MG, 96.01.12298-2/MG, 96.01.12299-0/MG, 96.01.12325-3/MG e 96.01.12329-6/MG, em que foi relator o eminente Juiz JIRAIR MEGUERIAN).

5. Negado provimento à apelação.

## ACÓRDÃO

Decide a turma negar provimento à apelação, por unanimidade.

2ª Turma do TRF da 1ª Região — 18/6/96.

JUÍZA ASSUSETE MAGALHÃES
PRESIDENTE

JUIZ CARLOS FERNANDO MATHIAS
RELATOR

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de João Monlevade/MG, que julgou improcedente o pedido dos autores, que objetivam a correção de seus benefícios previdenciários, nos termos da Lei nº 8.700/93 (fls. 37/39).

Irresignados, apelam os autores, alegando, preliminarmente a nulidade da sentença, por falta de despacho saneador, vez que, na inicial, foi requerida perícia contábil. Afirmam que o julgamento antecipado da lide traduziu-se em cerceamento de sua defesa. No mérito, que o próprio INSS reconheceu haver aplicado redutor de 10%, após a concessão de amento. Ademais, o reajuste que deveria ter sido pago em maio/93, não o foi, e que o art. 201, § 2º da Constituição, assegura a manutenção do poder real de compra dos benefícios previdenciários (fls. 41/44).

Contra-razões aos fls. 46/49.

É o relatório.

## VOTO

Quanto a preliminar de cerceamento de defesa, pelo fato do julgamento antecipado da lide, impõe-se sua rejeição, a teor da letra expressa do art. 330, I, do CPC, que determinou o conhecimento diretamente do pedido, proferindo a sentença, "*quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".*

No mérito, impõe-se confirmar a r. sentença, que decidiu:

*Com efeito, analisando o caso vertente, mormente sob a ótica de aplicabilidade do índice de reajuste previsto no dispositivo legal retro mencionado (Lei 8.700), verifica-se de fato, o que ocorreu, foi que o INSS concedeu antecipações de percentual de aumento antes das respectivas datas-base (09/93, 01/94 e 03/94).*

*Observa-se que os reajustes dos benefícios eram feitos de forma quadrimestral (maio/93; setembro/93; janeiro/94 e março/94), sendo que em março de 94, houve conversão para Unidade Real de Valor (URV), com força da Medida Provisória nº 434).*

*Frise-se que antes das datas-base houve apenas antecipações, as quais foram objeto de compensação. Exemplificamente cita-se. o mês de agosto/93, onde foi aplicado apenas o índice de 19.26, uma vez que em maio daquele ano o reclamado já teria concedido aos aposentados um adiantamento de 10% o qual integrou ao valor a partir de setembro 93, perfazendo o índice integral de 29,26% conforme estabelecido em lei.*

*Ora, os percentuais concedidos a título de antecipação são objeto de lícita e efetiva compensação, nas respectivas datas-base, visando a correta aplicabilidade do índice total de aumento previsto para o quadrimestre.*

*Destarte, não há que se falar em redução de benefício, já que a espécie* ***"sub judice"*** *evidencia, tão somente, a hipótese de correta aplicabilidade de reajuste legal de salário (Lei 8.700), comportando de forma inequívoca a compensação de valores concedidos sob o título de antecipações, zerando-se todo índice inflacionário, quando das datas-base, sendo que ao tempo da conversão dos salários para a URV (Medida Provisória 434), esta foi feita utilizando-se o valor real dos salários.*

*Por outro lado, a prevalecer a "***these***" dos autores, estar-se-ia negando vigência à observância do princípio do enriquecimento sem causa, em detrimento de nítido prejuízo ao erário público ficando a meu ver inviável a procedência do pedido."*

Por oportuno, recorde-se que, em igual sentido, decidiu esta Eg. Turma nos julgamentos das Apelações Cíveis nºs 96.01.12285-8/MG, 96.01.12287-7/MG, 96.0112290-7/MG, 96.01.12299-0/MG, 96.01.12325-3/MG e 96.01.12329-6/MG, em que foi relator o eminente Juiz JIRAIR MEGUERIAN.

Por mera ilustração, transcrevo do voto de S. Exa.:

*"9. Na verdade, os autores pleiteiam reajuste mensal pela variação integral do IRSM, condição não prevista nem na redação originária da Lei nº 8.542/92 nem na mudança introduzida pela Lei nº 8.542/92 nem na mudança introduzida pela Lei nº 8.700/93. Aliás, mesmo na Lei nº 8.542/92, art. 10, estabelecia-se antecipação bimestral de reajuste do benefício nos meses de março, julho e novembro, limitando a um percentual não inferior a 60% da variação acumulada do IRSM no bimestre anterior, e não variação integral do IRSM no período, prevendo-se, também, a compensação nos meses de janeiro, maio e setembro.*

*10. O que os autores querem fazer crer é que a Lei nº 8.542/92, além de mudar o índice do art. 41 da Lei nº 8.213/91, INPC por IRSM, estabeleceu reajuste mensal, já que calculado o índice IRSM por mês, reduzindo-se tal reajuste mensal pela Lei nº 8.700/93, em 10 pontos percentuais, quando na realidade, além de mudança do índice, fixou-se a periodicidade do reajuste para quadrimestralidade, com expressa revogação do inciso II do art. 41 da Lei nº 8.213/91, pelo art. 12 da Lei 8.542, de 23 de dezembro de 1992.*

*11. Finalmente, como o próprio salário mínimo passou, pela Lei nº 8.542/92, a ter aumentos quadrimestrais e as antecipações bimestrais de então e mensais depois, com o mesmo redutor, (Lei nº 8.700/93) se aplicaram tanto ao salário mínimo como aos benefícios previdenciários, inexiste eiva de inconstitucionalidade na Lei nº 8.542/92, tanto na redação originária como na implantada pela Lei nº 8.700/93, aliás mais benéfica ao segurado, consoante projeção de cálculos feita no item 13 abaixo.*

*12. Assim, fixados os meses de novembro e dezembro de 1993, onde anteriormente inexistiria reajuste, janeiro e fevereiro de 1994, neste último também, antes, sem reajuste, como valores base para conversão em URV, não se pode afirmar que a aplicação da Lei nº 8.700/93 trouxe prejuízos na hipótese, pois ao contrário trouxe vantagem, itens 11 e 13.*

*13. Faço a seguinte projeção concreta da situação em novembro de 1993:*

*13.1. Sem a Lei nº 8.700/93, na vigência da redação originária da Lei nº 8.542/92:*

*Como as antecipações anteriores eram de cerca de 60% da variação bimestral do IRSM,* ***verbi gratia****, mês de julho de 1993,*

*40,59% de antecipação (art. 1º Portaria MPS Nº 342 de 6 de julho de 1993, D.O.U. 7.7.93, e art. 4º da Portaria Interministerial-MTb/MF/SEPLAN – nº 11, de 1º de julho de 1993, D.O.U. 2.7.93, sendo as variações mensais do IRSM em 1º de julho 30,34%, art. 1º da Portaria Interministerial retro, e 28,39% em 1º de junho de 1993, Portaria Interministerial – MTb/MF/SEPLAN nº 9 de 01 de junho de 1993, D.O.U. 02.06.93, representando, assim, 40,459% um percentual de 60,07% da variação integral do bimestre que fora de 67,343526%, pela soma de 28,39% + 30,34% + 30,34% de 28,39%), mantendo tal sistemática, após o reajuste de setembro de 1993 não haveria antecipação (acumulada em relação a setembro de 1993, em virtude de ausência de antecipação em outubro, de 49,48% (60,07% de 82,371%), sendo a variação mensal do IRSM nos dois meses anteriores de 35,17% em setembro de 93, Resolução IBGE nº 42, de 01/OUT/1993, D.O.U. 4/10/93, e de 34,92% em outubro de 93, Resolução IBGE de 03 de novembro de 1993, D.O.U. 5/11/93.*

*13.2. Com a sistemática efetivamente utilizada (Lei nº 8.700/93).*

*13.2.1. A antecipação de outubro/93 foi de 25,17% (Portaria MPS nº 522, de 01 de outubro de 1993, D.O.U. 4.10.93).*

*13.2.2. A de novembro/93 foi de 24,92% (Portaria MPS nº 600, de 29 de outubro de 1993, D.O.U. 01.11.93).*

*13.2.3. Assim, a antecipação acumulada em novembro de 93, relativa ao valor de setembro de 1993, foi, na soma simples dos índices mensais de antecipação, de 50,09% ou na soma capitalizada dos índices de 56,36%, sempre superior aos 49,48% que corresponderia a antecipação se não fosse alterada a redação do art. 9º da Lei nº 8.542/92 pela de nº 8.700/93. Isso sem falar na vantagem da percepção a mais, no mês de outubro/93, que os autores receberiam sem nenhuma antecipação, na sistemática revogada pela Lei nº 8.700/93.*

*Pelo exposto, nego provimento à apelação."*

Isto posto, nego provimento à apelação.

É como voto.

*JUIZ CARLOS FERNANDO MATHIAS*
Relator

❖ ❖ ❖

**TRF — 1ª Região**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.01.48446-9 – MG

RELATOR : O EXMO. SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR
APELANTES : EDCILDA GONÇALVES DE ALMEIDA E OUTROS(AS)
APELADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS
ADVOGADA : DRª JÚLIA CEZÁRIO DE OLIVEIRA
PROCURADORES : Drs. FLÁVIO MONDAINI E OUTROS

**E M E N T A**

PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTE DE BENEFÍCIOS, SÚMULA Nº 260-TRF. EXECUÇÃO. CÁLCULOS QUE DESOBEDECEM, PELA SEGUNDA VEZ, À COISA JULGADA. EMBARGOS. PROCEDÊNCIA.

I. A coisa julgada deve ser rigorosamente cumprida pelo setor de cálculos ao apurar o montante devido, o que, pela segunda vez, deixou de acontecer no mesmo processo, porquanto, em patente equívoco, a contadoria da Vara procedeu à atualização de valores cuja incorreção já havia sido antes objeto de decisão deste Tribunal, nos mesmos autos.

II. Correta, pois, a r. sentença de 1º grau, que em cumprimento ao acórdão da instância **ad quem,** julgou procedentes os embargos para que, novamente, fosse a execução adequada aos critérios estatuídos na Súmula nº 260, do TRF.

III. Apelação improvida.

**A C Ó R D Ã O**

Decide a Turma negar provimento à apelação, à unanimidade.

1ª Turma do TRF da 1ª Região — 20.05.97.

JUIZ ALOÍSIO PALMEIRA LIMA (Presidente)

JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator)

## R E L A T Ó R I O

**O EXMO. SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR: —** Adoto o relatório que integra a r. sentença que apreciou os embargos, **verbis** (fls. 21):

> *"O embargante sustenta que foi condenado nos termos da Súmula 260 do extinto TRF. Assim, não há como falar em vinculação ao salário mínimo, pelo que se tem o excesso de execução.*
>
> *Documentos instruíram a inicial.*
>
> *Os embargados impugnaram.*
>
> *Não foram produzidas outras provas."*

Sentenciado, o MM. Juiz Federal da Vara Única de Juiz de Fora, Dr. José Wilson Ferreira Sobrinho, julgou procedentes os embargos para determinar que os cálculos de execução sejam refeitos com base no critério estatuído na Súmula nº 260, do TRF, consoante ditado pela coisa julgada (fls. 22/23).

Inconformados, apelam os autores-exequentes às fls. 26/28, sustentando que a decisão viola decisão do próprio Tribunal, homologatória dos cálculos de execução.

À fl. 32-v, determinei fossem apensados os autos principais para permitir melhor exame da matéria, o que foi cumprido pelo Juízo de origem.

É o relatório.

## V O T O

**O EXMO. SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR (RELATOR):** — Trata-se de apelação interposta pelos exequentes contra decisão do MM. Juiz Federal Substituto da Vara Única de Juiz de Fora, Dr. Wilson Ferreira Sobrinho, que acolhendo embargos do INSS, determinou fossem refeitos os cálculos para harmonizar-se com o critério de reajuste preconizado na Súmula nº 260, do extinto TRF, tal como decidido pela decisão transitada em julgado objeto da execução.

Compulsando os autos principais, verifica-se que a sentença de 1º grau na fase cognitiva da ação, proferida pelo Dr. Antonio de Paula Oliveira (fls. 95/98), condenou o INSS a reajustar o benefício dos autores de acordo com a Súmula nº, do TRF. Não houve recurso e a decisão passou em julgado. Iniciada a execução, cálculos foram feitos e homologados por

sentença a qual, todavia, veio a ser reformada por acórdão desta Turma, de que fui relator, para adequá-los aos exatos termos da condenação, isto é, ao critério de reajuste preconizado no aludido enunciado do Tribunal Federal de Recursos (cf. fls. 348/357 da AC N. 93.01.12824-1/MG, em apenso).

Voltando os autos à Vara de origem para cumprimento do aresto, nova conta foi elaborada (fls. 443/522) e uma vez mais impugnada pelo INSS, desta feita mediante os presentes embargos, porque, segundo o executado, a contadoria errou pela segunda oportunidade vinculando os benefícios ao equivalente em salários mínimos, portanto dando rumo diferente à execução, descumprindo a coisa julgada.

Lamentável e surpreendentemente, constata-se que a novel conta, de fls. 443/522, começa por dizer: *"Dados de folhas 152/220 (atualização)"* — cf. fl. 443.

Ora, os cálculos de fls. 152/220 são exatamente aqueles que deram margem à apelação do INSS (AC nº 93.01.12834-1/MG), provida por esta Turma em acórdão assim ementado (fl. 356 dos autos principais):

> *"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CÁLCULOS. APELAÇÃO DO INSS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA. SÚMULA Nº 188 DO TRF. INCIDÊNCIA. RECURSO DAS EXEQUENTES. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. LIMITE DA COISA JULGADA. SÚMULA Nº 260-TRF.*
>
> *I. À míngua da impugnação tempestiva, o recurso da autarquia aviado contra sentença homologatória dos cálculos não tem como ser conhecido (Súmula nº 188 do TRF).*
>
> *II. Limitando-se a decisão exequenda a deferir às autoras a revisão de seus benefícios pelo critério estatuído na Súmula nº 260 do TRF, é tardia a pretensão das exeqüentes no sentido de obter a proporcionalidade entre as aposentadorias e pensões e o correspondente quantitativo original em salários mínimos.*
>
> *III. Apelação do INSS não conhecida. Improvimento do recurso das autoras."*
>
> *(Rel. Juiz Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 19.09.94).*

Tal fato é, inclusive, corroborado pelo setor de cálculos deste Tribunal, na informação de fl. 36, em resposta à diligência de fl. 35.

Verifica-se, portanto, **que uma vez mais** esta Corte é acionada para corrigir flagrante equívoco da Contadoria da Vara Única de Juiz de Fora,

que já recebera, no citado acórdão, **severa reprimenda** quanto à desatenção à decisão passada em julgado.

Cabia à Contadoria atentar para o acórdão e não absolutamente desconhecê-lo, como o fez.

Portanto, agiu com inteiro acerto o eminente magistrado singular ao prover os embargos, pondo a execução no passo certo, do qual se desviara **pela segunda vez.**

Contudo, a gravidade do fato não permite que esta Corte se limite a dar a prestação jurisdicional. Tomado conhecimento de tão importante irregularidade, é de se determinar a extração das peças dos autos relacionadas com o assunto e o seu envio à douta Corregedoria do Tribunal, para as providências que julgar cabíveis a fim de evitar novos e condenáveis lapsos por parte da contadoria local.

É como voto.

❖ ❖ ❖

**TRF — 1ª Região**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.01.41237-9/MG

RELATOR : EXMO. SR. JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN
APTE. : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS
PROCUR. : DRª MARIA DA GRAÇA DE C. PIERUCCETTI
APDO. : FERNANDO JOSÉ LAMOUNIER
ADV. : DRª MARIA PAULA TEIXEIRA E OUTROS (AS)

**E M E N T A**

PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA 260/TRF. TERMO FINAL DOS EFEITOS FINANCEIROS. PRESCRIÇÃO.

I — Aplicação da Súmula 260/TRF, no que concerne a aposentados antes da Constituição de 1988, pretende a utilização integral dos índices de aumento previstos na política salarial e não índices integrais de reajuste do salário mínimo nem equivalência pelo número de salários mínimos.

II — Ajuizada a ação em julho de 1995, prescritas todas as parcelas relativas à Súmula 260/TRF, tendo em vista a Súmula 21/TRF-1ª Região:

"*O critério de revisão previsto na Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos, diverso do estabelecido no art. 58, do Ato das Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, e aplicável somente aos benefícios previdenciários concedidos até 04.10.1988, perdeu eficácia em 05.04.1989.*"

**A C Ó R D Ã O**

"Decide a Turma por unanimidade, dar provimento à apelação."

2ª Turma do TRF da 1ª Região – 25.06.97.

JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN
Presidente/Relator

**R E L A T Ó R I O**

O EXMO. SR. JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN (RELATOR):

Apela o INSS de sentença do MM. Juiz Federal da 12ª Vara de Minas Gerais, que julgou procedente ação ordinária proposta por aposentado, e determinou a atualização dos benefícios do autor de acordo com a Súmula nº 260/TRF e art. 58/ADCT, incidindo correção monetária sobre as parcelas em atraso, observando-se a Lei nº 6.899/81 (Súmula 13/TRF). Juros de mora de 0,5% ao mês a contar da citação.

2. A autarquia argüi prescrição das parcelas anteriores ao qüinqüênio. No mérito, sustenta que a Súmula 260/TRF não assegura reajuste pelo índice do salário-mínimo e muito menos equivalência pelo número de salários-mínimos.

É o relatório.

Juiz JIRAIR ARAM MEGUERIAN
Relator

**V O T O**

PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA 260/TRF. TERMO FINAL DOS EFEITOS FINANCEIROS. PRESCRIÇÃO.

I — Aplicação da Súmula 260/TRF, no que concerne a aposentados antes da Constituição de 1988, pretende a utilização integral dos índices de aumento previstos na política salarial e não índices integrais de reajuste do salário mínimo nem equivalência pelo número de salários mínimos.

II — Ajuizada a ação em julho de 1995, prescritas todas as parcelas relativas à Súmula 260/TRF, tendo em vista a Súmula 21/TRF-1ª Região:

"O critério de revisão previsto na Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos diverso do estabelecido no art. 58, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, e aplicável

somente aos benefícios previdenciários concedidos até 04.10.1988, perdeu eficácia em 05.04.1989."

O EXMO. SR. JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN (RELATOR):

Esclareço que, embora a r. decisão recorrida esteja fundada na Súmula 260 do ex-TRF, é de ver-se que o critério estabelecido na mencionada construção pretoriana não assegura reajuste pelo índice do salário mínimo e muito menos a equivalência pelo número de salários-mínimos.

2. A Súmula 260/TRF, que determina que no primeiro reajuste do benefício e nos subseqüentes se leve em conta o índice integral da Política Salarial, e não proporcional, em virtude do mês do início do benefício, só é aplicável a benefícios concedidos antes de 5.10.88, consoante Súmulas nº 20 e 21 desta Corte Regional, **verbis:**

*"O critério de revisão previsto no art. 58, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, é diverso do estatuído na Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos, e aplica-se somente aos benefícios previdenciários concedidos até 04.10.1988."* (Súmula nº 20/TRF-1ª Região).

"O critério de revisão previsto na Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos, diverso do estabelecido no art. 58, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, e aplicável somente aos benefícios previdenciários concedidos até 04.10.1988, perdeu eficácia em 05.04.1989." (Súmula nº 21/TRF-1ª Região).

3. Ora, ajuizado o feito em julho de 1995, estão prescritas todas as parcelas relativas à Súmula 260/TRF.

Pelo exposto, dou provimento à apelação do INSS para reconhecer a prescrição argüida pela autarquia-apelante. Deixo de condenar o autor na verba de honorários por estar sob o pálio da Justiça Gratuita. Isenção de custas pelo art. 128 da Lei 8.213/91.

É como voto.

Juiz JIRAIR ARAM MEGUERIAN
Relator

❖ ❖ ❖

**TRF — 3ª Região**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.03.080107-0/SP (341987)

RELATOR : JUIZ CÉLIO BENEVIDES
APTE(S) : DURVAL PEDRO FERREIRA SANTIAGO
APDO(S). : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS
ADV(S). : DURVAL PEDRO FERREIRA SANTIAGO
MARLI PEDROSO DE SOUZA.

**E M E N T A**

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. ESTUDANTE (SEGURADO FACULTATIVO).

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas. ACORDAM os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, na conformidade da Ata de Julgamento e nos termos do voto do Juiz Relator.

São Paulo, 02 de setembro de 1997 (data do julgamento)

**CÉLIO BENEVIDES**
**JUIZ RELATOR**

## R E L A T Ó R I O

Trata-se de apelação interposta por **DURVAL PEDRO FERREIRA SANTIAGO** em face de decisão que julgou improcedente ação de natureza declaratória que visava reconhecimento de período em que o autor era estudante (segurado facultativo nos termos dos artigos 13 da Lei nº 8.213/91 e 8º do Decreto nº 611/92).

Com contra razões, subiram os autos a esta instância, e, após distribuição, vieram-me conclusos.

**É o relatório.**

**CÉLIO BENEVIDES**
**JUIZ RELATOR**

## V O T O

A d. decisão monocrática julgou improcedente ação declaratória que visava reconhecer o período de 18.10.72 a 31.12.76, no qual o autor possuía a pretensa qualidade de segurado facultativo nos termos do artigo 13 da Lei nº 8.213/91 e artigo 8º do Decreto nº 611/92.

Fundamentou-se o "decisum" na ausência de filiação e contribuição à previdência, bem como na impossibilidade, "in casu", de fazê-lo retroativamente.

Inconformado, apela o autor reiterando as razões de sua peça vestibular, frisando que irá indenizar o Instituto pelas contribuições devidas, nos termos do artigo 189 da RGPS.

Improcedem as razões de recurso.

Dispõe o artigo 13 da Lei nº 8.213/91:

> **"E segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do artigo 11."** (grifei)

Necessário se perfaz, então, que haja concomitância entre a filiação e a contribuição devida, pois, conforme bem dissertado pelo MM. Juízo "a quo", o instituto da indenização, nos termos do artigo 189 do RGPS, é voltado aos segurados obrigatórios, donde sua não aplicabilidade no presente caso.

A imprescindibilidade das contribuições é, ademais, verificável da leitura do artigo 10, VI do Decreto nº 611/92, o qual torna claro que após 06 (seis) meses de cessação das contribuições, perde o estudante e demais filiados facultativos esta qualidade. Assim sendo, em não tendo havido as respectivas contribuições, sequer será atingida a qualidade de segurado facultativo, donde se depreende a improcedência do pedido do autor.

Conclusivo a respeito, por fim, se faz o artigo 55, III da Lei nº 8.213/91, o qual reza:

> **"O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o artigo 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:**
>
> **.....**
>
> **.....**
>
> **III — o tempo de contribuição efetuado como segurado facultativo, desde que antes da vigência desta Lei;**
>
> **....."**

Ante às razões expostas e pelos próprios fundamentos acolho "in totum" a d. decisão recorrida, cujos sólidos argumentos mantêm-se inalterados em face do recurso interposto pelo autor.

**É o voto.**

**CÉLIO BENEVIDES**
**JUIZ RELATOR**

❖ ❖ ❖

**TRF — 4ª Região**

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 97.04.18231-7

RELATOR : JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO
AGRAVANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
AGRAVADO : URBANO ECKHARDT
ADVOGADOS : SUSETE INÊS TOGNI
ADAIR RODRIGUES

**E M E N T A**

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. BLOQUEIO DE VALORES DEPOSITADOS NAS CONTAS DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. LEI 8.213/91, ARTS. 128 E 130. ADIns 675-4/DF e 1252-5/DF.

1. Revela-se ilegal a determinação para bloqueio das contas do INSS, mantidas junto à rede bancária, face ao princípio da impenhorabilidade dos bens públicos, retratado na espécie através do art. 648 do CPC c/c o art. 8º, da Lei 8.620/93. 2. Consoante tranqüilo entendimento jurisprudencial, inclusive do STJ, a suspensão do art. 130 da Lei 8.213/91 pela ADIn 675-4/DF impede a Execução provisória do julgado através de Carta de Sentença. 3. Entendeu a Suprema corte no julgamento da ADIn Nº 1252-5 ser inconstitucional a expressão "é liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do CPC" que constava do art. 128 da Lei 8.213/91, concluindo-se, daí, ser indispensável a expedição de precatório para satisfação dos débitos previdenciários, independentemente do valor exeqüendo.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Quinta Turma do 4º Tribunal Regional Federal, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**Porto Alegre, 28 de agosto de 1997.**

**JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO**
**RELATOR**

**R E L A T Ó R I O**

JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: — Inconformado com a decisão proferida pelo ilustre Luiz Carlos Eduardo Richinitti, em precedente execução de sentença, determinando o bloqueio referente ao repasse das contribuições recolhidas junto à Caixa Econômica Federal, agência de Lajeado, até o limite do valor do débito acrescido de custas e honorários de advogado, manifestou o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL o presente agravo de instrumento sustentando, em síntese, falecer embasamento legal para o bloqueio de bem público representado, na espécie, pela arrecadação diária do INSS junto à apontada instituição bancária, além de ser imprópria a execução provisória e indispensável a expedição de precatório em se tratando da Fazenda Pública.

Recebido o recurso no efeito suspensivo, contraminutou o agravado, batendo-se pela manutenção do hostilizado ato judicial.

É o relatório.

**V O T O**

JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO (RELATOR): — A controvérsia central que se pretende dirimida prende-se à possibilidade de arresto nas contas do INSS mantidas junto aos bancos depositários.

Sustenta o agravante a impenhorabilidade dos bens das pessoas jurídicas de direito público além de ser indispensável a expedição de precatório como única forma de pagamento por parte da Fazenda Pública, mormente por se encontrar o débito acima do limite legal previsto no artigo 128 da Lei 8.213/91, que inclui o principal, custas e honorários advocatícios, salientando, ainda, a impossibilidade de execução provisória via Carta de Sentença diante do risco de não retornarem aos cofres da Autarquia as importâncias indevidamente liberadas em caso de provimento ao apelo intentado em tramitação nesta Corte.

Através do despacho INITIO LITIS que suspendeu a decisão agravada a matéria foi examinada nos seguintes termos:

"(...) Sobre o tema ora análise assegura o art. 128 da Lei 8.213/91 que as demandas judiciais que tiverem por objeto as questões do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, cujo valor da execução, por autor, não for superior a R$ 5.632,69 (cinco mil seiscentos e trinta e dois reais e sessenta e nove centavos), serão isentas de pagamento de custas e quitadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Na hipótese em tela, tendo o combatido despacho feito referência expressa no sentido de que o pagamento direto da dívida deve respeitar o limite legal estabelecido pelo preceito acima transcrito, para o qual há de ser computada, segundo tranqüila jurisprudência, apenas a quantia que se constitui como crédito ao autor, aliado ao fato de que a própria Autarquia, à fl. 21/22, acenou com a possibilidade de satisfazer imediatamente as importâncias devidas, observado o referido teto, não há como acolher a tese referente à necessária expedição de precatório.

Inobstante isso, está escrito no artigo 648 do CPC que "não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis" e nos termos do art. 8º da Lei 8.620/93 "o Instituto Nacional do Seguro social, nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu,

assistente ou opoente, gozará das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, inclusive quanto à inalienabilidade e impenhorabilidade de seus bens."

Some-se a tal circunstância, o fato de ter a liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 675-4 suspendido parcialmente a aplicabilidade do artigo 130 da Lei 8.213/91, nela incluída a expressão **"processo suplementar ou carta de sentença"** o que, na prática, impede as execuções provisórias, ajustando-se o mencionado obstáculo à realidade dos autos."

A propósito, colhe-se da jurisprudência destra Corte e do Superior Tribunal de Justiça decisões assim ementadas:

> *"PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. BLOQUEIO DE CONTAS DO INSS. ILEGALIDADE.*
>
> *1. (...); 2. Ilegalidade do ato que determina o bloqueio das contas do INSS em razão da impenhorabilidade dos bens públicos. 3. Agravo provido. "(AI Nº 95.04.03571-0/RS, Rel. Juiz Volkmer de Castilho,* in *DJU de 03.05.95, p. 26.152).*
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. CARTA DE SENTENÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ADIn Nº 675-4. LEI 8.213/91, ART. 130.*
>
> *Suspensa a vigência de expressões contidas no art. 130 da Lei 8.213/91, que permitiam a extração de carta de sentença para fins de execução provisória, forçoso reconhecer-se existir ofensa ao citado dispositivo da lei federal. Recurso conhecido e provido."(Resp. nº 52.217/SP, Relator Ministro Patterson,* in *DJU de 30.10.95).*

Por fim, a par das considerações expendidas no despacho liminar antes transcrito, repelindo a tese defendida pelo INSS quanto à indispensabilidade de precatório em se tratando da Fazenda Pública, é de se registrar que contrariamente ao entendimento dominante na época, acabou o STF no julgamento da ADIn nº 1.252-5, ao qual ora me curvo, por decidir pela inconstitucionalidade da expressão "e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do CPC" que constava do art. 128 da Lei 8.213/91, de onde se conclui merecer integral amparo a irresignação levantada pela Autarquia previdenciária no âmbito da presente medida.

Nesse contexto, pelos mesmos fundamentos que ora renovo, aliados à apontada decisão da Suprema Corte, voto pelo provimento do agravo.

**JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO**

❖ ❖ ❖

**TRF — 4ª Região**

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 96.04.03495-2-SC

| | | |
|---|---|---|
| RELATOR | : | O SR. GILSON DIPP |
| APELANTE | : | ESCOLA TÉCNICA FEDERAL DE SANTA CATARINA – ETF/SC |
| APELADO | : | SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES DA EDUCAÇÃO FEDERAL DE 1º E 2º GRAUS SINASEFE |
| REMETENTE | : | JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA FEDERAL DE FLORIANÓPOLIS-SC |
| ADVOGADOS | : | VITOR EDUARDO GEVAERD<br>EDMILSON REGINALDO RIBEIRO |

**E M E N T A**

*TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. CUSTEIO DAS APOSENTADORIAS E PENSÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. ALÍQUOTA. LEI Nº 6.439/77. DECRETO Nº 83.081/79. DECRETO-LEI Nº 1.910/81. LEIS NºS. 8.112/90, ART. 9º, e 8.688/93, ART. 2º. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 560/94.*

Modificação de alíquota que respeitou a vedação do art. 150, inc. III, al. "a", da CR/88 e não é retroativa.

Inviabilidade da manutenção da alíquota de 6%, ante o disposto no art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/42.

Legitimidade da Portaria Interministerial nº 51/94.

O princípio da independência e da harmonia dos Poderes da União impede que o Poder Judiciário iniba a conveniência e a oportunidade da definição, pelo Presidente da República, da relevância e da urgência dos atos da administração federal.

A omissão do Congresso Nacional não significa rejeição da medida provisória, que pode ser reeditada.

A medida provisória é apta para veicular quaisquer regulações tributárias colocadas sob reserva legal.

## A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal, por maioria, dar provimento à apelação e à remessa "ex officio", nos termos do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 26 de novembro de 1996.

*Juiz Gilson Dipp*
*Relator*

## R E L A T Ó R I O

Trata-se de ação mandamental, impetrada para restabelecer o desconto referente à contribuição social na alíquota de 6%, conforme definido pela Lei nº 6.439/77, Decreto nº 83.081/79 e Decreto-Lei nº 1.910/81.

A sentença concedeu a segurança (fls. 160/166).

A impetrada apelou (fls. 171/174).

O recurso foi respondido (fls. 179/181).

Subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do apelo (fls. 192/195).

É o relatório.

**JUIZ GILSON DIPP**
**RELATOR**

## V O T O

Em virtude do disposto na Lei nº 6.439/79, regulamentada pelo RCPS/79 (Dec. nº 83.081/79) e alterada pelo Dec.-Lei nº 1.910/81, a aliquota da contribuição previdenciária dos servidores públicos era de 6%.

Através da Lei nº 8.112/90, art. 9º, a referida aliquota foi elevada para 9% a 12%, mas o precitado artigo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 790/4 – DF).

Sobreveio, então, a Lei nº 8.688/93, cujo art. 2º novamente majorou a aliquota para 9% a 12%, prevendo sua aplicação até 30.06.94. Essa

disposição foi acompanhada da alteração do § 2º, do art. 231, da Lei nº 8.112/90, que atribuiu o custeio das aposentadorias e pensões à responsabilidade da União e de seus servidores. Essa última modificação decorreu do acréscimo do § 6º ao art. 40 da CR/88, pela EC nº 3/93. art. 1º, estabelecendo o custeio das aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.

Decorrido o "dies ad quem" do prazo de vigência das aliquotas instituídas pela Lei nº 8.688/93, adveio a MP nº 560, de 26.07.94, em vigor a partir de 27.07.94. cujo art. 1º restabeleceu as mencionadas alíquotas, com alterações nas faixas e vigência de 01.07.94 até a data da publicação da lei que viesse a dispor sobre o Plano de Seguridade Social do servidor público civil

É aparente a solução de continuidade normativa apontada pelo apelante, como também o é a retroatividade das alíquotas trazidas pela MP nº 560/94. Além disso a interpretação dos arts. 40, § 6º e 149 poderia ensejar a conclusão de que é aplicável ao caso o art. 195, § 6º, todos da CR 88. A tabela mencionada no art. 1º da MP nº 560/94 contém alíquotas graduadas cujas faixas de aplicação diferem das pertinentes a tabela prevista pela Lei nº 8.688/93, já alterada pela Portaria Interministerial nº 51/94 em razão da cobrança do imposto provisório sobre movimentações financeiras ou transações financeiras (Lei Complementar nº 77/93). Entretanto, as modificações não aumentaram, mas reduziram a contribuição em todas as faixas, seja porque as próprias aliquotas foram minoradas para ajustarem-se a outra imposição tributária, seja porque o multiplicador do vencimento elevou-se, em cada uma, de 1,8 vezes para 2,6 vezes. Por conseguinte, não havendo instituição, porque a tabela não era inédita, nem modificação que implicasse em aumento da contribuição, descabe considerar a garantia da anterioridade nonagesimal. Exigível a contribuição pelas novas alíquotas, desde 27.07.94, há que examinar a situação dos contribuintes no interregno criado pela revogação das alíquotas anteriores. Também nesse aspecto não se vislumbra lesão de direito. É que o período-base da contribuição de julho, cujo fato gerador é a remuneração, somente se aperfeiçoou ao final do mês, quando já em vigor a MP nº 560/94. Respeitada a vedação do art. 150, inc. III, al. "a", da CR/88, impõe-se a conclusão de que, em realidade, a modificação das alíquotas não foi retroativa. Resta aduzir que a manutenção da alíquota de 6% é inviável perante a regra do art. 2º, § 3º, da LICC, e que a Portaria Interministerial nº 51/94, inspirada na Lei nº 8.688/93 e na LC nº 77/93, é legítima.

O princípio da independência e da harmonia dos Poderes da União (CR/88, art. 2º) impede que o Poder Judiciário iniba a conveniência e a oportunidade de o Presidente da República definir a relevância e a urgência da administração federal. A questão é eminentemente política. Assim, o reconhecimento desses requisitos, nos limites do art. 62 da CR/88, fica afetado ao Congresso Nacional. No caso sob exame, o Congresso omitiu-se, ensejando a reedição da MP nº 560/94 a cada mês. Essa omissão, porém, não significou a rejeição da medida provisória que por isso, teve legitimadas suas subseqüentes reiterações, certamente por entender o chefe do Poder Executivo persistentes a relevância e a urgência da matéria. De outra parte, a circunstância de o Poder Legislativo não ter rejeitado nenhum dos referidos atos normativos deve ser vista como sinal de aceitação, ainda que precária, do interesse do Presidente da República na respectiva conversão em Lei. Não é demasiado lembrar, também, que a medida provisória, tendo força de lei, é apta par veicular quaisquer regulações tributárias colocadas sob reserva legal, ainda que se tratasse de exigência ou aumento de tributo (CR 88, art. 150, inc. I; CTN, art. 97).

Em face do exposto, dou provimento á apelação e á remessa "ex officio".

Custas "ex lege".

É o voto.

**JUIZ GILSON DIPP**
**RELATOR**

❖ ❖ ❖

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL–MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS
PROCURADORIA GERAL

# ORDEM DE SERVIÇO/INSS/PG/Nº 35, DE 13 DE AGOSTO DE 1997.

EMENTA
Dispõe sobre o parcelamento de valor correspondente à arrematação de bem em hasta pública e dá outras providências.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:
Lei nº 8.212, de 24.07.91
MP nº 1.523-10, de 25.07.97

O PROCURADOR-GERAL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 175, inciso III, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria MPS nº 458, de 24 de setembro de 1992, e

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentar, no âmbito da Procuradoria do INSS, o que dispõem os artigos 39 e 98 da Lei 8.212/91 e seus parágrafos, com a redação que lhes foi dada pela MP 1.523-10, de 25 de julho de 1997;

R E S O L V E estabelecer os seguintes procedimentos:

1. Nas execuções fiscais promovidas pelo INSS, poderá o procurador responsável pelo feito requerer ao Juiz que seja realizada hasta pública na qual será admitido ao arrematante o pagamento parcelado do valor da arrematação, em prestações iguais, mensais e sucessivas.

1.1. Tanto para a primeira praça como para as demais, constará do requerimento a ressalva de que será observado o máximo de 60 (sessenta) prestações, no valor mínimo de R$ 200,00 (duzentos reais) cada uma delas.

1.2. Nas execuções fiscais não patrocinadas por Procurador Autárquico, o requerimento ao Juiz para a realização da hasta publica com parcelamento deverá ser autorizado pelo Procurador Estadual ou Regional, ou pelo Procurador-Chefe da Dívida Ativa.

1.3. A minuta/sugestão de requerimento de leilão parcelado constitui-se no Anexo desta Ordem de Serviço.

2. As demais condições básicas da hasta pública com parcelamento deverão ser explicitadas no requerimento, para que constem do edital, como exige o § 2º do art. 98 da Lei 8.212/91.

3. As condições básicas de parcelamento a serem impostas ao arrematante serão as mesmas vigentes para os parcelamentos convencionais disciplinados pelo art. 38 da Lei 8.212/91.

3.1 Não será observada a limitação de quatro prestações por competência a que se refere a Dívida Ativa objeto da execução.

3.2 Poderá ser requerida a hasta pública com parcelamento nas execuções fiscais em que o débito seja proveniente de contribuições descontadas dos empregados.

4. O parcelamento do valor da arrematação será limitado ao montante da Dívida Ativa objeto da execução, devendo o valor excedente, nos casos de arrematação por valor maior que o da Dívida Ativa exeqüenda, ser depositado à vista pelo arrematante, no ato da arrematação, para levantamento pelo executado.

4.1. Caso o valor da arrematação seja igual ou superior ao crédito do INSS, o processo de execução será extinto, dando-se quitação ao executado.

4.2. Quando o valor da arrematação for inferior ao crédito exeqüendo, a dívida será quitada na proporção do valor da arrematação, prosseguindo-se a execução pelo saldo.

5. Nas hastas públicas de bens imóveis, após extraída a carta de arrematação para pagamento parcelado, será a mesma levada ao respectivo Cartório de Registro de Imóveis para registro da hipoteca em favor do INSS, mediante requerimento ao Juízo de expedição de ofício ao órgão competente.

5.1. Nas hastas públicas de bens móveis, após extraída a carta de arrematação para pagamento parcelado, será constituído penhor do bem arrematado em favor do INSS, o qual será registrado na repartição competente, a requerimento.

6. Levada a efeito a arrematação, o valor passa a constituir-se como débito de arrematante, que será cadastrado no Sistema, na função CDDEB, na fase 518, tipo 07 (concessão convencional), espécie 85 (DEAR – Débito de Arrematação), com o fundamento legal 98 (art. 98 da Lei 8.212, de 24.07.1991, estabelecido pela MP 1.523-9, de 27.06.1997).

6.1. O valor da primeira prestação, depositado em Juízo no ato da arrematação, será considerado como pagamento parcial, devendo o INSS, de imediato, requerer o seu levantamento.

7. A Procuradoria utilizará, para a cobrança das prestações do parcelamento da arrematação, a mesma sistemática que adota para administrar os parcelamentos da Dívida Ativa, usando o código 49.

8. Se o arrematante deixar de pagar no vencimento qualquer das prestações mensais, o acordo de parcelamento respectivo será rescindido, vencendo-se antecipadamente o saldo devedor remanescente, ao qual será acrescido o valor de cinqüenta por cento, a título de multa rescisória.

8.1. Em havendo a rescisão do acordo de parcelamento, o crédito retornará à fase 518, será inscrito em Dívida Ativa e executado, indicando-se à penhora, na inicial, o imóvel hipotecado ou o bem móvel dado em garantia.

8.2. Se a arrematação houver versado sobre bem móvel, o procurador do feito poderá promover o seu arresto, como medida preparatória ou incidente, caso em que o bem ficará sob a guarda do respectivo órgão responsável pela Divisão de Administração Patrimonial.

9. Quando, em segunda hasta, não houver licitante, poderá o INSS requerer ao Juízo a adjudicação do bem, pelo valor equivalente a 50% da avaliação judicial, por conta e benefício de su crédito.

9.1. O requerimento da adjudicação dependerá de prévia e expressa aprovação do Procurador Regional, ou, nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, do Procurador Estadual, ou, por delegação deste, do Chefe da Dívida Ativa.

10. Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

WAGNER SAMPAIO PALHARES
Procurador-Geral Substituto

—•—

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL–MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS
PROCURADORIA GERAL

A N E X O

EXMO SR. DR. JUIZ .....
EXECUÇÃO FISCAL Nº
EXEQUENTE: INSS
EXECUTADO:

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS, por seu procurador que esta subcreve, nos autos do processo de execução supra identificado, vem à honrosa presença de V.Exa. expor, e ao final requerer, o quanto segue:

1. Tendo sido feita a avaliação do bem objeto da penhora levada a efeito nos presentes autos, foi designada por esse douto Juízo a realização de hasta pública para a data de …

Sendo assim, requer o Exeqüente a V. Exa.:

I — sejam os bens constritos levados à hasta pública, indicando para procedê-la o leiloeiro oficial, Sr…

II — proceda-se a hasta pública na forma prevista pelo art. 98 da Lei 8.212, com a redação dada pelo art. 1º da Medida Provisória 1.523-9, de 27 de junho de 1997, observadas as seguintes condições que deverão constar do Edital de primeira e segunda hasta, além dos conteúdos de praxe:

a) Será admitido o pagamento parcelado do maior lance em até sessenta vezes, observada a parcela mínima de R$ 200,00, reduzindo-se o prazo o quanto necessário para a observância deste piso.

b) O arrematante deverá depositar, no ato da arrematação, a primeira prestação.

c) A exeqüente será a credora do arrematante, o que deverá constar da carta de arrematação, constituindo-se em garantia do débito hipoteca ou alienação fiduciária do bem arrematado.

d) As prestações de pagamento a que se obrigará o arrematante serão mensais, iguais e sucessivas, vencendo-se a segunda no dia 20 do mês seguinte ao da emissão da carta de arrematação.

e) As prestações serão reajustadas mensalmente pelo índice da taxa SELIC.

f) Se o valor da arrematação superar o valor do débito executado, o parcelamento se limita ao crédito do Exeqüente, devendo o arrematante depositar, no ato da arrematação, o valor excedente, para levantamento pelo Executado.

III — Conste, ainda, da carta de arrematação, que o não pagamento de qualquer das prestações acarretará o vencimento antecipado do débito assumido, o qual será acrescido da multa rescisória de 50% de que trata o § 6º do art. 98 da Lei 8.212/91.

Pede deferimento.

Procurador Autárquico

❖ ❖ ❖

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL–MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS
PROCURADORIA GERAL

ORDEM DE SERVIÇO/INSS/PG Nº 36, de 14 de agosto de 1997.

**ASSUNTO:**
Dispõe sobre autorização para transigir, desistir, abster-se de propor ações ou de interpor recursos em ações nos quais o INSS seja o autor, réu, assistente ou opoente, sobre parcelamento de verba de sucumbência, e dá outras providências.

**FUNDAMENTAÇÀO LEGAL:**
Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;
Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991;

Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997;
Instrução Normativa AGU nº 3, de 25 de junho de 1997;
Resolução INSS/PR nº 464, de 27 de junho de 1997;
Resolução CNPS nº 966, de 30 de julho de 1997.

**O PROCURADOR-GERAL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL–INSS,** no uso das atribuições que lhe confere o artigo 175, inciso III, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria MPS nº 458, de 14 de setembro de 1992, e

**Considerando** a necessidade de disciplinar, no âmbito da Procuradoria, o contido na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1977, na Instrução Normativa AGU nº 3, de 25 de junho de 1997, e na Resolução CNPS nº 966, de 30 de julho de 1997;

**RESOLVE** estabelecer os seguintes procedimentos:

1. As Procuradorias Estaduais e Regionais ficam autorizadas a **desistir das ações** em curso ou dos respectivos **recursos judiciais** e a **não propor ações** ou **interpor recursos** em causas de valor igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais), em face de um mesmo litigante, autor ou réu.

1.1. O disposto neste item aplica-se, inclusive, às execuções fiscais.

2. Nas causas cujo montante, por autor, corresponder ao valor de até R$ 10.000,00 (dez mil reais), o Procurador Estadual, mediante criteriosa análise de **legalidade, conveniência** e **oportunidade,** poderá autorizar a transigir em juízo, para terminar o litígio.

2.1. O Procurador Estadual poderá subdelegar ao Procurador Regional poderes para os fins da transação de que trata este item.

2.2. Nas causas em que referido valor for superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais) e inferior a R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), o procedimento deverá ser submetido à prévia aprovação do Procurador-Geral do INSS. Quando o valor ultrapassar o limite de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), o procedimento deverá ser submetido à prévia análise do Procurador-Geral, o qual, se achar conveniente a transação, solicitará anuência do Presidente do INSS, nos termos do disposto no art. 2º, **in fine,** da Resolução CNPS nº 966/97.

2.3. Os processos que forem submetidos à autorização ou à análise do Procurador-Geral serão instruídos com parecer fundamentado quanto aos aspectos da **legalidade, conveniência** e **oportunidade** da transação, bem como com as cópias dos atos e documentos que respaldaram a decisão.

2.4. Nas causas que versarem sobre benefícios da Previdência Social, a transação de que trata este item deverá ter como parâmetro mínimo de negociação o percentual de 60% (sessenta por cento) do valor em litígio por segurado considerando separadamente.

2.5. O disposto neste item não se aplica às causas relativas ao patrimônio imobiliário do INSS, nem se aplica aos procedimentos de execuções fiscais, tendo em vista a presunção de liquidez e certeza do crédito regularmente apurado e inscrito em Dívida Ativa.

2.6. A transação judicial para por fim ao litígio concretizar-se-á com a homologação dos termos da avença, dispostos em requerimento ao Juízo, firmado por Procurador do INSS.

3. O Procurador Estadual poderá autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos de processos em que o INSS seja vencedor, para o pagamento de débitos de sucumbência de valor não superior a R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), em até 30 (trinta) prestações mensais e sucessivas, não podendo cada prestação ser inferior a R$ 60,00 (sessenta reais).

3.1. Para a homologação do acordo pelo Juízo, o valor deverá ser atualizado, constando de referido acordo que sobre o valor da prestação mensal incidirão juros, à taxa de 12% (doze por cento) ao ano.

3.2. Homologado o acordo, o valor objeto do parcelamento será cadastrado no Sistema, na **função CDDEB,** na **fase 516 (CDSUC – Cadastramento de Débito de Sucumbência), tipo 07** (concessão convencional), **espécie 84 (DESUC – Débito de Sucumbência),** com **fundamento legal 97** (Art. 2º da Lei 9.469, de 10.07.1977; Instrução Normativa AGU nº 3, de 25.06.1997; Resolução INSS/PR nº 464, de 27.06.1997).

3.3. O valor da primeira prestação, que será depositado em Juízo logo após a homologação do acordo de parcelamento, será considerado como pagamento parcial, devendo o INSS, de imediato, requerer o seu levantamento.

3.4. A Procuradoria utilizará, para a cobrança das prestações do parcelamento de débito de sucumbência, a mesma sistemática que adota para administrar o parcelamento da Dívida Ativa, usando o **Código 50.**

3.5. Inadimplida qualquer prestação, pelo prazo de trinta dias, o parcelamento será rescindido, o débito retornará à **fase 970 (Rescisão de Parcelamento de Débito de Sucumbência e Cancelamento de Cadastro),** instaurando-se o processo de execução ou nele prosseguindo-se, pelo saldo.

3.6. O contido neste item não se aplica à cobrança de valores de sucumbência determinados em processos de execução fiscal.

4. Nas causas, de qualquer valor, interpostas em face do INSS, o Procurador Estadual poderá autorizar a concordância com pedido de desistência da ação, desde que o autor renuncie expressamente ao direito sobre que a mesma se funda (art. 269, inciso V, do Código de Processo Civil).

4.1. O Procurador Estadual poderá subdelegar ao Procurador Regional poderes para os fins da autorização de concordância com o pedido de desistência da ação de que trata este item.

4.2. A manifestação em Juízo do INSS sobre a concordância com a desistência da ação de que trata este item ressalvará, expressamente, que a parte desistente e renunciante arcará com as custas judiciais, e que cada litigante assumirá as despesas com os honorários do seu advogado.

5. Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data de sua publicação.

**WAGNER SAMPAIO PALHARES**
**Procurador-Geral Substituto**

❖ ❖ ❖

Brasil EM AÇÃO

**MPAS**

Ministério da Previdência e Assistência Social
Instituto Nacional do Seguro Social–INSS
Procuradoria Geral do INSS
SAS Quadra 2, Bloco "O", 5º andar
Tels: (061) 226-7449 / 224-0837 / 313-4814
Fax: (061) 313-4740
CEP: 70070-907 – Brasília-DF