

VOL. 5

N. 1

 **INSS**

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCI-

ISSN 0104-9607

REVISTA DA PROCURADORIA
AL
GERAL DO INSS



1998

ABR./

JUN.

ARTIGOS, PARECERES, MEMORIAIS,

TESES, PEÇAS PROCESSUAIS,

JURISPRUDÊNCIA

EXPEDIENTE

Publicação trimestral da Procuradoria Geral do INSS

Editor Responsável

José Weber Holanda Alves

Diretora

Guilhermina Guilherme Martorelli

Secretário Editorial

João M. de L. Kuze

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.

Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS
Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Revista da Procuradoria Geral do INSS

Volume **5** — Número **1**

1998 : ABR / JUN

Brasília
Julho/1998

© 1998 – Ministério da Previdência e Assistência Social

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

Tiragem: 8.000 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,
1998.
196 p.
1. Previdência social. 2. Previdência
social – Jurisprudência.

CDD–341.67

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
DÍVIDA ATIVA	6
PÁGINA LIVRE	7
ARTIGOS	
— LIMINARES E TUTELA ANTECIPADA	
★ <i>Carlos Mário da Silva Velloso</i>	13
— APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA	
★ <i>Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva</i>	16
— RETENÇÃO DA COTA DE PARTICIPAÇÃO JUNTO AO TESOURO NACIONAL	
★ <i>Francisco Vieira Lima Neto</i>	24
— EMENDA CONSTITUCIONAL E DIREITO ADQUIRIDO	
★ <i>Amandino Teixeira Nunes Júnior</i>	35
— SUBSTANCIAÇÃO OU INDIVIDUAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR	
★ <i>Severiano Aragão</i>	38
— CONCEITO DE MEDIDA LIMINAR	
★ <i>Reis Friede</i>	40
— O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	
★ <i>Meire Lúcia Gomes Monteiro</i>	55
— EM DEFESA DAS NOVAS FORMAS DE CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO	
★ <i>Antônio Álvares da Silva</i>	61
— POSSIBILIDADE DE AVERBAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO FORNECIDA PELO I.N.S.S., EM MAIS DE UM ÓRGÃO PÚBLICO QUANDO POSSÍVEL A ACUMULAÇÃO DE CARGOS	
★ <i>Antônio Glaucius de Moraes</i>	69
— “SALÁRIO EDUCAÇÃO — AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PARA A COMPENSAÇÃO”	
★ <i>Júlio da Costa Barros</i>	74
— INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL	
★ <i>Paulo José Leite Farias</i>	91
— NOTAS SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL	
★ <i>Álvaro Luiz de Araújo Ciarlini</i>	94
— O QUE É DIREITO?	
★ <i>Márcia Aparecida Paim Adami</i>	98
— O PRÉVIO ESGOTAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NOS CRIMES FISCAIS E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO	
★ <i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	102

PARECERES

- Parecer CJ/Nº 924/97, da lavra de IVONEY S. DE MELO P. DO NASCIMENTO, Chefe da 2ª Divisão de Assuntos Jurídicos da CJ/MPAS (“... Contagem de tempo de serviço. Justificação Judicial baseada em prova testemunhal. ...”) 116
- Parecer CJ/Nº 1.297/98, da lavra de CRISTINA DOS REIS EMYGDIO DA SILVA, Assessora Jurídica da CJ/MPAS (“Crédito Previdenciário. ... Exigibilidade do depósito recursal como condição de admissibilidade do recurso administrativo. ...”) 130
- Parecer CJ/Nº 1.263/98, da lavra de MARCELO VIEIRA CHAGAS, Chefe da 2ª Divisão de Assuntos Jurídicos da CJ/MPAS (“Previdenciário. Benefício. Aluno Aprendiz. Reconhecimento de tempo de serviço. Vínculo empregatício. ...”) 139

MEMORIAIS

- Memorial PG/SUBPROC Nº 001/98, subscrito pelos Procuradores do INSS ROSANA TEIXEIRA DE CARVALHO, AYRES LOURENÇO DE ALMEIDA FILHO e PEDRO WANDERLEI VEZÚ. Salário de benefício. Arts. 29, § 2º, e 136 da Lei 8.213/91 147

PEÇAS PROCESSUAIS

- Atualização e incorporação do abono denominado PCCS aos servidores do INSS em Santa Catarina. Pedido de Concessão de Liminar em Ação Cautelar Incidental, subscrito pelos Procuradores do INSS CLÁUDIO RENATO DO C. FARÁG e ANAMARIA REYS RESENDE, e Concessão da Liminar pelo Exmº Sr. Juiz Relator JOSÉ FRANCISCO DE OLIVEIRA — TRT/12ª Região 154

JURISPRUDÊNCIA

- Acidente de trabalho. Auxílio. Comprovação. STJ 160
- Data inicial da concessão de benefício acidentário. STJ 162
- Necessidade de prévia comunicação de acidente do trabalho à Previdência Social. STJ 164
- Previdência Social. Benefícios concedidos entre 06.10.88 e 05.04.91. Termo inicial em 1º.06.92. Efeitos financeiros do novo cálculo da renda mensal. TRF — 4ª Região 167
- Previdenciário. Teto máximo de contribuição — Redução de 20 para 10 SM. TRF — 4ª Região 169
- Previdenciário. Revisional de benefício. Pensão outorgada antes da nova ordem constitucional. Cota familiar. TRF — 4ª Região 171
- Constitucional. Previdenciário. Aposentadoria. Valor inicial. Teto limite. Valor máximo do salário-de-contribuição. STJ 173
- Constitucional. Previdenciário. Aposentadoria. Valor inicial. Teto limite. Valor máximo do salário-de-contribuição. Honorários Advocatícios. Reexame de prova. STJ 178
- Previdenciário. Benefícios. Valor inicial. Teto. Salário-de-contribuição. Valor máximo. STJ 184

ATOS NORMATIVOS

- Ordem de Serviço/INSS/PG/Nº 37, de 09.04.98, dispondo sobre o cadastramento de leiloeiros oficiais junto à Procuradoria do INSS 192

Editorial

As edições da revista numeradas com 1 (N. 01) sinalizam o início de mais um ano de sua existência. A presente edição marca o começo do quarto ano de publicação ininterrupta iniciada com o Vol.2/N.1, correspondente ao trimestre ABR/JUN.95. O Vol.1/N.1 identifica uma edição única, elaborada e distribuída no ano de 1993, referente ao semestre ABR/SET, com o título REVISTA DE DIREITO — Publicação Especializada da Procuradoria Geral do INSS.

Nossos leitores têm tido oportunidade de constatar que seguidamente são introduzidas inovações na apresentação gráfica da revista, assim como, vez ou outra, a criação de seções como a da Página Livre e da Dívida Ativa. Na edição anterior, introduziu-se, em caráter permanente, a identificação da edição na sua lombada e um calendário no verso da contracapa.

Nesta edição, apresentamos três modificações. Na página de rosto, além da denominação, do local e da data da publicação, consta a identificação da edição (Vol.5/N.1 — 1998: ABR/JUN). A letra tachada que vinha ocupando a primeira linha do texto dos artigos, passa agora a ocupar, também, a segunda. Os prenomes e nomes dos articulistas passaram a ser impressos dentro de uma faixa sombreada, com as iniciais maiúsculas e negritadas.

Além disso, é de se ressaltar que a partir da edição anterior a tiragem passou a ser de 8.000 exemplares. As edições do Vol.3/N.3 ao Vol.4/N.3 tiveram tiragem de 7.500 exemplares. É muito provável que entre as publicações desse gênero, no país, a REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS seja a de maior tiragem.

Este aumento de tiragem, bem como alguns dos anteriores, deve-se à DRA. VERÔNICA TEIXEIRA ASSUMPCÃO, Assessora de Comunicação Social do MPAS, que tem sabido avaliar e suprir as necessidades da Revista, ditadas, em sua maioria, pela elevada aceitação que desfruta nos meios jurídicos e nos diversos órgãos que compõe o INSS. Externamos os nossos agradecimentos à Dra. Verônica e àqueles servidores da Assessoria de Comunicação Social do MPAS, que emprestam talento e laboriosidade na editoração, impressão e distribuição da nossa publicação.

— • —

Entre os inúmeros articulistas (14 — o maior quantitativo já registrado) que estão enriquecendo as páginas desta edição, se faz presente pela primeira vez, entre outros, CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, Ministro do STF, com LIMINARES E TUTELA ANTECIPADA. Trata-se de tema que vem despertando grande interesse entre os estudiosos do Direito e daí, por certo, que o Ministro Velloso encerra o seu artigo dizendo que o mesmo “foi escrito com o intuito, apenas, de fazer com que as pessoas reflitam sobre o tema, nada mais”.

DÍVIDA ATIVA DO INSS. ARRECAÇÃO. As UFs contribuíram (R\$), individualmente, no 2º trimestre de 98, com os quantitativos seguintes:

AC	300.823,40	AL	15.550.962,86	AM	2.837.636,18	BA	10.305.205,48
CE	5.208.819,73	DF	2.680.325,85	ES	3.455.825,53	GO	4.417.825,05
MA	1.805.868,88	MG	24.259.326,22	MS	2.478.226,00	MT	3.315.897,82
PA	2.478.202,81	PB	2.447.585,32	PE	3.577.127,02	PI	1.412.934,20
PR	12.118.894,88	RJ	24.702.028,69	RN	4.079.307,13	RO	2.391.122,13
RS	18.103.711,25	SC	7.233.786,01	SE	839.496,82	SP	37.844.924,34
TO	702.620,83						

Total arrecadado = R\$ **194.548.484,43**

— • —

RANKING. As Procuradorias Estaduais do INSS, com base na Arrecadação/Estoque da Dívida Ativa, de **abril a junho** de 98, ocuparam as seguintes posições:

UF	ABR	MAI	JUN
AC	19º	23º	12º
AL	1º	18º	20º
AM	16º	13º	13º
BA	14º	14º	14º
CE	10º	3º	3º
DF	22º	17º	26º
ES	6º	11º	17º
GO	26º	8º	11º
MA	17º	16º	15º
MG	7º	4º	5º
MS	11º	7º	8º
MT	13º	6º	9º
PA	15º	15º	18º
PB	4º	9º	7º
PE	24º	25º	22º
PI	5º	2º	4º
PR	8º	10º	21º
RJ	9º	21º	23º
RN	2º	1º	1º
RO	3º	22º	2º
RS	21º	12º	16º
SC	18º	20º	19º
SE	20º	19º	10º
SP cap.	23º	24º	24º
SP int.	25º	26º	25º
TO	12º	5º	6º

OBS.: Foram excluídas as fases de Parcelamento e as seguintes fases: 511, 512, 517, 542, 543, 560, 578, 608, 610, 616, 721, 748, 756 e 998.

COOPERATIVAS DE TRABALHO DO CEARÁ REFUTAM TESES DA DRA. NAYRA FALCÃO. A seguir, na íntegra, correspondência dirigida ao nosso Editor Responsável pela CONTRATUS Advocacia Empresarial S/C.

“Fortaleza, 03 de abril de 1998.

À

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS

Att. Sr. Editor Responsável

Dr. José Weber Holanda Alves

Foi publicado na edição de outubro de 1997 da Revista da Procuradoria Geral do INSS, pags. 101-104, artigo da Dra. Nayra Falcão, no qual foram expostas considerações depreciativas sobre Cooperativas de Trabalho constituídas no Estado do Ceará, e informando de investigação feita pelo Ministério Público do Trabalho da 7ª Região.

A autora, Coordenadora Geral do Direito Administrativo da Consultoria Jurídica do MPAS, expôs entendimento de que haveria fraude trabalhista perpetrada no ramo de calçados, inclusive com a pecha de “Cooperativas Aliciadoras de Mão de Obra”.

Na qualidade de advogados das várias cooperativas de trabalho existentes no Estado do Ceará, e também como expectadores jurídicos, com observação do que realmente acontece nestas cooperativas, reputamos as teses da autora do artigo como não verdadeiras frente aos fatos.

É de nosso interesse a publicação destas razões, com vistas a esclarecimentos dos fatos.

De logo, informamos que é temerária e apriorística a assertiva de que o advento do art. 442 § único da CLT seria ensejador de fraudes, no que se refere às cooperativas de calçados e confecções no Estado do Ceará. Antes mesmo da vigência da Lei 8.949/94, o Governo do Estado de Ceará procurava fomentar a criação de cooperativas autônomas, com base na Legislação cooperativista.

A contrário do que informa a autora, estas cooperativas tem apresentado certas características que, a conhecimento de qualquer jejuo em direito trabalhista, não se incluem na subordinação trabalhista:

- a) **Treinamento realizado pelo Governo do Estado aos pretendentes, com apoio e curso de Cooperativismo promovido pela OCEC** — Organização das Cooperativas do Estado do Ceará, não pelas empresas tomadoras.
- b) A partir do treinamento, **constituição das Cooperativas por iniciativa os associados**, com base no treinamento realizado.
- c) **Atuação independente das Diretorias/Conselho de Administração** de cada uma destas cooperativas, inclusive com **discussão de preços com empresas**, o que afasta o preconceito de controle destas cooperativas pelos tomadores do serviço.
- d) **Inexistência de poder de controle subordinativo de prepostos de empresas aos cooperados**, no que tange a admissão, controle de horários, disciplina ou demissão. Há casos de permanência de cooperados a despeito e contra a vontade do tomador do serviço.
- e) **Existência de normas regimentais baixadas pela cooperativa mesmo**, com possibilidade permanente de revisão pelos associados, através de Assembléias Gerais.
- f) **Eliminação de cooperado** sujeita aos arts. 13 e 14 da Lei Cooperativa (Lei 5.764/71), ou seja, somente em virtude de falta grave, **com direito do cooperado a recurso com efeito suspensivo à próxima Assembléia Geral** (ou seja, continua na cooperativa, realizando serviços até a realização da Assembléia), sendo que em Assembléia a decisão da Diretoria sobre sua decisão pode ser cassada. Essa situação de rompimento de contratação incompatível com o sistema trabalhista, onde há um poder legal do empregador de afastar o empregado.
- g) **Autogestão financeira de Cooperativa**, com responsabilidade próprias de pagamentos de energia elétrica, água, materiais de limpeza, remédios, e despesas próprios, bem como provisão aos Fundos financeiros obrigatórios (Lei 5.764/71, art. 28).

- h) **Formatação da “folha de pagamentos” pela Diretoria da Cooperativa**, com atuação da empresa para pagar tão só o valor total do serviço constante da Nota Fiscal, sem atuação desta frente a remuneração individual (cálculo de horas).
- i) **Concessão de benefícios aos cooperados** com provisão mensal das rendas da cooperativa, como recesso remunerado, e concessão de benefícios aos associados, como auxílio em impossibilidade temporária de prestação de serviços.
- j) **Empenho das Diretorias das Cooperativas em parceiras governamentais** para concessão de outros benefícios (creche, medicina, entre outros).
- k) **Recentes Assembléias Gerais no mês de março**, com grande expressão democrática, com quorum representativo, várias candidaturas aos cargos de Conselho de Administração e decisão sobre distribuição de sobras efetivamente acumuladas.
- l) **Efetiva provisão de recursos aos Fates** — Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social e ao Fundo de Reserva.

Estas cooperativas são constituídas em regra por pessoas quais entendem a cooperativa como o meio de profissionalização e ocupação, sendo também conscientes de sua responsabilidade de grupo, e do sentido do empreendimento e cooperação.

É recolhido o INSS na forma da Lei Complementar nº 84, e também o recolhimento individual de cada um a ordem de R\$ 24,00 (vinte e quatro reais). Gostaríamos de esclarecer este fato, quanto ao custeio da previdenciário, o que se adequa a posição desposada na tese.

Há até melhor solução do que a conclusão da autora do artigo em comento, já que o inciso II do art. 1º da LC 84/96 determina como contribuinte a cooperativa. No caso, a contrário do que é induzido no texto, a cooperativa é pessoa jurídica independente tanto de gestão como financeiramente.

Retomando o aspecto trabalhista, observamos que a atuação do Governo Estadual (e Prefeituras) em custear o treinamento, conjugada aos itens a-l descritos, bem como a consideração dos aspectos da Lei 5.764/71 frente a eliminação do associado (art. 13 e 14), Assembléias Gerais (arts. 38 e seguintes) e Fundos (art. 29), são suficientes a afastar a consideração apriorística de que haveria, automaticamente, uma fraude.

O que fica bem claro àqueles que vivenciam no interior deste Estado é que a criação, apoio e manutenção destas cooperativas tem como objetivo a minoração da grande ociosidade e falta de perspectivas profissionais às comunidades beneficiadas. É uma atuação governamental lícita. Lembre-se da Constituição, quando se coloca como um dos objetivos fundamentais da Nação, o combate à pobreza, marginalização, redução de desigualdades sociais (art. 3, I) e também do art. 174 § 2º, quando dispõe que a lei apoiará o cooperativismo. É bem pertinente tal colocação quando se confronta com as previsões de desemprego nacional.

Conquanto tais cooperativas são constituídas sob esta idéia, e mantenham toda sua regularidade formal e material, vênia, afastam-se as considerações sobre a existência de vínculo de emprego (e conseqüente não pagamento da contribuição social), já quem em verdade, não se vê a pessoalidade, nem subordinação jurídica, e nem onerosidade. Não se vê ordens de empregador nestas contratações, cabendo a inquietante indagação a quem pensar em contrário: Como se pensar subordinado um empregado que tem poder de discutir e suspender a eficácia do ato demissional, com decisão da matéria aos demais colegas? Como se coadunar com a assertiva de que o empregado tem que obedecer às ordens do empregador, se até o ato demissional é possível de ser combatido pelos próprios trabalhadores?

*A outro passo, a partir da interpretação dos fins e meios do Direito do Trabalho como organizador e regulador do mercado de trabalho (especialmente frente a constatação do crescente desemprego formal), reputamos juridicamente viável a terceirização por contratação de empresas (e cooperativas) que detenham parte do processo produtivo, desde que a contratação seja realizada de **boa-fé**, e que tais cooperativas encerram em sua organização interna **auto-gestão, idoneidade financeira, e especialização** para o serviço praticado. É o que geralmente ocorre nas cooperativas citadas, afastando a proibição do enunciado 331 do TST, o qual visa tão somente evitar a traficância de mão de obra (arregimentação por empresas controladas pelos tomadores do serviço), e não frustrar a universalização de comunidades, maxime quando a iniciativa é alavancada pelos poderes públicos, o gera a presunção de boa-fé.*

É pena que a realidade social não reconheça ainda o cooperativismo (mesmo quando autêntico) com uma tentativa de inovação na política social de geração de ocupações, mesmo quando se observa a retração

dos meios conhecidos, ambos em recessão. Não podem os 3.000 cooperados aguardar anos e anos por uma solução governamental que poderá nunca ocorrer.

Daí que se opõe às posições da DRT local e do MPT, na medida que não fazem uma compreensão do fenômeno, denegrindo antes de apurar.

No caso da DRT, atuando em clima de aberta hostilidade, inclusive inovando nas leis, ao considerar nos autos de infrações lavrados que a adesão dos cooperados não é possível do que o emprego. Ora, a primeira lição sobre cooperativismo é de que os fundadores “Pioneiros de Rockdale” montaram a primeira cooperativa justamente por que estavam desempregados, sem boas perspectivas de se empregarem, e sendo a cooperativa a forma possível de sobrevivência. A DRT também sempre desconsidera os fatos dispostos na alínea a-I e as declarações dos diretores das cooperativas.

Estamos à disposição do INSS para maiores esclarecimentos, especialmente para refutar àqueles dados que tem chegado sempre via MTb/DRT, ou via MPT (que tem a DRT como fonte de informações).

*Maria Imaculada Gordiano Barbosa Valente
Rafael Pereira de Souza
Jarbas José Silva Alves”*

— • —

CONGRESSO. A ANPPREV realizará na cidade do Rio de Janeiro (Hotel Intercontinental), de 15 a 18.11.98, o VI CONPREV – Congresso Nacional dos Procuradores da Previdência Social.

— • —

TESTE DE CONHECIMENTOS. Respostas às questões do Teste da edição anterior (VOL.4/N.4): 1 = Sim. 2 = Sim. 3 = Sim. 4 = Thomas Hobbes. 5 = Histórica. 6 = Thibaut. 7 = Gesets ist Gesetz. 8 = Jhering. 9 = Coatividade. 10 = 10.1 latim = JUS; 10.2 inglês = RIGHT; 10.3 alemão = RECHT; 10.4 holandês = REGT; 10.5 espanhol = DERECHO; 10.6 francês = DROIT; 10.7 italiano = DIRITTO; 10.8 rumeno = DREPTUS

TESTE DE CONHECIMENTOS.

1. Na história republicana brasileira, a independência do Egrégio Supremo Tribunal Federal já foi objeto de questionamento. Nesse contexto: Qual Presidente do Brasil indagou sobre quem iria conceder *habeas corpus* para o STF, se a Egrégia Corte o contrariasse?

2. Em qual país foi a primeira vez instituído o controle concentrado de constitucionalidade?

3. O controle de constitucionalidade dos atos normativos em geral, quanto ao momento em que se realiza, pode ser classificado em **preventivo** e **repressivo**. Quando pode ocorrer o controle **preventivo**?

4. Ministro do TCU, Ministro Classista do TST e Procurador-Geral da República. Um desses cargos era demissível *ad nutum* na Constituição pretérita. Qual?

5. Qual dispositivo constitucional vigente prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica?

6. Quais são os autores dos famosos “Federalists Papers”, série de artigos publicados na imprensa de Nova Iorque, que buscavam a ratificação da Constituição Americana de 1787?

7. Pode se afirmar que o controle de constitucionalidade teve sua origem nos E.U.A, no famoso caso Madison x Marbury?

8. Qual o autor alemão que, em visão sociológica do poder, afirmou que a *Constituição é um simples pedaço de papel*?

9. Qual a expressão latina é corriqueiramente utilizada nas lides forenses para expressar inconformismo com determinada argumentação e introduzir a apresentação de outra argumentação em sentido contrário?

10. Qual o filósofo grego pré-socrático que deu origem à palavra átomo?

NR: 1ª) As questões foram formuladas por Paulo José Leite Farias (Promotor de Justiça. Professor de Direito. Mestrando em Direito e Estado).

2ª) Os leitores que desejarem formular questões devem remetê-las ao Secretário Editorial até o início do último mês do trimestre correspondente à edição da Revista. O autor deve, obrigatoriamente, se identificar e assinar as questões, bem como fornecer seu endereço completo e telefone(s) para contato.

LIMINARES E TUTELA ANTECIPADA

Carlos Mário da Silva Velloso *

A reforma processual introduzida pela Lei 8.952, de 13.12.94, instituiu a tutela antecipada, ou o adiantamento da tutela que advém do julgamento do mérito, desde que, existindo prova inequívoca, convença-se o juiz da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273).

Essa tutela antecipada — deferimento antecipado da pretensão objeto da causa — poderá ser requerida em qualquer ação, na inicial, ou no curso da lide. Na inicial, quanto ao inciso I, do art. 273, CPC — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação — ou no curso da lide, relativamente ao inciso II do citado art. 273 — CPC fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A lei que instituiu a tutela antecipada deixou expresso, fazendo remissão ao inciso II, do art. 588, CPC, que, sem caução, não haverá levantamento de depósito em dinheiro e que a tutela antecipada não abrange atos que impliquem alienação de domínio.

A tutela antecipada, no fundo, é uma espécie de medida liminar, que poderá ser pedida em qualquer ação, assemelhando-se a uma medida cautelar, certo, entretanto, que esta não pode antecipar a prestação jurisdicional pleiteada no processo principal (CPC, artigos 796 e segs) e só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, será concedida sem a audiência das partes (CPC, art. 797).

A Lei 9.494, de 10.9.97, lei de conversão da Medida Provisória nº 1.570, de 26.3.97, estabeleceu, no art. 1º, que se aplica à tutela antecipada o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26.6.64, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 1992.

É dizer, o art. 1º da Lei 9.494, de 10.9.97, estende à tutela antecipada as restrições à concessão de liminares em mandado de segurança (Lei 4.348/64, art. 5º e seu parágrafo único; Lei 5.021/66, art. 1º e seu § 4º) e as restrições à concessão de medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança (Lei 8.437/92, art. 4º), bem assim empresta ao recurso voluntário ou *ex officio* de sentença em

processo cautelar proferida contra o poder público, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, efeito suspensivo (Lei 8.437/93, art. 3º), e confere ao presidente do tribunal, competente para o recurso cabível, a faculdade de suspender a execução da liminar nas ações promovidas contra o Poder Público, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (Lei 8.437/92, art. 4º).

A Medida Provisória 1.570, de 26.3.97, que se converteu na Lei 9.494/97, foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.576-DF, Relator o Ministro Marco Aurélio. No julgamento do pedido de suspensão cautelar do art. 1º, da citada Medida Provisória 1.570, o Supremo Tribunal Federal seguiu o voto do Relator, indeferindo o pedido. Ou seja, não foi suspensa a eficácia do referido art. 1º, que constitui o art. 1º da Lei 9.494, de 1997, objeto este da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, Relator o Ministro Sydney Sanches. Coerente com a decisão proferida na ADIn, 1.576-DF, o Supremo Tribunal deferiu a medida cautelar. Vale dizer, porque a citada norma não apresentava, pelo menos em sede de cautelar, vício de inconstitucionalidade, suspendeu, com efeito *ex nunc*, decisões antecipatórias da tutela jurisdicional que, contrariando o art. 1º da Lei 9.494, de 1997, foram proferidas contra o Poder Público.

Na verdade, a Suprema Corte não poderia decidir de outra forma. A uma, porque deveria guardar coerência com o que decidira na ADIn 1.576-DF. A duas, porque, em última análise, conforme registrei o voto que proferi, as posições das Leis 4.384/64, 5.021/66 e 8.437/92, basicamente, procuram adequar ao mandado de segurança e às cautelares a execução própria da Fazenda Pública, disciplinada no art. 100 da Constituição. E estendem, à tutela antecipada, a norma que possibilita a suspensão, pelo presidente do tribunal, a liminar. As duas primeiras — Leis 4.348/64 e 5.021/66 — dizem respeito ao mandado de segurança. São leis que datam de mais de trinta anos e, não obstante se referirem a uma ação que se constitui em garantia constitucional — o mandado de segurança —, nunca foram declarados inconstitucionais. A Lei 8.437, de 1992, pouco ou nada acrescentou. Bons especialistas em direito processual constitucional, Galeno Lacerda e Teori Albino Zavascki, por exemplo, sustentam que “não há como considerar inconstitucionais as restrições impostas pela Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, à concessão de liminares contra o Poder Público”. (Zavascki, “Antecipação da Tutela”, Saraiva, p. 170), ou “Pode a lei, também, proibir simplesmente as liminares. Desde que não vedado o direito à ação principal, o que ofenderia a Constituição, nada impede caiba ao legislador, por interesse público, a concessão de liminares”. (Galeno, “Comentários ao CPC”, VIII/188, Tomo 1º, 2ª ed.). Foi com base, aliás nas

lições de Galeno Lacerda, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecidamente uma Corte de escol, editou, muito antes da Lei 8.437, de 1992, as Súmulas 8 e 9, assim; respectivamente: “Não é admissível, no juízo de primeiro grau, a concessão de cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeito, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal” e “Não é admissível, em ação cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação ao deferimento de liminares”. (Teori Albino Zavascki, ob. cit., p.170-171).

No voto que proferi, na citada ADC 4-DF, anotei que tenho as minhas reservas quando se trata de crédito de natureza alimentícia, e salários e vencimentos têm tal natureza. Ao que penso, esses créditos independem de precatório. Destarte, as normas mencionadas, que procuram, basicamente, adequar, ao mandado de segurança, às cautelares e à tutela antecipada a execução própria da Fazenda Pública, inscrita no art. 100, da Constituição, sofreriam restrições. Mas esse meu entendimento pessoal restou vencido. Doutrina e jurisprudência, hoje, não dispensam, tratando-se de salários e vencimentos devidos pela Fazenda Pública, o precatório. Não devo, portanto, a esta altura insistir na tese vencida.

De outro lado, convém não esquecer que a própria lei que institui a tutela antecipada deixou expresso, conforme linhas atrás registramos, fazendo remissão ao inciso II, do art. 588, CPC, que, sem caução, não haverá levantamento de depósito em dinheiro. Ora, a concessão de aumento ou diferenças de vencimentos e vantagens pecuniárias não deixa implicar levantamento de dinheiro.

De uma feita, participando de um painel com a juíza Eliana Calmon, na O.A.B. do D.F., veio à baila o tema, ainda tratado na Medida Provisória 1.570. Aquela ilustre magistrada desarmou um inquieto debatedor, que deblaterava contra as restrições, invocando do Estado Democrático de Direito, com esta frase: “Mas o senhor já leu o teor das leis de que cuida a Medida Provisória 1.570? Já verificou que o que dela consta já existe, na ordem jurídica brasileira, há anos e anos?” O debatedor não havia lido, ou, se lera, não entendera.

Este artigo, na linha da indagação da juíza Eliana Calmon, foi escrito com o intuito, apenas, de fazer com que as pessoas reflitam sobre o tema, nada mais.

* Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor titular da Universidade de Brasília.



APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA?

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva *

A legislação penal extravagante dos últimos anos tem reprimido com rigor, não apenas a sonegação fiscal, aquela que comumente está associada a ato fraudulento, mas também a falta de recolhimento de tributos ou contribuições, sempre que ocorrente o fenômeno da repercussão, o que tem causado profundas divergências entre os hermeneutas e até mesmo perplexidade. Com efeito, sobre o assunto existe certo preconceito, aliás enraizado em nossa cultura, de que os delitos praticados por pessoas bem situadas não são puníveis, ainda mais quando a lesão atinge o patrimônio público (**Ari Pargendler**, Apelação Criminal 94.04.45149-5/RS, RTRF-4ª - 20/202).

A propósito das contribuições previdenciárias, a matéria vinha regulada pelo Decreto-Lei 65/37, art. 5º, o qual já equiparava ao crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, no prazo devido. A Lei 3.807/60 dispôs, no art. 86, que *“será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de quaisquer outras importâncias devidas às instituições previdenciárias e arrecadadas dos segurados ou do próprio público, parágrafo único — para os fins deste artigo, consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores das empresas incluído-as no regime desta lei”*.

Regularmente pelo Decreto 72.771/73, art. 30, dispôs que *“constitui crime, nos termos dos arts. 86 e 155 da Lei 3.807/60: II — de apropriação indébita nos termos da legislação penal: a) deixar de recolher, na época própria, as contribuições e outras quaisquer importâncias arrecadadas dos segurados ou do público e devidos à Previdência Social”*.

Posteriormente, a CLPS (Decreto 89.312/84), art. 146, prescreveu que *“a falta de recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Previdência Social e arrecadada dos segurados ou do público é punida com a pena do crime de apropriação indébita, considerando-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual e, os sócios solidários gerentes, diretores ou administradores de empresa abrangida pela previdência social urbana”*.

A Lei 8.137/90, art. 2º, II, dispõe que *“constitui crime da mesma natureza: II — deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de*

contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”. Inicialmente aplicável à toda espécie de tributo ou contribuição indireta, inclusive ao IPI e ICMS, veio ela a ser parcialmente revogada pela Lei 8.212/91, art. 95, “d”, *verbis*: “*constitui crime: d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à seguridade social e arrecadada dos segurados ou do público*”.

No tocante ao recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI, a tipificação penal, antes do advento da Lei 8.137/90, decorria do Decreto-Lei 326/67, art. 2º, que encontrava-se assim redigido: “*a utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do CP, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância*”.

O delito de apropriação indébita consiste na *apropriação de coisa alheia móvel, de quem tem a posse e detenção* (Código Penal, art.168). O preceito legal se destina exclusivamente a bens móveis infungíveis, isto porque, na realidade, qualquer negócio jurídico que transfira, provisoriamente, a posse de bens fungíveis não obriga a devolução do mesmo bem, mas sim de outro equivalente em espécie, qualidade e quantidade, tal como nos contratos de mútuo (Código Civil, arts. 1.280 c/c art. 1.256/1.264), de modo que a transferência de bens fungíveis implica sempre na transferência de propriedade (direito real) e obrigação (direito pessoal) de restituir o equivalente. É impossível que seja diferente e, ainda que o legislador diga o contrário (Lei 8.866/94, art. 8º), nunca poderá ser abstraída do depositário, em depósito irregular relativo a bens fungíveis, a possibilidade de deles dispor como se fosse proprietário, ainda que de forma limitada (**Pontes de Miranda**, Tratado de Direito Privado, Tomo XLII, 2ª edição, Borsoi, RJ, 1963, p. 368/373, 383). Daí, resulta que a retenção de valores devidos ao Fisco (Lei 8.137/91, art. 2º, II, e Lei 8.212/91, art. 95, “d”) consiste apenas no inadimplemento de obrigação tributária, ainda que o contribuinte seja legalmente considerado depositário (Lei 8.866/94, art. 1º), já que a propriedade do dinheiro (bem eminentemente fungível) permanece no seu patrimônio até que haja o efetivo pagamento. Nesse ponto vale registrar a doutrina de **Pontes de Miranda** que admite a restituição do bem, sob pena de prisão, mesmo para os depósitos irregulares (Ob. Cit. p. 363), e a de **Sílvio Rodrigues**, que é contra (Direito Civil, Vol. III, 21ª edição, Saraiva, SP, 1993, p. 291). Em suma, não há como se falar em apropriação indébita de bens que pertençam ao próprio agente.

No mesmo sentido, **Hugo de Brito Machado** preleciona que “o não pagamento de IPI, ou do Imposto de Renda Retido na Fonte, ou de contribuições de seguridade social descontadas de empregados, não corresponde à apropriação indébita, definida no art. 168 do Código Penal. O contribuinte não se apropria, porque o dinheiro lhe pertence, e não ao fisco, que é simplesmente credor”. (Crimes Contra a Ordem Tributária, RT, São Paulo, 1995, p. 125).

Ainda em prol dessa tese, de que a falta de recolhimento de tributo não é crime de apropriação indébita, vale registrar a doutrina de **Carlos Alberto da Costa Dias**, da qual destaco a seguinte conclusão: “Os crimes de falta de recolhimento de contribuições sociais ou de falta de repasse de imposto sobre produtos industrializados, inicialmente previstos como formas de apropriação indébita por semelhança, são figuras típicas distintas do crime de apropriação. Nesses crimes não há que falar-se de relação de depósito em sentido estrito jurídico, em virtude de que não existe desconto, propriamente dito, de qualquer importância. Por definição legal, no entanto, constituem depósito o não recolhimento de contribuições devidas por parte de empregados e IPI — Imposto sobre Produtos Industrializados. Esse conceito legal não condiz, todavia, em nosso entendimento, com a realidade econômica e jurídica do conceito da relação de depósito, uma vez que a entrega do dinheiro (pagamento pelo contribuinte de fato) não é simultânea e necessariamente dependente da constituição do crédito tributário, no caso do IPI, e porque o desconto previdenciário, por seu turno, se soma ao custo da mão-de-obra, já que o salário em si não é geração de riqueza, mas custo da empresa sujeito às regras de mercado” (Apropriação Indébita em Matéria Tributária, in Revista Brasileira de Ciências Criminais 11/111).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, é atingida e está no Recurso Extraordinário nº 75.278 (DJU. 08.03.74), que contém a seguinte ementa: “Falta de recolhimento de contribuições descontadas e devidos à previdência social — Inocorrência do crime de apropriação indébita — Inaplicabilidade do art. 86 da Lei 3.807/60”. Da mesma maneira, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Recurso Criminal nº 95.0422078-9/SC, de que foi relatora a Juíza **Tânia Escobar**, deixou assentado que “o delito capitulado no art. 95, letra “d” da Lei 8.212/91, não é o de apropriação indébita, prevista no art. 168 do Código Penal” (Revista Brasileira de Ciências Criminais — 13/371).

Dir-se-á que o então Tribunal Federal de Recursos rejeitou a argüição de inconstitucionalidade do art. 2º, *caput*, do Dec-Lei 326/67, sob o fundamento de que “o *caput* da referida regra não criou novo tipo penal, limitando-se

*a proibir que o contribuinte empregue o produto do imposto em fim outro que não seja o recolhimento aos cofres da União e cujo descumprimento reúne em si os elementos do crime definido no art. 168 do estatuto” (Rec. Crim. 544/SC, Rel. Min. **Torreão Braz**, RTFR — 82/1).*

Dir-se-á, ainda, que, de igual sorte, o Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, assim decidiu: “*Constitucionalidade do art. 2º, caput, do Dec-Lei 326/67, porquanto, na realidade, não criou ele nova modalidade de apropriação indébita, mas apenas estabeleceu — o que se situa dentro do âmbito do direito tributário — a posição jurídica do responsável pelo pagamento do tributo em face da coisa fungível (produto da cobrança do imposto), vedando-lhe a utilização dela para outro fim que não o seu recolhimento aos cofres públicos na época própria, que é requisito objetivo para que, com relação à coisa fungível, possa ocorrer o crime de apropriação indébita, aos precisos termos do caput do art. 168 do Código Penal, e não em decorrência de modalidade nova desse delito” (Habeas Corpus 55.191, Rel. Min. **Moreira Alves**, RTJ — 86/408).*

De fato. Contudo, em nada abala os fundamentos deste estudo e tampouco colide com o anterior posicionamento do STF, no citado RE. 75.278 (DJU. 08.03.74). É que ambos os pronunciamentos (Rec. Crim. 544/TRF e HC. 55191/STF) tiveram por base a conduta “*utilização do produto da cobrança do imposto ... em fim diverso do recolhimento do tributo*”, que, como muito bem lembrado pelo E. Min. **Antônio Neder** (RTJ-86/422), visava justamente evitar a configuração do mútuo, porque no direito brasileiro o empréstimo da coisa fungível segundo o nosso Código Civil se transforma em contrato de mútuo e o mutuário tem o direito de usar a coisa *ut dominus*, como se fosse proprietário. Dele se extrai ainda remissão a acórdão relatado por **Nelson Hungria**, no qual se diz que a “*proibição é para utilização para fim diverso, porque ao dinheiro, coisa fungível, entregue a alguém para determinado fim, não lhe pode esse alguém emprestar destino outro, qualquer que seja, porque essa entrega não lhe foi feita ut dominus*”. A legislação em voga, entretanto, contém o verbo “*deixar de recolher*”, o que é bem diferente.

Trata-se, pois, de crime omissivo próprio e de mera conduta. A sua consumação depende apenas do “*não recolhimento*”. Não há descrição no tipo penal de qualquer resultado (**Wagner Balera**, Crimes Contra a Ordem Tributária, RT, São Paulo, 1995, p. 157). O dolo é a potencial consciência de “*não recolher*” o valor do tributo (AC. 95.01.14422-4/BA, Juiz **Tourinho Neto**, RTRF-1ª/8/264), pouco importando, nesse ponto, a motivação da conduta (pagamento de fornecedores ou proveito próprio) ou o contexto

(estado de insolvência), que são circunstâncias judiciais, ou ainda o arrependimento posterior (parcelamento do débito), que é atenuante da pena. O pagamento do tributo também não afasta o dolo, sendo hoje causa de extinção da punibilidade, se anterior a denúncia (Lei 9.249/96, art. 34).

O tipo penal em questão inadmite a forma culposa, e tampouco a responsabilidade penal objetiva, de modo que é indispensável que o responsável legal pela gestão da empresa (individual ou coletiva) tenha aos menos conhecimento do ilícito, possibilidade e dever de evitar o resultado, o que deve ser apurado em regular processo judicial (Lei 8.137/90, art. 11 *caput*, c/c Código Penal, art. 13, *caput* e p.2º).

Quanto ao parcelamento do débito, não me causa mais qualquer perplexidade o de não reconhecê-lo como causa de exclusão do dolo. Muito menos a alegação de que seria incoerente permitir o benefício do parcelamento e ao mesmo tempo obrigar a confissão do crime. É que o fato praticado pelo agente, de não pagar tributos indiretos, produz seqüelas jurídicas tanto na esfera civil quanto na criminal. São conseqüências autônomas e distintas. A seqüela criminal deve ser apurada e reprimida na forma da legislação penal, que não tem o condão de afastar os efeitos civis do fato, persistindo o débito, que será cobrado consoante a legislação civil, estando sujeito inclusive ao parcelamento (Lei 8.620/93). Na atual sistemática penal, o parcelamento implica apenas em arrependimento eficaz ou posterior.

A regularidade da escrita também não é causa de exclusão do dolo. O reconhecimento do débito pelo contribuinte não afasta a sua intenção de *deixar de recolher* a exação. Exigir, para a caracterização do delito, que haja omissão ou irregularidades na escrita é o mesmo que admitir a prática concomitante de dois delitos: o de deixar de recolher tributos e o de sonegação mediante fraude, que em última análise absorveria o primeiro. Dessa maneira decidiu a 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Habeas Corpus 95.04.12125-0/SC (RTRF-4ª/21/389), de que foi relatora a Juíza **Tânia Escobar**: *“É irrelevante, para fins penais, o procedimento contábil da empresa, por não tratar de sonegação fiscal. A inexistência de fraude na contabilização não implica, necessariamente, a ausência de falta de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados”*.

A superveniência da Lei 8.866/94, que dispõe sobre a prisão do depositário infiel de valores pertencentes à Fazenda Pública, não teve o condão de revogar o tipo penal. Ao contrário, criou mais uma conseqüência para o inadimplemento do contribuinte, só que na esfera cível. Ademais,

o Supremo Tribunal Federal, na ADIN. 1.055-7, cautelarmente, suspendeu a vigência dos pp/2º e 3º do art. 4º daquele diploma legal (HC. 95.04.16164-2/SC, Juiz **Wilson Darós**, RTRF-4ª/21/408).

A culpabilidade, adequação do fato à norma jurídica, inexistem por inexistência de conduta diversa, se o contribuinte deixa de recolher a exação para, em comprovada situação de insolvência, pagar salários dos trabalhadores, isto porque o próprio Código Tributário Nacional e a Lei Falimentar dispõem que os créditos tributários preferem aos trabalhistas (**Carlos Alerto da Costa Dias**, Ob. Cit.). Contudo, o pagamento de fornecedores, vg, mesmo em situação de insolvência, não afasta a culpabilidade, podendo, quando muito, ser levado em consideração por ocasião da fixação da pena base (Código Penal, art. 59).

A propósito, o então Juiz **Fernando Gonçalves**, na Apelação Penal nº 94.01.21134-5, lembra que *“quem deixa de recolher contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados está aproveitando recursos públicos para finalidades particulares; não lhe servem de escusa dificuldades financeiras, que são remediadas por empréstimos sempre onerosos, nunca pelo expediente fácil de transformar recursos públicos em recursos privados”* (Revista Brasileira de Ciências Criminais 11/309). No mesmo sentido, os Juízes **Ari Pargendler** (AC. 94.04.4519-5/RS, RTRF-4ª/20/200) e **Chalu Barbosa** (AC. 96.0209958-5/RJ, DJU.03.12.96).

No tocante à pena privativa de liberdade imposta pela atual legislação (Lei 8.137/90, art. 2º, II, e Lei 8.212/91, art. 95, “d”), vale lembrar que a Constituição Federal, art. 5º, LXVII, dispõe que *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”*. Dívida é toda obrigação que consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer. A obrigação tem origem contratual ou legal, e o seu descumprimento enseja, regularmente, sanções civis e administrativas. Ao contrário, a norma penal reprime, regularmente, fatos que ensejam dívidas. Tenha-se como exemplo a emissão de cheque sem fundos, que enseja a obrigação de pagar o valor representado pelo título, o que contudo, uma vez não feito, não consiste em delito penal autônomo. A norma penal reprime o ato que enseja a dívida, mas dificilmente o ato que deixa de pagá-la ou reparar o ilícito.

A obrigação tributária tem causa no seu fato gerador, sendo que a falta de recolhimento de tributos é o mesmo que deixar de pagar uma dívida, frise-se, já existente. A Constituição Federal, ao vedar a prisão por dívida,

deseja que inexista sanção de prisão pela falta de pagamento de dívida, oriunda de negócio jurídico ou dever legal. Em última análise, deseja a Carta Magna que a norma infraconstitucional não contenha instrumentos de coação, com limitação ao direito de liberdade, para o pagamento de dívidas. Porém, de nada adiantaria tal proibição, se fosse permitido, ao legislador penal, aplicar a pena de prisão em situação fática idêntica, de modo que, a mencionada vedação deve valer para a prisão civil quanto penal.

Daí resulta a inconstitucionalidade parcial da legislação penal, que pune com pena de detenção a falta de recolhimento de tributos ou contribuição previdenciária, o que, contudo, não impede a aplicação de multa ou de prestação de serviços. Portanto, a falta de recolhimento de tributos indiretos à Fazenda Pública é fato típico, anti-jurídico e culpável, salvo se, no caso de insolvência, for destinado ao pagamento de salários. A sua sanção seria apenas através de pena ou de prestação de serviços ante a proibição constitucional de prisão por dívida.

Não obstante, a Lei 8.866/94, art. 1º, *caput*, dispõe ser “*depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts. 1.282, I e 1.283 do CC, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à seguridade social*”. Mais contundente é o seu art. 8º, que prescreve ser inaplicável à hipótese o art. 1.280 do Código Civil, com o nítido propósito de infungibilizar o “*dinheiro*” com o qual seria pago o tributo e, portanto, tornar o depósito em “*regular*”, justificando a prisão do depositário infiel. Ainda assim, entendo que o legislador ordinário não pode, indiscriminadamente, fixar o conceito de depositário infiel de modo a ampliar as hipóteses de prisão civil (ou penal por dívida), já que esta é uma exceção constitucional. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADIN. 1.055/7 e em sede de liminar, manteve a expressão “*depositário infiel*” contido no *caput* do art. 1º daquela lei. (Revista Brasileira de Ciências Criminais 11/05).

Dessa maneira, por ora, deve prevalecer o entendimento do Excelso Pretório, de que o fato tipificado como “*deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos*”, embora diverso do crime de apropriação indébita (RE. 75.278), portanto de natureza omissiva própria e de mera conduta, é perfeitamente compatível com a proibição constitucional de prisão por dívida, já que o agente/contribuinte é considerado depositário infiel (Lei 8.866/94, art. 1º *caput*, e ADIN. 1.055/7).

Bibliografia

- Araújo Júnior, João Marcello. *Dos Crimes Contra a Ordem Econômica*. RT. São Paulo, 1995.
- Balera, Wagner. *in Crimes Contra a Ordem Tributária*. RT. São Paulo, 1995.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Vol. I Editorial Temis. Bogotá, 1998.
- Cernicchiaro, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 2ª edição. RT. São Paulo, 1991.
- Dias, Carlos Alberto da Costa. *Apropriação Indébita em Matéria Tributária*, *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 11. RT. São Paulo, 1995.
- Falcão, Alcino Pinto. *Da labilidade das normas tributárias*, *in Revista Forense* Vol. 69. Forense. Rio de Janeiro, 1973.
- Fanucchi, Fábio. *A Tributação Penal*, *in Revista de Direito Público*. Vol. 6. RT. São Paulo, 1973.
- Faria Júnior, César de. *Crime Previdenciário* *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 11. RT. São Paulo, 1995.
- Franco, Alberto Silva, e Outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 3ª edição. RT. São Paulo, 1990.
- Giardino, Cléber. *A propósito da Teoria da Tributação Penal*, *in Revista de Direito Tributário*, Vol. 6. RT. São Paulo, 1978.
- Gomes, Orlando. *Contratos*. 12ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 1987.
- Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo II. 6ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 1983.
- Jardim, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 3ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 1990.
- Jesus, Damásio E. de. *Direito Penal*. Vol. 1º 10ª edição. Saraiva. São Paulo, 1985.
- Lapatza, José Juan Ferreiro. *Derecho Penal Tributário*, *in Revista de Direito Tributário*. Vol. 10. RT. São Paulo, 1986.
- Machado, Hugo de Brito. *in Crimes Contra a Ordem Tributária*. RT. São Paulo, 1995.
- Martins, Ives Gandra da Silva, e Outros. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. RT. São Paulo, 1995.
- Mirabete, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1º 4ª edição. Atlas. São Paulo, 1989.
- Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLII. 2ª edição. Borsoi. Rio de Janeiro, 1963.
- Monteiro, Samuel. *Crimes Fiscais e Abuso de Autoridade*. 2ª edição. Hemus. São Paulo, 1994.
- Pereira, Cáoio Maio da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. 7ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 1984.
- Pimentel, Manoel Pedro. *Crime de Sonegação Fiscal*, *in Revista dos Tribunais*, Vol. 76/617. RT. São Paulo, 1987.
- Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*. Volume III. 21ª edição. Saraiva. São Paulo, 1993.
- Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4ª edição. Saraiva. São Paulo, 1991.
- Villegas, Hector B. *Infracciones Y Sanciones en el Derecho Penal Tributario Brasileiro*, *in Revista de Direito Público*, Vol. 31. RT. São Paulo, 1974.

Revistas e Periódicos

Cadernos de Direito Tributário. RT. São Paulo.

Diário da Justiça da União, Parte II. Imprensa Nacional. Brasília.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. RT. São Paulo.

Revista de Direito Tributário. RT. São Paulo.

Revista de Direito Público. RT. São Paulo.

Revista do Superior Tribunal de Justiça. Livraria Editora Jurídica Brasília. Brasília.

Revista do Tribunal Federal de Recursos. Imprensa Nacional. Brasília.

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Imprensa Nacional. Brasília.

Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Livraria Editora do Advogado. Porto Alegre.

Revista dos Tribunais. RT. São Paulo.

Revista Forense. Forense. Rio de Janeiro.

Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Imprensa Nacional. Brasília.

* Juiz Federal no Rio de Janeiro, Professor Assistente da Universidade Federal Fluminense, Mestre em Direito e Doutorando em Direito.



RETENÇÃO DA COTA DE PARTICIPAÇÃO JUNTO AO TESOURO NACIONAL

Francisco Vieira Lima Neto *

Com a Emenda Constitucional 03/93, que deu nova redação ao parágrafo único do artigo 160, obteve o Instituto Nacional do Seguro Social eficaz e, ousado dizer, violento instrumento de cobrança de seus créditos junto a entes da federação inadimplentes com suas obrigações previdenciárias, que se configura na retenção de numerário a que têm direito junto ao Tesouro Nacional por serem beneficiários do Fundo de Participação (art. 159 da Constituição Federal).

A redação original, mais restrita, concedia esse poder apenas à União:

“Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. Essa vedação não impede a União de condicionar a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos.”

A emenda no início referida, todavia, como dito, estendeu essa possibilidade aos Estados e aos entes autárquicos estaduais e federais, dentre os quais, na prática e atualmente, é o INSS o maior beneficiado:

“Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias”.

O direito de reter, ou bloquear, expressão de uso mais usual na Procuradoria da autarquia, a cota de participação de municípios e Estados em débito com o INSS já era previsto no parágrafo 4º do art. 57, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, mas limitava-se àquelas hipóteses de inadimplência decorrente de acordo de parcelamento não honrado, sendo a atual redação constitucional evidentemente mais benéfica ao Instituto.

Se por um lado o mecanismo disponibilizado ao INSS recebeu o aplauso das linhas de arrecadação e procuradoria, seria bem sensato ter-se previsto que, logo após a emenda, com início dos tempos de queda de arrecadação e de moeda estável, haveria imensa reação dos que mensalmente vêem suas cotas retidas, em especial porque, não podemos deixar de registrar, representam também o interesse público e, como entes estatais, encontram-se diariamente pressionados pelas populações locais a atenderem de forma imediata às demandas das suas coletividades.

O bloqueio das cotas do Fundo de Participação, portanto, dá origem à desagradável situação na qual ocorre o choque de dois interesses públicos de relevância social, fazenda pública contra fazenda pública, previdência social geral versus interesses sociais locais. Embora sejam ambos de difícil

mensuração, e, com isto, aflora a falta de segurança para se dedicar qual o mais importante, entendeu o constituinte derivado, usando de seu poder mais importante, reformador, priorizar o atendimento da fazenda federal, sendo correto, parece-me afirmar que, por vir do pacto federativo, deve o interesse estadual ou municipal ceder diante dos interesses do INSS. Essa conclusão pode, a meu sentir, ser justificada pela constatação de que se a Constituição é — também — a positivação de um pacto entre os entes da federação (União, Distrito Federal, Estados e, pela primeira vez, Municípios), esses somente possuem os direitos e os deveres nela prescritos, o que, por seu turno, significa dizer que Estados e Municípios possuem o dever de saldar suas dívidas com a União e, aqui reside a questão, não possuem o direito de saber suas cotas junto ao Tesouro Nacional enquanto não quitarem aquelas:

“(…) para Juan Ferrando Badiá, é essencial e característico de toda Constituição federal a existência de um estatuto comum, que se manifesta em um sistema direitos e deveres frente à Federação. (BARACHO:1986, p. 56).

Fixado este ponto de partida, impõem-se refutar de inconstitucionalidade do bloqueio com o argumento, até bem óbvio, de que tal medida coativa é constitucional porque está prevista na Constituição Federal — a despeito de poderem existir emendas constitucionais que agridem à Carta Política — e não fere a autonomia municipal, pois se é verdade que o Constituinte de 88 resolveu dotar o Município de autonomia e “*status*” inéditos, inclusive elevando-a à condição de membro da Federação (“*Tríplice Estrutura do Estado Brasileiro*”, conforme conceitua Manoel Gonçalves Ferreira Filho), é certo que os Municípios — e Estados — estão sujeitos aos Princípios e Dispositivos da Constituição Federal, confirmando a afirmação do acima citado jurista de que a nossa Carta Política consagra um *federalismo* de *segundo grau* (FERREIRA FILHO: 1992, p. 48).

Justificável, assim, em prol de uma federação unida, os poderes de Estados e Municípios tenham sido limitados pelo Constituinte que, lembre-se bem, não era representante da União, mas sim um eleito para defender direito dos estados e do povo e de cada município brasileiro.

Foram estes representantes que, na redação original da Carta, resolveram conceder à União o poder de condicionar a repartição de rendas ao anterior recebimento de seus créditos, numa roupagem jurídica que concretiza a idéia de que cada município e cada estado federado devem quitar seus débitos junto ao conjunto de entes federados, ou seja, à União Federal, sob pena de prejuízo a seus próprios interesses, pois a União não

poderá distribuir os recursos que arrecada se tiver que usá-los para quitar suas obrigações que poderiam ser satisfeitas com o que lhe devem os municípios e estados.

Não existe, com o bloqueio, desrespeito à autonomia do Município porque o poder de auto-organizar-se lhe foi concedido pela Carta Federal que, por isto mesmo, pode excepcionalizar-se, restringindo tal autonomia. De fato, a submissão dos municípios a regras necessárias à manutenção da união dos entes federados fica patente quando se observa o texto do art. 29 da Constituição Federal que dispõe matéria e normas que, a princípio, seriam de exclusiva atribuição de cada Município.

Conclui-se, assim, que o bloqueio de cotas de participação é uma medida dura, porém é necessária para garantia dos interesses e direitos do próprio conjunto de entes federados e, nos casos em que beneficia a Previdência Social, o bloqueio manifesta toda a sua natureza e finalidade social.

Embora entendendo que a União deveria encontrar outros meios para receber seus créditos que não o bloqueio constitucionalmente previsto, Roque Carrazza (1994: p. 348) o entende perfeitamente aplicável:

“Ora, como os Estados, o Município e o Distrito Federal são atualmente grandes devedores da União e os Municípios dos Estados, a **União e os Estados poderão, na prática, negar-se a entregar-lhes as parcelas a que constitucionalmente têm jus.**

(...) Esperamos — é tudo o que, enquanto do Direito, nos é dado fazer — que esta condição (verdadeira “válvula de escape” do sistema) seja aplicada com cautela.” (nosso grifo)

O juiz, no entender de Carrazza, então, deve aplicar a lei, deixando o Poder Constituinte Derivado, por pressão dos entes federados, avaliar a conveniência de no futuro alterar o dispositivo.

A jurisprudência dos pretórios federais não dissente desta opinião, sendo relevante registrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal possui entendimento favorável à retenção de cotas de participação. Deveras, ao julgar a Medida Cautelar de Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.106/SE (ADIMC 1106/SE), que visava à suspensão do “caput” do art. 20 da Constituição Estadual de Sergipe, cuja redação permite o bloqueio, por parte do Estado, das cotas do ICMS dos municípios em débito com a previdência social, a Excelsa Corte ingressou no mérito e indeferiu a medida cautelar — e não apenas a liminar — com a ementa do julgado fazendo referência ao art. 160, parágrafo único, da Constituição Federal.

No Superior Tribunal de Justiça encontramos também posicionamento em prol do bloqueio:

MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 428, DE 22.05.92, BAIXADA PELO MINISTRO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ATO DE EFEITOS CONCRETOS. CABIMENTO. CONSTITUCIONAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. ENTREGA DE RECURSOS CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE CRÉDITOS A AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO, ART. 160, ALTERADO PELA EC Nº 3/93.

I — A portaria interministerial nº 428, de 22.05.92, consubstancia ato de efeitos concretos, sendo cabível mandado de segurança para impugná-la.

II — A extinção* das quotas do fundo de participação, enquanto não atendidos os débitos para com a autarquia previdenciária federal, com alteração que lhe foi introduzida pela EC nº 03/93.

III — Mandado de segurança denegado.

Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de Segurança 3.847/DF/95. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 14/02/96. DJU de 04/03/96, p. 5.329.

Merecem destaque outras decisões das cortes federais:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.01.11583-2/DF (DA)

Relator: EXMO SR. JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN

Publicada em: 22/05/95 P: 30.642

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA E OUTROS

ADMINISTRATIVO. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO. MUNICÍPIOS. RETENÇÃO. DÉBITOS COM PREVIDÊNCIA SOCIAL CF/ART. 160. PARÁGRAFO ÚNICO.

I — A Constituição Federal de 1988 na sua redação originária não agasalhava ato administrativo que permitisse a retenção, por parte da União, de cotas do Fundo de Participação, em virtude de débito do

* A ementa diz “extinção” quando, parece, deveria mencionar “retenção”.

Município com a Previdência Social, autarquia com personalidade distinta. (art. 160, parágrafo único).

II — Alteração do texto do parágrafo único do art. 160 da Carta Política pela Emenda nº 03/93, legítima, a partir de sua promulgação, a retenção impugnada.

III — Apelações e Remessa parcialmente próvidas, se a sentença não ressalva o período posterior a promulgação da Emenda nº 03/93. Impróvidas se a segurança e concedida tão-somente até promulgação da citada Emenda.

2ª Turma.

Julgamento em 05.04.95

Recursos parcialmente providos. Unânime.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.01.11106-3/DF (CF)

Relator: EXMO. SR. JUIZ MÁRIO CÉSAR RIBEIRO

Publicada em: 14/12/95 P. 87.204

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA - DF

MUNICÍPIO DE ADAMANTINA E OUTROS

CONSTITUCIONAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. FPM. CONDICIONAMENTO DA ENTREGA DOS RECURSOS AO PAGAMENTO DE CRÉDITOS DE AUTARQUIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 03/93. DIREITO SUPERVENIENTE (ARTIGO 462, CPC).

1. Consoante o disposto no parágrafo único do artigo 160 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 03/93, a União, e os Estados podem condicionar a entrega dos recursos do referido Fundo ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias.

2. Ocorrendo fato superveniente ao ajuizamento da causa, influenciador do julgamento, cabe ao juiz toma-lo em consideração ao decidir (CPC, art. 462) (Min. Salvio Figueiredo – REsp nº 2.923 – PR. DJ DE 08.04.91, P. 3.889).

3. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

2ª Turma.

Julgamento 06.09.95

Recurso e remessa oficial parcialmente providos. Unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 01.10193-4 BA (PS)
Relator : EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO
Publicado em : 31/05/96 P. 36.511

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
MUNICÍPIO DE CANTENDAS DO SINCORA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONTA DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. LIBERAÇÃO. DÉBITO PARA COM O INSS. VEDAÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 160, PARÁGRAFO ÚNICO.

O parágrafo único do art. 160, da Constituição Federal, condiciona a entrega de recurso ao pagamento do crédito da autarquia previdenciária.

Inexistência do “fumus boni juris”.

Terceira Turma.
Julgamento em 15.05.96
Recurso provido. Unânime.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 93.01.24958-8/DF
Relatora: Juíza Eliana Calmon
Apelantes: Fazenda Nacional e INSS
Apelado: Município de Adrianópolis/PR

CONSTITUCIONAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS.
BLOQUEIO.

I — A vedação de bloqueio do FPM para atender a débitos da municipalidade não é absoluta, havendo exceções já introduzidas no ADCT.

II — O art. 57 do ADCT já autorizava o bloqueio para atender a débitos parcelados e não pagos.

III — Introdução do parágrafo único do art. 160 da CF, pela EC 3/93, para consagrar-se em definitivo a possibilidade de coacta cobrança, pelo bloqueio do FPM.

IV — Apelos e remessa oficial providos.

Tribuna Regional da 1ª Região. Quarta turma. Unânime. DJU de 27.02.97.

REMESSA “EX OFFICIO” 95.04.59858-7/RS

Relator: Juiz Edgard Antônio Lippman Jr.

Impetrante: Município de Charrua

Impetrado: Gerente Regional de Arrecadação do INSS em Passo Fundo

Remetente: Juiz federal de Passo Fundo/RS

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. SENTENÇA. FUNDAMENTOS INADEQUADOS. LITISPENDÊNCIA. BLOQUEIO DAS COTAS DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. DÉBITO. INSS. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03 DE 1993.

1. A sentença que examina apenas a questão da legalidade ou não da atuação, que é objeto de outra impetração, é inadequada para a solução jurídica que o caso merece.

2. É legítima a retenção de quotas do Fundo de Participação dos Municípios para garantir o pagamento de débitos para com a Previdência Social, conforme o exposto no art. 160, parágrafo único, da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03/93.

(Tribunal Federal da 4ª Região. Segunda Turma. Unânime. DJU 08.01.97, p. 207).

Comandado e efetuado o bloqueio da cota pelo Posto de Arrecadação do INSS, inúmeros Municípios, resistindo em parcelar o débito que consideram ilegal, em especial nos casos em que originam-se de falta de recolhimento de contribuição incidente sobre pagamento de servidor sem regime de previdência próprio — tema para outro trabalho —, vêm optando por ingressar em juízo contra a medida, valendo-se do Mandado de Segurança ou de Ação Cautelar Inominada, afigurando-se em tese também possível, ao meu sentir, Ação Anulatória com pedido de Antecipação de Tutela. Concedida a liminar em Mandado de Segurança, Ação Cautelar ou deferida a tutela antecipada, os caminhos mais eficientes que deve o INSS trilhar para atacar a decisão seriam, respectivamente, o da Suspensão de Segurança, procedimento previsto pela Lei nº 4.348/64 (art. 4º), o da Suspensão de Liminar, facultado ao Instituto pela Lei nº 8.437/92 (art. 4º), ou o da Suspensão de Antecipação de Tutela, requerida com fulcro na Lei nº 9.494/97 (art. 1º).

Merece relevo o fato de que o Supremo Tribunal Federal considerou constitucionais todas essas leis, rebatendo a tese de parte da doutrina que considerava inconstitucionais os diplomas legais que limitassem a concessão de liminares contra a Administração Pública.

Exemplo de julgado favorável à suspensão de decisão que liberou a cota de participação de Município inadimplente é o que se segue:

Suspensão de Segurança Nº 93.01.00289-2-DF

Presidente: JUIZ HERMENITO DOURADO

Requerente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 7ª Vara – DF

Impetrante: MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DAS GRAÇAS

Publicado em: 14.06.93 P. 22.689

DESPACHOS: VISTOS, ETC.

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com base no art. 40. da Lei nº 4.348/64, invocando o pressuposto de grave lesão a economia pública, requer a suspensão dos efeitos de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara – DF, nos autos do MS nº 92.8669-1, mediante a qual determinou a ilustre autoridade requerida a liberação, em favor do Município de Nossa Senhora das Graças, no Estado do Paraná, de recursos do Fundo de Participação dos Municípios, sem a comprovação por parte do impetrante, de estar quite com a Previdência Social.

O douto órgão do Ministério Público Federal, em seu parecer favorável ao atendimento do pleito (fls. 338), destaca esta significativa passagem da petição inicial, a dizer:

“Consoante prova a documentação em anexo, a lesão aos cofres da seguridade social, apenas em razão das prefeituras impetrantes, chega a vultuosa soma de CR\$ 857.596.383,63 dinheiro este, retido de funcionários municipais e não repassados a Previdência Social, provocando uma redução considerável da receita destinada a manter os benefícios e serviços aos segurados da Previdência Social, tornando-se assim prejudicados suas ferramentas operacionais e objetivos maiores”.

As alegações da autarquia-requerente acham-se comprovadas nos autos. A documentação que instrui o pedido de suspensão da segurança revela que, a prevalecer a situação assegurada pela sentença, estar-se-á coonestando a reprovável atitude administrativa constatada no sentido de continuar o desconto obrigatório, realizado em folha, da contribuição dos servidores municipais para a seguridade social, sem o correspondente repasse das quantias à instituição incumbida de dar execução aos programas básicos do setor, o que de si já configura potencialidade lesiva à ordem administrativa e à economia pública, requisitos legitimadores da concessão da medida excepcional.

Reportando-me, assim, aos fundamentos da petição inicial de fls. 02-06 e do parecer de fls. 35-38, defiro o pedido de suspensão dos efeitos da sentença nos autos do MS nº 92.8669-1 em tramitação perante a 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Comunique-se por telex e ofício.

Publique-se.

Brasília-DF, 3 de junho de 1993.

Pedido de suspensão de segurança deferido. 03.06.93.

A matéria relativa ao caminho processual adequado para afrontar as decisões que suspendem a retenção de cotas, todavia, não é pacífica, pois alguns presidentes de tribunais têm reputado no mínimo desconfortável suspender, com base em alegação de lesão à economia pública e aos cofres previdenciários, decisão de primeira instância que foi proferida justamente para impedir que o erário do Município ou Estado fosse sacrificado, o que gera, muita vez, a paralisação de obras e serviços socialmente relevantes e essenciais como combates a epidemias e calamidades.

Assim, a caneta dos presidentes de tribunais pende entre o interesse da Previdência Social e o serviço social que os poderes locais prestam, dilema provocado pelo choque de dois interesses públicos em que é difícil aferir qual o mais relevante naquele momento.

Apreciando a questão de um prisma mais técnico, haja vista que o Procurador do INSS é pago para defender o seu cliente e não a outra parte, creio não constituir heresia aventar a possibilidade de uso do Agravo de Instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo (art. 527, II, c/c art. 558, do Código de Processo Civil), pois neste recurso desnecessário, malgrado recomendável, demonstrar a lesão aos cofres da autarquia ou economia pública, bastando comprovar que a decisão impugnada feriu a legislação regulamentadora da matéria, em especial a Lei nº 8.437/92, que restringe a concessão de liminares contra a Fazenda Pública.

Por fim, apresento a debate um tema que vem se tornando comum na área do que se convencionou chamar de contencioso fiscal. Trata-se da possibilidade, ou não, de manutenção do bloqueio de CND quando o Estado ou Município questiona judicialmente o débito.

A meu ver, a partir do instante em que há o ajuizamento da ação anulatória, passa o débito, como se mostra óbvio, àquele estado que convencionamos denominar de “sub judice”, o que, somando ao fato de

ser o titular da pretensão a Fazenda Pública (estadual ou municipal), provoca a suspensão da exigibilidade do crédito do INSS, pois, embora o art. 151, inciso I, do CTN, exija do contribuinte, para que tal suspensão ocorra, o depósito em dinheiro do valor questionado, é evidente que esse dispositivo não se aplica à Fazenda Pública que, aliás, está impossibilitada de efetuar aquele depósito. A mesma situação se dá quando, citado para pagar nos termos do art. 730 do Código de Processo Civil, o Município (ou Estado e suas autarquias e empresas públicas) embarga a execução. Ora, a CND deve ser expedida (nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional), pois é inquestionável que o débito está garantido já que a Fazenda por ele responde pela via do seu orçamento, não havendo possibilidade, como é de conhecimento elementar, de se efetuar penhora de bens públicos.

Estando, portanto, a execução embargada ou havendo ação anulatória, não se pode mais deixar de expedir CND à Fazenda Pública, devendo também cessar o bloqueio das cotas do fundo de participação.

Estas são as considerações que ponho a debate e que considero importantes para definição de instrumentos para equilíbrio das contas da Previdência que sejam simultaneamente eficazes e condizentes com a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CARRAZA, Roque. Curso de Direito Constitucional Tributário. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992.

* Procurador do INSS no Estado do ES, Professor do Departamento de Direito da UFES, Mestre em Ciências Jurídicas (UFRJ/97)



EMENDA CONSTITUCIONAL E DIREITO ADQUIRIDO

*Amandino Teixeira Nunes Junior **

A tramitação das propostas de emenda constitucional apresentadas pelo Poder Executivo, que tratam das reformas previdenciária e administrativa, no Congresso Nacional, tem suscitado o debate sobre a possibilidade da existência ou não de direito adquirido contra tais espécies normativas. O tema do direito adquirido tem merecido a atenção dos estudiosos da Ciência Jurídica. Tanto no domínio do Direito Privado como no domínio do Direito Público, o direito adquirido foi concebido, inicialmente, como projeção da irretroatividade das leis, comportando-se como princípio-reflexo, para, posteriormente, decorrer de preceito expresso.

Como direito incorporado definitivamente ao patrimônio jurídico do seu titular, o direito adquirido gera situação individual e concreta, insuscetível de desfazimento pela lei nova, mesmo que a lei antiga, que a instituiu, seja revogada. Torna-se, então, direito exercitável à vontade de seu titular.

A intocabilidade de situações já consolidadas no tempo constitui, inequivocamente, a mais importante fonte de segurança jurídica do cidadão.

O eminente jusfilósofo Vicente Ráo, na sua conhecida obra “O Direito e a Vida dos Direitos”, descreve, com maestria, o sentido profundo da intangibilidade do tempo pretérito, nos seguintes termos:

“A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro sequer quanto à sua vida passada (...). Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças. (...)”

(Ed. Resenha Universitária, 1977, v. 1, p. 428)

O tratamento da matéria no constitucionalismo brasileiro, conforme observa o emérito constitucionalista Raul Machado Horta, no judicioso artigo “Constituição e Direito Adquirido”, publicado na Revista Trimestral de Direito Público, nº 1/93, p. 50-61, obedeceu a dois períodos. No primeiro, a irretroatividade ampla se encontra na Constituição e a proteção do direito adquirido advém desta, como princípio-reflexo. No segundo, a irretroatividade

ampla foi absorvida pelo direito adquirido, que se tornou princípio constitucional explícito.

As Constituições Federais de 1824, 1891 e 1937 integram o primeiro período, sendo que as de 1934, 1946, 1967 e 1988 o segundo, quando o direito adquirido passou a ser princípio constitucional, absorvendo nele a irretroatividade das leis.

Na vigente Carta Política, o direito adquirido, ao lado da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, é direito e garantia individual, quando considerado em relação à lei nova, que não poderá prejudicá-lo, conforme estabelece o art. 5º, inciso XXXVI, *in verbis*:

Art. 5º

XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Como se vê, a Constituição de 1988 tratou o assunto em sede constitucional, colocando em igual patamar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Não se admitir o respeito ao direito adquirido implicaria dar-se o mesmo tratamento para o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A Lei Maior, por decisão soberana do constituinte originário, é, a um só tempo, fonte e protetora do direito adquirido. É dizer, origina-o e protege-o como cláusula pétrea.

Os ilustres publicistas Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho, no substancioso estudo “Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais”, repontam esta posição com igual vigor:

“Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta (...). Noutros termos (...) somente a Constituição originária é que se põe na linha de largada do Direito Positivo (...). Isto, pelo fato de que seu órgão de elaboração (Assembléia Nacional Constituinte no caso brasileiro) é o único a se caracterizar como instância capaz de normar sem ser normada, (...)” (RDA 202/95, p. 75/76).

Certo é que o poder de emenda não se confunde com o poder originário: aquele se sujeita às limitações que este lhe impõe. Tais limitações, no sistema jurídico-positivo vigente, estão consagradas nos incisos I a IV do § do art. 60 da Carta Política, *in verbis*:

“Art. 60

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I — a forma federativa de Estado;
- II — o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III — a separação dos Poderes;
- IV — os direitos e garantias individuais.”

Atento a esta questão, o ilustre constitucionalista Ivo Dantas, no seu livro “Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade”, observa:

“(…) quando se fala em Emenda Constitucional, esta é manifestação de um Poder Constituído — Poder de Reforma —, integrando nos termos da art. 59 (CF, 1988) o Processo Legislativo e, como tal, encontra-se obrigada a render homenagens ao texto da Constituição, conclusão a que se chega não por mero exercício exegético, mas, inclusive, por determinação expressa do mesmo texto (art. 60, § 4º) “(…) (Ed. Lumen Juris. 1996, p. 62).

Na esteira dessa orientação doutrinária, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 939-DF, decidiu que:

“Uma emenda à Constituição, emanada, portanto, de Constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da CF) (…”. (RTJ, 151/755).

Decidiu, ainda, o Excelso Pretório, no julgamento do Recurso de Mandado de Segurança nº 11.395, que:

“Se na vigência da lei anterior, o servidor preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria não o faz perder o seu direito que já estava adquirido (…”. (TRJ, 48/392).

Em conclusão, nada há de surpreendente em que o princípio constitucional do direito adquirido seja intocável, pois se trata de direito e garantia individual, sendo defeso sua abolição por meio de proposta de emenda constitucional. As disposições desta não podem retroagir para desconstituí-lo, sob pena de inconstitucionalidade.

* Ex-Procurador do INSS. Mestre em Direito Administrativo. Professor Universitário. Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados.



SUBSTANCIAÇÃO OU INDIVIDUAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR

Severiano Aragão *

I — **E**mbora sempre tenhamos sustentado que, no exame da limitação objetiva do pedido, se deva atentar para utilidade (causa finalis) do processo, posto que, quem pede o mais, pede o menos, sabemos que impera certo formalismo doutrinário, sob a clave do princípio da substanciação, restritivo do alcance do petitório.

Eliézer Rosa, invocando Vidigal, ao examinar o art. 158 do CPC/39, reconhece que “esta teoria prevalece e é da tradição de nosso direito (...). Ao lado dele, no princípio todos os possíveis títulos de aquisição do autor”, sem que se considere o julgamento *ultra petita* (“Leituras de Processo Civil”, ed. Guanabara — Rio — 1970, p. 218).

Parece-nos que o limite sentencial, no tocante ao pedido, deve ter em conta, apenas o contraditório estabelecido.

II — Mas está aí o Código, *data venia*, excessivamente formalista e substanciada, no que parece não merecer encômios.

A pretensão, esta sim, a *res deducta*, a solução do conflito, é que deveria dar o tom nessas questões.

Pela mão de Sálvio de Figueiredo Teixeira, em seu precioso “CPC Anotado” (6ª ed. — Saraiva — 1996) podemos fixar o seguintes pontos relevantes:

- 1) “O pedido deve ser certo ou determinado (art. 286 *caput*) (...) não rejeitando o requerimento genérico se, mesmo deficientemente formulado, permitir a correta compreensão de seu alcance e ampla defesa da parte adversa” (p. 210, op. cit.).
- 2) Os pedidos são interpretados restritivamente (art. 293); implícitos os juros (Súmula 254, STF). Prova de que o Código só enxerga a substanciação da causa petendi está na jurisprudência, considerando “ofender o direito vigente a decisão judicial que condena o promissário-comprador à perda das prestações pagas, se da inicial da causa não consta expressamente pedido a respeito” (op., aut., cits., p. 214).
- 3) São nulas as sentenças que deixam de resolver do pleito (citra petita) e, obviamente, as que decidem matéria estranha ao pedido ou não alegado necessariamente pelo réu (*extra petita*).

“Nula também a sentença que, julgando improcedente a ação, abstém-se de examinar todos fundamentos apresentados como causa de pedir (...) ou com abstração de ponto relevante de defesa, ao arrepio da norma do art. 458 — II (CPC) norma de ordem pública (op. cit., p. 296-7).

4) Com redundância, o art. 460 estabelece: “É defeso ao juiz proferir sentença de natureza diversa de pedida (...), devendo ser certa (...)”.

III — O juiz deve observar a limitação objetiva da pretensão (art. 128), admitida a pretensão genérica “nas ações universais” ou decorrentes “de ato ou fato ilícito” (art. 286, I, II).

A lavra jurisprudencial é rica, nos casos de liquidez do pleito exordial, quando certo o *an debeatur*, mas ilíquido o *quantum debeatur*. Menciona-se as reclamações indenizatórias oriundas do delito de circulação, os pleitos de dano moral, etc., verdadeiras caixas de surpresa sobre o que venha a ser ou não contemplado.

A construtividade criativa de verbas reparatórias, as dúvidas sobre onde incide ou não a excludente obrigacional de casos fortuito ou força maior (art. 1.058 C. Civ.), a incidência ou não do *jus superveniens* (art. 462), desenham verdadeiro caleidoscópio de interesses, sendo difícil demarcar o razoável do aventuroso em juízo.

Sem embargo, o acesso à Justiça, tão necessário como fator de paz e equilíbrio sociais, deve abrandar o formalismo dos doutores, para que o Judiciário não fique, como se fala em doutrina, a espiohar nulidades e atalhos, para não entregar a prestação jurisdicional. O casuísmo excessivo é sinal de academicismo inútil ou desculpa de julgador fugidio e tardo, para não dizer ocioso, *data venia*.

* Juiz do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro.



CONCEITO DE MEDIDA LIMINAR

*Reis Friede **

O vocabulário liminar (do latim liminare, adj., da soleira, posto à entrada, à frente, que antecede o assunto principal, preliminar (vide Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, in Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2ª Ed. Nova Fronteira, RJ, 1996, p. 1032), no âmbito da ciência do direito, se constitui há muito em expressão complexa e controvertida e, em grande medida, em termo técnico altamente equívoco, não obstante a inexorável necessidade do rigor técnico na linguagem jurídica.

Por intermédio da designação genérica de liminar, por exemplo, podem ser traduzidos, sem maior cerimônia, alguns dos mais diversos institutos jurídicos processuais de maneira simplificada (e nem sempre 'a orientação técnico-jurídica e ao rigor terminológico preconizado pela legislação processual pátria, como nas hipóteses vertentes do despacho liminar positivo (decisão interlocutória inicial do julgador, relativa à primeira fase do processo de saneamento, que determina a citação dos integrantes do polo passivo da relação processual), da apreciação liminar do juiz, entre outras.

Há, todavia, uma tradução mais específica (e, em certo aspecto, peculiar) do vocábulo em questão, que tem ganho especial relevo nos últimos vinte anos. Trata-se da liminar como forma efetiva de revestimento instrumental de providências cautelares em ações de conhecimento reputadas especiais (tais como Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade), cujo objeto, próprio e particular (alusivo a direitos fundamentais individuais e coletivos (e também difusos)), acabou por influenciar o legislador no sentido de procurar prover — de uma maneira mais segura — a plena efetividade (inteireza) do pronunciamento jurisdicional final de caráter cognitivo.

A guisa de flagrante excepcionalidade, concedida por imposição da própria evolução do instituto da garantia cautelar (inicialmente apenas a ação de Habeas Corpus e o Writ of Mandamus possuíam previsão cautelar ínsita no contexto do processo cognitivo das mesmas, em forma de medida liminar), a legislação processual pátria entendeu por bem estender a liminar, na qualidade de autêntico continente formalizante da medida cautelar pretendida (no bojo da providência cautelar genérica vindicada) a algumas outras ações, como a Ação Popular (introduzida em nossa legislação por força da Lei 4.717/65, mas somente dotada de previsão de medida cautelar

em 1977 (art. 34 da Lei 6513/77)), a Ação Civil Pública (Lei 7347/85) e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn, art. 102, I, p. da CF/88), ampliando, sobremaneira, o restrito espectro de atuação desta modalidade sui generis de provisão assecuratória da plena utilidade da prestação jurisdicional originária requerida.

Em todas as demais hipóteses, a necessidade de acautelamento genérico, com o propósito de afastar a ameaça de risco (atual ou iminente e de difícil ou impossível reparação) de comprometimento do resultado da sentença final de índole cognitiva, encontra-se condicionado ao ajuizamento (preparatório ou incidental) de ação cautelar autônoma (porém, sempre vinculada e dependente da denominada ação principal), através de correspondente processo de idêntica natureza.

Não é por outra razão que a doutrina mais abalizada sobre o tema vem repudiando, com relativa veemência, os pedidos expressos de medida liminar em ação cautelar (deve ser observado que o preceito legal contido no art. 804 do CPC alude expressamente a uma condicional possibilidade "... quando a citação do requerido puder torná-la ineficaz ...") de antecipação in limine da medida cautelar e conseqüentemente da providência cautelar genérica, e não propriamente a uma efetiva medida liminar), posto que a liminar e ação cautelar, neste diapasão, são formas diversas e excludentes de exteriorização de providências cautelares.

(O emprego da expressão medida liminar nas hipóteses de antecipação in limine da medida cautelar apenas continua sendo autorizada em homenagem à tradição forense e, em certo aspecto, em respeito à própria essência jurídica que alude, em sua hermenêutica particular, a uma necessária interpretação de seus dispositivos normativos de forma transcendente à simples literalidade, permitindo, não obstante a permanente busca do necessário rigor terminológico, à utilização relativa de termos de fraca ou insignificante precisão vocabular).

1. MEDIDA LIMINAR, PROVIDÊNCIA CAUTELAR E MEDIDA CAUTELAR

A incontestante caracterização do direito com o genuíno representante da ciência hermenêutica tem permitindo, conforme reconhecem os mais importantes juristas da atualidade contemporânea, cada vez mais o pleno desenvolvimento científico dos mecanismos de interpretação da norma jurídica, independente da simples e objetiva literalidade dos diversos dispositivos legais.

Tal fenômeno não só tem contribuído para a evolução mais consentânea da própria ciência do direito, como também tem tornado muito mais complexas as suas interações no campo interno e externo.

Como conseqüência natural, o direito moderno vive um verdadeiro conflito, concernente ao aparente paradoxo que se exterioriza entre a necessidade imperativa do estabelecimento definitivo de expressões normativas com absoluto rigor terminológico e cada vez mais reduzida importância da estrita literalidade do regramento legal no contexto comparativo com os demais mecanismos (métodos) de interpretação da lei latu sensu.

Partindo da premissa básica de que a lei, em seu sentido amplo, jamais comporta qualquer tipo de incongruência, posto que as normas jurídicas de modo geral, em nenhuma hipótese, conflitam entre si (o conflito, quando existe, é sempre aparente (irreal) e deve ser “resolvido” pelo sistema hermenêutico de interpretação através dos diversos métodos e à luz das regras básicas que determinam que o conhecimento imperativo da norma jurídica deve ser sempre integral, escalonado e sistêmico), é lógico concluir que as diversas expressões do vocabulário jurídico (em grande parte equívocas e controvertidas) devam ser interpretadas (e, sobretudo, empregadas) com extremo cuidado e efetivo rigor científico.

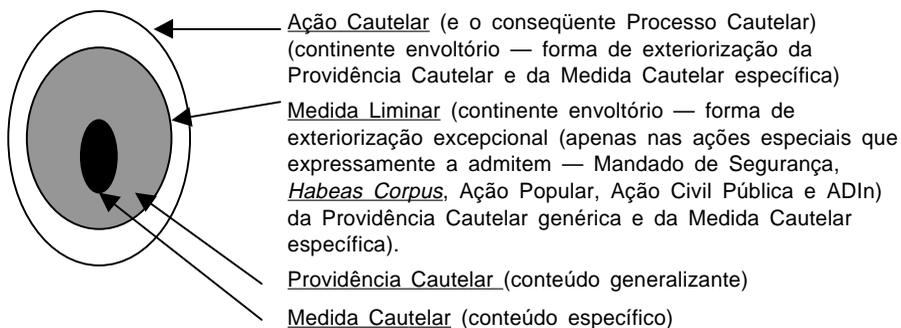
É exatamente neste contexto particular que os termos técnicos alusivos à disciplina cautelar devem ser analisados, procurando debelar, em sua origem, as eventuais impropriedades não só de natureza terminológica, mas, especialmente, as de caráter hermenêutico-interpretativo, particularmente quando presentes em expressões fundamentais como medida liminar, providência cautelar, medida cautelar, ação cautelar e processo cautelar.

Destarte, devem ser consignados, com máxima precisão, os contornos próprios e particulares de cada um dos vocábulos em epígrafe, permitindo, em última análise, delinear o significado específico (e correto) de tão importantes (e mesmo vitais) manifestações terminológicas.

Para tanto, mister se faz que seja, desde já, compreendida a abrangência generalizada da expressão providência cautelar (traduzindo o eventual receio e, por efeito, o desejo do requerente (ou Estado-Juiz) no sentido de ver estabelecida a proteção cautelar) vis-a-vis com a descrição limitada dos termos medida cautelar (referente ao pedido específico da providência cautelar) e medida liminar (concernente ao revestimento instrumental (ou à forma) de ser prover, de forma geral, a providência cautelar e, no contexto particular, a medida cautelar nominada (típica) ou inominada (atípica) pretendida).

Também deve ser bem estendido que as convencionalmente chamadas medidas liminares, neste encadeamento lógico de raciocínio eminentemente restritivo, se equiparam ao resultado final (sentença) da ação cautelar (e do conseqüente processo cautelar), na qualidade de instrumento formalizante necessário para a obtenção da providência cautelar genérica (e da medida cautelar específica) vindicada nas ações cognitivas (regra geral) que não possuem previsão normativa de liminar (a dispensar a necessidade de inauguração de um novo processo (cautelar) conexo e dependente do principal).

Diagrama 1: Medida Liminar, Providência Cautelar, Medida Cautelar, Ação Cautelar e Processo Cautelar



2. CONCEITO RESTRITIVO DE MEDIDA LIMINAR

Delineados os contornos próprios e específicos da expressão liminar (em seu contexto técnico-jurídico restritivo) e conhecidas as interações do vocábulo com os demais termos científicos do instituto cautelar resta, ainda, em necessária complementação elucidativa, consignar-se que a denominada medida liminar também pode ser conceituada, de forma complementar, como autêntico provimento jurisdicional de cunho binário administrativo-cautelar, fundado no poder discricionário do juiz e admitido sempre que se destaquem relevantes e urgentes os fundamentos do pedido, em mira do qual estará um ato ou omissão capaz de baldar o pronunciamento judicial definitivo que reconheça, afinal, o direito do impetrante no Mandado de Segurança, do paciente no Habeas Corpus, ou do autor na Ação Popular, na Ação Civil Pública e na ADIn (positiva ou negativa). Constitui-se, portanto, a medida liminar, em efetiva provisão judicial obrigatória se comprovado estiver que os efeitos imediatos do ato impugnado —, ou da omissão,

caracterizadora de outra lesão de direito líquido e certo ou equivalente — , ameaçam frustrar os objetivos da própria Ação Mandamental, Popular, Civil Pública entre outras ações que expressamente admitem esta forma sub generis de provimento cautelar.

“A liminar é medida administrativa de juízo (...) e só é tomada no exclusivo intuito de garantir a inteireza da sentença”. (J.M Othon Sidou in **As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos segundo a Nova Constituição, 2ª ed., Forense, RJ, p. 230**).

Desta feita, na iminência de grave lesão ao direito vindicado, através das diversas ações que a preveem ou, como aludem diversos autores, em forma de antecipação in limine, por intermédio da ação instrumental cautelar (e de seu conseqüente processo cautelar), nos casos de ações principais que não possuem a previsão expressa, lança-se mão da medida liminar que, em última análise, impedirá a consecução do ato, ou de seus efeitos, ou mesmo afastará a omissão, conforme traduzir-se a natureza da ilegalidade, abuso de poder, lesão ao patrimônio público, etc.

Por todas as razões, a medida liminar se traduz em sinérgico provimento jurisdicional de caráter emergencial, ou, em outras palavras, solução acauteladora de um possível direito agravado no instante do ajuizamento da respectiva ação, ou ameaçado com esse agravo, o que, em ambos os casos, poderá impor prejuízo irreparável se não for assegurado de imediato, tornando inócua a concessão da segurança desejada, a efetiva repressão a danos ao meio ambiente, lesões ao patrimônio público ou a qualquer outro tipo de tutela vindicada, demonstrando-se, por efeito, tardio qualquer provimento judicial meritório (e definitivo), tendente ao reconhecimento de direito já impossível de ser exercido, quer parcialmente, quer em sua plenitude.

Os motivos que levaram os legisladores à criação da medida liminar, deve-se, pois, inegavelmente a essa urgência em assegurar-se nas ações que aludem, sobretudo, a direitos fundamentais, que o eventual julgamento no sentido do deferimento do pedido originário, de caráter meritório, no seu campo terá, efetivamente, os resultados esperados, não se concretizando em uma simples declaração de direito “vazia”, sem o poder de transformar ou impedir situações de conseqüências irreversíveis.

De acordo, também, está o vocábulo liminar, que não deixa dúvida sobre a finalidade dianteira da medida, sem qualquer vínculo com o assunto principal (mérito) da ação com que se ocupará a sentença no seu momento devido.

Liminar: “que antecede o assunto ou objeto principal”. É exatamente este o sentido desta medida, de caráter administrativo-cautelares, tomada sempre com o inafastável exclusivo intuito de garantir a inteireza da sentença.

Necessário se torna, no entanto, identificar de forma bastante clara o seu objeto, para que não mais se dê margem à ligeira confusão que ainda se observa no que tange aos fundamentos e objetivos aos quais a medida liminar deve o seu próprio fundamento e efetivo nascimento.

3. OBJETO ESPECÍFICO DAS MEDIDAS LIMINARES

Em princípio, além dos pressupostos tradicionais, pelo menos dois requisitos genéricos devem estar transparentes na peça inaugural das respectivas ações que preveem expressamente a medida liminar na qualidade de revestimento instrumental da providência cautelar pretendida: “relevância dos motivos em que se assenta o pedido da inicial e a possibilidade (provável e plausível) da ocorrência de lesão irreparável do direito do autor, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito”.

São essas, em linha gerais, as razões principais do deferimento da medida liminar. Os motivos do ajuizamento da ação de conhecimento não estão, ao contrário, vinculados aos do pedido de liminar. Ainda que haja, — como em princípio é essencial —, um nexo causal que se desprende do mesmo direito que o autor quer ver reconhecido (fumus boni iuris), o objeto da medida liminar não é, em nenhuma hipótese (pelo menos em princípio), o mesmo da ação meritória originariamente ajuizada, em face de sua exclusiva referibilidade processual (distante, pois, em qualquer caso, do direito material controvertido).

O mandado de segurança, por exemplo, visa impedir conseqüências danosas causadas por autoridade pública quando a mesma aja ilegalmente ou com abuso de poder. Esse é o objeto do mandado de segurança, ou seja, o ato coator ilegal ou abusivo, que constranja, lese ou ameace o direito do impetrante.

A ação popular, por outro lado, objetiva obter a invalidação de atos ou contratos administrativos — ou a estes equiparados — ilegais e lesivos ao patrimônio público, em qualquer de suas respectivas esferas administrativas — federal, estadual ou municipal — ou, ainda, de suas relativas autarquias paraestatais e demais pessoas jurídicas subvencionadas com recursos públicos.

Já quanto à medida liminar, em qualquer hipótese, — seja no mandado de segurança ou em qualquer outra ação que expressamente a admita —, o objetivo é outro. O que se pretende é, apenas e tão somente, assegurar que o eventual julgamento com eventual provimento de mérito favorável ao autor não perca o sentido, garantindo, em última análise, a efetiva e sinérgica existência de matéria à sentença a ser editada, afastado por completo o eventual risco de qualquer inviabilidade executiva da decisão terminativa de caráter meritório.

(Neste sentido é sempre correta a afirmativa a qual a medida liminar (e, por extensão, a própria sentença na ação cautelar) efetivamente antecede (no exato sentido de vir antes da prolação da decisão final de mérito), mas jamais objetivamente antecipa (exceto por vias transversas) o pronunciamento judicial final).

É, portanto, em razão dessa possível “frustração” futura, que se fez necessária a existência da medida liminar. Uma medida de índole acautelatória, que garanta, em última instância, que a solução final do pedido meritório trazido ao conhecimento do Poder Judiciário — qualquer que seja ele — produza realmente os efeitos devidos, e não se torne inane ante às conseqüências previsíveis no momento da interposição da respectiva ação mandamental, popular, civil pública, entre outras, ou mesmo do ajuizamento da ação principal (no caso da medida liminar como simples antecipação in limine da medida cautelar vindicada).

“A medida cautelar visa tão-somente, resguardar a situação de fato que garanta à parte a satisfação de seu direito a ser discutido na ação principal, nela não podendo ser examinadas e decididas as questões pertinentes ao processo principal”. (Ac. Unânime da 2ª câm. do TAMG de 2/3/84, na apel. 24.279, rel. juiz Edelberto Lellis Santiago; RJTAMG 18/173).

É essencial, portanto, delinear as diferenças entre os objetivos das diversas ações que prevêm a medida liminar (incluindo neste diapasão as ações principais que se instrumentam por ações cautelares preparatórias ou incidentais) em relação à própria medida liminar. Ainda que de uma possa, tangencialmente, inferir o objetivo da outra, — pois são assuntos estanques —, as identidades quanto ao objeto, quando não compreendidas claramente, podem dar início até mesmo a interpretações errôneas e distorcidas, descaracterizando totalmente esta forma instrumental de providência cautelar, matéria específica, em última análise, do presente estudo.

Uma das interpretações que não julgamos acertada, e que se repete com constância na prática, consiste em considerar, de maneira simplória,

que o julgamento preliminar, no sentido da improcedência do pedido autoral, automaticamente, acarretaria a suspensão da liminar eventualmente deferida, ou, ao contrário, o seu julgamento pela procedência, absorveria a medida liminar, sem que fosse necessário ratificá-la expressamente na sentença. Nessa linha de raciocínio, a medida liminar indeferida inicialmente parece instalar-se também, automaticamente, no momento em que é concedida ou deferido o pedido meritório.

Acolher esse entendimento, data máxima venia, significa, acima de tudo, subtrair um pouco das características fundamentais da medida liminar.

Como dissemos acima, o objetivo particular da medida liminar é acautelar um direito que pode ou não ser reconhecido ao final da sentença. Não é, de modo algum, constituir uma antecipação da decisão meritória, que, embora com ela se relacione, a ela de nenhuma forma se encontra diretamente vinculada, em razão de sua própria e específica referendabilidade ao processo (e não ao direito material posto em julgamento) (1).

“(...) A liminar concedida em providência cautelar deve ser cassada, se evidenciado o seu caráter satisfativo. Afinal, tanto a doutrina como a jurisprudência tem se rebelado com o deferimento de medidas desta natureza, eis que o objetivo da medida liminar de feição cautelar é garantir a utilidade e a eficácia da futura prestação jurisdicional (...)” (AC 1ª T/TRF 1ª R, AI 920103439-3/MG, rel. juiz Plauto Ribeiro, 13/4/92).

“A tutela cautelar não tem como fim a antecipação de efeitos, mas sim manter o equilíbrio entre as partes e modo que a prestação jurisdicional seja útil e eficaz” (Francesco Carnelutti in *Derecho y Proceso*, Ediciones Jurídicas Europa, América, Buenos Aires, 1971, p. 415).

Se houvesse vínculo, junção, ou dependência, estaria o juiz agindo com leviandade, precipitando-se em julgar o mérito do pedido autoral consignando na ação levada a seu conhecimento, sem antes ouvir a outra parte apontada como autoridade coatora, requerida, ou simplesmente ré, conforme o caso, em virtual desafio ao princípio constitucional do contraditório (2) (3).

(Deve ser registrado, por oportuno, que a constante tensão dialética que caracteriza a permanente disputa entre o amplo acolhimento do princípio do contraditório, por um lado, a completa garantia no que tange à plena proteção da efetividade da prestação jurisdicional, por outro simplesmente, inexistente, numa análise mais consuetudinária do direito processual, no âmbito da tutela cautelar (salvo em termos formais), uma vez que tal preocupação só pode ser verdadeiramente admitida em situações de satisfatividade do provimento jurisdicional, alusivos à denominada jurisdição própria de caráter cognitivo com referendabilidade ao direito controvertido sub examem).

Não se confunde, por efeito conseqüente, neste quadro, o objeto da medida liminar com o objeto da ação própria em que a mesma se encontra contida, por força de reconhecida imposição legislativa. Daí porque ao ser julgado improcedente o pedido meritório, há necessidade de se suspender expressamente a liminar eventualmente deferida, sem o que deve-se entender que continua a medida a produzir seus efeitos preclusivo. Isto porque, sendo outros os motivos de sua concessão, a decisão que apenas não reconhece o direito vindicado na ação própria não implica, tacitamente, em considerar a desnecessidade da medida liminar até o transcurso do prazo recursal. Se a lesão (ou risco de lesão) continua sendo iminente, potencialmente destruidora do direito que ainda pode ser reconhecido, a regra é mantê-la até a decisão final, cristalizando o objetivo último da medida liminar que é expressamente a garantia da inteireza do decisum meritório e de sua conseqüente executabilidade plena (4).

(É imperioso salientar, entretanto, que esta posição, de caráter doutrinário e jurisprudencial amplamente majoritária, não é pacífica, existindo aqueles que defendem posições diametralmente opostas, especialmente no caso específico no Mandado de Segurança, como Othon Sidou, Coqueijo Costa e Celso Agrícola Barbi).

Notas:

(1) Conceito Específico de Medida Liminar e Diferença entre Medida Liminar, Medida Cautelar e Providência Cautelar

Muito embora existam algumas controvérsias, a doutrina mais abalizada a respeito do tema entendido pela conceituação de medida liminar como um autêntico provimento judicial, de natureza do tipo administrativo-cautelar.

Não obstante a possibilidade excepcional de se ter liminares desprovidas de um caráter flagrantemente cautelar (cf a respeito Ovídio Barbosa da Silva *in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, Ed. Letras Jurídicas, RS, 1995, p. 66; e JJ Calmon de Passos *in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, São Paulo, Ed. Ver. Dos Trib. 1984, p. 61) estas medidas se constituem, como bem afirma a propósito Galeno Lacerda (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Tomo I, Forense, RJ, 1980, p. 71, 103 e 162), em *autênticas providências de cunho cautelar*, ou mesmo espécie formal de exercícios da função cautelar (Calamandrei, Celso Agrícola Barbi, Renato Maneschy, Francisco Barros Dias, etc).

Sob este prisma, melhor seria entender, por todos os motivos, a *medida liminar como uma forma de exteriorização de determinada providência*

cautelar. Por efeito, a medida liminar, em regra, se constitui no aspecto *continente* de uma providência cautelar que, por sua vez, traduz em seu bojo, algum tipo de medida cautelar de urgência, que pode ser de forma geral, *nominada* (típica, ou seja, expressamente prevista na legislação em vigor) ou *inominada* (atípica).

(2) Medida Liminar e Antecipação da Tutela Cognitiva de Caráter Meritório

A medida liminar (e as providências cautelares, de forma geral), é importante frisar, não possuem, em nenhuma hipótese, objetivo específico de antecipar a tutela cognitiva de caráter meritório, não obstante uma parcela da jurisprudência praticamente isolada possa assim, eventualmente, sustentar.

“A segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional atende em regra à necessidade de proteção imediata de pessoas, bens ou prova, justificando-se no primeiro caso pela relevância dos valores humanos em jogo, estendendo-se essa antecipação no campo das cautelas inominadas, em dimensões notáveis. Admitem os processualistas modernos que, sob o prisma do interesse, é inegável que as medidas cautelares, quando deferidas, possuem eficácia satisfativa. Satisfazem elas, em primeiro lugar, o interesse genérico. Fim precípua de todas elas, de atender a necessidade de segurança quanto ao resultado útil do processo principal e, em segundo lugar, ao interesse material (...)” (Ac. TRT da 10ª R. no MS 98, rel. Juiz Heráclito Pena Júnior; Adcoas, 1990, n. 126.838).

Muito pelo contrário, a razão de sua existência cinge-se exclusivamente à outorga de uma sinérgica *garantia de efetividade da* própria decisão final de conhecimento que, muitas das vezes, — em face da inerente complexidade da *lide* (como bem assim, da excessiva burocracia processual e mesmo procedimental) e da necessidade imperiosa da observância de todos os mecanismos referentes ao princípio constitucional do *devido processo legal* —, demanda uma grande quantidade de tempo capaz, em última análise, de comprometer a *inteireza* (efetividade) da decisão definitiva (sentença).

Por efeito, a providência cautelar, de maneira geral, e particularmente a medida liminar se constitui em efetivo provimento de segurança que apenas, por vias transversas, oblíquas ou indiretas, atingem (sem se constituir em seu objetivo) o aspecto meritório, de natureza cognitiva, da questão principal.

“A medida cautelar não pode e não deve antecipar decisão sobre direito material, posto não ser de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória”. (ac. unân. da 17ª Câm. do TJSP de 4/9/85, na apelação 93.57-2, rel. des. José Cardinale; Ver. Jur. TJSP 97/196).

Muitos autores têm tido notável dificuldade em perceber este fato e alguns — prevalecendo-se de uma leitura, no mínimo, controversa da obra de *Calamandrei* — chegam mesmo a admitir a simples (e lícita) antecipação do mérito, através do provimento administrativo-cautelar (e, em grande parte, também judicial) da medida liminar inaudita altera pars, esquecendo no mínimo, a existência insuperável do princípio constitucional do contraditório que veda, ainda que provisoriamente, tal antecipação.

“Tendo, como é sabido, as providências cautelares e as de mérito conteúdos e funções totalmente diferentes, não pode a medida preventiva ser considerada, em nenhum caso, uma antecipação da providência de mérito. (...).

A verdade é que nenhuma providência cautelar, seja específica e determinada, seja genérica e indeterminada (atípica), constitui, em hipótese alguma, uma antecipação provisional da resolução do conflito de interesses”. (Humberto Theodoro Júnior, in Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 1179 e segs.).

Sob este diapasão, deve ser registrada a opinião, de cunho interpretativo alusivo a outros autores (e, em nosso particular entender, desprovida de correção), de *Betina Rizzato Lara* (*in Liminares no Processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1993) que salienta de forma generalizada, e, sob este prisma, *data maxima venia*, de forma equivocada, pela existência de um pretenso carácter antecipatório da tutela cautelar *in limine*, verbis:

“O conceito de liminar, apresentado por grande parte dos autores, ressalvadas as diferenças terminológicas, possui um ponto em comum: configurar uma antecipação daquilo que se obteria ao final da ação, com a prolação da sentença.

Assim, por exemplo, Antonio Cezar Lima da Fonseca diz que a medida liminar antecipa os efeitos futuros da sentença final. Hamilton de Moraes e Barros define a medida liminar como a entrega provisória e antecipada do pedido. Ovídio Baptista da Silva fala em antecipação de alguma eficácia setencial contida nas liminares. Cretella Júnior se refere à liminar como uma

decisão provisória anterior que se opõe a posterior. ***Rodolfo de Camargo Mancuso***, por sua vez, afirma que as “liminares”, em qualquer tipo de processo, provocam uma antecipação, ainda que provisória, da tutela pretendida “principaliter”. Elas são como que uma retroprojeção de uma imagem que possivelmente será representada na sentença final”.

Apesar de a autora em questão, procurando minimizar o alcance de seu entendimento, refere-se ao fato de que “a medida liminar não caracteriza jamais uma antecipação da própria decisão de mérito na sentença” (o que todavia, também não é, data venia, absolutamente correto, uma vez que, em caráter excepcional, tal pode ocorrer), e sim apenas a uma antecipação “aos efeitos que decorrem dessa decisão e que não aludem à natureza declaratória ou constitutiva do conteúdo da sentença” tal afirmativa não encontra o necessário respaldo na doutrina mais abalizada sobre a questão, não tendo esta tese, em nosso particular entender, obtido a necessária incorporação social a que alude com mérita propriedade Calmon de Passos.

“A concessão de liminar — mormente de conteúdo satisfativo — não deve ser, data vênia, prodigalizada, dentre outros motivos, porque afasta um dos pilares do processo, que é o contraditório”. (TRF/2ª Região, AG 0210277, 3ª T/RJ, DJ 30/5/96, relator juiz Arnaldo Lima, unânime).

(3) Princípio do Contraditório

É importante esclarecer que, em termos acadêmicos, é comum classificar o princípio do contraditório em duas diferentes acepções: o contraditório material (alusivo ao direito material controvertido (e, conseqüentemente, ao aspecto jurisdicional próprio, de caráter meritório)) e o contraditório formal (relativo a aspectos exclusivamente processuais). O Contraditório material (verdadeiro) é sempre a priori, ou seja, qualquer decisão (antecipada ou não) de natureza meritória somente pode ser concluída com a oitiva prévia das partes contentoras. Já o contraditório formal (ficcional e impróprio), embora também deva ser a priori, pode ser efetivado, excepcionalmente a posteriori ou, em outras palavras, a decisão processual (não meritória) pode ser, a guisa de exceção, tomada sem a oitiva de uma das partes (ou até eventualmente de ambas (decisões ex officio)) e, somente após sua efetivação, permitir vistas à outra parte (ou ambas as partes).

No que concerne à matéria cautelar, em face de sua indiscutível ausência de conteúdo meritório, o contraditório é sempre formal, permitindo,

desta feita, a ampla possibilidade não só de concessão de liminares ex officio (através do exercício do chamado poder cautelar genérico do magistrado), mas também o sinérgico deferimento das liminares inominadas inaudita altera pars (por intermédio do regular exercício do denominado poder cautelar geral do julgador).

(4) Medida Liminar como Sucedâneo da Lentidão da Prestação Jurisdicional

Um dos maiores desafios jurídicos dos últimos anos tem sido exatamente o tratamento desvirtuado, conferido por parcela minoritária (porém expressiva) de julgadores, quanto ao instituto específico das medidas liminares que, em grande parte, vem subvertendo o objeto próprio das providências cautelares concedidas *in limine*.

Abalizado por parte minoritária (senão condenável) da doutrina (que ainda não percebeu os graves riscos de tal iniciativa desafiadora dos precisos limites da segurança cautelar insita nas medidas liminares), muitos membros do Poder Judiciário têm simplesmente utilizado, nos últimos tempos, da providências cautelares *in limine* (requiridas expressamente ou, em menor grau, concedidas *ex officio*) para conferir uma desejável (porém, nem sempre possível) celeridade à prestação jurisdicional como um todo, ou senão, pelo menos, para antecipar resultados (e efeitos) fáticos (e, em alguma medida, também jurídicos) da sentença meritória.

Muito embora seja praticamente pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, o fato de que medida liminar — possuindo nítido caráter de providência cautelar, com objetivo específico e restrito à segurança e à garantia da inteireza da tutela meritória de conhecimento requerida —, em nenhuma hipótese (salvo por vias transversas e na qualidade de virtual efeito colateral), antecipar (ou objetivar a antecipação) o *merito cause* (ou mesmo quaisquer efeitos, inclusive fáticos) presentes no conteúdo da decisão terminativa a ser proferida pelo Judiciário a seu tempo, algumas vezes discordantes — em sublime desafio à própria finalidade da tutela cautelar — têm sido admitido de forma pretensamente legítima, a possibilidade de *a liminar*, em caráter provisório (que, em muitas vezes, na prática, tem assumido o condão da definitividade), antecipar (embora o seu objetivo seja único e exclusivamente o de assegurar a efetividade do decisum meritório) o conteúdo, ou, o advento da prolação final da sentença de caráter cognitivo.

“Através deste instituto processual (a medida liminar) é possível obter-se na forma antecipada e provisória, algo que só seria conseguido com a prolação da sentença” (Betina Laro *in Liminares*)

no Processo Civil, 2ª ed., atualizada, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1994).

Esse entendimento, ainda que, de nenhuma forma, tenha, até o presente momento, se constituído em uma autêntica tese jurídica, socialmente incorporada pelo mundo do direito, sem dúvida tem, no mínimo, conseguindo, em muitos casos, “perturbar” a ordem jurídica estabelecida, subvertendo, em grande medida, o objetivo fundamental (e o próprio objeto específico) das medidas liminares (e demais institutos cautelares).

“Nenhuma liminar, por razões óbvias, deve esvaziar o mérito”. (Francisco Antônio de Oliveira, *in O Processo na Justiça do Trabalho, “Dos Recursos”*, RT, p. 577).

Nesse diapasão, convém registrar que alguns julgadores, muitos dos quais motivados por razão de desídia, preguiça, indolência, descaso, desleixo (ou ainda, o que é pior, por considerações de ódio, afeição, contemplação ou para, de modo geral, satisfazer interesse pessoal (o que caracteriza o delito de prevaricação, tipificado no artigo 319 do Código Penal) têm simplesmente ignorado os mandamentos legais (que estabelecem claramente não só a finalidade restritiva, como também os requisitos limitados da medida liminar), para afirmar tal providência, de natureza jurídica especificamente administrativo-cautelares, como verdadeiro sucedâneo a sua inescusável (e, em certo aspecto, inexplicável) demora na prestação da função jurisdicional de conhecimento, afastando, de maneira efetiva, eventuais reclamações, da parte autora, quanto à virtual lentidão do exercício da atividade judicante. Outros, camuflando a absoluta verdade dos fatos numa eterna e insuperável consideração a respeito do excessivo número de processos em tramitação em seu juízo, procura, — através de uma hermenêutica particular (e discórdia) e, de nenhuma maneira, autorizada pela lei em sentido amplo — justificar a concessão liberal de liminares, muitas das quais satisfativas do direito reclamado, em prol de uma pretensa e inadmissível prevalência da “justiça” (abstrata e eminentemente subjetiva) sobre a lei, em particular, e o direito, de modo geral.

Esquecem estes mesmos magistrados, entretanto, que para se atender, em sua plenitude, aos diversos princípios constitucionais, relativos ao devido processo legal, como bem assim, ao próprio princípio amplo do contraditório, é necessário um transcurso temporal mínimo, sem o qual a leviandade do julgador restaria, por si só, consignada no próprio *decisum* — em absoluto desfavor da necessária correção da prestação jurisdicional —, contribuindo, sobremaneira, para o descrédito e o desprestígio da Instituição da Justiça.

“Para a prestação de uma tutela jurisdicional eficaz e segura, o juiz deve ter tempo de avaliar a matéria fático-jurídica que é vedada ao seu conhecimento até chegar a solução que entender correta” (Donaldo Armelin in *A Tutela Jurisdicional Cautelar*, R. Proc. Geral do Estado de São Paulo, 23/115-16).

Se, por um lado, como já afirmava *Rui Barbosa* “justiça não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, por outro, deve ser esclarecido que a prestação jurisdicional que não atenda aos preceitos mínimos do bom senso (como o princípio basilar de que a parte contrária deve ser sempre ouvida) não pode ser validamente conduzida, ainda mais quanto admitida, sob o singelo argumento em favor da imposição forçada de uma pretensa celeridade instrumentalizada, contra a legis, por mecanismo que não lhe são próprios.

A medida liminar, nesse contexto, não se caracteriza, sob nenhum ângulo, como efetivo meio de resposta aos anseios de uma justiça mais veloz (a exemplo do julgamento antecipado da lide, a sumarização dos ritos processuais, etc), pois não é esta, nenhuma acepção, a sua finalidade, nem a sua razão de existir. A liminar é, em termos precisos, uma garantia, uma sentença, uma cautela que visa exclusivamente a assegurar a efetividade da sentença meritória, permitindo que a mesma — após o regular transcurso temporal necessário para a sua perfeita prolação —, guarde a sua inteireza e não se torne, por efeito, inócua. Este é o seu desiderato único e fundamental.

Por todas essas razões, a medida liminar não pode servir, portanto, de verdadeiro apanágio viabilizador, em última instância, do exercício de uma tutela jurisdicional leviana, imprudente, inconsiderada, precipitada, e, sobretudo, ilegítima.

Não podemos nos esquecer que o juiz, como bem afirma Calmon de Passos, não é um homem para se contrapor à ordem jurídica; muito pelo contrário, o magistrado é um homem para dar concreção à ordem jurídica, tornando, em última análise, rigorosamente segura a prestação jurisdicional que lhe foi confiada e saciando as expectativas sociais nesse sentido.

Não é razão que, volta e meia, se retorna à carga quanto do propalado controle externo do Poder Judiciário, pois é muito difícil a qualquer cidadão, relativamente esclarecido, entender o grave paradoxo de que nos deparamos na presente atualidade, ou seja: como é possível a um magistrado de 1º grau de jurisdição (muitas vezes recém concursado) — à guisa de uma interpretação equivocada da lei (e, em parte, viabilizada pelo princípio amplo da independência do julgador) — paralisar todo um País, por intermédio do

deferimento irregular de uma medida liminar (ou, de outra feita, antecipar, esvaziando o mérito da questão controversa, sem ouvir a parte contrária, através de uma simples medida cautelar concedida in limine), quando a sua própria decisão definitiva — resultado de uma ampla reflexão jurídica (e do atendimento pleno de todos os preceitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais) — não possui qualquer efetividade, em face do efeito suspensivo do recurso de apelação que será interposto pela parte sucumbente ou mesmo do recurso que será estabelecido compulsoriamente em decorrência do princípio do duplo grau como condição de eficácia da sentença?

* Mestre e Doutor em Direito Público, é atualmente Professor Titular e Coordenador dos Cursos de Pós Graduação Lato Sensu na UNESA, Magistrado Federal e ex-membro do Ministério Público, é autor da obra “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares”, 3ª edição, Forense Universitária/RJ.



O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

*Meire Lúcia Gomes Monteiro **

O Conselho de Recursos da Previdência Social — órgão mais antigo do sistema previdenciário brasileiro — remonta ao período da implantação da Justiça do Trabalho, criado pelo Decreto-lei nº 1.237, de 02 de maio de 1939, como Câmara da Previdência Social do Conselho Nacional do Trabalho.

Desde a sua origem foi progressivamente aperfeiçoado, para acompanhar a evolução da justiça social no País; transformado em 1946 em Conselho Superior da Previdência Social, em 1966 recebeu a sua atual denominação, tendo o Decreto nº 568, de 12 de junho de 1992, o reestruturado. Posteriormente a Portaria Ministerial nº 712, de 9 de dezembro de 1993, aprovou o atual Regimento Interno e a de nº 713, da mesma data, aprovou suas Normas de Procedimento.

Em 5 de junho de 1995, através do Decreto nº 1514/95, foi subtraída às Juntas de Recurso competência para julgar matéria relacionada com o Plano de Custeio da Seguridade Social, transformando as Câmaras de Julgamento em instância única em matéria fiscal.

Outras normas disciplinam as competências e procedimentos, como a Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997, em seu art. 126; os Decretos números 944/93, 1514/95 e 2173/97, Portarias MPAS — GM números 1099/94, 3321/96, 3697/96 e 4212/97 e Portaria CRPS nº 19/96.

O CRPS é o órgão de controle jurisdicional das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, nos processos de interesse dos beneficiários e das empresas, com sede em Brasília e jurisdição em todo território nacional.

Como última instância jurisdicional da Previdência Social, exerce o papel fundamental de uniformizar e pacificar a jurisprudência administrativa, fixando a orientação jurídico-normativa a ser observada por todos os órgãos do sistema previdenciário.

Compõem o CRPS representantes do governo, dos trabalhadores e das empresas. Os primeiros são escolhidos dentre servidores com notório conhecimento de matéria previdenciária; os demais são eleitos e indicados pelas respectivas confederações nacionais ou federações-sindicatos estaduais sendo todos nomeados pelo Ministro da Previdência Social.

A partir da entrada em vigor do Decreto 1514/95, somente em matéria de benefícios é observado o duplo grau de jurisdição. No primeiro grau as Juntas de Recursos julgam os apelos contra as decisões do INSS. No segundo grau compete às Câmaras de Julgamento decidir, em última instância, recursos contra decisões das já mencionadas Juntas que infringirem lei, regulamento, enunciado ou ato normativo ministerial. As Juntas de Recursos, instaladas nos Estados, apreciam todas as matérias de cunho previdenciário, exceto as ligadas à débito, concentradas em Câmaras específicas. As Câmaras de Julgamento, reunidas, constituem o Pleno do CRPS, que tem como atribuição dirimir conflitos de competência e aprovar os enunciados, visando uniformizar e sumular a jurisprudência administrativa previdenciária.

Perante o CRPS os litígios têm, de um lado, beneficiários (segurados e dependentes) ou empresas e, do outro, o INSS. Todavia, a utilização da via jurisdicional não é obrigatória: a empresa ou o beneficiário pode recorrer à Justiça em qualquer fase do processo administrativo; pode, inclusive, abandonar a instância jurisdicional e reclamar diretamente na Justiça.

O INSS, porém, não pode questionar na Justiça, estando obrigado a acatar os ditames da instância jurisdicional. Assim, a força coativa do julgado alcança apenas a autarquia previdenciária. A outra parte interessada, repita-se, tem liberdade de utilizar ou não a instância jurisdicional.

De onde surgem os instrumentos e mecanismos administrativos e jurídicos destinados a respaldar o desempenho de tão relevante órgão para o aprimoramento das relações entre a previdência social e sua clientela?

As relações entre os cidadãos e entre estes e o Estado só podem se reger pelo direito, que nasce da lei. A Administração Pública, no estado de direito, é atividade vinculada à lei, como instrumento definidor do ato administrativo. Divorciado da lei o ato administrativo não obriga ninguém. Se é praticado por quem para tanto não possui competência ou se desvia de sua finalidade, se é equivocado quanto ao objeto, se é de tal maneira viciado que disso resulta a sua nulidade ou anulabilidade, no estado de direito impõe-se à Administração Pública adotar formas de controle para defesa dela própria e dos direitos dos cidadãos.

No estado de direito a Administração Pública respeita os legítimos interesses do cidadão e só lhe restringe os passos ou amplia suas aspirações com fundamento na lei. Daí a sujeição do processo administrativo ao princípio da legalidade.

Nesse contexto o processo administrativo, que pode ser gracioso, atingiria seu fim último de respeito do direito individual na forma de contencioso, cumprindo os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. No contencioso não há o perigo de a Administração Pública confundir poderes discricionários com arbítrio. Ela tem liberdade de apreciação e opção, mas há que sujeitar-se às formalidades legais. Não deixar ao arbítrio da autoridade administrativa o destino da postulação reforça a necessidade do processo administrativo, onde a pretensão formulada e a contestação facultada ao órgão demandado vão provocar uma decisão que não se confunde com procedimento administrativo, cujo conceito final designa sucessão de atos que visem otimizar a tarefa do órgão. A autoridade administrativa pode, em processo regular, impor a decisão, mas esta não faz coisa julgada.

Em nosso País a questão do contencioso administrativo é antiga. O clássico *Viveiros de Castro*, tendo em mente a experiência francesa, posicionava-se contra ele, porque na França, pelo sistema de dupla jurisdição, é vedado ao Poder Judiciário apreciar os atos da Administração, que reivindicava o conhecimento de todas as ações contra o Estado.

Historicamente os doutrinadores brasileiros divergem sobre o contencioso administrativo. Alguns, como *Guimarães Menegale* e *Hely Lopes Meirelles*, entendem que ele é incompatível com a Constituição republicana, por invadir a esfera de competência privativa do Poder Judiciário e afrontar o sistema de jurisdição uma previsto no nosso ordenamento jurídico, segundo o princípio constitucional de que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão de direito individual.

Por outro lado, o professor *Dalmo de Abreu Dallari*, a propósito das divergências doutrinárias quanto ao contencioso administrativo na organização brasileira, apreciando-o sob o aspecto da conveniência, apregoa a validade de sua contribuição para “um sistema orgânico e coerente, permitindo a uniformização dos procedimentos da administração pública, a correção das anomalias nas decisões improvisadas e arbitrárias, adaptadas às conveniências momentâneas de cada repartição, além de eliminar a tremenda variedade de regras, ritos, competências, prazos, penalidades, que tornam impossível a intervenção de qualquer processo administrativo sem o conhecimento de uma determinada lei aplicada somente a uma hipótese específica”. Conclui que o contencioso administrativo, desde que bem estruturado por verdadeiros especialistas e apto a funcionar livre de injunções políticas, poderá ser de alta conveniência para o aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro.

Diante do atual sistema constitucional e observando historicamente a experiência do contencioso administrativo do Brasil, não pensamos em solução extremada: a escolha da via administrativa não impediria o cidadão de recorrer ao Judiciário de decisão que entenda lesiva ao seu direito individual. A decisão oriunda do contencioso administrativo só faz coisa julgada em relação ao Executivo, sendo imperativo que o Judiciário aprecie eventual lesão: como simples decisão administrativa, não faz coisa julgada no sentido processual de sentença oponível a terceiros. Apenas pretendemos que o ato decidido em última instância administrativa seja soberano e irrevogável pela própria Administração. Isso é ordem, seriedade, coerência e respeito à lei.

No nosso entendimento, o contencioso administrativo, sem poder jurisdicional para decisão em questões previdenciárias, é previsão constitucional. A Carta Magna de 17 de outubro de 1969, nos seus artigos 110 e 111, previu a possibilidade da sua criação para julgamento de litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e empresas públicas federais.

Em face de algumas restrições de ordem doutrinária, que a concretização desse mandamento viria gerar, a Emenda nº 07, de 1977, alterou a redação do seu artigo 203 para retirar do contencioso a ser criado o poder jurisdicional e a exigência do esgotamento prévio das vias administrativas, estabelecido no artigo 153, § 4º, para acesso à justiça.

A Constituição de 5 de outubro de 1988, conquanto tenha repetido, no inciso XXXV do artigo 5º, o preceito do retrocitado § 4º do artigo 153 da Carta substituída, porém sem o exaurimento dos recursos na via administrativa, mais que sugerindo, repete em outros incisos do mesmo artigo, a garantia “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” do “contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos e ela inerentes”, bem como de “habeas data”.

Por último, o inciso III do artigo 8º assegura às entidades sindicais a prerrogativa de defender os interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em juízo e em processos administrativos, e o artigo 10 estabelece a representação classista nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam discutidos ou sejam objeto de deliberação.

Como se vê, está presente na vontade do legislador constituinte, ora explicitamente, ora de modo implícito, a criação de contencioso administrativo na área da Previdência Social, como também foram removidos, cuidadosamente, os óbices doutrinários ou de natureza prática.

Vale ressaltar que se trata de uma necessidade imperiosa, além de tudo, para garantir ao beneficiário e à empresa o verdadeiro contraditório sem a ascendência de qualquer outro órgão da Previdência sobre os mesmos, restando-lhes a condição de parte sem privilégios nem vantagens que não sejam decorrentes de direito.

A vivência dos problemas gerados nessa lacuna anima-nos a proclamar que a institucionalização do contencioso administrativo acudirá aos altos interesses dos beneficiários, eis que, não integrando o Poder Judiciário, mas podendo por este ter suas decisões revistas ou reformadas, o contencioso administrativo desonera-o de encargos que pode assumir em caráter preliminar e celeremente resolvê-los. E, na prática, sua conveniência é evidente, tanto mais que integrado por notórios especialistas, capazes de corrigir e sanar sem novos ônus os naturais conflitos entre os interesses do cidadão e os da Administração Pública, dentro de uma precisa delimitação legal no campo de atuação social.

Assuntos como apuração de débitos, contagem de tempo de serviço, caracterização de acidente de trabalho, aferição de incapacidade para efeito de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez não devem ser levados ao Judiciário antes de exaustivamente examinados pela Administração. Quando deles conhece sem a palavra da Administração, o Judiciário tem de louvar-se no trabalho de peritos, não raro recrutados fora dos quadros da administração federal. Que sentido objetivo preside tal comportamento? Praticamente nenhum! Sem contar o dispêndio do precioso tempo dos magistrados, às voltas como questões médicas, etc., forçoso é reconhecer que em matéria de avaliação de capacidade laborativa nenhum outro corpo de profissionais se compara com o da Previdência Social. Além destes, outros exemplos poderíamos dar, nos quais o esgotamento da via administrativa é uma necessidade.

É conhecida a sobrecarga que representa para o Poder Judiciário o número de processos de matéria previdenciária, que em certas jurisdições chegam a 50% do total em tramitação, o que explica pelo menos em parte a demora das decisões.

Como a Constituição não prevê a hipótese, parece conveniente aproveitar-se a oportunidade de Reforma do Judiciário (embora isso possa, também, ser objeto de Emenda) para, conjugando os fatores apontados, institucionalizar-se o Contencioso Administrativo da Previdência Social como instância inicial administrativa em matéria previdenciária.

A lei regulamentará o processo, inclusive com a fixação de um prazo para o julgamento administrativo (não mais de 180 dias), após o qual o processo irá para a Justiça Federal no estado em que se encontrar. O condicionamento ao prévio exaurimento da via administrativa (com prazo limitado) não impedirá o cidadão de recorrer ao Judiciário da decisão que entenda lesiva ao seu direito individual. É imperativo que o Judiciário possa apreciar eventual lesão.

Não se trata de invasão de esfera de competência do Poder Judiciário. O que se pretende é que o ato decidido em última instância administrativa seja administrativamente inimpugnável e imodificável pela própria Administração.

Defende-se de um lado a necessidade de que o processo administrativo in concreto seja objeto de uma decisão administrativa terminativa. De outro lado, a desobstrução da máquina judiciária, assoberbada até mesmo por questiúnculas envolvendo a Previdência Social. Além do mais, é de se levar em consideração a importância da receita previdenciária para o equilíbrio do sistema.

A gratuidade da prestação jurisdicional, menos formalidade e maior agilidade atendem melhor à função social da Previdência Social e, sendo inevitável o ingresso na Justiça, o processo estará devidamente instruído e discutido.

O contencioso administrativo da Previdência Social representará importante avanço para o equilíbrio das relações entre o Estado e os cidadãos, pela via da correta apreciação da legislação pertinente, a par de contribuir para a sanidade financeira do sistema previdenciário.

Será, sem dúvida, importante experiência para a Administração Pública brasileira: o Estado (Previdência Social), os beneficiários e as empresas litigarão em completa igualdade de condições. Todos como partes. Sem predominância nem privilégios.

* Procuradora do INSS. Vice-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da Previdência Social – ANPPREV. Ex-Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS e Ex-Procuradora-Geral do INSS.



EM DEFESA DAS NOVAS FORMAS DE CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO

*Antônio Álvares da Silva **

A Lei 9.601/98 vem recebendo críticas injustas e infundas que ainda não atinaram com sua finalidade dentro do contexto em que foi promulgada. Avança-se para destruir o que conseguimos mas não se apresenta nenhuma proposta concreta para melhorar o que existe. É missão deste artigo mostrar o outro lado para que o leitor se ponha na posição do necessário equilíbrio para examinar os fatos.

A imensa massa que constitui a mão-de-obra não foi, em nenhuma época nem em nenhum país, uma categoria uniforme e indiferenciada. Há trabalhadores em empregos instáveis, os protegidos contra dispensa, os temporários, os aprendizes, os estagiários, os eventuais e os autônomos. Há também os que trabalham por prazo determinado e indeterminado. Esta distinção foi gerada pelos fatos da vida, pois é inesgotável e ilimitado o

fascinante mundo do trabalho humano. Pode ser que uma empresa atue provisoriamente, apenas em determinadas épocas do ano (empresas sazonais, de verão ou de inverno) e há também as que prestam serviços transitórios, passíveis de uma previsão de término, o que gera a necessidade de trabalho transitório. Outras vezes, nas empresas permanentes, o empregado é admitido em caráter de experiência para se avaliar, por ambos os lados, a possibilidade da contratação definitiva.

Hoje o mundo do trabalho passa por uma imensa mudança. A rejeição do trabalhador, que começara na Revolução Industrial com a introdução das máquinas, agora assume requintes de perfeccionismo: quase todos os movimentos humanos podem ser transformados em programas e dirigidos automaticamente por computadores através de um *soft*. Se antes a máquina dispensara a mão, hoje os engenhos eletrônicos dispensam o cérebro. O emprego está condenado de morte e a sentença irreversível foi dada pelo desenvolvimento tecnológico permanentemente em ascensão em todas as fases da história humana.

Os países desenvolvidos vêm tomando medidas para enfrentarem a crise da empregabilidade, que é o principal problema nesta passagem da idade moderna para a pós-moderna, quando então se extinguirá definitivamente a relação de trabalho subordinado, substituída por um outro tipo de prestação de trabalho sobre o qual até agora não há previsão nem consenso. Por isso é que se fala a todo instante em desregulação, flexibilização, redução de custos, negociação por empresa, co-gestão e participação, trabalho cooperado, contrato de atividade, etc., palavras que assumiram presença definitiva no linguajar técnico de todos os autores.

Quem estuda o direito comparado vê que os sistemas jurídicos dos povos cultos apresentam inúmeras medidas para debelar a crise. Até na Alemanha, sempre ortodoxa na rígida proteção do empregado, foi feita ampla reforma, caminhando-se no sentido da desregulação, flexibilização e modernização da dispensa, da co-gestão no estabelecimento, na lei de fomento ao emprego, na lei do horário de trabalho, permitindo-se, através de convenções coletivas, horário flexível com compensações anuais. Está sendo freqüentemente convencionada uma jornada semanal de até 60 horas, das quais apenas 35-40 são pagas. As restantes são depositadas numa conta para serem compensadas quando houver decréscimo da jornada ou supressão do trabalho em razão da conjuntura econômica. Também está havendo sensível diminuição das prestações e redução dos gastos sociais conforme acentua o Prof. Dietrich von Stebut da *Technische Universität* de Berlim, na revista *Recht der Arbeit*, 5, Set-Out de 1997.

O Brasil não ficou alheio ao que se passa no mundo e apresentou uma contribuição — bastante modesta, diga-se de passagem — através da Lei 9.601/98, permitindo que se contrate por prazo determinado, sem as limitações do art. 443, § 2º, da CLT, desde que estas admissões sejam negociadas coletivamente e importem em acréscimo do número de empregados. Para incentivar a contratação, aliviou a empresa da carga tributária que pesa sobre a relação de emprego através das concessões previstas no art. 2º. Não se há de esperar de medida tão limitada solução do desemprego e geração em massa de postos de trabalho. Seu objetivo é bem mais modesto: reempregar o dispensado ou possibilitar a chance de ingresso no mercado de trabalho daqueles que, até agora, não a tiveram. Entre a opção de pagar seguro-desemprego e financiar a inatividade à custa de todos nós, pensou-se num modo de restituir ao empregado a dignidade do trabalho que lhe falta.

A lei nada tem de inconstitucional em nenhum de seus aspectos. A relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária, mencionada no art. 7º, I, da CF, refere-se ao emprego existente que se procura resguardar contra o arbítrio da dispensa imotivada. Aqui, o que se procura é facilitar o ingresso ou o reingresso no mercado de trabalho. Situações diferentes às quais falta o “terminus comparationis” para que se estabeleça entre elas qualquer cotejo útil e produtivo. A perda do emprego sem empecilhos já existe há mais de meio século com o cumprimento dos contratos de trabalho por prazo determinado e até mesmo nos contratos por prazo indeterminado, com a simples liberação dos depósitos do FGTS, introduzido em 1967.

A execução da lei pela via das convenções coletivas, através de conteúdos nelas mesmos negociados ou a ela transferidos, é praxe universal praticada em todos os países e se coloca exatamente no objetivo de toda e qualquer negociação em plano coletivo. No caso concreto, se ela afasta a incidência do art. 443, § 2º, da CLT, permite, por outro lado, a contratação de novos trabalhadores, aumentando o número dos existentes. Não se está simplesmente subtraindo direitos mas abrindo-se uma outra via para novos empregos. Nem muito menos se revoga o art. 443, § 2º. Os sindicatos é que vão livremente decidir no exercício da liberdade que a Constituição lhes concedeu.

É verdade que toda convenção coletiva existe para melhorar as condições de trabalho e é claro que, ao reconhecê-la no art. 7º, XXVI, não se deu aos sindicatos uma alavanca para remover da CF direitos e garantias nem muito menos para desativar o efeito de normas imperativas, ditadas para a proteção do empregado, do empregador e da própria sociedade.

Se assim não fosse, os sindicatos teriam na mão um instrumento de poder ilimitado, com o qual poderiam revogar a Constituição ou destruir o Estado de Direito.

Hipótese diversa e bem diferente é a que afasta a aplicação de conteúdos mínimos garantidos aos trabalhadores, na Constituição e na lei, por outros direitos ou condições, levando-se em conta uma situação concreta e especial, que mais pode beneficiar a ambas as partes, principalmente ao empregado, do que a aplicação pura e simples do direito garantido. O exemplo está no art. 7º, VI, quando a irredutibilidade do salário, garantia-mor do trabalhador, é excepcionada por meio de acordo e convenção coletivos. O mesmo se dá com os limites diário e semanal da duração do trabalho, cuja jornada pode ser reduzida e cujo horário pode ser compensado por negociação coletiva, — art. 7º, XIII — o mesmo acontecendo nos turnos interromptos de revezamento — art. 7º, XIV.

Esta técnica, de lastro constitucional, pode ser aplicada a outros direitos ali não assentados porque está na esfera de competência da convenção e acordo coletivos, reconhecidos pela Constituição sem qualquer limite ou restrição. Pense-se na renúncia, passageira ou definitiva, negociada coletivamente, de direitos e vantagens longamente aderidos ao contrato de trabalho para se evitar a dispensa em massa e, em alguns casos, o próprio fechamento da empresa. Neste caso a renúncia do direito se deu como compensação a um mal maior e é perfeitamente legítima.

Não há necessidade alguma de lei para reduzir ou afastar a incidência de lei federal. O que é necessário é que esta redução ou afastamento seja compensado por outros direitos e vantagens, ditados pela situação concreta. Este mecanismo é ínsito à negociação coletiva e o legislador não precisa prever o que está na natureza dos institutos jurídicos, universalmente reconhecidos.

A criação da norma trabalhista é de competência concomitante da União Federal e dos sindicatos pela via da negociação. As convenções coletivas não existem apenas para atuarem no vazio da lei ou para só criarem a norma mais favorável. Está também em sua competência, principalmente neste momento de crise mundial do emprego, compensar direitos e harmonizar interesses, excluindo a incidência de vantagens previstas por outras engendradas no entendimento da situação especificamente negociada. No campo do Direito do Trabalho, há que se distinguir entre norma imperativa de alcance ou interesse público — saúde do trabalhador, proteção de menores, higiene e segurança — e normas imperativas de conteúdo patrimonial. Estas podem ser negociadas por

outras para a composição de situações típicas, principalmente quando se tem em vista resguardar o emprego do trabalhador. Seria um absurdo permitir a extinção da empresa ou de alguns postos de trabalho por não se transigir em relação a direitos que dele decorrem. É lógico que, numa situação de crise e necessidade, é preferível a perda dos anéis para se salvarem os dedos.

Não há falar em tratamento anti-isonômico de trabalhadores igualmente contratados por prazo determinado segundo o art. 443 e a Lei 9.601/98. As duas categorias, embora iguais no gênero, são diferentes na espécie. A predeterminação do prazo, nas hipóteses do § 2º do art. 443, justifica-se pela natureza do serviço ou da atividade empresarial [letras a) e b)] ou pelo contrato de experiência, como prévia adaptação a uma possível contratação definitiva. A predeterminação do prazo da Lei 9.601/98 refere-se à política de emprego. Visa a facilitar a contratação, compensando a empresa com a diminuição da carga tributária que pesa sobre a relação empregatícia.

Por outro lado, não se pode afirmar que o contratado pela Lei 9.601 tenha menos direitos do que o modelo celetista já que a indenização negociada para a rescisão antecipada pode até ser maior do que a celetista. Isto sem falar no reforço de multas pelo descumprimento de cláusula, o que pode trazer ainda mais vantagem patrimonial ao empregado.

Também não há qualquer discriminação ou inconstitucionalidade sob o prisma do FGTS. Este direito constitucional do trabalhador brasileiro, previsto no art. 7º, III, não está detalhado na Lei Maior. Por isso, depende da lei ordinária para sua disciplinação quanto a gestão, alíquota do depósito, correção do saldo, levantamento, emprego do montante arrecadado, etc., o que foi feito pela Lei 8.306/90. Nela se previu o depósito de 8% da remuneração paga em conta bancária vinculada. A Lei 9.601 reduziu a alíquota para 2%, quando a contratação se verifica dentro das condições nela previstas. Ambas, na condição de lei ordinária, disciplinaram o dispositivo constitucional segundo as finalidades próprias de cada uma.

Os depósitos mensais vinculados, sem prejuízo dos depósitos oficiais do FGTS, também previstos em negociação coletiva (art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.601/98) não têm natureza tributária nem se equiparam ao FGTS. Trata-se de uma espécie de pecúlio, que a lei facultou criar, com a finalidade de beneficiar o empregado. Deixou os valores e a periodicidade do saque a critério das partes, exatamente para que tivessem ampla flexibilidade da negociação. As empresas maiores, naturalmente, terão condições de fazer um depósito mais significativo. As médias e as pequenas

depositarão segundo sua capacidade contributiva. Nada há de ilegal ou inconstitucional nesta medida. A formação de pecúlios, fundos, valores e previdência privada é um dos objetivos da negociação coletiva em todo o mundo. Nem muito menos se há de evocar a burocracia dos bancos oficiais para gerenciar um depósito de natureza tipicamente privada.

A suposta inconstitucionalidade de tratamento diferenciado entre dois empregados sujeitos a trabalho por prazo determinado mas recebendo FGTS diferentes (8% recebe o que for contratado segundo o art. 443, § 2º, e 2% o que se vincula à empresa pelo sistema da Lei 9.601), também não existe. A redução da alíquota, nesta segunda hipótese, tem uma justificativa relevante e plausível: facilitar a contratação e combater, até onde for possível, o desemprego. Ao decidirem sobre a inconstitucionalidade, os juizes do trabalho, no controle difuso, e o STF, no difuso e concentrado, terão que medir e ponderar dois valores: qual é melhor para o empregado e para o país: um contrato por prazo determinado e com alíquota reduzida do FGTS ou desemprego? Eis o parâmetro axiológico que servirá de base ao julgamento.

É conveniente ainda ser salientado que a lei, ao modificar o parágrafo segundo e acrescentar o terceiro no art. 59 da CLT, apenas trouxe mais uma opção de flexibilidade para a prestação de trabalho. A dispensa do acréscimo de salário, mediante compensação dos respectivos aumentos e diminuições das horas trabalhadas, desde que não exceda, no limite de 121 dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas nem se ultrapasse o limite de 10 horas diárias para o trabalho compensatório, também deve ser fruto de negociação coletiva. Caso o sindicato opte pelo acréscimo de salário é só não negociar.

A CF — art.7º, XIII — prevê duração do trabalho normal e, no item XVI, remuneração do serviço extraordinário. Logo, a jornada pode ser ampliada. O art. 59 fixou este acréscimo em duas horas. Portanto, nos dias em que houver compensação de horas não trabalhadas, a jornada será elastecida, mas não pode exceder de 10 horas.

Como se observa, a medida visa a compor interesses comuns de empregadores e empregados cuja jornada é, em certas empresas, por natureza variável, para melhor se atender à solicitação da demanda e do mercado. Em nada fere o interesse nacional e, pelo contrário, favorece o exercício da atividade de muitos ramos produtores.

Finalmente, uma nota de Direito Comparado. Deve haver precaução contra afirmativas, iguais ou semelhantes à que ora se transcreve cujo teor é o seguinte:

“... Na maioria dos países em que foi adotado tal tipo de contratação, não teve ela validade maior como instrumento de flexibilização em favor de uma redução ao desemprego. Ao contrário temos inclusive a experiência da Espanha, como bem demonstrou Arnaldo Sussekind, cuja lei já foi até mesmo revogada, pois o que fez foi ampliar a rotatividade de mão-de-obra, reduzir direitos, enfraquecer a mão-de-obra qualificada e, na prática, foram mantidos os trabalhadores informais na informalidade”. José Alberto Couto Maciel, *Correio Braziliense* de 16.2.98, *DIREITO & JUSTIÇA*, p.3.

Não houve revogação mas sim aperfeiçoamento das Leis 10 e 11/94, principais instrumentos da reforma que então se fez. Posteriormente, as entidades sindicais e empresariais mais representativas da Espanha fecharam um “Acuerdo interconfederal para la estabilidad del Empleo” para cuja efetivação foi pedido ao governo mudança na legislação do trabalho. Foram atendidas pelo Real Decreto-Ley 8/97, que reformou o Estatuto dos Trabalhadores para ajustá-lo aos propósitos de lutar contra o desemprego, a precariedade e rotatividade, reforçando o propósito da geração de empregos, conforme se lê na exposição de motivos. Esta mudança, entretanto, não terminou com as formas alternativas ao contrato de trabalho fixo e por prazo indeterminado. Ali estão regulados o contrato a prazo certo, os contratos formativos (espécie de estágio para os universitários recém formados), contrato a tempo parcial, definitivo ou não, para a realização de obras e serviços determinados. O art. 17, 3, do Estatuto tem agora esta passagem: “... O governo poderá outorgar subvenções, isenções e outras medidas para fomentar o emprego de grupos específicos de trabalhadores que encontrem dificuldades especiais para empregar-se. A regulamentação se fará mediante consulta prévia às organizações sindicais e associações empresariais mais representativas”. Por outro lado, o Real Decreto-Ley nº 9 regula a concessão de incentivos fiscais para o fomento de empregos fixos e transformação dos provisórios em definitivos. Tudo, exatamente, como agora se faz entre nós.

Se o pacote de 94 não resolveu o problema do desemprego na Espanha, muito menos o solucionou a legislação amarrada, protecionista e atrasada, anterior à reforma. Aliás, foi ela uma das causas do desemprego que ali atinge a cifra de 22%. É preciso ficar bem claro que o legislador de 97 apenas aperfeiçoou a reforma de 94. Mas não retornou à situação anterior.

O leitor vê que o mundo se repete. Tanto lá, como cá, como em todo lugar, temos de cuidar do emprego fixo, já ocupado ou que vai ser ocupado

por um trabalhador em condições muito vantajosas sobre os demais, pois suas chances de perdê-lo são menores. Mas não podemos esquecer os desempregados e os que esperam a vez de começar. Estes, somados aos que batalham na economia informal, já constituem a maioria da mão de obra em grande parte dos países desenvolvidos. É para eles que existe a Lei 9.601/98, o que não deve excluir o esforço do governo, das lideranças de trabalhadores e empresários e da sociedade em geral para a melhoria do mercado de trabalho e a geração de empregos definitivos. Não se desmontou o Direito do Trabalho brasileiro. Apenas foi aberta mais uma porta para contornar os problemas que nos afligem. E, ainda assim, sujeita à autonomia privada coletiva dos sindicatos.

Diante desta análise, conclui-se que a Lei 9.601/98, é um passo — e ainda assim tímido — do legislador brasileiro na tentativa de fomento à contratação e combate ao desemprego.

Não será por ela que se vai empregar todos os desempregados nem impedir as dispensas em massa que, a toda hora, são praticadas. Este problema não foi solucionado em nenhum país industrializado. Não se pode esperar que façamos o milagre que os mais ricos e experientes ainda não conseguiram realizar.

O que seria desejável das lideranças trabalhistas e empresariais do Brasil é que seguissem o exemplo espanhol, apresentando um plano completo de reforma da legislação do trabalho, com soluções factíveis para o desemprego e com medidas claras e objetivas para a geração de empregos. Ficaríamos todos com a obrigação moral de transformá-lo em lei, através dos órgãos competentes.

O que não é correto é criticar um esforço sério do Congresso e do Executivo na primeira tentativa de mudar as estruturas de um mundo envelhecido.

* Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG. Juiz togado do TRT da 3ª Região.



POSSIBILIDADE DE AVERBAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO FORNECIDA PELO INSS, EM MAIS DE UM ÓRGÃO PÚBLICO QUANDO FOR POSSÍVEL A ACUMULAÇÃO DE CARGOS

*Antônio Glaucius de Moraes **

O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, com base na alínea “a”, do inciso II, do art. 187, do Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997, abaixo transcrito, vem indeferindo o fornecimento de Certidão de Tempo de Serviço-CTS, com vista à averbação de períodos distintos em órgãos públicos diversos quando possível a acumulação de benefícios em outro regime de previdência social:

Art. 187. O tempo de serviço público ou de atividade remunerada vinculada ao Regime Geral de Previdência Social-RGPS pode ser provado com certidão fornecida:

.....
II — pelo setor competente do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, relativamente ao tempo de serviço prestado em atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social-RGPS, observadas as seguintes disposições:

a) a certidão deverá abranger o período integral de filiação à previdência social, não se admitindo o seu fornecimento para períodos fracionados.

2. Com a devida *vênia*, o fornecimento de CTS para averbação em mais de um órgão público com o fim de obter aposentadorias de cargos constitucionalmente acumuláveis, não fere a legislação previdenciária em vigor em relação a exigência do período integral de filiação no Regime Geral de Previdência Social-RGPS na CTS, consoante passo a demonstrar.

3. Com o fim de adequar o dispositivo do Decreto nº 2.172, de 1997, em exame, à norma constitucional e, em conseqüência, salvar a sua validade e eficácia, para que não sucumba pelo vício insanável da inconstitucionalidade, passaremos a interpretá-lo conforme a Constituição da República.

4. Sobre essa hipótese de exegese o professor GILMAR FERREIRA MENDES, assim se manifestou:

Oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferente possibilidade de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição.

.....
Não raro afirma o Bundesverfassungsgericht a compatibilidade de uma lei com a Constituição, procedendo à exclusão das possibilidades de interpretação consideradas inconstitucionais.

.....
A admissibilidade da interpretação conforme à Constituição é justificada pela doutrina e jurisprudência de forma diferenciada.

Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme a Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica (Einheit der Rechtsordnung) que considera a Constituição como contexto superior (Vorrangiger Kontext) das demais normas. As leis e as normas secundárias devem ser interpretadas, obrigatoriamente, em consonância com a Constituição. Dessa perspectiva, a interpretação conforme à Constituição configura uma subdivisão da chamada interpretação sistemática.

.....
Ressalta-se, assim, a dupla função desempenhada pela “expressão literal” (Wortlaut) do texto normativo: “sua plurissignificatividade constitui a base que permite separar interpretações compatíveis com a Constituição daquelas que se mostram com ela incompatíveis: a expressão literal do texto configura, por outro lado, um limite para a interpretação conforme à Constituição”. As “decisões fundamentais do legislador”, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme a Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetos pretendidos pelo legislador¹.

5. Nesse sentido, ensina o professor CELSO BASTOS que:

Se, por via de interpretação, pode chegar-se a vários sentidos para a mesma norma, é muito compreensível — uma vez que colabora de forma decisiva para a economia legislativa — que se venha a adotar como válida a interpretação que compatibilize a norma com a Constituição.

Temos, pois, por força deste princípio de interpretação conforme a Constituição, que se deve, dentro do possível, elastecer ou restringir a norma de molde a torná-la harmônica com a Lei Maior. Na verdade, esta interpretação conforme a Constituição vai além da escolha entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, para distender-se até o limite da inconstitucionalidade. Aqui, tenta-se encontrar, neste espaço, um sentido que, embora não o mais evidente, seja aquele sem o qual não há como ter-se a lei compatibilizada com a Constituição².

6. Com fundamento nessa hermenêutica constitucional afastamos a eventual existência de vício de inconstitucionalidade do art. 187, do Decreto nº 2.172, de 1997, considerando a exceção à vedação de acumulação de cargos públicos, hipótese essa, a nosso ver, não prevista pelo citado dispositivo.

7. A Constituição da República de 1988, em memória das constituições passadas, estabelece exceções ao princípio da inacumulabilidade remunerada de cargos públicos, no inc. XVI, do art. 37, no inc. I; do parágrafo único do art. 98 e na alínea “d”, do inc. II, do § 5º, do art. 128, *in verbis*:

*“Art. 37.
XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos exceto quando houver compatibilidade de horários:*

- a) a de dois cargos de professor;*
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*
- c) a de dois cargos privativos de médico.*

Art. 95. Os juizes gozam das seguintes garantias:

*.....
Parágrafo único. Aos juizes é vedado:*

I — exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

Art. 128. O Ministério Público abrange:

§ 5º

II — as seguintes vedações:

*.....
d) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função pública, salvo uma de magistério;”.*

8. Sendo possível o exercício simultâneo de cargos públicos pela norma constitucional, temos por lícita a acumulação desses proventos quando na inatividade, cujo benefício está amparado pelo plano de seguridade social dos servidores civis da União.

9. Deve-se esclarecer que essa acumulação não é contrariada pelo disposto no inciso II, do art. 124, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que veda o recebimento de mais de uma aposentadoria, por se tratar de regime previdenciário diverso.

10. Assim, analisando um caso em tese, em face do disposto no parágrafo segundo do art. 202, da Carta Política de 1988, abaixo transcrito, consideremos que determinado segurado tenha durante certo período exercido atividades vinculadas obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social, ou seja, uma de professor e outra técnica, desde que não tenham sido exercidas na mesma época:

Art. 202.

§ 2º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

11. Possuindo esse segurado tempo de serviço no RGPS, onde exerceu em períodos diversos mais de uma atividade, nesse caso uma de professor e outra técnica, os períodos de cada atividade poderão ser averbados no órgão público que melhor lhe convier, conforme o direito, se for possível a acumulação de cargos.

12. Desse modo, poderá o segurado averbar o tempo de exercício de atividade de professor no órgão que atualmente exerce a mesma atividade, e em relação à atividade técnica no órgão, cuja atividade não está sujeita à aposentadoria especial, se for o caso.

13. Pergunta-se, esse procedimento não violaria a alínea “a”, do inciso II, do art. 187, do Decreto nº 2.172, de 1997? A resposta, nesse caso, seria negativa.

14. Essa Certidão de Tempo de Serviço seria única, onde constaria o período integral de vinculação no RGPS, diferenciando-se das demais, no tocante à indicação de mais de um órgão de lotação para sua averbação, cujos períodos seriam indicados pelo INSS a pedido da parte interessada, sempre que for possível a acumulação de benefícios pelo Regime de Previdência a que pertence o segurado.

15. Quanto ao fracionamento, esse só ocorre quando o segurado não se desvincula do Regime Geral, ou seja, utiliza determinado período em um regime e deixa outro no Regime Geral. Não pode o segurado que solicita Certidão de Tempo de Serviço deixar período vinculado ao Regime Geral, se ocorrer essa hipótese, temos o fracionamento, não da certidão, mas do vínculo, o que não é de se admitir.

16. No caso em exame, o segurado perderá totalmente o vínculo com o Regime Geral, ou seja, todo o período de filiação será indicado na Certidão de Tempo de Serviço.

17. A indicação de mais de um órgão para a averbação de períodos específicos vinculados ao Regime Geral de Previdência Social não é hipótese de fracionamento de vínculo no RGPS, haja vista que não existirá mais vínculo do segurado com o Instituto Nacional do Seguro Social.

18. No caso, em tese, que colocamos para exame, o segurado utilizaria os períodos em que exercia a atividade de professor no órgão que exerce atualmente essa atividade e, concomitantemente, o restante do período no órgão técnico, possibilitando assim a aposentadoria desse segurado, caso queira, em ambas atividades, em decorrência da possibilidade de acumulação das atividades no serviço público por força constitucional.

19. Em conclusão, com base nestes argumentos, entendemos, *s.m.j.*, que há o dever constitucional de expedição de certidão constando os períodos integrais de vinculação ao RGPS, sem vinculá-la a averbação a um único órgão público, justamente porque a Constituição em razão da contagem recíproca, garante a averbação para a contagem de tempo em mais de um cargo, podendo ocorrer que estes cargos não sejam nem no mesmo órgão, ou ainda na mesma unidade federativa.

20. Ressalto, por fim, que não ocorrerá, neste caso, a utilização dúplice de tempo de serviço, tendo em vista a indicação expressa dos períodos e dos órgãos em que deverão ser averbados.

21. Do exposto, a nossa opinião é no sentido de que, na hipótese de acumulação constitucionalmente permitida, os períodos sucessivos de tempo de serviço obtidos no RGPS poderão ser acrescidos em parte ao tempo já exercido em um e em parte acrescida ao de outro cargo público exercidos simultaneamente, desde que o período de averbação em um não seja averbado novamente em outro cargo.

22. Disto resulta também, que para que isto possa ocorrer deverá o INSS emitir certidão discriminando os períodos distintos e não simultâneos que serão averbados e em qual órgão, admitindo-se no máximo dois órgãos públicos, com o que também fica preservado o cumprimento, por parte do

INSS, do disposto na alínea “b”, do inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição da República.

Esse entendimento aqui exposto, mereceu aprovação, *ipsis litteris*, do Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, através do Parecer/CJ nº 932/97, publicado no Diário Oficial da União, seção 1, de 04 de agosto de 1997.

Brasília, 17 de julho de 1997.

¹ Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, Revista dos Tribunais, ano 1 - nº 4 - julho-setembro de 1993, p. 14/15.

² Revista de Informação Legislativa, ano 24 - nº 96 - outubro a dezembro de 1987, p. 56.

* Coordenador de Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social



“SALÁRIO EDUCAÇÃO – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PARA A COMPENSAÇÃO”

*Júlio da Costa Barros **

SUMÁRIO: 1. Considerações Preliminares. 2. Condições da Ação. 2.1. Possibilidade Jurídica do Pedido. 2.2. Legitimidade de Parte. Legitimidade *Ad Causam* e *Ad Processum*. 2.2.1. Sujeito Passivo da Relação Processual. Sujeito Ativo da Relação Tributária. 2.2.2. Substituição Processual ou Legitimação Anômala. 3. Interesse de Agir. 4. Conclusão.

1. Considerações Preliminares

Muito se tem discutido acerca da constitucionalidade ou não da Contribuição Social intitulada de Salário Educação. Estudiosos de nomeada, têm defendido a inconstitucionalidade da contribuição e, em função disso, dada à atividade fiscalizadora e arrecadadora ter sido confiada por lei ao INSS, o têm apontado, sem maiores indagações e incondicionalmente, como sujeito passivo da relação processual.

Entendemos que a questão, pela sua importância, ainda está a merecer reflexões tais, que permitam incursões, não só pelo âmbito do Direito Tributário, como também pelo do Direito Processual Civil, onde se encontram os instrumentos capazes de compor o conflito de interesses que surge entre o contribuinte de um lado, desejando reaver o que entende haver pago indevidamente e o Estado, de outro lado, com seus múltiplos órgãos, cada qual responsável por uma área própria de atuação.

O objetivo do presente trabalho, não aponta para a questão da constitucionalidade ou não da contribuição. Não se questionará aqui portanto, se referida Contribuição encontra ou não fundamento de validade na Lei Fundamental de 1988. Também não se discutirá aqui, a natureza jurídica de tal exação, se tributária ou não, pois nosso pressuposto é de que o seja. Tais questões, pela amplitude que demandam, não cabem na órbita restrita desta investigação, muito embora possivelmente ainda a venhamos enfrentar em outras oportunidades. Mas isso obviamente seria tema para muitas outras linhas.

Por ora, o foco de nossas investigações estará voltado para as Condições da Ação para a Compensação, tema que, segundo nos parece, ainda não foi suficientemente estudado por aqueles que já se debruçaram sobre o tema, e que tem motivado equívocos capazes de comprometer os cofres que mantêm da Seguridade Social. É que, segundo nos parece, falece ao INSS “Legitimatío ad Causam”, como também não há Legítimo Interesse para que possa integrar a relação jurídica processual, no pólo passivo da demanda. Demonstrar tal ilegitimidade e ausência de interesse processual da autarquia previdenciária, constitui o objeto deste trabalho. Para tanto, necessário se faz uma incursão pelo campo de estudo do Direito Tributário, mais precisamente pelo critério pessoal, para conhecermos o sujeito ativo da relação tributária, que é quem necessariamente deverá suportar o ônus da compensação a que se refere o art. 156, II, do CTN.

2. Condições da Ação

Como não é dado desconhecer ao profissional do direito, que a prestação jurisdicional pressupõe uma situação concreta litigiosa a dirimir em que o titular da ação tenha realmente interesse tutelável.

Assim, para obter a tutela jurídica é necessário que esta se mostre idônea a ser objeto da atividade jurisdicional do Estado. Assim é que a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos denominados “condições da ação”, cuja ausência leva à “carência de ação”, devendo o

exame ser efetuado, no caso concreto, preliminarmente à apreciação do mérito.

No dizer de Arruda Alvim, “*são as categorias lógico jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente) mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final*” (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de – Código de Processo Civil Comentado, vol. I, 1ª ed., S. Paulo, 1975, p. 319).

Segundo as mais modernas concepções processuais, a ação não é o direito concreto à sentença favorável, **mas o poder jurídico de obter uma sentença de mérito**, isto é, sentença que componha definitivamente o conflito de interesses a ser qualificado pela pretensão resistida. (Humberto Theodoro Jr. Processo Cautelar, 7ª Ed. EUD, p. 34).

As Condições da Ação são três: a) Possibilidade Jurídica do Pedido; 2) Legitimidade de Parte; 3) Interesse de Agir.

A seguir, então, examinaremos cada uma das três condições necessárias para se propor ou contestar uma ação, à luz da pretensão do contribuinte em reaver o que pagou, a seu ver, indevidamente a título de Salário Educação.

2.1. Possibilidade Jurídica do Pedido

Esta condição exige que dentro do ordenamento jurídico exista, abstratamente um tipo de providência como a que se pede através da Ação de Ressarcimento. Através desse requisito, o juiz verifica previamente acerca da viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte, em face do direito positivo vigente. A observação por ser prévia, deve ser, abstrata e ideal, diante do ordenamento, como demonstra Arruda Alvim (obra citada, p. 316).

Obviamente, o ordenamento contempla a possibilidade da compensação. Basta ver que o art. 156, II, do CTN a têm como um dos meios de extinção da obrigação tributária. E a discussão acerca da constitucionalidade da exigência da exação é sempre possível.

Assim, entendemos estar satisfeita a primeira das condições.

2.2. Legitimidade de Parte. Legitimidade *Ad Causam* e *Ad Processum*

No dizer de Celso Agrícola Barbi, o Código de Processo Civil Brasileiro em vigor confundiu **legitimação passiva**, com **legitimação para contestar**. E explica: “***A legitimação passiva, como vimos, significa que***

o autor só terá ação se a dirigir contra o outro sujeito da relação jurídica, que é objeto da questão. Se a ação for proposta contra pessoa que não seja o outro sujeito da citada relação, o juiz não poderá julgar o mérito e, simplesmente, julgará extinto o processo, segundo o art. 229, combinado com o art. 267, item V, por faltar legitimidade à parte passiva e, portanto, não haver uma das condições da ação, tudo nos termos da doutrina de Liebman, adotada pelo Código,...” . (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 1, p. 53, Ed. Forense, 2ª Ed.).

Após conceituar a legitimação passiva, ainda segundo Celso Agrícola Barbi, Liebman distingue a *legitimação passiva* da *legitimação para contestar*, nos seguintes termos:

“Coisa diferente da legitimação passiva é a legitimação para contestar, isto é, para defender-se, a qual cabe ao réu pelo simples fato de ter sido chamado a juízo e poderá fazer valer eventualmente — se for o caso — também a sua falta de legitimação passiva, isto é a sua falta de vinculação com a controvérsia que forma o objeto do processo.” (manuale di Diritto Processuale Civile, vol. I, 2ª Ed. Milão, 1957, nº 14, p. 44).

Concluindo o raciocínio, diz Celso Barbi: *“O art. 3º deve, pois, ser interpretado como significando que o autor só tem direito de ação se for legitimado ativamente e se a propuser contra um réu que tenha legitimação passiva, isto é, **que seja o outro sujeito da relação jurídica, objeto da demanda.**”* (ob. cit., p. 54).

Mais adiante, diz o mesmo processualista: *“36. **Legitimidade para a Causa e Legitimidade para o Processo** — A legitimidade para a causa, ou legitimatio ad causam, não se confunde com legitimidade para o processo, ou legitimatio ad processum. Aquela diz respeito ao direito de ação. Esta refere-se ao processo, à relação jurídica processual. É pressuposto processual, é a capacidade de estar em juízo. Segundo o ensino de Amílcar de Castro, ela consiste na faculdade de praticar atos processuais válidos, a que sejam atribuídos efeitos jurídicos”*.

“Legitimidade para a ação refere-se a uma determinada demanda, enquanto a legitimidade para o processo refere-se a qualquer processo.” (Celso Barbi, ob. cit., p. 54/55).

No mesmo sentido é ainda a lição de José Frederico Marques, segundo a qual *“aquele que pede a tutela jurisdicional em relação a um litígio deve ser o titular da pretensão formulada ao Judiciário, e deve apresentá-la em face de quem é o sujeito passivo dessa mesma pretensão.”* (ob. cit., p. 187)

“A legitimatio ad causam, ou *legitimação para agir*” — diz ele — constitui a segunda das condições da ação. Buzaid denomina-a de “*pertinência subjetiva da ação*”, porquanto consiste a legitimidade ad causam (legitimidade de parte, ou também, *legitimação para agir*) na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir e daquele em frente ao qual se formula a pretensão levada ao judiciário. Diz respeito a *legitimação para agir*, à posição de autor e réu em relação a um litígio. Só os titulares dos interesses em conflito têm direito à pretensão jurisdicional e ficam obrigados a subordinar-se, in casu, ao poder ou imperium estatal. **Legitimação ad causam significa existência de pretensão subjetivamente razoável.**

E arremata o grande processualista na mesma obra, às fls. 187/188, que: “A *legitimação ativa para agir está ligada àquele que invoca a tutela jurisdicional; a legitimação passiva, àquele em face do qual a pretensão levada a Juízo deverá produzir seus efeitos, se acolhida. Pela bilateralidade que a caracteriza, a ação é “problema de dupla face”, como falou LIEBMAN: pertinência ao autor do interesse em agir e **pertinência ao réu, do interesse em defender-se uma vez que a tutela jurisdicional, por aquela invocada, destina-se a incidir sobre a situação jurídica ou de fato relativa a este último.**”*

Para Humberto Theodoro Jr., igualmente, a legitimidade (*legitimatio ad causam*) é a titularidade ativa e passiva da ação, na linguagem de LIEBMAN: “É a pertinência subjetiva da ação”.

Diz Humberto Theodoro Jr., citando Arruda Alvim, que, “*como a ação é direito autônomo diante da relação jurídica material controvertida, “estar legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença.”*” (ob. cit., p. 35).

E prossegue o mestre mineiro adotando lição de LIEBMAN, dizendo que: “*porque a ação só atua no conflito de partes antagônicas, também a legitimação passiva é elemento ou aspecto da legitimação para agir. Por isso, **só há legitimação para o autor quando realmente age diante ou contra aquele que na verdade deverá operar efeito a tutela jurisdicional, o que impregna a ação do efeito de “direito bilateral”***”

Há necessidade então, de que a ação seja dirigida contra aquele que verdadeiramente detenha o bem da vida objeto do litígio — pois é ele quem, ao final, deverá suportar a condenação — para se saber quem estará legitimado para figurar no pólo passivo da demanda. Daí a necessidade de a investigação dirigir-se à esta altura, às relações de direito material, como

estas se constituíram, quem são os sujeitos da obrigação tributária que se instaurou com a eclosão da hipótese de incidência, etc. Este assunto será abordado no item posterior.

2.2.1. Sujeito Passivo da Relação Processual Sujeito ativo da Relação tributária

No plano objetivo, parece óbvio ser o contribuinte o titular do direito material em disputa, eis que era o sujeito passivo da obrigação de natureza tributária, pois caso contrário, não a teria recolhido. Resta saber todavia se a autarquia previdenciária, era ou **não sujeito ativo da obrigação de natureza tributária que deu origem ao recolhimento dito indevido**, para que possa ser compelida ao ressarcimento.

Sustentando a inconstitucionalidade originária da base legal para a exigência da contribuição (Salário-Educação), muitos têm afirmado ter, o INSS, legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, em razão da atribuição imposta pela lei a esta autarquia, de fiscalizar os contribuintes e arrecadar a exação. Daí a pretensão que tem surgido à compensação das contribuições recolhidas, com **Contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a folha de salários criada pelo art. 22 da Lei nº 8.212/91** e ainda com aquela também **devida à Seguridade Social, criada pela Lei Complementar nº 84/96**.

Tal pretensão assim como vem sendo colocada — é bom que se diga — mistura **objetos de obrigações** situados em áreas completamente diversas, eis que, tais contribuições sociais — no dizer da doutrina dominante, tributos vinculados — são destinadas a financiar diferentes áreas de atuação da União (art. 149 da CF/88), que de tão diferentes, situam-se em compartimentos estanques: **a) Educação Cultura e Desporto** (Título VIII, **Cap. III**, Seções I a III da CF), e, **b) Seguridade Social** (Título VIII, **Cap. II**, Seções I a IV, da CF).

O **primeiro objeto**, o SALÁRIO EDUCAÇÃO, possui sua matriz constitucional no § 2º do art. 212 da Constituição Federal. E o **segundo objeto**, A CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL, possui sua matriz constitucional, nos art. 195, I, II, III, e § 4º da mesma Carta Política.

Diz a matriz constitucional do Salário Educação:

Art. 212. A **União** aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção do ensino.

.....

§ 5º O **ensino fundamental público** terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, **recolhida pelas empresas**, na forma da lei.

Trata-se de regra constitucional que outorga competência à União, para instituir contribuição social de intervenção no domínio econômico, como instrumento de sua atuação na área da educação, nos termos do que dispõe o art. 149 da CF/88.

Dizem as matrizes constitucionais do **segundo objeto** (as Contribuições para a Seguridade Social):

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 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 concursos de prognósticos;

.....

§ 4º A lei poderá instituir **outras fontes** destinadas a garantir a manutenção ou expansão da **seguridade social**, obedecido ao disposto no art. 154, I.

O **segundo objeto**, integra pois, o orçamento da Seguridade Social (art. 195, § 2º, da CF/88), e o **primeiro**, não.

O **primeiro** integra o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, etc. (art. 165, I, da CF/88). O **segundo** integra o orçamento da seguridade social (art. 165, III, da CF/88). Não se misturam pois. Daí, dizemos anteriormente, que situam-se em compartimentos estanques. São mantidos em reservatórios separados.

Desta primeira análise começa a se desenhar a idéia de que cada contribuição é recolhida ao cofre próprio, de sua real finalidade. Repita-se: tratam-se de contribuições com natureza de **tributos vinculados** (*“o aspecto material da hipótese de incidência consiste numa atuação estatal”* — Vide: Ataliba, Geraldo in *Hipótese de Incidência Tributária*, 5ª Ed. Malheiros Editores, p.129).

Resta perquirir agora: qual seria a natureza da vinculação do órgão de previdência (hoje o INSS), com o Salário Educação, no plano do Direito Objetivo?

O Decreto-Lei nº 1.422 de 23/10/75, já ao tempo da velha ordem constitucional rompida em 05/10/88, com a edição da nova Lei Maior, determinava no § 3º do art. 2º, que : *“O INPS reterá, do montante recolhido, a título de **taxa de administração**, a importância equivalente a 1% (um por cento), depositando o restante no Banco do Brasil, para os fins previstos neste artigo”.*

É que havia um acometimento da atribuição de fiscalizar e arrecadar, previsto em lei, para que a autarquia previdenciária desempenhasse tal atividade, em função de sua estrutura preexistente, o que facilitaria a tarefa, com custo menor do que o de montar uma máquina especial para tal função. Tal acometimento contudo, a teor do que dispõe o § 3º do art. 7º do CTN, **não constitui delegação de competência.**

Observe-se que o Decreto nº 87.043, de 22 de março de 1982, que regulamentou o Decreto-Lei nº 1.422, de 23 de outubro de 1975, esclareceu em seu art. 13 que:

*“Cabe ao **Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social** a arrecadação bem como a fiscalização do Salário-Educação e da manutenção direta ou indireta de ensino pelas empresas, obedecidos os mesmos prazos e mesmas sanções administrativas e penais, e as demais normas das contribuições destinadas ao custeio da Previdência Social.”*

Também o Decreto nº 994 de 25 de novembro de 1993 que tratou da arrecadação e da distribuição do salário educação previsto no § 5º do art. 212 da atual Constituição e no Decreto-Lei nº 1.442, de 23 de outubro de 1975, e deu outras providências, trouxe em seu art. 2º:

*“O crédito da arrecadação do Salário-Educação, previsto no § 5º do art. 212 da Constituição e no Decreto-Lei nº 1.422 de 1975, proveniente das empresas não optantes pelo SME, será efetuado ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que, após deduzir **1% (um por cento) a título de taxa de administração, repassará o restante, em prazo a ser fixado em instrução normativa conjunta dos Ministros de Estado da Educação e do Desporto e da Previdência Social, diretamente ao FNDE.***

Essa verdadeira “prestação de serviços” que a autarquia previdenciária faz ao FNDE (outra autarquia), tem fundamento, na própria Lei de Previdência,

mais precisamente no art. 94 da Lei 8.212/91, com a nova redação que lhe deu a MP nº 1.523, de 11 de outubro de 1996, em sua edição inicial e reedições posteriores, substituída pela MP 1596-14, de 10/ 11/97, que por sua vez não foi reeditada, sendo porém substituída pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, com idêntica função:

“Art. 94. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderá arrecadar e fiscalizar mediante remuneração de 3,5% do montante arrecadado, contribuição por lei devida a terceiros, desde que provenha de empresa, segurado, aposentado ou pensionista a ele vinculado, aplicando-se a essa contribuição, no que couber, o disposto nesta Lei”.

*(NOTA: A redação anterior dizia: “Art. 94. O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS **poderá arrecadar e fiscalizar, mediante remuneração ajustada, contribuição por lei devida a terceiros, desde que provenha de empresa, segurado, aposentado ou pensionista a ele vinculado, aplicando-se a essa contribuição, no que couber, o disposto nesta Lei**”).*

Mas como já se argumentou, não significa com isto, haver uma delegação de competência, de forma que o INSS possa vir a ocupar a posição de sujeito ativo da obrigação tributária.

Do sempre lúcido e de saudosa memória, Geraldo Ataliba, vem a lição segundo a qual, *“no caso dos tributos não vinculados (impostos), presume-se sujeito ativo (quando não explicitamente designado pela lei) a pessoa competente para instituí-los. No caso dos vinculados, **presume-se sujeito ativo a pessoa exercente da atuação imposta no núcleo da hipótese de incidência**”. E explica: “Em outras palavras: **se os tributos vinculados têm por hipótese de incidência uma atuação estatal, a pessoa que exerça essa atuação (União, Estados, D. Federal, Municípios, Autarquias, sociedades mistas e empresas públicas) será seu titular — e, em consequência, sujeito ativo.**”*

“30.8 Por isso — continua o mestre — na lei do imposto de renda, ou do imposto sobre produtos industrializados (IPI), por exemplo, debalde se procurará expressa menção do sujeito ativo. É que, se a lei nada dispuser expressamente em contrário, estará dizendo implicitamente que sujeito ativo é a União, já que a Constituição lhe atribuiu competência para criar tal imposto. 30.9 Já quando foi criada a contribuição previdenciária federal, deveu a lei dizer expressamente que o sujeito ativo é a autarquia previdenciária federal. Se não o dissesse, sujeito ativo seria a União.”

(Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária, 5ª Ed., 5ª Tiragem, Saraiva, p. 76).

Assim, tendo sido entregue ao FNDE a tarefa de, como órgão público federal, **exercer a atuação posta no núcleo da hipótese de incidência**, a lei expressamente o elegeu sujeito ativo da relação jurídico tributária. Daí a razão de ser ele o **único sujeito ativo possível da relação jurídico tributária**. Não há outro.

Logo, constitui um lamentável equívoco pretender-se eleger o INSS como sujeito ativo da relação de direito material, de natureza tributária, uma vez que **não cabe a ele exercer a atuação posta no núcleo da hipótese de incidência do Salário Educação**, muito embora o seja, por força — aí sim — de lei, no caso das Contribuições Previdenciárias. É que neste último caso, lhe cabe a tarefa de exercer a atuação estatal, na área da Seguridade Social.

Destarte, quando a lei diz expressamente, que ao INSS cabe a tarefa de fiscalizar e arrecadar — mediante a remuneração de 3,5% — a contribuição denominada Salário Educação — repita-se à exaustão — não o está colocando na posição de sujeito ativo, porque não atribuiu a ele o exercício da atuação estatal na área da Educação.

O que ocorre — já se disse — é uma prestação de serviço de uma autarquia para outra, em função da necessidade de se aproveitar a estrutura já montada, que tem a Autarquia Previdenciária, para exercer as atividades de arrecadação e fiscalização. Por isto o INSS recebe uma contraprestação, uma vez que o exercício de tais atividades lhe acarretam despesas. A lei lhe assegura o direito de reter 1% dos recolhimentos que tiver arrecadado. **Existe aqui um vínculo obrigacional, decorrente de lei, de natureza administrativa entre o INSS e o FNDE.**

Não há pois, qualquer relação de direito material de natureza tributária, a vincular o contribuinte e o INSS.

Por essa atividade de arrecadação e fiscalização, o INSS cobra do FNDE, uma taxa de 3,5% do que arrecadar. Assim, se arrecadar R\$ 100.000,00, o valor da taxa será de R\$ 3.500,00 apenas, **e o restante repassa diretamente ao FNDE**. O repasse, aliás, é realizado automaticamente e com recursos da eletrônica, pela própria instituição financeira encarregada de receber.

Dessa forma, não sendo o INSS sujeito ativo da relação obrigacional tributária, é impossível exigir-se dele a devolução das importâncias recolhidas, pois: **“ninguém pode dar o que não possui”**, diz o velho brocardo jurídico.

Sim, porque, nunca houve relação de direito material alguma, tendo como objeto a Contribuição Social relativa ao Salário Educação, entre o INSS e o Impetrante. O INSS não conta em seu orçamento, com o produto dessa arrecadação.

Mas o pedido diz respeito a **COMPENSAÇÃO**, o que é ainda pior.

Isto porque, se a **Compensação é um meio de extinção do crédito tributário (Art. 156 II do CTN)**, onde duas pessoas, sendo credoras e devedoras ao mesmo tempo, uma da outra, acertam suas contas, extinguindo suas dívidas até onde seus volumes se nivelam, à semelhança do que ocorre com o sistema dos vasos comunicantes.

Trata-se de um conceito importado do Direito Civil já plenamente consagrado e não definido de forma diversa pela lei tributária, — exceto pela sua não aplicação automática aos tributos —, razões pelas quais, todos os seus elementos devem ser observados. Por este motivo, a figura só pode ser aplicada entre os próprios sujeitos da relação jurídico tributária, no caso: **CONTRIBUINTE e FNDE**.

E a conseqüência óbvia é a de que, não tendo o INSS figurado no pólo ativo da obrigação de natureza tributária, não pode a autoridade previdenciária ser compelida a concordar com uma compensação, caso esta seja efetuada com Contribuições Previdenciárias. A ilegalidade e via de conseqüência a arbitrariedade da ordem seria flagrante.

A um outro ângulo, a autoridade previdenciária, não possuindo as chaves dos cofres do FNDE, não poderá autorizar a compensação ou mesmo a restituição. Não tem atribuições para tanto.

E, em se tratando de Mandado de Segurança, o problema se agrava, pois a autoridade previdenciária não terá como cumprir a sentença se favorável ao autor, invadindo a esfera de atribuições de uma autoridade pertencente a outra autarquia, com personalidade jurídica própria e autônoma.

Exigência neste sentido seria a consagração de um arbítrio pior do que aquele que se vê em tempos de regimes ditatoriais, tão odioso nos Estados de direito. Sim, pior, porque oriundo da própria Justiça.

Resultou de meridiana clareza, no entanto, que não sendo o INSS o sujeito ativo da obrigação tributária relativa ao Salário Educação, inexistente para a autarquia e mesmo à autoridade que a representa (apontada como coatora nas hipóteses de mandados de segurança), interesse na lide, uma vez que a tutela jurisdicional perseguida pelo autor — que consiste em devolver dinheiro de Salário Educação recolhido indevidamente — não pode incidir sobre a sua situação jurídica ou de fato.

Sendo então, a compensação um meio de extinção do crédito tributário (art. 156, II, do CTN), não se pode exigir do funcionário do INSS, que atenda à pretensão, de ver compensado eventual indébito recolhido a outros cofres — no caso, do FNDE — que nada tem a ver com a autarquia em que se encontra lotado (INSS). Afinal ele não representa o FNDE. A ordem seria inócua.

Ademais, a jurisprudência é pacífica: *“não é autoridade coatora a que não pode corrigir o ato inquinado de ilegal”*. (STJ-CORTE ESPECIAL, RSTJ 77/22, RTRF 146/339, RE 508/74, RJTJESP 99/166).

Não se quer dizer com isto — é bom que se esclareça — que o INSS, tendo figurado no pólo passivo da demanda, — indevidamente — não possa vir a Juízo para defender-se da ameaça ao seu patrimônio, uma vez que Legitimidade ad Processum ele possui desde o momento em que foi citado para a demanda. Legitimidade ad Processum, não Legitimidade ad Causam.

Poder-se-ia argumentar ao contrário, que, se o INSS tem a titularidade para arrecadar e fiscalizar, atribuída por disposição legal, e em função disto, ingressa em juízo em nome próprio para cobrar a dívida do FNDE, sendo no caso, parte na execução, também o seria na Ação de Compensação ou no Mandado de Segurança.

Tal afirmação constitui um grave equívoco, consoante se verá a seguir.

2.2.2 Substituição Processual ou Legitimação Anômala

Via de regra, **“para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade”**. Ou seja, a parte deve ser o titular do direito em litígio.

Diz o art. 6º do CPC: **“ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”** É caso de substituição processual.

O artigo vem a esclarecer o princípio da legitimidade contido no art. 3º, no que se refere à legitimidade ativa. Ao negar que alguém possa pleitear, em nome próprio, direito alheio, a lei fixa o princípio afirmativo de que somente o titular do direito pode demandar acerca dele.

No entanto, a doutrina é unânime em reconhecer que pode-se admitir um sistema em que, como regra geral, qualquer pessoa possa vir a juízo reclamar direito de outrem, apesar de, pessoalmente, não ter interesse algum nesse direito.

Ao princípio geral da legitimação ativa do art. 3º do CPC, a lei abre algumas exceções, admitindo que uma pessoa possa vir a juízo, em nome próprio, pleitear direito de terceiro. É a hipótese denominada por CHIOVENDA e pela maioria dos autores, de *substituição processual*. Alguns chamam de *legitimação anômala*.

É o que ocorre com a legitimação do Ministério Público para pleitear anulação de casamento contraído perante autoridade incompetente (Cód. Civil, art. 208, item II); legitimação do credor na falência, para a ação revocatória não proposta pelo síndico (art. 55 da Lei nº 7.661, de 21.6.45); e também é o que ocorre com o INSS, quando — autorizado por lei — ingressa em juízo para cobrar contribuições destinadas a terceiros, como é o caso do Salário Educação. Existe autorização expressa na lei para o INSS fiscalizar e arrecadar tais contribuições.

Na execução, pois, age o Instituto como substituto processual, nos termos do que dispõe o art. 6º, última parte do CPC, combinado com as disposições que lhe autorizam a fiscalizar e arrecadar, bem à semelhança de como fazem as **associações e sindicatos** em substituição processual de seus associados ou sindicalizados.

Contudo, a autorização legal para a substituição anômala, somente se dá para o pólo ativo da relação processual. Para o pólo passivo, não.

Não podem os **substitutos processuais** serem demandados por questões que digam respeito, por exemplo, a direitos patrimoniais dos substituídos. A lei não autoriza.

No caso das ações de ressarcimento de Contribuições recolhidas a título de Salário Educação, o ente estatal encontrar-se-á, exatamente, no pólo passivo da relação processual. E aí não poderá haver a substituição processual. Daí, obrigatoriamente, a necessidade de o FNDE, ocupar diretamente o pólo de sujeição passiva, na relação processual.

Em casos semelhantes, onde a Caixa Econômica Federal como gestora e arrecadadora do PIS/PASEP — hipótese pois, bastante similar à do INSS em relação ao Salário Educação — citada, insurgiu-se contra a sua posição de parte passiva na demanda, teve seus argumentos acolhidos em juízo, no sentido de lhe faltar legitimidade e interesse para figurar no pólo passivo da demanda.

Confira-se:

EMENTA:

MEDIDA CAUTELAR. PÓLO PASSIVO. CEF. EXCLUSÃO.

1. Não integrando a CEF a Relação de Direito Material a ser, composta na Ação Principal, não pode ela figurar no pólo passivo da caulelar. Faltam-lhe **INTERESSE E LEGITIMIDADE**.

2. Presentes os requisitos da Fumaça do bom Direito e do Perigo da Demora do Julgamento da demanda principal impõe-se julgamento de procedência da cautelar requestada.

3. Remessa Desprovida.

Informações da Origem:

TRIBUNAL: TR1 ACORDÃO RIP: 00000000

DECISÃO: 19-02-1990

PROC:REO NUM: 0101995 ANO:89 UF: BA TURMA:04 REGIÃO: 01
REMESSA EX-OFFICIO

Relator:

JUIZ: 109 — JUIZ GOMES DA SILVA

Fonte: DJ DATA: 28-05-90 PG: 11095

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL — ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF — PIS.

1. Sendo a CEF, a partir do Decreto N. 78.276/76, mero Agente Arrecadador do PIS-PASEP, não é parte na demanda que objetiva elidir a cobrança da exação, pelo depósito judicial, diante da ação de conhecimento.

2. A posição da CEF foi mantida, com maior clareza, no Decreto - Lei N. 2.052/83.

3. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

Informações da Origem:

TRIBUNAL: TR1 ACORDÃO RIP: 00000000

DECISÃO: 10-09-1991

PROC: EIAC NUM: 0107598 ANO: 91 UF: DF

TURMA: 2S REGIÃO: 01

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

Relator:

JUIZ: 117 — JUIZA ELIANA CALMON

Catálogo:

RB4061 PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS)

TR0001 PIS/PASEP

Fonte: DJ DATA: 28-10-91 PG: 26812

Origem: TR1 ACORDÃO RIP:00000000
DECISÃO: 11-09-1989
PROC: AG NUM: 0109042 ANO: 89 UF: DF
TURMA: 04 REGIÃO: 01
AGRAVO DE INSTRUMENTO

EMENTA:

PROCESSO CIVIL — LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Nas Ações de Repetição de Indébito ocasionadas pela inconstitucionalidade do art. 18, do Decreto-Lei N. 2323/87, que obrigou as empresas a pagarem correção monetária sobre o Imposto de Renda e o PIS, é a Caixa Econômica Federal, parte ilegítima.
2. Sendo a Empresa Pública, mera arrecadadora das parcelas ilegalmente exigidas pela União, não participa da relação de Direito Material posta em juízo.

Relator:

JUIZ: 117 — JUÍZA ELIANA CALMON

Fonte: DJ DATA: 10-11-89

Observe-se, pois, que em várias oportunidades, o Judiciário decidiu da forma ora preconizada, reconhecendo a ilegitimidade do agente meramente arrecadador, para figurar no pólo passivo da demanda.

3. Interesse de Agir

“O interesse que se reclama para a admissibilidade da ação não é o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade, de obter através do processo a proteção ao interesse substancial.” (H.Theodoro Jr., ob. cit., p. 35)

Dessa maneira, entende-se haver interesse processual, — diz o mestre mineiro valendo-se da lição de Buzaid — **“se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais.”**

Leciona José Frederico Marques, que: *“Existe, portanto, o interesse de agir quando, **configurado o litígio**, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto”.*

E arremata: “*Há, assim, interesse de agir sempre que a pretensão ajuizada, por ter fundamento razoável, se apresente viável no plano objetivo. **Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável**”.* (Manual de Direito Processual Civil, Ed. Saraiva 11ª Ed., vol. 1, p. 186).

Explica Frederico Marques, que “*esse interesse, instrumental e secundário, não se confunde com o interesse que constitui o núcleo do direito subjetivo material. O interesse do credor, quando exige o pagamento de seu crédito, está em receber o que lhe é devido; mas ao propor ação para cobrar a importância desse pagamento, o **interesse que condiciona o ius actionis, diz respeito à prática de atos processuais para obter a tutela jurisdicional**, pois não se examina, aí se o crédito realmente existe, e sim, se em face da pretensão formulada em juízo possibilidade tem o autor de conseguir do Estado a prestação da tutela jurisdicional, por ser a sua pretensão objetivamente razoável. Inexistindo o crédito, falta ao credor legítimo interesse em pretendê-lo do apontado devedor; inadmissível, para o caso levado a juízo, a providência jurisdicional invocada, faltarão legítimo interesse em propor a ação, porquanto inexistente pretensão objetivamente razoável, que justifique a prestação jurisdicional requerida. Pas d’interênt, pas d’acion.*” (ob.cit., p. 187). Segundo ainda o magistério do mestre Frederico Marques, “***interesse de agir significa a existência de pretensão objetivamente razoável.***”(ob.cit. p.186).

Mas, será que a parte sofreria algum prejuízo, dirigindo a demanda contra o INSS? Será que para evitar prejuízo, necessitaria mesmo da exata intervenção dos órgãos jurisdicionais?

Poder-se-ia argumentar que a ação poderia conter dois pedidos: a) Compensação com contribuições do próprio Salário Educação, extinguindo-se as obrigações novas para com o FNDE; b) Proibição de o INSS lançar o tributo relativo ao Salário Educação, cuja compensação foi autorizada, e nos exatos limites da autorização. E nesse caso seria correto incluir o INSS no pólo passivo da demanda.

Ousamos contudo discordar. É que, julgado o mérito relativo ao fundo do direito de compensar, e sendo este reconhecido, haverá a extinção da obrigação nos exatos termos do art. 156, II, do CTN, sendo inócua a atividade fiscalizadora ao ensejo de tal finalidade.

Basta então, que se dê ao INSS, mediante NOTIFICAÇÃO, ciência inequívoca do conteúdo da sentença e seus limites, para que a fiscalização da autarquia previdenciária se veja desobrigada, e mesmo impedida, de lançar o débito extinto por esse meio. Nada restaria a ser lançado, a menos

que não se tenha obedecido aos exatos limites da mesma, oportunidade em que seria plenamente lícito o lançamento da diferença apurada pela atuação fiscalizadora do INSS.

Acresce lembrar, ainda, que na hipótese de se lançar tributo inexistente, poderia responder pelo crime de excesso de exação o Fiscal de Contribuições que glosasse a compensação efetuada dentro dos limites da sentença, uma vez que esta já teria declarado a inexistência da base legal que deu origem ao recolhimento e autorizado a compensação dentro dos limites nela constantes.

Assim, se a pretensão dirigida contra o INSS, na forma referida no início — como já se argumentou — poderia ser atingida mediante simples comunicação, por ofício dirigido ao INSS, de que o autor obteve a tutela antecipada ou a sentença favorável à compensação, fornecendo os contornos em que esta se dará, não há, pois, interesse legítimo na movimentação da máquina judiciária contra a autarquia previdenciária

4. Conclusão

De todo o exposto, resulta a ausência de duas das Condições da Ação, necessárias à propositura da Ação de Ressarcimento contra o INSS.

Não tem a autarquia previdenciária **Legitimidade *ad Causam***, para figurar no pólo passivo da demanda que vise tão somente a autorização para compensar, eis que a compensação, se autorizada, atingiria a esfera de direito de outra pessoa jurídica (FNDE), com personalidade própria, diferente da autarquia previdenciária.

Não há também **Legítimo Interesse**, em movimentar-se a máquina judiciária contra o INSS, uma vez que a pretensão de não vir a sofrer a atuação fiscal, poderá ser satisfeita independentemente da intervenção do judiciário em procedimento litigioso, mediante simples notificação, à Região Fiscal em que esteja domiciliada a empresa, dando conta do resultado da Ação.

Tais conclusões não têm a pretensão de fechar questão acerca do assunto, mas sim, tão somente, a de colocar mais um dado à reflexão dos estudiosos do Direito, colaborando assim com o desenvolvimento da pesquisa.

* Procurador Regional do INSS – Marília, SP



INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL

*Paulo José Leite Farias **

O Senado aprovou, em Novembro de 1997, o projeto do novo Código Civil brasileiro,¹ sem dúvida o mais importante documento das relações jurídicas entre particulares. A principal inovação desse novo código está na parte do Direito de Família, à medida em que atualiza a “Lei Maior das relações entre particulares” às previsões constitucionais relacionadas à igualdade entre os cônjuges e à união estável. Reflete, pois as mudanças nas relações sociais, principalmente familiares, dos últimos 80 anos (período de vigência do atual código).

Pelo projeto aprovado, o homem não é mais considerado como o chefe da família. Como a Constituição reconheceu **a condição de igualdade entre homem e mulher no casamento**, o termo **pátrio poder** (exercido pelo homem com a colaboração da mulher) é substituído pelo **poder familiar**, exercido pelos dois. Também, **não se fala mais em prevalência da vontade do varão**, nos casos em que o casal não consegue resolver divergências. Da mesma forma, o homem não vai mais poder anular o casamento sob o argumento de que a mulher não era virgem. Portanto, a Constituição de 1988, precisamente, é o documento, em última instância, que originou profundas modificações na parte especial do Direito de Família.

O novo Código Civil também reconhece legalmente a união estável entre um homem e uma mulher,² desde que os dois companheiros (entenda-se por **companheiro**: a pessoa desimpedida para contrair núpcias) vivam juntos há cinco anos. Se o casal tiver filhos, o prazo para o reconhecimento legal da união estável é reduzido para três anos.

Entretanto, não é só no direito de família que o novo Código Civil apresenta modificações substanciais nas relações entre particulares e no estudo de relações patrimoniais.

¹ O projeto de Código Civil que deixa o Senado (com 2.073 artigos), volta para a Câmara está dividido em duas partes: Geral e Especial. A primeira trata das Pessoas, dos Bens e dos Fatos Jurídicos. A segunda contempla os seguintes assuntos: Direito das Obrigações, Direito de Empresa, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões.

² **O texto reconhece à companheira ou companheiro, na vigência da união estável, direito a participar da sucessão do outro, em proporção que variará segundo as parcelas dos filhos comuns, dos descendentes só do autor da herança e dos parentes sucessíveis.**

Nas palavras do Presidente da Comissão do ANTEPROJETO do Código Civil, o ilustre jusfilósofo Miguel Reale, faz-se necessária a construção de um novo Código com filosofia ético-social, que trate com nova abordagem a propriedade, vista no contexto da sua função social,³ e do contrato, no qual deve-se assegurar a boa-fé objetiva, que busca evitar, por exemplo, que, construtoras inescrupulosas entreguem prédios, que além de matar os seus inquilinos, se desfazem em poeira, após o pagamento do preço pelo comprador (faço, pois, expressa referência a situações jurídicas palpitantes trazidas pelo desabamento do Palace II no Rio de Janeiro que envolve várias questões tratadas no Código Civil, tal como a da responsabilidade civil e, possivelmente, a da desconsideração da personalidade jurídica, já prevista no Código do Consumidor⁴ e enriquecida nos termos do art. 50 do projeto do Código Civil).

Seguindo a tradição jurídica brasileira oriunda do modelo alemão (BGB, 1896), o projeto do Código Civil mantém na sua parte introdutória, uma parte geral que dá unidade ao Código, fornecendo as ferramentas jurídicas que serão utilizadas nas outras partes.

Nesse sentido, a doutrina diferencia um Código e uma Consolidação. No primeiro, há preocupação lógica e orgânica⁵ com a criação de uma nova estrutura jurídica; na segunda há apenas a reunião das normas já existentes.

³ O projeto acrescenta a função social às características da propriedade; estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais; e reconhece a liberdade de contratar, condicionando seu exercício nos limites da função social do contrato.

⁴ Na doutrina estrangeira, essa teoria é conhecida como “disregard theory”, “disregard of the legal entity”, “lifting the corporate veil”. O art. 50 do Projeto de Código Civil de 1975 assinala, *verbis*:

“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”

⁵ Essa sistematização toma corpo a partir do começo do século XIX, quando a legislação assume a “forma de códigos”, sendo o Código Civil francês — o Código de Napoleão — o marco da transformação, que “suprimiu, de um só golpe, o direito então em vigor”, na observação incisiva de Georges Ripert (Les Forces Créatrices du Droit, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., Paris, 1955, pp. 348-349). O Código Civil francês, de 1804, e os que lhe sobrevieram — o Alemão — BGB — de 1896, o Suíço, de 1881-1907 — influíram no direito de outros povos, inclusive fora do continente europeu, afirmando a nova orientação política e técnica de legislar.

Muitas vezes, a Consolidação constitui uma primeira etapa para a realização de um Código. Assim, o que identifica o presente Código e todos os Códigos em geral, não é o seu tamanho e sim a sua organicidade (um todo harmônico — garantido pela parte geral, em que as diferentes partes se entrelaçam, se complementam).

Ademais, deve ser dito que o Código Civil foi concebido como lei básica, mas não global, do Direito Privado. Haverá, portanto, uma necessária convivência do Código com as legislações especiais, tal como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código do Consumidor etc. O Código trata dos princípios e regras fundamentais que regem a matéria, não esgotando, entretanto, o seu conteúdo.

Na análise das novidades introduzidas há a redução da idade mínima para a responsabilidade civil, que cai de 21 para 18 anos. Isso significa que, a partir dos dezoito anos, as pessoas não vão mais precisar pedir autorização dos pais para casar, comprar um imóvel ou abrir uma empresa. Trata-se de significativa mudança com profundos reflexos nas relações sociais.

Desse modo, a redução da maioridade civil plena implica mudanças substanciais na vida do jovem e conseqüentemente na proteção jurídica dos incapazes. Por outro lado, atende à antiga aspiração doutrinária de unificação das idades para responsabilização civil e penal.

O novíssimo livro da Parte Especial — Direito da Empresa — trata das relações comerciais, conceituando empresário e sociedade; o que repercutirá enormemente na própria apreciação das relações de comércio, hoje reguladas no Código Comercial (Lei nº 556 de 1850). Ademais, na Parte Geral admite-se a “desconsideração da personalidade jurídica”, em caso de abuso *“caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”*, com tal medida amplia-se o dispositivo correlato previsto no art. 28 do Código do Consumidor (Lei 8.087/90) mitigando-se, ainda mais, a separação patrimonial existente entre a pessoa jurídica e os seus integrantes, quando a autonomia da pessoa jurídica puder dar ensejo à realização de fraudes contra a lei, o contrato ou credores, consagra-se, pois, no âmbito normativo a construção doutrinária de autores como Maurice Wormser, Piero Verrucoli e Fábio Konder Comparato. Em outras palavras, evita-se que os dirigentes ocultem-se atrás da personalidade jurídica dando ensejo à lesão dos legítimos interesses do credor, que poderá acionar, eventualmente o próprio dirigente. Entretanto, nos termos do Código (art. 50), a autonomia da pessoa jurídica continua a ser um princípio jurídico válido e a sua desconsideração, uma exceção.

Adequa-se, também, o Código às novas tecnologias ao simplificar o testamento particular. O projeto que atualiza o Código Civil adapta a tradição do testamento particular à era da informática, ao permitir o uso do computador ou mesmo da máquina de escrever para a redação do documento, eliminando a norma do atual Código Civil que exige a elaboração do testamento “de próprio punho”, quando tiver caráter particular.

O projeto, por alteração do art. 1.904, permite que o testamento particular “*seja elaborado por processo mecânico*”, sem rasuras ou espaços em branco. Também, por substituição do art. 1.907, se permite que: “*Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.*”

Por fim, como crítica construtiva, deve-se assinalar que infelizmente o Código não quis tratar de temas atuais e polêmicos, frutos da evolução tecnológica do homem, tais como : o bebê de proveta (fertilização *in vitro*), o congelamento de embriões e a barriga de aluguel. Não obstante, tal fuga intencional desses temas polêmicos, continua fornecendo contornos jurídicos a essas discussões ao indicar expressamente que os direitos da pessoa existem “*desde a concepção*”, permitindo que a lei dê proteção aos direitos do nascituro.

* Promotor de Justiça. Diretor e Professor de Direito Civil da Escola Superior do MPDFT. Mestrando em Direito e Estado da UNB. Professor de Direito da AEUDF e da FGV.



NOTAS SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL

*Álvaro Luís de Araújo Ciarlini **

O primeiro questionamento que tem sido feito em torno da elaboração de um novo Código Civil cinge-se ao seu aspecto histórico. Indaga-se sobre a oportunidade da nova codificação que ora é objeto de estudo no Congresso Nacional, ou seja, se o momento social, econômico e político vivenciado no Brasil é propício e adequado às alterações dos paradigmas jurídicos do Direito Privado.

O centro das preocupações dos estudiosos a esse respeito, ao que parece, consiste no temor de um retorno à tentativa de (re)construção do direito privado, tendo como molde a jurisprudência clássica dos conceitos, do século XIX, a qual denota a legitimidade da norma jurídica baseada exclusivamente em sua correção sistemática, para a produção de um modelo de decisão a partir da dedução de um conceito formal, que, no mais das vezes, distancia-se paulatinamente da realidade social, sempre dinâmica. Este molde formal representa o alheamento da ciência jurídica em face às constantes mutações sociais — e, portanto, políticas, econômicas, etc.

O positivismo legalista, historicamente, encontrou severa resistência por parte dos prosélitos de um pensamento antiformalista (cite-se, *v.g.*, a Escola do Direito Livre e a opção pela jurisprudência dos interesses, bem como a crítica de Marx à Escola Histórica do Direito).

O embate assim travado tem em mira a necessidade de constante adequação do rigorismo formal dos códigos à realidade imediata experimentada pela sociedade. Isso paradoxalmente passaria a não existir a partir do primeiro momento após o redimensionamento formal do Direito Privado — onde há a prevalência de normas de caráter dispositivo —, pois este tenderia à instituição exaustiva dos tipos jurídicos em abstrato, revitalizando o vigor do legalismo formalista, que entre nós já vem sendo, há muito, mitigado pela constante necessidade de adequação do Código Civil ainda em vigor aos dias atuais. A atividade hermenêutica dos juristas de nosso país, assim, tem permitindo — por meio de um esforço criativo — a permanente densificação da norma jurídica, por sua aplicação aos casos concretos, e, também, via de consequência, uma constante dialetização entre a realidade social e o preceito legal.

Para Pontes de Miranda, o Direito Privado pátrio necessitaria ainda de alguns decênios de intensa preparação, para que se compreendesse e meditasse a imensa quantidade de obras jurídicas e decisões dos tribunais, elaboradas a partir do Direito Privado atual. O célebre jurista alagoano viu como o maior mal da Justiça (e isso mostra-se perfeitamente adequado aos dias atuais) a falta de precisão de conceitos e enunciados jurídicos, o que certamente só será remediado por uma percuciente investigação científica.

Diante desse prisma, pode-se concluir que o problema do Direito Privado Brasileiro não está a requerer, precisamente, a elaboração de um novo corpo normativo. Antes, demanda a elaboração de estudo das bases da dogmática jurídica — estabelecida pelos civilistas do Século XIX, e que ainda não foram adequadamente assimiladas em nossa cultura jurídica, bem como de sua necessária evolução, em correlação com o estudo das sínteses

hermenêuticas modernas. Diante dessa ordem de idéias, o direito civil precisaria ser (re)pensado a partir do ordenamento jurídico vigente, com a paulatina agregação das alterações normativas necessárias, sem impor-se, abruptamente, um novo modelo sistematizado do Direito Privado.

Ultrapassada a crítica à (re)codificação do Direito Privado brasileiro, todavia, deve-se tecer elogios ao profícuo trabalho realizado pelo relator-geral ao Projeto de Lei nº 118/94, senador Josaphat Marinho, bem como aos relatores parciais e à erudita Comissão encarregada de levar a cabo uma obra de tamanha envergadura.

O projeto do novo Código, de inegável valor técnico, procurou preservar a estrutura que nos foi legada pela pandectística alemã, adotando o modelo formado por uma parte geral e parte especial: a primeira composta de três livros, quais sejam o Das pessoas, Dos bens e Dos Fatos jurídicos; a segunda, formada por cinco livros: Do direito das obrigações, Do direito de empresa, Do direito das coisas, Do direito de família e Do direito das sucessões, seguido por um livro complementar estabelecendo as disposições finais e transitórias.

Deve-se ressaltar, em breves notas, que algumas alterações foram introduzidas no indigitado projeto, as quais, mesmo acompanhando as várias proposições doutrinárias e a sedimentação jurisprudencial já assente em nosso meio jurídico, demandavam, de lege ferenda, um adequado redimensionamento legislativo. Entre elas estão a proteção ao direito de personalidade, o adequado tratamento ao tema fatos jurídicos — estabelecendo a necessária distinção entre o ato e negócio jurídico — e também entre a precisão e decadência. Traz, ainda, dentre os defeitos do negócio jurídico, a figura do estado de perigo e a lesão, acompanhando uma tendência de mitigação do princípio da obrigatoriedade da estipulação negocial. Especificamente quanto ao ato ilícito, o novo texto acompanha a orientação da Constituição Federal em vigor, para expressamente versar também sobre o dano moral.

Destaque-se ainda a diminuição da idade para o estabelecimento da capacidade plena (de 21 para 18 anos).

No que concerne à parte especial, ainda na linha da quebra da figura do individualismo jurídico, o novo Código valoriza a denominada cláusula *rebus sic stantibus* em detrimento do valor dado ao princípio *pacta sunt servanda*.

A alteração mais importante feita à parte especial do novo Código, segundo o nosso entendimento, foi o passo dado em direção à unificação

entre o Direito Civil e o Direito Comercial, com o estabelecimento do denominado Direito de Empresa e disciplina exaustiva sobre o Direito societário.

Nos chamados Direitos Reais, especificamente quanto ao direito de propriedade, a alteração de maior relevo foi a expressa relativização do *jus utendi, fruendi e abutendi*, com a normatização de limitações ao direito de propriedade em face de suas finalidades econômicas e sociais.

A redução dos limites para as várias modalidades de usucapião é também digna de nota (arts. 1239 e 1241), o mesmo ocorrendo com a proibição da constituição de enfiteuse (respeitado o ato jurídico perfeito e o direito adquirido).

No âmbito do Direito de Família, dentre as várias alterações observadas, a que merece destaque é a alusiva ao estabelecimento da figura do poder família, em substituição ao denominado pátrio poder, prestigiando a orientação constitucional de equivalência de direitos e deveres entre o homem e a mulher. O estabelecimento da entidade familiar pela constituição da união estável mereceu disciplina expressa, com a fixação de tempo de convivência (3 ou 5 anos, de acordo com a hipótese).

No Direito das Sucessões o aspecto mais saliente é o que se reporta à sucessão testamentária, com o abrandamento das formalidades necessárias ao estabelecimento do testamento público, cerrado ou particular.

Feitas estas brevíssimas ponderações, sem nenhum intuito de elaboração de um juízo pormenorizado sobre o tema, e, ainda, partindo-se da premissa de que a nova codificação é uma realidade, deve-se reiterar que, embora criticável a idéia de criação de um novo código civil, no presente momento, o projeto em curso no Congresso Nacional encontra-se adequadamente estruturado e, feitos os necessários ajustes, próprios do processo legislativo, o novo diploma certamente terá sido a melhor opção, dentre as possíveis. Isto se explica pelo claro posicionamento do legislador brasileiro em garantir ao aplicador da lei civil uma adequada margem de ponderação de seus preceitos normativos, à vista da mutável realidade que nos cerca.

* Juiz da Vara Cível de Planaltina e professor de Direito Civil do Centro de Ensino Unificado de Brasília (Ceub).



O QUE É DIREITO?

*Márcia Aparecida Paim Adami **

Ao se perquirir acerca do Direito em sua essência, é preciso empreender uma análise de aspectos particulares a um problema mais geral e filosófico: o das relações entre indivíduo e sociedade.

Historicamente, a questão vem tratada sob o enfoque da anterioridade temporal do indivíduo e da sociedade, considerados multifacetariamente sob pontos de vista axiológico, sociológico e político. Cada uma destas facetas refratará uma figura de indivíduo.

O ser humano constitui um individualidade, todavia, é por natureza, um ser social. Resulta daí que a sociedade como fato natural é mais do que um aglomerado de indivíduos; é também uma das condições de seu existir.

Entre o indivíduo e sociedade há uma relação dialética, o que determina a ocorrência de situações que ora são de colaboração, ora de hostilidade. O conflito de será possível e normal, uma vez que há circunstâncias nas quais prevalece o valor de ordem individual, enquanto em outras, evidenciam-se as necessidades coletivas.

É da natureza humana viver em sociedade, em razão de sua própria limitação e finitude. O fato de o indivíduo ter consciência de suas necessidades e privações faz com vá em busca de complementação, na procura de ser pleno em si mesmo.

“O existir humano é um coexistir, é um junto. Por isso o homem é um ser em relação “(Costas, S. *Perché il Diritto?* 2. ed. Editrice La Scuola, 1983). Assim, o indivíduo é produto de uma rede infinita de relações, desde sua origem e, através de sua ação sucessiva e de seu desenvolvimento, até sua morte.

“A coexistência não é, portanto, um fato ocasional e evitável; é, em vez, a expressão desta condição ontológica (natural)” (ibid).

Apesar de a estrutura humana e a consciência da indigência determinarem a necessidade de relações e cooperação interindividuais, essas não são de fácil realização no cotidiano. Exsurge, então, a busca de regularidade e normalidade dos comportamentos; uma ordem de vida que constitua parâmetro referencial para reconhecimento e compreensão de

modo recíproco, a despeito das diferenças individuais. Surge o senso de um dever-ser comum, de uma exigência de princípios diretivos e de regras de conduta que favoreçam o coexistir.

Segundo Aristóteles, “o homem é um ser político, naturalmente feito para viver em sociedade”. Se o homem é um ser político por natureza, o político é essência, é específico e originário. Então, pode-se afirmar que não existiu um estado associal que tivesse precedido o existir do homem em sociedade.

“Não houve primeiro o homem, depois a sociedade e logo a política” (Freund, J. *La Esencia de lo Político*. Madrid: Nacional, 1968, p. 24). Tudo se deu ao mesmo tempo e originalmente.

Não obstante o homem seja político porque é um ser social, política e sociedade são distintas; não ocorrem no mesmo plano.

Mercê da multiplicidade de relações sociais e do próprio evoluir da sociedade, incumbe ao homem a tarefa incessante e contínua de organizá-la e reorganizá-la. É neste sentido que “o político está no coração do social” (Ibid, p. 34); é uma essência, de um elemento constitutivo da sociedade.

Compreender o Direito sem uma base sociológica é tarefa difícil, porque o Direito como fenômeno é uma atividade social, assim como também o é a política.

O Direito tem origem nas exigências naturais do ser humano, decorrentes de uma aparente contradição; nasce de um ser que possui uma tensão particular: suas limitações em oposição à aspiração de superá-las. O homem nasce contingenciado, mas é habilitado à transcendência.

Direito e política são possíveis e necessários por razão desta contingência e da busca de superação inerentes ao homem. Não fosse isso, o Direito seria necessário, mas não possível.

A compreensão do Direito como fenômeno social leva à distinção entre sociedade, em sentido estrito, e poder, uma vez que, na realidade concreta, estão intimamente ligados.

Até Hegel, a sociedade civil era sinônimo de Estado e se opunha à idéia de sociedade como estado da natureza, reduzido o Direito ao ordenamento jurídico estatal. Todavia, é dentro do espaço de coexistência, de convivência, que vai surgir o poder, que se institucionaliza através da ordem, ou seja, da expressão da relação de **mando e obediência**, “que

tem por base uma relação de vontades e não de idéias” (Freund, 1968);¹ da **opinião**, isto é, relação entre público e privado; e da **luta**, como manifestação da relação amigo/inimigo.

O campo da sociedade é aquele natural das contingências, das limitações humanas, de fatores mais livres, mais abertos. O campo do poder é privilegiado porque é institucionalizado e possibilita abertura à racionalidade.

O ser humano, em sua dualidade, apresenta aspectos de racionalidade que melhor operam no âmbito do poder, do Estado, e aspectos de irracionalidade, que se manifestam melhor na sociedade.

A Sociologia distingue dois grandes modelos de processo social: o agregativo, aquele de coesão, da cooperação e do consenso; e o dissociativo, do conflito, da competição, força que fragmenta e divide. O Direito visto como fato social é um dos processos sociais possíveis, ou seja, processo agregativo. Trata-se de um processo de integração visando à conservação da sociedade. O Direito quer a paz, quer orientar condutas para o bem da sociedade, quer administrar os conflitos para que não degenerem.

Como fato social, o Direito só pode ser entendido num quadro de relações entre sociedade e Estado ou poder organizado. Entretanto, há uma relativa autonomia entre ambos. Esta idéia nem sempre foi dominante, basta lembrar liberalismo, contratualistas e jusnaturalistas, que, desprezando os fatos deram uma contração racional para o Estado através das codificações, organizando a própria sociedade como tal. Conforme aquelas idéias, o Direito é fruto da razão, constituindo a sociedade. Neste viés, a sociedade é dependente do poder organizado, numa visão que dominou o século XVIII.

¹ Original: “El mando aparece cuando en el seno de una masa o de una reunión cualquiera se va esbozando una veleidad de coherencia interna. De la masa al grupo político, el paso se efectúa por el mando, que es el principio de organización del mismo. Ninguna masa se organiza ella sola; hace falta la intervención de una voluntad superior.” (p.130).

“Entendemos por obediencia el acto que consiste en someterse, en interés de una actividad común determinada, a la voluntad de otros para ejecutar sus órdenes o bien para conformar la conducta con sus reglamentos. Esta definición general conviene a todas las formas de obediencia, políticas o no políticas. Indica que todo el mundo no manda ni obedece al mismo tiempo en todos los sectores de la actividad humana.” (p. 187).

“Hay que hacer notar, como conclusión, que no se podría captar la esencia de lo político limitando las investigaciones a una sola de estas tres categorías de presupuestos: mando-obediencia; amigo-enemigo, o privado-público, sin que pueda hablarse de una dependencia de uno de aquellos presupuestos en relación con el otro, sin embargo, existe entre ellos una correlación de orden sustancial, es decir, que en ausencia del uno o del otro, una actividad determinada deja de ser propiamente política”. (p. 378).

Para Lasalle, o Estado e o Direito são decorrências das forças sociais. A pessoa humana é dual; tem um lado emocional, limitado, que determina a sociedade, e um lado racional, que origina o poder e as instituições. Assim, da complementação destes dois lados decorre o Direito como produto da sociedade, a qual é influenciada e transformada pelo poder. Há, pois, interdependência: um hemisfério genérico, que tem origem na sociedade e encontra reconhecimento no poder, e outro operativo, que nasce do poder e da racionalidade do Estado, originando o direito legislado que carece do reconhecimento da sociedade.

Da sociedade nasce uma normatividade natural decorrente do processo social, resultando um **direito bruto**, *in natura*. Esse direito é fluido e precário, na medida em que não é dotado de segurança, não tem força independentemente da própria sociedade. É dialético, não vem unívoco, brota da sociedade carregado de conflitos. Em razão disso, vai buscar no poder estabelecido a resposta para essa normatividade através de uma escolha. A normatividade reconhecida pelo juiz constitui o chamado **direito dos juristas**, que retorna à sociedade e precisa ser aceito. Ainda na esfera do poder organizado, cabe ao Legislativo a busca de solução dos problemas da sociedade, dando origem ao **direito legislado** que vai atuar e orientar a sociedade. Desse encontro resulta o direito vivo, ou seja, a prática pela sociedade do direito escrito, posto nos livros, criado pelo juiz, que a própria sociedade adapta, ajusta, deforma, conforma e assimila, de forma própria, viva. Reihbinder (*Sociología del Derecho*. Madrid: Pirâmide, 1981)² ensina que o Direito, como fato social, não é unívoco; é um fluxo constante.

² Original: “Eugen Ehrlich divide la materia jurídica en Derecho estatal, Derecho de jurista y Derecho social. Los tres tipos se mezclan en el Derecho vivo, de carácter extra-estatal, y que constituye el objeto de investigación de la Sociología del Derecho.” (p. 50)

“Si el desarrollo del Derecho está determinado especialmente por la sociedad, por sociedad hay que entender el conjunto de los grupos humanos... la forma más vieja y originaria del Derecho no es otra cosa sino el orden interno de estos grupos.” (p. 59)

“El Derecho es, pues, em primeira línea, una forma organizativa de la sociedad. Sólo a través de un proceso espiritual de transformación e convierte en lo que el jurista práctico vê unicamente como Derecho, o sea, en la base para la decisión de los litigios jurídicos”. (p. 63)

“Por Derecho estatal entiende Ehrlich aquel Derecho que, atendiendo a su contenido, proviene del Estado. Es un Derecho que sólo há podido surgir por medio del Estado y que sin éste no podría haber existido”. (p. 65)

“Derecho vivo es, por el contrario, Derecho social a un nivel más alto, a un nivel influido por la reacción al Derecho de juristas y al Derecho estatal. En este nivel más alto, el Derecho es un orden realmente vivido y la norma jurídica una regla de la acción social: Sólo lo que penetra en la vida se transforma en norma viva, lo demás es tan sólo doctrina, norma de decisión, dogma o teoría.” (p. 70).

O Direito é um fato social, resulta das relações sociais. À medida que essas relações se intensificam, se imbricam, surge a necessidade de organizá-las, estruturando-as de sorte a possibilitar a coexistência e a própria integridade do grupo social. Nessa esfera, o Direito passa a se revestir de um caráter instrumental, dando origem a uma estrutura, conformando o poder. Então, aproxima-se da política. Há uma profunda interação. O processo de relação entre sociedade e poder é um fluxo integrativo: não pode haver Direito sem a mediação do poder, que é a política. E o poder organizado vai materializar o Direito através de normas que procurem expressar a realidade do Direito na vida social, “matizadas nos tons da realidade vital” (Rehbinder, 1981), na busca da justiça social, que é a expressão do bem comum.

Il Diritto ci accompagna, come l'ombra che segue i nostri passi, dalla nascita alla tomba (O Direito nos acompanha, como sombra que segue os nossos passos, do nascimento à tumba). Sergio Cotta.

* Advogada, mestranda em Direito dos Negócios e da Integração na UFRGS e professora de Direito Romano e Direito Financeiro na ULBRA.



O PRÉVIO ESGOTAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NOS CRIMES FISCAIS E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama **

I. INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é reacender a discussão sobre interessante tema que vem se mostrando bastante atual e freqüente, a saber, o prévio exaurimento do procedimento administrativo (ou administrativo-fiscal) e sua (não) influência nos delitos fiscais e contra o sistema financeiro nacional, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. A respeito do tema, vários jurista se posicionaram, o mesmo ocorrendo com nossos Tribunais, mas ainda assim a questão não se mostrou pacífica e uniforme,

sendo comuns Julgados e trabalhos doutrinários recentes adotando posições diametralmente opostas. Vale observar que o tema está intimamente relacionado à temática da independência e autonomia das instâncias administrativa e criminal, motivo pelo qual sem tal premissa o assunto não pode ser analisado.

Nas fiscalizações realizadas por entidades ou órgãos públicos, como por exemplo o Banco Central do Brasil, Receita Federal, o Instituto Nacional do Seguro Social, dentre outros, quando detectada a existência de infração administrativa (aí incluída a fiscal), o agente público autua o infrator e, quando observa a existência de elementos que evidenciem também prática de crime, os encaminha ao órgão próprio para que seja dado início à persecução criminal. É certo que o procedimento administrativo não se encerrou, eis que há a possibilidade do exercício do direito de defesa, assegurado constitucionalmente, até a última instância administrativa. Contudo, não há que se esperar o encerramento da instância administrativa para que se dê início a investigação criminal, seguida da propositura da ação penal através da denúncia, seqüenciada pela sentença (condenatória ou absolutória) e por eventual acórdão, formando-se a coisa julgada. Inexiste condição de procedibilidade ou questão prejudicial ou, ainda qualquer elemento do tipo penal, quanto ao encerramento do procedimento administrativo para efeito no Processo Penal.

Ainda na década de oitenta, **JORGE MEDEIROS DA SILVA**, em análise detida a respeito do assunto, mormente em matéria de crimes tratados nas leis previdenciárias, comentava: *“Com respeito às faltas administrativas vale todavia mencionar que quando um fato repercute tanto na esfera administrativa como na penal, os processos correspondentes são totalmente independentes, inexistindo qualquer relação legal entre ambos.”*¹ Ao ser apurada infração administrativa que, em tese, também pode ser considerada ilícito penal, incumbe à Administração Pública promover as comunicações pertinentes, à época da descoberta da infração, independentemente do desfecho do procedimento administrativo, ou mesmo que este ainda não tenha sido instaurado.²

¹ *In* Direito Penal Especial, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 38. O mesmo autor complementou seu raciocínio: *“A Súmula 18 do STF prevê a possibilidade de punição administrativa por falta residual quando pelo mesmo fato se deu absolvição criminal. (...) São processos paralelos e, nenhum inconveniente há inclusive em que a mesma pena (perda de cargo) seja imposta duas vezes, uma em cada via: administrativa e pena acessória criminal”* (p. 39).

² JORGE MEDEIROS DA SILVA teceu o seguinte comentário acerca do assunto: *“Temos observado uma praxe bastante prejudicial da Administração — só comunicam o fato com*

A comunicação imediata do agente da Administração Pública ao responsável pela investigação ou pela deflagração da ação penal é indispensável, mesmo porque na qualidade de funcionários públicos no exercício de suas funções, não podem ser tratados como qualquer pessoa do povo, consoante os preceitos dos artigos 5º, § 3º, e 27, ambos do Código de Processo Penal, e, assim, ao invés de faculdade, há dever funcional dos mesmos de realizar tal comunicação.

II. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E CRIMINAL

Na eventualidade de um mesmo acontecimento repercutir nas esferas administrativas, civil e criminal, como no caso de um servidor público perpetrar conduta de subtrair bem ou valor da repartição em que exercia suas funções, valendo-se da facilidade que a função exercida, três sanções poderão ser aplicadas ao infrator, de diferentes naturezas. Para cada instância, a princípio, será instaurado procedimento distinto sem qualquer prevalência de uma sobre as outras. De acordo com os ensinamentos do saudoso **HELIO LOPES MEIRELLES**, *“essas três responsabilidades são independentes e podem ser apuradas conjunta ou separadamente. A condenação criminal implica, entretanto, no reconhecimento automático das duas outras, porque o ilícito penal é mais que o ilícito administrativo e o ilícito civil. Assim sendo, a condenação criminal por um delito funcional importa no reconhecimento, também, de culpa administrativa e civil, mas a absolvição no crime nem sempre isenta o funcionário destas responsabilidades, porque pode não haver ilícito penal e existir ilícitos administrativo e civil.”*³

cópia do inquérito administrativo quando este termina. Ora, freqüentemente, este processo se arrasta por anos correndo assim prescrição penal (da data do fato), esvaindo-se provas, perecendo indícios e até mesmo sumindo testemunhas que mudam de endereço, se aposentam, mudam de emprego. A comunicação deve ser contemporânea ao fato, exista ou não já aberto o procedimento administrativo cuja cópia pode ao final ser enviada ao juiz ou à polícia para robustecer o conjunto de provas penais” (ob. cit., p. 39).

³ Direito Administrativo Brasileiro, 14ª. ed., Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo, p. 414. Dando continuidade ao seu entendimento, escreveu o autor: *“A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa e civil quando ficar decidida a inexistência do fato ou a não autoria imputada ao funcionário, dada a independência das três jurisdições. A absolvição na ação penal, por falta de provas ou ausência de dolo, não exclui a culpa administrativa e civil do servidor público, que pode, assim, ser punido administrativamente e responsabilizado civilmente”* (ob. cit., pp. 414/415). Na mesma linha doutrinária encontra-se MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, 4ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1994, p. 389/394, com ampla citação jurisprudencial, inclusive de decisões do DASP, na esfera federal).

No âmbito do Direito Processual Penal, é oportuna a transcrição da orientação do Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO que, após citar os sistemas legais referentes às ações penal e civil acerca do mesmo fato, leciona: “*No Direito pátrio, o sistema adotado é o da independência, com certa mitigação*”⁴. O preceito legal que norteia todo o ordenamento jurídico pátrio acerca do tema, e também é aplicável às infrações administrativas, é o insculpido no artigo 1.525, do Código Civil⁵ que, desse modo, preserva a independência de instâncias, de forma atenuada quando a causa tiver sido definitivamente solucionada na jurisdição penal. Não há propriamente uma prevalência da instância criminal sobre as outras, mas sim o reconhecimento de que como no Processo Penal vigoram princípios mais extremados na proteção do *status libertatis* do cidadão, dentre eles o da verdade real, a sentença criminal é aquela que detém presunção absoluta de haver solucionado o conflito com base naquilo que realmente ocorreu, e não por ilações ou ficções jurídico-processuais. Daí, outrossim, a justificativa para as normas dos artigos 63 e 65, ambos do Código de Processo Penal.

Colocadas tais premissas, perfeitamente aplicáveis às instâncias criminal, cível e administrativa, deve ser destacada a questão inserida nos casos de delitos fiscais e contra o sistema financeiro nacional, quando será possível observar que inexistente conclusão diversa da acima alcançada, ou seja, da ausência de influência do procedimento administrativo (tampouco do seu encerramento) na ação penal em que se debate a prática de ilícito penal.

III. PROCESSO PENAL INDEPENDENTE DO TÉRMINO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, deve ficar assentado que o prévio esgotamento da via administrativa não é condição de procedibilidade para a ação penal. As responsabilidades administrativa e criminal são independentes e autônomas,

⁴ Processo Penal, 9ª ed., v.2, Editora Saraiva, São Paulo, 1986, p. 9, ainda com o seguinte adendo: “*A parte interessada, se quiser, poderá promover a ação para satisfação do dano apenas na sede civil. Se houver sentença exequível na jurisdição civil, onde não mais se discutirá o an debeatur (se deve) e sim o quantum debeatur (quanto é devido). Se, proposta a ação civil, estiver em curso a ação penal, deverá o Juiz do cível sobrestar o andamento da primeira*”. (ob. cit., p.9).

⁵ *In verbis*: “A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

bastando lembrar que nos delitos fiscais, o lançamento apenas **declara e formaliza** o crédito tributário existente, ou seja, o ilícito penal existiu em período anterior e diante da fiscalização realizada é constatado e devidamente documentado e retratado através de auto de infração com o conseqüente lançamento fiscal. O mesmo raciocínio é válido para os crimes contra o sistema financeiro nacional no que tange a fiscalização levada a efeito pela autarquia própria.

Assim, o ilícito penal e, ao mesmo tempo, tributário não é constituído com o lançamento, nos delitos fiscais, mas sim apurado (pois já ocorreu) e apenas será tornado líquido para efeito de sua exigibilidade. É possível, em tese, que seja descoberta conduta que se amolda ao delito de sonegação fiscal sem qualquer procedimento administrativo-fiscal: supondo-se que o crédito tributário esteja prescrito, mas o delito não, diante das penas mais rigorosas previstas na vigente Lei nº 8.137/90. Ninguém sustentaria que a ação penal não poderia ser iniciada e finda independentemente de qualquer responsabilização administrativa.

Ao lado das condições da ação, ditas genéricas (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse de agir), a lei prevê certas condições que subordinam o exercício da ação penal. Assim, por exemplo, as ações penais condicionadas dependem da representação da pessoa designada em lei para que possam ser iniciadas. Confira a precisa lição de TOURINHO FILHO:

“Tomemos como exemplo um crime de ameaça. Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, pelo fato de haver ameaçado Tício, embora aquele seja parte legítima, porquanto a ação é pública, embora haja exuberantes elementos de convicção quanto ao fato e autoria, vale dizer, não obstante satisfeitas as condições genéricas, o Juiz procurará examinar se houve ou não a representação. Realmente. Dispõe o art. 43, III, última parte, do CPP, que a denúncia ou queixa será rejeitada, a despeito de satisfeitas as exigências dos incs. I, II e III, primeira parte, se ‘faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal’. Por outro lado, o art. 24 do estatuto processual penal proclama que, ‘nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir... de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo’”⁶.

⁶ Processo Penal, 9ª ed., v. 1, Editora Saraiva, São Paulo, 1986, p. 461.

A lei não exige qualquer condição de procedibilidade para o início da ação penal referente aos delitos fiscais ou contra o sistema financeiro nacional, nem mesmo a apresentação da denominada “representação para fins criminais”. Assim, cabe ao Ministério Público, ao analisar os elementos da prova existentes independente da fase do procedimento administrativo (ou de sua ausência), caso. Confira, por oportuno, alguns Julgados:

“O procedimento administrativo-fiscal não constitui pressuposto ou condição de procedibilidade da ação penal, ou de instauração de inquérito policial, para apurar o delito de sonegação fiscal.”⁷

“Sonegação fiscal — Lei 4.729/65 — Inquérito Policial — Instauração antes de definido o valor da dívida — Admissibilidade face a autonomia das instâncias cível e penal, não ficando esta adstrita à prévia definição do real montante do débito tributário do contribuinte — Justa causa reconhecida — “Habeas corpus” visando a suspensão do procedimento negado — Inteligência do art. 7º da referida lei”.⁸

O encerramento do procedimento administrativo (fiscal) apenas esgota as possibilidades de mudança do decidido pela autoridade administrativa originária no âmbito próprio (da Administração Pública), mas não exerce qualquer influência quanto à ação penal, mesmo porque no âmbito do Processo Penal prevalece o princípio da verdade real, diferentemente do que ocorre no Processo Cível e, porque não dizer, do Procedimento Administrativo.

Em recente artigo doutrinário, o Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região EUSTÁQUIO NUNES SILVEIRA teceu as seguintes considerações: *“As instâncias penal e administrativo-fiscal são independentes. Desse modo, o processo penal independe do procedimento na área fiscal. Ambos podem coexistir, não constituindo uma condição de procedibilidade do outro”*.⁹

⁷ Julgado do Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, publicado na RT, 549/433.

⁸ Julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, tendo como Relator o Juiz RIBEIRO MACHADO, publicado na RT, 673/345.

⁹ Sonegação fiscal, in Revista da Procuradoria Geral do INSS, v. 3, n. 2, Brasília, MPAS, INSS, jul./set. 1996, p. 8. Prosseguindo na análise do tema, o magistrado anotou: *“No caso de conduta penalmente relevante, desde que o delito contra a ordem tributária se consume (a tentativa, nos casos tratados, é impossível), o Ministério Público (a ação é pública incondicionada), se tiver elementos de informação, para tanto, poderá, desde logo, oferecer a denúncia”*.

Digna de aplausos é a orientação apresentada pelo Professor WAGNER BALERA, para quem *“a reação da ordem jurídica diante da ilicitude deve ser imediata. Por essa razão, já resultou decidido pelo colendo STF, em julgado do qual foi relator o eminente Min. OSWALDO TRIGUEIRO, que: ‘em crime de sonegação fiscal, o processo administrativo não é pressuposto’ (...) ... constituindo dever grave de qualquer pessoa que tenha conhecimento do fato delituoso do mesmo dar notícia ao Ministério Público, por escrito, fornecendo as informações sobre o fato, a autoria; indicando o tempo e o lugar da infração, tudo acompanhado dos elementos de convicção de que disponha (art. 15 da Lei 8.137/90)”*¹⁰. Anote-se, ainda, que mesmo sem a instauração do procedimento administrativo-fiscal pode ter início e regular desenvolvimento o processo penal sobre o fato levantado pela fiscalização ou descoberto por qualquer do povo¹¹.

Quanto aos delitos fiscais, deve-se lembrar que o artigo 142, do Código Tributário Nacional, dá atribuição a autoridade administrativa de efetuar o lançamento, consolidando o crédito tributário existente desde a ocorrência do fato gerador, determinando o valor do tributo (e, se for o caso, do que deve ser pago, na hipótese de sonegação). Pode ocorrer hipoteticamente que a autoridade fazendária, por lapso ou mesmo por delito funcional, não efetue o lançamento e, evidentemente, isso não vai impedir o exercício da ação penal, através da máquina judiciária. O oferecimento de impugnação ou a interposição de recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não a possibilidade de se ingressar com a ação penal correspondente, diante da independência das instâncias. Conforme mencionado, o tributo é preexistente ao lançamento, apenas vai ser declarado por este e, assim, a lesão ao Fisco ocorreu quando da prática da conduta lesiva ao erário. Assim, o bem juridicamente tutelado foi lesado pela conduta do agente, não sendo necessário se aguardar o término do procedimento administrativo-fiscal.

¹⁰ Direito Penal Tributário, in Revista de Direito Tributário, n. 63, Editora Malheiros, São Paulo, p.249. O articulista, antes do trecho acima transcrito, observara que *“a prova material do delito será o levantamento fiscal efetuado pela Administração Tributária”*, e que o contribuinte poderia demonstrar que a autuação era defeituosa ou nula, desconstituindo o lançamento realizado, o que também pode ser feito no Processo Penal durante a instrução probatória.

¹¹ WAGNER BALERA demonstra tal orientação (ob. cit., p. 250), acrescentando, ainda, que: *“é mister esclarecer que os delitos de que se cuida são processados mediante ação penal pública, iniciando-se com a denúncia do Ministério Público, independentemente da representação da autoridade tributária competente. Tampouco depende, conforme jurisprudência citada, de instauração de processo administrativo fiscal para configuração do débito.”* (ob. cit., p. 252).

O fato gerador do tributo é anterior à atividade de fiscalização desenvolvida pela Administração Pública e, assim, o encerramento do procedimento administrativo é completamente irrelevante para a configuração do delito, não sendo condição para o início da ação penal.

Ainda sobre o tema, deve ser destacado trecho de artigo doutrinário de ANTONIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA a respeito do tema, nos delitos denominados econômicos: *“Um dado importante revelado pela modificação da natureza do crime tributário, que de crime formal passou a ser um crime material ou de dano, diz respeito à influência da decisão administrativa na esfera penal. Como a conduta material tem por escopo a supressão ou redução de tributos, se no âmbito administrativo for declarada a inexistência do mesmo, não se poderá falar em crime, pois, qualquer ação do agente objetivando atingir os tributos será inócua, pois estes inexistem”*¹² Apesar da brilhante tese defendida, a mesma não pode ser aceita. Não sem a existência de ação proposta na área cível (relativamente às ações declaratórias de inexistência de relação tributária, ou anulatórias das autuações e lançamentos fiscais realizados). É certo que, nos delitos fiscais, a descrição de condutas penalmente reprováveis na Lei nº 8.137/90 pressupõe a redução ou supressão de tributo, sendo que a noção de tributo advém do Direito Tributário e, conseqüentemente, deve ser buscada na legislação tributária, desde a Constituição Federal até os atos normativos baixados no âmbito do Poder Executivo, e, é claro, o vigente Código Tributário Nacional. Tal constatação não tem o condão de atribuir às autoridades fiscais o monopólio de definir a existência ou não de crime de sonegação fiscal, por exemplo, mesmo porque incumbirá ao magistrado, na ação penal, apreciar *incidenter tantum* a questão referente a ocorrência ou não do fato gerador e todos os seus consectários.

A correta interpretação acerca da Lei nº 8.137/90 depende do aproveitamento de noções e conceitos de Direito Tributário, que podem ser perfeitamente detectados pelo juiz criminal, não ficando este adstrito à decisão proferida no procedimento administrativo. ZELMO DENARI, ao

¹² Reflexões sobre os crimes econômicos, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 11, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, jul./set. 1995, p. 99/100. O autor, ainda, expôs complementação ao seu raciocínio: *“Em casos nos quais se contesta na esfera administrativa a exigibilidade do tributo, tendo em vista uma situação fática determinada, poderá ser invocado o art. 93 do CPP. Embora este se refira à questão prejudicial que esteja sendo apreciada pelo Juízo Cível, nos parece de toda pertinência a aplicação analógica do dispositivo, tendo em vista o grau de prejudicialidade que vincula a questão penal à tributária, pois na esfera administrativa se estará discutindo a existência do tributo que constitui condição precípua para a existência do delito.”* (ob. cit., p. 100).

analisar o tema quanto aos delitos fiscais, comentou: “... *sem embargo da procedibilidade autônoma da ação penal enunciada na Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento de exoneração fiscal na esfera administrativa, no curso do respectivo procedimento, afeta o conteúdo da decisão criminal, pois o tipo penal, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.137/90, supõe a supressão ou a redução de tributo ou contribuição social devidos*”.¹³ Sem embargo da orientação acima exposta, não é possível o seu acatamento, ainda mais em se considerando que várias podem ser as causas de extinção do crédito tributário como, por exemplo, o pagamento do tributo após o recebimento da denúncia no Processo Penal. Outro exemplo: a decadência ou mesmo prescrição do crédito tributário, sem que tenha ocorrido a prescrição da pretensão punitiva. E, evidentemente, se houver causa para a invalidação da atuação levada a efeito e, conseqüentemente, a desconstituição do lançamento realizado, o juiz, na condução do processo penal, deverá proferir julgamento absolutório.

Não pode ser acolhida a tese de que a questão tributária no âmbito administrativo seja questão prejudicial à questão penal. O artigo 93, do Código de Processo Penal, ao tratar da denominada questão prejudicial heterogênea se refere à questão de competência do Juízo Cível e não da alçada de autoridade administrativa, mas sim judicial.

Consoante a classificação doutrinária aventada por MIGUEL FENECH, citada por TOURINHO FILHO, as questões prejudiciais podem ser *não-devolutivas* ou *devolutivas*, estas ainda sub-classificadas em *devolutivas relativas* e *devolutivas absolutas*¹⁴. As questões prejudiciais tratadas no artigo 93, do Código de Processo Penal, são as *devolutivas relativas*, desde que atendidos os pressupostos legais, a saber: a) a importância da questão suscitada para a qualificação jurídico-penal da conduta descrita na denúncia; b) a competência do juízo cível para solucionar a matéria considerada prejudicial em relação ao objeto do pedido no juízo penal; c) a propositura prévia da ação civil; d) a complexidade da questão debatida, e, portanto, que seja de difícil solução; e) a questão não deve versar sobre direito cuja prova a lei civil limite. E, assim, “*faltando um pressuposto apenas, é o suficiente para nem se cogitar da suspensão do processo-crime, e, se o Juiz penal, nessa hipótese, determinar a suspensão, a parte interessada*

¹³ Infrações tributárias e delitos fiscais, 2ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1996, p. 98.

¹⁴ Consoante a classificação enunciada, questões prejudiciais devolutivas são as que devem ser solucionadas pelos Órgãos Jurisdicionais alheios à jurisdição penal, sendo que as absolutas sempre devem ser solucionadas no Juízo Cível, enquanto as relativas **podem** ser resolvidas no Juízo extra-penal (Processo Penal, v.2, ob. cit., p. 462/463).

deverá interpor o recurso stricto sensu, com fundamento no art. 581, XVI, do CPP, combinado com o art. 93, do mesmo estatuto processual.”¹⁵

Um argumento interessante foi exposto no julgamento de *Habeas Corpus* pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ementado da seguinte forma: “O tipo penal descrito no art. 1º, da Lei 8.137/90, para que se possa configurar exige, obrigatoriamente, o término da apuração do agir do contribuinte na esfera tributária. Denúncia oferecida antes do término do processo fiscal que apresenta ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal. Carência de ação.”¹⁶ De acordo com os fundamentos expostos no Julgado, verifica-se que o entendimento se deu por reconhecer tratar-se de direito do contribuinte a utilização do *favor fiscal* da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Respeitado o entendimento exposto, não deve o mesmo prevalecer, levando em conta que a existência da causa de extinção de punibilidade com o pagamento anterior do tributo não pode influir nas condições genéricas da ação penal. O pedido condenatório, fulcrado na descrição fática da prática de delito fiscal, com base em suporte probatório reunido em inquérito policial ou através de peças de informação, é juridicamente possível, inexistindo qualquer restrição legal à propositura da ação penal através do oferecimento da denúncia, com a observância do estatuído no artigo 41, do diploma processual penal vigente.

Acerca do tema, vários Julgados dos Tribunais vêm se posicionando no sentido de negar a tese da vinculação da ação penal ao esgotamento do procedimento administrativo, reconhecendo que inexistente condição genérica ou específica em relação a esta. Dentre outros, podem ser citadas as seguintes ementas:

“Sonegação fiscal. Condição de procedibilidade. ‘Reiterada orientação pretoriana, sobre negar à exigência da apuração do débito tributário, na instância administrativa, o caráter condicional de procedibilidade da ação penal por sonegação fiscal’”¹⁷.

¹⁵ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Processo Penal, v.2, ob. cit., p. 468. No mesmo sentido, enunciando os requisitos necessários à suspensão do processo penal, por força da prejudicialidade facultativa, confira a lição de HÉLIO TORNAGILL, Curso de Processo Penal, 4ª ed., v.1, Editora Saraiva, São Paulo, 1987, p. 151/152.

¹⁶ Trata-se do *Habeas Corpus* nº 95.01.03147-0/DF, tendo como Relatora a Juíza ELIANA CALMON, citado por ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER no artigo *Sonegação fiscal. Denúncia ofertada antes do encerramento de procedimento fiscal. Impossibilidade jurídica do pedido*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 11, cit., p. 252/253.

¹⁷ Julgamento do RIIC 1.895-5, do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Ministro JOSÉ DANTAS, publicado na RSTJ 39/253.

“Crime contra a ordem tributária. Justa causa. Ocorrência. Cancelamento do ato fiscal na via administrativa. Irrelevância. As sanções penais e administrativas são autônomas em face do que, salvo se a lei diferentemente dispusesse, não é possível pretender-se que a aplicação de uma satisfaça a outra (STF, RT 611/237). A apuração do débito fiscal na instância administrativa não constitui condição de procedibilidade ou pressupostos de punibilidade”¹⁸.

“Inquérito policial. Sustação. Inadmissibilidade. Instauração para apuração do delito de sonegação fiscal. Razoável suspeita de conduta criminosa que deve ser convenientemente apurada. Irrelevância de o fato estar tramitando no âmbito administrativo em virtude da autonomia entre ambas as instâncias. ‘O fato de estar o caso tramitando em âmbito administrativo não exclui a possibilidade de instauração do procedimento penal, na conformidade do próprio art. 1.525 do CC, de vez que há autonomia entre ambas as instâncias e isto significa dizer que não há razão para sustar o inquérito policial que visa apurar grave prejuízo aos cofres do Estado pela prática do delito de sonegação fiscal”¹⁹.

Mais recentemente, sobreveio a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que, em seu artigo 83, estaria provocando certa celeuma na discussão do tema e, para alguns juristas, teria criado condição de procedibilidade para a ação penal quanto ao encerramento do procedimento administrativo, nos delitos fiscais²⁰, NELSON BERNADES DE SOUZA, ao se referir ao dispositivo em questão, se posicionou categoricamente quanto a não introdução de condição de procedibilidade²¹. Contudo, o mencionado magistrado de

¹⁸ Julgamento do RHC 2.699-0, do Superior Tribunal de Justiça, tendo com Relator o Ministro PEDRO ACIOLI, publicado no DJU de 18/11/94, p. 32.629.

¹⁹ Julgamento de Recursos de *habeas corpus*, do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como Relator o Desembargador FORTES BARBOSA, publicado na JTJ 155/333.

²⁰ O artigo 83, supra-citado, foi assim redigido: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos art. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhado ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente”. Como lembra o Juiz NELSON BERNADES DE SOUZA, “esse dispositivo não se apresenta como novidade no ordenamento jurídico brasileiro”, referindo-se à Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964 (Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo, in Revista da Procuradoria Geral do INSS, v. 3, n. 4, Brasília, MPAS/INSS, jan./mar. 1997, p.7).

²¹ Assim se manifestou o magistrado: “A representação de que fala o art. 83, já tratada pelos Decretos nºs 982/93 e 325/91 nada tem a ver com a figura da representação com o sentido jurídico que lhes empresta o Código Penal e o Código de Processo Penal. Para estes diplo-

Campinas, Estado de São Paulo, considerou que o legislador deu tratamento mais adequado à matéria, *“reconhecendo implicitamente a condição de crimes materiais e de dano nas hipóteses elencadas no art. 1º da Lei nº 8.137/90, de modo que, só com a verificação do resultado (que se dá após o término do procedimento administrativo e esgotadas as instâncias recursais) é que se poderá falar na ocorrência de supressão ou redução de tributos. (...) Com efeito, o término do procedimento administrativo comprovará, ou não, a materialidade delitiva, o resultado da ação do contribuinte.”*²²

De acordo com a orientação de NELSON BERNADES DE SOUZA, sem o término do procedimento administrativo, falta justa causa, por não comprovação do resultado descrito no tipo penal (supressão ou redução do tributo): *“ninguém há de duvidar que as autuações fiscais não passam de um lançamento provisório e que, entretanto, estão a autorizar o início de ação penal. Como então ter-se como comprovado o delito contra a ordem tributária tão somente com base na autuação fiscal, que não passa, em última análise, de um lançamento provisório? Na esteira dessas lições pode-se concluir facilmente que só o lançamento definitivo trará demonstração da materialidade delitiva; se constituirá no corpo de delito, já que é ele que corporifica o resultado supressão ou redução de tributo ou contribuição social.”*²³

A despeito dos ponderados argumentos apresentados por NELSON BERNADES DE SOUZA, não é possível a anuência com as conclusões tiradas, porquanto o delito fiscal se consumou em período bem anterior à instauração do procedimento administrativo-fiscal, com a integração de todos os elementos do tipo e, assim, a atividade fiscalizatória somente irá certificar algo que já ocorreu e que é detectado para devida responsabilização. Não há como se concluir que o artigo 83, da Lei nº 9.430/96 tenha instituído novo elemento típico nos crimes contra a ordem tributária²⁴.

mas, a representação é condição de procedibilidade, enquanto que a representação de que trata o art. 83 da Lei nº 9.430/96 não passa de mera notitia criminis, que não é possibilidade exclusiva das autoridades fazendárias (art. 16 da Lei nº 8.137/90: ‘qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta Lei...’)” (ob. cit., p.12).

²² NELSON BERNADES DE SOUZA, ob. cit., p. 12.

²³ ob. cit., p. 14.

²⁴ Para NELSON BERNADES DE SOUZA, o artigo 1º, Lei nº 8.137/90, deve ser considerado com a seguinte redação: *“Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente”* (ob. cit., p. 15/16).

O artigo 83, da Lei 9.430/96, não tem o alcance pretendido por alguns, podendo o Ministério Público Federal oferecer denúncia independentemente de representação da autoridade fiscal, bastando possuir elementos de convicção indispensáveis para tal, nos termos da legislação processual vigente. A jurisprudência vem decidindo que o artigo 83, supra-mencionado não impede ao *Parquet* promover as medidas judiciais que entender cabíveis à falta da representação fiscal.

O lançamento, de acordo com LUIZ EMYGDIO F. DA ROSA JR., “*é o procedimento administrativo pelo qual se formaliza a obrigação tributária nascida abstratamente na lei e concretiza com a ocorrência do fato gerador*”²⁵. No direito brasileiro, o lançamento sempre foi tido com natureza jurídica meramente declaratória, conforme se observa pela leitura de trechos das obras de autores com AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO²⁶, LUIZ EMYGIDO F. DA ROSA JR.²⁷. O saudoso ALIOMAR BALEEIRO pode ser citado, a respeito do assunto: “*O CTN pode induzir em equívoco que lê na testa do Capítulo II, do Título III, a rubrica ‘Constituição do Crédito Tributário’, e, no art. 142: ‘Compete privativamente à autoridade administrativa **constituir** o crédito tributário...’ (...) Daí não decorre que o legislador brasileiro haja reconhecido caráter constitutivo, e não declaratório, ao lançamento. O disposto nos arts. 143 e 144 do CTN evidencia que ele próprio atribui ao lançamento efeitos de ato declaratório. E os trabalhos da Comissão do Projeto ARANHA—R.G. SOUSA são claros a esse respeito, não obstante as perplexidades atribuídas por FALCÃO a seu ilustre autor*”²⁸. Em síntese: não houve qualquer repercussão, no âmbito do Processo Penal, o preceito contido no artigo 83, da Lei nº 9.430/96, mesmo porque, consoante o raciocínio equivocadamente a alteração do tratamento legislativo em relação aos delitos fiscais ocorreu com o advento da Lei nº 8.137/90, quando passaram

²⁵ Manual de direito financeiro e direito tributário, 10ª ed., 2ª tir., Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1995, p. 510. Mais adiante, o mesmo autor comenta: “... o lançamento formaliza a obrigação tributária, que existindo abstratamente na Lei, concretizou-se com o fato gerador, e constitui o crédito tributário. Na realidade, o direito do sujeito ativo ao crédito tributário já existe desde o momento da ocorrência do fato gerador, mas nem sempre o fisco tem condição de exigí-lo porque a obrigação tributária ainda está em estado de iliquidez. Daí a necessidade do lançamento para formalizar a obrigação, ou seja, transformá-la em obrigação ilíquida e, portanto, em condição de ser exigida.” (ob. cit., p. 512/513).

²⁶ Fato gerador da obrigação tributária, Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. 103/104.

²⁷ Manual de direito financeiro e direito tributário, ob. cit., p. 517/520.

²⁸ Direito Tributário brasileiro, 10. ed., ver. E atual, por FLÁVIO BAUER NOVELLI, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 503.

a ser crimes materiais, dependentes da configuração do resultado. Apenas a título exemplificativo, é possível a ocorrência da decadência do crédito tributário, sem que tenha se operado a prescrição da pretensão punitiva no âmbito penal, de acordo com as normas jurídicas vigentes, em especial com as sanções previstas na Lei nº 8.137/90. Assim, a prevalecer a orientação em contrário, haveria estímulo à impunidade, já que faltaria procedimento administrativo diante da decadência havida, ou caso instaurado o procedimento administrativo a decisão seria favorável ao agente do delito fiscal.

Outra ponderação: se é correto afirmar que nos delitos materiais em que a Administração Pública figure como vítima, mormente nos delitos funcionais, também seria imprescindível o encerramento do procedimento administrativo, crimes como o de peculato, facilitação de contrabando ou descaminho, por exemplo, teriam como elementar do tipo o prévio encerramento do procedimento administrativo-disciplinar. Ora, nem é ponderável que se afirme que em relação aos delitos fiscais se comente que há a causa de extinção da punibilidade, atualmente tratada no artigo 34, da Lei nº 9.249/95, como forma de diferenciar a independência das instâncias nos delitos funcionais e fiscais.

Acerca do artigo 34, supra-referido, transcrevo tão-somente dois comentários de estudiosos no assunto, sem maiores delongas: *“Da maneira como está, como se diz em linguagem popular, o crime saiu de Graça! Ou o que é pior: o crime compensa! Pior ainda. O legislador “não se lembrou” de extinguir a punibilidade, se o jovem pobre devolver o par de tênis, ou a bicicleta furtada²⁹; “Perguntarão os apologistas da sonegação: — É ou não é a confissão explícita de que se utiliza o Direito Penal apenas como ameaça para a cobrança de tributos? Nesse caso, o infrator, o delinqüente corre tão-somente um único risco: o de ser pego com a boca na botija e ter de pagar o que pretendia sonegar. Se ele não tiver dinheiro, vai processado e preso; se, ao contrário, for rico e poderoso, se livra solto... Como sempre^{30!}”*

²⁹ LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Imposto — Extinção da punibilidade, in Revista da Procuradoria Geral do INSS, v. 3, n.1, MPAS/INSS, abril/jun. 1996, p.34.

³⁰ EUSTÁQUIO NUNES SILVEIRA, ob. cit., p. 10.

* Mestre. Juiz Federal da 25ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e Professor Assistente da UERJ.



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS

PARECER/CJ/Nº 924/97

REFERÊNCIA : Processo nº 36034.000124/95-25 (CRPS nº 4587480)

INTERESSADO : VICENTE FRANCISCO DA SILVA

ASSUNTO : Contagem de tempo de serviço comprovado mediante processo de justificação judicial, para fins de aposentadoria por tempo de serviço.

EMENTA

BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL BASEADA EM PROVA TESTEMUNHAL. AVOCATÓRIA MINISTERIAL. Não constatado o início razoável de prova material a ensejar a homologação do processo de justificação judicial. Parecer pelo acolhimento da avocatória para reformar o acórdão nº 2.350/96 proferido pela 1ª Turma de Julgamento do Estado do Mato Grosso – 6ª Junta de Recursos da Previdência Social de Goiás, não homologando o Processo Cautelar de Justificação de Tempo de Serviço nº 6290/95 e indeferindo o pedido de aposentadoria por tempo de serviço nº 100.490.027-6 formulado por VICENTE FRANCISCO DA SILVA, por falta de tempo de serviço necessário a concessão do benefício.

01. VICENTE FRANCISCO DA SILVA, 49 anos de idade, bancário, requereu, em 16.10.95, o benefício aposentadoria por tempo de serviço, aduziu ter preenchido os requisitos exigidos por lei, o que procurou demonstrar por intermédio dos documentos acostados às fls. 01/19 e do Processo Cautelar de Justificação de Tempo de Serviço nº 6.290/95.

02. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro nos arts. 179 e 180 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, e da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, indeferiu o pedido do requerente, alegando não ter sido constatado o tempo de serviço obrigatório para concessão da aposentadoria, vez que a justificação judicial ou administrativa só produz efeito se baseada em início de prova material. (fls. 20).

03. Irresignado, o interessado interpôs Recurso à Junta de Recursos da Previdência Social, requerendo o reconhecimento do processo judicial de

justificação como prova suficiente para contagem de tempo de serviço, por ter sido o mesmo efetuado de acordo com o Código de Processo Civil.

04. Os Conselheiros da 1ª Turma de Julgamento do estado do Mato Grosso — 6ª Junta de Recursos da Previdência Social de Goiás (1ª TJ/MT — 6ª JRPS/GO), determinaram a conversão do julgamento em diligência à Divisão de Arrecadação e Fiscalização/INSS — MT a fim de se proceder a uma busca, no arquivo do ex-IAPC, se for o caso, na tentativa de reforçar a justificação judicial, oferecendo-se subsídios à convicção. (fls. 26).

05. A Divisão de Arrecadação e Fiscalização, às fls. 37, assim consignou:

“1 — Realizamos todas as buscas no arquivo do INSS, em conjunto com o Seguro Social e não se constatou nem mesmo indícios de possível relação empregatícia do interessado com a empresa Ataíde Gomes da Silva.

2 — Toda documentação encontrada, e anexada ao presente, fls. 27 a 36, demonstram que a referida empresa não teve empregados no período questionado e que os recolhimentos/documentos encontrados referem-se tão somente ao titular da mesma.

3 — Retorne-se o presente a Junta de Recursos para prosseguimento.”

06. Não obstante o pronunciamento supra, a 1ª TJ/MT — 6ª JR/GO deu provimento ao apelo, nos seguintes termos:

Apesar dos pronunciamentos, fls. 35/37, contrários à localização dos indícios probantes à Justificação Judicial, identificamos o início de prova material, fls. 28, período fiscalizado pelo “ex-IAPC” — Janeiro/66 a Setembro/68, data da fiscalização: 28.11.68, período este abrange, suficiente à Justificação Judicial, anexada à Contra-capa (de 1965 a 1968) época em que o respectivo empregador recolheu contribuições referentes a 02 (dois) segurados”. (acórdão nº 2.350/96).

07. O INSS, inconformado, interpôs Recursos às fls. 42/44, aduzindo ofensa aos arts. 55, § 3º, e 106, da Lei nº 8.213/91 e contrariedade à Súmula 27, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tendo em vista inexistir nos autos prova concreta do exercício da atividade laboral no período pleiteado.

08. Contra-razões apresentadas às fls. 47/49.

09. O Conselheiro Presidente da 6ª JRPS/GO inadmitiu o Recurso do INSS, nos termos do art. 3º, item IV, da Portaria CRPS nº 19, de 17.05.96, asseverando ainda:

“O parágrafo 3º, art. 55, da Lei 8.213/91 combinado com o parágrafo 5º, do art. 60, e o art. 180, do Decreto 611, de 21/07/92, nos autorizam a confirmar o Acórdão supracitado, uma vez que consta dos autos nas fls. 28, o início de prova material contemporânea, que é no Cadastro de Fiscalização de Empresas — nº 10-084-00.022/20, referente ao “Bar do Sr. Ataíde Gomes da Silva”, onde foram incluídos no processo de levantamento de débito, as contribuições referentes a dois segurados (patrão e o empregado), comprovação suficiente ao reforço da Justificação Judicial (autos apensos à contracapa).” (grifei).

10. O INSS, então, apresentou Pedido de Reconsideração da decisão (fls. 54/60), inadmitido às fls. 61/62, nos seguintes termos:

“2. O pedido de reconsideração em apreço tem o caráter meramente protelatório, pois se fundamentou em ilações não condizentes com o documento básico, considerado por este Órgão Julgador, como início de prova material, razoável e suficiente, à homologação da Justificação Judicial (processo em apenso), cujo documento, fls. 28, é o formulário do INPS, “Cadastro de Fiscalização de Empresa – CFE”, cuja fiscalização foi efetuada no Bar do Sr. Ataíde Gomes da Silva, com início da atividade em 12.09.63, estabelecimento este situado à Rua Couto Magalhães s/nº — Várzea Grande, consta que a referida empresa foi fiscalizada 3 vezes, sendo, a primeira, a que nos interessa, em 28.11.68; débito referente a 2 segurados, constando valor (campo 29 da GR) — 354.06.”

11. Ainda irresignada, a Auditoria renovou as razões do Pedido de Reconsideração, apresentando Pedido de Revisão da decisão, que foi recebido, em face do princípio da fungibilidade dos recursos, como Pedido de Suscitação de Avocatória Ministerial pelo Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS (fls. 73/74).

12. O Presidente do CRPS suscitou, então, Avocatória Ministerial, propondo a reforma do Acórdão nº 2.350/96 proferido pela 1ª TJ/MT — 6ª JRPS/GO, com conseqüente restabelecimento da decisão do INSS.

MÉRITO

13. O Código de Processo Civil, no Capítulo II, que trata dos procedimentos cautelares específicos, dispõe no art. 861:

“Art. 861. Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.”

14. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, no livro CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, Volume II, 16ª Edição, define a Justificação como colheita avulsa de prova testemunhal, que tanto pode ser utilizada em processo futuro, como em outras finalidades não contenciosas.

15. Segundo o ilustre doutrinador, a justificação não é ação cautelar, embora se encontre elencada no capítulo dos procedimentos cautelares específicos, vez que não visa assegurar prova, mas, sim, constituí-la, e não se funda no requisito do periculum in mora. É medida de constituição avulsa de prova, sem caráter de prevenção que se nota nas antecipações cautelares de prova (vistorias e inquirições ad perpetuam rei memoriam) e sem a acessoriedade que é essencial a estas, posto que a justificação pode simplesmente servir como documentação exaurindo em si mesma sua finalidade processual. Por outro lado, enquanto a inquirição ad perpetuam é feita apenas para assegurar prova útil a um futuro processo, sem que seja necessária a antecipada especificação exata do fato a ser provado, a justificação só é promovida com o fito, previamente estabelecido, de demonstrar um fato ou uma relação jurídica, expressamente delimitados e individualizados (art. 861).

16. PONTES DE MIRANDA, na obra intitulada COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Tomo XII, Editora Forense, 1976, diverge do supracitado autor, ao asseverar que a justificação é evidentemente cautelar, por servir de prova em processo regular. Se, apenas, com ela o justificante constitui algo de documental, mesmo sem intenção de lide, não se pode negar a essa destinação o fito de cautelar. Consigna ainda Pontes de Miranda:

“... o sistema jurídico exige que o autor da ação cautelar de justificação exponha, em petição circunstanciada (entende-se como a mostra das circunstâncias relativas ao caso), a sua intenção. Essa intenção é cautelar, mesmo que não haja probabilidade ou mesmo possibilidade de litígio, ou de qualquer atitude perante a Justiça, seja contenciosa, seja voluntária. A intenção é a de justificar; e quem justifica, para o futuro, acautela.”

17. A Justificação apenas atesta o comparecimento e as declarações das testemunhas em juízo, devendo seu conteúdo ser totalmente examinado pela autoridade ou pelo juiz a quem for apresentada.

18. Para o mestre Pontes de Miranda, a natureza da sentença proferida na justificação é constitutiva integrativa da prova feita. A sua força não é declarativa; e a constituição integrativa da prova somente tem eficácia

segundo os princípios, posto que a sentença do processo da ação principal possa estendê-la, como conteúdo de sua própria eficácia. Falta-lhe, então, a imediatidade; mas isso não a diminui. (págs. 311/312).

19. Ensina ainda o eminente autor:

“A Justificação é ação constitutiva de prova. (...)

A eficácia da sentença (art. 735), que o Juiz profere, julgando a justificação, é constitutiva, embora subordinada, em seu peso e em seu valor, ao critério do juiz do processo regular (art. 861), que continua com o princípio do livre convencimento (art. 131).” (Grifos do autor).

20. No livro **PROCESSO CAUTELAR**, 8ª Edição, às fls. 337, assim ensina Humberto Theodoro Júnior sobre a natureza jurídica da justificação:

“Não é ação declaratória, nem a substitui, apenas representa procedimento de constituição de prova, já que não gera coisa julgada sobre o fato justificado. A eficácia da sentença na justificação é limitada à pretensão de provar ou assegurar a prova, sem a utilização dessa eficácia em enunciados de mérito de outra ação.

Na realidade, na justificação o juiz não decide coisa alguma e limita-se a aferir, extrinsecamente, a observância das formalidades legais, sem qualquer pronunciamento sobre o mérito da prova.

É, assim, simples meio de documentar prova testemunhal, com eventual cotejo de documentos, prova essa cuja valoração só há de ser feita pelo juiz da ação ou pela autoridade administrativa perante quem deve ser utilizada.

Não provoca, tampouco, a transmudação de categoria da prova colhida. Esta continuará sendo oral, e, como tal, será apreciada por quem de direito.

Mero procedimento de jurisdição voluntária, portanto, como bem a classifica **LOPES COSTA**”. (Grifos do autor)

21. **MOACYR AMARAL SANTOS**, in **PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**, 3º Volume, 9ª Edição, assim se pronuncia acerca dos efeitos da sentença:

“... a sentença produz efeitos meramente declaratórios, constitutivos ou condenatórios, em correspondência às ações em que é proferida.

Poder-se-á, assim, classificar as sentenças, quanto aos seus efeitos, em sentenças meramente declaratórias, sentenças condenatórias e sentenças constitutivas.”

22. Assim discorre o referido autor sobre as espécies citadas no caso ora em exame:

“Ação meramente declaratória é a que tende a simples declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou excepcionalmente, da autenticidade ou falsidade de documento. Funda-se no art. 4º, do Código de Processo Civil: O interesse do autor pode limitar-se à declaração.

O interesse, nesse tipo de ações, será a certeza quanto à existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou quanto à autenticidade ou falsidade de documento. O autor não pretende nada mais que a própria certeza; o seu pedido será o de declaração de certeza; o bem pretendido será a própria certeza. Pedido imediato — declaração de certeza; pedido mediato — a certeza quanto à existência ou inexistência da relação jurídica ou quanto à autenticidade ou falsidade do documento. Pedido imediato e pedido mediato se confundem. A sentença, que julgar procedente a ação, acolhendo o pedido do autor, declarará a certeza da existência ou inexistência da relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade do documento. Nada mais. Com a simples declaração de certeza se esgota a função do juiz, a quem só isso foi pedido. Daí a sua denominação — sentença meramente declaratória.” (Grifos do autor).

23. Já as sentenças constitutivas, correspondentes às ações constitutivas, produzem o efeito de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, asseverando Moacyr Amaral Santos a seu respeito:

“Essas sentenças, como as demais, contêm uma declaração de certeza de relação ou situação jurídica preexistente, mas a isso, como consequência, acrescentam um quid, consistente na criação de nova redação, ou modificação ou extinção da relação jurídica, como decorrência daquela declaração, e nisso consiste o seu efeito específico, que as caracteriza — efeito constitutivo.” (Grifo do autor).

24. Assim, conclui-se que a justificação é ação constitutiva de prova, não ação declaratória, não se podendo falar em coisa julgada material, ainda que se tenha questionado a relação jurídica, cuja existência se pretenda comprovar no processo.

25. Após esclarecimento supra, convém tratar da matéria no âmbito previdenciário, invocando, a princípio, o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, **in verbis**:

“A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.”

26. O Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997, em seus arts. 163, caput, e 164 que reiteraram o disposto nos arts. 179 e 180, do revogado Decreto nº 611/92, assim prescreve:

“Art. 163. A justificação administrativa ou judicial, no caso de prova de tempo de serviço, dependência econômica, identidade e de relação de parentesco, somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal.” (grifei).

“Art. 164. A homologação da justificação judicial processadas com base em prova exclusivamente testemunhal dispensa a justificação administrativa, se complementada com início razoável de prova material.” (grifei).

27. Razão assiste ao INSS, haja vista não se vislumbrar, no caso **sub examine**, início razoável de prova material, que comprove o tempo de serviço, cujo cômputo se pleiteia.

28. Prova, do latim **probare**, convencer, estabelecer uma verdade, tornar crível, comprovar, significa, em **lato sensu**, meio suscetível de demonstrar a verdade de um argumento.

29. O DICIONÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO ACQUAVIVA, da Editora Jurídica Brasileira, pág. 1.168, assim define prova:

“No Direito, em sentido objetivo, todo meio lícito empregado pela parte ou interessado na demonstração daquilo que alega. Não se pode, todavia, desconsiderar o aspecto subjetivo da definição, qual seja, o da convicção do próprio juiz. Daí definirmos a prova processual como todo meio lícito e suscetível de convencer o juiz da verdade de uma alegação da parte. A prova judicial reveste-se de um conteúdo finalístico marcante, qual seja, o convencimento do juiz (...) Em qualquer caso, como assinala Roberto Barcelos Magalhães, para que a prova frutifique é imperioso que seja suficiente (plena); seja clara e não incerta, obscura ou duvidosa; concludente e não impertinente ou irrelevante; e oportuna, ou seja, produzida no momento processual

adequação (Dicionário Jurídico e Repertório Processual, Rio de Janeiro, Editora Didática e Científica Ltda, 3º v.)” (Grifos do autor).

30. Segundo o DICIONÁRIO JURÍDICO DA ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, 3ª Edição, Editora Forense Universitária, pág. 632, prova material é todo elemento físico, que, apresentando-se à percepção direta do juiz, serve para produzir em seu espírito a certeza do fato probando. Ex.: corpo de delito.

31. O extinto Tribunal Federal de Recursos, nos autos de Apelação Cível nº 78732/82 — DF, 3ª Turma, assim consignou acerca de prova material:

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. PROVA DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE. O que se conceitua como prova material são os documentos contemporâneos ao exercício da atividade remunerada, tais como carteira de trabalho, atestados fornecidos pelas empresas, certidões de inscrição em órgãos de fiscalização profissional, certidões de inscrição em órgãos de fiscalização profissional, inclusive na órbita municipal. Simples atestado de prefeito municipal sobre o exercício de atividade não sujeita ao poder de polícia do Município tem eficácia apenas de testemunho...” (Publicado no DJ de 04.11.82)

32. O art. 60, do Decreto nº 2.172/97 elenca as provas que servem para comprovação de tempo de serviço:

“Art. 60. A prova de tempo de serviço, observadas, no que couber, as peculiaridades do autônomo e facultativo, é feita mediante documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos serem contemporâneos dos fatos a comprovar e mencionar as datas de início e término e, quando se tratar de trabalhador avulso, a duração do trabalho e a condição em que foi prestado.

§ 1º As anotações em Carteira Profissional — CP e/ou Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS relativas a férias, alterações de salários e outras que demonstrem a seqüência do exercício da atividade podem suprir possível falha de registro de admissão ou dispensa.

§ 2º Servem para a prova prevista neste artigo os documentos seguintes:

a) o contrato individual de trabalho, a Carteira Profissional – CP e/ou a Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, a carteira de férias, a carteira sanitária, a caderneta de matrícula de contribuições

dos extintos institutos de aposentadoria e pensões, a caderneta de inscrição pessoal visada pela Capitania dos Postos, pela Superintendência do Desenvolvimento da Pesca – Sudepe, pelo Departamento Nacional de Obras contra as Secas – DNOCS e declarações da Receita Federal;

b) certidão de inscrição em órgão de fiscalização profissional, acompanhada do documento que prove o exercício da atividade;

c) contrato social e respectivo distrato, quando for o caso, ata de assembléia geral e registro de firma individual;

d) contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;

e) certificado de sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra que agrupa trabalhadores avulsos;

f) comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, no caso de produtores em regime de economia familiar;

g) bloco de notas de produtor rural;

h) declaração de sindicato de trabalhadores rurais ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

§ 3º Na falta de documento contemporâneo podem ser aceitos declaração do empregador ou seu preposto, atestado de empresa ainda existente, certificado ou certidão de entidade oficial dos quais constem os dados previstos no “caput” deste artigo, desde que extraídos de registros efetivamente existentes e acessíveis à fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

§ 4º Se o documento apresentado pelo segurado não atender ao estabelecido neste artigo, a prova de tempo de serviço pode ser complementada por outros documentos que levem à convicção do fato a comprovar, inclusive mediante justificação administrativa, na forma do Capítulo IV deste Título.

§ 5º A comprovação do tempo de serviço realizado mediante justificação judicial só produz efeito quando baseada em início de prova material.

§ 6º Para comprovação de atividade rural, será obrigatória, a partir de 16 de abril de 1994, a apresentação da Carteira de Identificação e Contribuição referida no § 8º, art. 10, do Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social – ROCSS.”

33. Compulsando-se os autos, verifica-se que inexistente prova representativa do vínculo empregatício entre o interessado e seu suposto ex-empregador. O documento de fls. 28 não é instrumento hábil a reproduzir em juízo, de maneira permanente e idônea, a relação de emprego alegada, posto que, em nenhum momento, menciona o nome do interessado, restringindo-se tão somente a informar o recolhimento de contribuições relativas a 2 (dois) segurados.

34. Assim, o Cadastro de Fiscalização de Empresa – CFE nº 10-084-00.022/20 — não serve como início de prova material a ensejar a homologação do processo de justificação judicial em apenso, por não vincular, de forma alguma, o requerente ao estabelecimento comercial de propriedade do Sr. Ataíde Gomes da Silva.

35. Convém ainda esclarecer que as Informações de Novas Matrículas – INM's, constantes às fls. 32/34, referem-se tão-somente a períodos diversos do fiscalizado no CFE, cujo cômputo não foi pleiteado, nem são alvos do Processo Cautelar de Justificação de Tempo de Serviço em apenso.

36. Assim, inexistindo início de prova material que corrobore a prova testemunhal produzida nos autos do processo de justificação judicial, inviável é sua homologação, não servindo, portanto, para comprovação do tempo de serviço. Os arestos oriundos do extinto tribunal Federal de Recursos, a seguir transcritos, assim se pronunciam acerca da matéria **sub examine**:

“PREVIDENCIÁRIO — TEMPO DE SERVIÇO — PROVA TESTEMUNHAL. Não admite, para cômputo de tempo de serviço, prova exclusivamente testemunhal, obtida em justificação, devendo ser coadjuvada por começo razoável de prova material.” (APELAÇÃO CÍVEL, Acórdão nº 65.318/81-SP, TFR 2ª Turma, publicado no DJ de 22.10.81).

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO DE SERVIÇO. PROVA TESTEMUNHAL. Não será admitida para contagem de tempo de serviço prova exclusivamente testemunhal. Exige a lei que a justificação judicial tenha apoio em início razoável de prova material. Lição do § 5º, do art. 41, da CLPS. Sentença reformada.” (APELAÇÃO CÍVEL, Acórdão nº 76.845/82 — SP, TFR, 2ª Turma, publicado no DJ de 18.11.82).

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. VALOR DA PROVA DE TEMPO PARA APOSENTADORIA (COTAÇÃO). Em juízo todos os meios legais e moralmente legítimos são hábeis para comprovar a verdade dos fatos em que se fundar a ação ou defesa (CPC, art. 332), tanto mais porque a apreciação pelo juiz é livre, embora atendendo aos fatos e circuns-

tâncias dos autos (CPC, art. 131). A prova testemunhal reputada idônea e complementada por começo de prova material, é suficiente à comprovação de tempo de serviço para efeito de aposentadoria.” (APELAÇÃO CÍVEL, Acórdão nº 88.323/84 — SP, TFR, 2ª Turma, publicado no DJ de 28.06.84).

“PREVIDÊNCIA SOCIAL — CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA. — PROVA. A prova documental, corroborada com a testemunhal, se constitui num início razoável de prova, frente a Previdência Social. Assim sendo, não se presta para a comprovação do tempo de serviço na Previdência Social Justificação Judicial estribada, tão-somente, em prova testemunhal, sem qualquer indício de prova material. Apelo desprovido. Sentença confirmada.” (APELAÇÃO CÍVEL, Acórdão nº 95.301/85 — SP, TFR, 3ª Turma, publicado no DJ de 07.11.85).

“PREVIDÊNCIA SOCIAL, ABONO-PERMANÊNCIA. TEMPO DE SERVIÇO. COMPROVAÇÃO. Havendo nos autos elementos que devem ser acolhidos como razoável início de prova material, corroborando a incisiva prova testemunhal colhida em Reclamação Trabalhista, com a presença do empregador, impõe-se a concessão do benefício (abono permanência). Custos indevidos. A verba honorária não deve incidir sobre prestações vencidas. Recurso parcialmente provido.” (APELAÇÃO CÍVEL, Acórdão nº 101.185/85 — RS, TFR, 2ª Turma, publicado no DJ de 22.08.85).

“PREVIDENCIÁRIO . APOSENTADORIA. PROVA DE TEMPO DE SERVIÇO. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. ADMISSIBILIDADE. 1. Admite-se, na contagem de tempo de serviço, para fins previdenciários, justificação judicial nos limites dos fatos efetivamente comprovados, com maior razão quando estribados em começo de prova literal. A análise da prova produzida em juízo incumbe a entidade previdenciária e, eventualmente, instruindo processo de conhecimento ao Juiz da causa. 2. Limitada a prova aquela preconstituída, em Justificação Judicial, não cobrindo a mesmo lapso de tempo de serviço suficiente a embasar direito a benefício de aposentadoria, julga-se improcedente a ação com tal objetivo proposta. (APELAÇÃO CÍVEL, Acórdão nº 124.426/87 — RJ, TFR, 1ª Turma, publicado no DJ de 25.06.87).

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO. PROVA., CARÊNCIA. Inexistindo um mínimo de prova escrita, o período questionado não pode ser tomado ao tempo de serviço, circunstância que prejudica a concessão do benefício (aposentadoria):

recurso provido. Ação improcedente.” (APELAÇÃO CÍVEL, Acórdão nº 137.670/88 — SP, TFR, 1ª Turma, publicado no DJ de 03.03.88, pág. 3.715).

37. As ementas a seguir transcritas de decisões provenientes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região também adotam posição neste sentido:

“PREVIDENCIÁRIO — APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO — DIREITO — A Justificação Judicial, regularmente processada, deve produzir os seus jurídicos efeitos, dentre eles, o de servir de prova, eventualmente, em processos administrativos e judiciais.

— Preenchidos os requisitos legais, impõe-se a manutenção da sentença, que concedeu o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, a partir da data em que o segurado efetuou seu requerimento na esfera administrativa.

— Apelo improvido” (APELAÇÃO CÍVEL, Acórdão nº 3.006.957/89 — SP, TFR, 3ª Região, 1ª Turma, publicado no DOE de 23.04.90, pág. 92).

PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. COMPROVAÇÃO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1 — Para fins de comprovação de tempo de serviço prestado por trabalhador sem o devido registro é suficiente o início de prova material por ele acostada, roborada por prova testemunhal. Inteligência do art. 131 do CPC. Procedentes da Corte.

2 — A prova testemunhal, colhida sob o crivo do contraditório, sem que tenha havido contradita das testemunhas, é prova idônea e hábil, nos termos do art. 332, do CPC, a comprovar os fatos em que se funda a ação ou a defesa.

3 — Concessão de aposentadoria por tempo de serviço mantida, pois o período trabalhado preenche os requisitos exigidos em lei.

4 — É impertinente a discussão quanto à comprovação de eventuais recolhimentos à Previdência Social pelo trabalhador, em ação de aposentadoria, uma vez que a autarquia possui meios próprios para reaver tais parcelas.

5 — Honorários advocatícios devidos a teor da Súmula 450 do STF e mantidos conforme entendimento desta segunda turma.

6 — Recurso improvido.”(APELAÇÃO CÍVEL, Acórdão nº 3.043.823/96 — SP, TFR, 3ª Região, 2ª Turma, publicado no DJ de 11.09.96, pág. 67.265).

38. Havendo nos autos início razoável de prova material que, em conjunto com a testemunhal, comprovasse o exercício de atividade laboral no período alegado, não haveria porque não aceitar o processo de tempo de serviço que falta para a concessão do benefício pleiteado. Entretanto, tal hipótese não ocorre no caso ora em comento, consoante as razões acima expedidas.

39. Isto posto, somos pela não homologação do período comprovado via processo de justificação judicial e indeferimento da aposentadoria pleiteada, face à carência de tempo de serviço necessário a concessão do benefício., nos termos do art. 52, **caput**, da Lei nº 8.213/91.

Sugerimos, assim, que o Senhor Ministro desta Pasta avoque o presente processo, a fim de reformar o acórdão nº 2.350/96 proferido pela 1ª Turma de Julgamento do Estado do Mato Grosso — 6ª Junta de Recursos da Previdência Social de Goiás, não homologado o Processo Cautelar de Justificação Judicial nº 6.290/95 e indeferindo o pedido de aposentadoria por tempo de serviço nº 100.490.027-6 formulado por VICENTE FRANCISCO DA SILVA, face à carência do tempo de serviço exigido por lei.

Este é o meu parecer que submeto à apreciação superior.

Brasília, 18 de julho de 1997.

IVONEY S. DE MELO P. DO NASCIMENTO
Chefe da 2ª Divisão de Assuntos Jurídicos

De acordo.

À consideração do Sr. Consultor Jurídico.

Brasília, 18 de julho de 1997.

ANTÔNIO GLAUCIUS DE MORAIS
Coordenador-Geral de Consultoria Jurídica

Aprovo o parecer supra.

À consideração do Sr. Ministro.

Brasília, 18 de julho de 1997.

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA
Consultor Jurídico

AVOCATÓRIA MINISTERIAL

REFERÊNCIA : Processo nº 36034.000124/95-25 (CRPS nº 4587480)

INTERESSADO : VICENTE FRANCISCO DA SILVA

ASSUNTO : Contagem de tempo de serviço comprovado mediante processo de justificação judicial, para fins de aposentadoria por tempo de serviço.

Visto o processo em que é interessada a parte acima indicada.

Com fundamento no Parecer/CJ/nº 924/97, da Consultoria Jurídica deste Ministério, que aprovo, avoco o presente processo para reformar o Acórdão nº 2.350/96, proferido pela 1ª Turma de Julgamento do Mato Grosso da 6ª Junta de Recursos da Previdência Social de Goiás, e indeferir o pedido de aposentadoria por tempo de serviço NB/42/100.490.027-6 formulado por VICENTE FRANCISCO DA SILVA.

Publique-se e prossiga-se.

Brasília, 23 de julho de 1997.

REINHOLD STEPHANES
Ministro da Previdência e Assistência Social



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

GABINETE DO MINISTRO
Em 11 de maio de 1998

Aprovo.

WALDECK ORNÉLAS

PARECER CJ/Nº 1.297/98

Estou de acordo e submeto à elevada consideração de Vossa Excelência o Parecer/CJ/nº 1.297/98 da lavra da DRA. CRISTINA DOS REIS EMYGDIO DA SILVA, sobre a constitucionalidade da exigência do depósito recursal como condição de admissibilidade do recuso administrativo.

Faço-o nos termos e para os fins do disposto nos incisos II e III do art. 11 e art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, 11 de maio de 1998.

(José Bonifácio Borges de Andrada)
Consultor Jurídico

EMENTA: Crédito Previdenciário. Medida Provisória nº 1.608-13, de 2 de abril de 1998. Exigibilidade do depósito recursal como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Inexistência de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não constitui garantia constitucional o duplo grau de jurisdição administrativa.

Trata-se de discussão sobre a exigibilidade do depósito prévio correspondente a 30% do valor do crédito previdenciário, como condição de admissibilidade do recurso administrativo. A matéria já apreciada pelos nossos tribunais tem sido objeto de algumas controvérsias.

2. Há os que alegam que a exigência do depósito prévio estabelecido no artigo 10 da Medida Provisória nº 1.608-13, de 2 de abril de 1998, para o conhecimento do recurso administrativo, constitui flagrante violação aos princípios constitucionais. Na tentativa de sustentar a inconstitucionalidade da exigência legal, argumentam que na esfera administrativa as garantias constitucionais devem ser interpretadas conjuntamente a fim de se assegurar o devido processo legal sem obstáculos ao contraditório e a ampla defesa.

3. Sustentam, ainda, que o depósito prévio caracteriza ato lesivo, pois consubstancia cerceamento de defesa e óbice ao acesso do contribuinte ao reexame da decisão proferida em processo administrativo. Devendo-se, por conseguinte, eliminar a exigência da comprovação do depósito prévio correspondente a trinta por cento da exigência fiscal, para o conhecimento do recurso.

4. Cumpre transcrever, preliminarmente, o artigo 10 da Medida Provisória nº 1.608-13, de 2 de abril de 1998, que assim dispõe:

“Em se tratando de processo que tenha por objeto a discussão de crédito previdenciário, o recurso de que trata esse artigo somente terá seguimento se o recorrente, pessoa jurídica, instruí-lo com prova de depósito, em favor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS de valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão.”

5. Ora, o fundamento deste dispositivo assenta-se na necessidade de agilizar a cobrança dos créditos previdenciários, visto que muitas vezes observamos a interposição de sucessivos recursos apenas com o desiderato de obter efeito suspensivo em relação à exigibilidade do crédito, adiando-se, dessa forma, a sua cobrança definitiva.

6. A limitação da interposição do recurso administrativo não pode por si só ser considerada contrária ao devido processo legal. O fato de os princípios constitucionais referentes ao devido processo legal serem estendidos ao processo administrativo, não significa de forma alguma que este é ilimitado e incondicional.

7. Ressalta-se que a decisão em processo administrativo, uma vez desfavorável ao administrado, este tem livre acesso ao Judiciário. Nesse sentido, bem salientou a ilustre Juíza da Primeira Vara Federal do DF ao indeferir a liminar no Mandado de Segurança nº 98.8994-2/DF, *in verbis*:

Na verdade, a garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário é que, de certa forma, torna legítima a restrição administrativa e embora à esta exigência uma novidade, na verdade, encontra-se consolidada, inclusive da Justiça obreira.

8. Ante a polêmica das questões suscitadas, é mister fazer um breve estudo sobre o conteúdo e alcance dos princípios do contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição, trazidos à colação.

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

9. A Constituição Federal estabelece que *“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”* (art. 5º, inciso LV). O dispositivo é claro ao determinar que o princípio alcança tanto os processos judiciais como os administrativos.

10. Tal inovação foi trazida pela Carta de 1988, visto que a Constituição Federal de 1969 só conferia esta garantia ao processo penal. O princípio do contraditório é manifestação clara do Estado Democrático de Direito, pois ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, protege por conseguinte, o direito de ação e o direito de defesa.

11. Nelson Nery Júnior, *in* Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, esclarece: *“Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.”*

12. José Cretella Júnior, *in* Comentários à Constituição de 1988, Vol. I, ensina: *“A regra da “ampla defesa” abrange a regra do “contraditório”, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado”*. O mestre Celso Ribeiro Bastos complementa: *“Por ampla defesa deve entender-se o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade”* (Curso de Direito Constitucional, 18^o ed., p. 226).

13. Dessa maneira, torna-se imprescindível analisar o caso concreto a fim de se verificar o atendimento aos princípios acima citados. Ora, se o contraditório e a ampla defesa buscam assegurar tratamento isonômico a ambas as partes, o que se mostra fundamental no processo administrativo é a possibilidade de o administrado, após o lançamento do crédito, ter a oportunidade de produzir todas as provas que julgar necessárias, bem como apresentar a defesa, ocorrendo esta bilateralidade, não há que se falar em violação aos princípios constitucionais.

14. Observa-se que, no processo administrativo fiscal previdenciário, após a lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD é facultado ao notificado o direito de apresentar defesa no prazo de 15 (quinze) dias, sem nenhuma limitação ou requisito de admissibilidade (art. 37, parágrafo único, da Lei nº 8.212, de 1991). E, neste momento, a Administração está claramente preservando e observando o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

15. O princípio do duplo grau de jurisdição surgiu para uma maior efetivação do binômio segurança-justiça. O inconformismo do sucumbente e a possibilidade de erro em decisões de única instância gerou a neces-

sidade de que as decisões judiciais fossem reapreciadas por um órgão de jurisdição de hierarquia superior à daquele que proferiu a decisão.

16. A Constituição do Império, 1824, garantia o duplo grau de jurisdição ilimitadamente, ou seja, era vedado ao legislador ordinário restringir os casos de cabimento de recurso de apelação, pois a parte, desde que quisesse, deveria ter a sua causa apreciada pelo Tribunal de Relação (hoje, Tribunal de Justiça). Entretanto, com o advento das Constituições posteriores, essa garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição sofreu restrições. Não se fala mais em garantia ao duplo grau, o que se observa é que a Constituição Federal apenas menciona a existência de Tribunais e confere-lhes competência recursal.

17. Esta limitação se deu em face da necessidade de os litígios não se prolongarem no tempo, utilizando-se do pretexto de adquirir maior segurança e justiça nas decisões judiciais, e dessa forma, desprestigiando a eficácia de justiça em detrimento da paz social. A Constituição Federal vigente, apesar de fazer uma previsão para o princípio do duplo grau de jurisdição ao dispor que os tribunais possuem competência para julgar originariamente e em grau de recurso, não estabelece a “garantia” ao duplo grau de jurisdição.

18. É fundamental a distinção entre “garantia” e “previsão”, nesse sentido, afirma Nelson Nery Júnior:

“Não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs (art. 34, da Lei n. 6.830/80) ou ainda, não caber recurso dos despachos (art. 504, CPC).

Esses artigos não são inconstitucionais justamente em face da ausência de “garantia” do duplo grau de jurisdição. Entretanto, não poderá haver limitação ao cabimento do recurso especial ou, extraordinário como era permitido no sistema revogado (art. 119, § 1º, CF de 1969), porque a atual Constituição Federal não estipulou nenhuma restrição. Os requisitos estão no próprio texto constitucional e somente eles devem ser exigidos do recorrente para que seja conhecidos os recursos extraordinário e especial”.

(Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 149).

19. Depreende-se dos ensinamentos acima que a inexistência da garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição permite que sejam estabelecidas regras de admissibilidade dos recursos, limitando ou até mesmo impedindo a possibilidade de recorrer.

20. Ora, se não constitui afronta à Constituição a limitação ao recurso judicial, não há que se indagar da inconstitucionalidade de limitação ao recurso administrativo, visto que a matéria decidida na esfera administrativa ainda pode ser examinada no âmbito judicial.

21. No nosso ordenamento jurídico verificamos inúmeras hipóteses onde há a restrição e até mesmo a impossibilidade de recurso, vejamos:

a) As decisões do Tribunal Superior Eleitoral são irrecuráveis (salvo quando contrariarem a Constituição Federal ou denegarem *habeas corpus* e mandado de segurança — art. 121, § 3º, CF/88);

b) Lei de Execução Fiscal não admite apelação quando o valor da causa for inferior a 50 OTNs (art. 34, *caput*);

c) Não se admite recurso das decisões proferidas pelos Juizados Especiais criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para o Tribunal de Justiça e para o Superior Tribunal de Justiça;

d) O art. 93 da Lei nº 8.212/91 impõe como requisito para o seguimento do recurso, de processo originado por infração de obrigação acessória previdenciária, o depósito de 100% do valor da multa atualizada monetariamente;

e) não cabimento de recurso de despachos de mero expediente (art. 504, CPC);

f) quando a condenação nos dissídios individuais correspondente ao valor de até 10 vezes o salário de referência regional, o recurso será admitido mediante o prévio depósito da respectiva importância (art. 899, CLT);

g) quando for imposta multa por infração de leis e regulamentos trabalhistas, o recurso só terá seguimento se instruído com o comprovante do depósito de multa (art. 636, § 1º, CLT), etc.

22. O Senhor Ministro Octávio Galloti, no RE 169.077-1/MG, abordou o tema:

VOTO:

Exerceu a ora recorrente, e plenamente, o seu direito de defesa prévia à homologação do auto de infração, porfiando, ainda assim, na queixa contra o condicionamento da interposição do recurso ao depósito da importância da multa que lhe fora imposta.

Mas os recursos hierárquicos inerentes a essa defesa são os instituídos e regulados por lei, de modo algum se vislumbrando, no texto da

Constituição, a pretensa garantia do duplo grau de jurisdição administrativa.

Dessa forma entendeu o Plenário do Supremo Tribunal, ao examinar, perante os mesmos itens XXXV; LIV e LV do art. 5º da Carta de 1988, a argüição de inconstitucionalidade do art. 93 da Lei nº 8.212-91, com a redação que lhe fora dada pela Lei nº 8.870-94, onde se erigiu, em condição de recorribilidade de atos de imposição de multas por infração de regra de legislação previdenciária, a prova do depósito do respectivo valor, monetariamente atualizado. Ao proferir voto vencedor pelo indeferimento da cautelar requerida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, deixou claro, naquela assentada, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, então presidente da Corte:

“Também peço vênia ao eminente Relator para indeferir a cautelar.

Consideraria da mais alta relevância a argüição, se se exigisse o depósito para a garantia da defesa prévia à decisão da Autarquia. Não é o caso. O que se exige é o depósito para um recurso administrativo, já proferida a decisão da Autarquia. Ora, como o devido processo legal não impõe sequer o direito à existência do recurso administrativo, não vejo de que maneira o condicionamento do seu exercício de depósito poderia afastar a garantia do devido processo legal.”

(ADIn 1.049, sessão de 18-5-95)

Coerente com esse magistério, foi a decisão do Plenário no Recurso Extraordinário nº 210.246 (sessão de 12.11.97).

Fiel a essa linha de pensamento, para cuja prevalência contribui meu voto, não conheço do recurso extraordinário.

EMENTA: Multa por degradação do meio ambiente. Exercida defesa prévia à homologação do auto de infração, não padece de vício de inconstitucionalidade a legislação municipal que exige o depósito prévio do valor da multa como condição ao uso de recurso administrativo, pois não se insere, na Carta de 1988, garantia do duplo grau de jurisdição administrativa.

Procedentes: ADIn 1.049, sessão de 18-5-95, RE 210.246, 12-11-97. Contrariedade não configurada, do disposto nos incisos XXXV, LIV, e LV do art. 5º da Constituição.

Recurso extraordinário de que, por esse motivo, não se conhece. (RE Nº 169.077-MG, Primeira Turma, 05-12-97). (Grifei).

23. O Supremo Tribunal Federal em outras oportunidades ressaltou a possibilidade de restrição aos recursos administrativos, inclusive o condicionamento dos recurso ao depósito prévio, veja-se:

EMENTA: Constitucional Previdenciário. 13º Salário: sua não integração no salário-de-contribuição para o cálculo de benefício. Recurso: obrigatoriedade do depósito da multa imposta. Benefícios: prazo de carência. Abono de permanência: extinção. Pecúlio: extinção. Lei 8.212, de 1991, par. 7º do artigo 28 e art. 93 com a redação da Lei 8.870/94. Art. 25, inciso II e artigo 82 da Lei 8.213, de 1991, com a redação da Lei nº 8.870, de 1994.

I — Suspensão cautelar da eficácia do art. 93 da Lei 8.212, de 1991, com a redação da Lei 8.870/94, que estabelece que “o recurso contra a decisão do INSS que aplicar multa por infração a dispositivo da legislação previdenciária só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa atualizada monetariamente, a partir da data de lavratura”. (Voto vencido do Relator).

II — Indeferimento da cautelar relativamente aos demais dispositivos legais acoimados de inconstitucionalidade (Voto do Relator).

III — Indeferimento da cautelar relativamente a todos os dispositivos acoimados de inconstitucionais: par. 7º do art. 28 e art. 93 da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 8.870/94, bem assim do inciso II do art. 25 e do art. 82 da Lei 8.213, de 1991, com as alterações da Lei 8.870, de 1994.

(ADIn 1.049, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 25.08.95)

EMENTA: Extraordinário. Infração às normas trabalhistas. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Penalidade. Notificação. Recurso perante a DRT. Exigência do depósito prévio da multa. Pressuposto de admissibilidade e garantia recursal. Afronta o art. 5º, LV, CF. Inexistência.

Informativo do STF nº 92:

Obrigatoriedade do depósito de multa imposta:

O Tribunal, entendendo recepcionado pela CF/88 o § 1º do art. 636, da CLT — que determina que o recurso administrativo contra a imposição de multa por infração as leis reguladoras do trabalho só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa — conheceu e deu provimento por maioria de votos, a recurso extraordinário da União Federal para reformar o acórdão do

TRF 1ª Região que entendera que o prévio depósito do valor discutido pelo empregador violaria aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

(RE 210.246, Rel. Min. Nelson Jobim, 12.11.97)

24. O Ministro Maurício Corrêa no RE 223.436-3, em recente decisão (DJ de 30 de abril de 1998, p. 46 – Seção I) foi esclarecedor, *in verbis*:

DECISÃO: Autuada pela fiscalização do trabalho, a empresa, ora recorrente, apresentou defesa administrativa que não foi acolhida.

2. Pretendendo recorrer, impetrou mandado de segurança para que o recebimento do seu recurso não fosse condicionado ao prévio recolhimento da multa aplicada.

3. A Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao recurso de apelação interposto, firmando o entendimento de que a exigência do depósito prévio da multa como pressuposto para a interposição do recurso, previsto em norma infraconstitucional, não acarreta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

4. Assim, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, interpôs-se o presente recurso extraordinário, alegando que o acórdão impugnado negou vigência aos preceitos constitucionais do art. 5º, II, XXXV, LIV, LV e art. 59.

5. O recurso não comporta provimento. A matéria controvertida encontra-se pacificada no âmbito desta Corte, na forma de ementa extraída dos autos do RE 210.373-0, DJU de 06.03.98, por mim relatado, verbis:

EMENTA: Extraordinário. Infração às normas trabalhistas. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Penalidade. Notificação. Recurso perante a DRT. Exigência do depósito prévio da multa. Pressuposto de admissibilidade e garantia recursal. Afronta ao art. 5º, LV, CF. Inexistência.

1. Processo administrativo. Imposição de multa. Prevê a legislação especial que, verificada a infração às normas trabalhistas e lavrado o respectivo auto, o infrator dispõe de dez dias, contados do recebimento da notificação, para apresentar defesa no processo administrativo (art. 629, § 3º, CLT) e, sendo esta insubsistente, exsurge a aplicação da multa mediante decisão fundamentada (art. 635, CLT). Não observância ao princípio do contraditório e ampla defesa: alegação improcedente.

2. Recurso administrativo perante a DRT: Exigência de comprovação do depósito prévio. Pressuposto de admissibilidade e garantia recursal.

2.1. Ao infrator, uma vez notificado da sanção imposta em processo administrativo regular, é facultada a interposição de recurso no prazo de dez dias, instruído com a prova do depósito prévio da multa (art. 636, § 2º, CLT), exigência que se constitui em pressuposto de sua admissibilidade.

2.2. Violação ao art. 5º, LV, CF. Inexistência. Em processo administrativo regular, a legislação pertinente assegurou ao interessado o contraditório e ampla defesa. A sua instrução com a prova do depósito prévio da multa imposta não constitui óbice ao exercício do direito constitucional do art. 5º, LV, por se tratar de pressuposto de admissibilidade e garantia recursal, visto que a responsabilidade do recorrente, representada pelo auto de infração, está aferida em decisão fundamental. Recurso conhecido e provido.

6. O depósito deve existir para que tenha seguimento o processo administrativo, o que sem sombra de dúvida não limita o direito de recorrer, pois a multa constitui garantia recursal e não somente penalidade, dado que aferida a responsabilidade em decisão fundamentada.

7. O devido processo legal, observados a ampla defesa e o contraditório, aplica-se também aos processos administrativos, e a presente hipótese compatibiliza-se com tal instituto, uma vez respeitada a fase anterior do art. 629 da CLT.

Assim, na linha dos precedentes desta Corte, por não constituir violação ao princípio da ampla defesa a exigência do depósito prévio da multa não para posterior interposição do recurso administrativo, previsto no art. 636, § 1º da CLT, visto que, em face anterior, assegurou-se o contraditório, de conformidade com o disposto na legislação pertinente, nego seguimento ao presente recurso, com fundamento no art. 21, § 1º do RISTF. (grifei).

25. Ressalta-se, ao final, que consoante as regras de interpretação das normas processuais, que determinam a sua aplicação imediata, inclusive aos processos em curso, o referido depósito é exigível e obrigatório a partir da vigência da Medida Provisória, ainda que já iniciado o prazo recursal.

26. Dessa forma, ante as manifestações da doutrina e do Pretório Excelso, restou comprovada a constitucionalidade da exigência referida na Medida Provisória. Não há, portanto, que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, quando for exigido comprovante de depósito como requisito de admissibilidade de recurso administrativo.

À apreciação superior.

Brasília, 11 de maio de 1998.

CRISTINA DOS REIS EMYGDIO DA SILVA
Assessora Jurídica

Aprovo. À consideração do Senhor Consultor Jurídico.

Brasília, 11 de maio de 1998.

Antônio Glaucius de Moraes
Procurador Autárquico.
Coordenador-Geral de
Direito Previdenciário.

DOU de 19 MAI 1998



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

GABINETE DO MINISTRO
Em 23 de abril de 1998

Aprovo

WALDECK ORNÉLAS

PARECER CJ/Nº. 1.263/98.

Estou de acordo e submeto à elevada consideração de Vossa Excelência o Parecer/CJ/nº 1.263/98 da lavra do Dr. MARCELO VIEIRA CHAGAS, a respeito do reconhecimento como tempo de serviço, do período em que o aprendiz participou de cursos técnicos de caráter profissionalizante, em época posterior ao período de vigência do Decreto-lei nº 4.073, de 30 de janeiro de 1942 (Lei Orgânica do Ensino Industrial), somente quando houver comprovação de verdadeira relação de emprego entre o aprendiz e a instituição de ensino.

Faço-o nos termos e para os fins do disposto nos incisos II e III do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Brasília, 23 de abril de 1998.

(José Bonifácio Borges de Andrada)
Consultor Jurídico

EMENTA: Previdenciário. Benefício. Aluno aprendiz. Reconhecimento de tempo de serviço. Vínculo empregatício. Não deve ser computado como tempo de serviço o período em que o aprendiz participou de cursos técnicos, de caráter profissionalizante, em época posterior ao período de vigência do Decreto-lei nº 4.073, de 30 de janeiro de 1942 (Lei Orgânica do Ensino Industrial).

2. Não obstante as diversas manifestações desta Consultoria Jurídica acerca do tema em questão, a matéria é objeto de consulta na esfera administrativa, carecendo de consolidação no âmbito da Previdência Social.

3. A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, transfere para norma regulamentadora os critérios de comprovação de tempo de serviço quando diz, em seu art. 55, que o *tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento*.

4. Atualmente, esses critérios estão estabelecidos pelo Regulamento dos Benefícios da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997. Diz o seu art. 58:

Art. 58. São contados como tempo de serviço, entre outros:

.....
XXI — o tempo de aprendizado profissional prestado nas escolas técnicas com base no Decreto-lei nº 4.073, de 30 de janeiro de 1942, no período de 9 de fevereiro de 1942 a 16 de fevereiro de 1959 (vigência da Lei Orgânica do Ensino Industrial), observadas as seguintes condições: a) o período de freqüência a escolas técnicas ou industriais mantidas por empresas de iniciativa privada, desde que reconhecidas e dirigidas a seus empregados aprendizes, bem como o realizado com base no Decreto nº 31.546, de 6 de fevereiro de 1952, em curso do Serviço Nacional da Indústria — Senal ou Serviço Nacional do Comércio — Senac, por estes reconhecido, para formação profissional metódica de ofício ou ocupação do trabalhador menor; b) o período de

freqüência aos cursos de aprendizagem ministrados pelos empregadores a seus empregados, em escolas próprias para esta finalidade, ou em qualquer estabelecimento do ensino industrial;

5. O dispositivo é taxativo ao beneficiar, apenas, aqueles que participaram de cursos técnicos e profissionalizantes, no período em que vigorava o Decreto-lei nº 4.073, de 1942, e por uma razão muito simples, pois, somente esse diploma reconheceu o aprendiz como empregado.

6. Ademais, não é todo aprendiz, na acepção da Lei Orgânica do Ensino Industrial, a ser computado como tempo de serviço, pois, como bem descreve o dispositivo supra, mister é a observância das condições nele elencadas.

7. Vejamos o que diz o art. 1º do Decreto-lei nº 4.073, de 1942:

Art. 1º Esta lei estabelece as bases de organização e de regime do ensino industrial, que é ramo de ensino, de grau secundário, destinado à preparação profissional dos trabalhadores da indústria e das atividades artesanais, e ainda dos trabalhadores dos transportes, das comunicações e da pesca. (destacamos).

8. De acordo com a Lei Orgânica do Ensino Industrial, a relação de emprego está inerente à idéia de aprendiz. Daí a lembrança dispensada pelo Decreto nº 2.172, de 1997.

9. Com o advento do Decreto-lei nº 8.590, de 8 de janeiro de 1946, nota-se que o legislador procurou diferenciar o aprendiz (trabalhador) do estudante. Por força desta legislação, as escolas técnicas e as escolas industriais do então Ministério da Educação e Saúde ficaram *autorizadas a executar, a título de trabalhos práticos escolares, encomendas de repartições públicas ou de particulares, concernentes às disposições de cultura técnica ministradas nas mesmas escolas.* (art. 1º).

10. Diz o Decreto-lei nº 8.590, de 1946, em seu art. 4º.

Art. 4º Poderão tomar parte na execução das encomendas os alunos das séries mais adiantadas e os ex-alunos dos estabelecimentos de ensino industrial da União, desde que não pertençam aos respectivos quadros de funcionários ou de extranumerários.

.....
§ 2º O trabalho dos alunos, realizado nos termos deste artigo, terá sempre feição essencialmente educativa e não deverá prejudicar a aprendizagem sistemática das operações básicas do ofício. (destacamos)

11. Embora estabelecendo uma peculiaridade ao termo aprendiz, o Decreto-lei nº 8.590, de 1946, preocupou-se em excluir qualquer relação de emprego com a instituição de ensino, como bem demonstra o § 2º do seu art. 4º.

12. O Decreto nº 31.546, de 6 de outubro de 1952, definitivamente, eliminou qualquer dúvida acerca do termo aprendiz e sua ligação à relação de trabalho. Vejamos o que diz o seu art. 1º.

Art. 1º Considera-se aprendizagem o contrato individual de trabalho realizado entre um empregador e um trabalhador maior de 14 e menor de 18 anos, pelo qual, além das características mencionadas no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, aquele se obriga a submeter o empregado à formação profissional metódica do ofício ou ocupação para cujo exercício foi admitido e o menor assume o compromisso de seguir o respectivo regime de aprendizagem.

13. Finalmente, surge a Lei nº 3.552, de 16 de fevereiro de 1959, que deu nova sistemática ao relacionamento entre o aprendiz e a instituição de ensino.

14. O Decreto-lei nº 4.073, de 1942, até então vigente, considerava como aprendiz, apenas, o trabalhador. Somente com o advento da Lei nº 3.552, de 1959, é que foi dada nova acepção ao termo aprendiz, o qual passou a ser tratado como estudante.

15. Somente uma peculiaridade reveste a Lei nº 3.552, de 1959, e está contida em seu art. 32:

Art. 32. As escolas de ensino industrial, sem prejuízo do ensino sistemático, poderão aceitar encomendas de terceiros, mediante remuneração.

Parágrafo único. A execução dessas encomendas, sem prejuízos da aprendizagem sistemática, será feita pelos alunos que participarão da remuneração prestada.

16. Trata-se de mera transcrição dos termos do art. 4º do Decreto-lei 8.590, de 1946. Esse dispositivo merece maior compreensão quanto a sua aceitação como tempo de serviço de prestado.

17. Preliminarmente, ressalta-se sobre o caráter meramente educativo desses trabalhos que, embora remunerados, fazem parte de um aperfeiçoamento ao aprendizado do estudante.

18. Ademais, a relação de emprego jamais poderá ser atribuída a esses casos, uma vez que não estão preenchidos todos os requisitos legais para

sua definição, a saber: a continuidade, a subordinação, a onerosidade e a pessoalidade. Destes, é patente a inexistência da continuidade, que corresponde ao exercício de atividade permanente, não eventual.

19. A expressão *poderão aceitar encomendas de terceiros, mediante remuneração*, descrito no artigo supra, deixa clara a idéia de eventualidade, associando o estudante a um trabalhador eventual: aquele que trabalha de vez em quando, ocasionalmente, esporadicamente, mas, com fins educacionais. E mais, a remuneração é por parte de quem solicita o serviço.

20. Todo esse historiado se fez necessário para demonstrar as razões que fizeram o Decreto nº 2.172, de 1997, lembrar, apenas, do Decreto-lei nº 4.073, de 1942, pois, só nele, o aprendiz foi tratado como trabalhador.

21. Retomando os termos da legislação atual, a Lei nº 8.213, de 1991, em seu art. 11 descreve os segurados obrigatórios da Previdência Social:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I — como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

22. Esse dispositivo reproduz, literalmente, o contido no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, o qual conceitua empregado. Essa associação consubstancia, ainda mais, o nosso entendimento sobre a necessidade da existência do vínculo empregatício para reconhecimento de tempo de serviço. Nesse caso, o período será computado somente se for verificada a condição de empregado, sendo irrelevante a qualidade de aprendiz.

23. Muitas decisões judiciais, adotam a linha de entendimento acima abordada:

EMENTA: Previdenciário. Reconhecimento de tempo de serviço. Aluno — aprendiz. Inexistência de relação empregatícia Sum.96 do TCU. Aposentadoria por tempo de serviço. Falta de tempo de serviço. Dec.611, art. 58, inc. 21. Lei 8.213/91, art. 52.

1 — Não é todo estudante de escola técnica que se enquadra no conceito de aluno-aprendiz, na acepção do D-L 4.073/42, havendo direito à contagem de tempo de serviço somente para o aluno cujo processo de aprendizagem envolve vínculo laboral, com trabalho remunerado, que gera vinculação obrigatória à Previdência Social.

2 — *O rateio das sobras do resultado da produção, industrializada e comercializada pelos alunos, não se equiparada à retribuição pecuniária. Inexistindo as características de dependência, subordinação e remuneração, não se configura relação empregatícia, não podendo ser computado como tempo de serviço o período em que o autor freqüentou curso de aprendizado profissional em escola técnica.*

3 — *A Sum.96 do Tribunal de Contas da União não é aplicável ao caso, pois também pressupõe a existência de vínculo empregatício, com salário pago pelo União. (TRF 4ª Região; Processo nº 53954; Decisão publicada no DJ de 09.04.97, p. 78211; Relator: Juiz Carlos Sobrinho).*

EMENTA: Previdência Social. Tempo de serviço. Freqüência em curso profissionalizante em escola técnica. Inexistência de remuneração do vínculo empregatício. Relação jurídico-previdenciária. Inexistência. (TRF 4ª Região; Processo nº 33970; Decisão publicada no DJ de 12.02.95, p. 88973; Relator: Juiz Teori Albino Zavascki).

EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço, aluno-aprendiz, de escola técnica. Declaração 611/92.

1 — *O tempo de serviço postulado como aluno-aprendiz de escola técnica profissionalizante somente poderá ser computado para aposentadoria se estiver de acordo com o disposto no ART. 58. INC. 21, LET. B, do DEC. 611/92 ou DEC. 2.172/97.*

2 — *Apelo improvido. Relator: Juiz 426 — Juiz Nylson Paim de Abreu — Decisão Unânime (Registro TRF 400056134 — Origem: Tribunal: TRF4 Registro inicial do processo (RIP): 04433921 Decisão: 11-11-1997 — PROC: Apelação Cível num: 0443392 ANO: 1997 UF: RS Turma 6 — Fonte (Publicação): DJ: 26-11-1997 P. 102363.*

EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço, aluno-aprendiz. Administrador de fazenda.

1 — *O tempo de serviço postulado como aluno aprendiz de escola técnica profissionalizante somente poderá ser computado para aposentadoria se estiver de acordo com o disposto no ART. 58, INC. 21, LET. A e B, do Dec. 611/92, ou Dec. 2.172/97.*

2 — *A caracterização do trabalho como urbano ou rural depende da natureza das atividades efetivamente e não do meio em que se inserem.*

3 — *Caracterizam-se como atividades urbanas as de Administrador de Fazenda, relativas ao pagamento e orientação de pessoal, aquisição de mercadorias, etc.*

4 — *Improcede o pedido de aposentadoria por tempo de serviço quando reconhecido o tempo de serviço de apenas 27 anos e nove meses.*

5 — *Apelação do autor improvida Relator: Juiz: 426 — Juiz Nylson Paim de Abreu — Decisão: unânime (Registro TRF 400056554 — Origem: Tribunal: TRF4 Registro inicial do processo (RIP): 04330870 Decisão: 25-11-1997 — PROC: Apelação Cível — AC Num: 0433087 Ano: 1996 UF: RS Turma 6 Fonte (Publicação): DJ: 10-12-1997 PG: 108428).*

EMENTA: Administrativo — Aluno-aprendiz — Tempo de serviço.

1 — *Se o aluno-aprendiz não tem vínculo empregatício remunerado, inexistente direito a contagem de tempo para fins de aposentadoria.*

2 — *Apelação a que se nega provimento. (TRF 1ª Região; Processo nº 15767; Decisão publicada no DJ de 12.07.92, p. 42901; Relator: Juiz Hermerito Dourado).*

EMENTA: Previdenciário. Aprendiz remunerado. Tempo de aprendizado. Escola técnica privada.

1 — *O aluno-aprendiz, remunerado pelos cofres públicos, quando aluno de escola técnica privada, tem direito a contagem de tempo respectivo.*

2 — *Não comprovado vínculo entre o aluno e a Fundação mantenedora da Escola Técnica privada.*

3 — *Sentença mantida in totum. (TRF 1ª Região; Processo nº 56087; Decisão publicada no DJ de 09.09.97, p. 79367; Relator: Juiz Leite Soares).*

EMENTA: Previdenciário. Aluno-aprendiz, Cômputo de período de curso profissional, abono de permanência.

1 — *Se o aluno-aprendiz não tem vínculo empregatício remunerado, inexistente direito a contagem de tempo, para fins previdenciários.*

2 — *Inteligência do artigo 68, do Decreto-lei 4.073/42, que pressupõe o processo de aprendizagem vinculado a relação de emprego.*

3 — *Apelação do autor a que se nega provimento. (TRF 3ª Região; Processo nº 23977; Decisão publicada no DJ de 11.09.94, p. 63910; Relator: Juíza Ramza Tartuce).*

Ante todo o exposto, o parecer *s.m.j.* é no sentido de não conhecer como tempo de serviço, o período em que o aprendiz participou de cursos técnicos de caráter profissionalizante, em época posterior ao período de vigência do Decreto-lei nº 4.073, de 30 de janeiro de 1942 (Lei Orgânica do Ensino Industrial).

Entendemos, ainda, que os Pareceres nºs. 037/76, 013/76, 128/76, 144/76, 020/77, 013/81, 945/97, 952/97, 957/97, 977/97, 987/97, e, notadamente, o Parecer nº 24/82, todos da lavra deste Ministério, devem ser ratificados, posto que tratam da mesma matéria, e sustentam entendimento análogo ao desenvolvido neste parecer, que submeto à consideração superior.

Brasília, 22 de abril de 1998.

MARCELO VIEIRA CHAGAS
Chefe da 2ª Divisão
de Assuntos Jurídicos

De acordo. À consideração superior.
Brasília, 22 de abril de 1998.

Indira Ernesto Silva
Coordenadora da 2ª Coordenação
de Consultoria Jurídica.

Aprovo. À consideração do Sr. Consultor Jurídico.
Brasília, 22 de abril de 1998.

Antônio Glaucius de Moraes
Procurador Autárquico
Coordenador-Geral de
Direito Previdenciário



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
PROCURADORIA GERAL

SUBPROCURADORIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

MEMORIAL PG/SUBPROC Nº 001/98

O artigo 136 da Lei 8.213/91, ao eliminar o menor e maior valor-teto para o cálculo do salário-de-benefício, teve como objetivo rechaçar o mecanismo previsto em legislação anterior (artigo 5º da Lei 5.890/73 e artigo 23 da CLPS — Decreto 89.312/84), sem, contudo, eliminar o limite do salário-de-benefício previsto no artigo 29, § 2º da atual Lei Básica da Previdência Social.

O Superior Tribunal da Justiça – STJ tem sido chamado a se manifestar sobre a validade do teto do salário-de-benefício estabelecido pelo art. 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, sob o argumento de que o art. 136, da mesma Lei, o teria eliminado.

Não há, ainda, clareza em relação à matéria, pois os Tribunais de Segunda Instância, e mesmo o STJ, têm emitido a respeito pronunciamentos díspares. Por isso, é apresentado este memorial que pretende trazer a lume a matriz histórica do art. 136 da Lei nº 8.213/91 e o seu real alcance.

Dispõem os artigos 29, § 2º, e 136 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991:

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste em média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo e 36 (trinta seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses. (...)

§ 2º O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício.”

“Art. 136. Ficam eliminados o menor e o maior valor-teto para cálculo do salário-de-benefício.”

Antes de mais nada, verifica-se que os artigos em debate tratam de matérias distintas; com efeito, não se confundem limites mínimos e máximos do salário-de-benefício, previstos no art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91, com a expressão “menor e maior valor-teto para cálculo do salário-de-benefício”, estabelecida no art. 136 da Lei 8.213/91.

Na verdade, o artigo 136 da Lei 8.213/91, ao dispor que “ficam eliminados o menor e o maior valor-teto para cálculo do salário-de-benefício”, nada mais fez que banir mecanismos de cálculo, para a obtenção da renda mensal inicial do benefício, previstos no regime anterior ao da Lei 8.212/91, precisamente no artigo 5ª da Lei 5.890, de 08.06.73, dispositivo correspondente ao art. 23 da CLPS, aprovada pelo Decreto 89.312, de 23.01.98, *verbis*:

“Art. 23. O valor do benefício de prestação continuada é calculado na forma seguinte:

I — quando o salário-de-benefício é igual ou inferior ao menor valor-teto, são aplicados os coeficientes previstos nesta Consolidação;

II — quando é superior ao menor valor-teto, o salário-de-benefício é dividido em duas parcelas, a primeira igual ao menor valor-teto e a segunda correspondente ao que excede o valor da primeira, aplicando-se:

a) à primeira parcela os coeficientes previstos nesta Consolidação;

b) a segunda um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima do menor valor-teto, respeitando o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor dessa parcela;

III — na hipótese do item II o valor da renda mensal é a soma das parcelas calculadas na forma das letras a e b, não podendo ultrapassar 90% (noventa por cento) do valor-teto.

§ 1º O valor mensal das aposentadorias do item II do artigo 21 não pode exceder 95% (noventa e cinco por cento) do salário-de-benefício.

§ 2º O valor do benefício de prestação continuada não pode ser inferior aos percentuais seguintes do salário-mínimo mensal de adulto da localidade de trabalho do segurado:

- a) 90% (noventa por cento), para a aposentadoria;
- b) 75% (setenta e cinco por cento), para o auxílio-doença;
- c) 60% (sessenta por cento), para a pensão.” (CLPS — Decreto 89.312/84)

Ao exame do supramencionado texto legal, relativo ao anterior regime da previdência social, Anníbal Fernandes (in Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social, Editora Atlas S/A, 1987, p.65), aduz:

“Eis um dos dispositivos mais importantes da CLPS. Para entendê-lo é necessário fazer um retrospecto. Até 1966, o teto contributivo com reflexos na fixação dos benefícios, era de 5 (cinco) maiores salários mínimos regionais. Com o advento do Decreto-Lei nº 66, de 21.11.1966, o limite máximo foi elevado até 10 (dez) vezes o maior salário mínimo vigente.

A contar da Lei nº 5.890, de 11.06.1973, o limite máximo foi elevado a 20 (vinte) vezes o maior salário vigente. Posteriormente, sem modificação do limite maior, foi desvinculado do salário mínimo a fixação desse limite, criando-se o valor de referência.

Então o máximo de contribuição passou a ser 20 (vinte) vezes o maior valor de referência vigente (Lei nº 6.205/75). Depois de algum tempo ocorreu nova modificação. O limite máximo passou a ser calculado com base num valor decretado pelo Presidente da República e renovado a cada 12 meses, à época da decretação dos novos níveis de salário mínimo. Por fim, em data mais recente, voltou-se à fixação do teto contributivo com base no salário mínimo, na base de 20 (vinte) vezes o maior piso legal vigente (Lei 6.905/81, artigo 4º).

Enquanto isso sucedia com os máximos para efeito de contribuição, para fins de cálculos de benefícios, outras mudanças eram impostas. Inicialmente, o maior valor-teto era 20 (vinte) salários mínimos, e o menor 10 (dez) salários mínimos. Depois, o maior valor-teto passou a 20 (vinte) valores de referência, e o menor a 10 (dez) valores referência. Com decretação de um máximo contributivo pelo Presidente da República, a direção do INPS entendeu que era seu direito decretar, ela própria uma unidade salarial, que vem variando no tempo e que permite, multiplicada por 10 (dez), obter-se o menor valor-teto, e por 20 (vinte) o maior valor-teto para fins de benefício... O salário mínimo é o padrão ou módulo para os salários em geral e para os salários de contribuição em particular (estes numa escala de 1 a 20 vezes o piso legal). Já para calcular o retorno

ao segurado, em abril de 1986, tinha-se Cz\$ 6.110,00 e Cz\$ 12.220,00, como menor e maior valor-teto para fins de benefícios (Portaria MPAS nº 3.720, de 04-04-86).

Cálculo de benefícios: Para cálculo de um benefício procede-se da seguinte forma: tomam-se os salários de contribuição necessários à fixação da média (salário-de-benefício). Obtido o valor deste, confronta-se com o menor valor-teto. Se é igual ou menor do que o menor valor-teto, aplica-se a porcentagem de benefício. Assim se for um caso de aposentaria por tempo de serviço, teremos entre 80% (oitenta por cento) e 95% (noventa e cinco por cento) do menor salário-de-benefício, até metade do valor-teto.

Contudo, se o salário-de-benefício exceder à metade do valor-teto, o cálculo se faz por duas etapas. Na primeira se procede como acima. O valor excedente do salário-de-benefício, no entanto, só é apropriado na base de 1/30 (um trinta avos) para cada grupo de 12 (doze) contribuições do interessado, sobre mais de metade do valor-teto para fins contributivos. Num exemplo, o segurado que de 1973 até esta parte, durante 10 anos, ou sejam 120 (cento e vinte) contribuições sobre mais de 10 (dez) salários mínimos ou equivalentes (10 maiores valores de referência etc.), formará o coeficiente de 10/30 (dez trinta avos) para fim de fixar segunda parcela de benefício.

Tem-se uma primeira parcela consistente no cálculo do percentual pelo salário-de-benefício até metade do valor-teto para efeito de benefício, e uma segunda na proporção de 10/30 (dez trinta avos) do excedente do salário-de-benefício. Considere-se ainda que nenhum benefício pode exceder 80% do maior valor-teto.

Em resumo, as contribuições excedentes à metade do valor-teto de contribuições não têm um retorno direto na renda mensal do benefício. Apenas influem na formação desta e na medida dos anos de contribuição sobre mais de 10 (dez) salários mínimos.”

Ensina Wladimir Novaez Martinez (in Comentários à Lei Básica da Previdência Social, editora São Paulo, Tomo II, p.353) que a expressão “menor e maior valor-teto” surgiu na primeira Consolidação das Leis da Previdência Social (Decreto n. 77.077/76). A expressão é antiga, mas a acepção retratada pelo artigo 136, ora em análise, tem sentido próprio, devendo ser estudada sob o ponto de vista histórico, ou seja, urge a preocupação com as circunstâncias fáticas que deram origem ao dispositivo e com a análise das causas que induziram o órgão a elaborar tal preceito.

Esclarece o citado mestre que:

“A partir da vigência da Lei nº 8.213/91, os coeficientes do segurado são aplicados diretamente ao valor do salário-de-benefício, não mais subsistindo os limites fixados no artigo 23,II, b, da CLPS, nem o estabelecido no seu artigo 25. O menor valor-teto desapareceu para todos os fins, mas o maior valor-teto, sob o título de limite do salário-de-benefício continua existindo, definido no artigo 29, § 2º, do PBPS.” (os grifos não são do original)

Verifica-se, pois, que o legislador, ao editar o art. 136 da Lei de Benefícios, pretendeu, apenas, expungir critérios utilizados no cálculo da renda mensal inicial do benefício, vigentes no regime previdenciário anterior (CLPS), e jamais eliminar o limite do salário-de-benefício previsto no art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91.

E nem poderia ser diferente, pois, admitindo-se a tese contrária, estar-se-ia afrontado a regra básica de hermenêutica que reza: — não se deve imputar à lei palavras vãs. Não faria sentido o legislador estabelecer um limite ao valor do salário-de-benefício (art. 29,§ 2º), para em seguida, no mesmo diploma legal, eliminá-lo (art. 136).

Na esteira desse entendimento, as Turmas Quinta e Sexta do STJ têm reafirmado a validade do art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91, no que diz respeito ao limite máximo do salário-de-benefício, como se verifica nos acórdãos cujas ementas a seguir se transcreve:

“EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. TETO LIMITE. VALOR MÁXIMO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ARTIGOS 29, 33 E 136, DA LEI Nº 8.213/91.

— O Plano de Benefícios da Previdência Social, regulamentando o artigo 202 da Carta Magna, ao definir a fórmula de cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária nos termos do caput de seu artigo 29, estabeleceu uma relação de limitação entre o valor teto máximo do salário-de-contribuição e o salário-de-contribuição à data da concessão do benefício.

Recurso Especial conhecido.”

(REsp. 150.172-SP, 6ª Turma do STJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJU de 09.12.97)

“EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. TETO LIMITE. VALOR MÁXIMO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ARTIGOS 29 E 136, DA LEI Nº 8.213/91. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DE PROVA.

— O Plano de Benefícios da Previdência Social, regulamentando o artigo 202 da Carta Magna, ao definir a fórmula de cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária nos termos do caput de seu artigo 29, estabeleceu uma relação de limitação entre o valor teto máximo do salário-de-contribuição e o salário-de-contribuição à data da concessão do benefício.

— Uma vez observados os parâmetros legais, previstos no art. 20, do CPC, torna-se descabida a reapreciação, via especial, do quantum fixado a título de honorários advocatícios nas instâncias ordinárias, em razão do óbice da Súmula nº 07, desta corte.

Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido.”

(REsp 148.471/SP, 6ª Turma do STJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJU de 23/03/98)

“EMENTA

RESP — PREVIDENCIÁRIO — BENEFÍCIOS — VALOR — LIMITE — LEI Nº 8.213/91, ART. 136 — O art. 29, § 2º da Lei nº 8.213/91, estabelece. Literalmente, o valor do salário-de-benefício, não superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício. A mesma orientação está expressa no art. 33, ao disciplinar a Renda Mensal do Benefício. O reajustamento é tratado no art. 41.

Nesse contexto deve ser interpretado o disposto no art. 136, da referida lei, ao mencionar — “Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para cálculo do salário-de-benefício”.

Não faz sentido, o contexto disciplinar o valor do salário-de-benefício, casuisticamente, e, ao depois, adotar norma geral de eliminação dos respectivos valores. Bastaria, então, dispor que não haverá teto, ou simplesmente silenciar.

A inteligência do disposto no art. 136, data venia, é a seguinte: a regra geral, ou seja a relação — salário-de-contribuição/salário-de-

benefício — é constante, a fim de manter íntegro o valor da respectiva relação.

(REsp 148.674/SP, 6ª Turma do STJ, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 25.02.98)

“EMENTA

PREVIDENCIÁRIA. BENEFÍCIOS, VALOR INICIAL. TETO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. VALOR MÁXIMO. ART. 29 E 33 DA LEI 8.213/91.

Legalidade do art. 29 da Lei 8.213/91. “O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data inicial do benefício.”

Recurso conhecido e provido.”

(REsp 152.594/SP, 5ª Turma do STJ, Relator Ministro José Arnaldo, DJU de 27.04.98)

Dessa forma, não há de se recusar a eficácia e aplicabilidade do artigo 29, § 2º, da Lei 8.213/91, ante o cotejo com o artigo 136 do mesmo diploma legal — dispositivo este que se direciona a matéria distinta e inconfundível em relação àquele —, sendo indubitável que o valor do salário-de-benefício não pode ser superior ao limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício.

Brasília, 11 de maio de 1998

Rosana Teixeira de Carvalho
Procuradora/INSS/DF
MAT. 0.949.310 — OAB/DF 6539

Ayres Lourenço de Almeida Filho
Subprocuradoria dos Tribunais Superiores – INSS
Procurador — MAT. 6.132.015 — OAB/DF 7942

Pedro Vanderlei Vezú
Subprocuradoria dos Tribunais Superiores – INSS
Procurador — MAT. 130.043 — OAB/DF 14.002



INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR
JUIZ JOSÉ FRANCISCO DE OLIVEIRA

REF.: TRT/SC/AT-CAU 3572/97
AUTOR: INSS
RÉU: SINDPREV/SC

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, nos autos do processo em epígrafe, por seus procuradores infra-assinados, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência requerer

RECONSIDERAÇÃO DE DESPACHO

de folhas 11/13 que indeferiu pedido de liminar em cautelar incidental, com vistas a suspender a execução do julgado até o julgamento final da ação rescisória.

DO DIREITO

No r. despacho supracitado V.Ex^a indeferiu a liminar sob o fundamento “da inexistência do elemento autorizador da concessão da medida acautelatória requerida, qual seja, *fumus boni iuris*”.

Entretanto, ocorreu que surgiu fato novo no curso do processo de execução que leva ao urgente deferimento de liminar que suste a execução. Qual seja, o perecimento do objeto da AÇÃO PRINCIPAL, pois se não deferida a LIMINAR REQUERIDA o INSS terá que pagar R\$ 175.000.000,00 (cento e setenta e cinco milhões de reais).

Por este simples fato tem-se presente o primeiro pressuposto para o deferimento da LIMINAR, qual seja, o *PERICULUM IN MORA* em vista da possibilidade de perecimento do objeto da lide principal.

DA IMPOSSIBILIDADE TÉORICA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Conquanto a melhor doutrina entenda que não se pode executar valores contra a fazenda pública, na prática, tal fato tem ocorrido, pois, após a expedição do devido precatório se pode efetuar os depósitos dos valores. Ou seja, o INSS pagará R\$ 175.000.000,00 (cento e setenta e cinco milhões de reais) e COM ÍNFIMA POSSIBILIDADE PRÁTICA DE RESSARCIMENTO DOS VALORES.

Sendo assim, a LIMINAR DE VOSSA EXCELÊNCIA É VITAL PARA QUE NÃO PROCEDA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA, em afronta ao art. 475 do CPC.

Se na teoria não se defere liminar em cautelar de rescisória na prática esta pode ser última de suspender execução eivada de vícios.

DO *FUMUS BONI IURIS*

O outro requisito da liminar, em cautelar, é plausibilidade da matéria de fundo da ação principal, *in casu*, há uma matéria INDISCUTÍVEL que FARÁ COM QUE OS VALORES REFERIDOS DIMINUAM MUITO, qual seja, A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAR DEMANDAS RELATIVAS A SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUÁRIOS.

Na relação de substituídos existem diversos servidores estatutários que querem ver a sentença cumprida a seu favor. NO PARECER, O ILUSTRE MEMBRO DO *PARQUET*, em vista da posição pacífica é favorável ao INSS.

DA POSIÇÃO PACÍFICA CONTRA A LIMITAÇÃO À LEI 8460/92

A Lei 8460/92 determinou a incorporação do PCCS, o que cumprido pela Administração, na forma reconhecida pela decisão do JUIZ DA EXECUÇÃO. Somente essa limitação reduz em mais de 36 milhões de reais a conta, cálculos aproximados.

DA DISCUTÍVEL LIMITAÇÃO DA CONTA 1990

Existem decisões diversas do TST que limitam a competência dessa Justiça Especializada a dezembro de 1990. Sendo assim, É BEM PLAUSÍVEL A TESE LEVANTADA NA RESCISÓRIA.

DOS CONFRONTES DA NORMA CONSTITUCIONAL RELATIVA À COISA JULGADA COM A NORMA RELATIVA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Se de um lado possa parecer uma heresia jurídica dar uma LIMINAR para impedir o efeito da coisa julgada. De outro, pagar uma decisão em afronta ao PRINCÍPIO DA MORALIDADE, com valores que serão retirados dos milhões de famélicos cidadãos brasileiros para pagar àqueles que, em parte, já receberam o que de direito.

Ou seja, CABE A VOSSA EXCELÊNCIA A DIFÍCIL MISSÃO DE SOPESAR DOIS PRINCÍPIOS.

SALIENTE-SE QUE DIVERSAS DECISÕES CONCEDEM ESTE TIPO DE LIMINAR NO TST, com base no princípio da MORALIDADE.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se:

Concessão da liminar na Ação Cautelar Incidental para, suspender o curso do processo de execução até o julgamento final da ação rescisória.

Termos em que

Pede deferimento.

Florianópolis, 01 de julho de 1998.

Cláudio Renato do C. Farág
PROCURADOR-INSS
OAB 14005/DF MAT. 1618482

Anamaria Reys Resende
PROCURADORA-INSS
OAB 5069 MAT. 0877766

— • —

**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
12ª REGIÃO**

PROCESSO TRT/SC/AT-CAU 3572/97

VISTOS, etc...

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS apresenta petição requerendo reconsideração da decisão de fls. 11/13, dos autos da ação cautelar em epígrafe, que indeferiu pedido de liminar com vistas a suspender a execução do acórdão nº 3.736/91 desta e. Corte até o julgamento final da Ação Rescisória nº 1.926/91, em trâmite com o intuito de desconstituir decisão que condenou o instituto autor a pagar a atualização e a incorporação do abono denominado PCCS aos seus servidores no Estado de Santa Catarina.

Por entender ausentes os pressupostos ensejadores, indeferi a concessão da liminar requerida.

Alega o requerente o surgimento de fato novo capaz de autorizar a reversão da decisão anterior, sob pena de se não mais restar útil a própria ação principal, em face da expedição de precatório onde se busca o alocamento do elevado montante de R\$ 175.000.000,00 (cento e setenta e cinco milhões), que, uma vez pago, a possibilidade de ressarcimento será ínfima, caracterizando, pois, agora, o *periculum in mora*.

De outro lado, reitera estar presente o *fumus boni iuris* em face da incompetência da Justiça do Trabalho no tocante às ações envolvendo servidores públicos estatutários, além dos limites da projeção do julgado a 1990, em face de decisões, neste sentido, do e. TST.

Acentua, ainda, que, no mínimo, estar-se-ia diante de posicionamento pacífico quanto à limitação ao advento da Lei nº 8.460/92, que incorporou o PCCS.

Por derradeiro, invoca questão relacionada com a moralidade, em face de os beneficiários, com a decisão, já haverem recebidos parte de seus créditos, injustificando-se a subtração de “milhões de famélicos cidadãos brasileiros para tal satisfação”.

Juntou documentos.

Eis a resenha.

FUNDAMENTAÇÃO

Embora tenha posicionamento de que a ação rescisória, em princípio, não tem o condão de suspender o processo executório, em face do que dispõe o art. 489 do Código de Processo Civil conforme tenho vezeiramente decidido, todavia, hoje, essa regra, — forçoso é reconhecer —, tem sido amainada segundo a natureza e a peculiaridade do comando sentencial que se executa, notadamente no tocante às diversas hipóteses de tornar-se irreversível a situação de fato cumprida, quer em função das condições do agente beneficiário ou mesmo pela própria alteração substancial do estado do bem de vida, objeto da ação que impossibilita o retorno ao *status quo ante*, apesar de lograr êxito na ação rescisória, redundando, destarte, em decisões meramente perfunctórias e inúteis.

A par de tais razões, ainda, calha o argumento de que o art. 796 do Código de Processo Civil, ao instituir o poder geral de cautela, o fez de forma ampla, sem especificidade de ações, estando, pois, albergadas, inclusive, as rescisórias, como preleciona Galeno de Lacerda: “O conceito de ‘processo principal’ empregado pelo art. 796 é o mais amplo possível. Abrange todo e qualquer processo relacionado com a segurança e em função do qual é pedida (...). Nenhuma incompatibilidade também ocorre entre a cautelar e a execução. Aliás, o Código no art. 615, III, situado nas disposições gerais do processo de execução, compreendendo, portanto, todas as espécies desta, autoriza expressamente o credor a ‘pleitear medidas cautelatórias urgentes’ in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VIII, Tomo I, Forense, 1981, pág. 57, de forma que o art. 489 não se incompatibiliza com o artigo 796, na medida em que se aperfeiçoam, pois este expressa que a simples propositura da ação rescisória não tem o condão de suspender o processo executório, mas, de forma alguma, mutilou o poder cautelar geral inserto no art. 796. E é o mesmo Galeno de Lacerda que, acerca da matéria, abordando hipótese de competência originária do Supremo Federal, mas que se encaixa perfeitamente à hipótese, escreveu que “... se verossímil o pedido de rescisão (*fumus boni iuris*), nada impede, até, da cautela inominada tendente a suspender a execução do julgado rescindendo, a fim de que assegure a eficácia da própria rescisória em caso de procedência (...) não vemos nenhuma incompatibilidade ou incongruência entre medida cautelar e ação rescisória, tanto mais agora dentro do sistema constitucional, em que se permite até a suspensão de lei. Por que não poderá o Poder Judiciário, no exercício de jurisdição legítima rescindente, sustar, *ad cautelam*, meras execuções a ele também afetas, se presentes os pressupostos legais na medida?”, *idem*, pág. 93/94, também seccionei.

Na mesma esteira está o posicionamento de José Janguié Bezerra Diniz: “No campo da processualística trabalhista, a cautelar para suspender a execução é de admissibilidade manifesta. É que, naquele processo especial, se a execução definitiva se ultimar, e os bens penhorados forem alienados, com a conseqüente entrega do dinheiro ao empregado reclamante, esse, em caso de procedência da Rescisória, jamais devolverá a quantia já percebida, por ser seu crédito de natureza alimentar (...). Registramos, por ser oportuno, que os Tribunais vêm admitindo, com freqüência, cautelar para suspender execução de reclamações trabalhistas que deferiu certos planos econômicos ...” in Ação Rescisória dos Julgados, apresentação de Ada Pellegrine Grinover, Ltr, 1998, secionei.

Como inopera a coisa julgada relativamente ao despacho concessivo ou negativo de liminar, em cautelar, já que adstrito ao terreno do livre convencimento do julgador a providência acauteladora, nada obsta que, revendo os fundamentos ou sopesando em congruência com fatos novos, reveja seu posicionamento argumento anterior e defira a medida.

Destarte, levando-se em consideração a ocorrência de fato novo, consistente na expedição do precatório requisitório que sinaliza para uma possível satisfação do *quantum* exequendo antes do deslinde da ação rescisória em curso, aliado à difícil reversibilidade da situação, se materializada, notadamente porque muitos dos beneficiários não mais pertencem aos quadros de funcionários do requerente, caracterizando, pois, o *periculum in mora* e mais a plausibilidade do direito, ao menos em parte, em função da incompetência da Justiça do Trabalho para dirimir litígio envolvendo funcionários públicos estatutários, conforme vêm os tribunais regionais e superiores decidindo reiteradamente, reforçado, ainda, pela incorporação do PCCS, alegado, através da Lei nº 8.460/92, que sinaliza limites no efeito da coisa julgada, entendo, agora, de bom alvitre o acolhimento da pretensão suspensiva, razão pela qual reconsidero a decisão anterior e **CONCEDO A LIMINAR** para suspender o procedimento executório na ação retrocitada, até o deslinde da ação rescisória, também, já nominada, até o seu trânsito em julgado, ou decisão posterior que justifique sua alteração.

Comunique-se a concessão da liminar.

Florianópolis, 02 de julho de 1998.

JOSÉ FRANCISCO DE OLIVEIRA
Juiz Relator



STJ — Quinta Turma

DJ de 15 MAI 95

RECURSO ESPECIAL Nº 61.977-7 — RIO DE JANEIRO (95.0011224-8)

RELATOR : O EXM^o SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA
RECORRENTE : MIRTES DA CRUZ VICENTE
ADVOGADOS : LUIZ EDUARDO PEREGRINO FONTENELLE E OUTRO
RECORRIDOS : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
ADVOGADOS : CID MACHADO E OUTROS

EMENTA

ACIDENTE DE TRABALHO. AUXÍLIO. COMPROVAÇÃO.
O auxílio-acidente é devido quando o operário, consolidada a lesão, permanece incapacitado para o exercício da mesma atividade, mas não para outra. No caso, a diminuição auditiva, em grau mínimo, nem impediu que a operária permanecesse exercendo a atividade habitualmente por ela desenvolvida e mesmo sem que demandasse maior esforço.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Flaquer Scartezini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Brasília, 26 de abril de 1995 (data do julgamento)

MINISTRO JESUS COSTA LIMA, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA:

Cuida-se de recurso especial interposto por MIRTES DA CRUZ VICENTE, buscando reformar o v. aresto de fls. 47/48, proferido pela 3^a Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro que, para manter a sentença de primeiro grau, baseou-se na assertiva de que a indenização

decorrente de hipoacusia, segundo disposição expressa da legislação, somente é devida quando constatada a redução da capacidade auditiva acima de 50 decibéis em ambos os ouvidos, ou seja, em graus médio ou máximo.

A seu turno, a sentença proferida pelo Juízo Singular, na mesma linha de pensamento, não concedeu o benefício acidentário porque o grau mínimo da perda auditiva não se amolda às hipóteses do quadro 2, do anexo III, do Decreto n. 79.037/76 (fl. 31).

Alegar a recorrente que o acórdão recorrido diverge da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada na Súmula 44-STJ, donde se extrai que *“a definição, em ato regulamentar, de grau mínimo de disacusia, não exclui, por si só, a concessão do benefício previdenciário”*. Faz jus ao auxílio-acidente previsto no art. 6º, da Lei n. 6.367/76 (fls. 56/60).

Houve contra-razões (fls. 62/66) e o especial foi admitido (fls. 71/72).
 Relatei.

EMENTA

ACIDENTE DO TRABALHO. AUXÍLIO. COMPROVAÇÃO. O auxílio-acidente é devido quando o operário, consolidada a lesão, permanece incapacitado para o exercício da mesma atividade, mas não para outras. No caso, a diminuição auditiva, em grau mínimo, nem impediu que a operária permanecesse exercendo a atividade habitualmente por ela desenvolvida e mesmo sem que demandasse maior esforço.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (RELATOR):

O recorrente deixou de demonstrar onde e de que forma o v. acórdão contrariou o disposto nos artigos 2º e 6º, da Lei nº 6.367, de 19.10.76.

A divergência com a Súmula 44 desta Corte existiria se a causa tivesse sido julgada improcedente só e exclusivamente porque a disacusia era em grau mínimo. Assim não ocorreu. A operária era “fiandeira” e, ainda que alegasse a lesão auditiva, que foi detectada em grau mínimo, permaneceu exercendo a mesmíssima atividade sem que tivesse de empregar maior esforço de modo permanente.

A Súmula 44, é preciso que se entenda, não é uma porta aberta para indiscriminada concessão de benefício acidentário. Exige, como é natural, prova do fato e a relação de causalidade.

Assim, não conheço do recurso especial.



STJ — Quinta Turma

DJ de 19 MAI 97

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL Nº 103.867/SP
(REGISTRO 96/0050840-2)**

RELATOR : O EXM^o SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI
EMBARGANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
ADVOGADO : ROSANA TEIXEIRA DE CARVALHO E OUTROS
EMBARGADO : CARLITO FERREIRA NASCIMENTO
ADVOGADO : TANIA ELISA MUNHOZ ROMÃO E OUTROS

EMENTA

ACIDENTÁRIA — DATA INICIAL DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO — ART. 23 DA LEI 8.213/91 — PERÍCIA JUDICIAL.

— O *dies a quo* da concessão do benefício acidentário, é o da apresentação do laudo pericial em juízo, quando não reconhecida a incapacidade administrativamente.

— Embargos recebidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 01 de abril de 1997 (data do julgamento).

MINISTRO EDSON VIDIGAL, Presidente

MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI:

O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, oferece embargos de declaração ao v. acórdão de fls. 182/185, cuja ementa expressa, *verbis*.

“PREVIDENCIÁRIO — ACIDENTE DE TRABALHO — DISACUSIA EM GRAU MÍNIMO — SÚMULA 44/STJ.

— A disacusia, em grau mínimo, definida em ato regulamentar, por si só, não pode servir de embaraço à concessão do benefício previdenciário.

— Recurso provido.”

Afirma o embargante que o v. acórdão ao prover o recurso especial, restabeleceu a r. sentença monocrática na sua integralidade, inclusive, no concernente ao *dies a quo* da concessão do benefício, fixado a partir da data da propositura da ação, contrariamente à jurisprudência desta colenda Corte (fls. 187/189).

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI:

Sr. Presidente, razão assiste ao ora embargante.

Diz o art. 23 da Lei nº 8.213/91:

“Art. 23. Considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da actividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou dia quer for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro.”

Assim, não ocorrendo nenhuma das duas primeiras hipóteses, há que ser considerado o dia que foi realizado o diagnóstico, ou seja, a data da apresentação em juízo do laudo pericial.

O v. acórdão embargado, ao restabelecer a r. sentença monocrática que julgou procedente a ação (fls. 83 e verso), não atentou que esta fixou a data do início do benefício, a partir da propositura da ação, em desacordo com o disposto no art. 23 da Lei nº 8.213/91 e jurisprudência pacífica deste eg. Sodalício, conforme precedente abaixo transcrito:

“PREVIDENCIÁRIO — ACIDENTE DO TRABALHO BENEFÍCIO — DATA INICIAL — LEI Nº 8.213/91, ART. 23.

— Consoante orientação firmada neste Tribunal, o *dies a quo* da concessão do benefício é o da apresentação do laudo pericial em juízo e não o da citação.

— *Recurso especial conhecido”.*

(REsp 85.222-SP, 6ª Turma, Rel. Min. William Patterson, julg.: 19.03.96, D.J. de 27.05.96).

Com estas considerações, recebo os embargos para declarar que o *dies a quo* da concessão do benefício é o da apresentação do laudo pericial em juízo.

É como voto.



STJ — Sexta Turma

DJ de 16 FEV 98

RECURSO ESPECIAL Nº 101.660 — SÃO PAULO (96/0045675-5)

RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
ADVOGADOS : DRS. JOÃO PAULO DE OLIVEIRA E OUTROS
RECORRIDO : JOÃO BARBOSA
ADVOGADA : DRª RITA APARECIDA SCANAVEZ

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIA COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO-CAT. NECESSIDADE. ART. 129, II, LEI Nº 8.213/91.

1. Após o advento da Lei nº 8.213/91, tornou-se obrigatória a instrução da petição inicial com a notificação do acidente do trabalho à Previdência Social.

2. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Ministros Anselmo Santiago, William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, justificadamente, o Ministro Vicente Leal.

Brasília, 18 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Presidente)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator)

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Cuida-se de recurso especial interposto pelo INSS, com fulcro nas letras “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Agravo de instrumento. Ação Acidentária. Carência de ação. Falta de interesse de agir ante ou não esgotamento da via administrativa. Inocorrência. Não se exige do obreiro requerimento na via administrativa para, só depois, então, ajuizar a pretensão acidentária.

Recurso autárquico rejeitado” (fl. 36)

Aduz o recorrente infringência ao art. 129, II, da Lei nº 8.213/91 e divergência jurisprudencial.

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso apenas pela letra “a”, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

O recurso deve ser conhecido apenas pela letra “a” do permissivo constitucional, eis que o recorrente não logrou demonstrar, desprezando as

recomendações dos arts. 255 do RISTJ e 541 do Código de Processo Civil, o verberado dissenso jurisprudencial.

A controvérsia gira em torno da necessidade de prévia Comunicação de Acidente do Trabalho-CAT ao ingresso na via judicial.

Dispõe o art. 129, II, da Lei nº 8.213/91, **verbis**:

“Art. 129 — Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados:

I —

II — *Na via judicial, pela justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho-CAT.*

Verifica-se, assim, que após o advento do dispositivo transcrito, tornou-se imprescindível a instrução da petição inicial com a notificação do evento à Previdência Social.

A propósito, transcrevo:

“PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA. PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ACIDENTE DE TRABALHO-CAT. DESNECESSIDADE. SÚMULA 89/STJ.

— *Não é condição de procedibilidade da ação acidentária a exaustão da via administrativa (Súmula 89/STJ).*

— *Somente após a edição da Lei 8.213/91 tornou-se a instrução da petição inicial da ação acidentária com a prova de notificação do evento à Previdência Social.*

— *Recurso especial conhecido”. (REsp 134.564/MT, Rel. Ministro VICENTE LEAL, DJU 15.09.97).*

Ante o exposto, conheço em parte do recurso (letra “a”) e, nesta extensão, lhe dou provimento.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 92.04.33894-6 — RS

RELATOR : O SR. JUIZ ARI PARGENDLER
APELANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
APELADO : SEVERINO RIGON
ADVOGADOS : Alice Guerra Weissheimer
Jaime Cipriani

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ENTRE 06 DE OUTUBRO DE 1988 E 05 DE ABRIL DE 1991. EFEITOS FINANCEIROS DO NOVO CÁLCULO DA RENDA MENSAL (LEI Nº 8.213/91, ART. 144, PARÁGRAFO ÚNICO). Os efeitos financeiros do novo cálculo da renda mensal dos benefícios de prestação continuada deferidos entre 06 de outubro de 1988 e 05 de abril de 1991 têm seu termo inicial em 1º de junho de 1992. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal, à unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de agosto de 1994.

ARI PARGENDLER, RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL Nº 92.04.33894-6 — RS

RELATOR : O SR. JUIZ ARI PARGENDLER
APELANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
APELADO : SEVERINO RIGON

RELATÓRIO

O SR. JUIZ ARI PARGENDLER (RELATOR): Senhor Presidente.

Através desta ação, o Apelado — que se aposentou depois de 06 de outubro de 1988 e antes de 05 de abril de 1991 — quer que o Apelante

seja condenado a revisar a renda mensal de sua aposentadoria mediante a correção monetária dos 36 (trinta e seis) últimos salários de contribuição, pagando-lhe as diferenças devidas. O Apelante contestou a ação e, a final, a sentença fez por julgá-la procedente, seguindo-se o presente recurso. Apresentadas as contra-razões, os autos vieram a este Tribunal.

VOTO

O SR. JUIZ ARI PARGENDLER (RELATOR): Senhor Presidente.

A Constituição Federal de 1988 previu novos benefícios previdenciários e melhorias àqueles já existentes (arts. 201 e 202). Mas o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias subordinou os efeitos do novo regime a projetos de lei que, apresentados no prazo máximo de seis meses, deveriam ser apreciados pelo Congresso Nacional em outros seis, implantando-se progressivamente nos dezoito seguintes (art. 59, “caput” e parágrafo único). Os prazos não foram obedecidos. A Lei nº 8.213, de 24 de junho de 1991, dispôs sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, ditando, em relação aos que se aposentaram depois da promulgação do novo texto constitucional, duas regras: uma para os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social entre 06 de outubro de 1988 e 05 de abril de 1991, em relação aos quais a renda mensal inicial deve ser recalculada e reajustada, não sendo devido o pagamento de quaisquer diferenças referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992 (art. 144, parágrafo único); outra para aqueles deferidos a partir de 05 de abril de 1991, em relação aos quais a renda mensal inicial deve ser recalculada e reajustada desde a data da concessão, com o pagamento das diferenças em até 24 (vinte e quatro) parcelas mensais consecutivas reajustadas nas mesmas épocas e na mesma proporção em que foram reajustados os benefícios de prestação continuada da Previdência Social (art. 145, parágrafo único). O critério utilizado para assegurar o efeito retroativo a 05 de abril de 1991 foi o de que, nessa data, os Planos de Previdência Social já deveriam estar implantados por força de norma constitucional (ADCT, art. 58, parágrafo único). Quem requereu o benefício a partir daí aproveita integralmente a nova regulamentação. Quem o fez antes se subordina à vontade do legislador, quanto à lei vigente na data da concessão do benefício e quanto às restrições que a lei posterior mais favorável impõe. É preciso que isso fique claro: o art. 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não assegurou que a 05 de abril de 1991 todos os segurados teriam tratamento igual; apenas fixou termo para a implantação dos novos Planos de Benefícios da Previdência Social.

Aqueles segurados que preferiam se aposentar antes estão sujeitos à lei vigente na data da concessão do benefício e só aproveitam vantagens de leis posteriores nos estritos termos destas. Eles não estão na mesma situação dos que se aposentaram a partir de 05 de abril de 1991. Seja pelo aspecto jurídico, seja pelo econômico, neste último caso porque perceberam proventos antes disso, aqui em 22 de março de 1991 (fls. 09).

Voto, por isso, no sentido de dar provimento à apelação para julgar improcedente a ação.



TRF — 4ª Região

DJU de 02 ABR 97

AC Nº 95.04.63189-4/RS

APTE : COSME BALBUENO FERNANDES

ADV : Luiz Carlos dos Santos

APDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

ADV : Roberto Tessele da Silva

RELATOR : JUÍZA MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. TETO MÁXIMO DE CONTRIBUIÇÃO — REDUÇÃO DE 20 PARA 10 SALÁRIOS MÍNIMOS.

O valor da contribuição previdenciária é determinado por lei, não havendo direito adquirido a continuar contribuindo de acordo com o regime anterior à legislação vigente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de março de 1997.

Juíza Maria Lúcia Luz Leiria
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente ação ordinária previdenciária proposta contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Início do benefício em 29.5.92.

Sustenta o Autor ter direito adquirido a que sua renda mensal inicial seja revisada considerando-se as contribuições na base de até 20 salários e não 10 como determinado pelo Decreto nº 97.968/89 porquanto ter direito adquirido a continuar contribuindo sobre os mesmos valores até então considerados.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Juíza Maria Lúcia Luz Leiria
Relatora

VOTO

Busca o Autor a revisão da renda mensal inicial do benefício para que sejam consideradas as contribuições até 20 (vinte) salários e não 10 (dez) conforme efetuado pela Autarquia em cumprimento ao disposto na Lei nº 7.787/89 e no Decreto nº 97.968/89. Alega que a redução do limite máximo de contribuição frustrou suas expectativas em receber aposentadoria de acordo com o nível de contribuição que vinha mantendo até então, ferindo direito adquirido.

Contudo, razão não lhe assiste. O valor das contribuições previdenciárias é determinado pelo legislador ordinário sendo uma das fontes de recursos destinados a financiar a seguridade social (art. 195 Constituição Federal) e custear as despesas da Previdência Social no tocante à concessão e manutenção dos benefícios previdenciários. Não cabe, pois, ao segurado determinar o valor a ser contribuído. Ademais não há direito adquirido a continuar contribuindo de acordo com regime de contribuição anterior ao vigente porquanto o cálculo do valor da aposentadoria é efetuado considerando os valores efetivamente contribuídos no período básico de cálculo.

Nesse sentido já manifestou este Tribunal como se vê da ementa a seguir transcrita:

“PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. TETO. ART. 29, PARÁGRAFO 2º DA LEI 8.213/91. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. TETO. REDUÇÃO. LEI 5.890/73 E LEI 7.787/89. DEC. 97.968/89.

1. Não padece de vício algum a disposição contida no artigo 29, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91, porquanto não infringiu norma legal ou constitucional.

2. A redução do maior valor teto da escala dos salários-de-contribuição, de 20 salários mínimos (Lei 5.890/73) para 10 salários mínimos, foi determinada por força de lei (Lei 7.787/89), razão pela qual o Dec. 97.968/89 não afrontou qualquer dispositivo legal ou constitucional.

3. Apelação improvida.”

(AC nº 95.04.33166-1/RS, TRF 4ª Região, 4ª Turma, Rel. Juiz Nylson Paim de Abreu, DJ 31.01.96, p. 3934).

Assim sendo, voto no sentido de negar provimento ao apelo.

Juíza Maria Lúcia Luz Leiria

Relatora



TRF — 4ª Região

DJ de 05 NOV 97

APELAÇÃO CÍVEL Nº 97.04.50004-1/RS

RELATOR : JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO

APELANTE : MARIA LUIZA MALLMANN

APELADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS

ADVOGADAS : LIA SELBACH DE GURIDI

SUZETE INÊS TOGNI

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISIONAL DE BENEFÍCIO. PENSÃO OUTORGADA ANTES DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. COTA FAMILIAR.

Tendo o benefício sido outorgado em julho/84 não há como ser alterada a renda mensal inicial pela nova Lei sem que haja violação ao princípio Constitucional da irretroatividade, além de maltratos ao da isonomia perante os demais inativados antes da Carta de 1988.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, entre as partes acima indicadas, decide a Quinta Turma do 4º Tribunal Regional Federal, por unanimidade, negar provimento ao apelo nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 23 de outubro de 1997.

JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO
RELATOR

RELATÓRIO

JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: — Inconformada com a sentença proferida pelo ilustre Juiz Carlos Eduardo Richinitti concluindo pela improcedência do pedido, manifestou MARIA LUIZA MALLMANN o presente recurso insistindo no direito de ver alterada a cota familiar de sua pensão de acordo com a nova legislação previdenciária.

Apresentou o RECORRIDO razões de contrariedade, subindo os autos a este Colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO (RELATOR): — Cuida-se de revisional de pensão outorgada em julho/84.

Nos termos da inicial pretende a Segurada a majoração da cota familiar de 60 para 80% da aposentadoria do falecido marido.

Segundo a decisão recorrida, “No que diz respeito ao percentual alterado a partir da lei 8.213/91, já me manifestei a respeito e tenho que a lei nova, a não ser que assim preveja expressamente, não alcança os benefícios passados, inexistindo o direito à revisão. Em matéria previdenciária, aplica-se a lei vigente à data da concessão e eventual alteração, em razão de modificação da legislação, somente retroage aos benefícios passados desde que esta assim estabeleça expressamente. E a questão é muito simples. Alguém sustentará que, por exemplo, como no caso do auxílio-doença, ora unificado em 50%, os percentuais antes deferidos em patamares

superiores deveriam ser revistos, com a diminuição para adequação da nova lei? Claro que não e da mesma forma não se pode admitir que o benefício passado venha sofrer o reajuste pretendido em face da alteração legislativa que assim não estabeleceu. A revisão em atendimento ao comando do art. 58 do ADCT foi correta ao resgatar apenas o equivalente ao número de salários mínimos à data da concessão, mas não tinha obrigação de corrigir o percentual alterado pela lei infraconstitucional posterior (...).”

Assiste razão ao ilustre Julgador monocrático. Tendo o benefício sido outorgado em julho/84 não há como ser alterada sua renda inicial pela nova Lei sem que haja violação ao princípio constitucional da irretroatividade, além de maltratos ao da isonomia perante os demais inativos antes da Carta de 1988.

Ao contrário do que supõe a Recorrente o art. 287 do novo Regulamento da Lei dos Benefícios da Previdência Social não autoriza a majoração da cota familiar como pretendido.

Frente ao exposto, nego provimento ao recurso.

JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO
RELATOR



STJ — Sexta Turma

DJ de 09 DEZ 97

RECURSO ESPECIAL Nº 150.172/SP (REG. 97.0069972-2)

RELATOR : O EXMº SR. MINISTRO VICENTE LEAL

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS

RECORRIDO : ÂNGELO MARIN MUNARIN

ADVOGADOS : ANGELINA MARIA DE JESUS E OUTROS

: FERNANDO GUIMARÃES DE SOUZA E OUTROS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. TETO LIMITE. VALOR MÁXIMO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ARTIGOS 29, 33 E 136, DA LEI Nº 8.213/91.

— O Plano de Benefício da Previdência Social, regulamentando o artigo 202 da Carta Magna, ao definir a fórmula do

cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária nos termos do **caput** de seu artigo 29, estabeleceu uma relação de limitação entre o valor teto máximo do salário-de-contribuição e do salário-de-contribuição a data da concessão do benefício.

— Recurso especial conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago, William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília-DF, 10 de novembro de 1997 (data do julgamento).

MINISTRO ANSELMO SANTIAGO, Presidente

MINISTRO VICENTE LEAL, Relator

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR): — Nos autos de ação acidentária proposta contra o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, objetivando a concessão de benefício previdenciário em razão de deficiência auditiva adquirida no desempenho das atividades laborais, o R. Juízo de Primeiro Grau julgou procedente o pedido.

A eg. Primeira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou provimento à apelação da autarquia previdenciária e deu parcial provimento ao recurso do autor, para assegurar a percepção do benefício na quantia correspondente a 240 horas mensais, mantendo o entendimento de que o valor do salário-de-benefício não sofre qualquer limitação pela imposição de um valor teto limite. O julgamento em tela foi consolidado em ementa do seguinte teor:

“AÇÃO ACIDENTÁRIA — DISACUSIA — PERDA AUDITIVA BILATERAL INFERIOR AO PATAMAR DE 9%, SEGUNDO A TABELA DE FOWLER — INDENIZAÇÃO INCABÍVEL — PROBLEMAS NA COLUNA VERTEBRAL — NECESSIDADE DE DESEMPENHAR UM MAIOR ESFORÇO FÍSICO — INDENIZAÇÃO CABÍVEL — TERMO INICIAL

DO BENEFÍCIO: DIA EM QUE O OBREIRO FOI PERICIADO PELO INSS, NOS TERMOS DO ART. 23, DA LEI Nº 8.213/91 — ATUALIZAÇÃO PELA NOSSA SÚMULA Nº 26 — INADMISSIBILIDADE — APLICAÇÃO DO ART. 41, DO MESMO DIPLOMA LEGAL — SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO — ALEGADA EXISTÊNCIA DE VALOR-TETO — INADMISSIBILIDADE — TRABALHADOR HORISTA — REMUNERAÇÃO FIXADA EM 240 HORAS MENSAIS — EXEGESE DO ART. 28, § 2º, DA LEI ACIMA CITADA — RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO E DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO” (p. 158).

Irresignado, o INSS interpõe o presente recurso especial, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, sustentando ter o acórdão em tela vulnerado o disposto no parágrafo 2º, do artigo 29, aduzindo, em essência, que a imposição de um limite máximo para o salário-de-benefício guarda plena sintonia com o disposto artigo 202, da Constituição Federal.

Apresentadas as contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem advindo agravo que provido ensejou a subida dos autos a esta Colenda Corte.

É o relatório.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. TETO LIMITE. VALOR MÁXIMO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ARTIGOS 29, 33 E 136, DA LEI Nº 8.213/91.

— O Plano de Benefício da Previdência Social, regulamentando o artigo 202 da Carta Magna, ao definir a fórmula do cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária nos termos do **caput** de seu artigo 29, estabeleceu uma relação de limitação entre o valor teto máximo do salário-de-contribuição e o do salário-de-contribuição a data da concessão do benefício.

— Recurso especial conhecido.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR): — Ressalte-se, por primeiro, que a preliminar agitada nas contra-razões quanto a irregularidade da representação do patrono da autarquia previdenciária,

ressalte-se que a Corte Especial deste Tribunal, analisando a extensão do teor contido no artigo 384, do CPC, cominado com as disposições do artigo 21, da Medida Provisória nº 1.542/1997, proclamou que as reproduções fotográficas dos documentos particulares autenticadas por servidores públicos merecem eficácia, de vez que seus atos, quando praticados no exercício da função pública, gozam de presunção de legalidade e veracidade. (ERESP nºs. 11800-SP e 117.874-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, ERESP nº 112.975-SP, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro).

De resto, como patenteado no relatório, a controvérsia emoldurada no presente recurso tem como ponto nodal o exame da fixação de um teto limite para o cálculo do valor do salário-de-benefício, segundo o parágrafo segundo do artigo 29, da Lei nº 8.213/91, que assim estatui:

“O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data inicial do benefício.”

Examine-se, pois, a referida questão.

O Tribunal de origem, adotando o entendimento de que o cálculo da renda mensal inicial do benefício concedido após a promulgação da Carta Magna deve ser efetuado pela atualização dos últimos trinta e seis salários-de-contribuição, nos termos do artigo 202, da CF/88, proclamou que o valor-teto máximo deve ser desprezado, em consonância com o disposto no artigo 136, da referida lei.

Sustenta o INSS, por sua vez, que a imposição do valor máximo do salário-de-benefício ao limite do salário-de-contribuição na data do início do benefício não afronta a regra prevista no aludido dispositivo constitucional.

Tenho que a pretensão recursal merece agasalho perante esta Corte, de vez que a premissa embasadora dos fundamentos da autarquia previdenciária encontra-se em harmonia com o entendimento jurisprudencial a respeito do tema.

Com efeito, a forma de cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária foi estabelecida pelo artigo 29 da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social que, regulamentando o artigo 202, da Carta da República, determinou a atualização monetária da média dos últimos salários-de-contribuição, até o máximo de trinta e seis, apurados em período não superior a quarenta e oito.

E seu parágrafo segundo, por sua vez, dispôs que o valor do salário-de-benefício do segurado deve observar o limite mínimo do salário-mínimo e máximo do salário-de-contribuição na data do início de sua concessão.

Ocorre que o artigo 136, do referido repertório normativo, assim pontificou:

“Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para o cálculo do salário-de-benefício.”

Ressalte-se, por primeiro, que quando foi definida a forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício, teve o legislador por escopo criar um mecanismo que primasse pela manutenção de seus valores, de modo a preservá-los o poder aquisitivo, de modo a conferir exato cumprimento ao preceito constitucional, ainda que estabelecendo uma relação de limitação entre o valor limite do salário-de-benefício e o do salário-de-contribuição que irá substituir.

Ora, nesse contexto, como admitir-se que uma norma geral elimine os valores tetos máximos e mínimos do salário-de-benefício, se o repertório normativo na parte específica que o define, bem como a que disciplina o cálculo da renda mensal do benefício mantêm a imposição do teto?

O direito deve buscar a expressão da justiça. Deve o intérprete da norma jurídica buscar o sentido que a mesma visa a atingir no cenário da vida.

Dentro dessa visão teleológica, o artigo 136 deve ser interpretado em conjunto com a legislação que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e não isoladamente, o que há de ser feito necessariamente pela manutenção dos valores limites inferiores e superiores do salário-de-benefício.

Ora, tendo sido limitado o valor superior do salário-de-benefício ao máximo do valor do salário-de-contribuição na data do início de sua concessão, consoante estabelecem os artigos 29, § 2º, e 33 do referido diploma legal, resta inconsistente a tese de que os respectivos valores dos tetos foram eliminados.

Nesse sentido, merece destaque excerto do voto de lavra do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro no julgamento do RE nº 133.849-SP, submetido a esta Sexta Turma, cujas conclusões assim situam a questão, **litteris**:

“Impõe-se interpretação lógico-sistemática. O mencionado diploma de lei, como acentuado, no art. 29, § 2º estabelece, literalmente, o valor do salário-de-benefício, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício. A mesma orientação está expressa no art. 33, ao disciplinar a Renda Mensal do Benefício. O reajustamento é tratado no art. 41.

Nesse contexto deve ser interpretado o disposto no art. 136, da referida lei, ao mencionar — “Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para cálculo do salário-de-benefício”.

Não faz sentido, o contexto disciplinar o valor do salário-de-benefício, casuisticamente, e, ao depois, adotar norma geral de eliminação dos respectivos valores. Bastaria, então, dispor que não haverá teto, ou simplesmente silenciar.

A inteligência do disposto no art. 136, data venia, é a seguinte: a regra geral, ou seja a relação, — salário-de-contribuição/salário-de-benefício — não pode receber limitações, a fim de manter íntegro o valor da respectiva relação”.

Em face dessas considerações, tenho que o aresto recorrido violou os indigitados dispositivos de lei federal, devendo o valor limite do salário-de-benefício corresponder ao valor do salário-de-contribuição do obreiro na data de sua concessão.

Isto posto, conheço do recurso especial, para excluir do cálculo da renda mensal inicial do auxílio-acidente os valores que excedam o limite máximo do salário-de-contribuição quando de sua concessão.

É o voto.



STJ — Sexta Turma

DJ de 09 DEZ 98

RECURSO ESPECIAL Nº 148.471/SP (REG. 97.0065444-3)

RELATOR : O EXM^o SR. MINISTRO VICENTE LEAL

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS

RECORRIDO : JOÃO SUDATTI

ADVOGADOS : TEREZA MARLENE FRANCESCHI MEIRELLES E

: OUTROS

: ELIZABETH PIRES BUENO SUDATTI E OUTROS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. TETO LIMITE. VALOR MÁXIMO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ARTIGOS 29 E 136, DA

LEI Nº 8.213/91. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DE PROVA.

— O Plano de Benefício da Previdência Social, regulamentando o artigo 202 da Carta Magna, ao definir a fórmula do cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária nos termos do **caput** de seu artigo 29, estabeleceu uma relação de limitação entre o valor teto máximo do salário-de-contribuição e do salário-de-contribuição da data da concessão do benefício.

— Uma vez observados os parâmetros legais, previstos no art. 20, do CPC, torna-se descabida a repreciação, via especial, do **quantum** fixado a título de honorários advocatícios nas instâncias ordinárias, em razão do óbice da Súmula nº 07, desta Corte.

— Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, dar-lhe provimento, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago, William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília-DF, 10 de novembro de 1997 (data do julgamento).

MINISTRO ANSELMO SANTIAGO, Presidente

MINISTRO VICENTE LEAL, Relator

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR): — Nos autos de ação ordinária proposta contra o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, objetivando retificação na renda mensal de benefício previdenciário, o pedido foi julgado procedente em primeiro grau.

A eg. Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negou provimento a apelação da autarquia e deu provimento

ao recurso adesivo do autor, apenas para elevar o percentual da verba honorária advocatícia, mantendo o entendimento de que o valor do salário-de-benefício não sofre qualquer limitação pela imposição de um valor teto limite. O julgamento em tela foi consolidado em ementa do seguinte teor:

“PREVIDENCIÁRIO — REVISIONAL DE BENEFÍCIO — CORREÇÃO DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO — MAIOR E MENOR VALOR TETO — ART. 202 DA CF — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Não há que se falar em limitação do valor teto para o cálculo do salário-de-benefício a partir da promulgação da CF, a teor do disposto no art. 275 do Decreto 611/92.

2. Honorários advocatícios elevados consoante entendimento desta Segunda Turma.

3. Apelação improvida. Recurso adesivo provido”. (fl. 106)

Irresignado, o INSS, interpõe o presente recurso especial, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, sustentando ter o acórdão em tela vulnerado o disposto no parágrafo 2º, do artigo 29 e o artigo 33, ambos da Lei nº 6.899/81, bem como o artigo 20, do Código de Processo Civil, além de ter ensejado divergência jurisprudencial. Aduz, em essência, que a imposição de um limite máximo para o salário-de-benefício guarda plena sintonia com o disposto no artigo 202, da Constituição Federal.

Apresentadas as contra-razões, e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Colenda Corte.

É o relatório.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. TETO LIMITE. VALOR MÁXIMO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ARTIGOS 29 E 136, DA LEI Nº 8.213/91. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DE PROVA.

— O Plano de Benefício da Previdência Social, regulamentando o artigo 202 da Carta Magna, ao definir a fórmula do cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária nos termos do **caput** de seu artigo 29, estabeleceu uma relação de limitação entre o valor teto máximo do salário-de-contribuição e do salário-de-contribuição da data da concessão do benefício.

— Uma vez observados os parâmetros legais, previstos no art. 20, do CPC, torna-se descabida a reapreciação, via especial, do **quantum** fixado a título de honorários advocatícios nas instâncias ordinárias, em razão do óbice da Súmula nº 07, desta Corte.

— Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR): — Como patenteado no relatório, a controvérsia emoldurada no presente recurso tem como ponto nodal o exame da fixação de um teto limite para o cálculo do valor do salário-de-benefício, segundo o parágrafo segundo do artigo 29, da Lei nº 8.213/91, que assim estatui:

“Art. 29 — O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data inicial do benefício.”

Examine-se, pois, a referida questão.

As instâncias ordinárias, adotando o entendimento de que o cálculo da renda mensal inicial do benefício concedido após a promulgação da Carta Magna deve ser efetuado pela atualização dos últimos trinta e seis salários-de-contribuição, nos termos do artigo 202, da CF/88 e do artigo 29, **caput**, da Lei nº 8.213/91, proclamou que o valor-teto máximo deve ser desprezado, em consonância com o disposto no artigo 136, da referida lei.

Sustenta o INSS, por sua vez, que a imposição do valor máximo do salário-de-benefício ao limite do salário-de-contribuição na data do início do benefício não afronta a regra prevista no aludido dispositivo constitucional.

Tenho que a pretensão recursal merece agasalho perante esta Corte, de vez que a premissa embasadora dos fundamentos da autarquia previdenciária encontra-se em harmonia com o entendimento jurisprudencial a respeito do tema.

Com efeito, a forma de cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária foi estabelecida pelo artigo 29 da Lei de Planos de Benefícios da Previdenciária Social que, regulamentando o artigo 202, da Carta da República, determinou a atualização monetária da média dos últimos salários-de-contribuição, até o máximo de trinta e seis, apurados em período não superior a quarenta e oito.

E seu parágrafo segundo, por sua vez, dispôs que o valor do salário-de-benefício do segurado deve observar o limite mínimo do salário-mínimo e máximo do salário-de-contribuição na data do início de sua concessão.

Ocorre que o artigo 136, do referido repertório normativo, assim pontificou:

“Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para o cálculo do salário-de-benefício.”

Ressalte-se, por primeiro, que quando foi definida a forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício, teve o legislador por escopo criar um mecanismo que primasse pela manutenção de seus valores, de modo a preservá-los o poder aquisitivo, conferindo exato cumprimento ao preceito constitucional, ainda que estabelecendo uma relação de limitação entre o valor limite do salário-de-benefício e o do salário-de-contribuição que irá substituir.

Ora, nesse contexto, como admitir-se que uma norma geral elimine os valores tetos máximos e mínimos do salário-de-benefício, se o repertório normativo na parte específica que o define, bem como a que disciplina o cálculo da renda mensal do benefício, mantêm a imposição do teto?

O direito deve buscar a expressão da justiça. Deve o intérprete da norma jurídica buscar o sentido que a mesma visa a atingir no cenário da vida.

Dentro dessa visão teleológica, o artigo 136 deve ser interpretado em conjunto com a legislação que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e não isoladamente, o que há de ser feito necessariamente pela manutenção dos valores limites inferiores e superiores do salário-de-benefício.

Ora, tendo sido limitado o valor superior do salário-de-benefício ao máximo do valor do salário-de-contribuição na data do início de sua concessão, consoante estabelecem os artigos 29, § 2º, e 33 do referido diploma legal, resta inconsistente a tese de que os respectivos valores dos tetos foram eliminados.

Nesse sentido, merece destaque excerto do voto de lavra do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro o julgamento do RE nº 133.849-SP, submetido a esta Sexta Turma, cujas conclusões assim situam a questão, **litteris**:

“Impõe-se interpretação lógico-sistemática. O mencionado diploma de lei, como acentuado, no art. 29, § 2º, estabelece, literalmente, o valor

do salário-de-benefício, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício. A mesma orientação está expressa no art. 33, ao disciplinar a Renda Mensal do Benefício. O reajustamento é tratado no art. 41.

Nesse contexto deve ser interpretado o disposto no art. 136, da referida lei, ao mencionar — “Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para cálculo do salário-de-benefício”.

Não faz sentido, o contexto disciplinar o valor do salário-de-benefício, casuisticamente, e, ao depois, adotar norma geral de eliminação dos respectivos valores. Bastaria, então, dispor que não haverá teto, ou simplesmente silenciar.

A inteligência do disposto no art. 136, data venia, é a seguinte: a regra geral, ou seja a relação, — salário-de-contribuição/salário-de-benefício — não pode receber limitações, a fim de manter íntegro o valor da respectiva relação”.

Em face dessas considerações, tenho que o aresto recorrido violou os indigitados dispositivos de lei federal, devendo o valor limite do salário-de-benefício corresponder ao valor do salário-de-contribuição do obreiro na data de sua concessão.

Por derradeiro, no que tange à invocada ofensa ao preceito processual civil destacado, referente à fixação da verba de patrocínio, tenho que a mesma não se configurou.

Ora, na hipótese **sub examen**, o v. aresto recorrido, ao fixar o percentual devido a este título, corretamente observou os limites impostos pela legislação regente, descabendo, na via do especial, apreciar-se a adequação da condenação, sob pena de revolver a matéria fática, o que é vedado nos termos da Súmula nº 07, deste Tribunal.

Isto posto, conheço parcialmente do recurso especial e nesta extensão dou-lhe provimento, para excluir do cálculo da renda mensal inicial os valores que excedam o limite máximo do salário-de-contribuição da data de sua concessão.

É o voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 148.674-SP (97/0065830-9)

RELATOR : O EXMº SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
RECORRIDOS : JOÃO CLIMACO CORREIA
ADVOGADOS : DRS. JURANDIR FREIRE DE CARVALHO
SÉRGIO HENRIQUE PARDAL BACELAR
FREUDENTHAL E OUTROS

EMENTA

RESP — PREVIDENCIÁRIO — BENEFÍCIOS — VALOR — LIMITE — LEI Nº 8.213/91, ART. 136 — O art. 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, estabelece, literalmente, o valor do salário-de-benefício, não superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício. A mesma orientação está expressa no art. 33, ao disciplinar a Renda Mensal do Benefício. O reajustamento é tratado no art. 41.

Nesse contexto deve ser interpretado o disposto no art. 136, da referida lei, ao mencionar — “Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para cálculo do salário-de-benefício.”

Não faz sentido, o contexto disciplinar o valor do salário-de-benefício, casuisticamente, e, ao depois, adotar norma geral de eliminação dos respectivos valores. Bastaria, então, dispor que não haverá teto, ou simplesmente silenciar.

A inteligência do disposto no art. 136, data venia, é a seguinte: a regra geral, ou seja a relação — salário-de-contribuição/salário-de-benefício — é constante, a fim de manter íntegro o valor da respectiva relação.

ACÓRDÃO

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 constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do

juízo os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e William Patterson. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministro Vicente Leal e Anselmo Santiago.

Brasília, 04 de novembro de 1997 (data do julgamento).

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, PRESIDENTE
MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, RELATOR

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (RELATOR):

— Recurso Especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, no intuito de impugnar v. aresto do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que entendeu não existir menor e maior valor do teto para cálculo de benefícios a partir de 06 de outubro de 1988.

O recorrente aduz contrariedade ao art. 28, § 5º, da Lei nº 8.212/91, sustentando que a Lei nº 8.213/91 “**não revogou os preceitos que fixaram limite máximo para o valor dos salários de benefício.**” (Fl. 51)

Contra-razões às fls. 54/56.

Despacho de admissão às fls. 58.

É o relatório.

MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (RELATOR):

— O debate, como evidencia o relatório, é limitado ao valor máximo do salário-de-contribuição, a ser considerado para o valor dos benefícios, ou seja, se a Lei nº 8.213/91 estabeleceu teto.

Esse diploma legal — Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social — define o salário-de-benefício no art. 28. O art. 29 estatui consistir “**na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito).**”

O valor do salário-de-benefício, por sua vez, não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior do limite máximo do salário-de-contribuição na data do benefício, na dicção do disposto no art. 29, § 2º, da mesma lei.

Há, portanto, relação entre o valor do benefício e o valor do salário-de-benefício.

Evidencia-se, assim, o teto reclamado pelo Recorrente.

Resta examinar a extensão normativa do disposto no art. 136, da Lei nº 8.213/91, verbis:

“Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para o cálculo do salário-de-benefício.”

Impõe-se interpretação lógico-sistemática. O mencionado diploma de lei, como acentuado, no art. 29, § 2º estabelece, literalmente, o valor do salário-de-benefício nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício. A mesma orientação está expressa no art. 33, ao disciplinar a Renda Mensal do Benefício. O reajustamento é tratado no art. 41.

Nesse contexto deve ser interpretado o disposto no art. 136, da referida lei, ao mencionar — “Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para cálculo do salário-de-benefício”.

Não faz sentido, o contexto disciplinar o valor do salário-de-benefício, casuisticamente, e, ao depois, adotar norma geral de eliminação dos respectivos valores. Bastaria, então, dispor que não haverá teto, ou simplesmente silenciar.

A inteligência do disposto no art. 136, data venia, é a seguinte: a regra geral, ou seja a relação — salário-de-contribuição/salário-de-benefício — não pode receber limitações, a fim de manter íntegro o valor da respectiva relação.

Conheço do Recurso Especial.

MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO



RECURSO ESPECIAL Nº 152.594 — SP
(REG. Nº 97.0075544-4)

RELATOR : O EXMº SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
RECORRIDO(S) : AGUINALDO JULIÃO DA SILVA E OUTRO
ADVOGADOS : DRS. RICARDO RAMOS NOVELLI E OUTROS
: ROMEU TERTULIANO E OUTRO

EMENTA

— PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS. VALOR INICIAL. TETO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. VALOR MÁXIMO. ART. 29 e 33 da Lei 8.213/91.

— Legalidade do art. 29 da Lei 8.213/91. “O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data inicial do benefício.”

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Ministros FELIX FISCHER, EDSON VIDIGAL, JOSÉ DANTAS e CID FLAQUER SCARTEZZINI.

Brasília, 17 de março de 1998. (data do julgamento)

MINISTRO EDSON VIDIGAL
Presidente

MINISTRO JOSÉ ARNALDO
Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (RELATOR):

O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão que, invocando os arts. 135 e 136 da Lei nº 8.213, de 1991, bem como o art. 275 do Regulamento da Lei de benefícios, entendeu ilegítima a fixação de valor-teto para o cálculo do salário-de-benefício.

Alterca a autarquia previdenciária que o v. aresto contrariou o disposto no § 2º do art. 29 e no art. 33 da Lei 8.213/91, sustentando ser legítima a fixação de tetos para o salário-de-contribuição e para o salário-de-benefício.

Após a admissão do recurso, subiram os autos, vindo-me conclusos. É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (RELATOR):

Sr. Presidente, a questão está em se saber se é legítima a fixação de um teto limite para o cálculo do valor do salário-de-benefício, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 29, da Lei 8.213/91, que dispõe:

“Art. 29 — O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data inicial do benefício.”

Cumprе ressaltar que no julgamento do REsp nº 133.411, em sessão da Sexta Turma, realizada no dia 10.11.97, decidiu-se, através do voto condutor do Exmº Sr. Ministro Vicente Leal, que é legítima a fixação de um teto máximo do salário-de-contribuição e do salário-de-contribuição a data da concessão do benefício.

Portanto, em conformidade a esse posicionamento, também compreendo que tal limitação é legítima.

Outrossim, com o intuito de fixar uma posição sobre o tema, entendo necessário fazer registro do voto prolatado pelo Exmº Sr. Min. Vicente (REsp 133.411/SP) *verbis*:

“Examine-se, pois, a referida questão.

*As instâncias ordinárias, adotando o entendimento de que o cálculo da renda mensal inicial do benefício concedido após a promulgação da Carta Magna deve ser efetuado pela atualização dos últimos trinta e seis salários-de-contribuição, nos termos do artigo 202, da CF/88 e do artigo 29, **caput**, da Lei nº 8.213/91, proclamou que o valor-teto máximo deve ser desprezado, em consonância com o disposto no artigo 136, da referida lei.*

Sustenta o INSS, por sua vez, que a imposição do valor máximo do salário-de-benefício ao limite do salário-de-contribuição na data do início do benefício não afronta a regra prevista no aludido dispositivo constitucional.

Tenho que a pretensão recursal merece agasalho perante esta Corte, de vez que a premissa embasadora dos fundamentos da autarquia previdenciária encontra-se em harmonia com o entedimento jurisprudencial a respeito do tema.

Com efeito, a forma de cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária foi estabelecida pelo artigo 29 da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social que, regulamentando o artigo 202, da Carta da República, determinou a atualização monetária da média dos últimos salários-de-contribuição, até o máximo de trinta e seis, apurados em período não superior a quarenta e oito.

E seu parágrafo segundo, por sua vez, dispôs que o valor do salário-de-benefício do segurado deve observar o limite mínimo do salário-mínimo e máximo do salário-de-contribuição na data do início de sua concessão.

Ocorre que o artigo 136, do referido repertório normativo, assim pontificou:

“Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para o cálculo do salário-de-benefício.”

Ressalte-se, por primeiro, que quando foi definida a forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício, teve o legislador por escopo criar um mecanismo que primasse pela manutenção de seus valores, de modo a preservar-lhes o poder aquisitivo, de modo a conferir exato cumprimento ao preceito constitucional, ainda que estabelecendo uma relação de limitação entre o valor limite do salário-de-benefício e o do salário-de-contribuição que irá substituir.

Ora, nesse contexto, como admitir-se que uma norma geral elimine os valores tetos máximos e mínimos do salário-de-benefício, se o

repertório normativo na parte específica que o define, bem como a que disciplina o cálculo da renda mensal do benefício mantêm a imposição do teto?

O direito deve buscar a expressão da justiça. Deve o intérprete da norma jurídica buscar o sentido que a mesma visa a atingir no cenário da vida.

Dentro dessa visão teleológica, o artigo 136 deve ser interpretado em conjunto com a legislação que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e não isoladamente, o que há de ser feito necessariamente pela manutenção dos valores limites inferiores e superiores do salário-de-benefício.

Ora, tendo sido limitado o valor superior do salário-de-benefício ao máximo do valor do salário-de-contribuição na data do início de sua concessão, consoante estabelecem os artigos 29, parágrafo 2º e 33 do referido diploma legal, resta inconsistente a tese de que os respectivos valores tetos foram eliminados.

*Nesse sentido, merece destaque excerto do voto da lavra do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro no julgamento do RE nº 133.849-SP, submetido a esta Sexta Turma, cujas conclusões assim situam a questão, **litteris**:*

“Impõe-se interpretação lógico-sistemática. O mencionado diploma de lei, como acentuado no art. 29, § 2º, estabelece, literalmente, o valor do salário-de-benefício, nem superior ao limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício. A mesma orientação está expressa no art. 33 ao disciplinar a Renda Mensal do Benefício. O reajustamento é tratado no art. 41.

Nesse contexto deve ser interpretado o disposto no art. 136, da referida lei, ao mencionar — “Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para cálculo do salário-de-benefício”.

Não faz sentido, o contexto disciplinar o valor do salário-de-benefício, casuisticamente, e, ao depois, adotar norma geral de eliminação dos respectivos valores. Bastaria, então, dispor que não haverá teto, ou simplesmente silenciar.

A inteligência do disposto no art. 136, data venia, é a seguinte: a regra geral, ou seja a relação, — salário-de-contribuição/salário-de-benefício — não pode receber limitações, a fim de manter íntegro o valor da respectiva relação”.

Em face dessas considerações, tenho que o aresto recorrido violou os indigitados dispositivos de lei federal, devendo o valor limite do salário-de-benefício corresponder ao valor do salário-de-contribuição do obreiro na data de sua concessão.

À vista do exposto, em consonância com o entendimento acima esposado, conheço do recurso e lhe dou provimento para, da mesma forma, excluir do cálculo da renda mensal inicial os valores que excedam o limite máximo do salário-de-contribuição a data de sua concessão.

É como voto.



**MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
PROCURADORIA-GERAL**

ORDEM DE SERVIÇO/INSS/PG/Nº 37, de 09 de abril de 1998.

ASSUNTO: *Dispõe sobre o cadastramento de leiloeiros oficiais junto à Procuradoria do INSS e dá outras providências.*

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: *Art. 98 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, restabelecido pelo art. 1º da Lei nº 9.528 de 10 de dezembro de 1997; art. 148 e 706 do Código de Processo Civil e art. 23 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.*

O PROCURADOR-GERAL do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, *no uso da atribuição 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,*

Considerando *a necessidade de incrementar ainda mais a arrecadação, dar maior publicidade aos leilões judiciais, intensificar as arrematações e garantir a correta avaliação dos bens penhorados;*

Considerando *a carência de local apropriado no INSS para depósito de bens sujeitos a constrição judicial nas execuções fiscais;*

Considerando *as vantagens da remoção, guarda e conservação dos bens penhorados nas execuções fiscais serem realizadas por auxiliares da justiça, sem ônus financeiro ao Instituto;*

RESOLVE:

1. *Estabelecer procedimentos visando ao cadastramento de leiloeiros oficiais para atuarem como depositário/administrador/leiloeiro nas Execuções Fiscais propostas pela Procuradoria do INSS.*

2. *As Procuradorias Estaduais, Especial, do Distrito Federal e Regionais publicarão, pelos menos uma vez ao ano, nos órgãos oficiais de imprensa local e/ou em jornal de grande circulação na Região, Comunicado para Cadastramento de Leiloeiro Oficial junto ao INSS (anexo I).*

3. *Constituem requisitos para o cadastramento de leiloeiros oficiais:*

- a) *estar registrado como leiloeiro oficial perante a Junta Comercial da localidade onde se dispõe a atuar;*
- b) *ser inscrito junto a Previdência Social e estar em dia com as contribuições devidas ao INSS;*
- c) *não ser cônjuge, companheiro(a) ou parente até o segundo grau civil de Procurador Autárquico do INSS.*

4. *O leiloeiro oficial interessado em se cadastrar apresentará Termo de Cadastramento e Compromisso de Leiloeiro Oficial (anexo II), no qual assumirá perante o INSS, sem prejuízo das demais obrigações estabelecidas no Código de Processo Civil e legislação pertinente, as seguintes:*

4.1. *como depositário/administrador:*

- a) *remoção dos bens penhorados, arrestados ou seqüestrados em poder do executado, réu ou terceiros, para depósito sob sua responsabilidade, bem assim a guarda e conservação de referidos bens;*
- b) *celebração de contrato de seguro contra eventuais danos ou subtrações dos bens a serem depositados.*

4.2. *como leiloeiro:*

- a) *avaliação extrajudicial dos bens, atendidas as normas de mercado;*
- b) *prestação de contas, após o leilão/prança.*

4.3. *Os encargos previstos nos subitens 4.1 e 4.2 serão realizados pelo cadastrado sem qualquer ônus para o INSS.*

5. *O Termo de Cadastramento e Compromisso de Leiloeiro Oficial referido no item anterior será acompanhado dos seguintes documentos:*

- a) *cópia autenticada do registro como leiloeiro oficial perante a Junta Comercial do Distrito Federal/Estado onde se dispõe a atuar;*
- b) *currículo vitae discriminativo da atuação como leiloeiro oficial, preferencialmente em execuções fiscais;*
- c) *cópia autenticada dos documentos que comprovem a inscrição junto à Previdência Social e os pagamentos das contribuições devidas ao INSS nos três meses antecedentes ao pedido de cadastramento;*
- d) *declaração, com firma reconhecida, afirmação não ser cônjuge, companheiro(a) ou parente até o segundo grau civil de Procurador Autárquico do INSS.*

6. Os pedidos de cadastramento serão autuados e analisados pelo Procurador Estadual, Especial, do Distrito Federal ou Regional, e encaminhados ao Procurador-Geral para deliberação, após a qual os processos administrativos de cadastramento retornarão às Procuradorias de origem para ciência e arquivamento.

6.1. Caso deferido o cadastramento, essa decisão será publicada no Boletim de Serviço do INSS — BS/INSS/DG.

7. Compete às Procuradorias Estaduais, Especial e do Distrito Federal manter atualizada listagem dos leiloeiros oficiais cadastrados.

7.1. A indicação dos leiloeiros oficiais cadastrados será procedida alternadamente, observada a especialização e escolha das comarcas relacionadas no Termo de Cadastramento e Compromisso de Leiloeiro Oficial.

8. O requerimento de nomeação do cadastrado como depositário/administrador dos bens penhorados, arrestados ou seqüestrados, dar-se-á por meio de petição dirigida ao juiz competente, na qual será também, informada a intenção do INSS em escolhê-lo como leiloeiro, caso seja realizado o leilão/praçã.

9. É vedado aos Procuradores Autárquicos do INSS indicar leiloeiro não cadastrado, enquanto existir cadastrado disponível.

10. O Procurador-Geral promoverá o descadastramento dos leiloeiros oficiais na seguintes hipóteses:

- a) desinteresse da Administração;
- b) prática de atos ou omissões lesivos ao INSS, sem o devido ressarcimento, na remoção, guarda, conservação, leilão e praça dos bens e nas demais atividades correlacionadas;
- c) não pagamento das contribuições previdenciárias em dia;
- d) descumprimento desta Ordem de Serviço.

11. Nos casos omissos e as dúvidas deverão se submetidas ao Procurador-Geral.

12. Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.

JOSÉ WEBER HOLANDA ALVES
Procurador-Geral

ANEXO I DA OS/INSS/PG Nº 37/98

COMUNICADO PARA CADASTRAMENTO DE LEILOEIRO OFICIAL JUNTO AO INSS

1. A Procuradoria (especificar qual) do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS comunica aos interessados que está realizando cadastramento de leiloeiros oficiais para a participação nas Execuções Fiscais propostas pelo INSS no (especificar unidade da federação), nos termos do artigo 98 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, restabelecido pelo art. 1º da Lei nº 9.528 de 10 de dezembro de 1997; arts. 148, 705 e 706 do Código de Processo Civil e art. 23 da Lei nº 6.830/80. Os interessados deverão apresentar, devidamente preenchido, Termo de Cadastramento e Compromisso de Leiloeiro Oficial fornecido por esta Procuradoria e disponível (especificar o local ou unidade administrativa), acompanhado de:

- a) cópia autenticada do registro como leiloeiro oficial perante a Junta Comercial do Distrito Federal/Estado (local onde se dispõe a atuar);
- b) curriculum vitae discriminativo da atuação como leiloeiro oficial, preferencialmente em execuções fiscais;
- c) cópia autenticada dos documentos que comprovem a inscrição junto a Previdência Social e os pagamentos das contribuições devidas ao INSS nos três meses antecedentes ao pedido de cadastramento; e
- d) declaração, com firma reconhecida, afirmação não ser cônjuge, companheiro(a) ou parente até o segundo grau civil de Procurador Autárquico do INSS.

2. Termo de que trata esse comunicado deverá ser apresentado na Procuradoria (especificar qual), no (a) (especificar o local ou unidade administrativa), situada (endereço), no horário das (fixação a cargo das Procuradorias).

(Local e data)
(assinatura do Procurador Estadual/Especial/
Distrito Federal/Regional)

ANEXO II DA OS/INSS/PG Nº 37/98
TERMO DE CADASTRAMENTO E
COMPROMISSO DE LEILOEIRO OFICIAL

Sr. Procurador.

_____ (*nome e qualificação completos*) venho à presença de *V. Sa.*, com fulcro na OS nº _____, requerer o meu cadastramento para atuar como leiloeiro oficial no (especificar unidade da federação) nas Execuções Fiscais propostas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na(s) comarca(s) abaixo relacionada(s), assumindo perante o INSS, na eventualidade de ser indicado como depositário/administrador/leiloeiro, sem prejuízo das demais obrigações estabelecidas no Código de Processo Civil e legislação pertinente, as seguintes:

a) *como depositário/administrador:*

- *remoção dos bens penhorados, arrestados ou seqüestrados em poder do executado, réu ou de terceiros, para depósito sob sua responsabilidade, bem assim a guarda e conservação de referidos bens;*
- *celebração de contrato de seguro contra eventuais danos ou subtrações dos bens a serem depositados;*

b) *como leiloeiro:*

- *avaliação extrajudicial dos bens, atendidas as normas de mercado;*
- *prestação de contas, após o leilão/prança.*

Os encargos assumidos neste Termo serão realizados sem qualquer ônus para o INSS.

Anexo ao presente, cópia autenticada do meu registro como leiloeiro oficial perante a Junta Comercial (especificar a localidade); o curriculum vitae discriminativo da minha atuação como leiloeiro oficial, preferencialmente em execuções fiscais; prova de inscrição junto à Previdência Social e dos pagamentos das contribuições devidas ao INSS nos três meses antecedentes a este Termo; e declaração, com firma reconhecida, afirmando não ser cônjuge, companheiro(a) ou parente até o segundo grau civil de Procurador Autárquico do INSS.

P. deferimento.

COMARCA(S):

(*local e data*)

(*assinatura do requerente com firma reconhecida*)



1998

JANEIRO							FEVEREIRO							MARÇO						
S	T	Q	Q	S	S	D	S	T	Q	Q	S	S	D	S	T	Q	Q	S	S	D
			1	2	3	4							1							1
5	6	7	8	9	10	11	2	3	4	5	6	7	8	2	3	4	5	6	7	8
12	13	14	15	16	17	18	9	10	11	12	13	14	15	9	10	11	12	13	14	15
19	20	21	22	23	24	25	16	17	18	19	20	21	22	16	17	18	19	20	21	22
26	27	28	29	30	31		23	24	25	26	27	28		23	24	25	26	27	28	29
														30	31					
ABRIL							MAIO							JUNHO						
S	T	Q	Q	S	S	D	S	T	Q	Q	S	S	D	S	T	Q	Q	S	S	D
		1	2	3	4	5					1	2	3	1	2	3	4	5	6	7
6	7	8	9	10	11	12	4	5	6	7	8	9	10	8	9	10	11	12	13	14
13	14	15	16	17	18	19	11	12	13	14	15	16	17	15	16	17	18	19	20	21
20	21	22	23	24	25	26	18	19	20	21	22	23	24	22	23	24	25	26	27	28
27	28	29	30				25	26	27	28	29	30	31	29	30					
JULHO							AGOSTO							SETEMBRO						
S	T	Q	Q	S	S	D	S	T	Q	Q	S	S	D	S	T	Q	Q	S	S	D
		1	2	3	4	5						1	2		1	2	3	4	5	6
6	7	8	9	10	11	12	3	4	5	6	7	8	9	7	8	9	10	11	12	13
13	14	15	16	17	18	19	10	11	12	13	14	15	16	14	15	16	17	18	19	20
20	21	22	23	24	25	26	17	18	19	20	21	22	23	21	22	23	24	25	26	27
27	28	29	30	31			24	25	26	27	28	29	30	28	29	30				
							31													
OUTUBRO							NOVEMBRO							DEZEMBRO						
S	T	Q	Q	S	S	D	S	T	Q	Q	S	S	D	S	T	Q	Q	S	S	D
		1	2	3	4								1		1	2	3	4	5	6
5	6	7	8	9	10	11	2	3	4	5	6	7	8	7	8	9	10	11	12	13
12	13	14	15	16	17	18	9	10	11	12	13	14	15	14	15	16	17	18	19	20
19	20	21	22	23	24	25	16	17	18	19	20	21	22	21	22	23	24	25	26	27
26	27	28	29	30	31		23	24	25	26	27	28	29	28	29	30	31			
							30													

**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