



ISSN 0104-9607

V. 7, N. 2  
JUL - SET  
2000

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS

**ARTIGOS, PARECERES, MEMORIAIS,  
TESES, PEÇAS PROCESSUAIS,  
JURISPRUDÊNCIA.**

## **EXPEDIENTE**

Publicação trimestral da Procuradoria Geral do INSS

Editor Responsável

***Marcos Maia Júnior***

Diretor

***Hélder Adenias de Souza***

Secretário Editorial

***João M. de L. Kuze***

Conselho Editorial

Titulares

Marcos Maia Júnior

Hélder Adenias de Souza

Ivan Ferreira de Souza

Sérgio Luís de C. M. Corrêa

Roberto R. M. Nobre Machado

Cláudio Renato do Canto Farág

Suplentes

Ayres Lourenço de Almeida Filho

Vanessa M. Barbosa Guedes do Rego

Bruno Mattos e Silva

Flávio Cavalcante Reis

### **Editoração Eletrônica**

Assessoria de Comunicação Social/MPAS

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

**R**EVISTA DA  
**P**ROCURADORIA  
**G**ERAL DO **INSS**

Volume **7** — Número **2**

2000 : JUL / SET

Brasília  
Outubro/2000

© 2000 – 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”, 2º andar  
Tel.: (0 \_\_ 61) 313-4814 / 226-7449 / 226-0837  
Fax: (0 \_\_ 61) 313-4740  
CEP: 70070-907 – Brasília–DF

e-mail: pgeral@insstelecom.gov.br

Informações: Secretário Editorial  
Fone: (0 \_\_ 61) 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 – MTE

R454 Revista da Procuradoria Geral do INSS.  
1993 – Trimestral. Brasília, MPAS/  
INSS, 2000.

160 p.

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

CDD–341.67

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	5
<b>DÍVIDA ATIVA</b> .....	6
<b>PÁGINA LIVRE</b> .....	7
<b>ARTIGOS</b>	
— FATO JURÍDICO ★ <i>Luiz Vicente Cernicchiaro</i> .....	13
— TEORIAS DA IMPREVISÃO ★ <i>Severiano Aragão</i> .....	14
— TEMPO DE SERVIÇO COMO TRABALHADOR RURAL E CONTAGEM PARA APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA ★ <i>Bruno Mattos e Silva</i> .....	16
— DA IMPROPRIEDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL ★ <i>Edison Rodrigues-Chaves</i> .....	19
— A LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA E FORO COMPETENTE EM MANDADOS DE SEGURANÇA IMPETRADOS APÓS O NOVO REGIMENTO INTERNO DO INSS ★ <i>Rubem Aranovich</i> .....	23
— PRISÃO CIVIL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA ★ <i>Marisperc de Souza Lima Araújo Sá</i> .....	27
— DO CABIMENTO DA RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI ★ <i>Brenno Guimarães Alves de Mata</i> .....	30
— MEDIDAS LIMINARES E PROVIDÊNCIAS CAUTELARES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS ★ <i>Reis Friede</i> .....	39
— O SOLO CRIADO NO DIREITO BRASILEIRO ★ <i>Gerson Luiz Carlos Branco</i> .....	48

— DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA PARA RESCINDIR SENTENÇA NORMATIVA PROFERIDA EM DISSÍDIOS COLETIVOS	
★ <i>Américo Luiz Martins da Silva</i> .....	67
— A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E OS DIREITOS SOCIAIS	
★ <i>Meire Lúcia Gomes Monteiro</i> .....	71

### **PEÇAS PROCESSUAIS**

— Contestação à ação de cooperativa médica (RS) subscrita pelo Procurador do INSS RUBEM ARANOVICH .....	77
— Sentença da DRA. CLÁUDIA MARIA DADICO — Juíza Federal Subst. da 10ª Vara de Porto Alegre — em ação movida pela UNIMED contra o INSS	85
— Informações prestadas pelo INSS em MS, subscritas pelo Procurador RUBEM ARANOVICH e pela Gerente-Executivo do INSS, em Porto Alegre, MÔNICA CABÃNAS GUIMARÃES .....	94
— Apelação do INSS em ação contra contribuição previdenciária — auxílio moradia —, subscrita pelo Procurador RUBEM ARANOVICH, de Porto Alegre .....	98
— Contestação do INSS em ação de arguição de inexigibilidade da contribuição do SEBRAE, arrecadada pelo INSS, subscrita pelo seu Procurador, em Joinville-SC, SANDRO MONTEIRO DE SOUZA .....	114
— Representação oferecida ao TCDF pela Procuradora-Geral do MP junto ao TCDF, em exercício, DRA. CLÁUDIA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA. EC nº 20/98. Tempo de serviço fictício. ....	131
— Julgamento do TCDF. Aposentadoria voluntária. EC nº 20/art. 8º Licenças-prêmios. Relatora CONSELHEIRA MARLI VINHADELI. Voto de vista do CONSELHEIRO JOSÉ EDUARDO BARBOSA. ....	135
— TCDF. Aposentadoria. EC nº 20/98. Cômputo de tempo de serviço. Voto do Relator-Conselheiro JOSÉ MILTON FERREIRA e Decisão do TCDF nº 7303/99. ....	146

### **JURISPRUDÊNCIA**

— Embargos de divergência — Previdenciário — Pensão por morte — Dependente designada antes do advento da Lei 9.032/95. STJ .....	150
— Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Contribuição facultativa e obrigatória. Lei 8.213/91. Dec. 2.173/97. STJ .....	153
— Processual civil. Auxílio-acidente. Embargos de declaração. Omissão. Lei mais benéfica. Retroatividade. STJ. ....	155
— Tributário. Mandado de Segurança. Pagamento com habitualidade. Salário utilidade integra o salário. TRF – 4ª R. ....	157

**E**sta edição (Vol. 7/N.2), inicialmente prevista para circular no final do último dezembro do Século XX, por razões alheias à nossa vontade, não circulará antes de fevereiro ou março de 2001. Com isso, a mensagem que pretendíamos transmitir aos nossos leitores sofreu modificações.

A passagem de 2000 para 2001, da era cristã, não foi uma simples passagem de ano. Foi uma passagem de século! Foi uma passagem de milênio!

Um acontecimento fora do comum como este, ensejou comemorações extraordinárias, deve ter despertado reflexões, análises e críticas sobre um passado secular e milenar.

Quaisquer que tenham sido as conclusões sobre este passado, elas só serão úteis se existiu o firme compromisso de se contribuir para que os novos século e milênio sejam melhores que os pretéritos.

De pouco ou quase nada nos valerá só termos sabido descrever os acontecimentos que marcaram esse tempo, se não extraímos deles as lições que se prestem a ensinar os seres humanos a viverem e conviverem melhor, com menos intolerância racial, religiosa e ideológica.

Só das guerras, das epidemias, dos inventos e do extraordinário progresso da ciência ocorridos nesse tempo milenar e, em especial, no seu último século, incontáveis lições devem ter sido extraídas. Quanta coisa devemos ou não devemos querer que se repita!

É certo que as lições ditadas pelas guerras são as menos agradáveis de serem aprendidas. Contudo, elas devem ser bem transmitidas nos novos tempos que se iniciam, para se evitar que em um ou mais séculos venham a ocorrer outros ceifamentos de vidas humanas em campos de batalhas ou mesmo fora deles, como sói acontecer nas guerras nucleares e químicas. Também, devem ser bem transmitidas as lições ditadas pelas epidemias ou em consequência do terrível mal da fome, cujas existências denotam o quanto a humanidade ainda tem que evoluir.

A meia-noite de 31 de dezembro de 2000 deve ter se prestado não só para o tradicional “Adeus ano velho. Feliz ano novo”, mas também para que se adicionasse um alegre “Adeus século e milênio velhos. Feliz século e milênio novos”.

Que a tríplice passagem tenha nos proporcionado passar nossos corações e mentes para melhor, para querermos efetivamente o bem para todos os nossos semelhantes, traduzido em boa saúde, educação, elevação material e espiritual, compreensão para com o problemas dos outros e auxílio para superação dos mesmos.

Que os nossos leitores tenham tido um Natal Feliz! Que os nossos leitores sejam felizes no Novo Século (XXI) e no Novo Milênio (3º)!

**DÍVIDA ATIVA DO INSS. ARRECAÇÃO.** As UFs contribuíram (R\$), individualmente, no 3º trimestre de 2000 (JUL / AGO / SET), com os quantitativos seguintes:

UF	JUL	AGO	SET	UF: TT.TRIM.
AC	217.718,10	229.740,92	218.739,22	666.198,24
AL	134.067,24	315.959,94	196.207,52	646.234,70
AM	447.608,12	496.693,58	711.869,37	1.656.171,07
AP	1.675,82	1.903,17	790,32	4.369,31
BA	2.270.875,91	2.411.681,60	2.452.474,81	7.135.032,32
CE	637.755,69	647.440,71	1.522.851,03	2.808.047,43
DF	550.502,88	394.887,61	1.019.018,02	1.964.408,51
ES	1.059.382,38	947.066,92	814.813,87	2.821.263,17
GO	815.814,60	755.006,18	856.249,46	2.427.070,24
MA	446.423,47	381.335,31	458.666,62	1.286.425,40
MG	2.289.274,21	1.741.848,16	1.549.290,57	5.580.412,94
MS	358.408,16	192.347,26	174.583,18	725.338,60
MT	315.137,02	182.214,81	127.180,61	624.532,44
PA	494.181,55	666.387,01	428.530,49	1.589.099,05
PB	617.694,14	531.164,42	641.661,40	1.790.519,96
PE	868.306,43	1.089.852,10	885.683,04	2.843.841,57
PI	187.303,79	177.630,77	129.649,58	494.584,14
PR	1.561.752,64	2.000.129,60	1.983.791,60	5.545.673,84
RJ	2.611.484,39	6.485.268,67	2.871.816,70	11.968.569,76
RN	961.005,35	661.257,50	666.775,68	2.289.038,53
RO	63.938,22	70.750,52	82.463,64	217.152,38
RR	18.729,48	14.153,39	6.842,40	39.725,27
RS	2.408.903,04	2.733.868,99	2.241.037,06	7.383.809,09
SC	675.435,30	690.214,89	711.213,99	2.076.864,18
SE	525.145,11	237.874,19	227.582,17	990.601,47
SP	9.130.217,41	64.075.370,30	29.391.299,06	102.596.886,77
TO	300.934,05	178.744,73	318.262,97	797.941,75
<b>TOTAIS</b>	<b>29.969.674,50</b>	<b>88.310.793,25</b>	<b>50.689.344,38</b>	<b>168.969.812,13</b>

**TOTAL ARRECADADO EM 2000 = R\$168.969.816,13** (Fonte: Sistema Dívida — Função: Relatório Total de Pagamentos Apropriados pelo Sistema Dívida)

**MAIS UM LIVRO DE PROCURADOR DO INSS.** A COPEMI – Companhia Editora do Piauí está lançando no mercado editorial *Acordos Internacionais do Brasil no âmbito da seguridade social*, de Láurence Raulino. O livro é dividido em 3 partes:

Parte I — O contexto internacional que deu origem e no qual desenvolveu-se a estrutura básica dos acordos internacionais do Brasil no âmbito da seguridade social

1.1 — Antecedentes

1.2 — Síntese histórica e finalística de cada um dos Acordos Internacionais de Previdência Social firmados pelo Brasil

1.3 — Os eventos e os seus respectivos benefícios previstos nos Acordos Internacionais de Previdência Social firmados pelo Brasil

2. Parte II — Direitos e garantias no quadro dos respectivos acordos internacionais do Brasil no âmbito da seguridade social

2.1 — considerações sobre a questão previdenciária

2.2 — direitos e garantias no âmbito internacional

3. Parte III — Íntegra dos principais textos de acordos internacionais do Brasil do âmbito da seguridade social

Cumprimentamos o autor por tão oportuna e valiosa obra.

— • —

**INSS COM NOVOS DIRETORES.** Waldir Moysés Simão (Diretor de Arrecadação) e Patrícia Souto Audi (Diretora de Benefícios) são os novos membros da Diretoria Colegiada do INSS. Foram nomeados, em julho (27) e agosto (9) deste ano, em substituição a Luiz Alberto Lazineiro e Sebastião Faustino de Paula.

Que um sentimento de *dever cumprido* acompanhe os que saíram! Que um *bom dever a cumprir* seja um sentimento presente em todos os dias da gestão dos empossados!

— • —

**STF SUSPENDE PRERROGATIVA DA INTIMAÇÃO PESSOAL.** O Partido dos Trabalhadores (PT) em ADIn contra a MP 1984/2000 conseguiu liminar no STF que suspende a prerrogativa da intimação pessoal dos Procuradores do INSS.

Além de voltarem aos RPDJ, nossos colegas terão que conviver com o apavorante fantasma da perda de prazo.

— • —

## TESTE DE CONHECIMENTOS

### ***Filosofia***

1. Epicuro demonstrou interesse precoce pelo estudo da Filosofia. Aos 12 anos de idade, quando o seu professor tentou explicar-lhes a criação do Mundo, dizendo que “Tudo provém do Caos”, Epicuro disse-lhe: “Sim, mas de onde proveio o caos?” Ao mestre, restou um “Não sei. Ninguém sabe”.

Desse momento em diante, deliberou Epicuro envidar todos os esforços para sabê-lo. Consagraria a sua vida à indagação da origem do caos, que por seu turno era a origem do Mundo.

Epicuro viveu antes ou depois de Cristo?

---

2. Epicuro desenvolveu a filosofia negativa da *ataraxia* — palavra grega que significa ausência de paixão, imperturbabilidade, tranqüilidade de um espírito sadio — numa série de 300 livros, os quais perderam-se todos.

Graças a Lucrecio, filósofo epicurista que viveu cerca de 250 anos depois de Epicuro, em seu poema *De Rerum Natura* (Da natureza das coisas), temos um claro esboço da filosofia epicurista.

*De Rerum Natura* é a obra de um descrente que nega a humanidade de Deus, mas sustenta a divindade do homem. Tem sido denominada a Bíblia dos incrédulos.

Dizem que uma rápida vista de olhos por esse poema épico de Lucrecio, de profana contextura, faz com que se entre no simples mas fascinante Palácio do Prazer, conhecido como a filosofia de Epicuro.

Lucrecio viveu na Grécia, em Roma ou no Egito?

---

3. Para a construção do seu sistema atômico, Epicuro apropriou-se, em parte, da filosofia de Demócrito, um desses antigos filósofos gregos

para quem o descobrimento de uma verdade científica era mais importante do que a subjugação de um império.

Epicuro, ao encontrar uma resposta à sua velha pergunta sobre o Caos, passou a afirmar, entre outras coisas, que o Mundo consiste numa infinidade eterna de coisas existentes — isto é, átomos materiais.

É correto afirmar-se, com suporte nos estudos de Epicuro sobre o átomo e a natureza do Mundo, que o mesmo expôs a teoria da evolução 2.200 anos antes de Darwin?

---

4. Na procura de uma vida agradável, Epicuro adotou, a princípio, a idéia dos Hedonistas, que não se preocupavam tanto com a calma felicidade do espírito como com os impetuosos prazeres do corpo.

Como eram chamados os Hedonistas?

---

5. Foi Sócrates, Platão ou Aristóteles quem disse que “o homem é naturalmente um animal político”?
- 

### **Direito**

6. Platão (*A República*), Thomas Moore (*Utopia*), Tommaso Campanella (*A Cidade do Sol*), Thomas Hobbes (*Leviatã*) e Rosseau (*O Contrato Social*), sustentavam que a sociedade é tão-somente o produto de um acordo de vontades, ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre os homens, opondo-se, com isso, aos adeptos do *fundamento natural da sociedade*.

De um modo geral, como são rotulados esses autores?

---

7. Subordinado. Equiparado. Vinculado. Qual dessas palavras deve ser usada para se preencher a lacuna no texto abaixo transcrito, da autoria de Themistodes Brandão Cavalcanti, ex-Ministro do STF.

“O Tribunal de Contas tem, igualmente funções próprias, funções que ele exerce *ex propria autoritate*. (...) Examinando, em seu contexto, a competência e atribuições do Tribunal de Contas, poderemos verificar que ele **não está \_\_\_\_\_ ao sistema judiciário** mas a uma estrutura administrativa dentro de uma conceituação moderna, que inclui o que os americanos chamam de ‘quase judicial’.”

---

8. É correto afirmar-se que a *vigência* de uma norma jurídica deve coincidir necessariamente com a sua *validade*?
- 

9. É correto afirmar-se que a *vigência* é um termo com o qual se demarca o *tempo de validade* de uma norma?
- 

10. Os ocupantes de cargos em comissão e os agentes políticos municipais deverão, com o advento da Lei nº 9.717/98, contribuir obrigatoriamente para com o regime geral da previdência social (INSS)?
- 

11. Com arrimo no Acórdão do STJ — Primeira Seção (Conflito de Atribuição nº 81 — Santa Catarina-99/0073962-0), publicado no DJ de 22.MAI.2000 e nesta Revista na edição do Vol. 6/N.4, é correto afirmar-se que a EC nº 20/98 ampliou a competência da Justiça do Trabalho, outorgando-lhe o poder de cobrar débitos para a Previdência, desde que oriundos de suas próprias sentenças independentemente de inscrição na Dívida Ativa?
-

12. O lapso prescricional para propositura de Ação de Revisão de Benefício Previdenciário, nos termos da Lei nº 8.213/91, é quinzenal ou decenal?

---

13. O ajuizamento de Ação Declaratória, sem o depósito do montante devido, tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário?

---

14. O processo (ação) cautelar é meio idôneo para buscar o reconhecimento de direito à compensação tributária, tendo em vista o caráter satisfativo da medida?

---

15. O art. 98, § 7º, da Lei 8.212/91 — com a redação dada pela Lei 9.528/97 — ao permitir a adjudicação de bens penhorados por 50% (cinquenta por cento) do valor da respectiva avaliação ofende os princípios da isonomia e da proporcionalidade?

---

16. Em liquidação de sentença, ocorrendo a homologação dos cálculos, elaborados e atualizados por determinado índice, tendo a sentença transitada em julgado, pode haver a substituição desse índice pelo IPC ou qualquer outro índice sem que isso importe em violação à coisa julgada?

---

17. De acordo com o art. 173 do CNT, o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário extingue-se em quantos anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado?

---

18. Quando se tratar de tributos a serem constituídos por lançamento por homologação, inexistindo pagamento, quantos anos de prazo tem o fisco, após a ocorrência do fato gerador para constituir o crédito tributário?

---

19. O sistema consagrado no art. 16 da LEF (Lei 6.830/80) admite as denominadas *exceções de pré-executividade*?

---

20. Quando se detecta em acórdão embargado equívoco manifesto, é devido emprestar-se efeitos infringentes aos embargos de declaração?

---

**NR: 1ª)** As questões foram formuladas pelo Secretário Editorial da Revista. De 7 a 10 com apoio no Parecer do Procurador do Ministério Público junto ao TC da Paraíba, Dr. Marcílio Toscano Franca Filho, publicado nesta Revista — Edição 7.1.

**2ª)** Os leitores que desejarem formular questões devem entrar em contato com o Secretário Editorial — (61) 313.4814.

---

Respostas às questões formuladas no Teste desta edição (Vol.7/N.2): 1 = Antes. 2 = Roma. 3 = E. 4 = Filósofos do ventre. 5 = Aristóteles. 6 = Contratualistas. 7 = Vinculado. 8 = Não. 9 = E. 10 = Sim. 11 = E. 12 = Quinquenal. 13 = Não. 14 = Não. 15 = Não. 16 = Não. 17 = Cinco. 18 = Dez. 19 = Não. 20 = E.

## FATO JURÍDICO

Luiz Vicente Cernicchiaro \*

A história das instituições jurídicas volta-se para o mesmo fim. Com efeito, evidencia realização e valores. A vitória dos postulados da Revolução Francesa foi significativa, representa afirmação de princípios, cuja concretização ainda não se completou, contudo, não admite retrocesso.

O processo penal ganhou, então, significado definitivo: afastado o sistema inquisitorial, assentou-se a plenitude de defesa que se desdobra em variantes de que são exemplos a denúncia especificar o fato com todas as suas circunstâncias, a defesa valer-se dos meios juridicamente permitidos para demonstrar sua tese, a possibilidade de recurso para instância superior. Tudo isso voltada para a obtenção da verdade real (tantas vezes alcançada somente a verdade judicial, ou seja, obtida pela limitação do poder aquisitivo do réu). A própria eficiência da acusação e da defesa é fator muito importante. A jurisprudência pode oscilar conforme a ideologia dos integrantes do tribunal. Contingência histórica a que está submetida qualquer atuação do homem.

A imputação, está consagrado, há de ser precisa, exaustiva, ou seja, identificar a conduta delituosa. O réu tem o direito de defender-se. Registre-se: do fato cuja autoria lhe foi atribuída. Não precisa desenvolver resposta para todas as hipóteses que a denúncia (ou queixa) possa ensejar. Se o crime descrito for doloso, desnecessário preocupar-se com a defesa relativa a delito culposo. O réu, com efeito, não poderá ser surpreendido com julgamento fora dos limites postos pelo autor do processo.

O informativo nº 199 do Supremo Tribunal Federal estampa ementa do RHC nº 79.538-MG, relator o excelentíssimo ministro Sydney Sanches que se ajusta a essa linha dogmática e trata especificamente dos limites do libelo. Nos processos de competência do Tribunal do Júri o libelo (não pode afastar-se da pronúncia) formaliza a acusação. No mencionado processo, a pronúncia afastara as qualificadoras apontadas na denúncia (art. 121, § 2º, inc. IV, 2ª figura — emboscada e art. 12, § 2º, inc. IV, 4ª figura) para assegurar a impunidade de outro crime, submetendo o réu a julgamento por tentativa de homicídio simples. Daí, prossegue o acórdão, não poder tais circunstâncias serem postas no questionário a título de agravantes. Correto o acórdão: anulou o julgamento estadual que confirmara a sentença condenatória.

Cumpra, com efeito, distinguir o fato da qualificação jurídica. Aquele, como acontecimento no mundo físico, repercute de modo diverso do Direito. O mesmo fato pode receber tratamento jurídico diverso. O motivo fútil, por exemplo, é classificado como circunstância agravante (art. 61, II, a) e qualificadora do homicídio (art. 121, § 2º, II). Evidente, e aqui está o ponto de maior significado, o fato é um só, a definição jurídica, sim, pode ser plural, todavia, configura situações inconfundíveis. Agravante e qualificadora são espécies de circunstâncias (corrente doutrínaria prefere entendê-las como tipos derivados) exercem papel diferente. Aquele dimensionada a culpabilidade (censurabilidade) da conduta; a última, por

sua vez, específica o comportamento delituoso, acarretando cominação específica de pena. Importante consignar no entanto, que a qualificação reveste juridicamente o fato. Não há, no plano da experiência, agravante, ou qualificadora, sem ato. Dessa forma, quando a pronúncia afasta a qualificadora, evidente afastou o respectivo fato. Em afastando o fato, consequência lógica, a respectiva qualificação fica sem objeto. Pouco importa a título de qualificadora. Na verdade, exclui da apreciação do juiz a respectiva análise, ainda que sob o nome iuris “agravante”.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal é irrepreensível, encontra respaldo na Teoria Geral do Direito. A pronúncia reconheceu um fato, depois afastado no julgamento do respectivo recurso. O Judiciário trabalha com fatos. A capitulação normativa — ainda que implícita — é necessária porque integra a fundamentação. A pronúncia define o fato. Tanto o libelo como o questionário posto pelo presidente do Júri não podem inovar. De outro lado, conquista política na evolução histórica do Processo Penal! Em síntese: o processo judicial situa-se no plano normativo entando, importante não esquecer, tem por objeto acontecimento histórico. A sensibilidade dos romanos deixou lição: *narra mihi factum, dabo tibi ius!* Para tanto, pouco importa a natureza do processo. O raciocínio deve ser o mesmo para o civilista, o penalista, o tributarista, ou de especialista de qualquer outra área jurídica.

\* Advogado, ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e professor titular da Universidade de Brasília.



## TEORIAS DA IMPREVISÃO

Severiano Aragão\*

O Direito Canônico, com Santo Tomás de Aquino (“Suma Teológica”, L. II, *quaestio* CX, 3, ed. 1937) preconizara: “Seja determinado por lei, como se deva julgar, deixando margem pouquíssima ao arbítrio humano”. Uma nesga de poder, desde o Código de Hamurabi, sempre se deferiu ao juiz, em sede de equivalência das prestações nos contratos.

Assinala Vânia Maria Cunha Bueno (“A Teoria da Imprevisão e o atual Direito Privado Nacional” — *Lumen Juris*, 1994 — Rio, p. 08/09), que, no século XVIII, “a cláusula *rebus sic standibus* entrou em decadência, não referida nos códigos no início do século passado, no Código de Napoleão e no Código Civil italiano (...). Ressurgiu na doutrina, notadamente, pelas alterações profundas, econômicas e sociais, provadas pelas suas grandes guerras, que tanto agitaram o mundo, na primeira metade deste século”.

Parece incontestável que a teoria da imprevisão foge da trilha das excludentes clássicas (força maior e caso fortuito — art. 1.058 — Código Civil), situando-se

melhor nos quadros da lesão, da violação do dever da boa fé e lealdade, ou mesmo na superveniência de elementos externos, excepcionais, capazes de provocar desequilíbrio entre as obrigações, mediante a alteração substancial das condições e fatores externos, vigorantes ao tempo da celebração do pacto *tempus regit actum*).

Em tais perspectivas, surgiram teorias revisionistas de novo perfil, como a “Teoria da Pressuposição Individual”, de Windescheid.

Orlando Gomes (in “Transformações Gerais do Direito das Obrigações”, 2ª ed., 1980, ed. 80, R.T., p. 97) critica a “Teoria da Pressuposição Típica” de Pisko (Áustria), por falta de *utilitas*, embora dê exemplo elucidativo: “O do fabricante, que contratou publicidade de certo produto, que se vê impossibilitado de fabricá-lo, em virtude da guerra. A propaganda não teria finalidade, desaparecendo a situação de fato, a pressuposição típica”.

Giuseppe Osti, na 1ª década do século, na Itália, pregou a “Teoria da Superveniência”, decalcando idéias de ato de vontade de uma promessa futura, cujo resultado falhe.

Kaufmann, em 1911, conceituou a “Teoria da vontade eficaz”, sem repercussões.

Ainda Orlando (op. cit. p. 98) se reporta à “Teoria da condição implícita”, *implied terms, implied conditions*, orientação seguida pelo juiz inglês (...). A sobrevivência do contrato subordina-se a uma condição implícita, entendido o substantivo como uma *condictio juris* (...). Somente se tornam exigíveis as obrigações se o seu fim típico pode ser alcançado. Quando se modifica o estado de coisa particular, existente ao tempo do contrato, deixa ele de ser eficaz (...). Esse estado de fato desaparece toda vez que, por acontecimentos supervenientes, perde o contrato sua finalidade. Os tribunais ingleses resolvem os casos em que se torna imperioso o abandono do princípio da força obrigatória do contrato, sem necessidade de invocar fatores psicológicos ou razões extra-jurídicas”.

Othon Sidou (in “A Revisão Judicial dos Contratos” — 2ª ed., Rio — Forense — 1984, p. 71/72) aborda a “Frustração por risco”, *frustration of adventure* do Direito inglês, que “não é atribuível a um dos contratantes (...), porém a um evento que, se imprevisto, impediria a conclusão do contrato, à míngua de sentido teleológico”.

Vânia Cunha Bueno alude a que “os estados unidos não conhecem a doutrina revisionista. Uma regra de interpretação, contudo, dá alento à teoria. Trata-se do *Restatement of the law*, que a rigor é um código privado, oficioso, de alta expressão pragmática, de 1914, originado por inspiração da *Association of America Law*, definindo a impossibilidade superveniente (§ 457), quando, depois da formação de um contrato, ocorrem fatos imprevisíveis, no sentido de tornar a execução da promessa impossível, a obrigação do contratante é afastada, a menos que uma intenção contrária tenha sido manifestada”.

Por sua atualidade, diante da atual problemática da paridade cambial, nas prestações de *leasing*, ante a livre variação de moedas, cumpre abordar a lição do professor Luiz Antonio Rizzato Nunes, da PUC/SP e 1ª TACIV/SP (in “Bol. Inform. Saraiva” nº 01, março de 1999, p. 12), sustentando além da aplicação do CDC à espécie (tema polêmico), a “responsabilidade objetiva do fornecedor (arts. 12, 13, 14, 18, 19, 20 etc.), ônus que tem como fundamento a teoria do risco do

negócio, ou seja, o empresário é livre para explorar o mercado, mas o risco desse empreendimento é totalmente seu (...). Não pode, por exemplo, através de cláusula contratual, repassar tal risco para o consumidor.”

Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes, ao prefaciando a tese da professora Vânia Cunha Bueno, junto à Emerj (op. cit.), comenta a obra de Paolo Gallo, na Itália (“Sopravvenienza Contrattuale e Problema di Gestione del Contratto” — Ed. Giuffrè, 1992) e diz provocar sua formulação crescente transferência de riscos, originariamente, do promitente para o estipulante. Suscita a superveniência contratual, problemas de gestão do contrato, conduzindo a duas situações distintas: a revisão propriamente dos contratos, promovendo o juiz a adaptação das prestações, ou a sua resolução (...).

Nasce e se fortalece a teoria do risco do negócio, como variante das alusivas à da imprevisão, a engendrar a revisão dos contratos, esmaecendo a teoria da intangibilidade dos pactos. (*Pacta sunt Servanda*).

\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e autor do livro “Teoria da Revisão Judicial dos Contratos”.



## TEMPO DE SERVIÇO COMO TRABALHADOR RURAL E CONTAGEM PARA APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA

*Bruno Mattos e Silva\**

**É** possível a contagem do tempo de serviço prestado como trabalhador rural (empregado ou segurado especial), para fins de obtenção de aposentadoria estatutária no serviço público?

Inicialmente, verificamos que nossa ordem jurídica prevê a possibilidade da contagem de tempo de contribuição, efetuado em um regime previdenciário, para efeito de obtenção de aposentadoria em outro.

É o que deflui do art. 201, § 9º, da Constituição Federal (que repete a redação do antigo art. 202, § 2º):

“§ 9º 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 regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

Como se pode observar, o comando constitucional determina que seja feita a contagem do tempo de contribuição, efetuada sob a égide de qualquer regime, para efeito de concessão de aposentadoria.

Não há qualquer determinação na Constituição no sentido de contagem de tempo de serviço para efeito de obtenção de aposentadoria em outro regime.

Na verdade, não há nem mesmo na legislação infraconstitucional qualquer determinação quanto a possibilidade do cômputo do tempo *de serviço*, de um regime para outro, salvo na hipótese de da indenização correspondente.

Com efeito, até o advento da MP nº 1.523, de 11/10/96, e reedições, era possível a contagem do tempo *de serviço*, prestado como trabalhador rural, para obtenção de aposentadoria em outro regime, em razão do que dispunha o inciso V, do art. 96, da Lei nº 8.213/91:

“V — o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência.”

Porém, a partir de 11/10/96, isso não é mais possível. Vejamos o que diz hoje a Lei nº 8.213/91, em sua redação dada pela Lei nº 9.528/97 (conversão em lei da MP nº 1.523):

## “SEÇÃO VII

### DA CONTAGEM RECÍPROCA DE TEMPO DE SERVIÇO

Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente.

(...)

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

(...)

IV — O tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de um por cento ao mês e multa de dez por cento.”

Note-se, assim, que o art. 96, IV, da Lei nº 8.213/91, adequado ao dispositivo constitucional supra transcrito, é claro ao prescrever a impossibilidade de contagem de tempo *de serviço*, para efeito de obtenção de aposentadoria em outro regime, sem a correspondente indenização das contribuições que seriam devidas.

É interessante constatar que por ocasião do julgamento da constitucionalidade (ADIn nº 1.664) da MP nº 1.523 e reedições, que vedava o cômputo do trabalho rural sem efetiva contribuição para efeito de obtenção de aposentadoria por tempo de serviço, assim manifestou-se o rel. Min. Octávio Galloti no voto condutor do acórdão:

“Trabalhador rural. Plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade da exigência de contribuições anteriores ao período em que passou ela a ser exigível, justificando-se ao primeiro, exame essa restrição apenas em relação à contagem recíproca de tempo de serviço público (artigos 194, parágrafo único, I e II, e 202, § 2º, da Constituição e redação dada aos

artigos 55, § 2º, 96, IV e 107 da Lei nº 8.213-91, pela Medida Provisória nº 1.523-13/97).

Medida cautelar parcialmente deferida.”

Essa orientação vem sendo seguida pelo STJ:

”PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO COMO TRABALHADOR RURAL. CONTAGEM RECÍPROCA. CF, ART. 202, § 2º, LEI 8.213/91, ART. 55, § 2º, ALTERADO PELA MP 1.523/96. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO ORDINÁRIO. 1. Para fins de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana. Regra contida na CF, Art. 202, § 2º. 2. O STF, apreciando a ADIN 1.664/UF, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia da expressão ‘exclusivamente para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo’, contida na Lei 8.213/91, art. 55, § 2º, com a redação dada pela MP 1.523/96, mantendo a parte final do dispositivo que veda a utilização do tempo de serviço rural anterior à data mencionada para efeito de contagem recíproca, sem a comprovação das respectivas contribuições. 3. Não comprovadas as contribuições previdenciárias devidas no período que se pretende averbar como de efetivo serviço rural, inexistente violação a direito líquido e certo, a ser amparado pelo Mandado de Segurança. 4. Recurso não provido.” (STJ, QUINTA TURMA, ROMS nº 10953/SC, DJ de 03/11/1999, Relator Min. EDSON VIDIGAL, j. em 07/10/1999)

Portanto, para aqueles segurados que até 11/10/96 obtiveram todos os requisitos para obtenção de aposentadoria por tempo de serviço, por qualquer regime previdenciário, de acordo com a legislação existente à época, há de ser concedido o benefício nesse regime, em razão da existência de direito adquirido.

Para os segurados que não tinham preenchido, até 11/10/96, todos os requisitos necessários para a obtenção da aposentadoria, exatamente por não terem direito adquirido, não será possível a contagem de tempo de *serviço* prestado como trabalhador rural, antes de dezembro de 1991 (O STJ decidiu que o início dos efeitos da Lei nº 8.213/91 somente ocorreu com o advento do seu decreto regulamentador, em 07/12/91), mês em que os trabalhadores rurais passaram a ter vínculo com a previdência contributiva, para efeito de concessão de aposentadoria por outro regime, que não o RGPS.

Importante notar que o tempo de serviço dos trabalhadores rurais, anterior a dezembro de 1991, exatamente por ser mero *fato*, não ensejando qualquer relação jurídica com o regime de previdência contributiva, não poderia mesmo gerar qualquer tipo de contribuição. Não há de se falar de cômputo de tempo de contribuição inexistente, por óbvio. Não há direito adquirido à contagem de  *fatos* ou a contagem de contribuição juridicamente inexistente.

Ademais, a relação jurídica dos segurados com a Previdência é institucional e não contratual. Repetidas vezes o STF já decidiu que não há direito adquirido a regime jurídico. Desse modo, ainda que houvesse relação jurídica entre os trabalhadores rurais e a previdência social contributiva, no período anterior a dezembro de 1991, inexistiria qualquer direito adquirido à contagem e conversão

de tempo de serviço nesse período, para efeito de obtenção de aposentadoria em outro regime, posto que o advento da MP nº 1.523/96 modificou o regime jurídico que permitia essa conversão.

Portanto, o tempo de serviço prestado na condição de trabalhador rural, prestado antes de dezembro de 1991, somente é conversível em tempo de contribuição para efeito de obtenção de aposentadoria no âmbito de outro regime previdenciário se, à luz do outro regime, tiver o segurado obtido o direito à aposentadoria antes do advento da MP nº 1.523, de 11/10/96, ou se houver a correspondente indenização, na forma do art. 96, VI, da Lei nº 8.213/91.

\* Procurador do INSS junto aos tribunais superiores.



## DA IMPROPRIEDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL

*Edison Rodrigues-Chaves\**

### I — Introdução

O crescente ajuizamento de ações declaratórias, com o intuito de obter certidões do tempo de serviço rural de seus autores, leva-nos a relembrar o verdadeiro objeto desse instituto. Ganha a matéria especial relevância ante a exigência do respeito à *mens legis* e, em conseqüência, ao verdadeiro sentido da norma expressa no art. 4º, do Código de Processo Civil. Dispõe a norma **poder limitar-se o interesse do autor à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica e da autenticidade ou falsidade de documento. Não busca, no entanto, a chamada ação declaratória de tempo de serviço rural, nem o reconhecimento de relação jurídica, nem a verificação de autenticidade ou de falsidade documental, a serem declarados em sentença.**

### II — Conceito e objeto da ação declaratória

Segundo **PONTES DE MIRANDA**<sup>1</sup>, “as ações declarativas têm como elemento predominante o de enunciado de fato: ou nelas se diz, em primeira plana que algo existe, ou que algo não existe. Sim, ou não. Depois é que vêm os outros pesos. O que nelas importa, o que preponderantemente se estabelece, é o que se contém

<sup>1</sup> Francisco Pontes de Miranda. *Tratado das Ações*. Tomo II. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 5.

na proposição existencial”. E adiante acrescenta: “O que se colima, com a ação declarativa, é estabelecer-se a *certeza* da relação jurídica ou a autenticidade do documento, o que se mostra no mundo jurídico; ou para se dar por *certo* que a relação jurídica não existe, ou que é falso o documento. Afastam-se dúvidas, de modo que há sempre o enunciado existencial: *é*, ou *não é*” (grifos no original). Para ele, “a ação declarativa típica há de ter por fito **declarar a existência ou inexistência de relação jurídica**, que esteja em causa direito, ou pretensão, ou dever, ou obrigação, quer ação ou exceção. **Não pode declarar relação puramente fática**”(grifamos). **BARBI**<sup>2</sup>, por sua vez, entende que “**não é admissível ação** para declarar sobre lei em abstrato ou **sobre a existência de fato**, ainda que juridicamente relevante” (grifamos). Concorda, assim, com **PONTES DE MIRANDA**, quando este diz que a ação declaratória “não pode declarar relação puramente fática”<sup>3</sup>.

Lembra o autor do *Tratado das Ações* não importar “se a relação jurídica foi violada, ou se vai ser violada. De modo nenhum se há de entender que ao titular da ação condenatória se retire a pretensão à ação declarativa”. E esclarece: “O *interesse de agir* apenas se prende a poder haver ofensa à esfera jurídica do autor; ou pela existência da relação jurídica, ou pela inexistência da relação jurídica, ou pela autenticidade, ou pela falsidade de documento. Basta a atingibilidade da esfera jurídica (= o não estar incólume). A declaração tem por fim o evitamento de possível ofensa. Basta a incerteza jurídica. Se a simples suposição da dúvida não bastaria, basta que as circunstâncias a levistem, ou haja interesse jurídico em que se não espere o nascimento da ação constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva”<sup>4</sup> (grifos do original).

É ainda **PONTES DE MIRANDA** quem acentua: “a ação declarativa não cabe para enunciar que se deu algum fato que não entra no mundo jurídico, desde já, nem é inevitável que entre”<sup>5</sup>. Pois, como enfatiza **BARBI**<sup>6</sup>, “se o fato produz efeitos jurídicos, o pedido deve ser de declaração desses efeitos e não da existência do fato”. Diz, ainda, no parágrafo seguinte, que “a redação do pedido na ação declaratória é de grande importância, porque casos que poderiam perfeitamente admiti-la foram rejeitados em Juízo, por defeito de colocação do problema: se o fato produz efeitos jurídicos, o pedido deve ser de declaração desses efeitos e não da existência do fato”. E **BAPTISTA DA SILVA**<sup>7</sup> sublinha: “A não ser o caso, único, de ação declaratória de autenticidade ou falsidade documental, **somente uma relação jurídica ou um estado podem ser objeto de ação declaratória**. A única exceção admitida pela lei, em que um simples fato (autenticidade ou falsidade de documento) pode constituir objeto de uma demanda autônoma, é esta” (sem grifos no original).

<sup>2</sup> Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 64-65.

<sup>3</sup> Francisco Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 180.

<sup>4</sup> Francisco Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 6.

<sup>5</sup> Francisco Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 180.

<sup>6</sup> Celso Agrícola, Barbi, *Op. cit.*, p. 65.

<sup>7</sup> Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo, Fabris, 1987, p. 122.

O mesmo entendimento é esposado por **CARVALHO SANTOS**, quando afirma:

“A ação declaratória pressupõe sempre uma relação jurídica, cuja existência ou inexistência deva ser declarada, ou um documento, cuja autenticidade ou falsidade deva ser decidida. Visa, em última análise, a dar certeza a situações e relações jurídicas, afirmando e definindo direitos, de forma a poderem estes adquirir a estabilidade que se faz necessária.

“Tem ainda a ação declaratória uma finalidade preventiva, poupando e evitando possíveis litígios, resultantes da incerteza acerca de relações jurídicas ou da autenticidade de documentos<sup>8</sup>”

**BARBI**, em obra específica<sup>9</sup>, lembra que “**COSTA MANSO, PEREIRA BRAGA e GUILHERME ESTELLITA**, entre nós, e **BORCHARD**, nos Estados Unidos, sustentam ser a ação declaratória um remédio preventivo de litígios, ou um remédio preventivo da violação de direito. Outros autores, mesmo dando outra natureza à ação, freqüentemente afirmam ser aquela a sua finalidade.”

Diverso não é o pensamento dos nossos tribunais, expresso de longa data em inúmeros julgados, conforme pesquisa realizada por **ALEXANDRE DE PAULA**<sup>10</sup>.

Para a Corte Suprema, por exemplo, o interesse de agir por meio de ação declaratória envolve a necessidade, concretamente demonstrada, de eliminar ou resolver a *incerteza* do direito ou relação jurídica (Ac. unânime da 1ª T. do STF de 11-10-77, no RE 85.486-PR, Rel. Min. Antônio Néder; *Rev. Trim. de Jurisp.*, vol. 83, p. 934).

Para o Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, não cabe ação declaratória para compelir o réu a determinado ato (*in casu*, vem sendo pretendida a declaração por sentença de uma suposta atividade rural, com o intuito de compelir a Previdência Social a expedir a respectiva certidão de tempo de serviço), ou para suprimimento deste por mandado judicial.

Todas as sentenças que aplicam o direito objetivo em relação a uma pretensão têm caráter declaratório. As ações de conhecimento tendem a obter a produção de uma declaração de vontade. Mas o que caracteriza as ações declaratórias é que elas buscam uma providência jurisdicional meramente declaratória (Ac. unânime da 6ª Câmara do TJ-GB, de 14-5-74, na Apel. 88.154, Rel. Juiz Basileu Ribeiro Filho).

Segundo o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, a ação declaratória não é o meio de fazer prova, nem de converter obrigação incerta em certa. Não se presta à elucidação do comportamento das partes e tem como característica essencial a objetividade. Destinando-se a eliminar uma situação de incerteza objetiva, só é procedente quando tem acento em prova indubitosa (Ac. da 1ª Câmara).

<sup>8</sup> J. M. de Carvalho Santos, *Prática do Processo Civil*. 1ª vol. 6ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, p. 9.

<sup>9</sup> Celso Agrícola Barbi, *Ação Declaratória Principal e Incidente*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 69.

<sup>10</sup> Alexandre de Paula, *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*. Vol. I (artigos 1º a 90). Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 57 a 73.

do TJ-MT de 6-11-78, na Apel. 9.606, Rel. Des. Carlos Avallone; *Anais Forenses*, Vol. 45, p. 261).

Mesmo porque, diz o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a ação declaratória tem seu âmbito restrito... [omissis]... Na declaratória nunca se obtém uma sentença condenatória, que só poderá ser obtida por meio de ação adequada à efetivação do direito declarado (Ac. unânime da 7ª Câm. do TJ-RJ de 15-3-75, na Apel. 91.882, Rel. Des. Plínio Pinto Coelho). Dessa forma, as sentenças declaratórias ou constitutivas são insusceptíveis de execução no sentido próprio. Só têm exeqüibilidade em sua parte secundária, referente às custas processuais. Somente as sentenças condenatórias dão lugar a uma execução (Ac. unânime da 6ª Câm. do TJ-RJ, de 31-10-75, no MS 53, Rel. Des. Décio Pio Borges).

Decorridas duas décadas, somente se consolida essa posição. É o que exemplifica decisão unânime da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (DJ de 9-8-95), no julgamento da Apelação Cível nº 94.04.53172-3 /RS, em que foi Relator o Juiz Teori Albino ZAVASCKI, Apelante o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS e Apelado Demétrio Caramalak, consubstanciada na seguinte ementa:

***“Processo Civil. Previdência Social. Tempo de Serviço. Atividade rural anterior à Lei nº 8.213, de 1991. Ação Declaratória. Carência.***

***I — A ação declaratória — salvo em relação à autenticidade ou falsidade de documento — só pode ter por objeto a existência ou inexistência de relação jurídica, sendo incabível para obter declaração de mero fato (art. 4º do CPC).***

***II — A ‘declaração de tempo de serviço’, para poder ser objeto de ação declaratória, há de estar referenciada a uma relação jurídica previdenciária, atual ou pretérita. Em se tratando, como no caso, de ‘tempo de serviço’ rural que, à época de sua alegada prestação, não importava relação jurídica de filiação previdenciária, nem obrigatória e nem sequer facultativa, o seu reconhecimento, puro e simples, nada mais significa do que o reconhecimento de uma situação fática e, como tal, é incabível em ação declaratória. Em casos tais, o que se pode pleitear é o reconhecimento da relação jurídica (atual) para a configuração de qual o cômputo do tempo de serviço rural pretérito tem relevância jurídica. Tal relação não está referida na inicial.***

***III — Carência de ação que se decreta.”***

### **III — Conclusão**

Ante a exigência do respeito à *mens legis* e, em conseqüência, ao verdadeiro sentido da norma expressa no art. 4º, do Código de Processo Civil, totalmente descabida é a ação declaratória de tempo de serviço rural. Juridicamente impossível é o pedido, na medida em que a sentença declaratória deve limitar-se ao reconhecimento de relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade documental. Merece destaque, anda, o fato de que inexecúvel é a sentença declaratória ou constitutiva. A sentença declaratória só pode ser executada em sua parte secundária, relativa à sucumbência. Somente as sentenças condenatórias dão lugar à sua execução.

Assim, ainda, que obtivesse êxito na ação declaratória em tela, não teria o autor como executá-la, vale dizer, obrigar o INSS a averbar tempo de serviço rural e a expedir a correspondente certidão.

\* Procurador Federal, do INSS, foi Consultor-Geral da União, substituto; Consultor da União; Corregedor-Geral da Advocacia da União; Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE; Consultor Jurídico do Ministério dos Transportes; Consultor Jurídico do Ministério da Justiça; Secretário Nacional dos Direitos de Cidadania e Justiça; e Professor de Direito da Informação, da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo. *E-mail:* [www.rodriich@tba.com.br](mailto:www.rodriich@tba.com.br)



A LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA E  
FORO COMPETENTE EM MANDADOS DE SEGURANÇA  
IMPETRADOS APÓS O NOVO REGIMENTO INTERNO DO INSS

*Rubem Aranovich \**

1. INTRODUÇÃO. 2. DA CRIAÇÃO DO CARGO DE GERENTE-EXECUTIVO  
3. A SUPERINTENDÊNCIA DO INSS 4. DEMAIS CARGOS 5. A DIVISÃO DAS  
GERÊNCIAS EXECUTIVAS 6. O FORO FEDERAL COMPETENTE. 7. DAS  
VANTAGENS DE TAL MODIFICAÇÃO PARA O PODER JUDICIÁRIO, INSS  
e ADVOCACIA EM GERAL 8. CONCLUSÃO

## 1. INTRODUÇÃO

**H**ouve significativas alterações na estrutura interna da autarquia, consolidadas com a edição da **Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, publicada no DOU de 29 de dezembro de 1999, Seção I**, que estabeleceu o Novo Regimento Interno do INSS. No trabalho a que nos propusemos não as trataremos, cingindo-nos apenas a influência destas mudanças quanto a legitimidade da autoridade coatora para prestação de informações e, por conseguinte, quanto ao foro competente para apreciar o “mandamus”.

## 2. DA CRIAÇÃO DO CARGO DE GERENTE-EXECUTIVO

A partir do instrumento normativo supra mencionado a maior autoridade com poder normativo nas áreas de arrecadação e benefícios, em nível estadual, passou a ser o cargo de **Gerente-Executivo**, conforme dispõe o art. 54 e seus incisos do Novo Regimento Interno.

Segundo a norma são Atribuições da Gerência:

*“Art. 54: Às Gerências-Executivas, subordinadas diretamente à Diretoria Colegiada no exercício da descentralização de suas ações e avaliadas segundo ranking de desempenho institucional, compete:*

*I: .....*

*II: gerenciar a execução dos serviços de arrecadação e cobrança das contribuições previdenciárias e das contribuições sociais devidas a outras entidades e fundos;*

*III: gerenciar a execução dos serviços de reconhecimento inicial, manutenção e revisão de direitos ao recebimento de benefícios previdenciários.*

*IV: gerenciar a execução das atividades de:*

*a) representação judicial ou extrajudicial do INSS e das Instituições de que seja mandatário ou com as quais mantenha convênio, bem assim quando solicitado, perante os órgãos de jurisdição administrativa, nos municípios; e*

*b) apuração da liquidez e certeza dos créditos de qualquer natureza inerentes às atividades do INSS e a sua inscrição em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.”*

O vocábulo **GERENTE** é definido como “Indivíduo colocado à frente de um estabelecimento comercial ou industrial, com o encargo de geri-lo, de administrá-lo”.

(Fonte: Koogan Houaiss, Enciclopédia e Dicionário Digital, 1998, Versão CD)

Em que pese as alusões<sup>1</sup> a comércio ou indústria, o que não é o caso, temos que a conceituação do vocábulo é precisa na função de colocar aqueles que exerçam tais atribuições a testa de uma instituição.

### 3. A SUPERINTENDÊNCIA DO INSS

De outra banda, à Superintendência do INSS ficaram reservadas apenas as atribuições do art. 45, onde se pode ver claramente que tratam-se de funções de apoio, articulação e subsídio. *Inexiste, pois, poder de revisão dos atos das áreas de Benefícios e Arrecadação por parte da Superintendência Estadual do INSS.*

*“Art. 45. Às Superintendências, subordinadas à Diretoria Colegiada e com jurisdição circunscrita a uma Unidade da Federação, compete:*

*I — apoiar as atividades de comunicação social e de representação política e social do INSS, sob a supervisão da Assessoria de Comunicação Social do Ministério da Previdência e Assistência Social;*

*II — promover a articulação entre as Gerências-Executivas de sua jurisdição;*

---

<sup>1</sup> O termo Gerente é um termo originário da iniciativa privada, apesar do INSS já o ter usado antes, ao tratar das Gerências de Arrecadação e Fiscalização. Segundo o culto Procurador Autárquico Jorge Corrêa da Costa, dada a origem do termo, trata-se de denominação imprópria para designar ocupante de cargo público.

III — **subsidiar** a Coordenação-Geral de Controladoria no exercício de suas competências; e

IV — **manter** a Diretoria Colegiada **informada** sobre os resultados das ações do INSS, que lhes sejam atribuídas ou solicitadas. “

Quanto ao item II que poderia causar algum entendimento discrepante, cabe destacar que a interpretação que a ele tem se dado é que a promoção em questão está relacionada às atividades de representação política e social, ou seja, este item está referir-se ao inciso I.

Note-se que a competência da Superintendência estava assim disciplinada no anterior Regimento Interno do INSS (PORTARIA Nº 458, DE 24 DE SETEMBRO DE 1992):

*Art. 198. Aos Superintendentes Estaduais incumbe, em sua respectiva área de jurisdição:*

*I — **cumprir e fazer** cumprir as normas gerais e específicas reguladoras das atividades do INSS;*

....

*XXX — **avocar** o exame e a solução de qualquer assunto a cargo de autoridade de hierarquia inferior, sem prejuízo da continuidade da competência e das atribuições originárias que a medida atingir;*

....

Tais atribuições, especialmente a primeira e a trigésima, as quais destacamos, desapareceram do Novo Regimento Interno da Autarquia. A nova norma, no nosso entender, pretendeu seguir uma idéia de separação entre a autoridade política e a autoridade que exerce efetivamente o poder de mando. Trata-se de um modelo de administração que inspira-se na mesma base ideológica do regime parlamentarista, onde se tem um chefe de governo e um chefe de estado. Neste regime o chefe de estado não se envolve em atividades de comando administrativo para não sofrer desgaste político, deixando esta tarefa exclusivamente com o chefe de governo.

#### 4. DEMAIS CARGOS

Por outro lado, também não é correto entender-se que as autoridades que exerçam a Chefia da Divisão ou Agências<sup>2</sup> de Arrecadação ou Benefícios sejam legitimadas a responderem judicialmente ou a prestarem informações em ações mandamentais, eis que as mesmas **estão subordinadas ao Gerente-Executivo com jurisdição sobre a área onde atuam, “ex vi” do art. 54, incisos II, III e IV, em especial do Regimento Interno.**

#### 5. A DIVISÃO DAS GERÊNCIAS EXECUTIVAS

Esclareça-se, que o Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, foi dividido em **nove** Gerências Executivas, **conforme a Portaria nº 6.139, de 24.11.99,**

<sup>2</sup> Antes denominados Postos de Arrecadação e Fiscalização.

**publicada no Diário Oficial de 25 de Novembro de 1999, Seção II.** Entre estas Gerências inexistente qualquer subordinação, exercendo cada uma delas plena competência em sua respectiva área jurisdicional. Por este motivo, a *Gerência-Executiva de Porto Alegre, é competente apenas para prestar informações relativas a segurados ou empresas com domicílio em Porto Alegre-RS e Viamão-RS.* Existem, ainda as Gerências de Canoas, Caxias do Sul, Ijuí, Novo Hamburgo, Passo Fundo, Pelotas, Santa Maria e Uruguaiana.

## 6. O FORO FEDERAL COMPETENTE

Considerando-se que no mandado de segurança o foro competente é o do domicílio da autoridade coatora, as empresas com sede no interior deverão interpor suas ações mandamentais junto às Varas Federais com competência para julgar os atos do Gerente-Executivo possuidor de atribuições para coordenar atos coativos no território onde o impetrante tem seu domicílio.

Neste sentido, a jurisprudência:

“A competência para apreciar o ‘mandamus’ **define-se pela autoridade apontada coatora**” (STJ-1ª Seção, MS 591-DF, rel. Min. Pedro Acioli, j. 11.12.90, não conheceram, v.u., DJU 4.3.91, p. 1.959, 1ª col., em.).

“**O juízo competente para processar e julgar o mandado de segurança é o da sede da autoridade coatora**” (RTFR 132/259). Neste sentido: RSTJ 2/347, RTFR 119/26, 132/243, 132/266, 134/35, 160/227.

Assim, a alteração do Regimento Interno do INSS provocou não somente alteração na legitimidade para prestar informações em ações mandamentais, mas a própria competência dos magistrados para a apreciação destas, a teor do art. 109, I, da CF.

## 7. DAS VANTAGENS DE TAL MODIFICAÇÃO PARA O PODER JUDICIÁRIO, INSS e ADVOCACIA EM GERAL

Tal fato, aliás, vem ao encontro das aspirações da própria JUSTIÇA FEDERAL, eis que sabidamente sua interiorização é um fenômeno que vem em benefício da celeridade processual e do próprio jurisdicionado. Neste sentido, acompanhe-se artigo publicado no Jornal da AJUFESP<sup>3</sup> cuja chamada é “**Se interiorizar dá para agilizar**”. O tema foi objeto do I Encontro Nacional de Juízes Federais do Interior, realizado de 11 a 13 de maio, em Ribeirão Preto, São Paulo, naquela oportunidade, inclusive, foi proferida palestra pelo Ministro Gilson Dipp do STJ, **que lamentou o fato de os órgãos que atuam junto ao Judiciário, como o Ministério Público, a Polícia Federal e as Procuradorias, entre outros, não acompanharam o processo de interiorização da Justiça Federal.**

Já para o INSS o processamento de ação movida por empresa do interior na capital ou até mesmo de outro estado-membro dificulta muito a sua **defesa.** Isto porque o processo fiscal e o cadastro da empresa situam-se no local com

<sup>3</sup> Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul

competência para fiscalizar a empresa, ou seja, distante do foro da capital do estado. Sabidamente para uma boa defesa é **comumente necessária a vinda do processo administrativo, conferência de guias, documentos e de diversas informações da origem** o que é bastante complicado em se tratando de processo situado em outro Estado, considerando ainda o elevado número de expedientes tramitando na autarquia. Além disso, o INSS dentro dos Estados-Membros esforçou-se muito para interiorizar-se, sendo que idéia contrária despreza, pois, os modernos contornos da Administração Pública.

Finalmente, para os escritórios do interior a questão representa fomento às suas atividades, seja pelo maior interesse que passam a despertar para o patrocínio das causas, seja por sua provável associação aos escritórios da capital.

## 8. CONCLUSÃO

A modificação operada veio seguir a linha da descentralização administrativa que o Governo Federal tem adotado como forma de gerenciar seus serviços. Sabidamente tal política administrativa é a que melhor atende aos reclames da administração e de seus administrados.

\* Procurador-Chefe da Seção de Defesa Fiscal da Procuradoria do INSS em Porto Alegre.



## PRISÃO CIVIL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

*Marisperc de Souza Lima Araújo Sá\**

**A** prisão civil por dívida tem origem no direito romano, onde consagrado estava o processo sumário de prisão do devedor que não pudesse ou não se dispusesse a pagar dívida regularmente constituída. O devedor era mantido em cárcere privado até que solvesse a obrigação ou até que alguém por ele o fizesse.

Predominava à época, a Lei das XII tábuas, que prescrevia a morte e o esquitejamento do devedor insolvente, v.g. o conhecido evento descrito por Shakespeare no “Mercador de Veneza”: o débito fora compensado com parte do corpo do devedor. Esse regime jurídico vigorou até a edição da Lei Poetelia Papiria, a qual adotou a execução patrimonial dos bens do devedor que não solvesse a obrigação.

Os países ocidentais passaram a não mais permitir a constrição da liberdade àqueles que não pagassem suas dívidas, salvo aos inadimplentes de obrigação alimentícia ou depositário infiel.

No Brasil, a Carta Magna de 1988, reeditando as anteriores, menciona a prisão civil em duas hipóteses: inadimplemento inescusável de prestação alimentícia e do depositário infiel (art. 5º, LXVII).

Assim, resta definido que não se pode impor ao devedor-fiduciante inadimplente pena constrictiva por dívida de qualquer natureza, eis que, tal medida, vai contra o depositário infiel e resulta de sentença judicial proferida nas ações de depósito. Porém, a legislação a facultou ao credor fiduciário, daí generalizou-se seu uso à vista da prisão constitucional, não se distinguindo o depósito na alienação fiduciária em garantia dos depósitos instituídos pela lei substantiva civil.

O Código Civil, em seu artigo 1.265, assim dispõe: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guarda, até que o depositante o reclame”; em contrapartida, o Decreto-Lei nº 911, de 01 de outubro de 1969, art. 1º, prescreve que “A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.”

Por força deste decreto privilegiador, as entidades financeiras passaram a exigir, invariavelmente, dos seus consumidores garantia fiduciária para que o crédito pleiteado fosse liberado. Comumente, encontra-se contratos de empréstimo bancário com alienação de bens que nunca existiram, mas inseridos como garantia por exigência dos prepostos dos bancos para liberação do crédito solicitado, como forma de garantir, coercitivamente, o cumprimento da obrigação.

No sentido técnico jurídico do termo, o alienante fiduciário não é depositário, porque inexistente o verdadeiro depósito previsto no art. 1.265 CC, que exige o recebimento, pelo depositário, de um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame; o alienante adquire um bem móvel na relação de compra e venda.

Portanto, não se pode confundir o depósito em que a coisa é entregue a terceiro para restituí-la quando solicitada, a quem de direito, com o depósito resultante de contrato de alienação, neste, o depósito constitui cláusula de reforço como forma de compelir o devedor a honrar obrigações contraídas, em que a restituição da coisa é o fim em si mesma.

Vê-se pois que, na alienação busca-se a devolução do bem, não porque para guardá-lo o recebera o depositário, mas como forma de coação para o recebimento da dívida, já que representa uma promessa de compra e venda que, quando quitado o preço, consolida-se a propriedade à bem do promissário.

Não se configura a hipótese excepcional em que a Carta Política admite a prisão do devedor civil inadimplente, haja vista que o comprador de um determinado bem teve somente a intenção de adquirir o domínio e de consumir a coisa não sendo, pois, autêntico depositário.

Justo, porém, que diante do inadimplemento contratual, se busque a posse do bem; o que não se pode consentir, no atual estado de direito, é que se faça uso da ação de depósito, pois não se trata de simples apoderamento do bem face a rescisão operada, mas de impor-se ao devedor-fiduciário a prisão civil pelo não pagamento de dívida assumida.

Sobre o afastamento absoluto da pena de prisão administrativa de depositário, em contrato de alienação fiduciária, hoje a jurisprudência está assim se consolidando sob a ótica da nova ordem constitucional, cujo o louvável julgado precursor foi o Recurso Especial nº 7.943/RS, STJ, 4ª Turma., Relator Ministro Athos Carneiro, D.J. 30.04.1991, segundo o qual a lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor e, por isso, não adquiridos com o produto do financiamento, mas, excluída, todavia, a cominação de prisão civil. O Referido acórdão encontra-se assim ementado:

*“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BENS NÃO ADQUIRIDOS COM O PRODUTO DO FINANCIAMENTO. A lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor, e portanto não adquiridos com o produto do financiamento.*

*Exclusão, todavia, da cominação de prisão civil, não essencial à natureza mesma da ação de depósito e excluída do permissivo do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, que pertine tão somente aos depósitos clássicos, previstos no Código Civil, sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral.*

*Recurso especial conhecido e provido em parte, com exclusão da cominação de prisão civil.”*

Considera, a Augusta Corte de Justiça, atípico o depósito na alienação fiduciária, instituído por equiparação para reforço às garantias em favor de credores.

Somente o depositário infiel do depósito tradicional do direito civil — voluntário ou necessário (art. 1.265 e seguintes) — ou depósito judicial (art. 904, CPC) é que pode ter sua prisão decretada.

Embora seja admissível a utilização da ação de depósito relativamente aos contratos de alienação fiduciária, nela não é possível a prisão do devedor fiduciário pois não se trata de depósito tradicional que se contenta apenas com a coisa depositada; o pagamento de seu equivalente é forma eleita para não deixar esvaziar o pedido de prestação jurisdicional, o que não ocorre na *fiduciae*, já que seu principal objetivo é o recebimento da dívida; uma vez paga, a apreensão do objeto alienado torna-se prejudicada, acaso apreendido, é devolvido ao credor-fiduciário, de modo definitivo.

A excepcionalidade da prisão civil por dívida é limitada aos casos em que está em perigo valor superior ao próprio valor “liberdade”, o direito à vida, nos casos de descumprimento de obrigação alimentícia, e o respeito à confiança e à boa-fé empenhadas na guarda de coisa alheia, no caso do depositário infiel, cuidando este último de depósito regular propriamente dito, o previsto na codificação substantiva, sob pena de, em se ampliando a compreensão do contrato de depósito ao mesmo equiparando “depósitos” por dívidas, retrocedermos aos tempos do direito romano.

A equiparação do inadimplente-fiduciante ao depositário infiel constitui ficção jurídica ditada pelo Decreto-Lei 911/69, inadmissível portanto. A nova ordem constitucional veda ampliação dos casos em que cabe o constrangimento através de lei ordinária. As leis restritivas aos direitos, liberdades e garantias não podem diminuir a extensão dos preceitos constitucionais.

Na alienação fiduciária, não tendo por finalidade a guarda, mas a garantia, não há depósito, nem depositário infiel a justificar a prisão civil, que resulta em flagrante ilegalidade.

A equiparação do fiduciante ao depositário deve ser banida do direito porquanto a liberdade é o maior bem da vida, que, por isso mesmo, sobrepairá ao interesse primário de qualquer credor.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. Forense, 2ª ed.
- SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia*. 3ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense 1998.
- GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4ª ed. Rev. E ampl. São Paulo: RT, 1975.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Saraiva, 5º vol. 1971.
- VIERIA, Servio Tulio Santos. *Alienação fiduciária*. – Livro Estudos Jurídicos v.2, p. 335-347. Rio de Janeiro: Institutos de Estudos Jurídicos, 1991.
- OPITZ, Oswaldo. *Alienação Fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Borsoi,1970.

\* Bacharel em Direito, funcionária pública em exercício na Procuradoria Geral da República no gabinete do Subprocurador-Geral Francisco Adalberto Nóbrega.



## DO CABIMENTO DA RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

*Brenno Guimarães Alves da Mata \**

### 1. CONCEITO E GENERALIDADES

**A**ção rescisória<sup>1-2-3</sup> é uma ação constitutiva, com hipóteses de cabimento taxativas, que tem como escopo a desconstituição da sentença, decisão interlocutória, decisão singular ou acórdão transitado em julgado com julgamento de mérito, e, excepcionalmente, sem julgamento de mérito, contaminados com vício anulável, e por fim, julgar validamente a matéria constante na decisão rescindenda.

<sup>1</sup> Barbosa Moreira define a ação rescisória como: “ ... à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença trânsita em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada.”

Apesar do artigo 485 do CPC tratar de sentença, por uma interpretação teleológica, conclui-se pelo cabimento de todas as decisões, dentre elas, decisão singular, acórdãos, sentença e excepcionalmente decisão interlocutória.

Os pressupostos indispensáveis da rescisória, além daqueles necessários para todas as ações comuns, são a existência de sentença de mérito transitada em julgado, e, admite-se, excepcionalmente, sem julgamento de mérito, além das hipóteses de cabimento<sup>4</sup> previstas taxativamente no artigo 485 do CPC. Já no Código de Processo Civil pretérito era possível a rescisão tanto da sentença de mérito quanto das sentenças terminativas sem julgamento de mérito.

A inovação do Código vigente teve, como motivação, o fato de que as sentenças terminativas sem julgamento de mérito não fazem coisa julgada material, sendo assim, a parte pode obter julgamento válido, via nova ação, sem depender da rescisória para isto. Mas há hipóteses raras de cabimento de rescisória sem o julgamento do mérito, como é o caso da ação que foi extinta sem julgamento do mérito com esteio no reconhecimento da coisa julgada. Neste caso, a parte não poderá ajuizar nova ação tendo em vista os impedimentos do artigo 268 do CPC. Sendo assim, caberá a ação rescisória para desconstituir a decisão viciada, se presente as hipóteses de cabimento do artigo 485 do CPC.<sup>5</sup>

A amplitude extrema das possibilidades de desconstituir as decisões de mérito transitadas em julgado acarretaria deturpação na principal característica da coisa julgada, que é a imutabilidade quase absoluta, e conseqüentemente afrontaria a segurança jurídica da sociedade, sua estabilidade e a paz social. Nas lições de Barbosa Moreira, para proteção da autoridade da coisa julgada, dever-se-ia reduzir o prazo da rescisória para um ano.

Imperioso consignar que Humberto Theodoro Júnior reforça a autoridade da coisa julgada, citando Liebman, para afirmar que o Código em vigor qualifica a coisa julgada “como uma qualidade especial do julgado, que reforça sua eficácia através da imutabilidade conferida ao conteúdo da sentença como ato processual (coisa

<sup>2</sup> No entendimento de José Frederico Marques, a rescisória: “destina-se a anular ato estatal plenamente eficaz e com força de lei entre as partes, e não a declará-lo nulo, pois o julgamento coberto pela res iudicata será tão-somente anulável.”

<sup>3</sup> Humberto Theodoro Júnior citando outros dois autores, explana que: “A ação rescisória é tecnicamente ação, portanto. Visa a rescindir, a romper, a cindir a sentença com ato jurídico viciado. Conceituam-na Bueno Vidigal e Amaral Santos como” a ação pela qual se pede a declaração de nulidade da sentença”. Assim, hoje, não se pode mais pôr em dúvida que a rescisória “é ação tendente a sentença constitutiva”.

<sup>4</sup> I — se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II — proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III — resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV — ofender a coisa julgada; V — violar literal disposição de lei; VI — se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII — depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII — houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX — fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

<sup>5</sup> Neste sentido, também, a doutrina, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e Pontes de Miranda, e a jurisprudência, como o AR 1.501/RJ da Segunda Seção do TFR, entre outros.

julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material).” Estas qualidades dos efeitos, segundo Liebman, “são de necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica.”<sup>6-7</sup>

Estas várias características da ação rescisória e de seus efeitos implicaram na restrição de seu cabimento. Nesta esteira, o CPC enumerou, taxativamente, nove hipóteses de cabimento, com o intuito de violar o mínimo a coisa julgada e conseqüentemente proteger a segurança jurídica e, por outro lado, garantir o julgamento válido. Este rol foi ampliado, por medida provisória (1.577/97), para anular as decisões das ações de desapropriação.

Dentre estas hipóteses de cabimento da rescisória, “violar literal disposição de lei” (art. 485, V, CPC) é o tema proposto. No entanto, antes de analisá-lo, deve-se verificar as generalidades de como interpretar as hipóteses de cabimento da rescisória e sua aplicação em vista das peculiaridades da coisa julgada, da segurança jurídica e da garantia de um julgamento válido.

## 2. INTERPRETAÇÃO GENÉRICA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

A liberdade de interpretar concedida ao aplicador do direito pelo nosso ordenamento, no tocante a matéria em questão, é limitada pela necessidade de proteção à coisa julgada e, por outra via, necessidade de rejugamento válido. São duas forças antagônicas que convergem para um mesmo fim: a segurança jurídica. A proteção à coisa julgada está mais direcionada à estabilidade social, com a presunção de que o julgamento foi válido, verdade formal, mas a necessidade de “rejugamento”, escopo da rescisória, questiona a validade da decisão protegida sob o manto da coisa julgada e visa um julgamento válido, verdade real.

Após análise de todos os dispositivos do item 1, conclui-se pela excepcionalidade do rejugamento da decisão transitada em julgado, materialmente. Sendo assim, as hipóteses de cabimento da rescisória previstas no CPC não podem ser ampliadas, por manobras hermenêuticas, sob pena de ferir a coisa julgada e a segurança jurídica. Também não podem ser restringidas, sem motivo, pelas mesmas manobras, sob pena de ferir o princípio da legalidade e a garantia do julgamento válido pelo Judiciário. Por isso, o intérprete deverá utilizar-se da interpretação sistemática, lógica, teleológica, gramatical, autêntica e outras, sem romper os limites acima descritos.<sup>7A,7B</sup>

<sup>6</sup> Ainda nas palavras de Humberto Theodoro Júnior: “É, em última análise, a própria lei que quer que haja um fim à controvérsia da parte. A paz social o exige. Por isso também é a lei que confere à sentença a autoridade de coisa julgada, reconhecendo-lhe, igualmente, a força de lei para as partes do processo.” E, “Tão grande é o apreço da Ordem Pública pela coisa julgada, que sua imutabilidade não é atingível nem sequer pela lei ordinária garantida que se acha a sua intangibilidade por preceito da Constituição Federal (art. 5º, XXXVI).”

<sup>7</sup> E como afirma Frederico Marques: “Contra julgamento que passou em julgado, admite, muito excepcionalmente, a lei processual, remédios especiais, que se destinam a anulá-lo.”

<sup>7A</sup> *Ad argumentandum*, se por exemplo aumentarmos arbitrariamente, sem fundamento legal, as hipóteses de cabimento da rescisória, como fazem os Tribunais no tocante a matéria

O legislador praticamente esgotou as hipóteses de fundamental cabimento da rescisória de modo a garantir a autoridade da coisa julgada e a possibilidade de rejuízo válido. Faltou apenas, em poucas hipóteses, como o caso da rara admissão de rescisória em decisão sem julgamento de mérito. O movimento hermenêutico não pode ultrapassar os limites impostos pelo ordenamento jurídico e legislativo sob pena de desarmonizar e afetar a estabilidade social. A rescisória é, por natureza, uma excepcionalidade e não cabe ao intérprete alterá-la.

O intérprete terá um mínimo de liberdade para limitar ou estender o cabimento da rescisória em vista da possibilidade ou não de obter-se novo julgamento válido por outro meio. Na hipótese, por exemplo, de citação nula, caberá rescisória por violação a literal disposição de lei processual. No entanto, o intérprete poderá limitar seu cabimento, já que a parte prejudicada poderá alegar tal vício de nulidade absoluta em embargos à execução (art. 741, I, CPC), e depois obter novo julgamento válido, sem necessitar da rescisória para anular o julgado, que na verdade será nulo.

Imperioso deixar consignado que a interpretação dos dispositivos em comento será regida, com o tempo, pelo desenvolvimento ou retrocesso das teorias formalistas, pois quanto mais formalista, maiores serão as presunções e menores as possibilidades de rescindir decisões presumidas válidas, e assim por diante. A melhor posição é a síntese das duas teorias, formalista e não formalista, de modo a proteger tanto a autoridade da coisa julgada, que garante a estabilidade social, quanto a necessidade de julgamento de decisões cabalmente contaminadas de vícios anuláveis, que garante a justiça.

### 3. DO CABIMENTO DA RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

Depois de analisar as generalidades da ação rescisória e da interpretação das hipóteses de cabimento, utilizaremos tais peculiaridades para analisar o tema em questão, que é uma das hipóteses de cabimento da rescisória, prevista no artigo 485, inciso V, do CPC, *in verbis*:

---

constitucional, estaremos ofendendo a coisa julgada, que foi formada validamente, e se, por outro lado, restringirmos as hipóteses de cabimento voluntariamente, como é o caso do Enunciado 343 da do STF, estaremos impedindo a parte de pleitear um novo julgamento válido e justo, no prazo de dois anos. Este último exemplo da súmula do STF será melhor abordado no tópico 03.

<sup>7B</sup> Na hipótese do item 1, por exemplo, a ação que foi extinta sem julgamento do mérito com esteio no reconhecimento da coisa julgada poderá ser impugnada via rescisória, já que a parte não poderá ajuizar nova ação tendo em vista os impedimentos do artigo 268 do CPC e que será o único meio de sanar tais vícios. Apesar da lei ser clara em afirmar “a sentença de mérito poderá ser rescindida”, por uma interpretação teleológica, a jurisprudência concluiu pelo cabimento, se presente as hipóteses do artigo 485 do CPC. Nesta interpretação, os aplicadores conseguiram atingir o meio termo entre a proteção da coisa julgada e a possibilidade de julgamento válido, já que não havia outra forma da parte obter tal prestação jurisdicional para sanar os vícios.

**Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:**

**V — violar literal disposição de lei;**

Este inciso, já previsto pelo Código de 1939, é uma das principais hipóteses de cabimento, por possibilitar a parte obter “reajulgamento” válido, quando prejudicadas por decisões que violaram literal disposição de lei, e estão protegidas sob o manto da coisa julgada.

A expressão “violar literal disposição de lei” não significa apenas da justiça ou injustiça do modo de interpretar a lei, pelas palavras do mestre Humberto Theodoro Júnior, nem de melhor ou pior interpretação da lei, mas é necessário real violação a literal dispositivo de lei.

A palavra “lei” do inciso V do art. 485 deve ser entendida *latu sensu*, abrangendo a Constituição, a Emenda Constitucional, lei complementar, lei ordinária, entre outras. O legislador em momento algum fez distinção da palavra lei. Onde a lei não faz distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo. E, não se pode restringir nem estender o entendimento dos dispositivos, sob pena de violar a segurança jurídica, estabilidade social e a justiça.<sup>8</sup>

O inciso em exame não diferencia direito material do direito processual, por isso, caberá rescisória por violação a literal dispositivo de lei processual ou material.<sup>9</sup>

A expressão “literal disposição de lei” está mais pacificada, mesmo assim, sua aplicação está sendo deturpada como veremos a seguir. Mas antes, devemos verificar questões específicas deste inciso em comentário.

Como, por exemplo, a desnecessidade de prequestionamento<sup>9A</sup> das normas violadas na decisão rescindenda, já que o inciso V só fala em violação a literal dispositivo de lei. Assim, se a decisão violar a literalidade da lei, independentemente de se referir a esta explicitamente, caberá a ação.

<sup>8</sup> Barbosa Moreira defende que “lei”, no dispositivo sob exame, há de entender-se em sentido amplo. Compreende, à evidência, a Constituição, a lei complementar, ordinária ou delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução (Carta da República), o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário ... “

<sup>9</sup> E Humberto Theodoro Júnior diz que: “O melhor entendimento, a nosso modo de ver, é o de Amaral Santos, para quem sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; “é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (erro *in judicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (erro *in procedendo*).”.

<sup>9A</sup> Neste sentido: RTJ 97-669-Pleno, 116/451-Pleno, 116/870-Pleno, outros. Em sentido contrário: Pela citação de Theotonio Negrão, em Código de Processo civil, artigo 485, V, nota 25a: “A afirmação de que para a ação rescisória não há o pressuposto do prequestionamento sofre temperamentos. Não sendo a prescrição agitada no juízo da ação ordinária, não é possível fazê-lo em rescisória.” (RT 488/145 e JTA 39/60). Neste sentido, quanto à prescrição: TFR-Pleno, AR 425-RJ, rel. Min. Carlos Madeira, ...”.

A possibilidade de rescisória em rescisória, pelo inciso “V”, ocorrerá quando a decisão da primeira rescisória contrariar dispositivo literal de lei. A outra rescisória não poderá ser ajuizada com causa de pedir idêntica da ação originária, mas sim com causa de pedir originada pela decisão da rescisória anterior. Isto porque a decisão da rescisória é como as outras ações, podendo ser rescindida se ocorrer qualquer hipótese do artigo 485 do CPC. Além disso, a lei não exclui esta possibilidade.

Com relação a causa de pedir da rescisória, cada norma, possivelmente violada, deve ser indicada na inicial pelo autor, como nos ensina Barbosa Moreira, e serão causas de pedir diversas. O órgão julgador deverá julgar apenas as causas pedidas pelo autor, sob pena de julgamento *extra petita*.<sup>9B</sup>

Por fim, cabe ressaltar os apontamentos do ilustre jurista Theotonio Negrão, onde cola jurisprudência que defende não caber rescisória pelo inciso V, quando a violação a literal dispositivo de lei seja causada por omissão ardilosa da parte interessada na rescisória (RT 625/125).

### 3.1. TEORIAS DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 485, INCISO V, DO CPC

Várias teorias tentam explicar e interpretar a aplicação do inciso V. Todas têm em comum a tendência de “distinguir” o que a lei não distingue, e até mesmo extrapolar o sentido da lei, o que não pode ocorrer pelos fundamentos e limites explanados no item 2, a respeito da interpretação.

Uma delas, diferencia lei material de processual. Outra teoria<sup>10</sup>, é reforçada pelo enunciado da Súmula 343 do STF, defende que a decisão rescindenda baseada em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais não é suficiente para caber a rescisória pelo art. 485, inciso V, *in verbis*:

**Súmula 343 — Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.**

Esta teoria deverá ser aplicada em quase todos os casos, se as jurisprudências que geraram a decisão não forem *contra legem*. Mas se o foram, não deverá ser aplicada, já que uma decisão, que feriu a lei com base numa jurisprudência manifestamente contrária a dispositivo literal de lei, ou outra decisão, que feriu uma lei sem base em jurisprudência, têm o mesmo vício e poderão ser rescindidas por ação rescisória com esteio no artigo 485, V, do CPC.

Outra<sup>11</sup> teoria defende o enunciado da Súmula 343 do STF, mas com restrições quanto à matéria constitucional.

<sup>9B</sup> Em sentido contrário: REsp. 7.154/SP — Rel. Min. Ilmar Galvão — STJ — 2ª Turma — publicado no DJU em 03.06.1991.

<sup>10</sup> Neste sentido, também, o enunciado 134 do antigo TFR, o enunciado 03 da súmula do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, e no Superior Tribunal de Justiça, como exemplo o AGA 199097/SP de 28/06/1999, entre vários outros julgados.

<sup>11</sup> Neste sentido, várias decisões do E. STF, como, por exemplo o RE 101.114/SP de 12.12.1983, RE 103.880/SP de 22.02.1985, e várias decisões do E. STJ, como o RESP 130.890/RS de 16.03.1998, RESP 115.316/DF de 13/10/1997 e RESP 175.406/CE de 21.09.1998, entre outros.

Segundo estas correntes, se a questão for infraconstitucional, deverá se aplicar o enunciado da Súmula 343 do STF, ou seja: caberá rescisória apenas quando houver violação a literal disposição de lei, não sendo o suficiente que a decisão rescidenda tenha como base interpretação controvertida nos Tribunais.

Por outra esteira, se a matéria for constitucional, não se aplica o enunciado da Súmula 343 do STF, por ser esta de ordem suprema. O simples fato da decisão rescidenda ter como base jurisprudência controvertida nos Tribunais gera a possibilidade de cabimento de rescisória pelo art. 485, V, do CPC.

*Data máxima venia*, estas teses não devem prevalecer, como vem ocorrendo em alguns Tribunais, já que não têm fundamentação legal, além de causarem enorme desequilíbrio no ordenamento, pois ferem a coisa julgada ou, então, impedem o julgamento válido, onde deveria obrigatoriamente havê-lo.

Por isso, a tese que deve prevalecer, em nosso entendimento, é a da aplicação do enunciado da Súmula 343 do STF, tanto para matéria constitucional, quanto para infraconstitucional, tanto para direito processual como material, com a ressalva da possibilidade de cabimento da rescisória pelo inciso V contra decisão que teve como fundamento jurisprudência, dominante ou não, *contra legem*, ou seja, que fere a dispositivo literal da lei. Esta tese descrita acima tem os seguintes fundamentos:

I — A lei em momento algum diferencia direito material de processual, sendo assim, a expressão “lei” se refere a ambos.<sup>11A</sup> Seria válida a restrição da hipótese de cabimento por violação a lei processual, como por exemplo, no caso da citação nula<sup>11B</sup>, haja vista a possibilidade de alegar tal vício até em embargos à execução. Em outros casos, onde não há outro meio de se obter julgamento válido, entendemos caber rescisória por violação a literal dispositivo de lei processual<sup>11C</sup>, sob pena de se impedir novo julgamento válido, cabível unicamente por rescisória.

II — A expressão “lei”, também não diferencia matéria infraconstitucional de constitucional. Adicione-se a isto que a possibilidade de cabimento amplificada contra decisões formadas com base em matéria constitucional controvertida, acarretaria muita insegurança jurídica e violação à autoridade da coisa julgada. Esta tese é reforçada, de certa forma, pelo enunciado da Súmula 343 do STF, sem aplicação restrita.<sup>12</sup>

<sup>11A</sup> Neste sentido, o grande processualista Bernardo Pimentel, nos ensina que: “O que importa para a admissibilidade da ação rescisória é a observância dos permissivos legais, e não o tipo de vício apontado pelo autor.”

<sup>11B</sup> Neste sentido, Resp 7.556-RO — Rel. Min. Eduardo Ribeiro — STJ — 3ª Turma — publicado no DJU em 05.10.90.

<sup>11C</sup> Neste sentido, AR 107-SP — Rel. Min. Ilmar Galvão — STJ — 1ª Seção.

<sup>12</sup> Neste sentido, também, as decisões do E. STF, como o RE 88.328/SP de 28/12/1978, RE 89.824 e RE 89.833, além de decisões do E TRF da 1ª Região, como o aresto do AR 95.01.22163-6/DF de 22.02.1999, e por fim, julgados do Superior Tribunal de Justiça, como o AR 768/SE de 31/05/1999, entre outros.

Reforçando os tópicos I e II, acima referidos, diz o brocardo jurídico, citado por Carlos Maximiliano: “*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”, onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.<sup>13</sup>

III — Este enunciado da Súmula 343 do STF deve ter aplicação relativa, uma vez que existem hipóteses em que a jurisprudência ou até mesmo súmulas podem ser *contra legem* e ferir a literal dispositivo da lei. Barbosa Moreira diz que a Súmula 512 do E. STF, que exclui o cabimento de honorários advocatícios em mandado de segurança, é *contra legem*. Outra hipótese de jurisprudência<sup>14-15</sup> *contra legem* pode ser facilmente detectada pela ementa do acórdão citado a seguir, do E. Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

ACÇÃO RESCISÓRIA. — CONDIÇÃO DA ACÇÃO. A JURISPRUDÊNCIA CONSAGROU NÃO CABER ACÇÃO RESCISÓRIA QUANDO, A DATA DA DECISÃO RESCINDENDA, A INTERPRETAÇÃO ERA DIVERGENTE NOS TRIBUNAIS. URGE, POREM, REGISTRAR UMA EXCEÇÃO, OU SEJA, SE AS ORIENTAÇÕES AFRONTAM LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.

(AR 46/SP — 18/12/1989 — Primeira Seção — Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro)

Como podemos observar, o enunciado da Súmula 343 do E. STF não tem aplicação absoluta. O importante para aplicação ou não da hipótese de cabimento em questão é se a decisão realmente violou ou não a literal disposição de lei, já que, mesmo se a decisão rescindenda tenha se apoiado em jurisprudência controvertida, poderá ter violado dispositivo literal de lei se aquela for *contra legem*.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Defende o referido jurista e Ministro que “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; ... cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.”

<sup>14</sup> Neste sentido: “ACÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ARTIGO 485, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA 343, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INAPLICABILIDADE. PRELIMINAR AFASTADA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. FINSOCIAL E COFINS. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA SOBRE O TEMA. RESCISÓRIA PROCEDENTE. Constatando-se flagrante violação a dispositivo de lei, ela tem que ser reconhecida, não se aplicando o rigor da Súmula nº 343, do STF, ainda mais quando a suposta interpretação controvertida se circunscreve a um mesmo tribunal. Pacificou-se a jurisprudência, agora sem voz dissonante, admitindo a compensação dos créditos do FINSOCIAL com a COFINS. Pela violação a literal disposição da lei (artigo 66, da Lei 6.383/91), procede o pedido rescisório.” (AR 743/MG — ACÇÃO RESCISÓRIA (1998/0018237-3) — Fonte DJ — DATA: 20/09/1999 — PG: 00034 — Relator(a) Min. HELIO MOSIMANN (1093) — Revisor(a) Min. DEMÓCRITO REINALDO (1095) — Data da Decisão 26/05/1999 — Órgão Julgador — S1 — PRIMEIRA SEÇÃO) (Grifos nossos).

<sup>15</sup> Neste sentido, também, as decisões do E.STJ, como o AR 208-RJ, RESP 171.699-CE (STJ), e do E. STF, como o RE 96.952/PR de 05.11.1982(STF).

<sup>16</sup> Pedimos venia, mais uma vez, para transcrever as lições do Ilustre Jurista e Min. José Carlos Barbosa Moreira, em seu livro Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª edição, na página 130, que reforçam nosso entendimento: “... Daí a enxergar em qualquer divergência

Por outra via, decisão que vai contra súmula ou jurisprudência não é obrigatoriamente contrária a lei ou feridora de dispositivo literal da mesma, já que súmula ou jurisprudência não são lei. Desta forma, se a decisão rescindenda não ferir a lei, esta deverá prevalecer e a rescisória não ser conhecida.

#### 4. CONCLUSÃO

A última tese é o exemplo ideal de como se interpretar as hipóteses de cabimento do artigo 485 do CPC, visto que consegue equilibrar a proteção à coisa julgada, assim como a possibilidade de novo julgamento, pois não amplia nem restringe indevidamente o entendimento da lei. Somando-se a isto, estarão assegurados a finalidade da rescisória, a segurança jurídica, o princípio da legalidade, a estabilidade social, assim como a justiça.

---

obstáculo irremovível à rescisão vai considerável: não parece razoável afastar a incidência do art. 485, nº V, só porque dois ou três acórdãos infelizes, ao arrepio do entendimento preponderante, hajam adotado interpretação absurda, manifestamente contrária ao sentido da norma.”

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. MARQUES, José Frederico. Manual de Direito processual civil: volume III. Campinas, Bookseller, 1997.
2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, arts. 476 a 565. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
3. NEGRÃO, Theotonio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 23ª ed. Malheiros editores, 1992.
4. PIMENTEL, Bernardo — Recursos e ação rescisória. 1. ed. Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 2000.
5. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: volume I. 26ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

---

\* Aluno de direito do 10º semestre da UNICEUB/DF. Críticas e sugestões para [bgam@hotmail.com](mailto:bgam@hotmail.com).



## MEDIDAS LIMINARES E PROVIDÊNCIAS CAUTELARES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

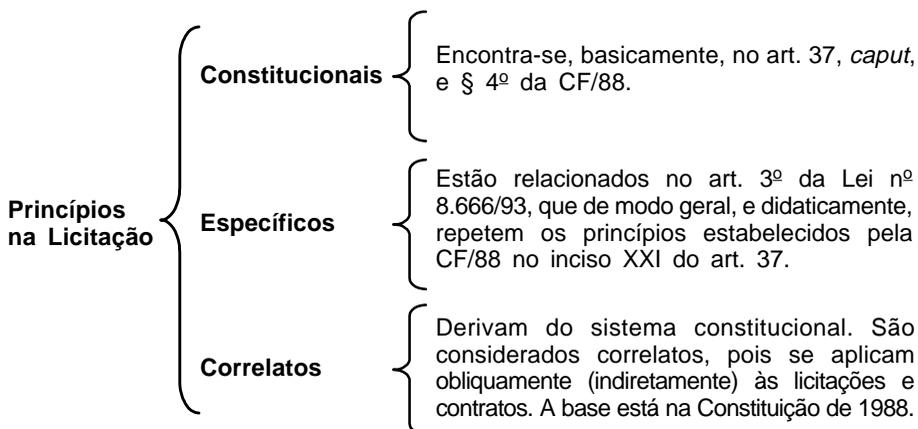
Reis Friede \*

### 1. Licitação: Caracterização Conceitual e Princípios Regentes

**A** licitação, na qualidade de princípio constitucional basilar a que sujeita-se, necessariamente, toda a Administração Pública (direta, indireta e fundacional), em todos os seus níveis (federal, estadual, distrital e municipal), ostenta, como é de amplo conhecimento, uma importância fundamental para a preservação primeira do interesse coletivo, e da moralidade administrativa, impondo, em nome da sociedade, a todos os agentes públicos, a necessária transparência no trato da coisa pública, contribuindo, em última análise, para a sinérgica concretização da verdadeira concepção originária da própria República.

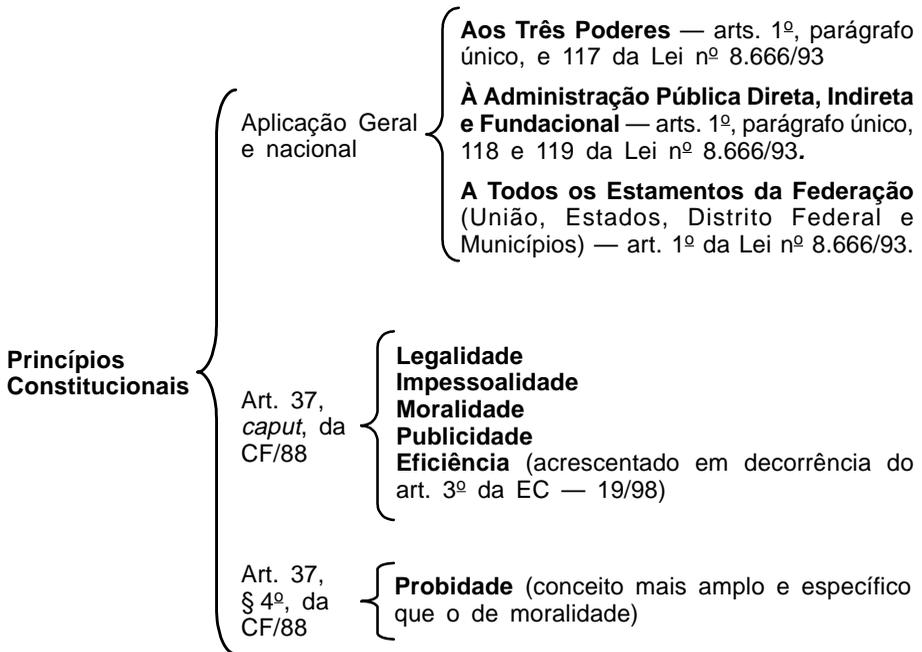
Não é por outra razão que, — não obstante a licitação, intrinsecamente considerada, constituir-se, por si só, em um autêntico princípio constitucional (expressamente previsto no art. 37, XXIV, da CF/88) —, o seu procedimento licitatório decorrente também afirma-se através de uma série de princípios (gerais) fundamentais, que, por sua vez, doutrinariamente, se subdividem em três grupos: princípios constitucionais gerais (consignados basicamente no art. 37, *caput*, e no parágrafo 4º, da CF/88), princípios específicos (relacionados, sobretudo, no art. 3º da Lei nº 8.666/93 que, de modo geral e didaticamente, repetem os princípios estabelecidos pela Constituição de 1988 no inciso XXI do art. 37) e princípios correlatos (que, derivados do sistema constitucional, se aplicam obliquamente (indiretamente) às licitações e aos contratos).

#### Diagrama 1: Princípios Regedores (Regentes) da Licitação



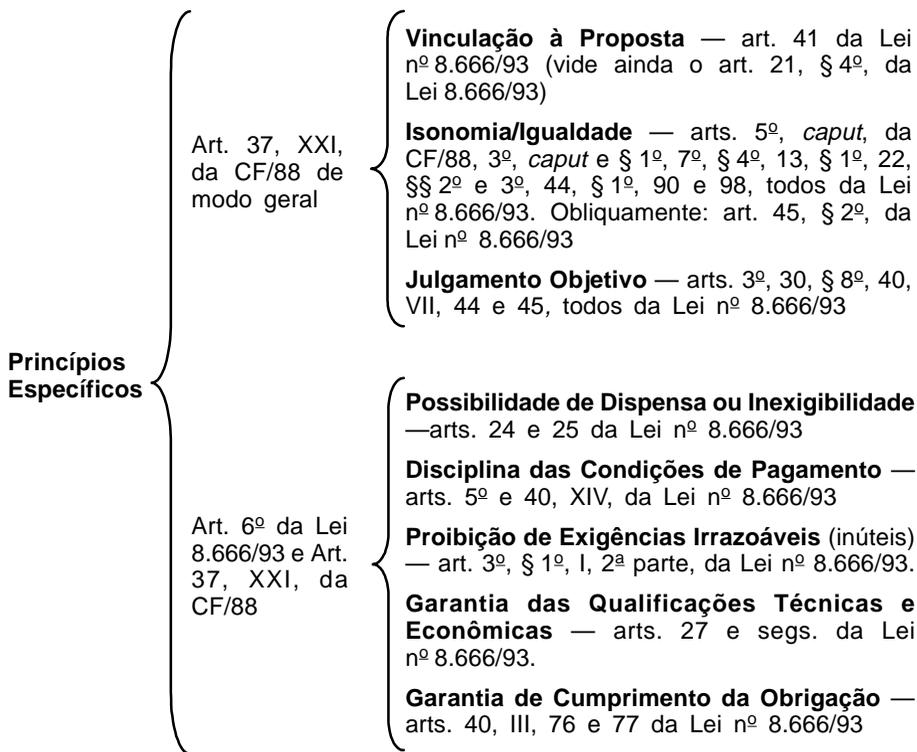
Os chamados princípios constitucionais gerais se efetivam através dos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37, *caput*, da CF/88), da eficiência (acrescentado por força do artigo 3º da EC-19/98), e da proibidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF/88), além da concepção de aplicabilidade geral e nacional da própria licitação.

Diagrama 2: Princípios Constitucionais Gerais Associados à Licitação



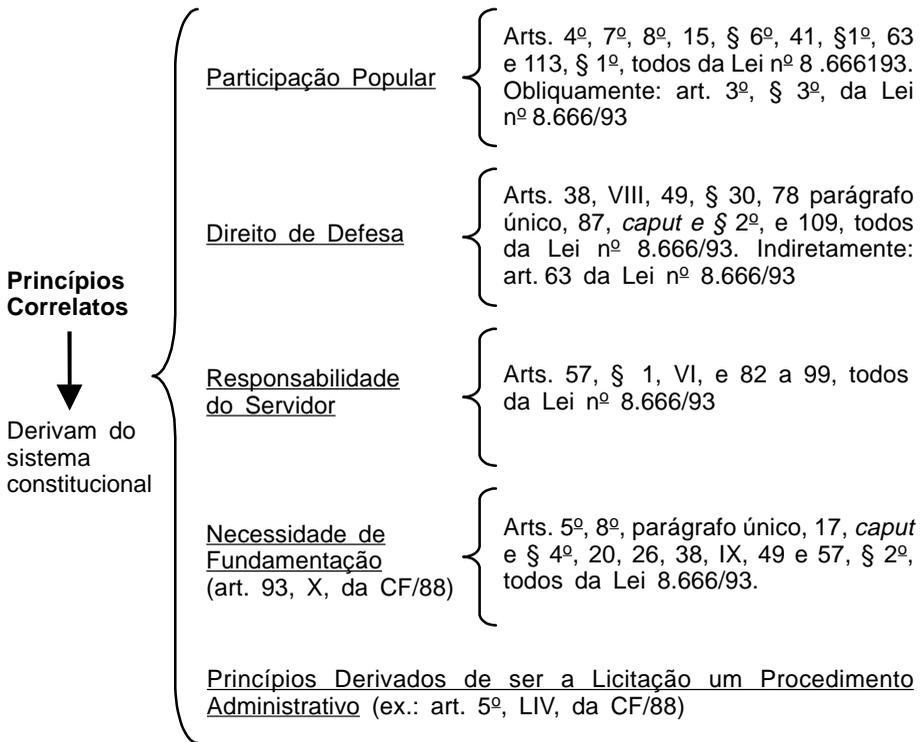
Os denominados princípios específicos, por sua vez, aludem às diretrizes expressamente consignados no inciso XXI do art. 37 da CF/88 e que se resumem, em linhas gerais, à vinculação à proposta, à questão da isonomia/igualdade e ao julgamento objetivo, não obstante, em termos mais precisos, incluir também os princípios da possibilidade de dispensa ou inexigibilidade, a disciplina das condições de pagamento, a proibição de exigências irrazoáveis (inúteis), a garantia das qualificações técnicas e econômicas e a garantia de cumprimento da obrigação.

Diagrama 3: Princípios Específicos Associados à Licitação



Finalmente, os princípios correlatos (que embora não constem nominalmente da legislação vertente, são considerados decorrentes do sistema legal e constitucional vigentes) se resumem a cinco diretrizes básicas: participação popular, direito de defesa, responsabilização de servidor, necessidade de fundamentação do procedimento licitatório, e princípios derivados de ser a licitação um procedimento administrativo (ex.: art. 5º, LIV, da CF).

Diagrama 4: Princípios Correlatos Associados à Licitação



## 2. Mecanismos Instrumentais e Efetivação dos Princípios Fundamentais Associados à Licitação

Na prática cotidiana, contudo, de nada adiantaria toda esta sorte de garantias constitucionais (e mesmo infraconstitucionais) associadas à licitação, se não existissem, por outro lado, mecanismos institucionais de efetivação prática destes princípios fundamentais, permitindo, em última análise, a sinérgica caracterização destes preceitos teóricos-normativos, no dia-a-dia da atividade estatal.

Tais instrumentos, de natureza jurídico-política, são, em última instância, as ações judiciais que provocam o poder jurisdicional do Estado-Juiz e o compele vinculativamente a apreciar as diversas lesões a direitos (potenciais e efetivas) em todos os espectros da atuação humana e também o próprio ente estatal, considerando, neste especial, que, no chamado Estado de Direito, a Administração Pública, — e fundamentalmente os agentes públicos —, também se submetem às

leis editadas pelo legislativo ordinário e, sobretudo, à Constituição, produzido pelo Poder Constituinte.

“Os atos praticados pela Administração Pública, nos processos licitatórios, são totalmente vinculados à lei e aos princípios constitucionais. Não é dado ao administrador público, a seu alvedrio, mudar o resultado do certame, para desclassificar o vencedor e adjudicar a vitória a outro que não apresentou a proposta conforme ao edital, e mais favorável à Administração Pública. O ato do administrador público divorciado dos princípios constitucionais ou das regras legais, atingindo direito subjetivo, constitui abuso de poder sanável pela via do Mandado de Segurança.” (TJES, MS 167/98, 1998 unânime)

“Não podem a lei, os atos regimentais ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, posto que além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios éticos e morais que precipuamente devem reger os atos relacionados com a Administração Pública. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, de conteúdo conceptual extensível primordialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia assecuratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu *caput* — obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade — e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” (STF, Tribunal Pleno, MS 22509/96, relator ministro Maurício Correa, maioria, DJ 11/12/96, p. 49765).

“Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, transparência e igualdade, entre outros, devem gerir o procedimento licitatório. Ato administrativo que anula edital de licitação, a pedido de parte interessada, reconhecendo a possibilidade de lesão e de prejuízo à administração, deve ser prestigiado.” (STJ, 1ª Turma, REMS 104993/96, relator ministro José Delgado, DJ 16/12/96, p. 50792).

Neste sentido, todo e qualquer lesão aos diversos princípios associados ao procedimento licitatório. — didaticamente enumeradas neste trabalho —, correspondem, por seu turno, especificamente a uma solução jurídica, através do ajuizamento de uma ação própria destinada à sua completa e satisfatória correção.

“Não há ilegalidade na concessão de liminar em ação popular ajuizada visando a suspensão de contrato de prestação de serviço firmado sem licitação, se há indícios de violação aos princípios que regem a Administração Pública.” (TJMG, ARMS 109.672/6/93, 1993, relator desembargador Rubens Xavier Ferreira, maioria)

Por conseqüência, a plena efetividade destas ações, — como veículo derradeiro de defesa da própria licitação e de sua absoluta e inexorável observância, bem como de toda a sorte de princípios constitucional e infraconstitucional regentes do procedimento administrativo em questão —, passa a ser elemento fundamental e insuperável de garantia quanto à necessária integridade do pronunciamento judicial meritório que, em última instância, analisará a legalidade e a própria legitimidade do procedimento licitatório, na qualidade de autêntico princípio norteador da atividade administrativo-estatal.

“O edital é a lei interna da concorrência, nada se podendo exigir e decidir além, ou aquém dele. Se o concorrente não cumpre o que nele está estipulado, é de ser considerado inabilitado.” (TJMG, AC 50.300/3/95, relator desembargador Ayrton Maia, 1995).

É exatamente neste sentido, portanto, que o legislador constitucional e, especialmente, o legislador ordinário, forjou os diversos instrumentos acautelatórios de proteção cautelar que, não obstante não tenham sido projetados específica e restritivamente para a garantia da integridade dos pronunciamentos judiciais relativos exclusivamente à licitação, na qualidade de princípio elementar da moralidade administrativa e da transparência com o trato da coisa pública, cumprem, de forma complementar, esta específica e imprescindível função de garantia cautelar, na defesa da plena integridade do procedimento licitatório (e, particularmente, de seus princípios regentes).

“O processo cautelar tem como objetivo a proteção do processo principal; é neste que devem ser discutidas as relevantes questões técnicas sobre as quais divergem as partes”. (TJDF, AI 0008726/97, 3ª T. Cível, relator desembargador José de Campos Amaral, 9/12/97)

### 3. Proteção Cautelar e Efetividade do Procedimento Licitatório

Nesse diapasão analítico, a proteção cautelar, — através de suas várias modalidades de exteriorização —, desponta, pois, como um dos mais importantes elementos de preservação de plena efetividade do procedimento licitatório resguardando a sua necessária integridade, em favor da prevalência última do interesse público inerente à toda sociedade, ainda que em caráter provisório, ou seja, até o momento da manifestação meritória (e, nesse sentido, definitiva) por parte do Estado-Juiz.

“As medidas propriamente cautelares, enquanto tutela apenas de segurança, limitam-se a ‘assegurar a possibilidade de realização’, para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada” (Ovídio Baptista da Silva, *in Comentários ao CPC*, Ed. Lejur, RS, 1986, p. 66).

“(…) A medida liminar em mandado de segurança é uma providência cautelar. Esta é sua natureza jurídica.

Toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriidade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, e, ao contrário, destina-se a durar por espaço de tempo delimitado. (...) Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva da lide” (Renato Maneschuy *in* Natureza Jurídica da Medida Liminar).

“A medida provisória corresponde à necessidade efetiva e eventual de afastar o temor de um dano jurídico. Se, pois, na realidade esse dano é, ou não, iminente, apurar-se-á na verificação definitiva (...) A ação assecuratória é, por consequência, ela própria, uma ação provisória.” (Chiovenda *in* Instituições de Direito Processual Civil, ob. cit., vol. I, p. 273).

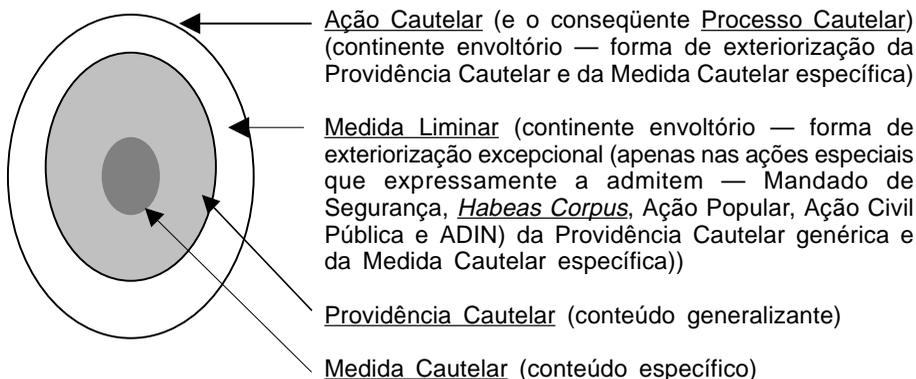
#### 4. Providências Cautelares, Medidas Cautelares, Ação e Processo Cautelar

Esta proteção (provisória e acauteladora), — é importante assinalar —, se concretiza, de forma genérica, através das chamadas providências cautelares que por sua vez, são especificadas por intermédio das denominadas medidas cautelares e instrumentalizadas por meio de ações (e processos) cautelares.

Apenas em caráter excepcional, — em ações de conhecimento dotadas de expressa disposição normativa (como mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, dentre outras) —, é que é possível a instrumentalização da providência cautelar (de modo geral) e da medida cautelar (de modo específico) através das chamadas medidas liminares (em essência, provimentos administrativos da ação cautelar própria (e de seu correspondente processo cautelar característico).

Nos demais casos (regra geral), vale registrar a ação cautelar (e seu conseqüente processo cautelar), preparatória (antecedente ao processo principal de caráter cognitivo) ou incidental, instrumentalizará de forma ampla a providência cautelar e, especificamente, a medida cautelar (típica/inominada) com o propósito último de garantir a plena efetividade da ação de conhecimento ajuizada pelo interessado na preservação da plena observância quanto os princípios regentes da licitação e, por efeito, quanto à estrita correção do procedimento licitatório.

#### Diagrama 5: Medida Liminar, Providência Cautelar, Medida Cautelar, Ação Cautelar e Processo Cautelar



#### 5. Tutela Cautelar como Pseudo Macanismo Inviabilizador do Procedimento Licitatório

Deve ser observado, todavia, que a tutela cautelar (efetivada através do ajuizamento de uma ação cautelar instrumental ou do pedido de medida liminar (nas hipóteses excepcionais de sua admissibilidade)), em matéria de licitação pública, não pode transpor os seus específicos objetivos (e, por conseqüência,

estritos limites) para se transformar, por vias transversas, em elemento inviabilizador do próprio procedimento licitatório, em virtual prejuízo de todo o procedimento administrativo inerente ao Estado e a seus órgãos de gestão, sobretudo quando esta implicar, quando da sua eventual concessão, em efetiva paralisação de serviços públicos essenciais.

“A concessão da medida liminar, em Ação Popular, com a finalidade de suspender o ato impugnado está subordinada a caracterização, de modo real, da alegada lesividade ao patrimônio público. Se, pela descrição dos fatos e apresentação das teses defendidas na inicial, o juiz tem alguma dúvida sobre a referida lesividade, deve indeferir a medida.” (TJMT, 1ª Câm. Cível, MS 8.013/97, relator desembargador Salvador Pompeu de Barros Filho, maioria, 15/12/97).

“Não pode prevalecer a liminar que não leva em consideração o interesse maior do Município e da coletividade. Correto o procedimento administrativo que, escudado na legislação pertinente, inabilitou a recorrida de participar de futuras licitações”. (STJ, 1ª Turma, REMS 38988/93, relator ministro Milton Luiz Pereira, DJ 13/12/93, p. 27422).

“Não estando suficientemente provada a lesividade do ato atacado, não deve ser concedida a medida liminar.

A Administração Pública tem o dever — e não o direito — de informar a sociedade sobre a realização de obras de interesse geral. Não há lesão ao patrimônio público, quando a contratação, para a veiculação dos informativos, é feita mediante licitação, com ampla divulgação.” (TJMT, CVMS 22153/97, 1997)

“Não restando evidenciado, no Mandado de Segurança, os requisitos do relevante fundamento e de que, do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida (art. 7º, da Lei 1.533/51), descabida a concessão da liminar, por isso, impõe-se que seja cassada a medida concedida.” (TAPR, Sexta Câmara Cível, AIMS 1621, relator desembargador Accácio Cambi, 02/06/97).

## 6. Imperatividade da Tutela Cautelar

Por outro prisma, resta à toda evidência, em sentido diametralmente oposto, que a sinérgica (e inequívoca) constatação de irregularidades no procedimento licitatório deve permitir, de forma categórica, a imediata paralisação da licitação, em decisão cautelar, mormente quando constatados os riscos de difícil ou impossível reparação a posteriori (periculum in mora) e a plausibilidade da alegação meritória (fumus boni iuris), considerando, acima, de tudo, que são exatamente estes os requisitos fundamentais para o deferimento da proteção cautelar, associados à inexistência de produção do chamado periculum in mora inverso (ou reverso, como preferem alguns autores).

“Apontadas irregularidades na licitação, deve ser determinada a paralisação das obras até o julgamento da questão.” (TJMT, AIMS 6.984/95, relator desembargador Odiles Freitas Souza, unânime, 15/04/97).

“Correta a decisão judicial que concedeu liminar em medida cautelar inominada quando presentes os indispensáveis requisitos do fumus boni iuris

e do periculum in mora.” (TJMT, MS 7.051/96, relator desembargador Benedito Pereira do Nascimento, 24/6/97).

“No controle da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está inserido o poder cautelar do magistrado de sustar a realização de audiência pública para licitação de serviço público, presentes os pressupostos do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora”. Impossibilidade da administração pública licitar serviço público prestado por concessionária com contrato de concessão em vigor.” (TAPR, 5ª Câmara Cível, ARMS 1378/97, relator desembargador Cyro Crema, maioria, 03/02/97).

## 7. Tutela Cautelar e Antecipação da Prestação Jurisdicional

Finalmente, resta consignar, por oportuno, que a tutela cautelar não se constitui em mecanismo de brevidade da prestação jurisdicional cognitiva, não coadunando, portanto, com a eventual e almejada celeridade processual, no que concerne aos objetivos últimos expressamente vindicados na competente ação de conhecimento (como a anulação do efetivo certame licitatório, por exemplo).

“Nos últimos tempos, as medidas cautelares têm se tornado o remédio para todos os males, verdadeira panacéia para aquelas que necessitam ou simplesmente desejam uma prestação jurisdicional mais rápida e eficiente. Resultado, talvez, do desespero, com a lentidão dos órgãos judiciais, os advogados e as partes pretendem se valer de um expediente mais veloz, em busca da solução da lide que os atormenta. Não encontrado, no arsenal do direito processual, medida outra que possa lhes satisfazer o anseio, buscam na ação cautelar o meio expedito de que precisam.

Com isso, o que se tem visto é uma verdadeira avalanche de medidas cautelares, as quais, de regra em nada se parecem com o seu verdadeiro objetivo e com a sua natureza. Não são raros pedidos satisfativos do direito material serem feitos em ações ditas cautelares, pela só razão dessas ações comportarem liminar, ou seja, permitirem o adiantamento dos efeitos tácitos da sentença.

No entanto, embora compreendendo a insatisfação dos jurisdicionados com a lentidão dos processos não se pode olvidar a verdadeira natureza da ação e do processo cautelares.

O atual Código de Processo Civil, como sabemos, contém três espécies de processo, cada um com uma destinação específica. São eles os processos de correspondem às tutelas jurisdicionais perseguidas. Conforme a tutela, tal será o processo. Se se tratar de um pedido de uma providência urgente, provisória, com finalidade de assegurar a eficácia e a utilidade da sentença que virá a ser proferida na causa principal, de conhecimento ou de execução, estaremos diante do processo cautelar, destinado a ser o instrumento das ações cautelares ou preventivas.” (Eustáquio Nunes Silveira, *in* Abuso das Medidas Cautelares, Direito e Justiça, JCB, 21/06/94).

Muito pelo contrário, a tutela cautelar objetiva unicamente dotar a ação e o processo de conhecimento (onde será discutida, entre outras, a questão meritória relativa às eventuais irregularidades do procedimento licitatório e vindicado o

reconhecimento de sua eventual nulidade) de uma proteção acautelatória suficientemente eficaz para garantir um resultado verdadeiramente útil em relação ao pronunciamento judicial (sentença) definitivo que reconheça (ou não), ao final, as irregularidades apontadas na licitação, preservando, neste sentido temporal, não só a integridade do próprio procedimento, como ainda os princípios fundamentais afetos ao mesmo, além de também resguardar, ao reverso, a necessária continuidade da prestação do serviço público, conforme o caso.

“Licitação para contratação de serviços de desenvolvimento e implantação do sistema de cadastro geral dos contribuintes do antigo “IAPAS”, cuja legalidade só pode ser efetivamente decidida com o julgamento da Ação Popular. Não se pode afirmar, por enquanto, a existência de indícios veementes de ilegalidade e de lesão ao patrimônio público. O que aflora lesivo, no momento, seria a sustação do procedimento licitatório. Segurança concedida, para emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento.” (TRF 2ª Região, 3ª Turma, MS 210883/95, relator juiz Valmir Peçanha, DJ 12/03/96).

\* Mestre e Doutor em Direito Público, é Magistrado Federal e Professor Titular do Departamento de Direito Público da UNESA/RJ. Autor de diversas obras jurídicas, dentre as quais destacam-se: “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares”, 4ª ed. Forense Universitária, RJ; “Tutela Antecipada, Específica e Cautelar”, 4ª ed., Del Rey, BH; e “Medidas Liminares na Doutrina e na Jurisprudência”, Del Rey, BH.



## O SOLO CRIADO NO DIREITO BRASILEIRO

*Gerson Luiz Carlos Branco\**

### SÚMARIO

#### INTRODUÇÃO

#### I. O DIREITO DE CONSTRUIR E O SOLO CRIADO

- A. O SOLO CRIADO COMO NECESSIDADE URBANÍSTICA
- B. DA BIPARTIÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

#### II. O COEFICIENTE ÚNICO DE APROVEITAMENTO

- A. TRANSFERÊNCIA DE COEFICIENTES
- B. A COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR O SOLO CRIADO

#### CONCLUSÃO

#### BIBLIOGRAFIA

## INTRODUÇÃO

**S**olo criado é toda a área construída que ultrapassar a área do terreno sobre a qual foi realizada a construção.

Tal conceito, de extrema simplicidade, é o conceito mínimo para que qualquer pessoa possa entender o que seja o solo criado, ou pelo menos do que trata a sua problemática. Este conceito, relevante nos dias de hoje, nem sempre mereceu as atenções dos juristas, pois até pouco tempo não era objeto de qualquer investigação jurídica ou mesmo de regra jurídica.

A matéria somente tornou-se interessante sob o ponto de vista jurídico com o agigantamento das massas populacionais urbanas, que nos últimos 50 anos migraram do campo superpovoando às cidades.

Embora sempre tenham existido construções que se enquadravam dentro do conceito acima, como os velhos sobrados, os casarões das cidades coloniais, foi com o desenvolvimento de novas técnicas da construção civil e com o advento do condomínio horizontal, que começou a se tornar relevante juridicamente o solo criado.

Além dos problemas internos do condomínio horizontal, começaram a surgir problemas em razão de sua influência sobre “a coletividade exterior, isto é, ao bairro e à cidade, pelos reflexos, sobre os seus habitantes, da sobrecarga incidente nos serviços públicos (água, luz, telefone, saneamento, transporte, etc.) e da afetação das condições de salubridade (arejamento, solação, lazer, etc.)”<sup>1</sup>

Ou seja, a relevância da existência de um conceito jurídico de solo criado surge dos efeitos sociais de uma realidade social irreversível: a continua verticalização da cidade.

Tal problema, com todas as suas conseqüências, tiveram como marco fundamental no direito brasileiro a chamada **Carta do Embu**, que foi o resultado de Seminário promovido pela CEPAM, realizado na cidade de Embu, no mês de dezembro de 1976.<sup>2</sup>

A partir de então houve um afastamento da matéria do âmbito do direito civil, onde estava associada ao problema da ocupação do espaço aéreo ou do subsolo, nos estreitos limites dos artigos 43, I, e 526 do Código Civil<sup>3</sup>, para passar a ser estudado sob o ponto de vista do nascente Direito Urbanístico.

<sup>1</sup> FAGUNDES, Seabra. Aspectos Jurídicos do Solo Criado. Revista Forense, v. p. 01 a 04.

<sup>2</sup> A Carta do Embu, publicada na Revista dos Tribunais, v. 504, teve a seguinte redação: REDAÇÃO DA CARTA DO EMBU

<sup>3</sup> “Art. 43. São bens imóveis: I – o solo com sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo; ...”

“Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.”

Passados muitos anos daquela carta, começa a se tornar uma realidade nas cidades brasileiras a disciplina do solo criado, a partir de leis municipais, com efeitos jurídicos extremamente importantes, face a relevância jurídica e social do tema.

Não há legislação federal, encontrando-se a matéria carente de uma regulamentação geral. O Projeto de Código Civil, aprovado pelo Senado Federal em 11 de dezembro de 1997 nada dispôs a respeito, com pequenas modificações na sistemática do atual Código Civil.<sup>4</sup>

É indiscutível nos dias de hoje uma disciplina jurídica do solo criado, pois as cidades brasileiras, principalmente as capitais, encontram-se a beira do colapso dos serviços públicos. O xeque aos serviços públicos decorre da verticalização acentuada dos centros das cidades, com o aumento significativo da densidade populacional e da demanda de serviços, e com a necessidade constante de ampliação dos equipamentos urbanos.

Por outro lado, há o problema dos vazios urbanos localizados ao lado de áreas com alta densidade populacional, os quais constituem-se em reservas de valor e instrumentos de enriquecimento, pela especulação imobiliária. Os “terrenos baldios” e as áreas de “valorização imobiliária” localizadas em regiões dotadas de equipamentos públicos possuem um custo extremamente alto para a coletividade, pois provocam, ao mesmo tempo, a sub e superutilização dos serviços públicos.

Ao lado destes dois grandes problemas políticos, econômicos e sociais, deve-se estudar quais são os problemas jurídicos que derivam da regulamentação do solo criado, o que é objeto deste artigo.

Para este fim, dividiu-se o estudo em duas partes. A primeira, tendo como objeto os instrumentos utilizados para conciliar o direito de propriedade com o direito privado, e a segunda, tendo como objeto a compatibilidade do solo criado com o ordenamento jurídico, em especial com as regras constitucionais.

### ***1. O direito de construir e o Solo Criado***

Para entender o solo criado, deve-se, preliminarmente, entender que a disciplina do solo criado não visa impedir ou remover do direito de propriedade a possibilidade de ocupação ilimitada do espaço aéreo ou do subsolo, mas sim determinar a sua utilização racional, em prol da realização e efetivação da Função Social da Cidade, como foi determinado pelo artigo 182 da Constituição Federal.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> O projeto suprime o dispositivo do atual art. 43, I do Código Civil de 1916 e, no art. 1.228, reproduz o texto do atual Art. 516.

<sup>5</sup> “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre com sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

## A. O solo criado como necessidade urbanística

**“A casa é semente da povoação. Quem constrói a casa está construindo a cidade. Mas a cidade não é do proprietário da casa; é de todos. E, sendo de todos, há de predominar, na sua ordenação, o interesse da coletividade sobre o particular”<sup>6</sup>.**

Apesar das restrições ao proprietário derivadas da incidência da Lei n. 7.565 de 19 de dezembro de 1986,<sup>7</sup> e o que determina o artigo 176 da Constituição Federal,<sup>8</sup> o proprietário continua podendo exercer todos os seus poderes sobre o espaço aéreo e sobre o subsolo que fazem parte do objeto da propriedade imobiliária, na forma do artigo 43, I, do Código Civil. No primeiro caso há mera limitação administrativa ao direito de construir quando o objeto da propriedade estiver em área específica, e, no segundo caso, a propriedade distinta do solo só existe quando houver possibilidade de *exploração ou aproveitamento econômico* das riquezas.<sup>9</sup>

Poderá o proprietário construir uma torre de muitos andares sobre o seu terreno, em área superior a área do terreno, sem que esteja tecnicamente *criando solo*. Da mesma forma a “construção de uma catedral gótica também de grande altura, mas sem nenhum plano utilizado no intermediário”.<sup>10</sup>

Por isso, é de maior precisão considerar o solo criado como a *área construída que ultrapassar um certo valor fixado em razão das exigências globais do uso do solo, numa dada região, estabelecido pelo Poder Público*,<sup>11</sup> desde que destinados a utilização urbana (habitação, comércio, indústria, serviços em geral). Em outras palavras, *solo criado* é a edificação que produz reflexos na utilização dos equipamentos urbanos e dos serviços públicos.

<sup>6</sup> Hely, p. 93.

<sup>7</sup> O Código Brasileiro de Aeronáutica estabelece uma série de restrições sobre a possibilidade de construções acima de certo gabarito nas áreas vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea, estabelecendo em seu artigo 16 que “ninguém poderá opor-se, em razão de direito de propriedade na superfície, ao sobrevôo de aeronave, sempre que este se realize de acordo com as normas vigentes”, bem como que “as propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais” (art. 43).

<sup>8</sup> “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”. (Sublinhou-se).

Este artigo teve a sua redação determinada pela Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995, a qual modificou a redação do § 1º, para admitir que o capital estrangeiro, constituído sob as leis brasileiras, passasse a efetuar a exploração dos recursos e aproveitamento dos potenciais referidos no *caput* do artigo.

<sup>9</sup> Isto significa que quem achar uma pepita de ouro no seu quintal é o proprietário da mesma, assim como qualquer outro bem valioso que encontre. A riqueza somente constituir-se-á em propriedade distinta da do solo **para efeito de exploração ou aproveitamento econômico**, ou seja, quando alguém encontrar uma jazida de ouro, por exemplo.

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. Direito urbano. SP: RT, 1983, p.57.

<sup>11</sup> SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Solo Criado: Um Caminho para minorar os Problemas Urbanos. Temas de Direito urbanístico 2, São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 160.

Enquanto a construção de uma torre é absolutamente irrelevante sobre os equipamentos urbanos e serviços públicos, a construção de um edifício comercial ou residencial significa que mais pessoas utilizarão os serviços públicos das proximidades, incluindo as praças e parques e que mais pessoas necessitarão de transporte coletivo para os mais variados lugares. Da mesma forma no caso da construção de um edifício residencial ou comercial de grande porte fará com que os equipamentos responsáveis pela condução de água e esgoto serão utilizados na sua capacidade máxima (ficando mais frágeis e suscetíveis a danos) e aumentarão reclamações pela falta de segurança.

Para o Poder Público, em razão de suas atribuições constitucionais e legais, não restará alternativas a não ser o cumprimento de suas funções, que consistirão na contratação de prestadores de serviços e de funcionários públicos em número suficientes para atender as demandas. Tais demandas, associadas a falta de recursos que permitam a realização de grandes obras de expansão, obrigarão a municipalidade a abrir um sem número de vezes as vias públicas para obras de eletricidade, telefone, água, esgoto, águas pluviais, etc.

Para a vizinhança de um edifício de grande altura os inconvenientes, além dos derivados do estrangulamento dos serviços públicos, são a falta de aeração, a falta de acesso aos raios solares, etc.

Estabelecer restrições a “fabricação”, ou “criação de solo” é uma forma de controle do crescimento da cidade, o que permite o planejamento e administração das conseqüências da urbanização, entre as quais os inconvenientes acima mencionados. Da mesma forma que as leis de zoneamento, a restrição a criação indiscriminada de solo constitui-se em instrumento do Poder Público para administrar o crescimento da cidade.

A problemática social do êxodo rural, a ampliação do comércio e indústria, a especulação imobiliária, o esgotamento da capacidade dos equipamentos urbanos, obrigam o Poder Público a deixar sua posição de simples espectador para um agente na condução e administração da expansão urbana.

E, foi neste sentido, que a Constituição Federal de 1988 determinou que cabe ao poder público municipal a elaboração de uma *política de desenvolvimento urbano*, com a finalidade de promover o *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*.

O sistema constitucional, que já tem como princípio geral, o princípio da função social da propriedade, elencado como direito fundamental<sup>12</sup>, estabeleceu no *caput* do artigo 182 o **princípio da função social da cidade**.

Tal princípio é **impositivo**, obrigando o legislador federal e a Municipalidade a promoverem ativamente a sua realização, por meio de institutos jurídicos que sirvam a teleologia constitucional,<sup>13</sup> não só mediante a atividade do legislador federal, como também do legislador e executivo municipal, que não só podem, como tem o dever de sua implementação.

<sup>12</sup> Art. 5º, XXIII – a propriedade atenderá sua função social.

<sup>13</sup> “Nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 179.

A respeito da subutilização o legislador criou mais do que um princípio impositivo, pois o § 4º do art. 182 da Constituição Federal<sup>14</sup> traz uma **“regra constitucional impositiva em sentido restrito”**.<sup>15</sup>

O constituinte, foi extremamente específico quando tratou da problemática apontada acima, ao permitir que a legislação municipal exija, “nos termos da lei federal”, que os proprietários utilizem adequadamente as áreas urbanas não edificadas, sob pena de parcelamento, edificação compulsória, imposto progressivo no tempo e desapropriação.

Porém, a exigência de lei federal, diz respeito a uma “política nacional de desenvolvimento urbano”<sup>16</sup> e a aplicação das penalidades dos incisos I, II e III do § 4º do art. 182. Excetuados tais casos, não há necessidade de lei federal para que sejam implementados os mecanismos necessários e suficientes para que se faça cumprir a função social da cidade, cuja execução é encargo do município.

Disso decorre a exigência constitucional de utilização do solo criado como meio de propiciar e realizar a função social específica da propriedade urbana, mediante a limitação do direito de construir, que, em última análise é o direito, decorrente do direito de propriedade, cujo exercício resulta nos problemas apontados acima, identificados com a idéia de **verticalização da cidade**.

Se, por um lado, a Constituição Federal criou para o legislador federal o dever de, por meio de “lei federal”<sup>17</sup>, estabelecer uma política de desenvolvimento urbano, o limite do legislador é exatamente a função social da propriedade. Ou seja, a possibilidade de criação de regras que auxiliem na implementação da função social da cidade e da função social da propriedade, tem como limite a manutenção do próprio direito: não pode o bem perder o seu conteúdo econômico em razão das regras que conformam a propriedade.

<sup>14</sup> Art. 182. ... (...) § 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de: I — parcelamento ou edificação compulsórios; II — imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III — desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

<sup>15</sup> “normas constitucionais impositivas em sentido restrito (imposições constitucionais) são as *imposições de caráter permanente e concreto*. (...) A importância das normas constitucionais impositivas deriva do facto de elas imporem um dever concreto e permanente, materialmente determinado, que, no caso de não ser cumprido, dará origem a uma *omissão inconstitucional*”. CANOTILHO, J.J.G. Op. Cit. p. 185 e 186.

<sup>16</sup> AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed. SP: Malheiros, 1998, p. 782.

<sup>17</sup> Além do art. 184, § 4º mencionar Lei Federal, o artigo 21, XX, da Constituição Federal determina que é competência da União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

Sobre o Projeto de Lei n. 5.788/90, ainda tramitando no Congresso Nacional, ver o artigo de CUSTÓDIO, Helita Barreira. Diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano (projeto de lei 5.788/90). Revista de Direito Civil, v. 63, p. 115 e ss.

## **B. Da bipartição do direito de propriedade**

O direito de propriedade, segundo o art. 524 do Código Civil é o poder de usar fruir e dispor da coisa sob domínio do seu titular, caracterizando-se este poder como absoluto, ilimitado e exclusivo.<sup>18</sup>

Junto de tais poderes há o direito do proprietário edificar sobre a coisa, podendo “beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico”,<sup>19</sup> tendo como limites somente o direito alheio, a lei, e os regulamentos administrativos.<sup>20</sup>

Trata-se do direito de construir,<sup>21</sup> considerado como a principal emanção da propriedade urbana, mas que dela é separável: “o *aspecto mais relevante a examinar concerte à autonomia do direito de construir, ou seja, à possibilidade de havê-lo como distinto do direito de propriedade e não somente como um dos elementos dele integrantes*”.<sup>22</sup>

Porém, a disciplina do solo criado implica o estabelecimento de uma limitação tão grave sobre o direito de construir que é possível visualizar a separação entre o direito de construir e o direito de propriedade, pois a disciplina do solo criado objetiva a fixação de um coeficiente máximo de aproveitamento da coisa, condicionando o exercício do direito de construir a uma prestação do proprietário, em favor do Poder Público, para que o mesmo faça frente às necessidades coletivas.

O **coeficiente de aproveitamento** é a relação entre a área da construção e a área do terreno. Isso significa que se um terreno tiver área de 300m<sup>2</sup> e o coeficiente de aproveitamento for 2, poderá haver 600m<sup>2</sup> de construção sobre tal terreno.

O coeficiente de aproveitamento surgiu primeiro como conceito meramente arquitetônico de dimensionamento de espaço, passando para a ser utilizado no mundo jurídico através de sua inserção nos planos de zoneamento para disciplinar a densidade das edificações, ao lado da taxa de ocupação<sup>23</sup> que regula os espaços entre os edifícios.

---

<sup>18</sup> Absoluto porque o proprietário pode utilizar-se da coisa sujeita ao seu direito em todas suas substância, acidentes e acessórios. Ilimitado, porque os poderes são perenes, podendo ser exercidos da forma mais completa possível, podendo transformar a coisa consumí-la ou aliená-la. Exclusivo, porque se pode afastar a intervenção de terceiros, já que o uso, gozo e disposição são reservados ao proprietário.

<sup>19</sup> Meireles, Hely Lopes — Direito de Construir — 6ª ed. SP: Malheiros, 1990, p. 26.

<sup>20</sup> Art. 572 do Código Civil: “*O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos*”.

<sup>21</sup> Construção é “toda realização material e intencional do homem, visando a adaptar o imóvel às suas conveniências. Neste sentido tanto é *construção a reforma, como a demolição, o mureamento, a escavação, o aterro, a pintura e demais trabalhos* destinados a beneficiar, tapar, desobstruir, conservar ou embelezar o prédio”. Meireles, Hely Lopes — Direito de Construir — 6ª ed. SP: Malheiros, 1990, p. 28.

<sup>22</sup> MEIRELES, H. Op. Cit., p. 02.

<sup>23</sup> A taxa de ocupação é a relação entre a área de construção na projeção horizontal e a área do lote, constituindo-se em mecanismo de controle da distância entre as edificações, em função da preservação da aeração e solação. Baixas taxas de ocupação favorecem espaços abertos

A fixação de um coeficiente de aproveitamento único é o principal mecanismo para instrumentação do solo criado, devendo este índice ser próximo de 1,0, ou seja, toda e qualquer construção que exceda em metros quadrados a área do terreno, independentemente da taxa de ocupação, é solo criado.

O efeito de considerar-se como solo criado a construção acima do coeficiente 1,0, trata-se de um limite ao exercício do direito de propriedade, vedando ao proprietário que construa para além de tal gabarito, pois além daquele patamar há necessidade de aquisição de *solo* junto à municipalidade ou a outros particulares.

Tal limite implica numa mudança radical no conteúdo econômico do direito de propriedade, constituindo-se na utilização máxima da teoria da função social da propriedade.

Embora a teoria da função social da propriedade não seja abordada com profundidade neste texto, pois para enfrentá-la é necessária atenção exclusiva, é a adoção da teoria da função social da propriedade que admite conceber a existência de limites sobre o direito de propriedade.<sup>24</sup> Deve-se observar, que na regulamentação da propriedade urbana (e não a rural como muitos pensam) que a função social tem um papel acentuado no direito positivo, principalmente em razão do disposto no artigo 182 da Constituição Federal de 1988, que outorgou ao Plano Diretor os poderes necessários para fazer efetiva a função social, bem como criou institutos como o parcelamento e edificação compulsórios, imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo e desapropriação/sanção.

As restrições ao direito de propriedade somente podem ser impostas por meio de Lei Federal, em face do dispositivo do art. 22 da Constituição Federal.<sup>25</sup>

As limitações ao direito de propriedade, ao contrário das restrições, existem em razão do interesse público e do interesse social,<sup>26</sup> não atingindo o direito de propriedade, mas sim o seu exercício, mediante o estabelecimento de restrições e condições.

As regras relativas ao solo criado não limitam e não impedem a utilização natural da coisa, pois são regras gerais, destinadas a uma generalidade de casos, que poderão ocorrer no futuro, com vistas a evitar um dano possível para a

---

para evitar adensamentos e manter espaços verdes. GRUPENMACHER, Betina Treiger e BUSQUETS, Cristina Del Pilar — Favelas, Invasões e Modalidades de Loteamentos — In: Temas de Direito urbanístico 2, São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 58 e ss.

<sup>24</sup> “A partir do momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão somente para satisfação do seu interesse, a *função* da propriedade tornou-se *social*. O novo esquema manifestou-se pela consistência da *função*, sob tríplice aspecto: 1<sup>o</sup> – a privação de determinadas *faculdades*; 2<sup>o</sup> – a criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes; 3<sup>o</sup> — a obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio”. GOMES, Orlando. A Função Social da Propriedade. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº especial, (Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Ferrer-Correia), 1989, 426.

<sup>25</sup> Meireles, H.L. Op. Cit., p. 41.

<sup>26</sup> “Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”. Idem, *ibidem*, Hely, p. 73.

coletividade e para assegurar a ela uma “*utilidade específica* que os bens particulares sejam aptos a produzir, juntamente com a utilidade genérica para o particular proprietário”.<sup>27</sup>

No caso do solo criado o direito permanece intacto, motivo pelo qual, como já foi dito anteriormente, é despicienda a exigência de lei federal lhe instituindo a teor do § 4º do art. 182, pois trata-se de mero limite administrativo ao exercício do direito de propriedade a ser exigido com base no *caput* do mesmo artigo. A limitação urbanística derivada do regime do solo criado visa organizar os espaços habitáveis (incluindo os de trabalho, circulação e recreação), para propiciar condições de convivência em comunidade.

Deve-se observar, porém, que há autores que entendem em sentido contrário. Antônio Chaves afirma, por exemplo, que com o solo criado passa o poder público a ter o poder de **fixar o valor do solo urbano**, pois ao regular a disponibilidade e equipamentos públicos, estabelecer os coeficientes e taxas de edificação e permitir ou proibir um ou outro tipo de atividade urbana, retira do proprietário a possibilidade de atribuir valor ao bem de sua propriedade.<sup>28</sup> As conseqüências jurídicas dessas afirmações são objeto da segunda parte.

## II. O COEFICIENTE ÚNICO DE Aproveitamento

Uma das mais importantes conclusões da carta de Embu, foi a de que “*é constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos*” e que “*a fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante legislação de zoneamento*”.

O primeiro benefício do índice de aproveitamento único é o fim da discriminação que pode existir entre regiões diferenciadas da mesma cidade. Embora a existência de índices diferenciados pode permitir um critério de justiça do caso mais elevada, pode consistir também em instrumento para gerar desigualdades, em face da influência que a própria fixação do solo criado com coeficientes diferenciados pode provocar no mercado imobiliário.

A idéia do coeficiente único de edificação surgiu para garantir igualdade na política urbana, evitando que alguns locais sejam mais valorizados que outros em razão da ação da municipalidade.

Tal coeficiente pode ser estabelecido pela União, pelos Estados e pelo município.

Da mesma forma, a alteração dos índices de aproveitamento para um número superior a 1,0, acarreta alteração dos equipamentos urbanos e serviços públicos em geral, razão pela qual a proposta do solo criado que chegou ao Brasil é da existência de um coeficiente de aproveitamento único.

O que exceder tal coeficiente, será o **solo criado**.

Tal coeficiente de aproveitamento único traz dois problemas jurídicos significativos:

<sup>27</sup> Hely, p. 77.

<sup>28</sup> CHAVES, Antônio. “Solo Criado”. *Edificação Compulsória*. Revista dos Tribunais, v. 709, p. 22.

- a) conciliação do direito de propriedade com as severas limitações impostas ao seu conteúdo pelo poder público na defesa do interesse geral, principalmente no que diz respeito a transferência de coeficientes; e,
- b) competência para regulamentar a matéria e sua constitucionalidade.

### **A. Transferência de Coeficientes**

Tendo o coeficiente único surgido como um instrumento jurídico para implantação do zoneamento urbano, este continua de certa forma atrelado ao plano de zoneamento, com uma pequena diferença. Enquanto no plano de zoneamento há uma estagnação do coeficiente, em geral com índice elevado, o *índice teto* da Lei de Zoneamento é o limite máximo para o exercício do direito de construir.

Já no sistema do solo criado há possibilidade de construção acima dos coeficientes de aproveitamento, desde que haja aquisição do direito de construir, seja diretamente do poder público ou de particulares. Trata-se de uma separação entre o direito de construir e o direito de propriedade, ambos ganhando uma conotação distinta da tradicional.

Porém, a possibilidade de alienação do coeficiente único de aproveitamento depende de condições específicas, que são:

- a) quando por limites administrativos não possa o proprietário utilizá-lo plenamente; e
- b) quando o imóvel for tombado, caso em que poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.

Admitida a transferência de coeficientes construtivos entre particulares, é polêmica a forma de como transferir tais coeficientes do poder público para os particulares, pois poderia-se afirmar que a municipalidade estaria transacionando limitações administrativas, que, por sua natureza, são inegociáveis.

Porém, os limites administrativos estabelecidos na legislação permanecem intocáveis, não obstante possa a Municipalidade vender índices construtivos. O que é objeto de negociação entre o particular e o Poder Público, no caso, é a licença para construir, pois para exercer o direito de construir deve o particular pagar uma determinada contraprestação, proporcional ao solo a ser criado, para que com tais recursos, possa a municipalidade construir os equipamentos urbanos necessários.

Tal contraprestação gera, por sua vez, uma grande e grave preocupação associada ao que é conhecido como **voracidade fiscal do Estado**. Ou seja, a implantação do solo criado fomenta o medo de que este instrumento não passe de um novo meio para obter receitas, que não seriam, necessariamente investidas no setor urbano.

### **1. Formas de retribuição do particular ao poder público e destino dos recursos**

A idéia de *contraprestação* e não simplesmente de tributação é relevante no que diz respeito a possibilidade de cobrança do *solo criado* e também em relação ao destino dos recursos, o que é objeto dos dois itens abaixo.

### **a) formas de retribuição**

As formas de retribuição do poder público pelos particulares, no caso de transferência de coeficientes, podem ser duas.

A primeira, trata-se de uma espécie de permuta entre o particular e a Municipalidade. O particular transfere para o poder público bens que interessem ao Município, como por exemplo áreas verdes, terrenos situados em lugares estratégicos para a administração pública ou até partes de terrenos que sirvam como base para a instalação de equipamentos urbanos, sem que haja necessidade de desapropriação.

Há ainda, a possibilidade de que seja transferido para o Município frações proporcionais do próprio solo criado para que as áreas edificadas sirvam para a instalação de serviços públicos e equipamentos urbanos que venham a servir aos futuros habitantes da edificação e sua vizinhança.

A vantagem desta forma de transferência é óbvia. O particular, principalmente se for um incorporador, terá interesse em receber a licença para construir sem que seja necessário desembolsar um centavo, pois os recursos para a construção serão obtidos dos adquirentes das unidades imobiliárias. Com esse sistema, poderá o proprietário (ou incorporador) transferir áreas que encontrem-se no seu ativo imobilizado, com notáveis vantagens para ambas as partes.

Para o Município há a vantagem de poder utilizar a área para atividades públicas ou de interesse social sem que haja necessidade de desapropriação. Para o particular não haverá necessidade de despender recursos que podem ser utilizados na construção, diminuindo, por sua vez, o seu capital imobilizado, que nos dias de hoje gera problemas de ordem financeira em face do alto “custo do dinheiro”.

A segunda forma de transferência dos coeficientes de aproveitamento é a retribuição do particular pelo equivalente em dinheiro. Com o produto da “venda” dos índices construtivos, ficando autorizado o particular a **criar solo**, tais recursos poderão ser utilizados para combater os custos que a edificação provocará sobre a coletividade.

### **b) Destino dos recursos do solo criado**

Os destinos dos recursos obtidos pelo solo criado também podem ser dois, conforme as necessidades urbanísticas da cidade em particular.

A primeira das formas é a readequação da quantidade de propriedade privada em relação a propriedade pública, seja por meio da transferência dos ativos imobiliários dos particulares ou seja por meio da aquisição ou desapropriação de áreas pelo Poder Público.

A necessidade de existência de uma determinada quantidade de áreas públicas em relação as áreas privadas é evidente. Seja para que sua conversão em bens de uso comum do povo (construção de ruas, viadutos, passarelas, áreas de preservação ambiental), seja para sua conversão em bens de uso especial, cuja utilização irá servir para beneficiar a comunidade com serviços e equipamentos públicos (escolas, hospitais, postos policiais, postos de bombeiros, etc.) e também,

se o interesse social exigir, para realização dos fins determinados pelo artigo 184, § 4º, I, mediante o fracionamento e parcelamento de áreas a serem destinadas de acordo com as finalidades do plano de zoneamento (loteamento para habitação, para formação de um distrito industrial, etc.).

Como a realidade brasileira é impar, não se pode deixar de dizer que a transferência de áreas poderá servir para que distorções decorrentes da ocupação indiscriminada e sem planejamento sejam corrigidas. Assim, a transferência de áreas poderá servir como meio de preservar a proporção das áreas verdes com as áreas privadas nos planos de loteamento, conforme determina o art. 4º, § 1º da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979,<sup>29</sup> por meio da aquisição de áreas ou pela desapropriação.

Além disso, os recursos provenientes da transferência de índices construtivos poderá servir para adequação dos equipamentos urbanos aos novos patamares de construção.

As áreas que passam a ser habitadas por um número maior de pessoas exigem que os equipamentos e serviços públicos estejam em melhores condições e em maior quantidade. As demandas por segurança, eletricidade, telefonia, saneamento básico, transporte, telecomunicações e toda uma gama de serviços e demais equipamentos cuja responsabilidade é do Poder Público aumentam de forma significativa.

Para dar conta de tal demanda há necessidade de recursos que não podem estar vinculados aos recursos orçamentários ordinários. O crescimento de uma cidade gera ao longo do tempo, de forma despercebida, um aumento dos gastos públicos sem que, com isso, haja uma retribuição na mesma medida. O aumento populacional e até mesmo o deslocamento das populações não pode ser dividido de uma forma igualitária sobre a população. Aqueles que tiram os maiores proveito do direito de construir e dos serviços públicos novos são os que devem contribuir com a maior parte de tal investimento. Daí, a razão indispensável da implantação do solo criado como mecanismo de controle do adensamento populacional e da ociosidade dos equipamentos urbanos, ao mesmo tempo.

Deve-se observar, ao terminar este capítulo, que no regime do solo criado não há uma vinculação estrita para a utilização dos recursos. Isso significa que as duas formas de utilização dos recursos provenientes do solo criado são necessidades e obrigações derivadas da legislação, independentemente da existência dos recursos. Por isso, os recursos do solo criado não estão vinculados de forma direta a uma ou outra forma de utilização dos recursos.

A criação do solo criado, entre outras razões, deve-se a necessidade de tornar o poder público mais eficiente na prestação dos serviços que constitucionalmente lhe são impostos, bem como de propiciar os recursos necessários para que os serviços sejam prestados e sejam construídos os equipamentos urbanos necessários para tal fim.

---

<sup>29</sup> “§ 1º A percentagem de áreas públicas prevista no inciso I deste artigo não poderá ser inferior a 35% (trinta e cinco por cento) da gleba, salvo nos loteamentos destinados ao uso industrial cujos lotes forem maiores do que 15.000m<sup>2</sup> (quinze mil metros quadrados), caso em que a percentagem poderá ser reduzida”.

Por esta razão, não há vinculação entre os recursos obtidos com o solo criado e o reinvestimento de tais recursos nas áreas acima especificadas, havendo, portanto, o constante risco de que tais recursos sirvam para pagar os “serviços” da dívida pública.

## 2. Natureza dos recursos e constitucionalidade do solo criado

Os recursos provenientes da transferência de índices construtivos do Poder Público para os particulares tem natureza controvertida.

A tese dos que afirmam a inconstitucionalidade do solo criado está fundada na concepção de que trata-se de um tributo, a teor do artigo 3º do Código Tributário Nacional:

**“toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.**

Embora não haja necessidade de que a prestação do particular seja sempre em moeda corrente, os bens que devem ser entregues ao Poder Público podem se exprimir em valor monetário. Ainda que não se considere como tributo os casos em que houver tal *prestação pecuniária*, sempre que a prestação for de cunho pecuniário estar-se-á, em tese diante da hipótese de um tributo.

Das espécies de tributo não é contribuição de melhoria, pois não há construção de nenhuma obra pública em especial que valorize o imóvel, a teor do que exige o artigo 81 do Código Tributário Nacional:

**“...é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.**

Também não é taxa pois não há um serviços específico, indivisível e potencial que exija retribuição do particular, pois não há vinculação entre a prestação do proprietário e a atividade do Poder Público.

Segundo Seabra Fagundes, ainda sob os auspícios da Constituição Federal de 1969 (e isso não muda o argumento), o solo criado trata-se, “há de resultar de imposto instituído com fundamento no § 5º, do art. 18 da Carta Política”.<sup>30</sup> Apesar da lição do brilhante jurista, num excelente artigo, a lógica contraria tal raciocínio, assim como a legislação.

A consequência de entender-se como imposto o solo criado, implica na sua absoluta inconstitucionalidade, pois é vedado aos municípios instituir outros impostos além daqueles estabelecidos pelo artigo 156 da Constituição Federal. Isso significaria a abolição completa de impossibilidade prática de implantação do solo criado no Brasil.

---

<sup>30</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Aspectos jurídicos do solo criado*. Revista Forense, v. p. 04.

Fazendo-se uma leitura do dispositivo do artigo 16 do Código Tributário Nacional, pode-se chegar a conclusão similar a do renomado autor:

**“Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte”.**

Porém, tal conclusão é aparente e não corresponde com a lógica do sistema tributário nacional e tampouco com as regras que disciplinam a função social da cidade.

Em primeiro lugar, porque não se pode considerar o solo criado como tributo, pois embora possa ser prestado em dinheiro, não é, essencialmente, uma **prestação pecuniária compulsória**, assim como não é tributo a obrigação do proprietário de um imóvel tomado de efetuar a sua reforma, cuidar para que não haja desmoração, etc.

A obrigação do proprietário, ao construir, de realizar obras específicas destinadas ao cumprimento da legislação urbanística não se constituem em tributos, pois tratam-se de exigências da legislação urbanística disciplinadora da função social da propriedade.

Da mesma forma, a prestação realizada pelo proprietário que pretende exercitar o direito de construir sob o regime do solo criado, trata-se de exigência que tem por fim a implementação da função social da propriedade.

Como é sabido, as limitações administrativas impõem aos particulares a obrigação de adequar o exercício do direito de propriedade aos padrões exigidos para uma convivência social pacífica.

No caso, ainda que fosse considerado um tributo, jamais poderia ser considerado como imposto, pois há uma atividade do poder público que enseja a prestação do proprietário, que é o fornecimento de equipamentos urbanos e serviços públicos inexistentes e desnecessários antes do exercício do direito de construir.

A título de conclusão do capítulo, deve-se dizer que não há um enquadramento tributário adequado para o solo criado, pois tal instituto não é um tributo, ainda que possua certa similitude. Trata-se de instituto próprio do direito urbanístico que visa o cumprimento da função social da cidade, estando plenamente adequado ao sistema constitucional vigente, em especial pelas determinações do artigo 182 da Constituição Federal e de seus parágrafos.

### ***B. A competência para instituir o solo criado***

A competência legislativa das matérias relativas ao direito urbanístico, segundo o que dispõe o artigo 24, I, da Constituição Federal, é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal.

À União cabe apenas a possibilidade de estabelecer normas gerais que tenham aplicação nacional, ficando aos Estados a possibilidade de normatizar a matéria de forma complementar.

Como foi dito anteriormente, a competência da União, nesta matéria é limitada a criação de diretrizes gerais “para o desenvolvimento urbano, inclusive

habitação, saneamento básico e transportes urbanos”, como determina o artigo 21, XX, da Constituição Federal.<sup>31</sup> Para além de tais diretrizes, a União estará invadindo competência alheia, pois as demais esferas de atuação legislativa são privativas, estando perfeitamente adequadas ao sistema constitucional.

Mesmo aos Estados, a competência em matéria de direito urbanístico é restrita. O Estado tem competência para o estabelecimento de regras gerais<sup>32</sup> na ausência de legislação federal. Existindo legislação federal, o Estado poderá estabelecer regras que tenham aplicação em todo o seu território, desde que não as suas disposições não penetrem na competência Municipal.

Em relação ao solo criado, a União pode criar regras genéricas definindo o instituto e estabelecendo os seus contornos, o que, por ora não existe e, sequer é necessário, a teor do que determina o artigo 182, § 1º, da Constituição Federal, que atribui ao Plano Diretor da Cidade o papel de criar os mecanismos para consecução da função social da cidade.

Tanto a União quanto o Estado, ao legislar sobre solo criado devem respeitar a competência municipal e também obedecer a uniformidade da regulamentação, para que suas regras atinjam todos os municípios da mesma forma e intensidade.

Mesmo obedecendo tal disposição, o Estado Federado tem competência para instituição do solo criado nas regiões metropolitanas, porque há interesse estadual na forma de organização e distribuição das cidades da capital.

A localização da sede administrativa do Estado na chamada Capital, faz com que surjam concentrações populacionais e a formação “de agregados de núcleos urbanos, de cuja integração resultam as chamadas *regiões metropolitanas*”. Tais agregados possuem uma unidade que faz nascer “*necessidades metropolitanas*”, que não admitem uma simples adição de soluções parciais, mas impõem que as “soluções sejam logradas, completa e perfeita integração entre todas as unidades de atuação administrativa na região metropolitana”.<sup>33</sup>

Em tais áreas, pela própria formação das ***necessidades metropolitanas***, e do disposto no artigo 24, I, da Constituição Federal, a competência legislativa é do Estado Federado, cabendo ao Município legislar sobre a matéria se as suas necessidades forem peculiares, enquadráveis dentro do conceito de ***interesse local*** do artigo 30, I, da Constituição Federal.

---

<sup>31</sup> “Nesse campo, são de apontar a competência da União para: (a) elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenamento do território; (b) instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; (c) estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação. Além disso, encontramos a competência não exclusiva para: proteger obras e bens de valor histórico e cultural (...), paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, bem como o meio ambiente, e combater a poluição, (...) consoante as prescrições dos arts. 215, 216 e 225”. SILVA, José Afonso. Direito Constitucional. p. 498.

<sup>32</sup> Em razão da competência suplementar do art. 24, § 3º: “Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”.

<sup>33</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 10 e 11.

Como as necessidades que determinam a criação do solo criado como mecanismo de administração do crescimento urbano, estão associadas de forma muito estreita com as peculiaridades de cada cidade, os dispositivos constitucionais que de forma direta disciplinam a matéria são os artigos 30, I, II, VIII, e 182 da Constituição Federal.

A cláusula constitucional do **interesse local** torna o Município o principal agente para a regulamentação do solo criado, já que são as peculiaridades municipais que determinam a sua adoção, excetuados os casos em que há competência do Estado nas Regiões Metropolitanas, se configurada a **necessidade metropolitana**.

Não obstante esta distribuição de competências, a eficácia do solo criado como um mecanismo perene de administração da cidade possui óbices para que o Município o institua de forma plena.

O problema está ligado a separação entre o direito de construir e o direito de propriedade, circunstância que provoca profundas modificações na estrutura jurídica e econômica do direito de propriedade.

No direito brasileiro vige a regra segundo a qual o que não consta no registro imobiliário não pode ser oposto contra terceiros. Isso significa que pode a propriedade ser esvaziada pela transferência de índices construtivos de um imóvel para utilização em outro quando houver interesse social na realização de tal negócio, como nos casos em que se quer evitar a construção acima de determinado gabarito por razões estéticas, salubridade (aeração), ou outras razões de cunho histórico, ambiental, etc.

Diante da possibilidade do esvaziamento do direito de propriedade, que por tal razão terá diminuída a sua utilidade econômica, nada pode ser feito pela pessoa que transacionou com o Município os índices construtivos. Porém, terceiro que venha adquirir imóvel em tais condições será prejudicado, pois não dispõe de informações públicas (cujo conhecimento seja obrigatório), para afastar o dano.

Em face do fato da competência legislativa sobre registro imobiliário ser matéria privativa da União, segundo o que dispõe o art. 22, XXV, da Constituição Federal, não há como o Município implementar um sistema registral que tenha a mesma eficácia do registro de imóveis, ou mesmo que possa exigir do registro de imóveis que separe o direito de construir do direito de propriedade.<sup>34</sup>

Tal dificuldade pode ser solucionada de duas formas.

A primeira, mediante a obrigatoriedade da Prefeitura Municipal cientificar o adquirente do imóvel quando do pagamento do Imposto de Transmissão pela

---

<sup>34</sup> Os artigos 1.368 a 1.376 do projeto de Código Civil aprovado pelo Senado em 11 de novembro de 1997 tratam do **direito de superfície**, como um direito de **construir e de plantar**, distintos do direito de propriedade. Tal direito será registrável no Registro de Imóveis, como se pode ver da redação do art. 1368: "O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis".

Apesar da semelhança solo criado e direito de superfície são institutos com natureza e estrutura jurídica distintas, embora reconhecidamente nos levam a uma conclusão: propriedade e direito de construir podem ser separados sob o ponto de vista jurídico e econômico.

transferência da propriedade imobiliária, sob pena de ser solidária na obrigação de reparar os danos que a ação do vendedor de má-fé tenha dado causa, o que deve ser estabelecido por Lei Municipal.

A segunda, mediante a averbação na matrícula do imóvel da limitação ao direito de construir ou do acréscimo ao direito de construir, em razão do disposto no art. 167, II, 4, combinado com o artigo 246 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Tais dispositivos tem a seguinte redação:

**“Art. 168. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:**

**I — o registro: (...)**

**II — a averbação: (...)**

**4) da mudança de denominação e de numeração dos prédios, da edificação, da reconstrução, da demolição, do desmembramento e do loteamento de imóveis”.**

**“Art. 246. Além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbadas na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.**

**Parágrafo único. As averbações a que se referem os itens 4 e 5 do inciso II do art. 167 serão feitas a requerimento dos interessados, com firma reconhecida, instruído com documento comprobatório fornecido pela autoridade competente. ...”**

Tais dispositivos de lei, em especial o art. 246 na parte que afirma que ***serão averbadas na matrícula outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro***, trazem a permissão legal para que a Municipalidade, por Lei Municipal, imponha às pessoas que adquirem ou vendam índices construtivos o dever de efetuar a averbação da modificação do direito de construir, como condição para a outorga da licença para construir.

Fora das duas possibilidades acima, a instituição do solo criado sem que haja legislação federal, torna-se perigosa pelo potencial danoso que representa, já que o solo, normalmente identificado com o objeto do direito de propriedade, transforma-se em simples suporte de uma atividade urbana.

O solo, no meio urbano não é meramente solo, mas “suporte” de uma atividade urbana, perdendo o valor pelo que seja em si, e adquirindo valor ***“enquanto suporte para uma atividade urbana”***.<sup>35</sup>

Diante disso, Antônio Chaves afirma que o direito ao solo criado torna-se um direito real pertencente ao titular do direito de construir, o que exigirá, também, um sistema de **registro imobiliário**, já que as transferências terão um papel constitutivo do direito sobre o imóvel edificado:

**“no registro de cada terreno urbano deverá figurar o seu coeficiente de aproveitamento permitido, bem como deverá ser averbada toda ocupação feita em sua área”**.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> CHAVES, Antônio. “Solo Criado”. Edificação Compulsória. Revista dos Tribunais, v. 709, p. 21.

<sup>36</sup> Op. Cit., p. p. 22.

Não obstante a argumentação do civilista, deve-se observar que o Direito Urbanístico tem premissas distintas do Direito Civil, embora grande parte de suas regras lhe sejam aplicáveis.

Quem tem direito a construir acima de determinado índice tem uma licença para construir, licença esta que está condicionada a obediência de requisitos específicos, entre os quais a espécie de construção que será efetuada. Não se trata de um direito real como é o direito de superfície, mas sim de um limite ao direito de construir, que poderá ser exercido mediante o cumprimento das exigências estabelecidas pelas regras do Plano Diretor, da legislação urbanística em geral e, em especial mediante a obediência dos requisitos da função social da propriedade.

O direito de construir, embora separado do direito de propriedade, permanece com o proprietário, que somente poderá exercê-lo nos exatos limites ditados pela administração, que deverá agir em prol da função social da cidade. A possibilidade de transferência de índices não *coisifica* o direito de construir, que não tem a *perseidade*<sup>37</sup> necessária para tornar um registro imobiliário como condicionante para sua existência.

## CONCLUSÃO

O solo criado é um instrumento ainda pouco utilizado, mas que pode ser eficaz para resolver o problema da especulação imobiliária prejudicial a coletividade, principalmente naqueles casos em que uma só pessoa é proprietária de grandes extensões de terra no meio urbano, com larga infra-estrutura, mas sem qualquer utilização. Serve, também para resolver o problema dos grandes contingentes populacionais que se aglomeram nas periferias, obrigando o poder público a investir quantias enormes na expansão urbana, com equipamentos urbanos ociosos, por outro lado.

Não há eliminação, mas simples limite ao direito de construir, que deverá cumprir com um requisito, que é adquirir do município, as condições necessárias para a manutenção pública do local, sob pena de que o particular passa a decidir sobre os destinos da administração.

De competência municipal, sua regulamentação deve ser feita pelo Plano Diretor, lei cuja atribuição de realizar a função social da cidade e da propriedade imobiliária urbana foi atribuída pela Constituição Federal.

A constitucionalidade do solo criado, por sua vez, assim como a possibilidade de sua aplicação independente de qualquer legislação, exceto a municipal, não elimina a carência legislativa no âmbito federal.

É urgente e imprescindível que seja editada legislação que trate de um plano nacional de organização urbana, que tenha por objeto não só o solo criado, mas uma série de outras figuras jurídicas do direito urbanístico que não são regulamentadas ou cuja regulamentação é deficiente, como os casos do IPTU progressivo no tempo, a edificação compulsória e critérios gerais para o zoneamento urbano.

---

<sup>37</sup> LIMA, Rui Cirne. A rebelião das cousas.

## BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed. SP: Malheiros, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CHAVES, Antônio. “Solo Criado”. Edificação Compulsória. Revista dos Tribunais, v. 709.
- CHAVES, Antônio. “Solo Criado”. Edificação Compulsória. Revista dos Tribunais, v. 709.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano (projeto de lei 5.788/90). Revista de Direito Civil, v. 63.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Aspectos jurídicos do solo criado. Revista Forense.
- FAGUNDES, Seabra. Aspectos Jurídicos do Solo Criado. Revista Forense, v. 263.
- GOMES, Orlando. A Função Social da Propriedade. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº especial, (Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Ferrer-Correia), 1989.
- GRAU, Eros Roberto. Direito urbano. SP: RT, 1983.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger e BUSQUETS, Cristina Del Pilar — Favelas, Invasões e Modalidades de Loteamentos — In: Temas de Direito urbanístico 2, São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 58 e ss.
- LIMA, Rui Cirne. A rebelião das cousas.
- Meireles, Hely Lopes. Direito de Construir. 6ª ed. SP: Malheiros, 1990.
- SILVA, José Afonso. Direito Constitucional.
- SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Solo Criado: Um Caminho para minorar os Problemas Urbanos. Temas de Direito urbanístico 2, São Paulo: Ed. RT, 1991.

\* Advogado e professor na ULBRA, e-mail: gbranco@.pro.via-rs.com.rs.



DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA PARA RESCINDIR  
SENTENÇA NORMATIVA PROFERIDA EM DISSÍDIOS COLETIVOS*Américo Luís Martins da Silva \**

**D**iz-se, normalmente, que dissídios individuais são aqueles em que se ventilam imediatamente interesses concretos de indivíduos determinados e que dissídios coletivos são os em que se ventilam, imediatamente, interesses abstratos do grupo ou da categoria.

WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA afirma, a respeito, que é basilar no Direito Processual do Trabalho a distinção entre dissídio individual e dissídio coletivo, uma vez que os trâmites processuais, a estrutura, os princípios orientadores e o próprio sentido da prestação jurisdicional são diversos para um e outro desses grupos de dissídios. Assinala, ainda, que, o dissídio individual tudo e por tudo, se assemelha aos processos cíveis, ao passo que os dissídios coletivos, através dos quais se exerce o poder normativo da Justiça do Trabalho, têm a característica típica de arbitragem compulsória vinculada por critérios específicos da lei<sup>1</sup>.

Na opinião de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, a distinção entre dissídio coletivo e dissídio individual pode ser explicada com base na natureza da lide, nas partes e sua representação e no objeto<sup>2</sup>.

A lide, no dissídio coletivo, diz ele, verifica-se sob a forma de conflito coletivo trabalhista, envolvendo grupos sociais, de um lado o grupo de trabalhadores de outro lado o grupo de empregadores. Trata-se, portanto, de litígio entre comunidades sociais. Já no dissídio individual a lide não é entre grupos, mas entre pessoas, singularmente consideradas, o trabalhador e o empregador. As partes, no dissídio coletivo, são as categorias econômica e profissional, entendendo-se por categoria profissional o grupo de trabalhadores e por categoria econômica o grupo de empregadores. No dissídio individual, as partes não são as categorias constituídas de pessoas abstratamente determinadas e qualificadas nas peças judiciais, de modo que a relação jurídica processual instaura-se entre essas pessoas, que são, antecipadamente, conhecidas, o que não ocorre quando o dissídio é coletivo.<sup>3</sup>

Segundo, ainda, AMAURI MASCARO NASCIMENTO, a representação das partes faz-se através das organizações sindicais nos dissídios coletivos, cabendo ao Sindicato de trabalhadores a legitimidade de representação, enquanto nos dissídios individuais o interessado tem que pessoalmente figurar na relação jurídica processual, salvo casos excepcionais em que se admite representação, como no do menor de 18 anos. O objeto imediato de todo processo é a decisão. Porém, é fundamentalmente diferente a sentença proferida nos dissídios individuais, em tudo semelhante às decisões proferidas no processo civil, da sentença normativa dos dissídios coletivos, que estabelece uma norma geral para a categoria dos dissidentes sem especificar os destinatários singulares que estão sujeitos ao seu

<sup>1</sup> Cf. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, São Paulo, Ltr Editora, 1977, p. 146.

<sup>2</sup> Cf. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 13ª edição, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 164.

<sup>3</sup> Cf. *op. cit.*, p. 164.

comando, mas, apenas, referindo-se ao grupo e dentro de uma base territorial que decorre, corretamente, da base territorial em que exerce a sua atuação o órgão sindical legítimo para figurar no processo como representante. Em sua opinião, devemos notar que a sentença individual responde a um pedido de aplicação dos direitos já previstos nas normas jurídicas<sup>4</sup>.

Assim, dentre os vários elementos diferenciadores dos dissídios individuais e dos dissídios coletivos, selecionamos como os mais importantes os seguintes: o dissídio individual trata exclusivamente de interesses concretos (tipificados em um norma preexistente); no dissídio individual os beneficiados são indivíduos determinados, com qualificação individualizada; o dissídio coletivo trata de interesses abstratos ou hipotéticos; no dissídio coletivo os beneficiados são grupos ou categorias, indivíduos sem qualificação individualizada.

Visto isto, apesar da diferenciação entre dissídio individual e coletivo, em ambos os casos tem cabimento a ação rescisória.

A dúvida do cabimento da ação rescisória resiste, em face da natureza da sentença no caso específico do processo coletivo dispositivo, que se configura quando a demanda se dirige a provocar, sob a forma de sentença coletiva, a formação de novas normas coletivas, caso em que o juiz pode decidir segundo a equidade<sup>5</sup>. Pois sendo de natureza constitutiva e abstrata (norma geral elaborada pelo Poder Judiciário), da mesma forma que as leis, segundo muitos, só pode ser revogada por outra sentença normativa, e não, como entendem alguns rescindida através de ação rescisória.

Sustentou o eminente comercialista Professor WALDEMAR MARTINS FERREIRA que a Justiça do Trabalho, a qual fora instituída pela Constituição de 1934, não tinha senão uma função nitidamente jurisdicional, não podendo modificar os contratos de trabalho, individuais e coletivos, estabelecendo normas gerais sobre eles: isto pertencia, privativamente, à competência do Poder Legislativo, como estava escrito, com todas as letras, no art. 5<sup>o</sup>, XIX, *i*, e no art. 39, VIII, *e*, daquela carta política<sup>6</sup>. Ao escrever, porém, o 2<sup>o</sup> volume de sua citada obra, já na vigência da Carta Constitucional de 1937, o Professor WALDEMAR MARTINS FERREIRA ponderou que, “entretanto, possa a lei delegar-lhe (ao juiz do trabalho) função nitidamente legislativa de modo a poder ditar normas extensivas a outras pessoas, estranhas à lide, e, mesmo, ao conjunto de pessoas constituintes de certa categoria profissional, não é coisa que se não possa admitir no regime político em vigor. Entre os princípios constitucionais dominantes está o da delegação de poderes legislativos a órgãos administrativos e, até, a órgão não estatais, a pessoas jurídicas de direito privado, investidas de funções públicas. Sendo assim, fora de propósito não é que a delegação se faça a órgãos judiciários”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> *Id.*, *loc. cit.*.

<sup>5</sup> JAEGER, Nicola. *Corso di Diritto Processuale del Lavoro*, 1936, pp. 10 e segs. *Apud* Wilson de Souza Campos Batalha, *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1977, p. 148.

<sup>6</sup> Cf. *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho*, vol. I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1935, p. 175 e 220.

<sup>7</sup> Cf. *op. cit.*, vol. II, p. 144.

Realmente a lei delegou ao Poder Judiciário função legislativa de modo a poder editar normas, normas de direito material ou substantivo. A lei não delegou poderes para editar normas de direito formal ou adjetivo. As normas que regulam os procedimentos dos dissídios coletivos econômicos e jurídicos já são dadas. Assim, não pode o Poder Judiciário estabelecer normas gerais de direito formal.

O procedimento estabelecido para os dissídios coletivos é típico, não encontrando qualquer relação com o procedimento da elaboração das leis pelo Poder Legislativo. Ademais, a sentença normativa não é a lei no sentido estrito, muito pelo contrário, na escala hierárquica encontra-se abaixo dela, subordina-se a ela. A sentença normativa é apenas norma que está, na escala hierárquica, um pouco acima da sentença, trânsita em julgado, proferida no dissídio individual, que, por sua vez, também é norma, pois é lei (em sentido amplo) entre as partes litigantes.

O fato de os dissídios individuais regularem interesses concretos de indivíduos determinados e os dissídios coletivos regularem interesses abstratos de indivíduos indeterminados pertencentes a um grupo ou a uma categoria, acreditamos não ser motivo suficiente para aplicar-se princípios formais, exclusivos para a elaboração das normas editadas pelo Poder Legislativo. As sentenças normativas, tanto quanto as sentenças proferidas em dissídios individuais têm como limitações os dispositivos existentes nas leis editadas pelo Poder Legislativo. O procedimento para se ter a sentença normativa, tanto quanto o procedimento para se ter sentença proferida em dissídio individual, está limitado ao estabelecido por essas leis editadas pelo Poder Legislativo.

A Consolidação das Leis do Trabalho estabeleceu procedimento tanto para os dissídios individuais, como para os dissídios coletivos. É certo que são diferentes na fase de conhecimento e até mesmo em alguma parte da fase de execução. Diferenças estas fixadas pelo próprio texto de uma única codificação. Entretanto, na fase recursal são aplicados a maior parte dos princípios e formas estabelecidos para os dissídios individuais. As partes podem interpor recurso ordinário, tanto no caso de dissídio coletivo, como no caso de dissídio individual. Inclusive, contra sentença normativa, que será sempre recebido no efeito suspensivo quanto à parte que exceder o índice fixado pela política salarial do Governo (Lei nº 5.584, de 1970, art. 8º). Este quadro caracteriza bem o procedimento puramente judicial dos dissídios coletivos (econômicos ou jurídicos), incompatível com qualquer princípio ou forma aplicável ao processo legislativo propriamente dito.

No julgamento do dissídio coletivo pode ocorrer: *a)* prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; *b)* impedimento ou absoluta incompetência do juiz; *c)* colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; *d)* violação de literal disposição de lei; *e)* prova falsa (ex: ata de assembléia com falsidade ideológica); *f)* casos em que há fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença normativa; *g)* erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Estabelece o art. 796 da Consolidação das Leis do Trabalho que, nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas previstas na própria CLT. Pois bem! Ocorrendo algumas das hipóteses acima enumeradas quando proferida a sentença normativa, estando esta trânsita em julgado (não

havendo sido interposto recurso ordinário dentro do prazo legal ou tendo sido julgados todos os recursos admissíveis), aplica-se, perfeitamente, o art. 485 do Código de Processo Civil ao processo coletivo, tanto dispositivo como declaratório. Não há, ao nosso ver, qualquer incompatibilidade com as normas previstas na CLT.

Alguns alegam que a incompatibilidade reside no fato de que a sentença normativa proferida nos dissídios coletivos de natureza econômica não produz efeito de coisa julgada e, não havendo coisa julgada, não há que se falar em cabimento de ação rescisória.

Quanto à isto merecem ser lembradas as ponderações de VICTOR NUNES: “Nada disso impede que tais decisões transitem em julgado, porque a diferença entre estas e as demais sentenças não está no menor ou maior rigor da coisa julgada (cuja autoridade é sempre a mesma), mas na natureza da própria relação jurídica reconhecida pela sentença... A afirmação de que as sentenças que estabelecem novas condições de trabalho também constituem coisa julgada apesar de sua natureza dispositiva e temporária, é comprovada ainda por este argumento: os feitos que elas tiverem produzido enquanto hajam vigorado (até que tenham sido revistas ou durante o prazo normal de sua duração) são imutáveis, isto é, estão protegidas pela autoridade da coisa julgada, no aspecto comumente denominado de coisa julgada material. Se a possibilidade de revisão da sentença significasse inexistência da coisa julgada, os efeitos do julgamento revisor seriam retroativos, como ocorre com as decisões proferidas em recurso. Mas isso não acontece na revisão, que dispõe para o futuro, e que não é, por isso mesmo, um recurso, mas juridicamente uma nova ação”<sup>8</sup>.

A sentença individual produz sempre o efeito de coisa julgada (material e formal), o que ocorre também com a sentença coletiva jurídica, ao passo que, apesar de a sentença coletiva econômica nascer sob o signo da alterabilidade (cláusula *rebus sic stantibus*), produz efeito de coisa julgada material<sup>9</sup>. Entretanto, não obstante diferentes efeitos de cada uma, todas transitam em julgado, e transitando em julgado, estão sujeitas à ação rescisória, caso se verifique um ou uns dos vícios anteriormente enumerados. No direito processual civil também há casos em que se verifica apenas o efeito de coisa julgada material (ex.: a ação de alimentos) e nem por isso deixa de ser cabível a ação rescisória.

Vale esclarecer, ainda, que a nulidade da sentença normativa não pode ser alegada na ação de cumprimento, necessitando-se propor a competente ação rescisória<sup>10</sup>, desde que o vício esteja entre os que estão enumerados no art. 485 do Código de Processo Civil.

Por todas estas razões, acreditamos, com muita tranquilidade, no cabimento da ação rescisória para atacar sentença normativa transitada em julgado, inclusive aquelas proferidas nos dissídios coletivos de natureza econômica.

---

<sup>8</sup> Cf. “funções Normativas de Órgãos Judiciários”. In. *Revista Forense*, CXVII, Rio de Janeiro, Editora Forense, p. 39.

<sup>9</sup> Cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *op. cit.*, p. 164.

<sup>10</sup> Cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *op. cit.*, p. 732.

## Bibliografia

1. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, São Paulo: LTr Editora, 1977.
2. FERREIRA, Waldemar Martins. *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho*, vol. I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1935.
3. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 1992.
4. NUNES, Victor. "Funções Normativas de Órgãos Judiciários". In: *Revista Forense*, CXVII, Rio de Janeiro: Editora Forense.

\* Procurador Autárquico Federal: Professor de Direito Econômico, de Direito Empresarial, de Planejamento Tributário, de Direito Imobiliário e de Introdução ao Direito Civil da Fundação Getúlio Vargas e Professor de Direito Societário na Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro; Doutorando também pela Universidade Gama Filho. Obras jurídicas já publicadas: 1) *As Ações das Sociedades e os Títulos de Crédito* Rio de Janeiro. Editora Forense, 1995; 2) *A Ordem Constitucional Econômica*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1996; 3) *A participação do Empregados no Lucros, nos Resultados e na Gestão da Empresa*, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 1996; 4) *a Evolução do Direito e a Realidade das Uniões Sexuais*, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 1996; 5) *Do Precatório-requisitório na Execução contra a Fazenda Pública*, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 1996 (1ª ed.) e 1998 (2ª ed.); 6) *As Locações Imobiliárias*, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 1997; 7) *O Dano Moral e sua Reparação Civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999; 8) *A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, no prelo.



## A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E OS DIREITOS SOCIAIS

*Meire Lúcia Gomes Monteiro \**

**A**pujança do Sistema de Previdência Complementar ou Previdência Privada, especialmente no que tange aos Fundos de Pensão, se revela através dos seus números: volume patrimonial 80 bilhões; 6,4 milhões de participantes entre trabalhadores e dependentes; atingindo 11% do PIB (Produto Interno Bruto). No Estados Unidos representam mais de 61% do PIB, no Japão, 72%, na Inglaterra 80% e na Holanda, país onde muitos dos maiores fundos são patrocinados pelo setor público, esse número alcança 120% do PIB.

Apesar do atraso em relação aos países desenvolvidos, a Previdência Complementar Brasileira, decorridos mais de 20 anos do advento da Lei 6.435/77

– instituidora dos Fundos de Pensão – alcançou, passo a passo a dimensão de um dos mais poderosos instrumentos de promoção do desenvolvimento social, cultural e econômico.

Todavia, estamos longe de explorar o verdadeiro potencial do sistema sendo, ainda, inexpressiva, a presença e a participação da Previdência Privada no processo de desenvolvimento do país.

A recente Reforma da Previdência, ditada pela Emenda Constitucional nº 20, redimensionou a Previdência Complementar, introduzindo, ainda que de forma incipiente, os instrumentos necessários à alavancagem do sistema.

Como verdadeiro marco histórico, ampliam a intervenção da previdência complementar no cenário sócio-econômico e jurídico do país e estão em discussão no Congresso Nacional, através dos Projetos de Leis Complementares nº 8, 9 e 10, de 16 de março de 1999.

O Projeto de Lei Complementar nº 8/99 dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências; o Projeto de Lei Complementar nº 9/99 dispõe sobre as normas gerais para a instituição de regime de Previdência Complementar pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios; O Projeto de Lei Complementar nº 10/99 dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências.

O modelo inserido nas propostas, além da manutenção dos princípios e fundamentos técnicos inerentes à previdência complementar, segue a tendência mundial de ajustes às mudanças no ordenamento econômico e social nos respectivos países e evidencia os seguintes pontos: a transparência em todas as operações; a maior representatividade dos participantes nos órgãos deliberativos; aumento da segurança para os entes participantes (empregados e empregadores); profissionalização dos gestores; maior abrangência do sistema; estabilidade de regras; credibilidade e flexibilidade para adequação do sistema à nova realidade.

Na esteira dos modernos sistemas de previdência existentes no mundo, a nossa reforma implementada pela Emenda Constitucional nº 20/98 manteve a previdência pública em caráter obrigatório e solidário consagrando, na forma do atual art. 202 da CF, o caráter complementar, previdenciário e autônomo em relação ao regime geral.

Isto significa que permanece a vinculação do regime complementar privado ao regime geral (INSS). Todavia, houve a desvinculação do contrato de trabalho que integra as relações contratuais das entidades de previdência fechadas e a complementariedade do benefício passa a ser facultativa (art.202,CF). Temos, portanto, a preservação do caráter facultativo da previdência complementar.

Neste aspecto, são inovadores os mecanismos fixados pela figura do instituidor – possibilitando às pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (OAB é um exemplo) a opção de constituir, para os seus associados ou membros, uma entidade de previdência fechada ou fundo de pensão. Neste caso, o que antes era restrito aos empregados de uma empresa chamada patrocinadora é ampliado para dar acesso à expressiva parcela da população à Previdência Complementar.

Com o objetivo de garantir a continuidade da poupança, temos a portabilidade, instrumento que garante ao participante a totalidade das contribuições aportadas em seu nome, quer seja por ele próprio, quer seja pelos patrocinadores.

Na mesma linha, o benefício diferido ou *vesting* apresenta-se como meio de opção pelo recebimento futuro de um benefício proporcional às suas contribuições, em razão da cessação do vínculo empregatício com os patrocinadores ou instituidores antes da aquisição do direito ao benefício pleno.

Como instrumento de controle, transparência e credibilidade é garantido aos participantes pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos fundos.

Além destes, verifica-se a ampliação das modalidades de planos de benefícios (planos de contribuição definida e de contribuição variável), o fundo de solvência (constituição de reservas que garantam, de forma integral o benefício contratado), o resseguro (que garante aos participantes seus direitos no caso de incapacidade financeira do fundo aos quais estejam vinculados), o multi patrocínio (quando entes ou empresas não possuam volume de empregados que justifiquem fundos independentes), entre outros.

Do ponto de vista da ação do Poder Público a reforma através do PLC nº 10/99, fortalece o papel do estado como agente regulador e fiscalizador além de formulador de políticas e diretrizes para atingir os objetos econômicos e sociais inerentes a Previdência Complementar.

Evidenciando maior transparência, controle e credibilidade do sistema, no seu artigo 3º ao estabelecer a obrigatoriedade da ação dos estado para assegurar o pleno acesso às informações relativas a gestão dos fundos por parte dos participantes assistidos, bem como, no seu artigo 37 proporcionar aos mesmos acesso a instâncias colegiadas de direção da entidades.

O PLC avança na questão fiscal ao prever a possibilidade de que os investimentos e rendimentos constituídos com recursos destinados a garantir o pagamento dos benefícios gozem de incentivos fiscais. Neste momento, a questão da imunidade tributária aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – STF – sendo possível a dedução do IR das contribuições tanto do empregador (em até 30% do valor da folha de pagamento) quanto do empregado (até 12% das contribuições).

Há que se dar vistas ao fato de que o assunto está inserido no contexto maior da seguridade social, tal como delineado pela Carta Constitucional em seu artigo 194:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Esta sinalização constitucional, inscrita no art. 194, indica que, nos dias de hoje, o ordenamento jurídico não se compadece com uma conceituação limitada tão-somente à Previdência Social, para traduzir transformações tão rápidas e perceptíveis pela comunidade social. Assim, nessa estrutura, chancelou a presença da Previdência Privada, pelo inegável e relevante desempenho de suas funções, eminentemente auxiliaadoras e colaboradoras com o Poder Público.

A Constituição de 1988 reconheceu, assim, o elo que extravasa da relação capital-trabalho, reformulando a convivência entre ambos pelo fator integração.

No assimilar desse entrelaçamento, situa-se a Previdência Privada, que tem por finalidade proporcionar à sociedade, a possibilidade de uma proteção social mais compatível com a dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos da República, como vê-se do art. 1º, inciso III, da Constituição), bem assim construir uma sociedade livre, justa e solidária, o que é um dos objetivos fundamentais da República, tal como soa do art. 3º, inciso I, da Carta Magna.

Essa solidariedade, que também é um dos princípios básicos da Previdência Social, não se dissocia da Previdência Privada, pelos aspectos econômico-sociais que lhe servem de base.

A Previdência Privada no Estado contemporâneo, divide com este, a prerrogativa de administrar as contribuições previdenciárias, oferecendo à população, planos e programas de prestações complementares mais vantajosas. O resultado deste empreendimento, consiste na redução da função do Estado em tutelar e assegurar as prestações previdenciárias.

Inafastável, porém, o papel regulador do Estado nos organismos da Previdência Privada.

De boa oportunidade os ensinamentos do Professor WAGNER BALERA, que, na esteira de outros doutrinadores, entre os quais o perlustrado ANÍBAL FERNANDES, assim dilucida: “O sistema de previdência supletiva, no Brasil, é privado. Essa característica não pode ser considerada apenas como um rótulo, presente no nome (previdência privada) e ausente na prática. Não! Convém que haja um esquema estatal de proteção e que, ao lado dele, coaleça uma estrutura complementar privada e facultativa”.

Na mesma linha Wladimir Novaes Martinez: “a supervisão do Estado e sua eventual presença, bem como a regulação da matéria (maior ou menor, conforme a vontade política do momento) e mesmo a semelhança de objetivos, não chegam a submeter a relação às normas de Direito Público”.

Adiante alerta o renomado especialista previdenciário: “Registra-se a afirmação não é absoluta, pois a contiguidade do Estado regulador é intensa, ferindo a liberdade contratual e, em particular, as vezes, no bojo da relação privada impõe-se o espírito da norma pública (tal o seu alcance protetor)

Em verdade, a atividade complementar da entidade de previdência privada exerce-se apenas na parte do domínio previdenciário não ocupado pela previdência social. E assim é, de fato. A previdência social está prevista, constitucionalmente, nos artigos 201 e 202, como atividade estatal, e, como atividade complementar à atuação estatal, conforme se depreende dos artigos 194 e 202.

Assevera-se, pela idéia de integração refletida no texto constitucional, que o bem-estar geral não depende só da atuação do Estado, pela Previdência e Assistência Social (Poder Público), mas, também, da previdência, em nível da atividade privada.

Equivocadamente, no entanto, a Previdência Privada vem sendo tratada por muitos especialistas como antagonica e excludente em relação a Previdência Pública. Argumentam que o êxito e abrangência da Previdência Privada decorre da falência do sistema básico e público e que as pessoas devem buscar outras

alternativas. Ao contrário, somente um sistema de previdência social justo e atuarialmente equilibrado garante a população economicamente ativa conquistar um sistema de previdência privado próspero e determinante no desenvolvimento da economia e formação de poupança.

Contrapondo o propagado déficit da Previdência Social, a professora da UFMG, Eli Gurgel Andrade, autora da tese de doutorado o “(Des)equilíbrio da Previdência Social Brasileira”, premiada pelo Conselho Federal de Economia, afirma em reportagem do jornal O Estado de Minas, de 28 de maio de 2000: “Apenas foram registrados quatro anos de déficit no INSS (1967, 1980, 1996 e 1999). E se as reservas dos anos em que era superavitária fossem mantidas e corrigidas monetariamente, seus ativos em setembro de 98 teriam chegado a R\$ 598 bilhões”.

Aliás, os déficits atuariais ocorrem, também, nos fundos de pensões. Como na previdência pública, se a gestão não for eficiente não há como arcar com os valores das aposentadorias. Convém lembrar que o déficit dos fundos estatais está avaliado em 20 bilhões de reais (dados da Secretaria de Previdência Complementar do MPAS).

Afigura-se-nos que as condições ideais para o florescimento da Previdência Complementar impõem um cenário de crescimento econômico, baixa rotatividade nos empregos, evolução salarial, na medida em que baixos salários permitem apenas a satisfação de necessidades básicas, não possibilitando excedentes que consigam bancar contribuições adicionais.

No atual quadro recessivo da economia brasileira, apesar da estabilidade, vislumbramos sérias dificuldades para a pretendida expansão da previdência complementar, senão em certos segmentos elitizados e minoritários, como médicos, economistas, engenheiros, advogados, funcionários públicos, dentre outros. No próprio setor público, que melhor absorveu tal modalidade, o retorno do regime de emprego, celetista, sujeita ao teto de R\$ 1.200,00, e os baixos salários praticados reduzirão o impacto dos planos privados. Acresce-se, a isto, as limitações previstas na regulamentação que exige 1000 participantes e impossibilita a formação de consórcios entre Prefeituras, por exemplo.

Recente relatório divulgado pelo MPAS-PENAD/98, traçando o perfil dos 38,7 milhões de brasileiros não contribuintes da Previdência Social, revela que 23% do contingente “são pessoas que, embora estejam ocupadas, não recebem nenhum rendimento e não têm recursos para destinar a um seguro social. Além dos sem rendimento, há ainda outros 32% que não contribuem por insuficiência de renda, ou seja, porque recebem como remuneração até 1 salário mínimo. Depreende-se que cerca de 55% do contingente de não contribuintes, o que significa 21,3 milhões de pessoas, não contribuem simplesmente porque não têm recursos.” Diante disto, estando milhões de trabalhadores à margem da Previdência Pública, difícil imaginar que poderão destinar recursos a um seguro privado.

A Previdência Privada é sem dúvida, importante fator, ao lado da Previdência Pública de realização do desenvolvimento social e econômico. No cenário pós-reforma não há nenhuma dúvida quanto ao florescimento do seu desempenho especialmente levando-se em conta a possibilidade de incorporação de 10 milhões de trabalhadores com renda acima de R\$ 1,2 mil. Apesar do crescimento de 30% a 40% ao ano desde o Plano Real é considerada muito tímida a atuação do

mercado da Previdência Privada no Brasil atingindo apenas 2 milhões de participantes.

Otimista, o Vice-Presidente da ANAPP (Associação Nacional da Previdência Privada), Fuad Nomanm na referida reportagem do jornal O Estado de Minas “acredita que em 5 ou 10 anos possam estar arrecadando mais do que a Previdência Social”. Para ele, o crescimento da Previdência Privada pode ser justificado por três fatores: “o primeiro fator que explica o bom desempenho do setor, é a estabilidade econômica. O segundo, se refere à discussão pública da crise da previdência social que deixou claro que é difícil o aposentado sobreviver apenas com os rendimentos pagos pelo poder público. E o terceiro, consiste na regulamentação dos incentivos fiscais de dedutibilidade do imposto de renda das aplicações na previdência privada em até 12 % da receita bruta das pessoas físicas”.

Sem emprego, sem distribuição de renda, crescimento da massa salarial, enfim, crescimento e desenvolvimento econômico, a Previdência Complementar é passível de ser concretizada apenas em segmentos elitizados da sociedade e não se coaduna com o ideário da previdência como direito social (Constituição Federal, art. 6º) que só se realiza sob o ponto de vista protetivo através da idéia de Previdência Social Pública, na qual está intimamente vinculada a questão da justiça social e da solidariedade (CF, art. 3º, inc. I).

Consideramos, à vista do momento em que vivemos, muito importante o debate sobre a Previdência Privada, principalmente se levarmos em conta que não houve, nem há, uma ampla e efetiva participação da sociedade e dos interessados na discussão dos projetos em andamento e pelos graves e relevantes reflexos que terão tanto na área previdenciária como nos demais setores da sociedade brasileira.

### Fontes:

- Revista Conjuntura Social, “A Previdência Complementar em Reforma” – Vol. 10, N. 3 – Jul./Ago./Set., 1999
- Revista Conjuntura Social, “Fundos de Pensão: Onde o Sonho é a Realidade” – Vol. 9, N. 3 – Jul./Ago./Set., 1998
- Informe de Previdência Social – Vol. 11, nº 08 – agosto 1999
- Informe de Previdência Social – Vol. 12, nº 03 – março 2000
- Balera, Wagner – “A Seguridade Social na Constituição de 1988” – Ed. Revista dos Tribunais, 1989 – p. 34.
- “Introdução ao Direito Previdenciário”, Ed. LTr/ANPPREV, São Paulo, 1998, vários autores
- Martinez, Wladimir Novaes, “Primeiras Lições de Previdência Complementar” – Ed. LTr – São Paulo – 1996

\* Procuradora da Previdência Social, Fundadora da Associação Nacional dos Procuradores da Previdência Social – ANPPREV, já exerceu os cargos de Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS e Procuradora-Geral do INSS.



EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA 10ª VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO SUL

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, por seu Procurador ao final assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos da Ação Ordinária nº **98.00277660-8**, que lhe move **UNIMED RS– FEDERAÇÃO DAS COOPERATIVAS MÉDICAS DO RS**, apresentar sua contestação, com base nos fatos e fundamentos que seguem.

## *O FUNDAMENTO FÁTICO DA CONTROVÉRSIA*

Insurge-se o autor contra a obrigação de recolher contribuições previdenciárias sobre **valores pagos aos seus cooperados pelos serviços que esses prestam a pessoas jurídicas**.

Cabe, pois, explicitar-se que o campo de incidência da exação foi exclusivamente importâncias disponibilizadas aos cooperados em **razão de serviços prestados a pessoas jurídicas**. Excluídos, portanto, os valores pagos por pessoas físicas em razão da contratação de planos de saúde.

Conforme visto, a presente ação é, explicitamente, um ataque a obrigação de as cooperativas sujeitarem-se ao dever de recolherem contribuições à previdência, com fundamento no inciso II do art. 1º da Lei Complementar 84/96.

## *O FUNDAMENTO JURÍDICO*

“LEI COMPLEMENTAR Nº 84 – DE 18 DE JANEIRO DE 1996”

Institui fonte de custeio para a manutenção da Seguridade Social, na forma do § 4º do art. 195 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Art. 1º Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais:

I — a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas; e (grifei)

II — a cargo das cooperativas de trabalho, no valor de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas. (grifei)

## A TESE DO AUTOR

O autor, através de uma peça em que demonstra sua conhecida erudição, alega em síntese:

1. O descabimento da incidência da contribuição sobre os valores pagos aos cooperados, eis que os serviços são por eles prestados pessoalmente aos beneficiários da empresa tomadora de serviços e não a cooperativa;

2. A inconstitucionalidade da contribuição quando incidu sobre as cooperativas, pois não estaria a dar ao ato cooperativo o adequado tratamento, ferindo assim o art. 146, III, c, da CF. Tal exação incidiria, ainda em bitributação, eis que estaria a tributar o valor pago ao cooperado através da cooperativa, bem como tributá-lo como rendimento do cooperado;
3. O não enquadramento da autora no conceito de cooperativa de trabalho. A posição da autora, seria, portanto, singular, escapando a incidência do art. 1º, II, da LC 84/96;
4. O impacto que a exação causaria nas contas da UNIMED, assim como a repercussão nos contratos firmados.

Antes de uma melhor análise da tese do demandante faz-se necessário um explicitação das razões que levaram a fiscalização do INSS a entender a existência de suporte fático suficiente a configurar a autuação.

## DA CONTRIBUIÇÃO DOS COOPERADOS

O objeto da autuação, segundo se pode notar, foram os conhecidos “seguros de saúde-empresa” nos quais uma determinada empresa contrata os serviços da cooperativa de assistência médica. Esses serviços são prestados pela contratada através dos seus cooperados, sendo utilizados pelos beneficiados (pessoal autorizado pela contratante), segundo suas necessidades e escolha, a partir de lista de credenciados que é posta a disposição pela cooperativa-contratada. Para a definição da relação jurídica contratual, **importante tópico é o sujeito que realiza o pagamento**, conforme assinalou o conselheiro Edson de Jesus Jinkings no acórdão nº 08107322/1998, julgado em 23.10.98 (fl. 93). **Note-se que o pagamento pelos serviços médicos prestados é realizado diretamente pela tomadora à cooperativa**. Explicite-se, pois, que não é o empregado da tomadora que paga ao médico que o atende, também a tomadora não realiza qualquer pagamento a esse profissional. **A empresa contratante do plano de saúde, em razão desses serviços, paga exclusivamente a UNIMED, que, por sua vez, remunera o profissional da saúde.**

Assim fica claro, **o médico recebe valores da cooperativa em razão de serviços prestados à tomadora**. Não se pode dizer que por ser esse serviço originado de atendimento a pessoas físicas, fica descaracterizado o vínculo da cooperativa com a tomadora, eis que **essa prestação é justamente a essência do contrato**. Note-se que inviável seria que uma pessoa jurídica contratasse serviço médico para atendê-la (ela própria), eis que é uma ficção jurídica; ficando claro que quando contrata essa espécie de objeto só poderá sê-lo em benefício de pessoas físicas.

Ademais, **não se pode falar em relação direta entre o “paciente” (funcionário de empresa) e o médico, posto que se o “paciente” for despedido da empresa para o qual labora, automaticamente a sua “pessoalidade” com o médico ficará desfeita.**

Da mesma forma, não se pode falar que tenha o médico relação jurídica DIRETA com a empresa que contrata a autora, eis que se a autora rompe o

“convênio” com a tomadora, ou vice-versa, automaticamente o médico não prestará mais serviços à tomadora.

Quem tem o **controle jurídico da prestação são, pois, a tomadora de serviços e a cooperativa**, não se devendo, portanto, falar em relação pessoal entre paciente e médico.

Assim, pode-se chegar a correta solução quanto a seguinte pergunta: Por que um médico cooperado da autora atende um beneficiário de determinada empresa conveniada com a autora?

A resposta é simples: O médico presta serviços à empresa, por intermédio da cooperativa. E o destinatário do serviço é a pessoa jurídica tomadora de serviços. Aliás, é cristalino que todo o serviço prestado por uma cooperativa só poderá ser prestado através de seus cooperados, pois sem eles, ela não existirá.

Em síntese, pode-se tirar as seguintes conclusões:

- 1 — As empresas contratam a cooperativa para prestar-lhe serviços médicos e não cada um dos cooperados.
- 2 — A tomadora de serviços indica à cooperativa as pessoas que devem ser beneficiadas pelo atendimento dos seus cooperados.
- 3 — Os cooperados atendem as pessoas indicadas pela cooperativa.
- 4 — Em razão desses atendimentos a cooperativa remunera os cooperados.
- 5 — Os valores pagos pela cooperativa aos cooperados em razão do serviço prestado sujeita-se a incidência da contribuição previdenciária instituída pela Lei Complementar 84/96.

Passamos agora a sucinta análise das teses do autor ainda não enfrentadas por ocasião dos tópicos anteriores.

### **Da alegada Inconstitucionalidade da exação:**

Entende a autora que a incidência da tributação sobre ela não dá adequado tratamento ao ato cooperativo. Ora, antes de mais nada cabe destacar que a norma é meramente programática, sendo tão somente dirigida ao legislador ordinário que deverá segui-la quando da elaboração das leis. Tal norma não tem, pois, o condão de consagrar a inconstitucionalidade, eis que tratamento adequado é aquele que o legislador assim o entender, consistindo, pois, em matéria de mérito, inservível de revisão pelo Judiciário.

Ademais, o legislador deu o alegado tratamento, mormente em se tratando de contribuições ao INSS. Esclareça-se que se a autora fosse uma Empresa atuando no mercado de trabalho sob a forma de empregadora estaria sujeita às seguintes contribuições:

**a) 20%** sobre a folha de salários de seus empregados (art. 22, I, da Lei 8.212/91);

b) de **1% a 3%** sobre a folha de salários (art. 22, II, da Lei 8.212/91) para o financiamento de benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – SAT, conforme o risco que os seus empregados enfrentassem.

c) 5,2% destinado a terceiros.

Por outro lado, em sendo uma cooperativa, está sujeita ao pagamento de apenas **15%** dos valores pagos aos seus cooperados, ainda com a opção de contribuir menos, na forma do art. 3º da LC 84/96. Em troca, eliminam-se as contribuições demonstradas nos itens *a* e *b*. Veja-se, pois, a diferença de tributação que pode levar uma cooperativa a contribuir até **40%** a menos do que contribui uma empresa que atua no mesmo ramo, sob a forma de empregadora. Assim, não se pode injustiçar o legislador federal ao argumento que não deu adequado tratamento ao ato cooperativo.

Além disso, **não se confunda incentivo ao ato cooperativo com imunidade fiscal.**

Quanto ao argumento que a riqueza está sendo tributada duas vezes, igualmente não merece acolhida. Ora, a situação tributária é a mesma em se tratando de qualquer outro integrante do processo produtivo, não havendo qualquer dispositivo que fundamente tratamento diferente às cooperativas que, inclusive, já são favorecidas em virtude de menores alíquotas incidentes.

Finalmente, por que não se há de confundir a contribuição a cargo do *médico* e que incide sobre *os valores que recebe da cooperativa* com a contribuição que a **cooperativa** presta com base noutros **valores** (que recebe daqueles que contratam os seus serviços). Há, no caso, sujeitos passivos diversos.

### **Do alegado não enquadramento da autora no conceito de cooperativa de trabalho.**

O Decreto 22.239/32 que inspirou o conceito emitido na inicial foi revogado pelo Decreto 59/66, conforme ensina VALENTIN CARRION ao comentar o art. 442 da CLT, em sua obra Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e nova Jurisprudência em Direito do Trabalho, 1997, versão em CD-ROOM. O instrumento revogador não fixou conceito, deixando tal tarefa à doutrina. Assim, entendemos que superado está o conceito emitido à luz de legislação revogada e que data há décadas. Com efeito, em muito evoluiu o cooperativismo daquela época até a presente e quanto a isso o direito não pode cegar. Ademais, o único reparo ao conceito, segundo alega o autor residiria no fato de acrescentar-se a ele possibilidade da atividade ser desenvolvida por apenas um dos cooperados.

Por outro lado, partindo para uma interpretação do conceito à luz do direito moderno poderíamos enquadrar a autora nele. Veja-se que não há exigência que a ação dos membros dos denominados grupos da cooperativa se dê ao mesmo tempo, podendo ocorrer primeiro a ação de um membro, depois de outro e assim sucessivamente. Isso não desfigura a existência de um grupo. O que vale, pois, é o **fato de haver a disponibilidade de um elenco de profissionais a disposição da empresa contratante.** Dentro dessa linha,

quando uma empresa contrata os serviços da UNIMED ela está pondo à sua disposição todos os médicos a ela associados; sendo que dentro desse universo há grupos de cardiologistas, ortopedistas, dermatologistas, ou seja, diversos especialistas. Tais especialistas poderão ser utilizados conjuntamente (por exemplo em uma cirurgia) como isolada e sucessivamente. Da mesma forma a utilização repetida de um único profissional em nada desfigura a relação, pois, há a disponibilidade de todo um quadro.

Quanto a alegada situação de singularidade da autora, igualmente não pode prosperar.

O fato de os cooperados prestarem o serviço fora das dependências da cooperativa é irrelevante uma vez que até mesmo relação de emprego pode haver em caso de trabalho prestado fora do estabelecimento do empregador.

Da mesma forma, a liberdade que tem os cooperados, eis que esse deve ser o espírito a nortear as cooperativas, uma vez que se houver estreita vigilância sobre os cooperados de forma que se possa ver presentes os requisitos do art. 3º da CLT haverá relação de emprego e não cooperativa. Quanto a isso relevante citar a PORTARIA MT 925/95 que estabelece critérios para a fiscalização do que seja efetivamente trabalho em regime cooperativo.

Ademais, inconfundível a espécie de controle que se exerce sobre um profissional altamente capacitado tal como um médico, advogado, ou engenheiro, por exemplo, com aquela que deverá ser exercida sobre um artífice.

Finalmente, não se diga que não possa a autora vir a ser responsabilizada por ato de seu cooperado, pois, na incapacidade deste de reparar os prejuízos causados, pois tal tema é controvertido, podendo comportar aplicação da teoria do risco.

### **Do Impacto nas Contas da Unimed**

Considerando o patrimônio da autora e a sua já demonstrada competência, não há dúvida que poderá absorver essa contribuição, diminuindo o lucro. Se assim não quiser proceder repassará àqueles que tomam o seu serviço como infelizmente faz a quase totalidade de contribuintes de direito desse país que se podem valer da repercussão econômica. Contudo, tais argumentos não podem valer de amparo para eximir a autora de dar a sua cota à Previdência Social.

Entendemos, pois, que pior do que o impacto que a contribuição, aliás há muito devida, poderá causar nas contas da autora, sem dúvida seria o reconhecimento de que a poderosa instituição está isenta de contribuir para a previdência!

Ressalte-se, por derradeiro, que é até mesmo curiosa a ameaça de “repasso” às contas dos usuários do serviço. Veja-se que o tema do repasse foi amplamente debatido por ocasião das repetições de indébito do “pro labore”, onde as empresas sustentam que a contribuição previdenciária, por sua natureza, (tributo direto) não se presta ao “repasso”. Contudo, não é o que se vê nas ações em que se discute a exigibilidade de contribuições, eis que um dos grandes argumentos lançados pelos contribuintes é justamente a necessidade de repassarem aos usuários do serviço os aumentos da carga tributária.

A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA EM DEBATE

**TRIBUTÁRIO — DECADÊNCIA — DÉBITO PREVIDENCIÁRIO —  
INCIDÊNCIA — REMUNERAÇÃO PAGA A TRABALHADORES  
COOPERADOS.**

No período anterior à EC nº 8/77 há que ser observado o prazo decadencial de 05 (cinco) anos para os débitos previdenciários.

Incide contribuição previdenciária sobre os honorários pagos pela cooperativa a seus médicos autônomos.

A cooperativa de trabalho é equiparada a empresa.

Recurso parcialmente provido.

**(RECURSO ESPECIAL Nº 205.383 – SÃO PAULO, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 01 de junho de 1999, publicado no DJ de 28 de Junho de 99).**

Colhe-se do voto do relator:

*“Com referência à incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos médicos cooperados, não concordo com o v. aresto hostilizado porque entendo que elas incidem sobre os honorários pagos pela Cooperativa a seus médicos autônomos. Estes recebem seus honorários médicos da embargante e isso está bem claro em seu regimento (fls. 137/142), artigos 38, 39 e 40 (fls. 141). Ora, se os médicos cooperados recebem, diretamente da UNIMED, seus honorários pelos serviços executados, mês a mês (Regimento Interno), é irrelevante que os serviços prestados por eles a terceiros. Como muito bem sustenta o Instituto em sua resposta (fls. 147), “A Cooperativa de trabalho está equiparada a empresa, para todos os efeitos de direito previdenciário e fiscal...”*

Estabelece o parágrafo único do artigo 5º, do Decreto nº 89.312/84 que:

***“Equiparam-se à empresa o trabalhador autônomo que remunera serviço a ele prestado por outro trabalhador autônomo, a cooperativa de trabalho, a sociedade civil de direito e de fato prestador de serviços, empregado doméstico, a missão estrangeira no Brasil e o respectivo membro, em relação a emprego admitido a seu serviço.”***

Como se vê, a cooperativa de trabalho é equiparada a empresa.

É bom lembrar que a Previdência Social Urbana é custeada pelas empresas em geral (art. 122, VII) e as empresas que se utilizam dos serviços de trabalhador autônomo reembolsa, por ocasião do respectivo pagamento, de 10% (dez por cento da retribuição devida a qualquer título) até o limite do seu salário base (art. 122, parágrafo 1º do Decreto citado).

No caso, não se discute se existe ou não vínculo empregatício entre os médicos e cooperativa, mas sim se esta é ou não equiparada à empresa para fins de recolhimento de contribuição previdenciária.

*Dou parcial provimento ao recurso para declarar que a embargante está sujeita ao pagamento de contribuição previdenciária a seus médicos no período que vai da vigência da Emenda Constitucional nº 08/77 até dezembro de 80 e nos anos anteriores.”*

Relevante, ainda, decisão do Eg. TRF da 4ª Região:

**TRIBUTÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 84/96. COOPERATIVA. CONSTITUCIONALIDADE.**

**I — A cooperativa figura na relação jurídica como responsável tributário e não como contribuinte.**

**II — O art. 146, III, “c”, da CF/88 não concedeu imunidade tributária às cooperativas mas sim adequado tratamento tributário ao ato cooperativo. (AMS nº 96.04.55063-2/SC, 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA, DJU de 14.05.97).**

Lê-se do voto do relator:

*“Os questionamentos baseados em ser a impetrante uma cooperativa de trabalho não procedem. A LC 84/96 traz duas disposições a elas referentes.*

*Art. 1º Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais:*

*I — a carga das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas; e (grifei)*

*II — a carga das cooperativas de trabalho, no valor de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas. (grifei)*

*Na primeira hipótese, a cooperativa contribui em relação aos profissionais que lhes prestarem serviços, como quaisquer outras pessoas jurídicas. Na segunda hipótese, contribuem em função dos serviços que seus associados prestam às pessoas jurídicas que são seus clientes. Aqui é que se situa o conflito.*

*É verdade que os cooperados não prestam serviços à cooperativa. Prestamos, porém a pessoas jurídicas e a contribuição é exigida somente quanto à remuneração ou retribuição pelos serviços a essas prestados, por intermédio da cooperativa (art. 1º, II, da LC 84/96). Se o cooperado prestasse os serviços diretamente às pessoas jurídicas, estas teriam que recolher a contribuição social, também diretamente (art. 84, I, idem). Seriam elas, por pressuposto, os contribuintes da contribuição, na forma do inciso do art. 1º. Mas, havendo a intermediação da cooperativa, o recolhimento fica a cargo desta, na condição de responsável tributário (art. 121, parágrafo único, II, do CTN) e não de contribuinte. Essa a razão de inexistir aquela referibilidade da contribuição a uma atividade estatal vinculada ao sujeito passivo, que se tem apontado como vício dessa exação. A relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador tem no tomador dos serviços — a empresa para a qual os serviços são prestados — e para o qual, obviamente, a cooperativa transfere os custos da contribuição social que irá recolher na condição de responsável tributário.”*

Aliás, a tese da imunidade das cooperativas já há muito foi descartada pelo Excelso Pretório, na forma das Súmulas 81 e 84, assim redigidas:

**SÚMULA 81:**

*“As cooperativas não gozam de isenção de impostos locais, com fundamento na Constituição e nas leis federais.”*

**SÚMULA 84:**

*“Não estão isentos do imposto de consumo os produtos importados pelas cooperativas.”*

No julgamento do EMS nº 17.623, um dos julgados que deu origem a Súmula 81, assim se manifestou o Min. ALIOMAR BALEEIRO:

**“Isto é, a cooperativa, em princípio, pode ser equiparada a comerciante, produtor ou industrial,** sem embargo da definição do Decreto-lei nº 59, no art. 4º: As cooperativas qualquer que seja sua categoria ou espécie, são entidades de pessoas, com forma jurídica própria, de natureza civil, para prestação de serviços ou exercício de atividades **sem finalidade lucrativa,** não sujeitas à falência, distinguindo-se das demais sociedades pelas normas e princípios estabelecidos na presente lei (Direito Tributário Brasileiro, 2ª ed., p. 230). (grifos não originais)

Para justificar a incidência do ICMS, aplicando-se o DL 406/68, mesmo às cooperativas, assim justificou ROBERTO ROSAS:

**“Não interessa a existência de lucro, e sim o preenchimento dos requisitos do DL 406.** Tanto é verdade, que a Lei Complementar nº 24, de 6.1.1975 fixou a isenção para as cooperativas de produção (art. 14). Estabeleceu-se a isenção do tributo com relação à entrega da mercadoria do cooperado à cooperativa de produção, e somente.” (Roberto Rosas, Direito Sumular, Comentários às Súmulas do STF e STJ, 6ª edição, p. 46, grifos não originais).

## **DA ORIENTAÇÃO ADMINISTRATIVA**

Na via administrativa o tema foi enfocado pelo PARECER 611/96 da Consultoria Jurídica da Procuradoria do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja ementa é abaixo transcrita e que passa a fazer parte integrante da defesa aduzida na presente ação.

A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL RESIDUAL COBRADA DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO FOI LEGITIMAMENTE INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 84. O CONSTITUINTE DE 1988 AO ESTIMULAR O COOPERATIVISMO NÃO IMPEDIU QUE AS COOPERATIVAS DE TRABALHO CONTRIBUÍSSEM, DE FORMA EFETIVA, PARA O CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL, BEM CONSTITUCIONAL, TAMBÉM RELEVANTE QUE DEVE SER HARMONIZADO COM BASE NO PRINCÍPIO INTERPRETATIVO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO. O DIFERENTE TRATAMENTO DADO A COOPERATIVA, MEDIANTE A ALÍQUOTA (15%) INFERIOR À COBRADA DAS EMPRESAS PELA REMUNERAÇÃO PAGA AOS SEUS EMPREGADOS (20%), RETRATA MATERIALMENTE O INCENTIVO À ATIVIDADE DA COOPERATIVA DE TRABALHO, NOS TERMOS DO QUE PREVÊ O ART. 195, INCISO V DA LEI MAIOR VIGENTE.

Ante o exposto, requer a improcedência da ação, com a condenação do autor na honorária.

Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, tais como juntada de documentos, depoimento pessoal do autor, arrolamento de testemunhas, inspeções, vistorias, etc.

Junta documentos.

Nestes termos, pede deferimento.

Porto Alegre, 24 de maio de 1999.

**RUBEM ARANOVICH**  
PROCURADOR DO INSS



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

*Seção Judiciária do Estado do Rio do Sul*  
*Juízo Federal da 10ª Vara da Circunscrição Judiciária de Porto Alegre*

**Ação Declaratória nº 98.00277660-8**

**Autor: Unimed — Porto Alegre — Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.**

**Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS**

### SENTENÇA

Vistos, etc.

Trata-se de ação em que Unimed — **Porto Alegre — Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.**, busca provimento jurisdicional que declare a inexigibilidade da contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 84/96. Como pedido subsidiário, requer a anulação de auto de infração, a fim de que outro seja lavrado, na forma do art. 3º da mencionada Lei Complementar.

Os fundamentos da pretensão, em síntese, assentam-se:

(1) na inconstitucionalidade da exação, por ofensa ao princípio estabelecido pelo art. 146, III, da CF/88, que garante o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pela sociedades cooperativas, já que:

(1.a) a tributação sobre os resultados positivos obtidos pela cooperativa implica em gravar duas vezes o mesmo fato gerador, na medida em que também os valores repassados aos médicos cooperativos sofrem a incidência de tributos;

(1.b) a tributação, de forma idêntica, de atos praticados por cooperativas e por cooperativas e por outras empresas, infringe o princípio constitucional acima referido;

(2) na não incidência do tributo, na forma descrita pelo art. 1º, II, da LC 84/96, uma vez que:

(2.a) a autora não é cooperativa de trabalho, mas pertence à categoria das cooperativas de prestação de serviços, nas quais o serviço é prestado pelos cooperativados individualmente e sem subordinação hierárquica;

(2.b) os associados não prestam serviços às pessoas jurídicas contratantes, mas diretamente às pessoas físicas destinatárias da assistência médica.

Citado, o réu contestou a demanda aos seguintes argumentos:

(1) Inexiste a alegada inconstitucionalidade, pois;

(1.a) não há bitributação, uma vez que a tributação dos resultados positivos da cooperativa e dos repasses feitos por esta aos médicos cooperativados se dá entre sujeitos passivos diversos;

(1.b) a norma constante do art. 146, III, “c” da CF/88 é programática, destinada ao legislador e, ainda que assim não se entenda, as normas que disciplinam a incidência de cooperativas estabelecem carga tributária 40% (quarenta por cento) menor que empresas congêneres, atendendo à diretriz ali traçada.

(2) quanto à alegação de não incidência, aduz o Instituto-réu que:

(2.a) inexiste um conceito legal de cooperativa de trabalho, já que o Decreto nº 22.239/32 foi revogado pelo Decreto 59/66 e, no direito moderno, o conceito doutrinário abrange também as hipóteses em que há disponibilidade de um elenco de profissionais à disposição da empresa contratante;

(2.b) o médico cooperativado recebe os valores da cooperativa em razão unicamente dos serviços prestados à tomadora de serviços, cujos beneficiários diretos somente podem ser pessoas físicas, por tratar-se a pessoa jurídica de mera ficção.

Em sua réplica a autora rebate os fundamentos da contestação, trazendo à colação doutrina nacional e estrangeira a respeito da distinção entre cooperativas de trabalho e cooperativas de prestação de serviços, como reforço à tese da não incidência da contribuição. Reforça sua argumentação no sentido da inconstitucionalidade da exigência.

Por se tratar de matéria exclusivamente de direito, vieram os autos à conclusão para prolação de sentença.

É o relatório.

Decido.

**(1) Da constitucionalidade da Contribuição Social instituída pela LC nº 84/96**

Não vislumbro infringência ao princípio insculpido no art. 146, III, “c”, da Constituição Federal de 1988, que atribui à reserva de lei complementar o “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo pelas sociedades cooperativas”.

Interpretando a norma em questão, já teve oportunidade de decidir o E. Supremo Tribunal Federal que “*tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado*” (STF, 1ª Turma, RE 141.800/SP, Rel. Min. Moreira Alves). No mesmo sentido, o E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através de sua 1ª Turma, assentou que “*a norma constitucional do art. 146, III, “c”, não impõe que as cooperativas sejam favorecidas com alíquotas tributárias mais brandas*” (AC nº 97.04.33876-7, Rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, DJU 02.09.98. p. 216).

Consoante averba o juiz federal Leandro Paulsen, à luz do disposto no art. 174, § 2º, da CF/88, “*será adequado o tratamento tributário do ato cooperativo quando implicar carga tributária inferior a das demais atividades produtivas, incentivando-o, ou, no mínimo, quando implicar carga tributária que não seja mais gravosa que a incidente sobre outras atividades (do contrário, ao invés de estimular, estaria inviabilizando o cooperativismo)*”. (“Direito Tributário — Constituição e Código Tributário Nacional à luz da Doutrina e da Jurisprudência”, 2ª ed., p. 77).

Com base nestas diretrizes, verifica-se, no presente caso, que efetivamente existe essa diferença de tratamento tributário entre empresas e cooperativas. Todavia, ao contrário de representar ônus excessivo, o desequilíbrio pende favoravelmente à cooperativa, na medida em que, como ressaltou o réu, a diferença de tributação imposta às empresas em geral e às cooperativas pode chegar a até 40% (quarenta por cento) a menor, considerando-se que estas não estão sujeitas às contribuições de 20% sobre o a folha de salários, nem à contribuição relativas ao seguro por acidentes de trabalho, nem às contribuições arrecadadas pelo INSS e destinadas a terceiros (salário-educação, SEBRAE, SENAC, SENAI etc).

De outra parte, não vislumbro a ocorrência quer de bitributação, quer de “bis in idem”, argumento também trazido pela autora no sentido de amparar sua alegação de inadequado tratamento à sociedade cooperativa.

Para o exame da questão cabe, de início, fixar os conceitos adequadamente.

“*A bitributação ocorre quando duas entidades federadas, ambas com competência constitucional para o exercício do poder impositivo, decretam contemporaneamente imposto idêntico ao mesmo contribuinte, com fundamento no mesmo fato gerador ... Por outro lado, ‘bis in idem’ é a exigência por uma única entidade tribuante, do mesmo contribuinte, de dois ou mais tributos, com base no mesmo fato gerador e através de normas jurídicas distintas*” (Luiz Emygdio F. da Rosa, Jr., “Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário”, 11ª ed., Renovar, p. 256).

Consistindo o aspecto material da incidência da contribuição definida pela Lei Complementar nº 84/96, art. 1º, II, no pagamento ou creditamento de remunerações ou retribuições pelo conjunto dos serviços prestados pelos cooperativados à tomadora dos serviços, tenho que a mencionada bitributação incorre, quer em relação ao IR retido na fonte, quer em relação ao ISS.

Em primeiro lugar pela diversidade de sujeitos passivos (cooperativa e cooperativados, pessoas físicas).

Em segundo lugar, diante da diversidade de fatos geradores das obrigações tributárias: no caso do IR retido na fonte, a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica de renda ou proventos (art. 43 do CTN) e, no caso do ISS, a

prestação de serviço, individualmente tomado (art. 8º do Decreto-lei nº 406/68), hipótese de incidência da contribuição questionada.

Não há, igualmente, identidade de bases de cálculo, tal como já decidiu o E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região na Argüição de Inconstitucionalidade nº 1009.652-AL, cuja ementa é a seguinte:

*“Argüição de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 84/96. Fonte de Custeio para a Seguridade Social. Arts. 195, § 4º e 154, I da Carta Magna. Base de cálculo do IR e do ISS. Inexistência de Bitributação. Cooperativa de Trabalho. Argüição Rejeitada.*

*I — A contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 84/96 é tida como despesa operacional a ser deduzida do resultado do período-base, antes do Imposto de Renda, afastando-se, assim, a hipótese de mesma base de cálculo entre estas duas exações.*

*II — São considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas no fornecimento de bens e serviços a não associados (Lei 5.764/71, art. 111 c/c art. 86), atos operacionais esses escriturados separadamente. Ausente, pois, a identidade de base de cálculo com o IR Pessoa Jurídica, eis que a contribuição social paga será deduzida de um possível lucro dessa operações realizadas com não associados.*

*III — Tratando-se de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal de próprio contribuinte, o ISS será calculado em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do trabalho (Decreto 406/68, art. 9º, § 1º). Assim, por não integrar a remuneração do trabalho a base de cálculo do ISS não é a mesma da contribuição social criada pela Lei Complementar nº 84/96.*

*IV — Tendo sido a contribuição social em tela criada por lei complementar e não havendo identidade de base de cálculo com o IR e o ISS, constitucionais são os dispositivos do artigo 1º, incisos I e II, da Lei Complementar nº 84/96, por observância ao disposto nos arts. 195, § 4º, e 154, I, da Constituição Federal de 1988.*

*V — Argüição de Inconstitucionalidade rejeitada”. (TRF5, AC nº 1009.652-AL. Rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJU de 02.10.98, pp. 494/495).*

Não há que falar-se, igualmente, em “bis in idem” em relação à contribuição devida individualmente pelos cooperativados, com arrimo no art. 21, I e II da Lei nº 8.212.

A par da já registrada diversidade de sujeitos passivos, a contribuição dos médicos é feita por estes na qualidade de segurados, com vistas à obtenção dos benefícios decorrentes do Regime Geral da Previdência Social, ao passo que a contribuição da cooperativa tem por fundamento exclusivo o princípio do solidarismo que informa que informa a seguridade social (art. 195 da CF/88).

E ainda que houvesse a alegada identidade de fato gerador ou de bases de cálculo, é de frisar-se que, conforme já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal: “a Lei Maior em vigor não proíbe a coincidência da base de cálculo de contribuição com a de imposto, o que se veda relativamente às taxas, ‘ut’ art. 145, § 2º.” ...

*“É significativo ter presente que, não sendo imposto nem taxa, mas uma terceira espécie de impositividade fiscal, também não se aplicam a essas contribuições as limitações a que estão sujeitos os impostos em decorrência da competência privativa dos entes políticos para instituí-las (Constituição, arts. 153, 155 e 156), a impedir a bitributação, conforme se afirmou no julgamento do RE 165.9399-4-RS”.* (excertos do voto proferido pelo Min. Néri da Silveira no julgamento da ADIn 1432-3/Distrito Federal, Pleno, unânime, d. 18.04.96, DJU 29.11.96).

Por tais fundamentos não vislumbro quer bitributação, quer o alegado “bis in idem”, quer o inadequado tratamento ao ato cooperativo e, portanto, entendo a exação como **constitucional**.

## **(2) Da alegada não incidência da contribuição social instituída pelo art. 1, II, da LC 84/96**

Pretende a autora ver afastada a incidência da contribuição, no presente caso, fundando-se na alegação de não ocorrência dos eventos descritos pelo art. 1º, II, da LC 84/96, a saber:

- (a) a UNIMED não é cooperativa de trabalho,
- (b) não há pagamento ou retribuição feita pela cooperativa aos cooperados, em virtude dos serviços por estes prestados, mas simples repasse de importâncias, cujos custos não são suportados pelo patrimônio da própria cooperativa,
- (c) os serviços prestados pelos cooperados destinam-se a pessoas físicas, e não a pessoas jurídicas.

Passo a analisar cada uma dos argumentos acima expostos.

### **(2.1) a UNIMED é cooperativa de trabalho**

Alega, inicialmente a autora, que a UNIMED não materializa uma cooperativa de trabalho, uma vez que nestas, há prestação de serviços dos cooperados à cooperativa, com a finalidade de melhorar salários e condições de trabalho e, embora visem dispensar a intervenção de um patrão ou empresário, atuam mediante subordinação a chefias técnicas (Decreto nº 22.239, 19.12.32).

Argumenta que a UNIMED consiste em cooperativa de prestação de serviços, nas quais a prestação de serviços, em verdade, é das cooperativas a seus associados, e não o contrário, sendo esta prestação consistente, em síntese, no asseguramento de uma clientela permanente. Aduz, ainda, que não se confundem cooperativas de trabalho com cooperativas de prestação de serviços, uma vez que nestas últimas os serviços são prestados de forma absolutamente autônoma, sem vinculação a qualquer tipo de chefia.

Não merece amparo a pretensão de autora, no que tange a este ponto específico de sua argumentação.

Por se tratar de conceito apropriado do direito privado, a interpretação da norma tributária deve fazer-se de acordo com os princípios daquele ramo do direito, a teor do disposto no art. 109 do CTN.

Com base nesta diretriz, entendo que a distinção entre cooperativas de trabalho e cooperativas de prestação de serviços, fundada na “direção” da prestação de serviços, se da cooperativa aos associados, ou destes à cooperativa, em que pese o brilho com que sustentada pelo patrono da autora, não pode servir de sustentáculo à pretensão de afastar a imposição tributária.

Isso porque a prestação de serviços aos associados, utilizada como a principal nota distintiva entre os dois tipos de cooperativas, em verdade, encontra-se presente em todas as modalidades deste gênero associativo, consistindo em qualidade insita à própria definição do instituto, decorrente do caráter mutualista que rege tais organizações.

Elucidativa, neste sentido, é a lição de Fábio K. Comparato:

*“Esse caráter mutualista da organização cooperativa faz com que os cooperados assumam, sempre, uma dupla posição jurídica: eles são, ao mesmo tempo, sócios e destinatários da atividade societária. Ou melhor, a sua condição de sócios atribui-lhes o direito de se beneficiarem, diretamente, do funcionamento da sociedade.”* (Direito Empresarial. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990, p. 239)

No mesmo sentido, o escólio do juiz federal Renato Lopes Becho:

*“Quanto à prestação de serviços, é esta a realidade da atividade cooperativista, independentemente do objeto da atuação da sociedade. Mesmo uma cooperativa de produção, com caráter industrial, ajusta-se à afirmação. Isso porque as cooperativas são prestadoras de serviços para seus associados. Explica-se: a cooperativa sempre será uma meio para uma melhoria da situação pessoal do associado, que se beneficiará imediatamente em suas atividades que motivaram sua participação na sociedade.”* (“Tributação das Cooperativas”, Ed. Dialética, 2ª ed., São Paulo, 1999, p. 80).

Desta forma, não há como dissociar de seu conceito, mesmo no caso das cooperativas de trabalho típicas, a idéia de que há nas cooperativas uma prestação de serviços da organização a seus associados.

Por outro lado, também a finalidade de prestação de serviços a seus usuários ou consumidores encontra-se presente, tanto, nas cooperativas de trabalho, quanto nas aludidas cooperativas de prestação de serviços.

O que não se pode negar é que nas cooperativas de trabalho típicas, em alguns casos, o trabalho é prestado com vinculação a determinadas chefias técnicas, ao passo que nas pretendidas cooperativas de prestação de serviços, o trabalho é prestado de forma autônoma. Tal distinção, mais uma vez, afigura-se insuficiente para afastar a exigência da norma, já que tal diferenciação decorre, não de uma diferença conceitual entre os dois tipos de cooperativas, mas da própria natureza do trabalho prestado pelos profissionais cooperados. Difícilmente se vislumbra uma cooperativa de trabalho que reúna artífices da construção civil, sem que o trabalho seja prestado com vinculação a uma chefia técnica (mestre de obras, p. ex.), mas tal fato decorre da própria natureza do trabalho, essencialmente diferente do trabalho de assistência médica, prestado por profissionais autônomos em seus consultórios.

Há que salientar-se, ainda, que o conceito de cooperativa de trabalho, a que se apegava a autora, ditado pelo art. 24 do Decreto nº 22.239, de 19.12.32, além de já haver sido formalmente revogado pelo Decreto nº 59/66, não mais corresponde às profundas alterações pelas quais passa e vem passando o mercado de trabalho no dias atuais, decorrentes de fenômenos, *v.g.* como a globalização, a revolução da informação e o desemprego tecnológico. A correta exegese da locução “cooperativa de trabalho” é aquela onde o trabalho é prestado sob a forma de cooperativa e nesta há que se emprestar ao termo “trabalho” toda a amplitude ditada pelas transformações da realidade acima aludidas.

Por tais razões, entendo que a norma tributária, ao eleger na hipótese de incidência o conceito de cooperativas de trabalho, o fez no sentido acima exposto, qual seja, o da reunião de profissionais para a prestação de trabalho, com ou sem autonomia, sempre que o trabalho na forma cooperada mostrasse mais benéfico e atraente do que o trabalho individual e autônomo ou que o contrato de trabalho individual. Em outras palavras, sempre que a finalidade da reunião consista no interesse de assegurar aos cooperados os benefícios daí advindos, sejam estes benefícios consistentes na melhoria dos salários, das condições de trabalho ou da obtenção de uma clientela permanente, tal como ocorre no caso das UNIMEDs.

Por fim, é conveniente assinalar que não se trata do emprego de analogia (art. 108, § 1º, do CTN), mas tão-somente da exata definição de conceito eleito pela norma tributária para a definição de hipóteses de incidência.

Por tais razões, entendo que a UNIMED corporifica uma cooperativa de trabalho, na acepção com que utilizada pela norma tributária impositiva.

**(2.b) há pagamentos de importâncias feitos pela cooperativa a seus associados, em razão dos serviços por estes prestados a pessoas jurídicas**

Neste ponto, a fim de provar a não incidência da norma impositiva, a autora faz a distinção entre pagamentos e meros repasses, afirmando ainda que não é o patrimônio da cooperativa quem suporta os custos dos serviços.

Também aqui, tenho que a argumentação procede.

Isso porque a norma alude à remuneração ou retribuição pelos serviços prestados pelos associados por intermédio das cooperativas.

A norma aqui é clara ao considerar que a cooperativa comparece à relação jurídica como simples intermediária, tanto da prestação de serviços, quanto da remuneração destinada aos cooperados, o que, por óbvio, exclui do campo de incidência da norma os pagamentos suportados pelo próprio patrimônio das cooperativas.

Tanto é assim que há respeitáveis julgados no sentido de considerar as cooperativas, neste caso, como meras responsáveis tributárias (art. 121 do CNT) pelo recolhimento de contribuição, cujo contribuinte, em verdade, seria a pessoa jurídica contratante.

Neste sentido, veja-se, por exemplo, acórdão da lavra do ilustre Juiz Antonio Albino Ramos de Oliveira (AMS nº 96.04.55063-2/SC, publicado no DJU de 14.05.1997).

Tal construção, com toda a vênia, não nos parece exata, na medida em que inexistia atribuição expressa de responsabilidade tributária às cooperativas pelo texto da lei em análise. Configura-se, neste particular, a lição de Bernardo Ribeiro de Moraes, ao afirmar que *“em relação ao responsável tributário, o vínculo surge da lei específica e não da lei que define o fato gerador da obrigação tributária* (‘‘Compêndio de Direito Tributário’’, 2º vol., 1995, p. 286).

Assim, pelo fato de ter a norma instituidora da contribuição considerando a cooperativa na condição de mera intermediária das remunerações destinadas a seus associados, tenho que, também neste ponto, não assiste razão à autora.

### **(2.c) os serviços de assistência médica prestados diretamente a pessoas físicas também, destinam-se a pessoas jurídicas**

Argumenta a autora que a norma não incide, ainda, diante do fato de que não há prestação de serviços às pessoas jurídicas contratantes, mas unicamente a pessoas físicas.

O argumento também não no afigura correto.

Isso porque a norma tem um único e determinado alcance: os contratos de seguro-saúde firmados entre a UNIMED e pessoas jurídicas. Não há como confundir-se com outro tipo de contrato em que a UNIMED compromete-se à prestação de serviços médicos ao consumidor individualmente tomado.

Ou seja, a norma alcança tão-somente as hipóteses em que o tomador dos serviços é pessoa jurídica.

Pois bem.

Nestes contratos, como é cedido, os usuários não integram a relação contratual, apenas são indicados pela pessoa jurídica contratante.

Obviamente, portanto, os serviços de assistência médica que consistem na prestação a cargo das UNIMEDs são prestados materialmente a pessoas físicas. E não poderia ser diferente, na medida em que pessoas jurídicas, como ficção jurídica que são, não podem ser consumidoras de serviços de assistência médica, como bem lembrou o procurador do réu, em sua contestação.

É inegável, porém, que existe uma prestação de serviços também à pessoa jurídica que, embora não consista no objeto direto do contrato, decorre do legítimo interesse da pessoa jurídica, na prestação de assistência médica aos usuários por ela indicados.

Veja-se o exemplo mais freqüente das pessoas jurídicas que contratam as UNIMEDs para a prestação de serviços médicos a seus empregados e dependentes.

Tais serviços, além de beneficiarem de forma direta aos empregados, traduzem inegável vantagem à própria pessoa jurídica, na medida em que

representam um atrativo ao emprego e um elemento motivacional de grande intensidade na moderna administração de recursos humanos, de carga, por vezes, superior à própria retribuição em forma de salário direto.

Por todas estas razões, tenho que a não incidência da norma tributária impositiva, sustentada pela autora, não se encontra configurada no presente caso.

### **(3) Do pedido subsidiário**

Requer a autora, caso não seja acolhido o pedido principal, seja anulado o auto de infração a fim de que outro seja lavrado, com base no art. 3º da LC 84/96.

O pedido, todavia, não merece prosperar na medida em que não consta dos autos nenhuma prova da lavratura de auto de infração relativamente à exigência fiscal questionada e, portanto, de seu eventual conteúdo.

A ausência desta comprovação impossibilita o juízo de conhecer sua eventual desconformidade com o comando do art. 3º da LC 84/96 e mesmo a existência dos pressupostos fáticos que autorizam sua incidência.

Rejeito, também, o pedido subsidiário.

### **Dispositivo**

Por tais razões, rejeito os pedidos principal e subsidiário formulados nesta ação declaratória, julgando-a **improcedente**. Condeno a autora em custas processuais e em honorários advocatícios que fixo em 5% (cinco por cento) do valor atribuído à causa, atualizado monetariamente na forma da Súmula 14 do STJ. Para a fixação da verba honorária levei em consideração o nível de complexidade da matéria de direito e a ausência de dilação probatória.

Após o trânsito em julgado da sentença, converta-se em renda do INSS a integralidade dos depósitos efetuados nestes autos, posto que realizados na forma do art. 3º da Lei Complementar nº 84/96. Eventuais diferenças deverão ser buscadas pelo INSS em ação judicial própria.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Porto Alegre, 02 de maio de 2000.

**CLÁUDIA MARIA DADICO**

Juíza Federal Substituta

*No exercício da titularidade plena da 10ª Vara Federal*



INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

OFÍCIO/PE/RS nº 664/2000

Porto Alegre, 04 de julho de 2000.

**SENHOR JUIZ:**

Atendendo a ofício desse MM. Juízo referente ao Mandado de Segurança nº 20007100015011-7, que **REAL RODOVIAS DE TRANSPORTES S/A.**, impetrou contra ato do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Nacional – INSS, cumpre prestar as seguintes informações:

1. DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Inicialmente esclareça-se que a contribuição em questão foi criada pela Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, que acrescentou o inciso IV ao artigo 22 da Lei 8.212/91. A legislação em questão também revogou em seu artigo 9º a Lei Complementar 84/96. No tocante ao tema discutido, dispunha LC 84/96 em seu artigo 1º, inciso II:

**Art. 1º Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais:**

I — ...

**II — a carga das cooperativas de trabalho, no valor de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas.**

Em substituição a esta contribuição veio o texto ora guerreado:

**Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:**

...

**IV: quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.**

Assim, a contribuição em questão tinha inicialmente como sujeito passivo a cooperativa e como base de cálculo o valor da “remuneração” paga por esta aos seus cooperados em virtude dos serviços<sup>1</sup> prestados a terceiros. Com a alteração introduzida pela recente legislação passou a ter como sujeito passivo o tomador de serviços de cooperativa e como base de cálculo o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Operou-se então uma **substituição tributária**.

<sup>1</sup> E por elas intermediados.

Dentro dessa linha, ensina **ALIMAR BALEEIRO**, citando a doutrina alemã que o substituto processual é um terceiro estranho a relação jurídica-tributária a quem a lei atribui o encargo de pagar o tributo; vale a pena conferir o exato teor das sua palavras:

“Vários doutrinadores exprimem a idéia contida no art. 121, parágrafo único, II, ora como a “responsabilidade colateral” (HENSEL, *Diritto Trib*; cit; p. 98), pelo conceito de substituição, isto é, substituição do contribuinte por um terceiro, **estranho à relação jurídica** do imposto. Alguns desses escritores se reportam à distinção alemã entre devedor do tributo (Stenuerschuldner) e o obrigado ao tributo (Steuerpflichtiger). Aliás, ambos são genericamente obrigados.” (Direito Tributário Brasileiro, 10ª edição, revista e atualizada por FLÁVIO BAUER NOVELLI, Forense, p. 468). (grifei)

A jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, na voz no insigne Ministro **ARI PARGENDLER**<sup>2</sup> bem esclarece quem é a figura do substituto tributário:

*“O sujeito passivo da relação jurídica tributária”, escreveu ALFREDO AUGUSTO BECKER – normalmente deveria ser aquela determinada pessoa de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é um fato-signo presuntivo. Entretanto, freqüentemente, colocar esta pessoa no pólo negativo da relação jurídica tributária é impraticável ou simplesmente criará maiores ou menores dificuldades para o nascimento, vida e extinção destas relações. Por isso, nestas oportunidades, o legislador como solução emprega outra pessoa no lugar daquela e, toda a vez que utiliza esta outra pessoa, cria o substituto legal tributário” (Teoria Geral do Direito Tributário, Edição Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1972, p. 504).*

*“A crescente multiplicidade de relações sócio-econômicas; a complexidade e a variedade cada vez maior de negócios são os principais fatores que estão tornando impraticável aquela solução do legislador” ...de escolher para sujeito passivo para a relação jurídico-tributária aquele determinado indivíduo de cuja verdadeira renda ou capital a hipótese de incidência é um fato-signo presuntivo. Até há alguns decênios atrás, este indivíduo era, quase sempre, aquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo. Entretanto, os fatores que acabaram de ser apontados estão induzindo o legislador a escolher um outro indivíduo para a posição de sujeito passivo da relação jurídico-tributária. E este outro indivíduo consiste precisamente no substituto legal tributário cuja utilização, na época atual, já é frequentíssima, de tal modo que, dentro de alguns anos, o uso do substituto legal pelo legislador será a regra geral (op. cit. p. 501/502).*

*A expressão substituição tributária não é uma boa expressão para definir este instituto. Juridicamente, o substituto tributário não substitui ninguém. “O fenômeno da substituição” – ainda nas palavras de Becker – “opera-se no momento político em que o legislador cria a regra jurídica. E a substituição que ocorre neste momento consiste na escolha pelo legislador de qualquer outro*

<sup>2</sup> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 53.093-SP, processo 95.0022392-9, Relator: Ministro Milton Luiz Pereira; Relator Designado: Min. Ari Pargendler; publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça, a. 9, (92): 15-52, abril 1997.

*indivíduo em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo.” (ibid, p. 505/506).*

Quando essa escolha do legislador se torna regra jurídica, e ela incide criando a obrigação tributária, essa obrigação tributária já nasce contra o substituto legal tributário.

A primeira dificuldade a vencer, em termos de direito positivo, é a que o Código Tributário Nacional não refere a expressão substituto legal tributário, nem mesmo a expressão substituição tributária, que no âmbito federal só veio a ser utilizada, na primeira vez pela Constituição Federal de 1988. O Código Tributário Nacional fala em responsável, mas com, pelo menos, duas conotações diferentes: o responsável do artigo 121, parágrafo único, inciso II, que é o substituto legal tributário, e o responsável dos artigos 128 e seguintes, que é o responsável tributário no sentido próprio.

O artigo 121 do Código Tributário Nacional trata da sujeição passiva originária ou direta, aquela que resulta da incidência da norma jurídica tributária; é a sujeição passiva descrita na regra legal. Se o legislador optar por imputá-la à pessoa “cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo” estar-se-à diante da figura do contribuinte, aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador (art. 121, parágrafo único, inciso I). Se a opção for por terceira pessoa, não vinculada ao fato gerador, cuja obrigação decorra de disposição expressa de lei, estar-se-à diante do substituto legal tributário (artigo 121, parágrafo único, inciso II). A obrigação tributária, portanto, nasce, por efeito da incidência da norma jurídica, originária e diretamente, contra o contribuinte ou contra o substituto legal tributário; a sujeição passiva é de um ou de outro, e, quando escolhido o substituto legal tributário; só ele, ninguém mais, está obrigado a pagar o tributo.

A sujeição passiva originária nas modalidades de contribuinte e de substituto legal tributário pode não ser suficiente para o cumprimento da obrigação tributária principal, a de pagar o tributo (CTN, artigo 113, par. 1º). Para garantir a efetividade da obrigação tributária, a lei criou a responsabilidade tributária, que é sempre derivada do inadimplemento da obrigação tributária originária (ou, como querem outros, sujeição passiva indireta, por oposição a sujeição passiva direta).

Quer dizer, em linha de princípio, o contribuinte ou o substituto legal tributário está obrigado a pagar o tributo, mas o inadimplemento da obrigação tributária originária ou direta dá causa à obrigação derivada ou indireta, positivamente prevista como responsabilidade tributária (CTN, artigos 128 e seguintes).

A responsabilidade tributária é uma obrigação tributária de segundo grau, alheia ao fato gerador da obrigação tributária principal. Quando a norma jurídica incide, sabe-se que ela obriga o contribuinte ou o substituto legal tributário. Apenas se eles descumprirem a essa obrigação **tributária**, é que entra em cena o responsável tributário.

Nada mais é preciso dizer **para** acentuar a diferença existente entre o substituto legal tributário e o responsável tributário; aquele é a pessoa não vinculada ao fato gerador, obrigada originariamente a pagar o tributo; este é a pessoa vinculada ao fato gerador, obrigada a pagar o tributo, se este não for adimplido pelo contribuinte ou pelo substituto legal tributário, conforme o caso.

A vista do exposto, não se pode dizer que a Embargante recolhe antecipadamente o ICMS; ela não recolhe nem antes nem nunca, porque é alheia a relação jurídica tributária. Ainda no magistério de **Alfredo Augusto Becker**, “**não existe qualquer relação jurídica entre o substituído e o Estado**” (ibid, p. 513). **(sublinha nossa)**

Assim, o **TOMADOR** de serviços NÃO é, no dizer de ALFREDO AUGUSTO BECKER “aquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo”, posto que **a contribuição em questão em nada onera a sua carga fiscal**. Note-se que **não** se trata de um adicional sobre o valor da nota, mas um valor que dela se destaca. Aquele a quem se pretende fazer atingir pela incidência fiscal, é a cooperativa, que deixa de receber 15% do valor nota expedida. É, pois, a cooperativa a pessoa jurídica cuja renda sofre a repercussão econômica da contribuição<sup>3</sup>; todavia, o legislador optou por transferir tal encargo a terceiro, no caso o tomador de serviços.

Desta forma, **não se trata de obrigação da cooperativa, mas do tomador de serviços**. E, destaque-se, caso o tomador não cumpra seu dever a cooperativa não poderá ser responsabilizada sequer subsidiariamente.

Por estes fundamentos, ou seja, por não existir não existe qualquer relação jurídica entre o substituído e o Estado, conforme ensina BECKER, consideramos que as cooperativas são partes ilegítimas para insurgirem-se contra a contribuição.

Estas são as informações pelas quais a autoridade apontada como coatora entende que devam **embasar a extinção do presente mandado de segurança sem julgamento de mérito**.

**RUBEM ARANOVICH**  
PROCURADOR DO INSS

**MÔNICA CABÃNAS GUIMARÃES**  
GERENTE-EXECUTIVO DO INSS

AO EXMO SR. DR. JUIZ  
DA 11ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA  
DO RIO GRANDE DO SUL  
NESTA CAPITAL

<sup>3</sup> O legislador poderia ter dito que a cooperativa está obrigada a recolher 15% do valor das suas notas fiscais a Previdência Social, nesta hipótese não haveria substituição tributária e estaria clara a condição de sujeição passiva originária na condição de contribuinte (art. 121, parágrafo único, inciso I, do CTN).



## **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**

EXM(A). SR(A). DR(A). JUÍZ(A) FEDERAL DA 10ª VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO SUL.

Processo: nº 9700063783

Apelado: BANCO MERIDIONAL DO BRASIL

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, por um de seus Procuradores que abaixo subscreve, nos autos da Ação acima identificada, inconformado com a respeitável sentença de fls., vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, interpor APELAÇÃO da mesma.

Assim, REQUER o envio das inclusas razões de apelação à superior instância.

Porto Alegre, 30 de outubro de 1997.

**RUBEM ARANOVICH  
PROCURADOR**

EGRÉGIA TURMA:

O juízo de primeiro grau julgou procedente ação em que a empresa insurgiu-se contra contribuição previdenciária exigida em virtude do pagamento de um “auxílio moradia” a determinados funcionários do banco quando transferidos da sede de contratação consistente no fornecimento de moradia ou no pagamento de até 80% do valor médio dos aluguéis, em virtude de Convenção Coletiva.

A sentença não pode prosperar, consoante se passa a demonstrar:

O cerne da questão consiste em perquirir qual a natureza da malsinada verba paga pela empresa, se realmente indenizatória, como sustenta a impetrante, e, portanto, livre da incidência da contribuição previdenciária, ou se salarial, apenas disfarçada daquele caráter.

Tal solução demanda estudos da doutrina.

Para Plácido e Silva INDENIZAR significa reparar, recompensar, retribuir, exprimindo, em sentido genérico, “toda compensação ou retribuição monetária feita por uma pessoa a outrem, para a reembolsar de despesas feitas ou para a ressarcir de perdas tidas.” Assim, finalizando: “E neste sentido, indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem.” (Vocabulário Jurídico, Vol. II, RJ, Ed. Forense, p. 452/453.)

No Direito do Trabalho o caráter indenizatório decorre da finalidade de ressarcir o empregado por um dano para cuja ocorrência ele não concorreu, o que sem dúvida não é a hipótese dos autos, eis que o pagamento verba guerreada ocorreu por força de Convenção Coletiva.

Assim, o “nomem juris” atribuído a verba ou a natureza que as partes pretenderam emprestar-lhe não pode prevalecer ante aos inderrogáveis ditames legais.

Desta forma, passa-se a demonstrar, que, sob a égide da CLT, a verba paga aos funcionários do Banco Meridional, segundo o seu Manual de Recursos Humanos e Convenção Coletiva, tem caráter eminentemente salarial, bem como que o malsinado tratado não constitui óbice para a incidência necessária e infalível da contribuição previdenciária.

### DA IMPROPRIEDADE DA DENOMINAÇÃO AJUDA DE CUSTO

Inicialmente, cabe ressaltar que a verba paga pela empresa sob a imprópria denominação de ajuda de custo, é na verdade, nada menos, do que salário, pago sob a forma de utilidades, conforme se passa a demonstrar.

Assim, manifesta-se a doutrina sobre a noção conceitual da expressão Ajuda de Custo:

“... Outra forma de remuneração é a ajuda de custo. Consiste numa soma dada pelo empregador para que o empregado possa satisfazer certas despesas Tal como as diárias, a ajuda de custo analisa-se como “indenização-salário” . Em sua origem e na sua verdadeira acepção técnica, destina-se a indenizar despesa do empregado oriunda de sua transferência para local diverso daquele em que é domiciliado (SUSSEKIND). *Distingue-se das diárias, porque estas são pagas continuamente, enquanto aquela consiste em um único pagamento*”. (Curso de Direito do Trabalho, Orlando Gomes, Elson Gottschalk, Forense, 5ª ed., p. 252) (destaquei)

Vê-se, pois, que os pagamentos realizados pela empresa não assumem a real feição que a doutrina empresta a ajuda de custo, instituto a que se refere o art. 470, CLT.

### DA NATUREZA REMUNERATÓRIA DO SALÁRIO HABITAÇÃO

Por outro lado, a Doutrina e a Jurisprudência, vêm considerando que pagamentos da espécie daqueles efetuados pelo impetrante, dado a sua continuidade, possuem natureza salarial, consoante abaixo se lê:

“... Em todos esses casos, verifica-se uma extensão da noção de salário pelo conglobamento de diversos elementos integrantes, formando, assim, o que se denominou de salário social (DURAND,ROUAST,FÉLIX PIPPI). *A respeito de tais atribuições econômicas, a jurisprudência dos nossos tribunais especializados tem se orientado no sentido de considerá-las como integrantes do salário desde que tenham ou assumam caráter continuado; incorporando, assim, ao mesmo para todos os efeitos em que é relevante o seu montante.* O mesmo não ocorre, entretanto, com aquelas atribuições que possuam um caráter descontínuo ou sejam eventuais ou esporádicas.(Ob. cit., p. 219 e 220). (Grifei)

Neste sentido, aliás se põe a própria lei trabalhista, eis que, em seu art. 457, § 1º, dispõe a CLT:

**“Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.”**

Confirmando a natureza salarial da prestação, põe-se, ainda o art. 458, CLT:

**Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações *in natura* que a empresa por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado...**

Apenas ilustrativamente, mencione-se que o art. 7º, IV, CF ao tratar do salário mínimo, preconiza que o mesmo deverá atender, entre outros itens, despesas com MORADIA. Igualmente a CLT em seu art. 81 ao estabelecer os componentes do salário mínimo, arrola a HABITAÇÃO; sendo que por força do art. 81, inclusive, se admite que possa o empregador pagar em dinheiro valor inferior ao mínimo, desde que forneça *in natura* algum de seus componentes legais.

Outra não é a posição do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

*Salário-habitação. Constitui salário in natura, nos termos do art. 458/CLT, a habitação fornecida ao empregado, não admitindo a lei qualquer exceção. Revista do reclamante conhecida e provida (TST, RR 3.888/89, Guimarães Falcão, Ac. 1ª Turma 4.054/89) (grifei)*

*Salário in natura — Habitação. A habitação fornecida ao empregado, habitualmente e a título gratuito, constitui salário in natura. Recurso de Revista conhecido e provido (TST, RR 4.152/88, Antônio Amaral, Ac. 3ª Turma 400/90).*

*Salário-utilidade — Habitação. O salário utilidade in casu deve ser calculado levando-se em conta o percentual incidente sobre o salário contratual. Não há previsão expressa no sentido de que este cálculo deverá observar, exclusivamente, o salário mínimo. Revista parcialmente conhecida, mas desprovida (TST, RR 3.639/87, Francisco Leocádio, Ac. 2ª Turma 576/90)*

*Salário in natura — Ajuda de custo — aluguel. Na forma do Enunciado 258 da Súmula deste TST a ajuda de custo-aluguel deve incidir sobre o salário real do empregado, quando este não percebe o salário mínimo, conforme previsto em lei. (TST, RR 1.719/89, Carlos Fonseca, Ac. 1ª Turma 3.806/89).*

*Salário-utilidade — Habitação. Não obsta o reconhecimento do caráter in natura da habitação, fornecida pelo empregador, o fato de o ser para o desempenho da função e não pelo seu desempenho. Recurso de Revista do obreiro parcialmente conhecido e provido. Recurso empresarial não conhecido. (TST, RR 6.306/87, Carlos Fonseca, Ac. 1ª Turma 3.138/89)*

*Zelador de condomínio — salário-utilidade. Faz a necessidade de o zelador residir no edifício, a habitação por ele ocupada é fornecida pelo trabalho que executa, caracterizando assim o salário-utilidade. Revista conhecida e provida (TST, RR 149/89, Carlos Fonseca, Ac. 1ª Turma 3.564/89)*

Elucidativo é, ainda, o julgado do TRT-PR, abaixo trazido:

*A prestação in natura não pode ser descaracterizada sob o fundamento de ser concedida para o trabalho, exceto quanto a vestuários e equipamentos nos estritos termos do art. 458 par. 2º da CLT, pois onde a lei não distingue não cabe ao julgador distinguir. Assim, a habitação fornecida gratuitamente ainda que sob a forma de comodato, caracteriza-se como salário in natura, pois, de outra forma haveria de ser custeada pelo empregado, devendo ser considerada parcela remuneratória para todos os efeitos legais (TRT- PR, RO 383/89, Ernesto Trevizan, Ac. 2ª Turma 924/90)*

Aliás, estabelecendo que o Fisco há que buscar no Direito Laboral, o conceito de remuneração para o efeito de avaliar a incidência do fato gerador do tributo previdenciário, já estabeleceu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), de forma unânime, valendo-se, inclusive de precedente do TFR:

Ementa:

**TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.**

**SALÁRIO-UTILIDADE OU PRESTAÇÃO 'IN NATURA' QUE INTEGRA O SALÁRIO. HABITUALIDADE. CLPS DE 1984, ART. 135, I. CLT, ARTIGOS 457 E 458.**

I — A CONTRIBUIÇÃO INCIDE SOBRE O SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO, QUE E A REMUNERAÇÃO EFETIVAMENTE RECEBIDA, A QUALQUER TÍTULO, PELO EMPREGADO, ATE O LIMITE MÁXIMO, NOS TERMOS DO ART. 135, I, CLPS/84.

**QUALQUER IMPORTÂNCIA, POIS, QUE O SEGURADO-EMPREGADO PERCEBER, A TÍTULO DE REMUNERAÇÃO, INTEGRA O SEU SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO, BUSCANDO-SE, NA CLT, ARTIGOS 457 E 458, O CONCEITO DE REMUNERAÇÃO.**

**II — A PRESTAÇÃO 'IN NATURA', OU SALÁRIO-UTILIDADE CONSTITUI SALÁRIO QUANDO FORNECIDA HABITUALMENTE PELO EMPREGADOR, POR FORÇA DE AJUSTE EXPRESSO OU TÁCITO, CONFIGURANDO-SE ESTE PELA HABITUALIDADE NO FORNECIMENTO DA UTILIDADE.**

III — CONTROVÉRSIA DOS FATOS. INOCORRÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.

Informações da Origem:

TRIBUNAL: **STJ** ACORDÃO RIP: 00013130 DECISÃO: 17-04-1990 PROC: MS NUM: 0000286 ANO: 89 UF: DF TURMA: S1 REGIÃO: 00 MANDADO DE SEGURANÇA

Relator: MINISTRO CARLOS VELLOSO

POR UNANIMIDADE, INDEFERIR O MANDADO DE SEGURANÇA. VEJA: AC-80451-MG, (TFR).

Publicação: DJ DATA: 21-05-90 PG: 04420

E, por essa razão, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais inclina-se pela incidência da contribuição previdenciária sobre o salário habitação.

Ementa:

EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL, TRABALHISTA, UTILIDADE FORNECIDA PELO EMPREGADOR, HABITAÇÃO, PARTE INTEGRANTE DO SALARIO, INCIDENCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA.

1 — NÃO SE INCLUI A HABITAÇÃO ENTRE AS EXCEÇÕES ELENCADAS PELO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 458 DA CLT, CARACTERIZAÇÃO DO SALARIO "IN NATURA".

**2 — SENDO A UTILIDADE-HABITAÇÃO PARTE INTEGRANTE DO SALÁRIO, SOBRE ELA DEVERA INCIDIR A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA.**

3 — APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA COMO INTERPOSTA, PROVIDAS, SENTENÇA REFORMADA.

TRIBUNAL: TR3 ACORDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 06-09-1994 PROC: AC NUM: 03002622 ANO: 89 UF: SP TURMA: 02 REGIÃO: 03 APELAÇÃO CIVEL

Relator: JUIZA RAMZA TARTUCE (SUBSTITUTA)

Publicação: DJ DATA: 05-10-94 PG: 55809

Igualmente, reconhecendo que a ajuda de custo, paga com habitualidade, constitui salário habitação, base sobre a qual deve incidir a contribuição previdenciária, encontram-se julgados dos TRF(s) da 1ª, 2ª e 3ª Região.

Ementa:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONTESTAÇÃO. FATOS IMPUGNADOS. AJUDA DE CUSTO.

1. CONTESTAÇÃO DE TODOS OS TERMOS DO PEDIDO, COM REFERÊNCIA ÉXPRESSA AO NARRADO NO RELATÓRIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, QUE REBATE AS ARGUMENTAÇÕES DO CONTRIBUINTE.

**2. AJUDA DE CUSTA PAGA HABITUALMENTE, CARACTERIZANDO SALÁRIO.**

3. APELAÇÃO IMPROVIDA.

TRIBUNAL: TR1 ACÓRDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 03-08-1994 PROC: AC NUM: 0102467 ANO: 93 UF: MG TURMA: 03 REGIÃO: 01 APELAÇÃO CIVEL

Relator: JUIZ TOURINHO NETO

Publicação: DJ DATA: 18-08-94 PG: 44345

Decisão: POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Ementa:

TRABALHISTA — AJUDA DE CUSTO — AUXÍLIO TRANSPORTE — HORAS EXTRAS — SALÁRIO UTILIDADE

**I — AJUDA DE CUSTO E AUXÍLIO TRANSFERÊNCIA QUANDO PAGOS MENSALMENTE, DURANTE QUASE DOIS ANOS, ASSUMEM CARÁTER SALARIAL, NÃO SE APLICANDO O DISPOSTO NO PAR. 2º DO ART. 457 DA CLT.**

II — O TEMPO GASTO PELO EMPREGADO EM TRANSPORTE FORNECIDO COLETIVAMENTE PELA EMPRESA, DO LOCAL DE TRABALHO AO CENTRO DA CIDADE, NÃO SE CARACTERIZA COMO SENDO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR, LOGO NÃO É CONSIDERADO HORA EXTRA.

III — INEXISTE A OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DO TRANSPORTE, SENDO VÁLIDO O DESCONTO, DE 30% DO VALOR DA PASSAGEM, DO SALÁRIO DO EMPREGADO.

IV — RECONHECIDO, NA CONTESTAÇÃO, SER DEVIDO O PAGAMENTO DE DIAS DE FÉRIAS, E NÃO PAGO EM AUDIÊNCIA, PELO SEU CARÁTER SALARIAL IMPLICA NA CONDENAÇÃO NO PAGAMENTO EM DOBRO.

V — A ALIMENTAÇÃO FORNECIDA PELO EMPREGADOR CONSTITUI SALÁRIO UTILIDADE E INTEGRA A REMUNERAÇÃO.

VI — INCABÍVEIS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS, POR DETER O EMPREGADO O “JUS POSTULANDI”, A DESPEITO DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DIANTE DA RESSALVA ALI CONTIDA “NOS LIMITES DA LEI” E O DISPOSTO NA CLT.

VII — RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

**TRIBUNAL: TR2 ACORDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 22-06-1992 PROC: RO NUM: 0208845 ANO: 92 UF: RJ TURMA: 01 REGIÃO: 02**

RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA

Relator: JUÍZA TÂNIA HEINE

Fonte: Publicação: DJ DATA: 14-07-92 PG: 20987

Ementa:

TRABALHISTA — RECURSO ORDINÁRIO — ‘AJUDA DE CUSTO MORADIA’ PARA AQUISIÇÃO DE IMÓVEL — DIFERENÇAS PLEITEADAS EM RAZÃO DE DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS PARA FORMAÇÃO DE PECÚLIO PARA AQUISIÇÃO DE MORADIA — SUPRESSÃO DE FORNECIMENTO DE ‘TICKET REFEIÇÃO’.

— BENEFÍCIO CONSISTENTE EM ‘AJUDA DE CUSTO MORADIA’ PAGO ANTECIPADAMENTE, DE UMA SÓ VEZ PELO RECLAMADO, COM A FINALIDADE ESPECÍFICA DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEL DETERMINADO, NÃO CONFIGURA SALÁRIO — INCABÍVEL A PRETENSÃO CONTRA O RECLAMADO DE DIFERENÇAS SOBRE VALORES PAGOS POR ENTIDADE PREVIDENCIÁRIA DEVENDO CONTRA ESTA SER DEDUZIDA A PRETENSÃO.

— ALIMENTAÇÃO FORNECIDA 'IN NATURA' EM LOCAIS ONDE O RECLAMADO POSSUI REFEITÓRIOS, SUPRE O FORNECIMENTO DE 'TICKETS REFEIÇÃO'.

— RECURSO IMPROVIDO.

**TRIBUNAL: TR3 ACÓRDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 02-04-1991 PROC: RO NUM: 03033976 ANO: 90 UF: SP TURMA: 01 REGIÃO: 03**

RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA

Relator: JUÍZA DIVA MALERBI. POR DECISÃO UNANIME, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO

Fonte: Publicação: DOE DATA: 24-06-91 PG: 00104

Neste sentido, inclusive reconhecendo o caráter de salário disfarçado para o benefício denominado de ajuda de custo, quando pago desvirtuadamente do que dispõe a Consolidação das Leis Trabalhistas se põe os Pretórios, inclusive o TRF da 4ª Região:

Ementa:

EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. AJUDA DE CUSTO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO INDICAÇÃO DO NOME DOS BENEFICIÁRIOS DO RECOLHIMENTO.

**1. DESCARACTERIZADAS COMO AJUDAS DE CUSTO, POR SEREM SALÁRIO DISFARÇADO, AS PARCELAS ASSIM NOMINADAS DEVEM INCLUIR A BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.**

2. NAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, O RECOLHIMENTO É CALCULADO COM BASE NA "FOLHA DE SALÁRIOS" E NÃO SOBRE CADA EMPREGADO INDIVIDUALMENTE CONSIDERADO.

TRIBUNAL: TR4 ACÓRDÃO RIP: 04496547 DECISÃO: 20-06-1996 PROC: AC NUM: 0449654 ANO: 95 UF: PR TURMA: 02 REGIÃO: 04 APELAÇÃO CIVEL

Relator: JUIZA TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR

Decisão: UNANIME

Fonte: Publicação: DJ DATA: 06-08-90 PG: 16623

Ementa:

**PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. AJUDA DE CUSTO. PAGAMENTO COM HABITUALIDADE. CÔMPUTO PARA FINS DE 13 SALÁRIO. SALÁRIO DISFARÇADO.**

— SENDO A AJUDA DE CUSTO PAGA HABITUALMENTE A CERTOS EMPREGADOS, CONFIGURA SALÁRIO DISFARÇADO, COM INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE DITAS PARCELAS SALARIAIS.

— APESAR DE HAVER SENTENÇA DE OUTRA VARA ENTENDENDO QUE O PRÓPRIO FISCAL AUTUANTE CONSIDEROU DITAS PARCELAS REALMENTE COMO AJUDA DE CUSTO, A ANÁLISE DA PROVA E INDÍCIOS LEVA A ENTENDIMENTO EM CONTRÁRIO.

— INEXISTINDO OMISSÃO NA SENTENÇA SOBRE PARCELA NÃO CONSTANTE DOS AUTOS, NADA HÁ A SER CORRIGIDO.

— APELAÇÕES DESPROVIDAS.

TRIBUNAL: TR1 ACÓRDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 18-06-1990 PROC:  
AC NUM: 0120118 ANO:89 UF: MG TURMA: 03 REGIÃO: 01 APELAÇÃO  
CÍVEL

Relator: JUIZ VICENTE LEAL

POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA E DO RÉU.

Fonte: Publicação: DJ DATA:06-08-90 PG:16623

Ementa:

**PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. AJUDA DE CUSTO. PAGAMENTO COM HABITUALIDADE. CÔMPUTO PARA FINS DE 13º SALÁRIO. SALÁRIO DISFARÇADO.**

— SENDO A AJUDA DE CUSTO PAGA HABITUALMENTE A CERTOS EMPREGADOS, CONFIGURA SALÁRIO DISFARÇADO, COM INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE DITAS PARCELAS SALARIAIS.

— APESAR DE HAVER SENTENÇA DE OUTRA VARA ENTENDENDO QUE O PRÓPRIO FISCAL AUTUANTE CONSIDEROU DITAS PARCELAS REALMENTE COMO AJUDA DE CUSTO, A ANÁLISE DA PROVA E INDÍCIOS LEVA A ENTENDIMENTO EM CONTRÁRIO.

— INEXISTINDO OMISSÃO NA SENTENÇA SOBRE PARCELA NÃO CONSTANTE DOS AUTOS, NADA HÁ A SER CORRIGIDO.

— APELAÇÕES DESPROVIDAS.

TRIBUNAL: TR1 ACÓRDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 18-06-1990 PROC:  
AC NUM: 0120118 ANO: 89 UF: MG TURMA: 03 REGIÃO: 01 APELAÇÃO  
CÍVEL

Relator: JUIZ VICENTE LEAL

POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA E DO RÉU.

Em uma outra exegese, quando não há sequer o deslocamento da sede, dos beneficiários, fato que aliás inexistente prova nos autos, descabe falar-se em ajuda de custo, valendo citar:

Ementa:

PREVIDENCIÁRIO — CONTRIBUIÇÕES.

**1. INOBTANTE SER NOMINADA DE AJUDA DE CUSTO PARCELA CONSIDERÁVEL PAGA A EMPREGADOS, COMPROVOU-SE QUE OS DESTINATÁRIOS DA AJUDA DE CUSTO NÃO SE DESLOCARAM DA SEDE DE SUA RESIDÊNCIA PARA EXECUÇÃO DO TRABALHO.**

**2. DESCARACTERIZAÇÃO DA AJUDA DE CUSTO, POR SER SALÁRIO DISFARÇADO, INCLUÍNDO-SE ASSIM NA BASE DE CALCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.**

**3. APELO DESPROVIDO, SENTENÇA CONFIRMADA.**

TRIBUNAL: TR1 ACÓRDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 25-09-1989 PROC: AC NUM: 0121241 ANO: 89 UF: DF TURMA: 04 REGIÃO: 01 APELAÇÃO CIVEL

Relator: JUÍZA ELIANA CALMON

POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. Publicação: DJ DATA: 04-12-89

Ementa:

PREVIDENCIÁRIO – CONTRIBUIÇÕES.

**1. INOBTANTE SER NOMINADA DE AJUDA DE CUSTO PARCELA CONSIDERÁVEL PAGA A EMPREGADOS, COMPROVOU-SE QUE OS DESTINATÁRIOS DA AJUDA DE CUSTO NÃO SE DESLOCARAM DA SEDE DE SUA RESIDÊNCIA PARA EXECUÇÃO DO TRABALHO.**

**2. DESCARACTERIZAÇÃO DA AJUDA DE CUSTO, POR SER SALÁRIO DISFARÇADO, INCLUÍNDO-SE ASSIM NA BASE DE CALCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.**

**3. APELO DESPROVIDO, SENTENÇA CONFIRMADA.**

TRIBUNAL: TR1 ACORDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 25-09-1989 PROC: AC NUM: 0121241 ANO: 89 UF: DF TURMA: 04 REGIÃO: 01 APELAÇÃO CIVEL

Relator: JUIZA ELIANA CALMON

POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. Publicação: DJ DATA: 04-12-89

Para alguns julgados, embora minoritários, e com os quais não concordamos, o salário habitação quando indispensável para o exercício da função desempenhada pelo obreiro poderá ser considerado como parcela indenizatória, mas esse não é o caso dos autos.

Neste sentido, cite-se:

Ementa:

**PREVIDENCIÁRIO E TRABALHISTA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE SALÁRIOS. HABITAÇÃO. SALÁRIO “IN NATURA”.**

1 — AÇÃO ONDE SE DISCUTE A NATUREZA DA HABITAÇÃO FORNECIDA PELO EMPREGADOR, A FIM DE SE DETERMINAR A POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE TAIS VALORES.

2 — EMBORA O ART. 458, DA CLT, DEFINA A HABITAÇÃO COMO SALÁRIO "IN NATURA", HA CASOS EM QUE A MORADIA É OFERECIDA COMO MEIO VIABILIZADOR DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. NESTES CASOS, A MORADIA OFERECIDA NÃO TEM O CARÁTER QUE LHE EMPRESTA O REFERIDO ARTIGO.

3 — PORTANTO, HÁ DE SER ANALISADAS, CASO A CASO, AS CONDIÇÕES EM QUE É OFERECIDA A MORADIA, A FIM DE SE CONCLUIR PELA REAL NATUREZA DA BENESSE.

**4 — AS AGENCIAS DO BANCO DO BRASIL FICAM TODAS EM CENTROS URBANOS, ONDE EXISTEM RESIDÊNCIAS A SER OFERECIDAS PARA ALUGUEL. PARTE DO VALOR PAGO PELOS REFERIDOS ALUGUÉIS É COBRADA DO EMPREGADO POSTERIORMENTE.**

5 — TAIS CIRCUNSTÂNCIAS, ALIADAS AO FATO DE QUE NEM TODOS OS GERENTES RECEBEM TAL AUXÍLIO, AFASTAM A ALEGAÇÃO DE QUE A HABITAÇÃO É OFERECIDA NO ÚNICO INTERESSE DO BANCO, PARA VIABILIZAR O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO.

6 — APELAÇÃO IMPROVIDA.

TRIBUNAL: TR5 ACÓRDÃO RIP: 05113933 DECISÃO: 02-05-1995 PROC: AC NUM: 0547622 ANO: 94 UF: PE TURMA: 02 REGIÃO: 05 APELAÇÃO CÍVEL

Relator: JUIZ ARAKEN MARIZ

Publicação: DJ DATA: 09-06-95 PG: 36448

VEJA: RR 102.700/PR (TST)

RO 15.547/RS (TRF QUARTA REGIÃO).

Ementa:

TRABALHISTA. TRATADO DE ITAIPÚ. COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO. SALÁRIO-HABITAÇÃO.

1. O PROTOCOLO ADICIONAL DE ITAIPU SOBRE RELAÇÕES DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL FIRMADO ENTRE BRASIL E PARAGUAI ESTABELECE, COMO REQUISITO DA COMPENSAÇÃO HORÁRIA, CARGA HORÁRIA MÁXIMA. DESOBEDECIDO O LIMITE, INVALIDO O REGIME COMPENSATÓRIO.

**2. O FORNECIMENTO HABITUAL DE HABITAÇÃO AO EMPREGADO CONSTITUI SALÁRIO IN NATURA, NA FORMA DO ART. 458 DA CLT, MORMENTE QUANDO NÃO INDISPENSÁVEL PARA O DESENVOLVIMENTO DAS ATIVIDADES LABORAIS.**

### 3. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

CONT. OBSERV: FORNECIMENTO, HABITUALIDADE, HABITAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO, SALÁRIO IN NATURA.

TRIBUNAL: TR4 ACÓRDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 18-12-1990 PROC: RO NUM: 0408479 ANO: 89 UF: PR TURMA: 02 REGIÃO: 04 RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA

Relator: JUIZ TEORI ALBINO ZAVASCKI. DJ DATA: 13-03-91 PG: 04558

Contudo, é inegável que a ação mandamental ora proposta não é a via idônea para discutir questões atinentes à matéria trabalhista, nem há prova nos autos de ser a moradia elemento viabilizador da relação de emprego, assim como de terem os empregados, cuja percepção da vantagem deu origem a incidência da contribuição terem efetivamente se deslocado da sede.

Assim, merece, de certa forma, ser invocado o seguinte julgado:

Ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO DE DIÁRIAS E DESPESAS DE AJUDA DE CUSTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SUMULAS NS. 195 DO TFR E 260 DO STF. EXTINÇÃO DO PROCESSO, RESSALVADA A VIA TRABALHISTA.

**1 — O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO É MEIO PROCESSUAL IDÔNEO PARA DECIDIR QUESTÕES DE NATUREZA TRABALHISTA (SUMULA N 195 DO EX-TFR), NÃO SENDO, AINDA, SUBSTITUTIVO DE AÇÃO DE COBRANÇA (SUMULA N 269, DO STF), NEM É MEIO ADEQUADO PARA O DESLINDE DE QUESTÕES QUE ENVOLVAM MATÉRIA DE FATO.**

2 — REMESSA PROVIDA.

3 — EXTINÇÃO DO PROCESSO, NOS TERMOS DO ART. 267, IV, DO CPC, RESSALVADA A VIA TRABALHISTA.

4 — APELO PREJUDICADO.

TRIBUNAL: TR1 ACORDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 04-09-1990 PROC: AMS NUM: 0114013 ANO: 89 UF: PI TURMA: 01 REGIÃO: 01 APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Relator: JUIZ PLAUTO RIBEIRO. Publicação: DJ DATA: 05-10-90 PG: 23248

POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO A REMESSA OFICIAL PARA JULGAR O IMPETRANTE CARECEDOR DA AÇÃO, FICANDO PREJUDICADA A APELAÇÃO.

VEJA: PARECER Y-002, 30-04/1985, DO N 83, 06/05/85;

Por todas essas razões não há que compreender o benefício pago pelo banco aos seus funcionários como inserido na regra excepcional traçada pela alínea g do § 9º do artigo 28 do PCPS, mas como compreendido no conceito trazido à lume pelo *caput* da mencionada regra, outrora amparado pelo art. 135, I, da CLPS.

## DA INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO COLETIVA

Quanto à incidência da Convenção Coletiva, frise-se que, por força do disposto no art. 472, CPC, sua incidência não pode prejudicar direitos de terceiros (INSS) que não foram parte na sua celebração, vinculando, na melhor das hipóteses, apenas o Sindicato dos Empregados e o Sindicato dos Empregadores, ou Empregador único.

Essa a lição, que por analogia, se extrai do julgado abaixo transcrito:

### CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

1. Sexadores de aves. A atividade não eventual dos sexadores de aves, enquanto integrante do processo produtivo de empresa agro-industrial, induz a subordinação jurídica e a dependência econômica que caracterizam o vínculo de emprego, incidindo sobre a respectiva remuneração a contribuição previdenciária.

2. Acordos homologados na Justiça do Trabalho. **O contrato só vale no âmbito da disponibilidade das partes, sendo desarrazoado que a transação,** omitindo a natureza do pagamento feito (se de parcela remuneratória ou indenizatória), **possa descaracterizar o fato gerador da contribuição previdenciária, obrigação que decorre da lei.** Apelação provida. (AC nº 425.175/91-SC, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Ari Pargendler, DJU, de 5.5.92, p. 11.275, Revista do TRF da 4ª Região, nº 9, p. 388 à 391.)

Relevante se faz trazer à lume a lição do relator naquele feito, consoante abaixo segue:

**“O princípio básico em se tratando de obrigação decorrente de lei, é o de que dela ninguém pode se desonerar por efeito de contratos, os quais só valem no restrito âmbito da disponibilidade das partes.** A sentença, amparada em acórdão da Egrégia 2ª Turma deste Tribunal, afrontou esse pressuposto. A teor do provimento judicial, as contribuições previdenciárias são, ou não, devidas, dependendo da forma pela qual o empregador remunera seus empregados. Se cumprir a lei voluntariamente, está sujeito ao recolhimento delas. Se preferir fazê-lo, depois de acionado na Justiça do Trabalho, está dispensado de pagá-las se transacionar a respeito dos direitos trabalhistas sem discriminar os de natureza remuneratória daqueles que têm caráter indenizatório. Com esse efeito perverso: pagando menos aos empregados, fica ainda desobrigado de pagar as contribuições previdenciárias. Fora de toda dúvida não é assim. **As contribuições previdenciárias são devidas independentemente, da vontade das partes,** presumindo-se a natureza remuneratória dos pagamentos feitos a empregados, sempre que não forem arrolados aqueles que têm feito indenizatório.” (grifei)

Cabe, pois, explicitar que o fato gerador não é nada menos do que a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência (art. 114,

CTN) e que a obrigação tributária é o fato, o conjunto de fatos ou estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado, como define Amílcar de Araújo Falcão ( Fato Gerador da Obrigação Tributária, ed. Forense, 6ª edição, Revista e atualizada, p. 02).

Da mesma forma, entendimento que entende impositivo a exação previdenciária, não deixa de ser, igualmente, fruto de aplicação do artigo 123 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

“Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

Por outro lado, argumente-se que diante da diversidade de procedência das normas que regulamentam a relação de emprego, e que, por vezes inclusive se chocam, depara-se o intérprete sobre o problema da prevalência de uma regra sobre a outra. Disto, surge a necessidade de hierarquizar cuidadosamente as várias fontes, a fim de obter segura orientação para solucionar os possíveis conflitos.

Na espécie, presente o conflito entre a Convenção Coletiva do Trabalho e fonte de produção estatal (Consolidação das Leis Trabalhistas).

A fonte primária ou fonte de criação, comum a todo o direito privado, é a vontade das partes. O contrato é, pois, a única e exclusiva fonte voluntária da relação de emprego. Do contrato nasce o vínculo de trabalho. Não obstante, essa fonte tem sua capacidade produtiva limitada pela produção de outras fontes que, **pela sua natureza, são denominadas imperativas.**

O equívoco técnico do impetrante, sublinhado em vermelho vivo em seu longo arrazoado, consiste na falsa suposição de que a Convenção Coletiva do Trabalho sobrepõe-se à norma consolidada. Não se pode olvidar ou descurar, que a convenção coletiva de condições de trabalho é um misto de contrato e de lei, é um ato regra, e, portanto, fonte do direito. Em verdade, consiste em instrumento de produção das normas jurídicas pelos próprios interessados ou destinatários. Todavia, se nos afigura incontestemente que no conflito entre fonte de produção estatal (CLT) e as fontes de produção profissional (convenções e acordos coletivos) prevalecem as primeiras. É elementar e consabido, que a Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 é a fonte de produção estatal que encerra o maior contingente de regras imperativas e cogentes. A vigência de tais normas, em hipótese alguma estará condicionada a manifestação de vontade de seus destinatários.

Resta claro, que a norma jurídica resultante das negociações levadas a efeito pelos sindicatos representativos das categorias profissionais e econômicas, para autocomposição de seus conflitos, não derroga a normação constante do Diploma Consolidado.

Neste sentido, de relevo para a defesa da tese ora tratada, é a lição que se extrai dos julgados abaixo trazidos, onde se leciona que a vontade das partes não tem o condão de mudar o teor de obrigações legalmente estipuladas.

Ementa:

1. DIREITO ADMINISTRATIVO.
2. PAGAMENTO DE AJUDA DE CUSTO E DIÁRIAS NO PERÍODO DE AFASTAMENTO DA SEDE DE LOTAÇÃO, PARA CURSAR A ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA.

**3. NÃO PODE A ADMINISTRAÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DE UM ACORDO PRÉVIO, FURTAR-SE AO RECONHECIMENTO DE DIREITO EXPRESSAMENTE ASSEGURADO, PELA ORDEM JURÍDICA, AOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS.**

4. APELAÇÃO E REMESSA 'EX OFFICIO' DESPROVIDAS.

TRIBUNAL: TR4 ACÓRDÃO RIP: 00061608 DECISÃO: 20-08-1991 PROC: AC NUM: 0406160 ANO: 91 UF: RS TURMA: 03 REGIÃO: 04 APELAÇÃO CIVEL

Relator: JUIZ GILSON LANGARO DIPP. DECISÃO UNANIME.

Doutrina: OBRA: INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 1933, P. 105, 137. AUTOR: FRITZ FLEINER.

Publicação: DJ DATA: 25-09-91 PG: 23408

Ementa:

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AJUDA DE CUSTO PAGA POR OCASIÃO DA TRANSFERÊNCIA DO EMPREGADO. DESCONTO POSTERIOR, AUTORIZADO PELO REGULAMENTO DA EMPRESA, NA OCORRÊNCIA DE DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA.

**A AJUDA DE CUSTO, GARANTIDA PELO ARTIGO 469, PARÁGRAFO TERCEIRO DA CLT, NÃO PODE SER RESTRINGIDA PELO REGULAMENTO. DESCONTO INDEVIDO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

TRIBUNAL: TR5 ACÓRDÃO RIP: 05055680 DECISÃO: 31-05-1990 PROC: RO NUM: 0500240 ANO: 89 UF: RN TURMA: 01 REGIÃO: 05 RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA

Relator: JUIZ RIDALVO COSTA

Fonte: Publicação: DJ DATA: 13-08-90

A propósito, acerca da inaplicabilidade da malsinada Convenção, para afastar a incidência da exação previdenciária, cabe, ainda, trazer à colação decisão prolatada pelo Juiz ROGER RAUPP RIOS nos processos nº 94.0014562-4 e 94.0017363-6, hipótese em que restou afastada a alegação da ré de que quantias pagas a seus funcionários sob a rubrica "quebra de caixa" não faziam parte dos salários, em virtude de disposição expressa contida em Sentença Normativa prolatada em Dissídio Coletivo, cujos ensinamentos analógicos são plenamente aplicáveis ao caso sob exame.

“As sentenças normativas, proferidas em ação de dissídio coletivo de natureza econômica, como já acentuou o Tribunal Superior do Trabalho, “. ...destinam-se a estabelecer cláusulas que criem novas condições de trabalho. Se constituem em meio de criação do direito no âmbito trabalhista. Conseqüentemente, não deve uma cláusula de sentença normativa dispor sobre o que já está previsto em lei, por isso, seria uma superafetação, além de dar a falsa impressão de que, por aquele meio, estava sendo estabelecida uma nova condição de trabalho, o que, em última razão, implicaria em iludir a categoria profissional envolvida.” (RO-DC 109.036/94.3, Rel. Min. Nogueira de Brito).

A questão relativa ao alcance das convenções coletivas de trabalho, perante a lei, já foi definida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu pela prevalência desta sobre aquelas.

Com efeito, em caso análogo, assim se manifestou o Pretório Excelso (AI nº 152.915-6/RS, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU 14.09.94):

“Discute-se nestes autos a aplicação do Decreto-Lei nº 2.284/86 que frustrou incidência do reajuste salarial fixado em acordo coletivo nos autos da revisão de dissídio.

O Tribunal “a quo”, conhecendo dos embargos do agravado, deu provimento ao recurso, para julgar improcedente a reclamação trabalhista, ao argumento de que a norma impugnada é inconstitucional e que o STF, dirimindo questão idêntica, decidiu que as leis que fixam novos critérios de cálculo de salário, ou que alteram o padrão monetário, devem ser aplicadas de imediato, “não se lhe aplicando as limitações do ato jurídico perfeito e do direito adquirido”.

Sustenta o agravante, nas razões extraordinárias, a existência de sentença normativa, com trânsito em julgado, que previa o reajuste pelo INPC integral, em 01/03/86, na forma do Decreto-Lei então vigente, que não poderia ser alcançada pelo novo diploma legal, sob pena de vulnerar o princípio constitucional do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido. Assim, da edição do novo Decreto-Lei, já estava assegurado um reajuste salarial, para a data futura, pendente apenas da existência da inflação e da edição da norma legal, cargo do poder Executivo, estabelecendo o INPC a ser adotado para a correção dos salários. Então, o Decreto-Lei 2.284/86, que revogou o Decreto-Lei 2.283/86, não poderia retroagir para alcançar situações já constituídas, mormente aquelas emanadas da sentença normativa, com trânsito em julgado.

Não procedem as alegações. Preceitua o art. 623 da CLT que será nula de pleno direito disposição de convenção ou acordo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora do Governo ou concernente à política salarial vigente. Portanto, a sentença normativa tem natureza singular, vez que a sentença normativa projetada no mundo jurídico apenas norma de caráter genérico e abstrato, embora nela se reconheça a eficácia da coisa julgada formal no período de vigência mínima definida na lei (CLT, art. 873), e, no âmbito do direito substancial, coisa julgada

material em relação á eficácia concreta já produzida. É norma editada no vazio legal. **Porém, editada a lei, norma de caráter imperativo, esta se sobrepõe a todas as demais fontes secundárias de direito — convenção, acordo ou sentença normativa.**

Depreende-se, então, a sentença normativa firmada ante os pressupostos legais então vigentes, pode ser derogada por normas posteriores que venham a imprimir nova política econômica-monetária, por ser norma de ordem pública, de aplicação imediata e geral, sendo “demasiado extremismo afirmar-se a existência de ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada — que a lei não pode modificar, em face de a decisão ter adequado os reajustes salariais da categoria, emergentes de acordo de dissídios coletivo, ao plano de estabilização da economia, instituidor do novo padrão monetário dos cruzados” (RE 114.982, Rel. Ministro Moreira Alves.”

Da mesma forma, manifestou-se o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

“Recurso de embargos a que não se conhece, com fulcro no Enunciado 333, em razão de a iterativa e atual jurisprudência desta Corte ser no sentido de que prevalece o disposto no Decreto-lei 2.284/86 sobre o decidido em acordo coletivo, pois trouxe nova realidade fática às relações de trabalho. Ao ser firmado o instrumento normativo em apreço, a legislação em vigor era outra, cujas disposições restaram revogadas pelo Decreto-Lei 2.283/86, razão pela qual não pode substituir cláusula convencional firmada com base em legislação anterior, porque incompatível com os termos da lei posterior, uma vez que a norma coletiva foi editada quando presentes circunstâncias inteiramente diversas e incompatíveis com as encontradas no Decreto-Lei 2.284/86, que alterou toda a política salarial então vigente.” (ERR nº 20.715/91.5, Rel. Min. Vantuil Abdala.”

Desta forma, deve o crédito previdenciário permanecer íntegro, eis que regularmente constituído.

Assim sendo, merece a sentença ser reformada, eis que não consiste a notificação ora atacada em ato ilegal praticado.

Nestes termos, pede deferimento.

Porto Alegre, 02 de setembro de 1997.

**RUBEM ARANOVICH**  
PROCURADOR



Trabalho apresentado na 1ª Reunião de Serviço Integrada nas Procuradorias da Previdência Social em Santa Catarina — 24/27.8.99 — Itapema-SC — pelo Procurador do INSS/Joinville-SC *Sandro Monteiro de Souza*

“O presente trabalho tem por objeto uma exposição sucinta acerca de um tema relativamente novo, qual seja, a arguição de inexigibilidade da contribuição do SEBRAE, arrecadada pelo INSS.

Muito embora seja uma **contribuição de terceiro**, que tem seu destino, a final, para um outro órgão, que não o INSS, o tema se me apresenta bastante relevante, tendo em conta que as contribuições de terceiro são arrecadadas pela autarquia, seguindo juntamente com as contribuições previdenciárias.

Como conseqüência, a contribuição do SEBRAE estará sempre incluída nas certidões de dívida ativa do INSS, nos parcelamentos de débito, etc. Sendo assim, uma vez suscitada a arguição de inconstitucionalidade da contribuição, obrigatoriamente terá o Procurador da autarquia o dever de defender sua legitimidade, evitando, por exemplo, o cancelamento de uma CDA, e todos os problemas supervenientes, condenação em honorários, inclusive.

Deve-se notar, ainda, que já é considerável o número de ações ordinárias ajuizadas na Justiça Federal de Joinville, objetivando a declaração de inexigibilidade da contribuição destinada ao SEBRAE.

Considerando, assim, que a nova questão vem sendo enfrentada diariamente na Procuradoria de Joinville, e tendo em conta a inexistência de precedentes judiciais acerca do tema, foi elaborada uma peça de contestação, a qual será objeto de exposição e posta em discussão com os colegas.

Cumprе frisar que se trata de trabalho incipiente, com certeza merecedor de reparos, razão pela qual, críticas e sugestões serão muito bem vindas.

Segue, então, esboço de contestação de uma ação ordinária em que se questiona a exigibilidade da contribuição do SEBRAE, na qual se refuta os argumentos até agora enfrentados na Procuradoria do INSS em Joinville”.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) FEDERAL DA 1ª VARA  
E JOINVILLE — SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**AÇÃO ORDINÁRIA Nº 99.0102974-0**

**AUTOR: MALWEE MALHAS LTDA. E OUTRO**

**RÉUS: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS E SERVIÇO  
BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE**

O **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**, por seu procurador infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos em epígrafe, apresentar sua

## CONTESTAÇÃO

forte nas razões abaixo expendidas.

Trata-se de ação ordinária proposta por MALWEE MALHAS LTDA. e CONFECÇÕES CARINHOSO LTDA. em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS e do SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE, objetivando, em síntese, declaração de inexigibilidade da contribuição recolhida ao sistema SESI/SENAI/SESC/SENAC e destinada ao segundo réu, exigida da(s) autora(s), após o início da vigência da Lei 8.154, de dezembro de 1990.

Sustenta(m) que os instrumentos legislativos que instituíram referida contribuição não atenderam ao comando dos arts. 146, III, e 150, III, *b*, da Constituição da República, consoante prescreve o art. 149 da mesma Carta. Advoga(m), ainda, a inexistência de relação jurídica entre a(s) autora(s) e o órgão destinatário da contribuição, pois não é(são) micro ou pequena(s) empresa(s), das quais o SEBRAE é órgão de apoio. Argúi(em), por fim, a ocorrência de bitributação, na medida que a contribuição em referência teria a mesma base de cálculo de outras contribuições sociais, o que seria vedado pela Constituição. Por conseqüência, pede(m), na peça vestibular, o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 3º do art. 8º das Leis Ordinárias nºs 8.029/90 e 8.154/90, bem como a declaração do direito da(s) autora(s) de compensar os valores recolhidos indevidamente a esse título, a partir de janeiro de 1991, devidamente corrigidos, com débitos vincendos de outras contribuições sociais sobre a folha de salários e da contribuição criada pela Lei Complementar 84/96, sem qualquer limitação. Requer(em), por fim, a antecipação dos efeitos da tutela.

Não merece prosperar a tese inicial, conforme se demonstrará a seguir.

A questão suscitada em juízo circunscreve-se no exame da exigibilidade do **adicional** à contribuição recolhida em favor do SESI/SENAI/SESC/SENAC, repassado por esses órgãos ao SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE, para promover seu financiamento, tudo de acordo com as Leis 8.029 e 8.154, de 1990.

Aparentemente complexa, a matéria é de fácil compreensão, e será minudentemente analisada, posteriormente, quando do exame do mérito. Primeiramente, todavia, há de ser abordada a questão da ilegitimidade do INSS para figurar no pólo passivo da presente ação.

### **I — PRELIMINARMENTE: DA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO INSS**

Em preliminar, argúi o INSS a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto apenas desempenha em favor do SEBRAE as atividades de arrecadação e fiscalização da contribuição, sem qualquer participação ou responsabilidade quanto a seu destino e utilização. Por este fato, não é parte legítima.

Na lição do Professor Humberto Theodoro Júnior “legitimados no processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão” (Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, 17ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 57).

Como patenteado, na espécie, trata-se de ação discutindo a exigibilidade da contribuição ao SEBRAE. O interesse em resistir a tal pretensão é de quem terá prejuízo, no caso de uma eventual procedência do pedido, ou seja, pertence ao sujeito ativo da obrigação tributária, na espécie, o SEBRAE, destinatário final da contribuição, e não o INSS, que se constitui em mero agente arrecadador, similar a um prestador de serviços.

O INSS não é o credor da referida contribuição, mas tão somente agente arrecadador e fiscalizador, não se prestando como parte legítima para figurar no pólo passivo das ações em que se discute a legalidade da própria exação.

A se manter o INSS no pólo passivo da demanda, estar-se-á abrindo um precedente, um tanto quanto esdrúxulo, no sentido de que estão legitimados para figurar no pólo passivo de ações judiciais meros prestadores de serviços, que recebem uma percentagem sobre o valor da contribuição arrecadada. Assim, em se fazendo um contrato com banco particular, por meio do qual ele arrecade determinado tributo, repassando os valores recolhidos ao ente de direito, retendo apenas uma percentagem por seus serviços prestados, será tal instituição financeira parte legítima para figurar no feito, o que não se admite.

Ademais, o procedimento administrativo para a compensação ou restituição de tal contribuição corrobora a tese ora defendida, no sentido da legitimidade passiva *ad causam* desta autarquia.

A contribuição em discussão, destinada ao SEBRAE, tal qual as devidas ao SENAC, SENAI, INCRA, SENAT, etc. estão incluídas na rubrica “terceiros”, porquanto não são contribuições previdenciárias, embora sociais. Em relação a estas dispõe o artigo 75, § 2º, do Decreto nº 2.173/97:

“Art. 75 (...)

§ 2º Pedido de restituição que envolver somente importâncias relativas a terceiros, será formulado diretamente à entidade respectiva, e por esta decidido, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social prestar as informações e realizar as diligências solicitadas.” (gizado)

Desse modo, na hipótese de a(s) autora(s) vier(em) a ter direito reconhecido à restituição ou compensação da contribuição em evidência, deverá(ão) formular o pedido diretamente ao SEBRAE, órgão destinatário da contribuição em comento, sem intervenção direta do INSS no feito, porquanto a contribuição é exclusivamente de terceiros, ou seja, não está incluída no elenco das contribuições previdenciárias, não integra o orçamento da Seguridade Social; enfim, não se destina ao INSS.

Dentro dessa linha de entendimento, quanto ao INSS, há de ser extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

## II — NO MÉRITO: 1) DA DECADÊNCIA

Assim prevê o art. 168 do Código Tributário Nacional:

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados:

I — nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;”.

Por sua vez, o art. 165, I, faz alusão ao pagamento espontâneo de tributo indevido ou a maior em face da legislação tributária aplicável à época do fato gerador do mesmo.

Para uma melhor análise do caso concreto, faz-se necessária, ainda, a transcrição do art. 156 do CTN, que prevê literalmente:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento;”.

Deste modo, conclui-se que o sujeito passivo da obrigação tributária tem, a contar da data do pagamento do tributo e conseqüente extinção do crédito tributário, 5 (cinco) anos para pleitear a restituição destes valores.

Trata-se de prazo decadencial, e começa a fluir, segundo o art. 168, I, do CTN, da data do pagamento que extingue o crédito, nos termos do art. 156, I, do mesmo diploma.

Aliomar Baleeiro, expoente do Direito Tributário pátrio, nos ensina:

“O prazo de cinco anos do art. 168 é de decadência e, portanto, não pode ser interrompido. Vencedor, o sujeito passivo tem de pleitear a restituição dentro dessa dilação, contada da extinção do crédito por qualquer meio admitido no CTN, nos casos dos incisos I e II do art. 165.” (Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 10ª Edição, p. 570)

Este entendimento encontra precedentes no Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se infere dos seguintes julgados:

Ementa:

TRIBUTÁRIO. IPTU. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. DECADÊNCIA.

— A CORREÇÃO MONETÁRIA NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO FISCAL INCIDE A PARTIR DO RECOLHIMENTO INDEVIDO.

O DIREITO DE PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO PAGO INDEVIDAMENTE EXTINGUE-SE COM DECURSO DO PRAZO DE CINCO (5) ANOS, CONTADOS DA DATA DA “EXTINÇÃO” DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

AS QUANTIAS EXIGIDAS, PELO ESTADO, NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO IMPOSITIVA (OU ESPONTANEAMENTE PAGAS PELO CONTRIBUINTE, NA CONVICÇÃO DE SOLVER UM DÉBITO FISCAL), TEM

A FISIONOMIA PRÓPRIA DE ENTIDADE TRIBUTÁRIA, NA DEFINIÇÃO DO CTN (ART. 3º).

O PRAZO DE DECADÊNCIA, NA AÇÃO DO TRIBUTO, COMEÇA A FLUIR COM O PAGAMENTO DO TRIBUTO, AINDA QUE INDEVIDAMENTE (EXTINÇÃO DO CREDITO PRESUMIDO).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE. DECISÃO UNANIME. (STJ, RESP N. 23335, 1ª TURMA, Rel. MINISTRO DEMOCRITO REINALDO, DJ DE 25-10-1993).

Ementa:

EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS É INAPRECIÁVEL NA ÓRBITA DO RECURSO ESPECIAL. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. DECADÊNCIA DAS PARCELAS RECOLHIDAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS.

— O DIREITO À RESTITUIÇÃO DO TRIBUTO EXTINGUE-SE EM CINCO (5) ANOS, CONTADOS DO INDEVIDO PAGAMENTO, OU, SEGUNDO DEFINIÇÃO LEGAL, DA EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (CTN, ARTIGO 168, I).

O PAGAMENTO DO IMPOSTO, AINDA QUE ILEGAL SUA EXIGÊNCIA, EXTINGUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

ASSIM, SÃO ALCANÇADAS PELO PRAZO DECADENCIAL TODAS AS PARCELAS RECOLHIDAS NO QUINQUÊNIO ANTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO DE REPETIÇÃO.

RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (STJ, RESP Nº 64373 UF: MG 1ª TURMA , Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ DE 28-08-1995).

O posicionamento acima exposto é adotado pelo culto Juiz federal Dr. Néfi Cordeiro, que em sentença proferida na Ação Ordinária nº 96.0017852-6, assim se manifestou, em redação que merece transcrição:

“A norma geral de prescrição já prevê que começa ela a contar do momento em que exigível se torna o direito. Em se considerando a petição como possível apenas com o decurso do prazo para homologação (cinco anos) ou da decisão de inconstitucionalidade do STF, está-se negando a possibilidade do contribuinte no dia seguinte ao pagamento requerer sua devolução por inconstitucional (ainda que não decorrido o prazo para homologação ou sequer existente qualquer ação nos foros nacionais sobre tal inconstitucionalidade). Imagino que ninguém defenderia tal absurdo. Já que pode o contribuinte exigir a restituição do que pagou logo após tal ato, há que se entender que em não o fazendo já estará correndo o termo prescricional”

Recente decisão de lavra do Juiz Olindo Menezes, do TRF 1ª Região, descreve muito bem sobre a matéria, *in verbis*:

“1. Agrava a União de decisão que, em pleito ordinário de compensação, resolveu autorizá-la, antecipadamente, sem observância da prescrição quinquenal, na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça (fls. 07-10), entendendo que, em verdade, devem ser contados dez anos: cinco para o lançamento e cinco para sua homologação. Sustenta, em resumo, que a hipótese é de prescrição quinquenal.

2. Tem-se dito, com base em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como o faz a decisão recorrida, que o prazo decadencial quinquenal de repetição, de que dispõe o contribuinte, somente deve ser contado a partir da homologação do lançamento, de forma expressa, ou com o termo final do prazo decadencial, também quinquenal, do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Somente aí haveria extinção do contribuinte (art. 168, I).

Mas o argumento não procede, venia concessa. O prazo para homologação do lançamento é destinado à Administração, nada tendo a ver com o prazo quinquenal previsto no art. 168 para a repetição do indébito tributário, a não ser pelo fato de ambos serem de decadência, isto é, destinados ao exercício de um direito, que nasce com prazo nesse sentido.

Os pagamentos feitos nos lançamentos por homologação não perdem essa qualidade (expressivos de cumprimento da obrigação tributária) pelo fato de serem sob condição resolutória de ulterior homologação (art. 150, § 1º).

Não se trata de um pagamento virtual, em potencial, à espera de uma condição suspensiva para que tenha eficácia legal, e sim de um genuíno pagamento, extinguindo o crédito tributário, se bem que submetido a uma condição resolutiva: a não homologação no prazo de cinco anos.

Uma vez realizado, de logo nasce para o contribuinte, no caso de tributo indevido, o termo inicial do prazo quinquenal de repetição, em face da violação de seu direito (princípio da actio nata). A lei não quis dar ao contribuinte o prazo de dez anos para a repetição (cinco anos para homologação mais cinco anos para repetição), mas apenas cinco, tanto mais que, nos termos do Decreto 20.910, de 06/01/32, todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, seja qual for a natureza, assim como as suas dívidas passivas, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram (art. 1º).

Se a empresa recolheu indevidamente um tributo, a repetição deve ser buscada dentro de cinco anos do recolhimento, e não da declaração de inconstitucionalidade. Somente são devidas, se provado o recolhimento, as parcelas ou prestações contidas do quinquênio imediatamente anterior à propositura da ação, que expressa o exercício do direito (prazo de decadência).

3. Diante do exposto, recebo o agravo no efeito suspensivo.” (Agravo de Instrumento n. 1998.01.00.061048-2/MG. Decisão publicada no DJ n. 189, de **02/10/98**).

Por conseguinte, requer a Vossa Excelência seja declarada a decadência de todas as parcelas recolhidas anteriormente ao quinquênio contado do ajuizamento do feito.

## 2) DA IMPROPRIEDADE DA TESE LEVADA A JUÍZO

Não há como se dar guarida à tese sustentada pela parte autora.

A tese inicial alicerça-se exclusivamente em quatro pontos:

- 1) a contribuição social devida para custear o SEBRAE foi instituída por lei ordinária, em vez de lei complementar, como de acordo com o comando do art. 149, parágrafo único, c/c art. 146, III, da Constituição Federal;
- 2) não haveria relação jurídica entre a(s) empresa(s) autora(s) e o SEBRAE para respaldar a cobrança da contribuição, na medida que este serviço social autônomo é voltado ao apoio das micro e pequenas empresas, enquanto ela(s) não se classifica(m) como tal; e
- 3) a contribuição estaria afrontando a vedação constitucional da bitributação, porquanto sua base de cálculo seria a folha de salários, coincidindo com aquela já prevista no art. 195 da Constituição da República.

A argumentação é completamente equivocada.

A contribuição destinada ao Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, por assim dizer, foi instituída pela Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, nos seguintes termos:

“Art. 8º É o Poder Executivo autorizado a desvincular da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa – CEBRAE, mediante sua transformação em serviço social autônomo.

(...)

§ 3º As contribuições relativas às entidades de que trata o artigo 1º do Decreto-lei n. 2.318, de 30 de dezembro de 1986, poderão ser **majoradas** em até 0,3% (três décimos por cento), com vistas a financiar a execução da política de Apoio às Microempresas e às Pequenas Empresas.

§ 4º O adicional da contribuição a que se refere o parágrafo anterior será arrecadado e repassado mensalmente pelo órgão competente da Previdência Social ao CEBRAE”. (o destaque não consta do original)

As entidades referidas pelo art. 1º do Decreto-lei 2.318/86 são o Serviço Nacional da Indústria/SESI, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, o Serviço Nacional do Comércio – SESC e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC.

Posteriormente, o dispositivo suso transcrito foi alterado, pela Lei 8.154, que assim dispôs:

“Art. 1º O § 3º do art. 8º da Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 8º (...)

§ 3º — Para atender à execução da política de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, **é instituído** adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-lei n. 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de:

- a) 0,1% (um décimo por cento) no exercício de 1991;
- b) 0,2% (dois décimos por cento) em 1992; e
- c) 0,3% (três décimos por cento) a partir de 1993.” (grifo nosso)

Propriamente, não há uma contribuição específica e autônoma para o SEBRAE. As contribuições destinadas ao SESI/SENAI e SESC/SENAC é que foram majoradas, destacando-se desta parcela para o financiamento das atividades desenvolvidas pelo SEBRAE, que é um serviço social autônomo, tal como aqueles, só que voltado à prestação de apoio às micro e pequenas empresas, de qualquer ramo comercial.

Desta forma, trata-se de um **adicional** a contribuições já existentes no ordenamento jurídico e sequer questionadas pela parte autora. As contribuições sociais para o financiamento desses entes estão expressamente ressalvadas pela própria Constituição da República, no art. 240. Por tudo isso, despiendo até seria adentrar no mérito da tese levada a juízo, o que se fará apenas em homenagem ao princípio da eventualidade.

## 2.1) **DA (DES)NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA INSTITUIR A CONTRIBUIÇÃO**

Argúi(em) a(s) autora(s) que a contribuição destinada ao SEBRAE padece de um vício formal de inconstitucionalidade. Deveria ter sido instituída por lei complementar, de forma a atender o comando do art. 149 c/c 146, III, da Constituição da República, e não por lei ordinária, como de fato foi.

Sem razão a argumentação. A questão, neste ponto, não é tão simples como quer(em) fazer crer.

Com efeito, dispõe o art. 149 da Constituição da República, *in verbis*:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

São os termos do art. 146, III, da Constituição:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer **normas gerais** em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”. (gizado)

A tese construída pela parte autora alicerça-se em uma inadequada interpretação acerca do alcance de referido artigo.

A doutrina do direito tributário brasileiro abriga duas correntes a esse respeito: a dicotômica e a tricotômica. A corrente dicotômica, partindo de uma interpretação lógico-sistemática, sustenta que, a despeito do disposto no inciso III, que à lei complementar caberia apenas dispor sobre os conflitos de competência em matéria tributária, entre as pessoas políticas (inciso I) e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (inciso II). A tricotômica, por sua vez, privilegia a interpretação literal, reservando à lei complementar também o disposto nas alíneas do inciso III do art. 146 da Constituição da República.

A melhor exegese, como de costume, é a interpretação lógico-sistemática. Conforme muito bem apregoadado pelo ilustre Professor PAULO DE BARROS CARVALHO: “... a forma escolhida para verter o comando do art. 146 sacode as estruturas do sistema, mexe com seus fundamentos e provoca fenda preocupante na racionalidade que ele, sistema, deve ostentar.”

Uma interpretação puramente literal do art. 146, III, da Constituição Federal leva-nos a subverter toda a ordem constitucional na medida que faz tábula rasa de um dos pilares da República Federativa do Brasil, qual seja, o princípio federativo.

Por sua propriedade, cabe aqui transcrever lição de PAULO DE BARROS CARVALHO:

“Em poucas palavras, preceituou o legislador constitucional que toda a matéria da legislação tributária está contida no âmbito de competência da lei complementar. Aquilo que não cair na vala explícita de sua “especialidade”, caberá, certamente, no domínio da implicitude de sua “generalidade”. Que assunto poderia escapar de poderes tão amplos? **Eis aí o aplicador do direito novamente atônito!** Pensará: **como é excêntrico o legislador da Constituição! Demora-se por delinear, pleno de cuidados, as faixas de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e, de entremeio, torna tudo aquilo supérfluo, na medida em que põe nas mãos do legislador complementar a iniciativa de regrar os mesmos assuntos.** fazendo-os pelo gênero ou por algumas espécies que lhe aprouve consignar, esquecendo-se de que as eleitas, como as demais espécies, estão contidas no conjunto que representa o gênero.” (gizado)

Em prejuízo do **sistema**, o art. 146 da Carta Federal **disse mais do que deveria**, ao procurar especificar nas alíneas do inciso III, as matérias a serem necessariamente reguladas por lei complementar.

O problema inevitavelmente leva à indagação acerca do quê o sistema tributário admite como “**normas gerais** de direito tributário”.

Do mestre já citado:

“Qual a compreensão que devemos ter do papel a ser cumprido pelas **normas gerais de direito tributário, no novo sistema?**”

O primeiro passo é saber que são as tão faladas normas gerais de direito tributário. E a resposta vem depressa: **são aquelas que dispõem sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes e também as que regulam as limitações constitucionais ao poder de tributar.** Pronto: o conteúdo está firmado. Quanto mais não seja, indica, denotativamente, o campo material, fixando-lhe limites. E como fica a dicção constitucional, que despendeu tanto verbo para dizer algo bem mais amplo? Perde-se, no âmbito de rotunda formulação pleonástica, que **nada acrescenta.** Vejamos. Pode o legislador complementar, invocando a disposição do art. 146, III, a, definir um tributo e suas espécies? Sim, **desde que seja para dispor sobre conflitos de competência.** Ser-lhe-á possível mexer no fato gerador, na base de cálculo e nos contribuintes de determinado tributo? Novamente sim, **no pressuposto de que o faça para dispor de conflitos.** E quanto à obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários? Igualmente, na condição de satisfazer àquela finalidade primordial.

**Com tal interpretação, daremos sentido à expressão normas gerais de direito tributário, prestigiaremos a Federação, a autonomia dos Municípios e o princípio da isonomia das pessoas políticas de direito constitucional interno, além de não desprezar, pela coima de contraditórias, as palavras extravagantes do citado art. 146, III, a e b, que passam a engrossar o contingente das redundâncias tão comuns no desempenho da atividade legislativa.**” (gizado)

Logo, há que se admitir que a teoria mais adequada ao sistema tributário é a dicotômica, não devendo lograr êxito a tese sustentada pela parte autora. A majoração da alíquota da contribuição do SESI/SENAI e SESC/SENAC, operada pela Lei 8.154/90, está plenamente de acordo com o sistema tributário constitucional brasileiro.

Não se pode aceitar que somente a lei complementar possa instituir contribuições sociais. Aliás, em matéria tributária, a Constituição da República foi expressa quando exigiu a edição de lei complementar para a instituição de tributos. É o caso do disposto nos arts. **148** (empréstimos compulsórios), **153, VII** (imposto sobre grandes fortunas), **154, I** (competência residual da União para criação de **impostos**) e **195, § 4º** (instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da **seguridade social**).

Ainda que se adote a teoria tricotômica, e se entenda impertinente idéia da menção expressa da Constituição quanto à necessidade de lei complementar, o caso específico também apresenta outra particularidade. É que se trata de **contribuição social** e não **imposto**, conforme a dicção do art. 146, III, “a”, da CF, que fundamenta a tese da inicial. A questão da desnecessidade de lei complementar para a instituição de contribuições sociais já conta com decisões até mesmo do Supremo Tribunal Federal. Veja-se estes excertos colhidos da jurisprudência do Excelso Pretório:

O eminente Ministro Moreira Alves:

“Note-se, ademais, que, **com relação aos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes, o próprio artigo 146, III, só exige estejam**

**previstos na lei complementar de normas gerais quando relativos aos impostos destinados na Constituição, o que não abrange as contribuições sociais, inclusive as destinadas ao financiamento da seguridade social, por não configurarem impostos**". (RTJ 143:695)

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Velloso no RE n. 138.284. RTHJ 143:321:

**"A norma matriz das contribuições sociais, bem assim das contribuições de intervenção e das contribuições corporativas, é o art. 149 da Constituição Federal. O art. 149 sujeita tais contribuições, todas elas, à lei complementar de normas gerais (art. 146, III). Isto, entretanto, não quer dizer, (...) que somente a lei complementar pode instituir tais contribuições. Elas se sujeitam, é certo, à lei complementar de normas gerais (art. 146, III). Todavia, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina os seus fatos geradores, base de cálculo e contribuintes (art. 146, III, a)."**

Veja-se a seguinte decisão, em acórdão de lavra da Juíza Tânia Escobar, do TRF da 4ª Região, nos autos da Apelação Cível n. 97.0417325/RS:

**CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DA TRD E DA UFIR SOBRE OS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS.**

**1. A lei complementar referida pelo art. 146, inc. III, da Constituição, a que faz remissão o art. 149 não se destina à instituição de tributos, mas a estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, espandendo de vez quaisquer dúvidas acerca da natureza tributárias das contribuições de intervenção no domínio econômico, corporativas ou sociais em sentido amplo, e a sua subsunção às normas gerais relativas aos tributos.** A TRD constitui taxa de juros aplicável às obrigações fiscais impagas na data do seu vencimento, no período compreendido entre fevereiro e dezembro de 1991 (Lei-8177/91 e Lei-8383/91), mantida a sua incidência sobre os débitos tributários porque mais benéfica ao contribuinte que a utilização do INPC, medida que se impõe para resguardar o valor real das obrigações tributárias e evitar o enriquecimento ilícito do contribuinte.

3. Constituindo, a UFIR, mera reposição da moeda aviltada pela inflação, não configura acréscimo capaz de aumentar o tributo, não se sujeitando, assim, aos princípios da irretroatividade e anterioridade tributária.

Relator: JUIZ: 420 – JUIZA TANIA ESCOBAR

**Decisão:** UNÂNIME

## **2.2) DA PRETENDIDA DESVINCULAÇÃO ENTRE A(S) AUTORA(S) E O SEBRAE**

Outro ponto invocado pela(s) autora(s) para sustentar a tese de que indevida a contribuição ao SEBRAE, ou seja, a desvinculação existente entre a obrigação do sujeito passivo e a destinação do produto arrecadado, também não tem condições de ser absorvido pelo Poder Judiciário.

Sustenta(m) que por se tratar(em) de empresa(s) de grande porte, não deveria(m) contribuir ao SEBRAE, por ser este órgão incumbido de prestar assistência apenas às micro e pequenas empresas. Como não usufruiria(m) de nenhum benefício, também não deveria(m) contribuir.

Não há como prevalecer tal arguição.

O adicional da contribuição social destinada ao SESC/SENAC/SESI/ SENAI e por fim repassado ao SEBRAE **não é contribuição previdenciária**. Logo, não há como se dar guarida à tese da(s) autora(s) segundo a qual *não havendo benefícios diretos auferidos por ela(s) ou seus empregados, indevida a contribuição*. **O princípio da contraprestação contribuição/benefício, insculpido no § 5º do art. 195 da Constituição da República não é aplicável às contribuições de intervenção no domínio econômico/interesse de categorias profissionais ou econômicas**. Essas contribuições, na qualidade de tributos, estão adstritas ao Código Tributário Nacional, que dispõe, em seu art. 4º, *in verbis*:

“Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, **sendo irrelevantes** para qualificá-la:

I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II – **a destinação legal do produto da sua arrecadação.**”

Desta forma, **sendo a contribuição devida ao SEBRAE, indiscutivelmente, de natureza tributária não há como se lhe afastar a incidência do art. 4º, II do CTN**, que esclarece ser irrelevante a destinação do produto da arrecadação do tributo. É este um problema de Direito Financeiro.

Ademais, a contribuição destinada ao SEBRAE é da espécie intervenção no domínio econômico porque destinada a financiar a **política** de apoio às micro e pequenas empresas. O **fomento** das empresas de pequeno porte, tão importantes para o desenvolvimento da economia nacional, é uma **função estatal** e para a realização dessa atividade foi criado o SEBRAE, um serviço social autônomo, financiado pela contribuição social ora questionada.

Não se pode negar que todo tributo direta ou indiretamente se apresenta como uma intervenção do Estado na economia. Entretanto, alguns tributos, mais dos que outros, têm mais acentuada essa finalidade, sendo mesmo qualificados como contribuições **de intervenção no domínio econômico**. É esse o caso da contribuição destinada a financiar o SEBRAE.

Diferentemente das contribuições do SESC/SESI/SENAC/SENAI, em que as empresas que os financiam obtêm benefícios indiretos a si (diretos a seus funcionários: assistência a saúde, lazer, ensino, etc.), a contribuição do SEBRAE não pressupõe um liame entre contribuintes e beneficiários. Toda a sociedade, com o fortalecimento da economia, é beneficiada com o apoio prestado pelo SEBRAE às micro e pequenas empresas. Logo caracterizada como contribuição de intervenção no domínio econômico, eis que inserida em um contexto maior (o da ação do Estado na economia nacional), completamente despropositada a vinculação contribuintes/beneficiários pretendida pela(s) autora(s).

### 2.3) DA ALEGADA BITRIBUTAÇÃO

O terceiro e último argumento trazido na inicial respeita à ocorrência de bitributação. Sustenta a parte autora que sendo a contribuição ao SEBRAE uma contribuição previdenciária, não poderia ter a mesma base de cálculo daquela devida pelo empregador, sobre a folha de salários (art. 195, I, da CF).

O argumento é falacioso e nada além do que já foi dito é necessário para refutá-lo.

**O adicional às contribuições devidas ao SESI/SENAI e SESC/SENAC não é contribuição previdenciária.** A(s) própria(s) autora(s) sabe(m) disso, como se verifica na petição inicial. Essas contribuições são da espécie “**de intervenção no domínio econômico**”, nos termos do art. 149 da Constituição Federal.

A contribuição destinada ao SEBRAE, como já se sublinhou, é da espécie intervenção no domínio econômico. O que o sistema não admite é a criação de nova contribuição **previdenciária** com a mesma base de cálculo das já existentes. Sendo a contribuição destinada ao SEBRAE espécie diversa das previdenciárias, não há que se falar em bitributação.

### 3) DA INVIABILIDADE DA COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO SEM A COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE AO CUSTO

A restituição de tributos pagos indevidamente segue o disposto na norma contida no art. 166 do Código Tributário Nacional:

“ A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro **somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo**, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por esse expressamente autorizado a recebê-la ”. (gizado)

O princípio exacional de “não poder a empresa ter de volta o valor indevido, se o *quantum* correspondente foi agregado ao preço da mercadoria ou valor do serviço”, conforme ensina Wladimir Novaes Martinez, no artigo “REPETIÇÃO DE INDÉBITO NÃO RESTITUÍVEL A QUEM PAGOU”, publicado no 8º Congresso Brasileiro de Previdência Social – tem sentido, caso contrário, como a empresa não diminui o preço ou valor da mercadoria, praticaria enriquecimento ilícito ao apropriar-se de dinheiro pertencente ao consumidor. Então, **melhor ficar com o Estado pois, para este, presume-se a alocação do recurso em benefício da coletividade.**

*In casu*, o valor foi necessariamente acrescido ao custo da produção e as empresas além de não diminuírem o valor da mercadoria ou serviço, não têm condições de restituir a quem verdadeiramente desembolsou a contribuição, o consumidor, salvo, com diz a norma jurídica, se a empresa demonstrar ter contabilmente apropriado o valor em separado dos custos de produção.

Em resumo: só se o contribuinte demonstrar não ter repassado ao consumidor o custo de seus bens e serviços (*onus probandi* do contribuinte), a contribuição indevidamente recolhida poderá ser devolvida ou compensada. Com essa salutar medida, ressalta-se a máxima vigente no ordenamento nacional que não permite ao particular o enriquecimento ilícito.

Custo é a soma dos gastos com bens e serviços aplicados ou consumidos na produção de outros bens.

O custo é, portanto, fundamental em qualquer entidade com fim lucrativo, pois dele depende a empresa para alcançar os fins a que se destina. A empresa que conseguir melhorar sua eficiência e reduzir progressivamente seu custo, estará obtendo cada vez melhor resultado econômico.”

Em decorrência da definição de custo e do disposto na Lei 9.032/95, modificada pela Lei 9.129/95, observa-se, na prática, que a pessoa jurídica deverá superar um grande obstáculo para que **compense ou obtenha a restituição** dos tributos considerados indevidos, pois na maioria das vezes esse custo é transferido para os consumidores de seus bens e serviços, cabendo à empresa comprovar (ônus da prova), mediante sua escrituração contábil, que não repassou para os bens ou serviços o custo de sua mão-de-obra.

Para aclarar a hipótese, veja-se que a decisão do STF na ADIN 1.102, que concluiu pela inconstitucionalidade das expressões “empresário” e “autônomo”, constantes do inciso I do art. 22 da Lei 8.212/91, e, também, da Portaria Ministerial nº 3.081/96, embora impossibilitem a autarquia de cobrar a contribuição sobre o “pro labore”, por que cancelada, não têm o condão de obrigar o INSS a realizar a compensação ou a restituição, já que, para tal, faz-se necessário que haja o reconhecimento, por decisão, de que o contribuinte de direito suportou efetivamente o encargo financeiro, e não o transferiu a terceiro, o contribuinte de fato, e isto tem que ser provado para que haja decisão neste sentido.

Assim sendo, o sujeito passivo da obrigação tributária só fará jus à restituição ou à compensação se ficar reconhecido por decisão, que suportou o encargo ou o transferiu a terceiro. Quer dizer, com a decisão final declaratória da inconstitucionalidade, fica a autarquia previdenciária impedida de cobrar a contribuição, mas o que foi pago anteriormente só poderá ser restituído ou compensado se o contribuinte provar que assumiu o encargo financeiro e não o transferiu a terceiro, e, na hipótese de tê-lo transferido, esteja por este autorizado a receber a repetição.

Neste sentido, vem decidindo recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

**COMPENSAÇÃO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO A TERCEIRO – EXEGESE.**

**“Contribuição previdenciária – Autônomos, avulsos – Administradores – Compensação – Transferência do encargo a terceiro. Recente orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça tem admitido**

a compensação das contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas. Mas os valores indevidamente pagos só podem ser compensados se não tiverem sido incluídos no custo de bens e serviços, e transferido a terceiro o encargo, conforme estabelecem os artigos 89 da Lei 9.129/95 e 166 do CTN, além da Súmula nº 546 do STF. **Recurso parcialmente provido.**” (Ac. un. da 1ª T. do STJ – REsp 197.820-SP – Rel. Ministro Garcia Vieira, j. 23.02.99 – Recte.: INSS; Recda.: Monalisa Jóias e presentes Aga Ltda. – DJU 04/05/99)

Embargos de Divergência. Previdenciário. Contribuições. Compensação. Transferência do encargo financeiro. Artigo 166 do CTN. Artigo 89 da Lei n. 8212/91, na redação atual. Embargos rejeitados. (.....) **Embora reconhecido o direito à compensação, tendo a ação sido ajuizada na vigência da Lei n.9.032/95 que deu nova redação ao artigo 89 da Lei n.8212/91, o benefício só poderá ser deferido se atendida a disposição legal, vale dizer, mediante a prova de que não houve transferência do encargo financeiro”.** (Ac da 1ª S do STJ – mv – Ediv no Resp 127.432/RS – Rel. **Min. HÉLIO MOSIMANN** – DJU 10.03.99)

Posto isto, na improvável hipótese de Vossa Excelência reconhecer a ilegitimidade da contribuição do SEBRAE, há de ser observada, para a compensação ou restituição, o disposto no § 1º do art. 89 da Lei 8.212/91, ou seja, a comprovação, pela empresa, de que não houve repasse dos valores da contribuição para os custos da mercadoria ou serviços oferecidos à sociedade.

#### 4) DOS REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA SE OPERACIONALIZAR A COMPENSAÇÃO

Vale notar que na eventual hipótese de Vossa Excelência entender por bem julgar procedente a presente demanda, entendendo viável a compensação sem a comprovação do não repasse ao custo, devem ainda ser observados os limites impostos pelo art. 89 c/c art. 94, parágrafo único da Lei 8.212/91, em especial o teto de 30% (trinta por cento) do valor recolhido em cada competência.

Veja-se o seguinte *decisum* do Superior Tribunal de Justiça:

**“COMPENSAÇÃO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS – LIMITES – LEIS Nºs 9.032/95 E 9.129/95 – APLICAÇÃO – CRITÉRIO.**

**Tributário. Compensação. Limites em matéria previdenciária. Leis nºs 9.032 e 9.129, de 1995. A lei aplicável, em matéria de compensação, é aquela vigente na data do encontro de créditos e débitos, e, por isso, a partir da respectiva publicação, a limitação nela imposta incide e é eficaz; considerando que a sentença proferida com efeitos a partir da propositura da ação, isso se reflete em relação às demandas ajuizadas antes das Leis nºs 9.032 e 9.129, de 1995, do seguinte modo: a) todos os valores compensáveis até a data das respectivas publicações estão**

**a salvo dos limites nelas fixados; b) os créditos remanescentes que, para o efeito da compensação, dependem de débitos a vencer posteriormente, estão sujeitos aos limites impostos, primeiro pela Lei 9.032, de 1995 (25%) e, depois, pela Lei nº 9.129, de 1995 (30%). Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (AC unânime da 2ª T. do STJ – REsp 174.065-SP – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 03.09.98).**

Ainda, a compensação deve necessariamente ser procedida entre tributos da mesma espécie.

Assim, considerando que tributos da mesma espécie são aqueles que possuem idêntica destinação constitucional, pode-se afirmar que a compensação de créditos da contribuição para financiamento do SEBRAE somente podem se dar com a própria contribuição destinada ao órgão ou, quando muito, com aquelas recolhidas ao sistema SESI/SENAI/SESC/SENAC, considerando que a contribuição do SEBRAE nada mais é do que um adicional das devidas e esses outros entes. Não há a menor possibilidade de compensação de contribuição do SEBRAE com as eminentemente previdenciárias, destinadas ao INSS.

## 5) DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Por fim, da mesma forma, na remota hipótese de procedência do feito, com a declaração do direito da(s) autora(s) de compensar ou ver restituídos valores recolhidos a título de contribuição ao SEBRAE, há que se observar que os critérios de correção dos valores são exatamente os mesmos utilizados pela Fazenda Pública, para a correção de seus créditos, de acordo com o art. 89, § 6º, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.032/95.

## III — DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

Pretendem a(s) autora(s), ainda, lhe(s) seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela, para suspender a exigibilidade da contribuição em litígio, assegurando-se-lhe(s) o direito de obter CND's, ainda que constatado o não recolhimento do adicional incidente sobre a contribuição devida ao SESI/SENAI/SESC/SENAC, repassado ao SEBRAE.

A antecipação da tutela não lhe(s) deve ser conferida.

Prescreve o art. 475, II, do Código de Processo Civil:

“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

II – proferida contra a União, o Estado e o Município.”

Tal disposição foi expressamente estendida às autarquias pela Lei 9.469/97.

Assim, nas ações contra esta autarquia, a sentença só produzirá efeitos quando confirmada pelo Tribunal. Ora, se com as sentenças, provimentos definitivos dotados de maior cognição é assim, que se dirá, então, de uma decisão interlocutória e provisória.

Em se deferindo a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, está sendo criado um verdadeiro contra-senso, pois, como pode uma decisão interlocutória produzir efeitos que uma sentença, decisão maior, não produziria?

Desse modo, a antecipação dos efeitos da tutela mostra-se inviável contra a Fazenda Pública, incluído neste conceito o INSS.

Ademais, a parte autora pretende, com a antecipação da tutela, seja determinada a suspensão da exigibilidade do adicional da contribuição do SESI/ SENAI/SESC/SENAC, repassado ao SEBRAE, bem como o direito à obtenção de Certidão Negativa de Débito – CND.

O requerimento não pode prosperar. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário é medida que somente pode ser deferida, nos estritos casos do art. 151 do CTN, até mesmo pela natureza fundamental que representa a tributação para o desempenho das atividades estatais.

Dispõe o art. 151 do CTN, *in verbis*:

“Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – a moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela decorrentes.”

Assim, considerando que a hipótese não se enquadra em nenhuma das prescrições legais, não há como ser concedida, via tutela antecipada, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O direito à CND, de outra parte, é questão que diz respeito diretamente com a regularidade fiscal da empresa. Logo, não estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário e desde que comprovado que a empresa deixou de recolher tributo devido, não possui ela direito à obtenção de Certidão Negativa de Débito.

Deve-se atentar, finalmente, para o fato de que inexistem as condições necessárias ao deferimento de antecipação da tutela, elencados no art. 273 do CPC, quais sejam, prova inequívoca dos fatos, verossimilhança da tese jurídica, receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Também por esta razão, a antecipação da tutela não é de *lhe(s)* ser conferida.

#### IV — DAS PROVAS

Versando a presente ação matéria exclusivamente de direito, pede o INSS o julgamento antecipado da lide. Se Vossa Excelência assim não entender, protesta por todos os meios de prova em direito admitidas, a serem especificadas em época própria.

Ante o exposto, o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS espera seja recebida e acolhida a presente contestação, seguindo o processo nos seus trâmites legais, para, a final, afastar-se a autarquia da lide, em razão de sua manifesta ilegitimidade para a causa, e, no mérito, julgar-se improcedente o pedido, condenando-se a(s) autora(s) no ônus da sucumbência.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Joinville, ..... de ..... 1999.

**SANDRO MONTEIRO DE SOUZA**  
Procurador do INSS em Joinville-SC



***Tribunal de Contas do Distrito Federal***

**MINISTÉRIO PÚBLICO**

#### **REPRESENTAÇÃO Nº 006/99-CF**

Senhor Presidente,

O Ministério Público, atuando junto a esta Corte de Contas, no exercício de suas funções constitucionais e em sua missão de guarda da lei e fiscalização de sua observância vem oferecer

#### **REPRESENTAÇÃO, pelos seguintes fundamentos:**

O Ministério Público teve ciência de que a Administração Distrital está vedando o cômputo do período de licença-prêmio contado em dobro, para aposentadorias a serem concedidas após a EC nº 20/98, em relação a tempo já exercido, bem assim do tempo de serviço considerado fictício para todos os efeitos, como por exemplo para anuênios. O entendimento é o de que após a vigência da Reforma da Previdência não é mais possível contar aquele tempo.

*Data vênia*, ouso discordar do posicionamento relatado. O que a Constituição Federal diz é que após a edição da EC nº 20, novos tempos de serviço fictícios não podem ser adquiridos, mas não se dirige ao passado, em relação ao tempo já exercido sob aquele efeito.

A respeito do assunto, escrevi o seguinte:

*“A Reforma da Previdência (EC nº 20/98) deu nova redação ao art. 40, par. 10, da Constituição Federal, segundo o qual ‘A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício’. Por seu turno, o art. 4º, da Emenda determina que, observado o disposto no referido artigo 40, par. 10., o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição. Resulta cristalino, então, que todo o tempo de serviço fictício anterior à publicação da lei em referência deve ser considerado, tal como o de licença prêmio não gozada, que, na legislação federal, deve ser contado em dobro para a aposentadoria. Ademais, citada lei destina-se ao futuro.*

*Não é outro o entendimento que se pode extrair das lições do prof. José Afonso da Silva, em seu livro Aplicabilidade das Normas Constitucionais, a fls. 122:*

*‘... sobre a eficácia dessas normas constitucionais: a) se são confirmativas de situação jurídica preexistente, esta permanece reconhecida, como era, até que a lei integrativa lhe imponha a alteração prevista: b) se traçam esquemas novos, revogam normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias ao princípio nelas consubstanciado, a situação nova só será validamente configurada com a promulgação da lei integrativa; c) se traçam esquema em contrário a situações preexistentes, também invalidam as normas agasalhadoras dessas situações; a nova situação somente poderá começar a ser formada com a promulgação da lei integrativa’.*

*Causa surpresa. assim, a edição da Instrução Normativa n. 06, de 28 de abril de 1999, segundo a qual está vedado o cômputo de qualquer tempo de contribuição fictício, de que a licença prêmio não gozada e contada em dobro é exemplo, a partir de 17.12.98, data da publicação da EC nº 20/98, ressaltando, apenas, a situação do servidor que reuniu, até 16 de dezembro de 1998, os requisitos para aposentadoria integral ou proporcional desde que se aposente pelas regras então vigentes.*

*Antes porém, o próprio MARE havia feito a seguinte afirmação, também passível de questionamento:*

*‘o tempo de contribuição fictício, como por exemplo o de licença-prêmio não gozada em dobro, poderá ser considerado desde que o servidor preencha os requisitos para a obtenção da aposentadoria até a edição da lei que a regulamente.’*

*(<http://www.mare.gov.br/Histórico/Reforma/Previ/previdencia.htm>).*

*Referidas exegeses (vedação absoluta a partir da EC nº 20/98, ou a partir da lei que regulamente a aposentadoria, atingindo aqueles que não tenham*

*preenchido os requisitos para a aposentadoria antes da Reforma) fazem tábula rasa de inúmeros princípios em Direito conhecidos, tal como o da irretroatividade das normas, inclusive das normas constitucionais. Não se deve ignorar que o STF já decidiu que 'a regra constitucional superveniente não se reveste de retroprojeção normativa, eis que os preceitos de uma nova Constituição aplicam-se imediatamente, com eficácia ex nunc. O princípio da imediata incidência das regras jurídico-constitucionais somente pode ser excepcionado, inclusive para efeito de sua aplicação retroativa, quando expressamente assim o dispuser a Carta Política. '(Ag. Reg. em nº139.647-5).*

*Com efeito, não é possível concordar com ditos posicionamentos, como expressei em meu livro Reforma da Previdência, cujo lançamento está previsto para mês de julho do corrente ano, ocasião em que fiz referência ao julgamento de sólida discussão tida veda no Supremo Tribunal, nos autos do RE 82.881-SP. Tratava-se de lei que permitia a contagem, para efeito de aposentadoria, de tempo de serviço prestado a estabelecimento particular de ensino. Posteriormente, o autor teve cancelada tal averbação sob o fundamento de que nova lei revogara a anterior, antes, portanto, de haver completado todos os requisitos necessários à aposentação.*

*Segundo o Ministro Relator vencido, Xavier de Albuquerque, 'adquirido só estava o direito ... se, considerado o cômputo do questionado tempo de serviço, houvesse..., completado ainda na vigência da lei revogada, o requisito temporal indispensável à inativação.'*

*Diverso, contudo, foi o entendimento majoritário do Pretório Excelso, devendo ser lembrado o voto vencedor do Min. Eloy Rocha:*

*'o princípio é este: realizado, completamente, o fato que a lei manda computar como tempo de serviço público, o direito dele resultante incorpora-se, desde logo, no patrimônio do servidor público, independentemente da atualidade de outros direitos. Lei posterior não poderá dar como inexistente o fato, ou tirar-lhe a qualificação de serviço público.*

...

*Poderão ser alterados os requisitos de aposentadoria ... Mas a lei não poderá dispor que não é mais tempo de serviço público, para todos os efeitos, ou para determinado efeito, o que segundo a lei, o era na época em que o serviço foi prestado'.*

*Digno de registro também foi o voto do Senhor Ministro Moreira Alves:*

*'... pouco importa que a eficácia desse direito fosse restrita e diferida, servindo apenas para aposentadoria. O direito que então se adquiriu foi o de ter acrescido ainda que para efeitos futuros o tempo de serviço público. Para aquisição desse direito — que não tem a ver com o direito a aposentar-se, pois é um direito que diz respeito apenas um dos elementos necessários à aposentadoria, o tempo...*

*A qualificação jurídica desse tempo é regida pela lei vigente no momento em que ele é prestado...*

*... esse direito se adquire antes da aposentadoria, embora sua eficácia só ocorra quando se completarem os demais requisitos para a aposentação. A lei do tempo da produção do efeito não pode impedi-la sob o fundamento de que nesse instante, o direito de que decorre o efeito não é mais admitido. E justamente para evitar isso que há a proibição da retroatividade, quando existe direito adquirido antes da lei nova, embora sua eficácia só ocorra depois dela'.*

*É justamente a hipótese, ou seja, 'A lei pode criar novas condições para a aposentadoria, mas não pode prejudicar o direito adquirido ao tempo de serviço 'pro labore facto'; quer dizer, o que já foi contado, não pode ser apagado.'*

*Se é assim, todos aqueles que têm direito à chamada licença prêmio, ainda que não tenham reunido todos os pressupostos para a aposentadoria na vigência da Reforma, devem ter respeitados os seus direitos a ver aquele tempo de serviço gozado ou contado em dobro para a aposentadoria. Repita-se: a qualificação jurídica do tempo de serviço é regida pela lei vigente no momento em que ele foi prestado."*

Acrescento ainda, a Jurisprudência do STJ no RMS nº 1982-MS:

"(...)

*'1. Computável, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço averbado em Tribunal de Justiça diverso, para os mesmos efeitos, por força da norma constitucional contida na CF, art. 40, par. 3º.*

*2. É direito adquirido e ato jurídico perfeito e acabado, integrante do patrimônio, a averbação em Tribunal de Justiça diverso no tempo de serviços fictos (férias e licenças-prêmio não gozadas) — cuja negativa fere a CF/88, Art. 5º, LXIX.*

*3. Inexistência de ofensa ao princípio da autonomia federativa, pois a hipótese é de aplicação de norma de direito federal vinculante, sem vez que se alegue que criou-se situação jurídica em um Estado vinculando outro ente autônomo.'*

*O tribunal considerou então que o art. 40, par. 3º da Constituição Federal ao dizer que o tempo de serviço público será computado integralmente está querendo afirmar que não poderá a lei local, por qualquer motivo, restringir ou limitar essa contagem nos efeitos ali mencionados." (Grifo nosso)*

Isto posto, é a presente Representação para que a Corte, em inspeção, verifique a ocorrência de fatos como os narrados, junto à SEA e Fundações Educacional e Hospitalar, firmando o seu judicioso entendimento.

Brasília-DF, em 28 de junho de 1999.

**CLÁUDIA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA**  
Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCDF  
Em exercício

— • —

## TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

### SECRETARIA DAS SESSÕES

#### ATA DA SESSÃO EXTRAORDINÁRIA Nº 74

Aos 14 dias do mês de dezembro de 1999, às 15 horas, na Sala das Sessões do Tribunal, presentes os Conselheiros JOSÉ EDUARDO BARBOSA, RONALDO COSTA COUTO, MARLI VINHADELI, JORGE CAETANO, JOSÉ MILTON FERREIRA e MAURÍLIO SILVA, o Auditor JOSÉ ROBERTO DE PAIVA MARTINS e a representante do Ministério Público junto a esta Corte, Procuradora-Geral MÁRCIA FERREIRA CUNHA FARIAS, o Presidente, Conselheiro FREDERICO AUGUSTO BASTOS, declarou aberta a sessão.

#### EXPEDIENTE

Foi aprovada a ata da Sessão Ordinária nº 3469 de 14.12.99

#### JULGAMENTOS

##### PROCESSOS DEVOLVIDOS A PRESIDÊNCIA

O Senhor Presidente deu continuidade ao julgamento dos Processos nºs 396/99 (Relatora: Conselheira MARLI VINHADELI) e 3582/94 (Relator: Auditor JOSÉ ROBERTO DE PAIVA MARTINS), de que pediram vista, em sessão anterior, os Conselheiros JOSÉ EDUARDO BARBOSA e MAURILIO SILVA (Revisores), respectiva mente.

PROCESSO Nº 0396/99 (apenso o de nº 073.002.293/98) — Aposentadoria de ... FZDF. — DECISÃO 10697/99 — O Tribunal, de acordo com o voto do Revisor, Conselheiro JOSÉ EDUARDO BARBOSA, que concorda, em parte, com o voto da Relatora, tendo em conta o parecer do Ministério Público, decidiu: I — considerar ilegal a concessão em exame, com recusa de registro, tendo em conta o não-atendimento da condição imposta pelo artigo 8º, item III, alínea (regra de transição), da Emenda Constitucional nº 20/98; II — assinar o prazo de 30 (trinta) dias, para que a FZDF adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (artigo 78, X, da LODF), o que será objeto de verificação em fratura auditoria, devendo ser alertado o servidor de seu direito de aposentar-se nos termos do artigo 3º da EC nº 20/98 (proventos proporcionais); III — alertar os órgãos jurisdicionados de que, à luz do inciso XXVI do artigo 5º, c/c o § 40 do artigo 60, da Constituição Federal, a exegese dos artigos 4º e 40, § 10, da Emenda Constitucional nº 20/98 deve permitir o cômputo em dobro, para fim de aposentadoria, das licenças-prêmios não usufruídas, cujos períodos aquisitivos tenham sido completados até a véspera da promulgação da citada Emenda, ou seja, 15 de dezembro de 1998. Vencida, em parte, a Relatora, Conselheira MARLI VINHADELI, que manteve o seu voto de fs. 35-54, no que foi acompanhada pelo Conselheiro RONALDO COSTA COUTO. Parcialmente vencido o Conselheiro JOSÉ MILTON FERREIRA, que votou

pela aprovação apenas dos itens I e II do voto do Revisor. Decidiu, mais, mandar publicar em anexo a presente ata, o relatório/voto do Revisor; o relatório/voto, com a respectiva complementação de voto, da Relatora, e o parecer e a representação do Ministério Público junto à Corte (Anexo 1).

Tribunal de Contas do Distrito Federal  
Gabinete do Conselheiro José Eduardo Barbosa

PROCESSO Nº 0396/99 (a)

APENSO: nº 073.002.293/98

ORIGEM: FUNDAÇÃO ZOOBOTÂNICA DO DF

ASSUNTO: APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO

EMENTA: Aposentadoria voluntária, com proventos integrais, de ..., matrícula nº 90.046-X, no cargo de Auxiliar de Desenvolvimento Agropecuário-FZDF. Não preenchimento dos requisitos do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98. Insuficiência do requisito temporal. Instrução e Parecer pela ilegalidade da concessão. Voto da Relatora, Conselheira Marli Vinhadeli, pela ilegalidade. Pedido de vista da Procuradora-Geral Márcia Ferreira Cunha Farias pelo cômputo da licença-prêmio não gozada, adquirida anteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98. Confirmação do voto pela ilegalidade e ciência aos órgãos jurisdicionados sobre a impossibilidade de cômputo das licenças-prêmios. Considerações sobre o direito adquirido e limites ao poder de emendar. Precedentes do STF Voto de vista pela ilegalidade, mas pela possibilidade da contagem em dobro das licenças-prêmios adquiridas anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98.

### VOTO DE VISTA

O presente processo trata da aposentadoria voluntária, com proventos integrais, de ..., no cargo de Auxiliar de Desenvolvimento Agropecuário – FZDF.

Na Sessão Ordinária de 7 de outubro do corrente, a digna Relatora do feito, Conselheira Marli Vinhadeli, acompanhando a instrução e o parecer do Ministério Público, apresentou voto pela ilegalidade da concessão, tendo em vista que o servidor não preenchia os requisitos exigidos nas alíneas “a” e “b” do item III, do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98. Além disso, formulou alerta aos órgãos jurisdicionados no sentido de que **“nos termos do artigo 8º (regra de transição) da Emenda Constitucional 20/98 (DOU de 16/12/98), combinado com o § 10 do artigo 40 da Constituição Federal, na redação dada pela “Reforma da Previdência”, fica descartada a contagem de tempo ficto (não trabalhado para fins de aposentadoria, a exemplo das licenças-prêmio não usufruídas pelos servidores distritais (artigo 5º da Lei 8.162/91 — Lei DF 197/91)”**.

Em pedido de vista, a Procuradora-Geral Márcia Ferreira Cunha Fanas, reafirmando a ressalva formulada no parecer anterior do Ministério Público, de autoria Procuradora Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, propõe retificação na

proposta formulada pela douta Relatora, no sentido de permitir o cômputo da licença-prêmio não usufruída, adquirida até a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98. Para tanto, vale-se dos fundamentos de artigo da Procuradora Cláudia Fernanda, publicado no caderno Direito e Justiça do Correio Braziliense de 12 de julho de 1999, em que ela, lastreada em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, defende a existência de direito adquirido e não mera expectativa de direito.

Não obstante o posicionamento defendido pelas duas Procuradoras de nosso *parquet* especializado, a digna Relatora, na Sessão Ordinária de 11 de novembro de 1999, ratificou integralmente seu voto anterior.

Nessa sessão, pedi vista para melhor exame da controvérsia.

Um dos problemas mais delicados no campo do direito é, sem dúvida, o da eficácia da lei no tempo. Por isso, a matéria em destaque é uma genuína **voxata quaestio**. Para prová-lo, basta dizer que qualquer posicionamento adotado poderia socorrer-se de excelente magistério. E, pois, admita-mo-lo, na verdade, como já havia observado Calamandrei, a sensibilidade, o **sentimento** que faz o julgador preferir, em questões tão controvertidas, esta ou aquela doutrina.

E para iniciar esse longo voto, prefiro adiantar-me e dizer que simpatizome inteiramente com a admoestação expressa pela Procuradora Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira àquelas interpretações que fazem **“tábula rasa de inúmeros princípios em Direito conhecidos, tal como o da irroatividade das normas, inclusive das normas constitucionais”** (in Direito e Justiça, p. 5, Correio Braziliense de 12 de julho de 1999).

Exatamente porque assistimos, diariamente, aos ataques de uma imprensa tão difundida, quanto pouco especializada, às prerrogativas dos servidores públicos, suas aposentadorias, aos seus **“nefastos direitos adquiridos”**; é que, sem jamais perder de vista a imprescindível cautela e reflexão no reconhecimento de quaisquer direitos, por outro lado, mais do que nunca, não se pode permitir o recuo das fronteiras históricas de um conceito tão fundamental em nossas vidas, como o do direito adquirido.

E dentro de meu propósito de evitar o aviltamento dessa e outras garantias tão fundamentais, creio estar escolhendo o melhor caminho ao entender que o **sentimento de inviolabilidade do passado**, protegido pelo instituto do direito adquirido quis abranger, também, situações **anômalas** como a presente em que, apesar dos **efeitos** do direito só se tomarem factíveis no futuro, sob a égide da regra nova, ele já o foi, expressamente, reconhecido no passado e incorporado ao patrimônio de seu sujeito e por isso, o servidor, legitimamente, já contava com ele para sua aposentadoria.

Para fundamentar meu posicionamento, eu poderia começar citando a magistral definição de direito adquirido, formulada por GABBA:

**“É adquirido um direito que é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente no patrimônio de seu titular”**

(Teoria della Retroattività, vol. 1, p. 191, 3ª edição).

Entretanto, outro baluarte do Direito Intertemporal, Roubier, seguindo uma linha de pensamento mais objetivista, à luz de sua doutrina dos fatos consumados e das situações em curso, provavelmente entenderia que, em nosso caso concreto, a lei nova deveria incidir.

Creio, na verdade, ser ocioso tecer maiores considerações doutrinárias sobre o direito adquirido porque, não obstante o admirável empenho dos Mestres, **as inusitadas particularidades do nosso caso concreto** tornam essas doutrinas praticamente inúteis.

A presente situação, na verdade, desafia qualquer definição, por melhor que ela seja. Por isso, foram tão longos os debates que antecederam o julgamento do Recurso Extraordinário nº 82.881-SP, pela Composição Plenária do Supremo Tribunal Federal e que, ainda assim, deixaram vencidos juristas da grandeza de Leitão de Abreu, Billac Pinto, Thompson Flores, Cunha Peixoto e Xavier de Albuquerque.

Todavia, antes de examinar a jurisprudência do Excelso Pretório, é necessário demonstrar porque entendo ser ela plenamente aplicável ao caso dos autos.

A primeira objeção, colocada pelo digno Consultor Jurídico da Presidência (não neste, mas noutro processo, o de nº 3162/90), qual seja, ser o ato jurídico perfeito e acabado o deferimento da licença, a ser oportunamente usufruída e não o do seu cômputo em dobro, não me parece, **data venia**, capaz de descaracterizar o direito adquirido, da forma como a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal o reconheceram.

A aquisição de um direito não se confunde com o seu uso ou exercício. No momento em que o servidor completou o período aquisitivo à licença-prêmio — 5 anos, sem faltas —, e a Administração lhe reconheceu o direito (porque, na verdade, era até obrigada a fazê-lo), nasceu um direito subjetivo ao cômputo de um tempo de serviço, ou da licença que viesse a gozar, ou do cômputo em dobro, para aposentadoria. A circunstância desse tempo, para fim de aposentadoria, não ter sido desde logo averbado, porque o servidor preferiu não fazer a opção naquele momento, não lhe avilta o direito.

A averbação não foi feita naquele momento, mas poderia ter sido feita já naquele instante, se assim o servidor o preferisse. O direito à averbação daquele tempo, obviamente, já existia, apenas não foi exercido, porque a opção entre gozar a licença ou computá-la para aposentadoria pertence ao servidor e não à Administração. Da mesma forma que qualquer outra espécie de tempo de serviço, computável apenas para aposentadoria (v.g., tempo de serviço particular), pode ser averbado desde logo nos assentamentos funcionais de um servidor, embora a utilidade desse procedimento se tome visível tão-somente ao tempo da aposentadoria, o tempo de serviço de licença-prêmio não gozada, poderia ter sido, já ao tempo de seu deferimento, averbada, se assim o quisesse o servidor. A ausência de uma averbação, que, na verdade, já poderia ter sido feita, não prejudica o reconhecimento do direito, da mesma forma que, **mutatis mutandis**, a ausência de opção ou requerimento pela aposentadoria, não afasta o direito do servidor vir a exercê-la, da mesma forma e mesmo sob a égide de uma lei nova, se seus **pressupostos**, sobretudo o seu **requisito temporal** já havia sido satisfeito.

Relevante para a caracterização do direito é que o servidor já tenha podido exercê-lo, embora não o tenha feito. E nesse sentido, a ausência de averbação é, **data vênia**, irrelevante. Não é circunstância essencial para afastar a analogia que se pretende fazer com o aresto da Corte Suprema. E vejam que a tese vencedora no julgamento do RE nº 82.881 entendeu estar o direito incorporado ao patrimônio do servidor com o simples exercício ou realização daquele tempo de serviço, independentemente de sua averbação, conforme se pode deduzir da leitura da própria ementa:

***“Servidor público estadual. Caracterização de tempo de serviço público; direito adquirido. Estabelecido, na lei, que determinado serviço se considera como tempo de serviço público, para os efeitos nela previstos, do fato inteiramente realizado nasce o direito, que se incorpora imediatamente no patrimônio do servidor, a essa qualificação jurídica do tempo de serviço, consubstanciado direito adquirido, que a lei posterior não pode desrespeitar” (in RTJ 79/268).***

Já outra objeção formulada pelo digno Consultor Jurídico — da limitação do artigo 5º, inciso LXIX dirigir-se ao legislador ordinário e não ao próprio constituinte, que não está obrigado a respeitar direitos adquiridos, nem atos jurídicos perfeitos — envolve, com efeito, discussão de grande profundidade, razão porque tratá-la-ei ao final de meu voto.

Outra restrição formulada à analogia com a jurisprudência da Suprema Corte, pela digna Relatora, Conselheira Marli Vinhadeli, diz respeito à circunstância do acórdão ter reconhecido direito adquirido à contagem de tempo de serviço particular como se tempo de serviço público fosse, ao passo que nosso caso diria respeito ao cômputo de tempo ficto. Ora, **data vênia**, o raciocínio então desenvolvido de que “a qualificação jurídica do tempo de serviço não pode ser modificada pela lei nova, ainda que esse tempo só se preste para aposentadoria, que só poderá ser deferida ao tempo da lei nova, em verdadeira exceção ao princípio **tempus regit actum**, cai como uma luva ao nosso caso: que importa que o tempo seja ficto, se a lei velha a considerava tempo de serviço, como se exercido houvesse sido?

O próprio Ministro Relator designado para a acórdão, no curso do julgamento do recurso extraordinário trazido à colação, Ministro Eloy da Rocha, aventou outras hipóteses de direito adquirido, dentre elas, o cômputo de tempo de serviço em dobro, outrossim, tempo ficto. Lê-se em certo trecho de seu voto, **in verbis**:

***“Encontram-se, na legislação, outras hipóteses especiais de caracterização de serviço público, constitutivas de direito adquirido.***

***O meu entendimento é antigo. Quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, examinei questão idêntica, no Mandado de Segurança 126, concedido, por maioria de votos em sessão plenária de 17.8.1953 (Revista Jurídica do Rio Grande do Sul, 11/128-131). A impetrante teve exercício, como professora de escola de nacionalização, no período de 27.3.1939 a 15.12.1944. O tempo de serviço nas escolas de nacionalização considerava-se prestado no magistério público e era “computado em dobro, vara todos os efeitos legais”, segundo***

**disposição legal então vigente, somente revogada por DL. De 31.12.1942. A impetrante, professora primária, reclamou o direito à contagem em dobro, para o efeito da aposentadoria, do tempo correspondente ao período de 27.3.1939 a 31.12.1942, data da revogação da lei que lhe conferira aquele direito.**

**O princípio é este: realizado, completamente, o fato que a lei manda computar como tempo de serviço público o direito, dele resultante, incorpora-se, desde logo, no patrimônio do servidor público, independentemente da atualidade de outros direitos. Lei posterior não poderá dar como inexistente o fato, ou tirar-lhe a qualificação de serviço público...”** (grifo nosso, in RTJ 79/272-273).

Assim, vejam meus ilustres pares que, sob todos os ângulos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é um legítimo norte para o difícil caso que ora se nos coloca.

É certo que essa jurisprudência não tem caráter vinculante. Todavia, muito me impressiona que a Excelsa Corte, como o sabem Vossas Excelências, tão austera no reconhecimento de direitos adquiridos e, tanto mais parcimoniosa quando o beneficiário é servidor público, tenha nesse e noutros casos que se seguiram a ele, atendido a pretensão dos servidores.

Mas, mais me impressiona o elevado senso de discernimento e profundidade de reflexão que guiaram a maioria daqueles Ministros a, atentos às vicissitudes de uma situação única, permitir a exceção ao princípio **tempus regit actum**. A superioridade da tese fala por si só. Assim, transcrevo, a seguir, os trechos dos votos vencedores que me pareceram mais eloquentes. O grifo é nosso:

**“O Sr. Ministro Eloy da Rocha:**

**Somente nas razões do recurso, o Estado invocou o RE 78.001, de 22.4.1974, de que foi Relator, na Segunda Turma, o eminente Ministro Xavier Albuquerque, cuja decisão foi confirmada, a 25.9.1974, no Tribunal Pleno, que conheceu de embargos de divergência.**

**Assinaei que não se questionou sobre direito adquirido à aposentadoria. Nenhuma dúvida há de que poderão ser alterados os requisitos para aposentadoria. Hoje a lei diz: pode aposentar-se o Juiz, com trinta anos de serviço. Amanhã, poderá dizer que se aposenta unicamente com quarenta. Se o Juiz ainda não tiver completado os trinta anos de serviço, será alcançado nela nova regra. Não há direito adquirido à aposentadoria, senão no momento em que se satisfazem os seus requisitos.**

**Afirmar, na fundamentação de meu voto, que se cuidou do reconhecimento de fato jurídico perfeito, fato inteiramente realizado, qualificado, juridicamente, na conformidade da lei vigente à época, para os efeitos nela previstos, como tempo de serviço público. O fato criou, na forma da lei, um bem jurídico, que se incorporou, imediatamente, no patrimônio do servidor, consubstanciando direito adquirido. A lei nova poderá dispor que não se considera, mais, tempo de serviço público este ou aquele fato. Vigerá para o futuro. O fato realizado não se destruirá e o direito que ele originou não se retirará do patrimônio do servidor”** (RTJ 79/271).

**“O Sr. Ministro Moreira Alves:**

**Sr. Presidente, ninguém mais do que eu é cuidadoso em matéria de reconhecimento de direito adquirido. Neste caso, porém, não tenho qualquer dúvida em reconhecer a sua existência. Havendo a lei determinado que se qualificasse o tempo de serviço em escolas particulares como tempo de serviço público, todos aqueles que, antes de essa lei ter sido revogada, contaram, em seu tempo de serviço público, o período em que lecionaram em colégios particulares, adquiriram o direito a essa qualificação jurídica daquele tempo de serviço. Pouco importa que a eficácia desse direito fosse restrita e diferida, servindo apenas para aposentadoria. O direito que então se adquiriu foi o de ter acrescido, ainda que para efeitos futuros, o tempo de serviço público. Para a aquisição desse direito — que não tem que ver com o direito que diz respeito apenas a um dos elementos necessários à aposentadoria, o tempo — basta a ocorrência do fato de cujo nascimento ele depende” (p. 273).**

**“O Sr. Ministro Moreira Alves:**

**O tempo de serviço é, apenas, um dos elementos necessários à aposentadoria. A qualificação jurídica desse tempo é regida pela lei vigente no momento em que ele é prestado. Já a lei que rege a aposentadoria ao exigir determinado tempo de serviço público, tem de considerar a existência desse tempo, como sendo de serviço público, com base no que dispunham as leis vigentes sobre essa matéria específica: o que se caracteriza como tempo de serviço público”** (p. 274).

**“O Sr. Ministro Moreira Alves:**

**V. Ex<sup>a</sup> me permite? A explicação é simples. Há dois direitos diferentes: um, o direito à contagem de tempo; e outro, o direito a aposentar-se. Façamos abstração da eficácia: “contagem de tempo, para efeito de aposentadoria”; e isso é possível, pois, para haver efeito — embora diferido, é preciso haver uma causa. Essa causa é o direito adquirido a ter certo tempo de serviço qualificado como tempo de serviço público. Esse direito se adquire antes da aposentadoria, embora sua eficácia só ocorra quando se completarem os demais requisitos para aposentação. A lei do tempo da produção do efeito não pode impedi-la sob o fundamento de que, nesse instante, o direito de que decorre o efeito não mais é admitido. É justamente para evitar isso que há a proibição da retroatividade, quando existe direito adquirido antes da lei nova, embora sua eficácia só ocorra depois dela” (p. 275).**

E, finalmente, do voto de desempate, do Ministro Djaci Falcão, destaco os seguintes excertos:

**“No caso presente, cogita-se de uma situação jurídica concreta, assente em fato do passado e definitivo, a compreender a qualificação do tempo de serviço, que tem valor jurídico próprio, suscetível de produzir efeito no futuro. O cômputo do tempo de serviço em estabelecimento de**

**ensino particular, para fins de aposentadoria, por força da qualificação ditada pela Lei estadual 6.898/1962 vale por si mesmo, independente da co-atualidade do direito à aposentadoria.**

**Ao lado disso, não se deve perder de vista que o tempo de serviço público é contado dia a dia, corre a cada instante, na conformidade da lei que o regula, incorporando-se à vida funcional do servidor (art. 78, da LOF 1.711/52, e art. 77 da Lei estadual 10.261/1968). Ora, aquele tempo prestado pelo impetrante do mandado de segurança a estabelecimento de ensino particular passou a integrar o seu patrimônio, para os fins previstos na citada L. 6.898/1962, não podendo ser atingido pela Lei 9.825/1967, revocatória daquela sem ferir uma situação jurídica subjetiva. A lei primitiva emprestou efeito jurídico a um fato cuja prestação sob o seu domínio foi demonstrada pelo impetrante da segurança e até reconhecida pela administração. A lei nova passou apenas a impedir o cômputo do tempo de serviço em estabelecimento particular de ensino, prestado posteriormente à revogação da L. 6.898/1962. Sob o tempo de serviço anterior já havia incidido a qualificação jurídica, de efeitos limitados, da L. 9.825/1962, gerando, conseqüentemente, um direito inalterável ao arbítrio do legislador, ou nela simples vontade do administrador. Não nos parece viável a aplicação da lei nova sobre um fato que se enquadrou, a seu tempo, no sistema jurídico vigente, irradiando direito para o funcionário. A eficácia da contagem do tempo de serviço que se per fez na vigência da lei antiga não pode ser desfeita pela preponderância da lei nova, sob pena de se incidir em contradição. Ter-se-ia a contradição até no fato material que contribuiu para a criação da situação jurídica. Há de prevalecer, consoante a lógica do juízo jurídico, a lei do tempo da perfeição do fato aquisitivo do direito” (p. 285).**

Vale lembrar que receberam o mesmo tratamento os Recursos Extraordinários nºs 85760 (RTJ 79/670), 85517 (DJ de 1º/7/77), 85218 (RTJ 79/338) e 82883 (78/948). E vejam, que, na verdade, a tese é bastante simples: o tempo de serviço tem **valor jurídico próprio** e ainda, que seus efeitos estejam diferidos para a data de inativação, **o tempo de serviço é um bem em si mesmo, independente da aposentadoria**, por isso com ela não se confunde, nem a possibilidade de sua aquisição e incorporação, **definitiva**, ao patrimônio do servidor. E por ser a doutrina tão singela, lógica e coerente é que a ela eu me filio.

Mas, aqui não se encerra a discussão dos autos. Uma outra objeção à aplicação pura e simples da jurisprudência do STF ao caso dos autos, colocada pelo digno Consultor Jurídico nos autos de processo em que se trava discussão idêntica, o de nº 3162/90, de interesse da servidora ..., é bastante pertinente e envolve questão tão delicada quanto o reconhecimento do direito adquirido.

Realmente, a princípio, a norma insculpida no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal destina-se ao legislador ordinário. Daí decorreu a conhecida máxima de que não cabe alegar direito adquirido contra a Constituição. Por isso, até a promulgação da atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal julgava, invariavelmente, não haver **“direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder originário, ou do poder constituinte derivado”** (RE nº 94.414 in RTJ 114/237).

E nessa linha de raciocínio, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, como bem o lembrou o nobre Consultor, o Supremo Tribunal, em que pese ter vedado a retroatividade mínima às leis ordinárias, ou seja, proibir-lhes a possibilidade de alcançar efeitos futuros de fatos passados (v. g. os efeitos de um contrato assinado sob a lei antiga), permitiu-a, com efeito, para normas constitucionais.

Vejam, a propósito, as seguintes ementas:

***“Pensões especiais vinculadas a salário mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do artigo 7º da Constituição de 1988.***

***Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário — e a Constituição pode fazê-lo —, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média). Recurso extraordinário conhecido e provido”*** (RE 140499. DJU de 9/9/94).

***“Agravamento regimental. O que se discute é se a prescrição ocorreu, ou não, anteriormente à reclamação ajuizada vários anos antes da promulgação da atual Constituição. Portanto, o preceito contido na atual Carta Magna sobre a prescrição trabalhista não é aplicável a fato que se teria, ou não, consumado no passado, pois a eficácia imediata da Constituição só alcança os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima) e não os fatos consumados no passado (retroatividade máxima).***

***Ademais, a questão da prescrição da pretensão é matéria que se situa no âmbito do direito material, e não na esfera do direito processual. Agravo a que se nega provimento”*** (AGRAG nº 137195, in DJU de 17/5/96).

Ocorre que, como se pode deduzir desses e outros julgados e o que busquei salientar com os meus grifos é que é a ***Constituição propriamente dita que pode retroagir*** para alcançar efeitos futuros de fatos passados. ***Não a emenda constitucional***. Porque se ela o fizesse malferiria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, indenando ao poder de emendar, por força da própria Constituição Federal. Refiro-me ao artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, que, peremptoriamente, dispõe:

***“§ 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.”***

E o direito adquirido, certamente, está compreendido dentre as garantias individuais: não apenas porque o princípio da irretroatividade das leis esteve

presente em todas as Cartas Constitucionais, desde 1824, mas porque a Constituição Federal expressamente assim o reconhece no Capítulo I, ao intitulá-lo **“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”**.

Embora opiniões abaladíssimas como a de Manoel Gonçalves Ferreira Filho defendam uma aplicação restritiva do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal (vide artigo na Revista de Direito Administrativo 202/17), com elas não me simpatizo, não apenas porque elas representem, hoje, voz isolada, mas sobretudo porque elas terminam por tornar o direito adquirido a mais rúptil e quebradiça das garantias.

O constituinte derivado pode rever a Constituição. Não romper com ela, porque convencionou-se conferir maior autoridade ao poder constituinte originário, autor da Constituição propriamente dita. Só esta, em que pese o protesto dos jusnaturalistas, poderia suprimir direitos fundamentais.

Seria, também, incoerente, colocar o direito adquirido em um pedestal, para mais adiante, ao sabor de ventos passageiros, desprezá-lo. E, pois, também a título de harmonizar nosso sistema jurídico, torná-lo uno, lógico e coerente, é que se afasta a malsinada norma em homenagem a um preceito mais teórico, mas nem por isso retórico, programático ou desprovido de alcance normativo, como o quer a corrente minoritária.

Em outras palavras, a máxima de que “não cabe direito adquirido contra a Constituição” não é mais um dogma. Após 5 de outubro de 1988, quis a última Assembléia Constituinte, a exemplo das atuais Constituições alemã e portuguesa, densificar a garantia do direito adquirido, para protegê-la da revisão constitucional, oriunda do poder constituinte **derivado**, que, como o provou nossa experiência, às vezes, mais se guia por interesses corporativistas, refratários ao espírito de promoção do bem comum.

Em face da opinião de que as cláusulas pétreas são muitas ou muito extensas e que elas acabariam por **“petrificar”** a Constituição, criando um indesejado conservadorismo ou imobilismo renitente, falou mais alto o alerta de que a revisão total representaria uma forma camuflada de golpe de Estado, com a supressão do texto constitucional e do Estado de Direito em prol de um estado de exceção, tal como aconteceu nas épocas de Hitler e Mussolini.

Essa doutrina, felizmente, encontrou ampla ressonância nos membros da Excelsa Corte que, então, rompendo com a tradição constitucional anterior, extirparam todas as dúvidas quanto ao cabimento de controle de constitucionalidade das reformas constitucionais, quer quanto ao processo, quer quanto ao conteúdo de suas normas.

Lembro a meus pares que a Alta Corte, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1, afastou a cobrança do IPMF das entidades públicas, bem como impediu sua cobrança no mesmo exercício, em homenagem ao princípio da anterioridade. E tal exação havia sido instituída por uma Emenda Constitucional. A de nº 3, de 93.

Na mesma linha, ao julgar a liminar na ADIn 1946-5-DF, oferecida pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB contra o artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/98, a Egrégia Corte decidiu à unanimidade deferir a medida cautelar para

***“dando interpretação, conforme à Constituição, ao artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98, deixar expresso que a citada disposição não se aplica à licença-maternidade a que se refere o artigo 7º, inciso XVIII da Carta Magna, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da referida licença”*** (Ata da 14ª Sessão extraordinária, realizada em 29/4/99, in DJU de 10/5/99).

Sustentou, ainda, o E. STF que ***“tendo em vista que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, artigo 60, § 4º, IV), o Tribunal afastou a exegese segundo a qual a norma impugnada imputaria o custeio da licença-maternidade ao empregador, concernente à diferença dos salários acima de R\$ 1.200,00, porquanto esta propiciaria a discriminação por motivo de sexo, ofendendo o artigo 7º, XXX, da CF (...), que é um desdobramento do princípio da igualdade entre homens e mulheres (CF, artigo 5º, I). Levou-se em consideração também que, entre os objetivos fundamentais do República Federativa do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, artigo 3º, IV)”*** (Informativo STF nº 147 — 26 a 30/4/99).

Finalmente, note-se que o Supremo Tribunal Federal recusou-se a inaugurar o controle de constitucionalidade das normas estabelecidas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em relação às cláusulas pétreas, como bem o apontou o nobre Consultor, em seu parecer no processo nº 3162/90 (vide, a propósito, a ADIn nº 829 in DJU de 16/9/94). Entretanto, não é o caso, ***data venia***, de citar esse precedente para a espécie ora em exame. Nosso caso é diverso. A mesma Corte Suprema, como exaustivamente demonstrado, admitiu o controle de constitucionalidade no tocante às emendas constitucionais.

### ***Tollitur Quaestio!***

Por todo o exposto, creio que, com lastro na Súmula nº 347 do STF, este Tribunal não só pode, como deve, interpretar o intrincado texto do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/98, tendo em mente a superioridade da garantia do direito adquirido. E, assim o fazendo, a exemplo do que fez o Egrégio Supremo Tribunal Federal, este Tribunal deve entender que a expressão ***“observado o disposto no art. 40, § 10”***, diversamente de outras espécies de tempo de serviço dependentes de lei regulamentadora (***... o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição***), quis apenas dizer que a vedação de cômputo de tempo fictício ***deve surtir efeitos imediatos, independentemente de lei regulamentadora, mas apenas*** a partir da promulgação da Emenda Constitucional, ou seja, de 16 de dezembro de 1998, de modo que as licenças-prêmios cujos períodos aquisitivos foram completados até a véspera dessa data podem ser computados para fim de aposentadoria, se nesse sentido se manifestarem os servidores.

***E ainda que, como o preferiu a digna Relatora, ao apoiar-se em uma exegese mais literal, a redação ou os anais históricos que antecederam a votação da Emenda apontassem outro caminho, na verdade, creio que a***

***exegese por mim defendida é a única interpretação possível. Não fosse ela possível forçoso seria afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/98.***

Assim, voltando ao caso em exame e considerando que as licenças-prêmios adquiridas pelo inativo são computáveis para fim de aposentadoria, é mister concluir que ele não preenche, **tão-somente**, o requisito contido na alínea “b” do inciso III, do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98.

Dessa forma, pedindo vênha à douta Relatora para discordar, em parte, de sua proposta, em harmonia com o parecer do Ministério Público, **VOTO** por que o Tribunal

I — considere ilegal a presente concessão, com recusa de registro, tendo em conta o não atendimento da condição imposta pelo artigo 8º, item III, alínea “b” (regra de transição) da Emenda Constitucional nº 20/98;

II — assine o prazo de 30 (trinta) dias, para que a FZDF adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (artigo 78, X, da LODF), o que será objeto de verificação em futura auditoria, devendo ser alertado o servidor de seu direito de aposentar-se nos termos do artigo 3º da EC nº 20/98 (proventos proporcionais); e

III — alerte os órgão jurisdicionados que, à luz do inciso XXVI do artigo 5º c/c o § 4º do artigo 60, da Constituição Federal, a exegese dos artigos 4º e 40, § 10, da Emenda Constitucional nº 20/98 deve permitir o cômputo em dobro, para fim de aposentadoria, das licenças-prêmios não usufruídas, cujos períodos aquisitivos tenham sido completados até a véspera da promulgação da citada Emenda, ou seja, 15 de dezembro de 1998.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de dezembro de 1999.

**JOSÉ EDUARDO BARBOSA**  
Conselheiro-Revisor

— • —

TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

Processo (A) nº: 1886/99  
Apenso: nº 082.013114/98  
Origem: Fundação Educacional – FEDE  
Interessado: ...  
Natureza: Aposentadoria

Ementa: Aposentadoria. Emenda Constitucional nº 20/98. Entendimento divergente do Ministério Público acerca do cômputo do tempo para a concessão dos proventos. Legalidade. Correção Posterior.

Cuidam os autos da aposentadoria por invalidez simples, concedida a ..., por ato publicado em 4/1/99, no cargo de Professor, Classe Única, Nível 3, Padrão 6C (fl. 17 — ap).

A 4ª ICE adianta que a interessada é beneficiário do disposto no art. 3º da EC nº 20/98, que assegura a concessão de aposentadoria aos que, até a data de sua publicação, tenham cumprido os requisitos, devendo referido dispositivo legal constar da fundamentação do ato.

Segundo a instrução, o período compreendido entre 17/12/98 a 3/1/99 não poderia ser contado para a aposentadoria e para anuênios, vez que é posterior à data de publicação da EC 20/98. Referida contagem interferiu na proporcionalidade dos proventos. Pelo reflexo financeiro, entende necessária a correção e o ressarcimento.

Após destacar alguns reflexos decorrentes do chamado congelamento do tempo de serviço no marco de 16/3/99, ressalva o direito adquirido do servidor de aposentar-se nos moldes da legislação antes vigente, por ter sido emitido o laudo médico em data anterior à da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98.

Ao final, registra a necessidade de ressarcimento decorrente do pagamento de anuênios, percebidos na atividade, no percentual de 13% quando o correto seria de 10%, já corrigidos no levantamento do tempo de serviço para efeito de aposentadoria, tendo em vista o cômputo dos períodos de licença para tratamento da própria saúde, que ultrapassaram os 730 dias fixados no art. 102, VIII, b, da Lei nº 8.112/90.

Encaminhados os autos ao Douto Ministério Público, a eminente Procuradora-Geral em exercício, Dra. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, no Parecer nº 2110/99, manifesta seu entendimento contrário ao que chama de “congelamento” do tempo de serviço na proporcionalidade apurada no momento da entrada em vigor da EC nº 20/98, bem como se contrapõe à idéia de que o tempo de licença-prêmio, adquirida anteriormente a esta data, não pode ser computado em dobro, conforme sustenta a instrução. Cita manifestação exarada nos Processos nºs 1887/99 e 847/99, que reafirma.

Lembra que, no Processo nº 1887/99, ressaltou que a exegese adotada pela instrução guarda pertinência com a interpretação imprimida pelo MPAS, já rebatida nas Emendas de Redação nºs 9 e 12, oferecidas ao art. 3º da EC nº 20/98, que colaciona às fls. 17/20.

Especificamente sobre o art. 3º, transcreveu excerto da obra de sua autoria, intitulada Reforma da Previdência, demonstrando a confusa redação do dispositivo legal.

Ainda, como supedâneo, citou o acórdão proferido no RE nº 73.189 — SP, debatendo a questão relativa à aquisição do direito e ao seu uso ou exercido (fl.15).

Concluiu, naqueles autos, que o **“direito adquirido da servidora (art. 3º da EC nº 20/98) é utilizar-se, a qualquer tempo, das regras vigentes até 16/12/98 para aposentar-se com proventos proporcionais, levando em consideração todo o tempo de serviço, inclusive o posterior àquela data. O que não pode ser concedido é o direito de se aposentar com proventos**

**integrais**, utilizando-se das regras vigentes antes da referida emenda, uma vez que lhe era assegurada apenas uma modalidade de aposentadoria, qual seja, com **proventos proporcionais** (mesmo porque não foram implementados os requisitos para aquisição da aposentadoria com proventos integrais) e também não pode mesclar as duas modalidades: aposentadoria garantida pela CF/88 com as vantagens da EC nº 20/98, tal como acrescer mais 5% por ano trabalhado. Não há que se falar, repito, em regras de transição, que só são válidas para aqueles que não ostentem direito adquirido à aposentação; seria o caso de a interessada, por exemplo, que tem direito apenas à aposentadoria proporcional, querer aposentar-se com proventos integrais. Nessa hipótese, teria que cumprir o “pedágio” e demais regras” (grifos originais).

No Processo nº 847/99, que trata de aposentadoria por invalidez não decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, transcreveu seu entendimento acerca do tempo ficto decorrente de licença-prêmio, em artigo de sua lavra, encaminhado ao Caderno de Direito e Justiça do Correio Braziliense, que, segundo informa, ainda não foi publicado (fls. 2122). Ressalva que a situação não é similar à dos autos. Apenas entendeu pertinente chamar a atenção para a particularidade em debate.

No tocante ao registro da instrução de que *“pela forma de cálculo do estipêndio da inatividade a ser utilizada nas novas aposentadorias com proventos proporcionais, ou seja, após a EC nº 20/98, todas as parcelas que o compõem deve ser calculadas proporcionalmente ao tempo de serviço, inclusive as vantagens pessoais”*; deixa de apresentar parecer haja vista não ser o caso dos autos, onde a aposentadoria segue as normas vigentes antes da publicação do referido texto.

Pelo exposto, mantém o parecer pela legalidade da aposentadoria, com a adoção apenas da medida especificada no tem II, “a” e “c”, da Instrução de fl. 10/12.

E o relatório.

## VOTO

Conforme venho destacando nos processos que tratam de aposentadorias com essa particularidade, a proposta do órgão instrutório preconiza a fundamentação da concessão no art. 3º da EC nº 20/98, uma vez que o servidor reuniu os requisitos para aposentadoria, em data anterior à de sua publicação. No entanto, pugna pelo congelamento da contagem do tempo de serviço, fixando o marco em 16/12/98, data da vigência do novo texto.

A tese a que se reporta o douto Ministério Público, divergente, parece-me consentânea com o direito. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 20/98 assegura a concessão de aposentadoria jungida à lei então vigente, para aqueles que reuniram os requisitos até a data da sua publicação, podendo ser ela requerida a qualquer tempo. O direito protegido é o da aposentadoria com proventos proporcionais.

Assim, tenho por correta a afirmação consistente em que, se implementado tempo para a aposentadoria no marco estabelecido, deve ser contemplada a proporcionalidade referente a todo o período laborado até a aposentação, com seus reflexos.

Pelo exposto, acompanhando o parecer do douto Ministério Público, **voto** no sentido que este Egrégio Plenário

- 1) considere legal, para fins de registro, o ato de aposentadoria de ...;
- 2) determine à Fundação Educacional que adote as providências a seguir arroladas, o que será objeto de verificação em futura auditoria:
  - a) incluir no fundamento legal do ato concessório de fl. 15 o art. 3º da Emenda Constitucional nº 20/98;
  - b) apurar as quantias pagas indevidamente, a título de anuênio, face ao cômputo indevido dos períodos de licença para tratamento da própria saúde, que ultrapassaram os 730 dias fixados no art. 102, VIII, b, da Lei nº 8.112/90, para fim de ressarcimento.

Sala das Sessões, em 5 de outubro de 1999.

**JOSÉ MILTON FERREIRA**  
Conselheiro

— • —

Tribunal de Contas do Distrito Federal

Secretaria das Sessões

SESSÃO ORDINÁRIA Nº 3.454, DE 5 DE OUTUBRO DE 1999.

PROCESSO Nº 1886/99 (apenso o de nº 082.013.114/98)

RELATOR: Conselheiro JOSÉ MILTON FERREIRA

EMENTA: Aposentadoria de ... – FEDF.

DECISÃO Nº 7303/99

O Tribunal, de acordo com o voto do Relator, tendo em conta o parecer do Ministério Público, decidiu:

- 1) considerar legal, para fins de registro, o ato de aposentadoria de ...
- 2) determinar à Fundação Educacional que adote as providências a seguir arroladas, o que será objeto de verificação em futura auditoria: a) incluir no fundamento legal do ato concessório de fl. 15 o art. 3º da Emenda Constitucional nº 20/98; b) apurar as quantias pagas indevidamente, a título de anuênio, em face do cômputo indevido dos períodos de licença para tratamento da própria saúde, que ultrapassaram os 730 dias fixados no art. 102, VIII, "b", da Lei nº 8.112/90, para fim de ressarcimento. Decidiu, mais, mandar publicar, em anexo à presente ata, o referido voto.

SALA DAS SESSÕES, 5 DE OUTUBRO DE 1999.



STJ — Terceira Seção

DJ de 7.AGO.2000

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 190.193 – RIO GRANDE DO NORTE  
(1999/0059869-5)**

**RELATOR : MIN. JORGE SCARTEZZINI**  
EMBTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
ADVOGADO : BRUNO MATTOS E SILVA E OUTROS  
EMBDO : JOSÉ MARIA DE PONTES  
ADVOGADO : JOSE SEGUNDO DA ROCHA E OUTRO

**EMENTA**

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA — PREVIDENCIÁRIO — PENSÃO  
POR MORTE — DEPENDENTE DESIGNADA ANTES DO ADVENTO  
DA LEI 9.032/95 — AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.**

1 — O fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado instituidor do benefício. A pensão deve ser concedida com base na legislação vigente à época da ocorrência do óbito.

2 — Falecido o segurado sob a égide da Lei nº 9.032/95 não há direito adquirido ao dependente designado anteriormente, na conformidade de inciso revogado, que colocara a pessoa designada no rol dos beneficiários previdenciários na condição de dependentes.

3 — Precedentes da Eg. Quinta Turma: (REsp. 244.822/RN, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 17.04.2000; REsp. 189.187/RN, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04.10.99; REsp. 222.968, Rel. Felix Fischer, DJ 16.11.99).

4 — Embargos conhecidos e acolhidos para declarar a inexistência do direito adquirido e da concessão do benefício previdenciário pretendido, determinando a aplicação da Lei nº 9.032/95.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer e acolher os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram os Srs. Ministros FONTES DE ALENCAR, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, FERNANDO GONÇALVES, FELIX FISCHER, GILSON DIPP e HAMILTON CARVALHIDO. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro EDSON VIDIGAL. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

Brasília, DF, 14 de junho de 2000 (data do julgamento).

**MINISTRO VICENTE LEAL**, Presidente  
**MINISTRO JORGE SCARTEZZINI**, Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro **JORGE SCARTEZZINI** (Relator): O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS opõe embargos de divergência ao v. acórdão da eg. Sexta Turma, às fls. 83/88, que não conheceu do recurso especial interposto, por entender que esta E. Corte não é o foro natural para dirimir controvérsia referente a princípio constitucional, restando, assim, ementado o respectivo julgado:

**“RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. DIREITO ADQUIRIDO.**

*1 — A causa foi decidida com supedâneo em interpretação acerca do princípio do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF). Nesse sentido, a questão federal submetida ao crivo desta Corte pressupõe, como antecedente lógico à elucidação da demanda, o afastamento da tese acolhida pelo julgado atacado, fincada expressamente na interpretação de dispositivo constitucional, razão pela qual, refoge à missão creditada ao STJ, pelo art. 105, inciso III, da Constituição Federal, qual seja, a de unificar o direito infraconstitucional, estando, portanto, afeta ao Supremo Tribunal, seu foro natural (REsp nº 62.499/RS, DJ 15/12/97).*

*2 — Recurso não conhecido.” (fls. 88)*

Sustenta a autarquia previdenciária, em suma, que o v. *decisum* embargado, ao deixar de analisar o recurso, por considerar a matéria de fundo constitucional, qual seja, o direito adquirido, diverge do acórdão proferido pela 5ª Turma no REsp 151.792/RN, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ de 14/12/98, no sentido de que, ao analisar idêntica matéria, entendeu que os requisitos da concessão da pensão devem ser verificados por ocasião do evento morte, desconsiderando a existência de direito adquirido à figura da pessoa designada antes da vigência da Lei nº 9.032/95 que a extinguiu.

Os embargos foram admitidos (fls. 105) e não impugnados (fls. 107).

## VOTO

O Exmo. Sr. Ministro **JORGE SCARTEZZINI** (Relator): Sr. Presidente, sustenta o Instituto Previdenciário que o v. acórdão embargado divergiu frontalmente de orientação adotada pela 5ª Turma no REsp 151.792/RN, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 14/12/98, a qual determina que os requisitos para a concessão de pensão devem ser verificados por ocasião do evento morte, desconsiderando a existência de direito adquirido à pessoa designada antes vigência da Lei nº 9.032/95.

Confrontados os acórdãos, verifica-se que a divergência restou demonstrada, merecendo conhecimento os embargos.

No mérito, entendo procedente o inconformismo.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado instituidor do benefício. Daí, porque, a pensão é concedida com base na legislação vigente à época da ocorrência do óbito.

Na hipótese dos autos, o óbito ocorreu em 15/10/96, conforme certidão às fls. 10, sob a égide da Lei nº 9.032, de 29/04/95, onde seu art. 8º revogou o inciso IV, do art. 16, da Lei nº 8.213/91, extinguindo, portanto, a figura do menor designado.

Verifica-se, portanto, que a pessoa designada como dependente de segurado falecido, não tem mais assegurado o direito à percepção de pensão por morte, uma vez que não se encontram preenchidos os requisitos previstos na legislação vigente ao tempo do óbito.

Assim, tendo em vista que as regras que vigiam à época do falecimento do segurado não eram as do inc. IV, art. 16, da Lei 8.213/91, mas sim a nova redação dada pela Lei nº 9.032/95, não se poderia aplicar dispositivo de lei que não mais existe quando do requerimento do benefício, e nem esta poderia ultragir para incidir sobre acontecimento posterior, salvo exceções consagradas na Constituição.

A respeito, por sinal, com muita sabedoria asseverou o eminente Ministro EDSON VIDIGAL quando do julgamento dos REsp 244.822/RN, DJU de 17/04/2000, *verbis*:

*“A simples designação de dependente pelo segurado, para fins de percepção da pensão por morte, não importa o direito da pessoa indicada ao recebimento do benefício, se não preenchidos os requisitos legais exigidos à época do óbito.*

*Designado como dependente o menor de 21 (vinte e um) anos, e perdida essa condição com o advento da Lei 9.032/95 e antes do óbito, não há que se conceder o benefício de pensão por morte. Ausência de direito adquirido.”*

Neste sentido, cito e transcrevo ementas de julgados dessa Terceira Seção:

**“PREVIDENCIÁRIO. DEPENDENTE DESIGNADO. PENSÃO POR MORTE. DIREITO ADQUIRIDO. EXCLUSÃO. LEI DE REGÊNCIA.**

*— Não há se falar em direito adquirido, pois, in casu, a condição fática necessária à concessão do benefício da pensão por morte, qual seja, o óbito do segurado, sobreveio à vigência da Lei nº 9.032/95, já se encontrando a pessoa do menor designado excluída do rol dos dependentes da Previdência Social.*

*— Recurso não conhecido.” (REsp 222.968/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJU de 16.11.99)*

**“PREVIDENCIÁRIO. DEPENDENTE DESIGNADA PELO AVÔ. PENSÃO. EVENTO MORTE OCORRIDO APÓS REVOGAÇÃO FIGURA DO DEPENDENTE DESIGNADO. DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA. LEI DE REGÊNCIA.**

*Direito à pensão frustrado com a revogação da figura do dependente designado antes do evento morte do segurado. Ademais, o benefício é regido pela lei vigente ao tempo da concessão.*

*Recurso conhecido e provido.” (REsp 189.187/RN, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJU de 04.10.99)*

Com estas considerações, conheço e acolho os embargos para afastar a aplicação da antiga redação da Lei 8.213/91, declarando a inexistência do solicitado direito adquirido, e por conseguinte, a concessão do benefício previdenciário pretendido, determinando a aplicação da Lei nº 9.032/95.

É como voto.



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 211.347 – RIO GRANDE DO SUL  
(2000/0009962-7)**

**RELATOR : MIN. FELIX FISCHER**  
EMBTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
ADVOGADO : BRUNO MATTOS E SILVA E OUTROS  
EMBDO : THERESINHA MARIA SEHN  
ADVOGADO : BERNADETE LERMEN JAEGER E OUTRO

**EMENTA**

ERESP. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONTRIBUIÇÃO FACULTATIVA E OBRIGATÓRIA. LEI Nº 8.213/91. DEC. 2.173/97.

I — A contribuição sobre percentual retirado da receita bruta da comercialização da produção rural, considerada como obrigatória, não garante ao segurado especial a **aposentadoria por tempo de serviço**.

II — Tal benefício, conforme se depreende do exame dos arts. 11, inciso VII, e 39, I e II, da Lei nº 8.213/91, tem sua concessão condicionada ao recolhimento **facultativo** de contribuições, estas disciplinadas no art. 23 do Dec. 2.173/97, e substancialmente diversas daquelas efetuadas sobre a produção rural — art. 24 do mesmo decreto.

Embargos providos.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer e acolher os embargos de divergência, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram de acordo os Ministros GILSON DIPP, HAMILTON CARVALHIDO, JORGE SCARTEZZINI, EDSON VIDIGAL, FONTES DE ALENCAR e FERNANDO GONÇALVES. Ausente, ocasionalmente, o Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. Ausente, por motivo de licença, o Ministro WILLIAM PATTERSON.

Brasília, 28 de junho de 2000 (data do julgamento).

**MINISTRO VICENTE LEAL**, Presidente  
**MINISTRO FELIX FISCHER**, Relator

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** — O INSS interpôs embargos de divergência contra decisão da egrégia Sexta Turma sumariada nos seguintes termos:

*“RESP — PREVIDENCIÁRIO — RURÍCOLA — APOSENTADORIA — CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA — A Jurisprudência da 6ª Turma do STJ consolidou-se no sentido de não ser necessária contribuição à seguridade social para a rurícola ter direito à aposentadoria. Basta a comprovação do tempo de serviço.”* (Fls. 135).

Alega o embargante divergência jurisprudencial com julgado da 5ª Turma onde aduz ter a questão recebido tratamento diverso. Transcreve-se a ementa:

*“PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURÍCOLA. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. SEGURADO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES NÃO RECOLHIDAS. SÚM. 149-STJ.*

*Súm. 149: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.” Inadmissível reconhecer, para fins de contagem de tempo de serviço, o período em que desenvolvia o autor a atividade rurícola em regime de economia familiar sem as devidas contribuições previdenciárias.*

*Recurso desprovido.”*

(REsp 182.279/RS, rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJU de 03/05/1999).

Sustenta que, conforme reconhecido no paradigma ofertado, o segurado especial que pleiteia aposentadoria por tempo de serviço não está dispensado do recolhimento das contribuições facultativas à Previdência Social.

Admitidos os embargos, não obstante determinadas as intimações necessárias, deixou a parte embargante de apresentar impugnação.

Em seguida, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** — Cumpre esclarecer, primeiramente, que o embargante cuidou de realizar o confronto analítico entre as decisões, razão pela qual merecem conhecimento os embargos.

Procedo, assim, o exame de mérito.

A contribuição sobre percentual retirado da receita bruta da comercialização da produção rural não garante ao segurado especial a **aposentadoria por tempo de serviço**.

Tal benefício, conforme se depreende do exame dos arts. 11, inciso VII, e 39, I e II, da Lei nº 8.213/91, tem sua concessão condicionada ao recolhimento **facultativo** de contribuições para a Previdência Social.

Essa contribuição facultativa — disciplinada no art. 23 do Dec. 2.173/97 — é substancialmente diversa daquela efetuada sobre a produção rural — art. 24 do mesmo decreto —, considerada esta como obrigatória e que garante ao segurado, tão somente, a percepção de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão.

Cumpre esclarecer, ainda, que a contribuição facultativa é calculada sobre o salário-base do segurado especial, nos termos dos arts. 23, 37, III, e 38 do referido decreto.

Não há qualquer similitude entre as duas formas de contribuições, que portanto, garantem a percepção, também, de benefícios diversos.

Ademais, analisando caso idêntico, foi nesse sentido a orientação desta Turma quando do julgamento do REsp nº 207.539/RS (DJ 01/07/1999), de minha relatoria. Leia-se:

**“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. POR TEMPO DE SERVIÇO. CONTRIBUIÇÃO FACULTATIVA E OBRIGATÓRIA. LEI Nº 8.213/91. DEC. 2.173/97.**

— *A contribuição sobre percentual retirado da receita bruta da comercialização da produção rural, considerada como obrigatória, não garante ao segurado especial a **aposentadoria por tempo de serviço**.*

*Tal benefício, conforme se depreende do exame dos arts. 11, inciso VII, e 39, I e II, da Lei nº 8.213/91, tem sua concessão condicionada ao recolhimento **facultativo** de contribuições, estas disciplinadas no art. 23 do Dec. 2.173/97, e substancialmente diversas daquelas efetuadas sobre a produção rural — art. 24 do mesmo decreto.*

*Recurso não conhecido.”*

Também a colenda Sexta Turma adotou o mesmo posicionamento. Ver REsp nº 202.766/RS (Rel. Min. Vicente Leal, DJ 24/05/99). Transcreve-se a ementa:

**“PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. SEGURADOS ESPECIAIS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRAZO DE CARÊNCIA. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES.**

— *Os segurados especiais da previdência social, dentre eles os produtores, parceiros, meeiros e arrendatários rurais que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, não têm assegurado o direito à percepção da aposentadoria por tempo de serviço de forma a desobrigar-se do cumprimento do prazo de carência do benefício, cuja concessão vincula-se à observância dos requisitos inscritos nos artigos 52 e 25, II, da Lei nº 8.213/91, no que tange ao período trabalhado e ao recolhimento das 180 contribuições mensais.*

— *Recurso especial não conhecido.”*

Pelo exposto, dou provimento aos embargos.

É o voto



STJ — Sexta Turma

DJ de 21.AGO.2000

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL Nº 230.118 — SÃO PAULO (1999/0082326-5)**

**RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES**  
**EMBTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**  
**ADVOGADO : IVANIŞE CORRÊA RODRIGUES E OUTROS**  
**EMBDO : V. ACÓRDÃO DE FLS. 370**  
**EMBDO : CARLOS GONÇALVES BATISTA**  
**ADVOGADO : LUIZ GONZAGA CURI KACHAN E OUTROS**

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-ACIDENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ART. 145 DA LEI Nº 8.213/91.

1. Concede-se ao obreiro os novos benefícios previstos no art. 86, da Lei nº 8.213/91, a partir de 05.04.91 (art. 145). Até essa data deverão ser concedidos os benefícios previstos na Lei nº 6.367/76. Precedentes.
2. Embargos parcialmente acolhidos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Hamilton Carvalho. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília, 03 de agosto de 2000 (data do julgamento).

**MINISTRO FERNANDO GONÇALVES**, Presidente e Relator

## RELATÓRIO

**O EXMO SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:** — Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL contra acórdão assim ementado, **verbis:**

*“PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. LEI MAIS BENÉFICA AO OBREIRO. VERBA ADVOCATÍCIA. SÚMULA 111 DO STJ. RECURSO “EX OFFICIO”. INCABÍVEL.*

*1 — Deve ser aplicada, na espécie, a lei mais benéfica ao obreiro, art. 86 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, em homenagem ao princípio da proteção infortunística.*

*2 — Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas (súmula nº 111/STJ).*

*3 — O reexame obrigatório não se aplica ao INSS, em face da ressalva contida no art. 7º da Lei nº 9.469/97.*

*4 — Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido.” (fls. 370)*

Sustenta o embargante omissão, porquanto a decisão impugnada fixou o percentual do auxílio-acidente em 50%, não determinando a partir de quando seria aplicado o referido índice.

É o relatório.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):** — Assiste razão ao embargante.

De início, importa ressaltar que há no acórdão embargado equívoco manifesto, pois, cuidando-se de auxílio-acidente, cujo marco inicial é 01.11.90, a aplicação da Lei nº 8.213/91 só poderia se dar a partir de 05.04.91.

O art. 145 da referida lei, mais benéfica, atendendo disposição constitucional (art. 59 do ADCT/88), manda retroagir os seus efeitos a 5 de abril de 1991. Assim, até essa data, aplica-se ao caso os benefícios previstos na Lei nº 6.367/76.

Esse é o entendimento desta Corte, **verbis**:

*“PREVIDENCIÁRIO. INTERESSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RECORRER. ACIDENTE DO TRABALHO. LEI NOVA MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE A INFORTÚNIOS ANTERIORES.*

*O Ministério Público não tem interesse para recorrer em ação acidentária quando o autor encontra-se regularmente representado por advogado de sua livre escolha. Precedente da Corte Especial.*

*Atendendo ao fim social e protetivo da legislação acidentária, deve-se aplicar, nas pendências judiciais, a lei nova mais benéfica ao trabalhador, ainda que o infortúnio seja anterior à norma.*

*Nesse caso, concede-se ao obreiro os novos benefícios previstos no art. 86 da Lei nº 8.213/91 a partir de 05/04/91 (art. 145). Até essa data deverão ser concedidos os benefícios previstos na Lei 6.367/76.*

*Recurso especial do Ministério Público não conhecido.*

*Recurso especial do autor conhecido e provido parcialmente.” (REsp 87760-SP, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, DJU, 24.06.96)*

*PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. BENEFÍCIO. NORMA DE REGÊNCIA. LEI Nº 8.213/91.*

*— A lei que deve reger a indenização acidentária é a vigente à época do fato gerador.*

*— Os acidentes ocorridos após 5 de abril de 1991 regem-se pelas disposições da Lei nº 8.213/91, de acordo com a retroação determinada pelo art. 145 desse diploma legal.*

*— Recurso não conhecido.” (REsp nº 69.848/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 28.04.97)*

Ante o exposto, acolho os embargos declaratórios em parte, para fixar a incidência da Lei nº 8.213/91 a partir de 05.04.91, na forma do disposto no seu art. 145.



TRF — 4ª Região

DJ de 17.MAI.2000

### **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.04.60746-6/RS**

**RELATOR** : Juiz Fernando Quadros da Silva  
**APELANTE** : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
**ADVOGADO** : Rubem Aranovich  
**APELADO** : BANCO MERIDIONAL DO BRASIL S/A  
**ADVOGADO** : Claudio Merten  
**REMETENTE** : JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA FEDERAL DE PORTO ALEGRE/RS

#### **EMENTA**

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO COM HABITUALIDADE. SALÁRIO UTILIDADE ÍNTEGRA O SALÁRIO. ARTIGOS 457/458 DA CLT.

1. A verba discutida representa salário utilidade que é a provisão de utilidades ao empregado, como prestação aos serviços prestados, mas somente é admitida como complemento da parte do salário quando paga em dinheiro. Constitui salário, quando fornecida habitualmente pelo empregador, por força de ajuste expresso ou tácito, configurando-se este pela habitualidade no fornecimento da utilidade.

2. Apelo e remessa oficial providos.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 06 de abril de 2000.

## **JUIZ FERNANDO QUADROS DA SILVA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de mandado de segurança com o objetivo de ver afastada a contribuição previdenciária sobre a indenização de moradia, concedida aos funcionários transferidos de seu domicílio por necessidade do serviço. Alega que esta verba não possui natureza salarial.

A parcela concedida corresponde ao reembolso de até 80% do valor médio do aluguel apurado em determinadas localidades, para os quais o funcionário é transferido.

Aduz que é uma prática normal os funcionários, quando promovidos a gerentes, serem removidos de seus domicílios, permanecendo um determinado espaço de tempo em municípios diversos do seu, e, após, novamente transferidos para outras agências. E, por força da convenção coletiva, o Banco compromete-se a indenizar estes funcionários até o limite supra mencionado.

Salienta o impetrante que, quando da fiscalização do INSS, o valor apurado é indevido, tendo em vista que os valores pagos a esse título têm tipificação e previsão, tanto no Manual de Administração de Recursos Humanos, quanto nas normas de convenção coletiva de trabalho, tendo caráter eminentemente indenizatório, destinando-se a atender a moradia do funcionário deslocado, sem qualquer repercussão sobre as verbas salariais.

Argumenta ainda, que a referida cobrança fere o princípio da capacidade contributiva, implicando dupla incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de moradia, além de tributar o salário propriamente dito.

O pedido liminar foi indeferido, dessa decisão foi interposto agravo de instrumento, resultando na concessão da liminar.

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença concedendo a segurança para o fim de assegurar ao impetrante a inexigibilidade do crédito constituído pela NFLD nº 32.110.875.2 e determinar a desconstituição da inscrição em dívida ativa relativa à mencionada exigência fiscal.

Tempestivamente, o réu interpôs apelação objetivando a reforma da decisão defendendo a legalidade do ato praticado, sendo devida a cobrança sobre a verba atacada.

Com as contra-razões, subiram os autos para a análise da apelação, bem como por força da remessa oficial.

Em segunda instância, o Ministério Público opina pela manutenção da sentença.

É o relatório. Peço pauta.

### **JUIZ FERNANDO QUADROS DA SILVA**

Relator

### **VOTO**

A remessa oficial e o apelo merecem provimento.

Efetivamente, a verba relativa à ajuda de custo constitui indenização e não salário, quando destinada a indenizar às despesas do empregado, proveniente da sua transferência para local diverso daquele em que tem domicílio. Entretanto, essa verba corresponde a pagamento para atender às despesas do seu deslocamento e não da sua permanência na nova localidade.

A ajuda de custo, vislumbrada nos termos acima, realmente não integra o salário, por ter caráter indenizatório. No entanto, para que uma verba não integre o salário do empregado, é preciso que não tenha caráter de remuneração de serviços. Sendo assim, a denominação de ajuda de custo não corresponderá à genuína natureza do pagamento cumprido em prol do empregado.

No caso em tela, conforme descrito na exordial, o impetrante reembolsa mensalmente cerca de 70 a 80% do aluguel pago pelo funcionário transferido, o que não colima com indenização, posto seu caráter de habitualidade no pagamento da referida verba, conforme disposição expressa da convenção coletiva de trabalho, *in verbis*:

*“O empregado, quando na condição de exercente de Gerência ou de funções elencadas em regulamento interno, transferido de sua localidade contratual original de trabalho, por interesse do Banco, que motive sua mudança de cidade e de domicílio, não compreendido no caput e parágrafo primeiro da presente cláusula e na forma de Regulamento específico, enquanto perdurar a transferência, **poderá perceber, mensalmente, uma indenização de moradia**, de caráter indenizatório, até o limite de 70% (setenta por cento) ou 80% (oitenta por cento) da média dos aluguéis de um apartamento de dois dormitórios ... destinado a atender despesas de moradia sem que dita indenização reflita na demais verbas salariais ou remuneratórias. (grifo nosso).*

Ora, nota-se, claramente, que o objetivo da verba discutida não é atender despesas em decorrência da mudança de local de trabalho do empregado, mas, sim, remunerar o funcionário, mensalmente, quando por interesse do Banco que o mesmo exerça seus serviços em outra localidade diversa da sua.

Entendo, que a indigitada verba atenderia, perfeitamente ao seu fim pretendido de indenizar o funcionário das despesas oriundas que dispendeu por conta de outrem, se fosse realizada no momento oportuno da transferência, da qual, realmente, não poderia ser suportada pelo empregado, devendo haver o ressarcimento pela eventual despesa.

Ademais, o artigo 458 da CLT informa que além do pagamento em dinheiro, constituem salário a alimentação, a habitação, os vestuários e outras prestações *in natura* que o empregador, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado.

A verba discutida representa salário utilidade, que é a provisão de utilidades ao empregado, como prestação aos serviços prestados, mas somente é admitida como complemento da parte do salário, quando paga em dinheiro. Normalmente, a obrigação de pagar o salário utilidade decorre de acordo expresso, como no presente caso, onde existe uma cláusula de convenção laboral.

Destarte, estando expressamente consignado no artigo 458 da CLT que a habitação constitui salário, deve ser fornecida pelo empregador como parcela do salário global relativo à relação de emprego. Também é imprescindível que a habitação seja concedida a título oneroso, decorrente de ajuste expresso, referente ao contrato de trabalho. Sendo outro modo, por exemplo, a título gratuito, constituindo mera liberalidade, certamente desnortearia o caráter de salário utilidade da verba.

Como demonstrado pela fundamentação, dúvidas não restam que o auxílio moradia constitui, efetivamente, salário, devendo sofrer a incidência da contribuição previdenciária.

Poder-se-ia argüir que a nominada verba não possui caráter salarial se fosse demonstrada o caráter não habitual do pagamento, o que resta não evidenciado aos autos. Ao contrário, o impetrante afirma reembolsar mensalmente ao empregado cerca de 70% a 80% do valor do aluguel pago a título de indenização de moradia.

Neste sentido trago à colação o seguinte arresto jurisprudencial.

*TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. SALÁRIO-UTILIDADE OU PRESTAÇÃO 'IN NATURA' QUE INTEGRA O SALÁRIO. HABITUALIDADE. CLPS DE 1984, ART. 135, I. CLT, ARTIGOS 457 E 458.*

*I — A contribuição incide sobre o salário-de-contribuição, que é a remuneração efetivamente recebida, a qualquer título, pelo empregado, até o limite máximo, nos termos do art. 135, I, CLPS/84. Qualquer importância, pois, que o segurado-empregado perceber, a título de remuneração, integra o seu salário-de-contribuição, buscando-se, na CLT, artigos 457 e 458, o conceito de remuneração.*

*II — A prestação "in natura", ou salário utilidade constitui salário quando fornecida habitualmente pelo empregador, por força de ajuste expresso ou tácito, configurando-se este pela habitualidade no fornecimento da utilidade.*

*III — (...)*

(STJ, MS Nº 286/89/DF, TURMA S1, PRIMEIRA SEÇÃO, REL. MINISTRO CARLOS VELLOSO, DJ 21-05-90, P. 4420)

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento à apelação, bem como à remessa oficial, nos termos da fundamentação.



# CALENDÁRIO PERMANENTE (1901 – 2092)

A = Anos			B = Meses															
1901 – 2000	2001 – 2092		J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D				
25 53 81	09 37 65		4	0	0	3	5	1	3	6	2	4	0	2				
26 54 82	10 38 66		5	1	1	4	6	2	4	0	3	5	1	3				
27 55 83	11 39 67		6	2	2	5	0	3	5	1	4	6	2	4				
28 56 84	12 40 68		0	3	4	0	2	5	0	3	6	1	4	6				
01 29 57 85	13 41 69		2	5	5	1	3	6	1	4	0	2	5	0				
02 30 58 86	14 42 70		3	6	6	2	4	0	2	5	1	3	6	1				
03 31 59 87	15 43 71		4	0	0	3	5	1	3	6	2	4	0	2				
04 32 60 88	16 44 72		5	1	2	5	0	3	5	1	4	6	2	4				
05 33 61 89	17 45 73		0	3	3	6	1	4	6	2	5	0	3	5				
06 34 62 90	18 46 74		1	4	4	0	2	5	0	3	6	1	4	6				
07 35 63 91	19 47 75		2	5	5	1	3	6	1	4	0	2	5	0				
08 36 64 92	20 48 76		3	6	0	3	5	1	3	6	2	4	0	2				
09 37 65 93	21 49 77		5	1	1	4	6	2	4	0	3	5	1	3				
10 38 66 94	22 50 78		6	2	2	5	0	3	5	1	4	6	2	4				
11 39 67 95	23 51 79		0	3	3	6	1	4	6	2	5	0	3	5				
12 40 68 96	24 52 80		1	4	5	1	3	6	1	4	0	2	5	0				
13 41 69 97	25 53 81		3	6	6	2	4	0	2	5	1	3	6	1				
14 42 70 98	26 54 82		4	0	0	3	5	1	3	6	2	4	0	2				
15 43 71 99	27 55 83		5	1	1	4	6	2	4	0	3	5	1	3				
16 44 72 00	28 56 84		6	2	3	6	1	4	6	2	5	0	3	5				
17 45 73	01 29 57 85		1	4	4	0	2	5	0	3	6	1	4	6				
18 46 74	02 30 58 86		2	5	5	1	3	6	1	4	0	2	5	0				
19 47 75	03 31 59 87		3	6	6	2	4	0	2	5	1	3	6	1				
20 48 76	04 32 60 88		4	0	1	4	6	2	4	0	3	5	1	3				
21 49 77	05 33 61 89		6	2	2	5	0	3	5	1	4	6	2	4				
22 50 78	06 34 62 90		0	3	3	6	1	4	6	2	5	0	3	5				
23 51 79	07 35 63 91		1	4	4	0	2	5	0	3	6	1	4	6				
24 52 80	08 36 64 92		2	5	6	2	4	0	2	5	1	3	6	1				
<b>C = Dias/Semana</b>			<i>Exemplo de como utilizar:</i> Em que dia da semana caiu o dia 29 de janeiro de 1977? Foi num sábado.															
<b>D</b>	1	8	15	22	29	36												
<b>S</b>	2	9	16	23	30	37												
<b>T</b>	3	10	17	24	31													
<b>Q</b>	4	11	18	25	32													
<b>Q</b>	5	12	19	26	33													
<b>S</b>	6	13	20	27	34													
<b>S</b>	7	14	21	28	35													

Veja como: procure, na tabela A, o ano de 1977 e siga na mesma linha à direita, parando no mês de janeiro da tabela B. Adicione ao número encontrado (neste caso, 6) o número do dia em questão (29) e terá o resultado 35, verificando na tabela C que corresponderá ao sábado.

---

---

---

---

**Instituto Nacional de Seguro Social – INSS**  
**Procuradoria Geral do INSS**  
**SAS Quadra 2, Bloco “O”, 2º andar**  
**Tels: (61) 313 4814 / 226 7449 / 226 0837**  
**Fax: (61) 313 4740**  
**CEP: 70070-907 – Brasília-DF**