Revista da Procuradoria Geral do INSS

ISSN 0104-9607

V. 7, N. 4
JAN - MAR
2001

Artigos, Pareceres, Memoriais,

Teses, Peças Processuais,

Jurisprudência.

PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

GOVERNO FEDERAL
Trabalhando em todo o Brasil

EXPEDIENTE

Publicação trimestral da Procuradoria Geral do INSS

Editor Responsável
***M**arcos **M**aia **J**únior*

Diretor
***H**élder **A**denias de **S**ouza*

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

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
Alice Aiko Fujioka Yamada

Suplentes
Ayres Lourenço de Almeida Filho
Bruno Mattos e Silva
Flávio Cavalcante Reis
Cláudio Renato do Canto Farág

Editoração Eletrônica
Assessoria de Comunicação Social/MPAS

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

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

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS

Volume 7 — Número 4

2001 : JAN / MAR

Brasília
Abril/2001

© 2001 – 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@df.previdenciasocial.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, 2001.

144 p.

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

CDD–341.67

SUMÁRIO

EDITORIAL 5

DÍVIDA ATIVA 6

PÁGINA LIVRE 7

ARTIGOS

— CRIMES CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL
★ *Marcelo Leonardo Tavares* 13

— AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (FUNDOS DE PENSÃO) E AS ALTERAÇÕES E PROPOSTAS DE ADEQUAÇÃO TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98
★ *Miguel Horvath Júnior* 22

— AS NOVAS REGRAS DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO RURÍCOLA
★ *Ari Pedro Lorenzetti* 43

— COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA: AVANÇO OU RETROCESSO?
★ *Saulo Emídio dos Santos* 47

— O MONITORAMENTO DOS GRANDES DEVEDORES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL
★ *Sérgio Luís de Castro Mendes Corrêa* 50

— TUTELA MANDAMENTAL E INIBITÓRIA DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO
★ *Antônio Souza Prudente* 53

— O PROBLEMA PREVIDENCIÁRIO COMO SERVIÇO JUDICIAL: CRIATIVIDADE, GESTÃO E PERSPECTIVAS
★ *Alexandre Costa de Luna Freire* 56

— CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO — INEXIBILIDADE, INFRAÇÕES E GARANTIAS
★ *Luíz Carlos F. Vianna* 62

— A BIPARTIÇÃO DO DOMÍNIO NO DIREITO SOCIETÁRIO — PROPRIEDADE DIRETA E PROPRIEDADE INDIRETA —
★ *Américo Luiz Martins da Silva* 68

— O DIREITO COMO MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL: EM BUSCA DO EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
★ *Marcos André Couto Santos* 77

— NOTAS SOBRE O DIREITO NORTE-AMERICANO
★ *Arnaldo Moraes Godoy* 89

PARECERES

— Parecer/CJ/Nº 2413/2001 da lavra da Coordenadora-Geral de Direito Previdenciário da CJ/MPAS, Drª INDIRA ERNESTO SILVA QUARESMA. Previdenciário. Representante comercial 102

— Parecer/CJ/Nº 2414/2001 da lavra do Chefe da 2ª Divisão de Assuntos Jurídicos da CJ/MPAS, Dr. WARNEY PAULO NERY ARAÚJO. Entidades beneficentes. Prestações, serviços e benefícios que podem ser considerados como aplicação de receita em gratuidade para obtenção de certificado de entidade de fins filantrópicos 107

— Parecer 21.200.1/028/2000 da autoria do Procurador DANIEL PULINO, da Procuradoria do INSS em São Paulo. Débito previdenciário confessado e parcelado. Garantia hipotecária. … inaplicabilidade do art. 685, I, do CPC 112

— Parecer 21.200.1/077/2000 da autoria do Procurador DANIEL PULINO, da Procuradoria do INSS em São Paulo. Lei 7.787/89 — declaração de inconstitucionalidade … inexistência de suspensão … inocorrência de efeito vinculante para além da ação judicial 118

PEÇAS PROCESSUAIS

— Decisão da Exma. Juíza MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, do TRF/4ª R. Desistência de ação. Adesão ao REFIS. Honorários devem ser suportados pela parte autora desistente 126

— Despacho do Exmo. Juiz WILSON DARÓS, do TRF/4ª R. Adesão ao REFIS. Pedido de desistência de ação, com renúncia do direiro sobre a qual se funda (CPC, art. 269, V) 127

— Despacho do Exmo. Juiz ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, do TRF/4ª R. Refis. Afastamento da condenação em honorários 128

— Sentença do Exmo. Juiz Federal CELSO BEDIN em Ação de Execução Fiscal. Prestação de garantia para pagamento da dívida, para se admitir a opção pelo REFIS. Reunião em um mesmo juízo das ações de execução fiscal de dívidas objeto do REFIS 129

— Agravo de Instrumento interposto pelo INSS/Teresina-PI, através da Procuradora SILVANA MARINHO DA COSTA, ao Presidente do TRF/1ª Região, nos autos de MS. Contribuição previdenciária. Parcelamento de débito. “Certidão positiva com efeitos de negativa” (CND para qualquer finalidade), sem exigência de garantia. 135

— Decisão do Exmo. Sr. Juiz LUCIANO TOLENTINO AMARAL, Relator no TRF/1ª Região do Agravo de Instrumento interposto pelo INSS/Teresina-PI, subscrito pela Procuradora Silvana Marinho da Costa, suspendendo a liminar concedida em MS pelo Exmo. Sr. Juiz da 1ª Vara Federal Teresina-PI 140

JURISPRUDÊNCIA

— Embargos à execução fiscal. REFIS. Inexistência da figura da desistência da ação condicionada no ordenamento processual brasileiro. TRF/4ª R. 142

— Execução Fiscal. Penhora s/ 10% do faturamento. REFIS. TRF/4ª R. 143

A Revista da Procuradoria Geral do INSS completa com esta edição — 7.4 — seis (6) anos de existência. São vinte e quatro (24) tiragens trimestrais ininterruptas, contendo artigos, pareceres, memorais, peças processuais diversas, jurisprudência e atos normativos, sendo que a partir da edição 2.4 tem figurado informações sobre a arrecadação da Dívida Ativa, e da edição 4.3, testes de conhecimentos sobre direito e filosofia. Os artigos — 207 — ocuparam 1.945 páginas.

Começamos em 1995 com uma tiragem de dois mil (2.000) exemplares para chegarmos aos atuais oito mil (8.000), número que se repete desde a edição do Vol. 4/ N.4 (JAN. / MAR.1998). Para atender todos aqueles que manifestam interesse em receber a Revista, seria necessário uma tiragem não inferior a doze mil (12.000) exemplares. Por razões ditadas pela necessidade de se fazer economia, esse aumento de tiragem não tem podido se concretizar, e, muito provavelmente, não se concretizará neste ano. Lamentamos não termos podido até agora atender os juízes e procuradores do trabalho, os juízes, procuradores e promotores estaduais.

A aceitação da nossa Revista, bem sabemos que é muito alta. Isso, em que pese nos alegrar, nos faz compromissados com a obrigação de não só não deixá-la diminuir em importância pelo seu conteúdo e apresentação gráfica, mas também fazê-la crescer nesses aspectos, para evitar que ótimo de hoje não venha a estar amanhã abaixo disso.

Colhemos a oportunidade para mais uma vez dirigir os nossos melhores agradecimentos a todos aqueles que têm colaborado para a existência e credibilidade da Revista. Com eles dividimos as críticas elogiosas recebidas ao longos desses seis anos.

Todos aqueles que desejarem oferecer críticas e/ou sugestões objetivando a evolução da Revista da Procuradoria Geral do INSS poderão o fazer através do *e-mail* **pgeral@df.previdenciasocial.gov.br**

DÍVIDA ATIVA DO INSS. ARRECADAÇÃO. As UFs contribuíram (R$), individualmente, no 1º trimestre de 2001 (JAN / FEV / MAR), com os quantitativos seguintes:

UF	JAN	FEV	MAR	UF: TT.TRIM.
AC	208.526,39	200.128,28	196.725,04	605.379,71
AL	179.158,29	176.897,65	167.807,94	523.863,88
AM	264.246,41	327.182,23	418.808,05	1.010.236,69
AP	7.627,80	12.111,65	8.887,22	28.626,67
BA	586.255,17	729.710,52	766.326,88	2.082.292,57
CE	536.954,39	585.735,70	839.172,13	1.961.862,22
DF	811.436,46	849.655,70	780.004,17	2.441.096,33
ES	326.425,46	532.931,27	728.915,59	1.588.272,32
GO	446.281,29	437.786,21	716.479,57	1.600.547,07
MA	325.218,67	374.658,18	365.737,12	1.065.613,97
MG	1.319.020,42	1.528.341,60	1.556.245,30	4.403.607,32
MS	177.331,00	175.720,22	162.522,06	515.573,28
MT	100.877,70	122.813,47	105.768.63	329.459,80
PA	534.821,30	328.845,77	384.945,18	1.248.612,25
PB	254.518,32	688.455,10	985.658,77	1.928.632,19
PE	554.915,94	7.333.103,19	670.651,43	8.558.670,56
PI	111.480,98	135.393,21	128.778,89	375.653,08
PR	945.939,14	1.145.182,38	2.363.303,42	4.454.424,94
RJ	2.255.971,23	5.365.254,50	2.286.528,89	9.907.754,62
RN	544.667,02	562.658,16	699.959,22	1.807.284,40
RO	60.386,30	51.735,32	132.254,07	244.375,69
RR	69.721,45	56.766,60	63.937,34	190.425,39
RS	2.115.036,99	1.768.370,22	1.548.428,66	5.431.835,87
SC	430.126,74	582.753,84	617.099,41	1.629.979,99
SE	84.387,36	239.460,48	208.171,49	532.019,33
SP	5.761.577,86	6.131.791,29	6.522.545,31	18.415.914,46
TO	241.652,31	168.792,96	188.621,78	599.067,05
TOTAIS	**19.254.562,39**	**30.612.235,70**	**23.614.283,56**	**73.481.081,65**

TOTAL ARRECADADO EM 2001 = R$ 73.481.081,65 (Fonte: Sistema Dívida — Função: Relatório Total de Pagamentos Apropriados pelo Sistema Dívida)

ROBERTO BRANT NO MPAS. Em 13.03.01 tomou posse no cargo de Ministro da Previdência e Assistência Social o Deputado Federal Roberto Lúcio Rocha Brant (PFL-MG) em substituição ao Senador Waldeck Vieira Ornélas (PFL-BA). Esta Revista recebeu na gestão do Ministro Waldeck Ornélas, através da Assessoria de Comunicação Social, todo o apoio necessário para ser editada e melhorada. Esperamos que o mesmo venha a ocorrer na gestão do Ministro Roberto Brant. A quem saiu, os nossos agradecimentos e votos de realização pessoal, profissional e política. A quem está chegando, os nossos cumprimentos e votos de que possa concretizar no MPAS os ideais que o animaram a aceitar tão nobilitante missão.

SÍNTESE BIOGRÁFICA DO NOVO MINISTRO DO MPAS. Roberto Lúcio Rocha Brant é mineiro de Belo Horizonte, onde nasceu em maio de 1942. Formou-se em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi laureado com a Medalha Barão do Rio Branco, concedida ao primeiro aluno da turma. Foi Professor da Fundação João Pinheiro e da PUC de Minas Gerais. Trabalhou na SUDENE como Técnico de Desenvolvimento Econômico. Na iniciativa privada, dentre outras atividades, foi Diretor da CBE, empresa de Planejamento e Consultoria, Diretor da PALMASA, uma indústria de azulejos, em Várzea da Palma-MG, e Diretor da Cia Itacolomy de Cervejas, em Pirapora-MG. Foi Presidente do Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais, no Governo Helio Garcia. Em 1986, elegeu-se pela primeira vez Deputado Federal, tendo sido reeleito em 1990, 1994 e 1998. Na Câmara dos Deputados, foi relator da Comissão Mista Especial destinada a estudar as causas Estruturais e Conjunturais das Desigualdades Sociais e apresentar soluções para Erradicar a Pobreza e Reduzir as Desigualdades Sociais. Atualmente é Ministro da Previdência e Assistência Social. Sua posse ocorreu em 13.03.2001.

— • —

FONTANA NO INSS. O Dr. Francisco Fernando Fontana foi nomeado (21.3.01) Diretor-Presidente do INSS. Seu antecessor – Dr. Crésio de Matos Rolim – esteve por muitos anos neste importante cargo. O Dr. Fontano não é um noviço em cargos públicos de importância. No seu Paraná, ocupou as Secretarias da Administração e da Indústria e Comércio.

Ao Dr. Fontana os nossos votos de que realize no INSS uma gestão marcada pela proficiência.

— • —

JUIZ PRUDENTE NO TRF/1ª REGIÃO E CIDADÃO HONORÁRIO DE BRASÍLIA. Em15.02.2001, o ínclito Juiz Antônio Souza Prudente tomou posse no TRF da 1ª Região como titular desse prestigiado colegiado da magistratura federal. Em 20.04.2001, foi agraciado, pela Câmara Legislativa do DF, com o título de Cidadão Honorário de Brasília. O Doutor Prudente é natural de Sergipe. Além de Juiz, o Doutor Prudente é Professor Universitário. Antes de subir para o TRF da 1ª Região, foi titular por vários anos da 6ª Vara Federal em Brasília.

Antônio Souza Prudente é um dos mais esclarecidos articulistas desta Revista, tendo figurado em páginas de diversas edições com trabalhos de expressiva aceitação por parte dos nossos leitores.

Em razão desses dois acontecimentos marcantes na vida do Doutor Prudente, transmitimos-lhe nossos cumprimentos e votos de que continue, no TRF/1ª R., com

o seu lapidar saber jurídico, a honrar a magistratura do nosso país, e no seu dia-a-dia de cidadão de Brasília, a amar e elevar esta cidade.

— • —

LIVROS. Três articulistas de escol da nossa Revista produziram excelentes obras jurídicas.

EGON BOCKMANN MOREIRA é autor de PROCESSO ADMINISTRATIVO – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. Foi editado por Malheiros Editores.

DANIEL PULINO produziu A APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO. A editora é a LTr.

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES produziu RESPONSABILIDADE FISCAL e CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO (5ª edição). Foram editados pela Brasília Jurídica.

Tratam-se de 4 obras que vieram enriquecer a literatura jurídica do nosso país. Cumprimentamos os seus autores e desejamos aos mesmos sucesso correspondente ao grande valor das obras produzidas.

— • —

INTIMAÇÃO PESSOAL. O Partido dos Trabalhadores queria, através de ADIn, a suspensão da *intimação pessoal dos Procuradores Federais.* O STF não acatou tal pretensão.

— • —

UM ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO. Nas edições dos Volumes 6/N. 4 e 7/N. 1 desta Revista foi publicado um artigo com o título JUROS DE MORA EM RAZÃO DO PROCEDIMENTO DO PRECATÓRIO. SÃO DEVIDOS JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA CONTA (OU DA REQUISIÇÃO EFETUADA PELO JUIZ) E DA DATA DO EFETIVO DEPÓSITO?

Na primeira das edições citadas (p. 100) figurou como autor MARCELO MARTINS DALPOM, Procurador da Previdência Social em Tubarão-SC. Na segunda (p. 37), LUIZ GONZAGA DA CUNHA, MARCELO EVARISTO DE SOUZA e CIBELE CHRISTINA FONTANELLA, também Procuradores da Previdência Social em Santa Catarina.

O artigo em questão é parte de uma coletânea de trabalhos apresentados na 1ª Reunião de Serviços Integradas das Procuradorias da Previdência Social em Santa Catarina, realizada de 24 a 27.08.1999, em Itapema-SC. Essa coletânea veio à Revista (Secretário Editorial) por iniciativa do Procurador-Chefe da Procuradoria da Previdência Social em Florianópolis-SC, Dr. Milton Luiz Gazaniga de Oliveira.

Na coletânea citada consta em duplicata o aludido trabalho, sendo que em fls. 8/21 figura como autor MARCELO MARTINS DALPOM e em fls. 73/86 os outros três procuradores já nominados.

O equívoco da PPS-SC terminou por se repetir na Revista. Pedimos desculpas aos nossos leitores e, em especial, ao verdadeiro autor do prefalado artigo — DR. MARCELO MARTINS DALPOM, ao qual aproveitamos a oportunidade para cumprimentá-lo pela sua posse no cargo de Procurador do Trabalho. O Dr. Dalpom, com o brilho de sua inteligência, não se contentou em ser aprovado somente no concurso de Procurador do Trabalho, o foi também no de Juiz do Trabalho. É mais um procurador que a Previdência está perdendo.

— • —

TESTE DE CONHECIMENTOS

Filosofia

1. A filosofia expeculativa, dominante no Ocidente, teve seu berço na Grécia. É correto afirmar-se que o saber especulativo distingue-se do saber empírico, por ser este apenas prático, enquanto aquele é teórico, pois conexiona os fatos em teorias e hipóteses?

---

2. Nas origens da filosofia grega predominava o sentido puramente religioso. Com os filósofos da *escola jônica* inicia-se a *fase cosmológica* da filosofia grega, precedida pela fase *teogônica* (geração dos deuses e do mundo: cosmologia mítica).

   Tales de Mileto (585 a.C), fundador da *Escola Milésica* ou de *Mileto,* introduziu o conhecimento de diversas filosofias orientais, como a caldáica, a egípcia, entre outras. Há dúvidas se Tales descendia de trono finício ou semítico. Tales foi considerado o "pai da filosofia grega". Para Aristóteles, Tales foi "o fundador dessa classe de filosofia" — a filosofia jônica —, que se interessava pela "natureza da matéria".

   É correto afirmar-se que Tales de Mileto foi considerado um dos sete sábios da Grécia?

---

3. Heráclito (— 540? — 480? a.C — pré-socrático), dividira sua obra, segundo Diógenes Laércio, em três partes: física, teologia e política. À vida pública preferiu a meditação e a filosofia. Desprezava as formas populares dos misteriosos cultos órficos, com suas indignas purificação e sacrifícios de sangue. Não queria ser entendido pelo vulgo e, para tanto, quis ser deliberadamente incompreensível. Foi por isso acoimado de "obscuro".

   A filosofia de Heráclito tem até hoje cultores apaixonados. Aristóteles, para muitos, desce para um segundo plano.

   Para Heráclito, —

   — o *devir*, a passagem contínua do finito ao infinito e inversamente, constitue o único processo infinito que se move em contrários, unidade do ser e do não-ser, a lei mais geral do universo. Tudo flui, nada tem consistência, de maneira que não podemos "entrar duas vezes no mesmo rio". O universo é luta e paz; verão e inverno, fluxo e tempo, saciedade e fome, etc.

   — A contradição, princípio dominante do mundo, é inerente às coisas, assim tudo o que é não existe exclusivamente senão como unidade dos contrários, "tudo sai do Um e o Um sai do todo".

— “Imortais, mortais; mortais imortais, nossa vida é a morte dos primeiros, e a vida dêles, nossa morte”.

Heráclito nasceu em Mileto, Abdera ou Éfeso?

---

4. Parmênides (540-485? a.C — natural de Eléia) afirmava que —

— O ser e o não-ser formam uma antítese inconciliável.

— O não-ser não pode ser pensado (inconceptibilidade do não-ser). ”Pois tu não poderás conhecer o não-ser”). (frag. 4, 7-8). “É mister dizer e pensar que o ser é, *pois é possível que seja,* mas o nada não é possível: isto é o que rogo consideres” (frag. 6, 1-3). “A mesma coisa é o ser” (frag. 5).

— Nada existe fora do ser (unidade); nem é divisível porque é tudo igual (indivisibilidade); e tudo está cheio do ser (homogeneidade).

— Tudo é imóvel, sem princípio nem fim, e sempre idêntico, uma rigorosa Necessidade (Moira) mantém-no firme por todas as partes (frag. 8, 26-31).

— É o ser uma esfera infinita, porque se propaga por tôda a parte.

Com Parmênides, a filosofia de *física* passa a ser *ontológica*, uma ontologia do ente cósmico, físico. O mundo aparente, o mundo das coisas (prágmata) e o mundo verdade, o mundo dos entes, que só o *Nous* conhece. O problema da física (ciência da natureza, movimento das coisas naturais) permanece em Parmênides. A negação do movimento nega a física. Se o ente é um e imóvel, não há natureza, mas há física. Se existe o movimento, a idéia de Parmênides não serve. Aristóteles procura dar uma solução, que os pré-socráticos, após Parmênides, também tentaram de várias maneiras.

A única obra de Parmênides é “Da Natureza” (*peri physeos*), em versos hexâmetros, da qual restaram fragmentos.

Parmênides foi o primeiro a compreender e afirmar o *princípio da identidade* e o de *não-contradição*, postulados principais do racionalismo.

Está devidamente comprovado que Parmênides foi discípulo de Xenófanes de Colofon, predecessor dos Eleatas?

---

5. Empédocles de Agrigento (490-430 a.C) foi para a Sicília, o que Pitágoras foi para a Grande Grécia. Defendeu as idéias dos partidos populares, em que pese descender de família abastada. Foi inimigo dos tiranos, tornado-se legislador, homem de estado, sábio e hierofante (autor de ciências ocultas, adivinho). Proclamaram-no deus, combateu a peste em sua terra, realizou milagres e afinal cometeu suicídio, atirando-se na cretera de um vulcão. Era Empédocles um convicto de suas qualidades de taumaturgo, não se conhecendo os seus limites de charlatanismo e de convicção. Escorraçando os tiranos de sua pátria,

constituiu uma democracia, baseada no amor dos cidadãos, sendo para Agrigento, o que Péricles foi para Atenas. Admirado, amado por seus contemporâneos, seu nome percorreu séculos com a mesma auréola, merecendo de Lucrécio versos inflamados, além da admiração de Aristóteles, Platão e outros.

As suas idéias básicas consistiam em —

— a) aceitar o limite e a dificuldade para os conhecimentos humanos;
— b) repudiar a divindade representada em formas animais;
— c) afirmar a eternidade do ser. Do nada, não pode nascer alguma coisa. A morte não é o fim, mas a desagregação das formas;
— d) proclamar que não há vazio no todo. O Universo é a mescla dos quatro elementos — água, fogo, ar e terra — representados pelos nomes divinos de Zeus, Hera, Edoneu e Néstis;
— e) aceitar o eterno retorno, a fatalidade do ciclo por uma sucessão de períodos cósmicos;
— f) afirmar que as coisas semelhantes se atraem, as dissemelhantes se repelem. A luta entre o Amor e Ódio, com predomínio de um ou de outro;
— g) aceitar a metempsicose e a transmigração das almas, e uma lei universal de justiça;
— h) ter a alma como um agregado de átomos sutis, dispersos no sangue e condensados em torno do coração;
— i) ser um precursor de Goethe na morfologia comparada: “uma mesma coisa são os cabelos, a folhagem e a plumagem das aves”.

Como se chama o vulcão em cuja cratera Empédocles buscou a morte?

Direito

6. Até o advento da MP nº 1.523, de 11.10.96 (convertida na Lei 9.528/97), 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 8.213/91?

---

7. É correto afirmar-se que a partir de 11.10.96 o tempo de serviço prestado na condição de trabalhador rural, prestado antes de 07.12.91 (Dec. 357 — regulamentador da Lei 8.213/91), 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 1.523, de 11.10.96, ou se houver a correspondente indenização, na forma do art. 96, IV, da Lei 8.213/91?

---

8. A relação jurídica dos segurados com a Previdência é institucional ou contratual?

9. 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, ocorre *bitributação* ou *'bis in idem'*?

10. Quando uma única entidade tributante, do mesmo contribuinte, de dois ou mais tributos, com base no mesmo fato gerador e através de normas jurídicas distintas, ocorre *bitributação* ou '*bis in idem*'?

11. É correto afirmar-se que o fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado instituidor do benefício e que a pensão deve ser concedida com base na legislação vigente à época da ocorrência do óbito?

12. É correto afirmar-se, com arrimo em decisão do STJ, na Lei 8.213/91 (art. 11, VII, e 39, I e II) e no Decreto 2.173/97 (art. 23), que a contribuição sobre percentual retirado da receita bruta da comercialização da produção rural, considerada como obrigatória, garante ao segurado especial a aposentadoria por tempo de serviço, sem que tenha havido o recolhimento facultativo das contribuições?

NR: **1ª)** As questões foram formuladas pelo Secretário Editorial da Revista. De 6 a 8 com base no artigo TEMPO DE SERVIÇO COMO TRABALHADOR RURAL E CONTAGEM PARA APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA, de Bruno Mattos e Silva, publicado na edição do Vol. 7/N.2 desta Revista. 9 e 10 com base na Sentença da Drª Cláudia Maria Dadico, Juíza Federal Substituta da 10ª Vara em Porto Alegre, publicada na edição do Vol. 7/N. 2 desta Revista.

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. 4): 1 = Sim. 2 = É. 3 = Éfeso. 4 = Não. 5 = Etna. 6 =Era. 7 = É. 8 = Institucional. 9 = Bitributação. 10 = *Bis in idem*. 11 = É. 12 = Não.

CRIMES CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Marcelo Leonardo Tavares *

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A normatização anterior dos crimes contra a seguridade social. 3. Apropriação indébita previdenciária. 4. Sonegação de contribuição previdenciária. 5. Conclusão.

1. Introdução

No dia 17/07/2000 foi publicada a Lei nº 9.983 (decorrente do Projeto de Lei nº 933/99) que introduziu no Código Penal os tipos penais intitulados de apropriação indébita previdenciária e sonegação de débito previdenciário, revogando as hipóteses criminais anteriormente contidas no art. 95, da Lei nº 8.212/91.

Analisaremos a modificação legislativa e suas principais implicações, ao lado da evolução histórica dos institutos jurídicos específicos ligados à matéria.

2. A normatização anterior dos crimes contra a seguridade social

O art. 95, da Lei nº 8.212/91, tipificava os crimes contra a seguridade social da seguinte forma:

a) deixar de incluir na folha de pagamentos da empresa os segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou autônomo que lhe prestem serviços;

b) deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa o montante das quantias descontadas dos segurados e o das contribuições da empresa;

c) omitir total ou parcialmente receita ou lucro auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições, descumprindo as normas legais pertinentes;

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;

e) deixar de recolher contribuições devidas à Seguridade Social que tenham integrado custos ou despesas contábeis relativos a produtos ou serviços vendidos;

f) deixar de pagar salário-família, salário-maternidade, auxílio-natalidade ou outro benefício devido a segurado, quando as respectivas quotas e valores já tiverem sido reembolsados à empresa (o auxílio-natalidade foi extinto pelo Decreto nº 1.744, de 11/12/1995, com base no art. 40 da Lei nº 8.742, de 7/12/1993);

g) inserir ou fazer inserir, em folha de pagamentos, pessoa que não possui a qualidade de segurado obrigatório;

h) inserir ou fazer inserir, em Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a Seguridade Social, declaração falsa ou diversa da que deveria ser feita;

i) inserir ou fazer inserir, em documentos contábeis ou outros relacionados com as obrigações da empresa, declaração falsa ou diversa da que deveria constar, bem como omitir elementos exigidos pelas normas legais ou regulamentares específicas;

j) obter ou tentar obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo direto ou indireto da Seguridade Social ou de suas entidades, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, contrafação, imitação, alteração ardilosa, falsificação ou qualquer outro meio fraudulento.

Os três primeiros tipos penais assemelhavam-se às hipóteses de sonegação fiscal (Lei nº 4.792/65). As previsões das alíneas "d", "e" e "f" passaram a ser conhecidas como apropriação indébita previdenciária e as demais cuidavam de tipos diversos de falsidade, sendo que a da alínea "j" correspondia ao estelionato praticado contra a seguridade social.

Como a Lei apenas previa sanção penal para as alíneas "d", "e" e "f" (remissão ao art. 5º, da Lei nº 7.492/86 — penas de dois e seis anos de reclusão e multa), os demais tipos não tinham aplicabilidade; contudo, eventuais condutas encontravam previsão na normatização genérica do Código Penal ou em outras leis criminais e não ficavam sem punição. Por exemplo: a conduta de um agente que obtivesse vantagem ilícita em prejuízo da Seguridade Social mantendo alguém em erro mediante a utilização de meio fraudulento seria subsumível ao tipo penal do estelionato (art. 171, do CP), tendo em vista a falta de sanção criminal no art. 95, "j", da Lei nº 8.212/91.

3. Apropriação Indébita Previdenciária

Com o advento da Lei nº 9.983/2000, o art. 168-A, do Código Penal, passou a ter a seguinte redação:

"Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional;

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I — recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II — recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III — pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social;

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I — tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II — o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

A hipótese de apropriação indébita de valores relativos a contribuição previdenciária foi, de início, capitulada genericamente no art. 168, do Código Penal para fatos ocorridas até 27/12/1990; sendo posteriormente prevista na Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária (art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 5º, da Lei nº 7.492/86) entre 28/12/90 e 24/07/91, véspera da entrada em vigor da Lei de Custeio da Seguridade Social (art. 95, da Lei nº 8.212/91), quando, então, mereceu tipificação específica. Por último, a Lei nº 9.983/2000 cuidou do tema, revogando a norma anterior e introduzindo no Código Penal o art. 168-A, em vigor desde 15/10/2000, tudo conforme quadro a seguir, que demonstra a progressiva preocupação de especificação da conduta pela lei penal.

ÉPOCA DA OCORRÊNCIA DO FATO	CAPITULAÇÃO
até 27/12/90	Apropriação Indébita (art. 168, do CP)
de 28/12/90 até 24/07/91	Crime Contra a Ordem Tributária (art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 5º, da Lei nº 7.492/86)
de 25/07/91 até 14/10/2000	Crime Contra a Seguridade Social (art. 95, "d", "e" e "f", da Lei nº 8.212/91 c/c art. 5º, da Lei nº 7.492/86)
a partir de 15/10/2000	Apropriação Indébita Previdenciária (art. 168-A, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.983/2000)

Atualmente, são formas de realização do delito:

— deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional;

— recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

— recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

— pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

De início, cumpre observar que os tipos referem-se somente à contribuição previdenciária, isto é, espécie de contribuição para a seguridade social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social e destinada a custear a prestação da previdência social e da assistência social (esta, após a extinção da LBA), formando o Fundo de Previdência e Assistência Social – FPAS (art. 167, XI, da CRFB/88). São, portanto, as contribuições previstas pelo art. 195, I, "a" e II, da Constituição Federal, ou eventualmente criadas com fundamento na competência residual da União para instituir contribuições para a seguridade social (art. 195, § 4º, da CF), desde que o tributo seja destinado à autarquia previdenciária. Com a revogação dos tipos previstos no art. 95 da Lei nº 8.212/91, condutas delituosas assemelhadas relativas às contribuições para a seguridade social cobradas pela Receita Federal voltam a ser tipificadas na Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, uma vez que não atingiriam a arrecadação da previdência social especificamente.

O sujeito passivo é o Estado na figura da Previdência Social Pública – Regime Geral de Previdência Social.

A pena cominada é de reclusão, de dois a cinco anos e multa. A pena corporal máxima foi reduzida para cinco anos (a legislação anterior cominava seis anos), norma aplicável aos fatos ocorridos anteriormente à entrada em vigor da Lei, por se tratar de alteração mais benéfica para o agente (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal).

A consumação do delito exige inicialmente uma conduta comissiva — recolhimento de tributo dos contribuintes, desconto de pagamento efetuado a segurados, integração contábil de despesas ou custos relativos à venda de produtos, de serviços ou produtos e serviços e embolso de cota de benefício — empreendida pelo agente na empresa; e posterior omissão — deixar de repassar, deixar de recolher e deixar de pagar benefício —; sucessivamente ação e omissão, um tipo de conduta mista.

A norma não exige especial intenção apropriatória da conduta *(animus rem sibe habendi*). Basta a omissão do repasse à previdência de um valor retido do contribuinte ou segurado, ou que tenha integrado contabilmente as despesas ou custos relativos à venda de produtos ou serviços; ou, ainda, deixar de pagar a segurado benefício já embolsado, como adiantamento, pela Previdência Social. Ressalta a conduta omissiva em relação à comissiva, não havendo necessidade de comprovação do ânimo de permanecer indevidamente com o valor. Ao contrário do que sustenta parte da doutrina[1], o *nomen juris* do delito e seu posicionamento topográfico não são relevantes para a configuração de sua natureza, servindo meramente como indicativos, que podem ser contrariados pelo exame específico dos elementos do tipo. A jurisprudência majoritária, aliás, após uma postura inicialmente no sentido favorável à exigência da intenção de apropriação no tipos previstos nas alíneas "d", "e" e "f" do art. 95 da Lei nº 8.212/91, firmou-se no sentido contrário, para reconhecê-los como modalidade autônoma da apropriação indébita prevista no CP — ressaltando a conduta omissiva do agente. Como a previsão normativa do art. 168-A do CP não difere de forma relevante dos elementos do tipo da legislação anterior, não há como se concluir, pela mera aposição nominal

[1] Luiz Flávio Gomes, Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de setembro de 2000, nº 17/2000, caderno 3, p. 366/369.

ou tópica da matéria, que tenha havido modificação na natureza jurídica do delito. O crime, portanto, é omissivo próprio, que exige anterior conduta comissiva do agente, sem a necessidade de comprovação do ânimo apropriatório de o montante que se deixa de repassar ou pagar, elemento somente exigido no delito de apropriação indébita do art. 168, do CP, por conta do termo "apropriar-se", que significa tomar como propriedade, como seu, palavra não prevista no art. 168-A. A confusão tem origem histórica na capitulação da conduta inicialmente feita pelo próprio art. 168, do CP (como visto no quadro acima), através do qual o nome do crime "apropriação indébita previdenciária" se popularizou. Contudo, desde a previsão pela Lei nº 8.137/90 o *animus rem sibe habendi* deixou de ser relevante para a configuração do delito, em que pese continuar a ser denominado ordinariamente como antes. De qualquer forma, foi bastante infeliz a aposição do *nomem juris* pela nova Lei nº 9.983/2000, induzindo o reaquecimento de divergência que se vinha pacificando.

A recente tipificação refere-se a elemento temporal e modal do recolhimento do tributo à previdência "no prazo e forma legal" e "no prazo legal" (art. 168-A, *caput* e inciso I, do CP), exigindo integração da legislação previdenciária a respeito de data limite e forma de recolhimento (art. 30, da Lei nº 8.212/91). Cuida-se de hipótese em que a empresa tenha descontado valores de segurados ou contribuintes com a obrigação de recolhimento à previdência social e deixe de fazê-lo. O tipo do inciso II, do art. 168-A, refere-se à conduta de deixar de recolher contribuição que tenha integrado as despesas contábeis da empresa ou seus custos relativos à venda de produtos ou serviços e dificilmente ocorreria hoje em dia pela própria natureza tributária direta das contribuições previdenciárias (ver art. 168, do CTN). Por fim, o inciso III pune o fato de se deixar de pagar benefício já embolsado pelo INSS à empresa. Poderia acontecer em relação ao salário-família (art. 68, da Lei nº 8.213/91), benefício previdenciário pago pelas empresas ao segurado e reembolsado pela Autarquia.

Não existem modalidades culposas, sendo que o agente do crime será o responsável, dentro da empresa, pelos atos gerenciais previstos nas hipóteses típicas.

A ação penal é pública incondicionada e deve ser proposta pelo Ministério Público Federal, permitindo-se assistência do INSS.

O § 2º, do art. 168-A, do CP, prevê extinção de punibilidade "se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal". Até o advento da Lei nº 9.983/2000 e na ausência de norma semelhante na Lei nº 8.212/91, a jurisprudência havia se pacificado sob o entendimento da aplicação analógica *in bonam partem* do dispositivo do art. 34, da Lei nº 9.249/95, que previa a extinção de punibilidade quando o agente promove o pagamento do tributo ou contribuição social até o recebimento da denúncia (para os crimes de sonegação fiscal — Lei nº 4.792/65 e crimes contra a ordem tributária — Lei nº 8.137/90). Como visto, anteriormente a extinção da punibilidade condicionava-se à promoção do pagamento do tributo (que a doutrina e jurisprudência majoritária interpretaram finalmente como necessidade de efetivo pagamento e não apenas como parcelamento do débito — STJ — RHC 3.973-6/RS) até o recebimento da denúncia. A norma atual é bem

mais rigorosa, vedada sua aplicação retroativa a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência e exige a declaração e confissão e pagamento e prestação de informações à previdência de acordo com a legislação previdenciária antes que o procedimento fiscal tenha início. O termo "antes do início da ação fiscal" possibilitaria três interpretações: a) antes da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF, documento que formaliza a visita do Auditor Fiscal da Previdência Social – AFPS à empresa; b) antes da Notificação Fiscal do Lançamento do Débito – NFLD; ou c) antes do início da ação judiciária fiscal, a execução fiscal. A última hipótese deve ser logo descartada, pois a legislação tributária penal, quando deseja se referir à propositura da ação judicial executiva, utiliza o termo execução fiscal (art. 98, da Lei nº 8.212/91 e a própria Lei nº 9.983/2000). Contudo, não me parece que a locução verbal deva ser interpretada de forma a vincular a extinção da punibilidade à lavratura do TIAF, pois o documento serve apenas para marcar formal e publicamente o início da visita do Auditor Fiscal à empresa, requisitando documentos e outros elementos para apreciação de contas. Mas não é com ele que se inicia a ação administrativa fiscal; o TIAF inicia a atividade do Fiscal, mas não a ação fiscal de cobrança administrativa. A cobrança de cunho administrativo tem início com a ciência do contribuinte da notificação fiscal de lançamento do débito – NFLD, ou documento similar, a partir de quando se marca prazo para oferecimento de defesa do débito. Até então, há tempo para a confissão da dívida de forma espontânea, uma vez que o débito não foi formalizado; o lançamento, antes da ciência da notificação fiscal, ainda será considerado por homologação e não lançamento de ofício. Sendo assim, caberá a extinção de punibilidade caso haja pagamento até a ciência da notificação do débito pelo devedor.

O § 3º, do art. 168-A, do CP, prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial ou de aplicação somente de pena de multa desde que os seguintes requisitos estejam preenchidos:

1) o autor do delito seja réu primário — não reincidente; e

2) tenha bons antecedentes; e

3) tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios (ressalte-se a exigência do pagamento antes do oferecimento de denúncia, diferentemente da hipótese do art. 34, da Lei nº 9.249/95, que assinalava como marco o recebimento da peça acusatória); ou

4) o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Temos então quatro condições, exigindo-se a presença de três para a aplicação do instituto, sendo as duas primeiras obrigatórias e as duas últimas alternativas.

Em relação ao limite mínimo para o ajuizamento das execuções fiscais, deve ser tomado como referência o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) previsto no art. 1º, II, da Portaria 289/97, do Ministério da Fazenda. A norma não afasta a aplicação do princípio da insignificância, já consolidado na doutrina e na jurisprudência. Como a Lei nº 9.441/97 estabelece a extinção do próprio crédito tributário consolidado até o valor de R$ 1.000,00, conclui-se que até este montante

caberá absolvição por falta de tipicidade do fato — o valor será insignificante para gerar sanção criminal. A partir daí até R$ 5.000,00, seria a hipótese de concessão do perdão judicial ou da aplicação apenas da pena de multa.

Assim, deverá o juiz (presentes os requisitos na forma acima referida não há facultatividade e sim obrigatoriedade) conceder o perdão judicial através de sentença declaratória extintiva de punibilidade (verbete nº 18, do STJ — não vale como antecedente e não gera reincidência) ou aplicar apenas a pena de multa, de natureza condenatória; examinando, no caso concreto, o que se afigura mais justo, nos termos do art. 59, do CP, para o atingimento da finalidade da sanção penal.

O § 5º, do art. 33, da Lei nº 8.212/91 presume que a empresa reteve do segurado a contribuição devida por ele ao INSS (responsabilidade tributária — art. 30, da Lei nº 8.212/91) — "o desconto de contribuição e de consignação legalmente realizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta lei". Para fim tributário, não cabe à empresa a justificativa de que não teria realizado o desconto. Em ação penal, contudo, se o réu comprova que deixou de efetuar a retenção da contribuição do trabalhador e, conseqüentemente, o repasse, o tipo penal do art. 168-A não se aperfeiçoa por falta de preenchimento de todos os elementos da hipótese, que inclui os termos "contribuições recolhidas", "tenha sido descontada", "integrado despesas contábeis ou custos" e "valores já tiverem sido reembolsados", em sua redação.

Por fim, o argumento de insuficiência financeira utilizado usualmente pelos empresários, em regra não merece amparo pelo Judiciário através do acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa. É que a crise financeira não autoriza a empresa a permanecer com valores de contribuição que não saem de seus cofres, mas sim são devidos pelos segurados ao INSS. Eventual dificuldade passada pela empresa (responsável tributário pelo recolhimento) não tem como prejudicar economicamente o pagamento do tributo pelos contribuintes — segurados. No ordenamento jurídico, não há norma penal criminalizando a mera inadimplência tributária. Se a empresa passa por dificuldades e decide deixar de pagar tributos devidos por ela, basta que escriture corretamente a ocorrência dos fatos geradores e não haverá sanção penal, apenas cobrança do débito através das vias cíveis. Não encontrará excludente de culpabilidade com abrigo na legislação criminal, contudo, para permanecer com valores retidos de outros contribuintes.

4. Sonegação de contribuição previdenciária

A partir da edição da Lei nº 9.983/2000, o Código Penal foi alterado, para prever a Sonegação de Contribuição Previdenciária:

"Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I — omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II — deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviço;

III — Omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I — (VETADO)

II — o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

§ 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassar R$1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa.

§ 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social."

Como anteriormente explicitado e de acordo com a tradição do ordenamento jurídico pátrio, não existe crime relativo ao simples inadimplemento tributário, e sim a proteção pela norma penal contra a redução ou supressão do pagamento de tributo através da conduta ilícita de omissão ou alteração de fatos geradores. A hipótese estava contida na Lei de Sonegação Fiscal (Lei nº 4.792/65) até 27/12/90. Posteriormente, a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90) tratou da matéria até a véspera (14/10/2000) da entrada em vigor da Lei nº 9.983/2000, observando-se que a partir de 25/07/91, a Lei nº 8.212/91 tipificou a conduta no art. 95, alíneas "a", "b" e "c", sem contudo, cominar pena.

Vejamos o quadro abaixo:

ÉPOCA DA OCORRÊNCIA DO FATO	CAPITULAÇÃO
até 27/12/90	Sonegação Fiscal (Lei nº 4.792/65)
de 28/12/90 até 14/10/2000. Obs: a partir de 25/07/91, a Lei nº 8.212/911 tipificou a conduta no art. 95, "a", "b" e "c", sem contudo, cominar pena.	Crime Contra a Ordem Tributária (art. 1º, e 2º, da Lei nº 8.137/90).
a partir de 15/10/2000	Sonegação de Contribuição Previdenciária (art. 337-A, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.983/2000)

As hipóteses típicas pressupõem a supressão ou redução de contribuição social mediante omissão de segurados empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual em folha de pagamento ou documento de informações; deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios de contabilidade as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou tomador de serviços; ou omitir receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

Houve impropriedade de utilização dos termos “empresário”, “trabalhador autônomo ou a este equiparado”, segurados que passaram a ser denominados indiscriminadamente como “contribuinte individual” a partir da edição da Lei nº 9.876/99.

O sujeito passivo aqui também é somente a Previdência Social e não a Seguridade Social como um todo, aplicando-se as observações antes feitas na apropriação indébita previdenciária. As condutas semelhantes relativas à supressão ou redução de contribuição destinada à seguridade arrecadada pela Receita Federal continuam a ser capituladas na Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, uma vez que não se tratam de contribuições previdenciárias (art. 167, XI, da CRFB/88).

As penas cominadas são de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Ação penal é pública incondicionada e deve ser proposta pelo Ministério Público Federal, permitindo-se assistência do INSS.

O § 1º, do art. 337-A, do CP, prevê extinção de punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. Diferentemente do caso da apropriação indébita, não se exige o pagamento do tributo, porquanto o relevante para a legislação penal é a omissão ou adulteração do fato gerador. Corrigida a conduta, restará mero inadimplemento, que, conforme já exposto, não merece sanção criminal. As observações anteriormente feitas em relação ao termo “início da ação fiscal” aplicam-se também aqui.

O § 2º, do art. 337-A, prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial ou aplicação apenas da pena de multa se:

1) o agente for réu primário;

2) se o agente tiver bons antecedentes; e

3) se o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Os três requisitos devem ocorrer de forma conjunta e não alternativa, sendo válidas as outras observações cabíveis já feitas em relação à apropriação indébita previdenciária para a concessão do perdão ou aplicação da pena de multa.

O § 3º, do art. 337-A, do CP, ainda prevê hipótese de redução da pena de um terço até a metade ou de aplicação somente da pena de multa se:

1) o empregador não é pessoa jurídica; e

2) a folha de pagamento não ultrapassa R$ 1.510,00 — o valor será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices dos reajustes dos benefícios previdenciários.

A Lei nº 9.983/2000, ainda incluiu no § 3º do art. 297, do CP, específicas figuras de falsidade documental em relação à previdência social. Demais alterações procedidas referem-se a crimes contra a administração pública em geral, principalmente através da inclusão de tipos relativos a sigilo funcional e de dados de informática (art. 313-A; 313-B; 153, § 1º, A e 2º; 296, § 1º, III; 297, § 3º; 325, § 1º e 2º). Por fim, ampliou o conceito de funcionário público do art. 327, § 1º, do CP, para incluir quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da Administração Pública, adaptando o Código à reforma administrativa do Estado.

5. Conclusão

O que se observa com o advento da nova legislação é a preocupação do Estado na especificação do tratamento normativo dos delitos contra a previdência social, a par da existência de outras normas penais relativas a condutas idênticas perpetradas em face de outros sujeitos passivos e o recrudescimento das condições impostas para a declaração da extinção de punibilidade pelo pagamento da contribuição previdenciária ou regularização da escrituração contábil, em relação aos crimes fiscais semelhantes referentes às demais espécies tributárias.

* Juiz da Vara Federal de Itaperuna da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, professor de Direito Previdenciário da Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho – 1ª Região – EMATRA, e mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

❖ ❖ ❖

AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (FUNDOS DE PENSÃO) E AS ALTERAÇÕES E PROPOSTAS DE ADEQUAÇÃO TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

***M**iguel **H**orvath **J**únior **

Introdução 23
1. Conceito de Previdência Privada Fechada 25
2. Natureza Jurídica 25
3. Fontes da Previdência Privada Fechada – legislativas, contratuais e subsidiárias 26
   3.1 As Entidades Fechadas e a Constituição Federal 26
4. Estrutura das Entidades Fechadas de Previdência Privada 26
   4.1 Órgão controlador 26
   4.2 Órgão normativo 26
   4.3 Órgão executivo 27

5. Peculiaridades institucionais 28
Fases para funcionamento
5.1 Pedido de autorização 29
5.2 Procedimento técnico (dotação inicial) 29
5.3 Desequilíbrio das entidades – *cash flow* e multipatrocinadoras 30
5.4 Saída da patrocinadora 31
6. Supervisão dos Fundos de Pensão 31
6.1 Participante 31
7. Formas de Planos. 31
7.1 Planos Não Contributários 31
7.2 Planos Contributários 32
8. Benefícios pagos pelos fundos de pensão 32
8.1 Benefícios dos participantes que saem prematuramente do plano 32
8.2 Benefícios não previdenciários, ou seja, assistenciais 33
8.3 Benefícios e Estatutos 33
8.4 Benefícios e Contribuições 33
9. Natureza Jurídicas das Contribuições para os fundos de pensão 34
10. Relações Jurídicas de Previdência Privada Complementar 34
11. Aplicação do princípio da gestão democrática à Previdência Fechada 35
12. Estudo Comparativo da Lei nº 6.435/77 e o projeto de Lei Complementar (PLC 10/99) 36
13. Regulação e Fiscalização – criação da Agência Nacional de Previdência Complementar 38
14. Justiça competente para julgar demandas previdenciárias complementares 39
14.1 Previdência Aberta 40
14.2 Previdência Fechada 40
Conclusão .....
Bibliografia 42

A previdência privada é o segundo pilar da previdência. Tem como função a manutenção do equilíbrio econômico-social da vida, enquanto a previdência social visa a garantir a tutela de base, ou seja, a eliminação do risco social.

Vivemos um retorno histórico, onde a previdência pública recua e a previdência privada reassume um papel preponderante nos esquemas de proteção social. Isto ocorre em face da fonte material[1] da previdência ser alterável, conquanto não presentes todos os elementos considerados ideais para o florescimento da Previdência Complementar como baixa rotatividade nos empregos, evolução salarial,

[1] A fonte material da previdência é a realidade sociológica que sofre alterações de acordo com evolução ou involução da sociedade.

na medida em que baixos salários permitem apenas a satisfação das necessidades básicas, não possibilitando excedentes que consigam bancar as contribuições adicionais[2].

Com o recrudescimento da Previdência Privada o Poder Público deve redobrar seus esforços no sentido de proteger os interesses dos participantes dos planos de benefícios, já que a previdência privada quer seja aberta ou fechada constitui-se num poderoso instrumento de economia popular formando um verdadeiro condomínio social.

Wagner Balera ressalta no artigo Previdência Privada Aberta – Avaliação das Mudanças na Previdência Básica, apresentado no Jornal do Congresso Brasileiro de Previdência Social da LTr, em 1996, que (...) para o sucesso do empreendimento, é necessário – como em qualquer contrato de seguro – que os valores tenham, por suporte técnico, bem elaborado plano atuarial (...) Os valores que a seguradora guarda só poderão ser utilizados para o cumprimento das finalidades contratualmente definidas, que beneficiam a coletividade em seu todo considerada quando servem como socorro para um dos participantes vitimado pelo sinistro (...) Temos, assim, um contrato social que conforma um condomínio social, com escopo de seguridade social.

Conquanto o artigo supra mencionado refira-se à previdência privada aberta, tais conceitos aplicam-se às entidades fechadas de previdência privada.

A solidariedade como princípio fundamental da Previdência Social se faz representar também na Previdência Privada em função dos elementos econômicos-sociais que lhe servem de base.

Leciona, ainda, o Professor Wagner Balera[3] que o art. 202, § 1º, da Constituição Federal, perpetrou um regresso em relação à gestão da previdência privada ao prever apenas a participação indireta dos participantes. O que se assegura cabalmente é a transparência na gestão.

Na Previdência Privada,[4] quer seja aberta ou fechada, temos a presença da solidariedade inter-grupal.

Na Previdência Fechada o fundo de reservas é o condomínio social permitindo com maior clareza a percepção da solidariedade no grupo e entre o grupo atingindo patrocinadoras, entidades e participantes. Cabe aqui, somente relembrar que a solidariedade emerge de um sentimento inerente ao ser humano que foi regulado pelo direito sendo guindado a princípio constitucional em nosso sistema (art. 3º, inc. I, da CF/98).

Na Europa já não mais se discute sobre a privatização da previdência, já que a responsabilidade pela previdência pública básica é do Estado. Cabe aos demais interessados a operacionalização da previdência privada. Tendência tímida ainda no Brasil refletida na EC 20/98 que alterou o § 7º do art. 201 da Constituição.

---

2 Meire Lúcia Gomes Monteiro ***in*** *A Previdência Complementar e os Direitos Sociais,* Revista de Previdência Social – RPS nº 236 ano XXIV julho de 2000, p. 661.

3 Apontamentos de aula da Pós Graduação PUC/SP, 2º semestre de 2000.

4 Pode-se definir previdência privada como modalidade de acréscimo de proteção de natureza facultativa e contratual, que sob a tutela do Estado integra o sistema de seguridade social.

Até então, o Poder Público também estava autorizado a manter previdência complementar pública e hodiernamente não mais. Ocorreu a delegação de competência para exploração da previdência privada, ficando o Estado porém com o dever-poder de controlá-la. Controle este que tem seus limites, já que não pode cercear ou eliminar a autonomia privada.

1. Conceito de Previdência Privada Fechada

Antes de delimitar nosso objeto de estudo, conceituaremos o que vem a ser uma entidade fechada de seguridade — pessoa jurídica de direito privado na forma de sociedade civil ou fundação, colaboradora do Poder Público Federal, que visa complementar os benefícios pagos pela previdência oficial. O Prof. Sérgio Dándrea Ferreira no artigo *Aspectos Básicos do Moderno Direito das Fundações de Previdência Suplementar,* publicado na RDA (Revista de Direito Administrativo) nº 172:20-36, também define as EFPPs[5] como entes de colaboração da administração pública.

O Decreto 81.240/1978 no art. 1º define EFPPs como sociedades civis ou fundações criadas com o objetivo de instituir planos privados de concessão de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, acessíveis aos empregados ou dirigentes de uma empresa ou grupo de empresas, as quais, para os efeitos deste regulamento, serão denominados **patrocinadoras**.

A Previdência Complementar Fechada no Brasil, surge nos anos 70 visando a manutenção do padrão de vida dos trabalhadores no momento da inatividade, já que a tendência desde aquela época era a da previdência social básica, garantir apenas o mínimo social, exercendo papel de política redistribuidora de renda.

Elaine Romeiro Costa na obra Previdência Privada e Fundos de Pensão (Brasil, Chile e França) cita Manuel Póvoas ao prever que o Estado em relação ao sistema de pecúlio social 'compromete-se a assegurar o desempenho da instituição, garantindo aos beneficiários o pagamento pontual dos benefícios a que tem direito'. O 'pacto entre gerações' ou a 'solidariedade' fica a cargo da administração do Estado que obriga pessoas físicas e jurídicas a participarem do seguro, oferecendo a 'todos' direitos previdenciários. No caso da previdência privada, o risco social se verifica no descumprimento do plano de seguro na remuneração no momento da inatividade ou na conclusão do elenco de benefícios oferecidos. O controle legal das formas de aplicação dos fundos privados pelo Estado visa a reduzir, portanto, os "desequilíbrios técnicos".

2. Natureza Jurídica da Previdência Privada

A Previdência Privada tem como princípios vetores o da contratualidade e da facultatividade. "Tanto as entidades de previdência complementar fechada quanto as entidades de previdência privada aberta estão submetidas, *ex vi legis,* ao regime jurídico de direito privado".[6]

---

[5] EFPP – Entidade Fechada de Previdência Privada.

[6] Wagner Balera. Sistema de Seguridade Social. LTr, 2000, p. 62.

3. Fontes da Previdência Privada Fechada

Constituição Federal

Lei nº 6.435/77

Decreto nº 81.240/78 – Regulamento das Entidades Fechadas

Atos normativos dos órgãos envolvidos na normatização e execução das atividades de Previdência Privada Fechada. Atos do Conselho Gestor de Previdência Complementar (CGPC) e Resoluções da SPC (Secretaria de Previdência Complementar).

Estatuto da Entidade; Regulamento; Planos de Benefícios; Contrato

3.1. As EFPPs e a Constituição Federal

O direito à Seguridade Social é constitucional, estando as EFPPs a ela ligada, posto que são entidades de previdência complementar, assim aplicam-se às EFPPs o art. 5º dos Direitos e Individuais e Coletivos, mais especificamente o princípio da isonomia (art. 5º, ***caput***); inc. XXII (garantia anticonfiscatória — direito de propriedade) e XXXVI (atos jurídicos perfeitos e coisa julgada).

ART. 22/CF — prevê a competência normativa da União para legislar sobre seguro e seguridade social (inc. VII e XXIII respectivamente)

ART. 192/CF — O sistema financeiro nacional disporá sobre instituições de seguros, previdência e capitalização. O art. 192/CF retirou do Poder Executivo o poder normativo dado ao CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados, porém, como a Lei nº 6.435/77, só poderá ser modificada por lei complementar, até agora não editada, e diante da prorrogação "sine die" do art. 25 do ADCT, pela Lei nº 8.127, o CNSP continua até hoje com seu poder normativo.

ART. 25/ADCT — estabelecia que ficariam revogados em 180 dias todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam ao Poder Executivo competência assinalada ao Congresso Nacional — A Constituição Federal retirou do Poder Executivo atribuições normativas que são da competência do Congresso Nacional.

4. Estrutura das Entidades Fechadas de Previdência Privada

4.1. Órgão Controlador

O órgão controlador das entidades fechadas é o MPAS (Ministério da Previdência e Assistência Social).

4.2. Órgão Normativo

As EFPPs tem como órgão normativo o CGPC – Conselho Gestor da Previdência Complementar, que está ligado ao MPAS – Ministério da Previdência e Assistência Social.

O CGPC é composto pelos seguintes membros:

I — Ministro da Previdência e Assistência Social que o presidirá;

II — Secretário de Previdência Complementar;

III — representante do Ministério do Trabalho;

IV — representante do Ministério da Fazenda;

V — representante do Ministério da Indústria e Comércio;

VI — dois representantes do órgão de atuária e estatística do MPAS;

VII — dois representantes de entidades fechadas de previdência privada e respectivos suplentes, nomeados pelo Presidente da República, com mandato de dois (02) anos, podendo ser reconduzidos (art. 16 do Decreto 81.240/78).

Compete ao CGPC, além de fixar as diretrizes e normas da política complementar, atuar como instância superior de recursos das decisões administrativas do MPAS/CGPC.

Com o aumento das ações de fiscalização das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, levada a efeito nos últimos anos, o volume de recursos relativos a penalidades aplicadas por infração à legislação vigente, aumentou assustadoramente. Dessa forma, ocorreu o estrangulamento do CGPC, já que suas atenções ficaram voltadas quase que exclusivamente para o julgamento dos recursos. Com o objetivo de dar condições do CGPC cumprir suas diretrizes, o **Decreto nº 2.774/98 criou uma Câmara de Recursos no âmbito do Conselho Gestor da Previdência Complementar.**

Tal Câmara tem uma composição menor que o plenário do CGPC, tendo competência exclusiva para o julgamento dos recursos relativos às decisões administrativas da SPC. Em função desta alteração, o regimento interno do CGPC foi modificado, por meio da Portaria MPAS nº 44.794/98, de forma a refletir a mudança estrutural e conceitual implementada.

4.3. Órgão Executivo

O órgão executivo é a Secretaria da Previdência Complementar que veicula suas decisões através de "portaria". Na realidade, dentro da técnica jurídica constitucional vigente, tal ato é uma instrução.

À SPC como responsável pela execução do controle e fiscalização dos planos de benefícios e das atividades das entidades fechadas, compete:

a) processar os pedidos de autorização para constituição, funcionamento, fusão, incorporação, grupamento, transferência de controle e reforma dos estatutos das entidades fechadas, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao Ministério da Previdência e Assistência Social;

b) baixar as instruções e expedir circulares para implementação das normas estabelecidas;

c) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade, atuária e estatística fixadas pelo CPC, bem como da política de investimentos traçada pelo Conselho Monetário Nacional;

d) fiscalizar as atividades das entidades fechadas, inclusive quanto ao exato cumprimento da legislação e normas em vigor, e aplicar as penalidades cabíveis; (VER Dec. 1.317/1994)

e) proceder à liquidação das EFPPs que tiverem cassada a autorização de funcionamento ou das que deixarem de ter condições para funcionar;

f) prover os serviços da Secretaria do CPC, sob o controle deste.

5. Peculiaridades Institucionais

As EFPPs são sociedades civis ou fundações sem fins lucrativos, com personalidade jurídica e patrimônio próprios. Uma EFPP tipo sociedade civil tem a seguinte estrutura:

* Assembléia Geral da(s) patrocinadora(s), com participação das empresas que aderem ao fundo.
* Conselho Deliberativo, constituído por representantes da(s) patrocinadora(s), eleitos em assembléia.
* Conselho Fiscal, também constituído por representantes eleitos da(s) patrocinadora(s).
* Diretoria Operacional, eleita pelo Conselho Deliberativo e composta pelos diretores, superintendentes financeiro, de benefício e administrativo.

Tem por objetivo social básico o de conceder aos seus participantes e dependentes benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social.

Podem ser constituídas por uma empresa ou grupo de empresas, independentemente da relação de capital ou do grupo econômico ao qual pertençam.

Patrocinadoras são as empresas ou grupos de empresa que constituem as entidades fechadas de previdência privada (EFPPs)

As EFPPs podem ou não estabelecer contribuição de seus participantes. Daí os planos poderem ser contributários ou não contributários.[7]

A contribuição da empresa patrocinadora não pode ser inferior a 30% do custo atuarial do plano. No caso do plano de benefícios prever a contribuição do participante, ela será estipulada de acordo com o seu salário.

O funcionamento da EFPP depende de prévia aprovação de seus Estatutos Sociais pelo órgão de fiscalização do sistema que integra a estrutura do Ministério da Previdência e Assistência Social.

O plano de benefícios da EFPP deve constar de regulamento básico que descreva, em linguagem simples e precisa, os direitos e obrigações dos participantes.

O regulamento básico deve ser previamente aprovado pelo órgão de fiscalização do sistema e amparado em NOTA TÉCNICA — emitida por atuário devidamente registrado no IBA – Instituto Brasileiro de Atuária —, na qual se comprove o perfeito equilíbrio entre custos e contribuições.

O regulamento básico e demais materiais explicativos devem ser entregues ao participante quando da sua inscrição.

Não há número mínimo para se constituir uma EFPP.

[7] De acordo com a forma de divisão do custeio dos planos, estes podem ser contributários (com participação da empresa/empregado) e não contributários (custeados integralmente pela patrocinadora)

Fases para funcionamento de uma Entidade Fechada de Previdência Privada

5.1. Pedido de Autorização

O pedido de autorização é feito em conjunto pelos representantes legais da entidade interessada e de sua patrocinadora ou patrocinadoras. Em obediência ao art. 37 da Lei nº 6.435/77, deve conter os seguintes documentos:

1. Ato constitutivo e estatutos registrados em cartório próprio
2. Estatutos e regulamentos do plano de benefícios
3. Nota técnica

Esta autorização é vinculada através de Portaria publicada no Diário Oficial da União, na seção referente aos atos praticados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS. Os requisitos exigidos são aqueles constantes da Resolução MPAS/CPC n. 01/78, alterada pela Instrução Normativa SPC n. 06, de 16/6/1995, que exige como requisitos para aprovação (item 01):

I — denominação, sede e foro;

II — objeto da sociedade nos termos da Lei nº 6.435/77;

III — prazo de duração indeterminado;

IV — forma de constituição de patrimônio e sua aplicação;

V — administração e fiscalização da sociedade — órgãos, composição e suas competências;

VI — recursos dos atos administrativos;

VII — regime financeiro da entidade — do patrimônio e exercício social;

VII — quadro social — indicação dos membros que constituem e que poderão vir a aderir à entidade.

Universo dos alcançados — somente os empregados/dirigentes de empresa ou grupos de empresas (patrocinadoras), daí a designação de entidades fechadas.

OBJETO SOCIAL — execução e operação de planos de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social. Visa atender o princípio da complementariedade, já que se presta a complementar a renda dos participantes, complementando os rendimentos obtidos com os benefícios pagos pela Seguridade Social, daí porque a lei exigir que os planos propiciem os mesmos benefícios proporcionados pela Previdência Social Pública.

5.2. PROCEDIMENTO TÉCNICO (dotação inicial)

A título de dotação inicial — A PATROCINADORA DEVE EFETIVAR DEPÓSITO DE 7% DA FOLHA DE SALÁRIOS DOS PARTICIPANTES NO ANO IMEDIATAMENTE ANTERIOR.

Qual a função desta dotação inicial? Dar segurança aos participantes, que tem um amparo financeiro neste fundo pré-constituído. Pode tal depósito ser dispensado quando se trata de uma única patrocinadora? Segundo Manoel Póvoas sim, posto que no caso de patrocinadora única ela tem o dever de, além da ajuda material e pessoal, cobrir às situações de desequilíbrio do plano.

Patrocínio Mínimo — a patrocinadora terá participação que nunca será inferior a 30% do custeio do plano de benefícios.

Custeio dos benefícios ajustados além do índice oficial — com base no art. 42, § 3º, da Lei nº 6.435/77, o pagamento de benefícios reajustados acima do índice estabelecido no estatuto e regulamentos requer pagamento de contribuição adicional.

Principal diferença entre entidades de previdência privadas abertas e fechadas

§ 1º do art. 4º da Lei 6.435/77 — as entidades fechadas não podem distribuir lucros auferidos em seus investimentos nos mercados imobiliário, financeiro, mobiliário …

Custeio de Benefícios não previdenciários (benef. assistenciais) — § 1º do art. 39 da Lei nº 6.435/77 — o custo dos serviços assistenciais não é considerado previdenciário, o que significa que, a qualquer momento, dentro dos estatutos, podem deixar de ser prestados (para as patrocinadoras integrantes da iniciativa privada).

Já as patrocinadoras empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações vinculadas à administração pública estão vedadas legalmente de executar programas assistenciais (§ 2º).

RETENÇÃO DE PARTE DAS CONTRIBUIÇÕES — Art. 45 da Lei 6.435/77 — o legislador permite que a patrocinadora retenha até 30% das reservas matemáticas relativas a benefícios a conceder sob a forma de renda.

5.3. DESEQUILÍBRIO DA ENTIDADES — verificando-se desequilíbrio do plano, em princípio, a patrocinadora responderá tão-somente pelos encargos que pactuou quando da constituição da entidade fechada (no mínimo 30% do custeio do plano, podendo chegar até a totalidade do custeio). No caso da patrocinadora custear integralmente, terá de fornecer os meios materiais para repor o equilíbrio.

No caso mais comum, patrocínio mínimo de 30% do custeio — a patrocinadora responderá apenas por suas ações e omissões a saber: atraso no pagamento das contribuições, não verificação pormenorizada das previsões atuariais, etc.

O caso mais comum tecnicamente é denominado de **"CASH-FLOW",** que consiste no atraso do repasse das contribuições devidas pela patrocinadora à entidade fechada com a conivência desta, o que acarreta desequilíbrio contábil-financeiro e acarreta legalmente a responsabilidade solidária dos administradores das patrocinadoras e das entidades fechadas.

O Conselho de Previdência Complementar estabeleceu na Res. CPC 01/78 que, verificada deficiência acentuada da cobertura das reservas técnicas da entidade, a Secretaria da Previdência Complementar (SPC) poderá determinar, visando corrigir a deficiência, uma das seguintes providências: cobertura por doação da patrocinadora, revisão das contribuições e redução no reajustamento monetário.

VÁRIAS PATROCINADORAS — no caso de várias patrocinadoras, havendo desequilíbrio, todas as patrocinadoras responderão solidariamente. Princípio da solidariedade estabelecido no convênio de adesão e previsto legalmente no art. 34, § 2º, da Lei nº 6.435/77.

Aqui temos um problema técnico, posto que a Res. MPAS/CPC nº 06/88 prevê que com a saída de uma das patrocinadoras finda o princípio da solidariedade, estabelecido legalmente. Assim, pergunta-se se pode uma resolução derrogar uma disposição legal?

5.4. SAÍDA DA PATROCINADORA DA ENTIDADE

A saída e a substituição da patrocinadora não foram tratados nem na Lei nº 6.435/77 nem no Decreto 81.240/78.

A Resolução MPAS/CPC n. 06, de 07 de abril de 1988, disciplinou os procedimentos para saída de patrocinadora da entidade fechada.

Quando se trata de patrocinadora única, deve-se analisar a saída sob a ótica dos participantes ativos, assistidos e pensionistas.

A entidade patrocinadora, em relação aos assistidos e aos pensionistas, deve: 1. mantê-los na entidade; 2. transferi-los par outra entidade fechada; 3. pagar o valor presente do benefício mensal quando não for possível a manutenção do benefício nas mesmas condições vigentes (no pagamento à vista, o valor correspondente deverá ser corrigido monetariamente).

Em relação aos participantes ativos, a entidade deve: 1. mantê-los na entidade; 2. transferi-los para outras entidades fechadas ou abertas; 3. pagamento à vista dos fundos correspondentes, calculados individualmente.

6. Supervisão da Entidade Fechada de Previdência Privada

A entidade de previdência privada fechada deve ter suas atividades supervisionadas pela(s) patrocinadora(s) e fiscalizadas pelo Poder Público. Esta supervisão e fiscalização, bem como o estabelecimento da responsabilidade solidária, visa evitar conluios entre patrocinadora/entidades.

6.1. Participante

O participante é um dos sujeitos que entra no contrato previdenciário. A característica do participante é a sua qualidade de empregado ou dirigente da empresa que constituiu a entidade fechada, nos termos explicitados na Lei nº 6.435, art. 4º, §§ 2º e 3º.

A lei proíbe que sejam participantes os diretores e conselheiros das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações vinculadas à administração pública.

7. FORMAS DE PLANOS — Contributários e Não Contributários

Já vimos que de acordo com a forma de divisão do custeio dos planos, estes podem ser contributários (com participação da empresa/empregado) e não contributários (custeados integralmente pela patrocinadora).

7.1. Planos não contributários — Se o participante quebrar a sua relação de trabalho com a empresa patrocinadora, o contrato previdenciário poderá continuar, passando o participante a pagar a totalidade de suas contribuições.

O esquema das contribuições das entidades fechadas não guarda, em termos individuais, qualquer equivalência com os benefícios concedidos, adquirindo caráter variável na medida que as contribuições variem. Neste ponto o plano de uma entidade fechada revela incongruência e inoperabilidade, segundo o autor, posto que fere o princípio da complementariedade, uma vez que os aumentos reais de salário geram o aumento da participação dos participantes e patrocinadora(s).

7.2. Planos contributários — a norma exige que a contribuição a recolher à entidade pela patrocinadora seja, no mínimo, correspondente a 30% do custeio do plano de benefícios (art. 11 do Decreto 81.240/78). Quanto aos participantes, o legislador procurou estabelecer um sistema de contribuições suportável e justo, assim dimensionado:

a) para a remuneração inferior ao menor valor teto: máximo de 3%;

b) para as remunerações compreendidas entre o menor e o maior valor teto: máximo de 5%;

c) para a remuneração excedente do maior valor teto: mínimo de 7%.

8. Benefícios pagos pelos Fundos de Pensão

O princípio da complementariedade conduz-nos à conclusão que as entidades poderão operar todos os benefícios que a previdência social, assim, as entidades fechadas podem oferecer aposentadoria por tempo de serviço e por invalidez, de pensão à viúva ou companheira, de pensão aos filhos menores, auxílio de reclusão, auxílio de doença, auxílio natalidade.

Visando a manutenção do equilíbrio atuarial do plano, a legislação previdenciária impõe limites (ocorre que tais limites são muito elásticos, posto que na época as principais patrocinadoras eram empresas estatais que viviam um *boom* econômico [década do milagre brasileiro – 1970]).

O art. 23 do Decreto 81.240/78 estabelece que não será admitida a concessão de benefícios sob a forma de renda vitalícia que, adicionada à aposentadoria concedida pela previdência social, exceda a média das remunerações sobre as quais incidiram as contribuições para a previdência privada nos 12 meses imediatamente anteriores à data da concessão, observado o disposto no art. 24.

A complementação não pode superar 25% do valor correspondente ao teto do salário de contribuição para a previdência social, a ser adicionado ao benefício concedido.

O art. 31 do Decreto nº 81.240 prevê outras limitações, como idade mínima de 55 anos completos para aposentadoria.

Para aposentadoria especial a idade mínima será de 53, 51 ou 49, conforme o tempo de serviço exigido pela previdência social, a saber 25, 20 e 15 anos.

8.1. Benefícios dos participantes que saem prematuramente

Há duas hipóteses: saída com cessação do contrato de trabalho e sem cessação do contrato de trabalho.

No caso de saída sem cessação do contrato de trabalho, ou seja, volitivamente, o participante perderá o direito aos benefícios para os quais não foram completadas as contribuições necessárias. Neste aspecto a lei é draconiana, posto que se o sistema adotado é o de capitalização. A saída prematura do participante deveria lhe dar o direito de receber a reserva matemática constituída para os benefícios a conceder.

No caso de saída em virtude da cessação do contrato de trabalho, o plano de benefícios deverá prever o valor do resgate correspondente em função da idade e do tempo de contribuição, sendo facultada a manutenção dos pagamentos das contribuições acrescidos da parte da empresa (plano contributários), para a continuidade da participação ou a redução dos benefícios em favor dos pagamentos efetivados até a data da cessação.

8.2. Benefícios não previdenciários, ou seja, assistenciais

A lei permite que as EFPPs (patrocinadoras da iniciativa privada) proporcionem planos assistenciais, desde que as operações sejam custeadas pelas respectivas patrocinadoras e contabilizadas em separado.

Dentre estes benefícios, pode-se citar:

1. Programas de natureza social

2. Assistência financeira — podem emprestar dinheiro a seus participantes, servindo-se das suas reservas matemáticas — art. 32 do Decreto 81.240/78 — não criam dificuldades financeiras, pois são utilizados como valores de investimento dessas reservas de acordo com a Resolução BC 1362/1987 [até 17% do total das reservas técnicas com juro mínimo anual de 7%]

O art. 30, incisos I e II, do Decreto 81.240, estabelece que, para utilização da assistência financeira, não é necessário comprovação de necessidade. Neste caso, observar-se-á o limite máximo de três vezes a média das remunerações percebidas nos últimos 12 meses pelo participante.

8.3. Benefícios e Estatutos

Os benefícios que serão prestados pelo plano devem ser previstos detalhadamente no estatuto, lembrando sempre que a previdência privada obedece o princípio da complementariedade em relação aos benefícios prestados pelas previdência social.

8.4. Benefícios e Contribuições

Não existe qualquer relação entre as contribuições pagas e os benefícios a conceder [plano de contribuição definida] — art. 31 do Decreto 81.240.

Quanto às reservas técnicas existem problemas latentes, já que essas reservas são a soma das reservas correspondentes a cada um dos participantes, mas uma reserva que tendo tratamento coletivo, pode não corresponder às responsabilidades assumidas pela entidade.

9. Natureza Jurídica das Contribuições

Pouco discutida na doutrina a natureza jurídica do aporte empresarial para os fundos de pensão. O cerne desta questão consiste em saber-se se os valores que ficam a carga das patrocinadoras (aporte empresarial) caracteriza-se como parcela integrante do salário-de-contribuição ou não, se todos os empregados não forem alcançados pela proteção previdenciária complementar.

Manoel Póvoas apenas suscita o tema não estabelecendo posicionamento pessoal no sentido de afirmar se tem natureza de salário diferido (indireto) ou mera liberalidade do empregador (empresa patrocinadora). Já vimos os empregadores consideram liberalidade e os sindicatos consideram salário diferido.

A parte que a patrocinadora suporta com a inscrição de seu funcionário, não é considerada como uma forma de salário de qualquer espécie; a posição do inscrito é, portanto, a de beneficiado de um contrato previdenciário feito pela empresa em que trabalha em seu favor.

A norma previdenciária disciplina o conceito de salário-de-contribuição tendo como elemento principal a remuneração. Ressalte-se que a contribuição previdenciária visa à obtenção dos recursos necessários ao pagamento dos benefícios. Por isso, a legislação não faz incidir contribuições previdenciárias sobre a licença remunerada complementar do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez. Há benefícios previdenciários que são suportados pelos próprios empregadores como *v.g.*, os primeiros quinze dias do auxílio-doença ou por outros órgãos que não a Previdência Social como *v.g.*, o seguro-desemprego.

Assim, atendido diretamente o objetivo da previdência social, não há porque fazer incidir a contribuição previdenciária, pois não tem cabimento subtrair-se do próprio montante, parcela a ser utilizada em sua consecução. Ainda mais em se tratando de uma prestação previdenciária subsidiária da principal e obrigatória.

Exigir contribuições sobre a participação da patrocinadora no financiamento das despesas da entidade de previdência privada, aberta ou fechada, equivale a reclamar contribuições da empresa sobre a parte patronal (20%), prevista no art. 22 da Lei nº 8.212/91. De forma sintética, pode-se dizer que as contribuições empresariais para os fundos de pensão não integram o conceito de salário-de-contribuição, logo, sobre eles não haverá incidência das contribuições previdenciárias.

10. Relações Jurídicas de Previdência Privada Complementar

A relação de previdência privada complementar fechada gera três relações jurídicas distintas, a saber:

1. Entre a entidade e o participante — na qualidade de contribuinte esta relação assemelha-se à relação entre companhia de seguro de vida e segurado contratante.

2. Entre a entidade e a patrocinadora — relação de patrocínio com limites e balizas previstas no regulamento. Havendo mais de um patrocinadora, a lei estabelece a responsabilidade solidária, quando uma delas deixa de cumprir suas obrigações.

3. Entre entidade e beneficiário.

11. Aplicação do princípio da gestão democrática à Previdência Fechada

A Constituição Federal no art. 194, parágrafo único, inciso VII, prevê o princípio da gestão democrática no âmbito da Seguridade Social

"Princípios são idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se (…). A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajudar no ato de conhecimento (…). O sistema de uma disciplina jurídica, seu regime, portanto, constitui-se do conjunto de princípios que lhe dão especificidade em relação ao regime de outras disciplinas. Os princípios são, tanto quanto as regras, parte integrante do ordenamento jurídico (..). O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-los, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daquelas para estas".[8]

O princípio da gestão democrática atende a um princípio da democracia social, na qual a gestão do coletivo deve ser confiado aos próprios interessados. No caso da previdência privada fechada, instituidores, patrocinadores e participantes.

A Lei nº 6.435/77 prevê a aplicação do princípio da gestão democrática ao determinar no art. 49 a obrigatoriedade das entidades fechadas comunicar ao órgão de Previdência Complementar da Ministério da Previdência e Assistência Social o resultado da eleição dos conselhos deliberativos, consultivos e fiscais ou assemelhados, nada especificando da participação na gestão destes conselhos pelos participantes dos planos de previdência e assistência complementares.

Leciona Remígio Todeschini que "encontraremos de fato a participação dos trabalhadores na gestão dos fundos de pensão, somente nos estatutos de cada uma das instituições fechadas (…) O escândalo da malversação de aplicações financeiras por parte de alguns fundos de pensão, sob influência do governo Collor (período 1990-1992), fez criar uma Comissão Parlamentar de Inquérito que concluiu os seus trabalhos com um projeto de lei estabelecendo uma maior transparência do setor, e um controle maior da gestão por parte dos participantes (segurados), a fim de coibir as fraudes.(…)[9].

A Lei nº 6.435/77, após a Constituição, tem que recepcionar o princípio da gestão democrática.

A Emenda Constitucional nº 20/98 acrescentou ao art. 202 o § 6º, que reza:

> "A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros da diretoria das entidades fechadas de previdência e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação".

---

[8] Carlos Ari Sundfeld. Fundamentos de Direito Público. 3ª edição. Malheiros Editora. 1997. p. 133/135.

[9] Remígio Todeschini. Gestão da Previdência Pública e Fundos de Pensão, Editora LTr 2000, p. 97/102.

Esta previsão constitui-se em instrumento de cumprimento do princípio da gestão democrática no âmbito das entidades fechadas, permitindo o acesso ao colegiado dos participantes, tanto trabalhadores da ativa, quanto aposentados.

Nota-se que esta diretriz constitucional está sendo considerada no Projeto de Lei Complementar 10/99 que no parágrafo único do art. 35 reza que o estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurando-lhes no mínimo um terço das vagas.

"O texto constitucional é claro na gestão. Deve ser quadripartite quando existem quatro atores: governo, empresas, trabalhadores ativos e aposentados. No caso de patrocinadoras, temos a representação das empresas; no caso dos instituidores, a direção da entidade profissional ou de classe, portanto temos três representações em cada caso. A Constituição estabelece a gestão quadripartite com quatro atores e, no caso de termos só três atores, deve ser tripartite paritária essa representação. O Projeto n. 10/99 garante um terço para duas representações: participantes e assistidos, sendo que os patrocinadores ou instituidores poderão ter 2/3 da gestão. Não respeita, portanto, a Constituição vigente. É um projeto que já nasce contrariando o princípio paritário da gestão dos atores sociais.

O mesmo projeto, ao estabelecer requisitos dos membros do conselho deliberativo ou fiscal, estabelece no art. 35, § 3º, item I, 'comprovada experiência no exercício de atividades nas áreas financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização ou de auditoria'. Na realidade são requisitos limitadores da representação, ferindo mais uma vez a autonomia dos representantes, sejam trabalhadores ou aposentados. A representação não é técnica, e sim uma representação direta dos interessados, aposentados ou trabalhadores, que, quando escolhidos entre os seus pares, saberão defender os interesses dos representados nesses conselhos".[10]

12. Estudo Comparativo da Lei nº 6.435/77 e o plano de lei complementar (PLC 10/99)

O modelo inserido nas propostas conservam os princípios e fundamentos técnicos próprios da previdência complementar como: o caráter complementar ao regime público; autonomia em relação ao regime público; autonomia da vontade e prevalência do "*pacta sunt servanda";* facultatividade de ingresso; solidariedade entre as pessoas; relações jurídicas com submissão ao direito privado e supervisão governamental.

Hodiernamente em face das tendências econômicas-sociais, os planos de previdência privada devem priorizar: a transparência das operações; 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. Na medida do possível, o legislador tenta se pautar seguindo as premissas básicas para uma correta regulamentação do setor.

[10] Idem nota 4

O projeto de Lei Complementar 09/10 dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências, no sentido de regular as previsões constitucionais inseridas através da EC 20/98 (art. 202 da CF), adotando como diretrizes:

1. Flexibilidade de criação e organização de planos e de entidades de previdência complementar, visando à expansão do regime de previdência complementar;
2. Dar credibilidade ao regime de previdência complementar;
3. Incrementar a profissionalização dos gestores das entidades de previdência complementar;
4. Dar transparência na gestão de ativos; e
5. Fortalecer a capacidade de regulação e fiscalização do Estado.

O PLC não estabeleceu no projeto original quem realizaria as funções de regulação e fiscalização das entidades fechadas e abertas de previdência privada, optando por referenciar de forma genérica. Esta omissão gerou muita polêmica[11], sendo objeto de alteração quando da apresentação do substitutivo ao PLC 10/99.

O art. 74 do substitutivo prescreve:

> "Até que seja publicada a lei de que trata o art. 5º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria da Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas."

Quanto aos planos de benefícios, as maiores novidades advém da dotação de maior flexibilidade aos planos expressos na figura da "portabilidade" que significa possibilidade de transferência de uma para outra entidade, da poupança acumulada pelo participante, e do "vesting", através do qual o participante poderá receber a devolução de sua poupança na forma de benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com os patrocinadores ou instituidores, antes da aquisição do direito ao benefício pleno.

RESERVAS TÉCNICAS — O PLC impõe que as reservas técnicas sejam mantidas para a tender 100% dos compromissos assumidos, como forma de aumentar o nível de segurança das entidades.

SERVIÇOS ASSISTENCIAIS — Vedada a concessão de prestação de serviços assistenciais ou de saúde, bem como a concessão de empréstimos financeiros aos participantes. Os que já têm esses serviços continuarão prestando-os, porém, em regime de extinção. (a*rt. 76,* caput*, e § 1º do substitutivo do PLC 10/99)*

[11] Polêmica entre as EFPPs e entre os órgãos de regulação e fiscalização, a saber: Ministério da Previdência e Assistência Social e a Ministério da Fazenda

REGIME FINANCEIRO — Obrigatoriamente o de capitalização para benefícios de prestação continuada e pagamento único.

SUPERÁVIT — será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento (25%) do valor das reservas matemáticas.

DÉFICIT — Serão equacionados entre patrocinadores e participantes, assumindo o seguinte formato: aumento de contribuições ou redução de benefícios.

NATUREZA JURÍDICA — As Entidades Fechadas de Previdência Privada adotarão a forma de fundações ou sociedades civis sem fins lucrativos. A inovação vem da criação da figura do instituidor, já que a lei exigirá apenas a existência de um vínculo prévio entre as pessoas jurídicas e físicas. Note-se que a figura do instituidor não elimina a figura tradicional do patrocinador.

A figura do instituidor permite que pessoas jurídicas de caráter profissional (associações de classes, sindicatos, federações, etc.) criem seus planos de previdência complementar.

Ampliou a figura do patrocinador ao abrigar a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, quando da instituição de seus regimes previdenciários complementares em cumprimento à previsão do art. 40, § 15, da CF, com redação dada pela EC 20/98.

A figura do instituidor foi seriamente criticada, falando-se inclusive em um retrocesso legislativo, já que a Lei nº 6.435/77 veio exatamente vedar a instituição de planos classistas ou setoriais. Os críticos fundamentam seus receios em virtude do projeto não deixar claro quem assumirá os riscos atuariais e financeiros no caso de associações classistas, bem como pelo fato de não explicitar as regras de gestão desses fundos, já que os recursos advirão exclusivamente dos participantes.

13. Regulação e Fiscalização — Criação da Agência Nacional de Previdência Complementar – ANPC

Foi encaminhado projeto de lei que transforma a Secretaria de Previdência Complementar na Agência Nacional de Previdência Complementar.

De acordo com a proposta, a ANPC será criada sob a forma de autarquia especial, com autonomia administrativa e financeira, bem como com estabilidade para seus dirigentes.

O projeto prevê a “quarentena” para os ex-diretores da agência. Dessa forma, nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, o ex-diretor continuará vinculado à ANPC, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas e entidades integrantes do sistema de previdência complementar.

Estrutura da ANPS:

Conselho Diretor (Diretoria) — 5 membros com formação universitária, que serão nomeados pelo Presidente da República depois de aprovados pelo Senado Federal. Mandato de 4 anos com estabilidade no cargo. Não poderão, nos 24 meses que antecederem à sua nomeação, ter mantido vínculo empregatício ou contratual com órgãos ou empresas patrocinadoras, assim como com fundos de

pensão. Estas regras visam dar independência ao setor e garantir uma eficiente regulação e fiscalização do sistema de previdência complementar.

Conselho Consultivo da Previdência Complementar — será o órgão por intermédio do qual a sociedade participará da agência. Será integrado por representantes de órgãos governamentais (Ministério da Fazenda, Orçamento e Gestão, Banco Central, CADE, CVM, etc.), participantes de fundos de pensão, patrocinadores, entidades, órgãos técnicos do sistema e de defesa do consumidor. Na prática, amplia o novo conselho consultivo. Representa uma ampliação da representatividade do atual CGPC. Caberá a este conselho opinar sobre as propostas de políticas e diretrizes governamentais para o sistema.

Ouvidoria — terá como incumbência ouvir as reclamações e denúncias de qualquer cidadão ou entidade relativas a infringências a normas do sistema previdenciário complementar, bem como encaminhá-las para a manifestação e providências dos órgãos devidos. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República, para um mandato de dois anos, e não terá qualquer vinculação hierárquica com os Conselhos Diretor e Consultivo, assegurando dessa forma, a autonomia técnica e organizacional para o exercício do cargo.

Advocacia — Terá como competência a representação jurídica da agência, com prerrogativas processuais de Fazenda Pública, além de outras atribuições técnicas e legais inerentes a órgãos jurídicos. O Advogado-Geral da ANPC será nomeado pelo presidente da agência.

Corregedoria — Fiscalizará a legalidade das atividades funcionais dos servidores, órgãos e unidades da ANPC. Além de implementar uma programação anual de auditoria interna.

Por fim, além da dotação orçamentária tradicional destinadas as autarquias e do patrimônio da SPC que lhe será transferido, a ANPC contará com recursos provenientes de uma taxa de fiscalização, que serão suficientes para assegurar a sua autonomia orçamentária e financeira. Devendo a ANPC contar com quadro próprio de pessoal.

14. Competência Jurisdicional para apreciação de demandas sobre previdência privada

Por competência devemos entender “atribuição a um dado órgão do Poder Judiciário daquilo que lhe está afeto, em decorrência de sua atividade jurisdicional específica, dentro do poder Judiciário, normalmente excluída a legitimidade simultânea de qualquer outro órgão do mesmo poder (ou, *a fortiori,* de outro poder)”.[12]

O tema da proposta deve ser dividido em dois segmentos, a saber: Competência para apreciar litígios decorrentes da 1) Previdência Privada Aberta[13] e da 2) Previdência Privada Fechada.[14]

---

[12] Arruda Alvim. Manual de Direito Processual Civil, p. 262.

[13] Por previdência privada aberta devemos entender aquela que admite a participação de qualquer pessoa, atendidos os requisitos para inscrição, o que a aproxima às companhias de seguro.

[14] Por Previdência Privada Fechada devemos entender aquela acessível somente a empregados de uma ou grupo de empresas.

14.1. Competência para apreciar litígios decorrentes da Previdência Privada Aberta

Os dissídios instaurados entre as entidades de previdência aberta e o seus beneficiários (segurados ou dependentes) são dirimidos pela Justiça Estadual Comum, em face da natureza jurídica desta relação.

Nesta relação jurídica temos de um lado a Entidade Aberta de Previdência Privada (EAPP), pessoa jurídica de Direito Privado, companhia de capitalização, seguradora, banco, associação civil ou fundação (montepio), organização com ou sem finalidade lucrativa, é a pessoa interessada, e do outro lado, o segurado, pessoa física, às vezes designado como associado ou participante.

Esta relação é notadamente civil, regendo-se pelas normas civis: Código Civil (Lei nº 3.071/16); Decreto-lei nº 73/66, Lei nº 4.595/64, Decreto nº 81.402/78 e subsidiariamente pelas Leis nº 6.435/77 (arts. 7º a 33) e 8.213/91, logo a justiça competente para apreciar tais litígios é a Justiça Estadual Comum.

14.2. Competência para apreciar os litígios decorrentes da Previdência Privada Fechada

Os elementos relevantes para caracterização da relação jurídica de previdência privada fechada é a facultatividade no sistema e a natureza institucional-contratual do vínculo nascido entre as partes.

A relação é fática e jurídica, no dizer de Arnaldo Süssekind "a inscrição como participante da entidade decorrente de ato volitivo do empregado, configura uma relação jurídica contratual sujeita ao direito privado. Trata-se de típico contrato de adesão, em que uma das partes manifesta sua vontade de aderir às condições uniformes previamente estabelecidas pela outra parte, tornado a relação bilateral".[15]

Inúmeras discussões jurisprudenciais têm surgido em torno deste tema, desde o surgimento da Lei nº 6.435/77 e perduram até hoje, mesmo após a Emenda Constitucional nº 20 que deu nova redação ao art. 202, § 2º, da Constituição Federal de 1988.[16]

Os conflitos de interpretação surgem no momento em que se comparam os artigos 114 e o art. 202, § 2º, da CF/88.[17]

---

[15] Arnaldo Süssekind. Pareceres de Direito do Trabalho e Previdência Social, p. 351

[16] Art. 202, CF: "O regime de Previdência Privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam os benefícios contratados, e regulado por lei complementar.

.....

§ 2º: **As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada <u>não integram o contrato de trabalho dos participantes,</u>** assim como à exceção dos benefícios concedidos não integram a remuneração dos participantes, nos termos da Lei (grifo nosso).

[17] Art. 114 da CF/88: Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, […] e, na forma da lei, **outras controvérsias**

Antes da EC 20/98, “na esfera do Tribunal Superior do Trabalho o tema já havia sido pacificado dentro do aspecto único trazido à discussão, que é o de que mesmos os direitos pós-contratos estão vinculados à Justiça do Trabalho pela integração, ao contrato, do compromisso do empregador de complementar, segundo regras que passaram a fazer parte do ajuste, as aposentadorias, pensões ou auxílios”.[18]

Essa vinculação contratual da competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos relativos a obrigações do empregador, ainda que de outra natureza, mas resultantes do ajuste laboral, foi afirmado pelo E. Supremo Tribunal Federal em acórdão que reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para condenar uma empresa a garantir a aquisição de casa própria de empregado, a que se comprometera por via de contrato, como condição de transferência. A Suprema Corte deixou dito que a obrigação de natureza civil fora assumida por via do contrato de trabalho, e por isso a competência da justiça especializada para julgar e executar o pacto.

No sentido de que os planos de benefícios decorrem da relação de emprego, ainda que de forma transversa (indireta), podemos mencionar os Enunciados 51, 288, 326 e 327 do TST (Tribunal Superior do Trabalho).

O Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, ao regulamentar as disposições relativas às entidades fechadas de previdência privada, trouxe algumas inovações que nos interessam, no que tange à busca de elementos que aproximem ou distanciem a vinculação do beneficiário com a patrocinadora da relação de emprego.

Já a Lei nº 6.435/77 no art. 4º, inciso I, alínea “a”, ao prever a possibilidade de serem as patrocinadoras diversas empresas sem exigência de estarem integradas num mesmo grupo econômico, já torna mais tênue a existência da relação trabalhador-entidade fechada = relação trabalhador-empresa.

Temos assim, que mesmo antes da Emenda Constitucional 20/98, em relação ao empregado admitido após a instituição de entidade fechada com relação às prestações devidas em razão do plano a que se filiou, ou devoluções, nos casos previstos em lei, eles estão sujeitos à competência da Justiça Comum.

Trago à colação um acórdão neste sentido:

> “Não versando a lide sobre aplicação de cláusula integrante do contrato de trabalho, mas sobre a matéria pertinente ao recálculo de pensões contratuais, a competência para a causa é da Justiça Comum” RE 92.835-RJ

Após a EC 20/98, o texto constitucional deixa claro que a relação estabelecida entre o participante (ou beneficiário) e a entidade previdenciária de previdência privada é diversa da relação de emprego. Isto pode ser constatado da análise da cláusula do plano de benefício fechado que prevê a possibilidade de manutenção da qualidade de participante do indivíduo, mesmo após a cessação de seu contrato

---

decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

[18] Revista Trabalho e Direito nº 20, março de 1999. Artigo: Previdência privada fechada. Competência da Justiça do Trabalho. José Luiz Vasconcellos.

de trabalho, por razões que não a implementação das condições para percebimento de aposentadoria. Ou seja, o ex-funcionário da empresa pode continuar contribuindo com o plano de previdência privada da entidade fechada, mesmo após cessada a sua relação de emprego. As partes envolvidas continuarão sendo as mesmas, assim como o plano e os benefícios almejados. Só não haverá mais a relação de emprego, não havendo assim legitimidade para que esta relação seja abrangida pelo artigo 114 da CF/88.

Apesar da EC 20/98, que alterou o § 2º do art. 202 da CF/88, a Justiça do Trabalho ainda vem proferindo decisões nas quais afirma que é a Justiça competente para apreciar o pedido de complementação de aposentadoria, vez que o benefício é estatuído durante e em decorrência do contrato de trabalho (Acórdão 2000474848 Turma 01 Data do julgamento 11/09/2000 Data de publicação: 10/10/2000).

Entendo porém que em virtude da previsão constitucional hodierna, não resta dúvida acerca da competência da Justiça Comum para apreciação dos litígios decorrentes das demandas de previdência privada, quer sejam do tipo aberto ou fechado.

Conclusão: A previdência complementar como instrumento de economia de massa é fundamental no atual estágio do desenvolvimento das nações, principalmente nos Estados que revisam suas funções e atividades essenciais. É necessário criar mecanismos acessíveis a todos que possibilitem a complementação de suas rendas, no momento da ocorrência dos riscos e contingências sociais, sem sobrecarregar a máquina estatal (previdência social) que tem por função o espancamento das necessidades sociais básicas.

Assim, nas relações jurídicas previdenciárias complementares mais do que nunca é necessário o fortalecimento do Estado como agente regulador e fiscalizador, além de formulador de políticas e diretrizes para atingimento dos objetivos econômicos e sociais deste segmento, sem se esquecer de assegurar aos seus destinatários transparência e segurança.

BIBLIOGRAFIA

AFFONSO, Almiro. *A Previdência Supletiva no Brasil, São Paulo, LTr, 1978.*

BALERA, Wagner. *Sistemas de Seguridade Social.* São Paulo, Editora LTr, 2000.

_____. *A Seguridade Social na Constituição de 1988,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Previdência Privada Aberta – Avaliação das Mudanças na Previdência Básica* – Tese apresentada no Congresso Brasileiro de Previdência Social, São Paulo, *LTr, 1996.*

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva, 21ª edição, 1999.

COSTA, Eliane Romeiro. I Previdência Privada e Fundos de Pensão – Brasil, Chile e França. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 1996.

FERRARI, Francisco de. *Los Principios de La Seguridad Social.* Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1972.

FERREIRA, Sérgio D'Andréa. *Aspectos Básicos do Moderno Direito das Fundações de Previdência Suplementar. Revista de Direito Administrativo nº 172, Abril / junho de 1988.*

LEITE, Celso Barroso. *Um século de Previdência Social.* Editora Zahar. São Paulo, 1983.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal.* Editora LTr. São Paulo, 1992.

_____. *Primeiras Lições de Previdência Complementar.* São Paulo, LTr, 1996.

MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes. I A Previdência Complementar e os Direitos Sociais. Revista de Previdência Social nº 236,ano XXIV, julho. São Paulo. LTR, 2000.

PÓVOAS, Manuel Soares. *Seguro e Previdência – Na rota das instituições do bem-estar.* São Paulo. Editora Green Forest do Brasil, 2000

_____. *Previdência Privada. Planos Empresariais.* Editora Fundação Escola Nacional de Seguros. São Paulo, 1990

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público.* Editora Malheiros, São Paulo, 1997.

TODESCHINI, Remígio. *Gestão da Previdência Pública e Fundos de Pensão – A participação da comunidade.* LTr, São Paulo, 2000.

* Procurador Federal/INSS e Professor Universitário, Mestre e Doutorando em Direito Previdenciário PUC/SP.

❖ ❖ ❖

AS NOVAS REGRAS DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO RURÍCOLA

***A**ri **P**edro **L**orenzetti* ***

A Emenda Constitucional nº 28, de 25.05.2000, unificou as regras relativas à prescrição, dando o mesmo tratamento a trabalhadores urbanos e rurais. Tanto para uns como para outros, a partir de agora, a prescrição trabalhista é quinqüenal, na vigência do contrato, ou bienal, após o seu término. No primeiro caso, o prazo será contado da lesão (princípio da *actio nata*) e no segundo, da extinção da relação de emprego, ou, em qualquer dos casos, se houver interrupção, a partir do reinício do fluxo, descontados eventuais períodos de impedimento ou suspensão.

A questão que se pretende aqui enfrentar diz respeito às conseqüências da alteração constitucional sobre os contratos em curso, em especial em relação aos créditos que se tornaram exigíveis anteriormente a 26.05.2000, data da publicação da Emenda.

A primeira indagação, pois, é se as novas disposições se aplicam aos contratos em curso à data em que referida Emenda entrou em vigor. Essa questão não é de difícil solução, a despeito da inexistência, na legislação pátria, de regras específicas acerca do tema.

Todavia, não se pode dizer que a lei não ofereça elementos para resolver conflitos dessa natureza. E a sinalização mais veemente vem da própria CLT, quando dispôs que os prazos prescricionais nela previstos, quando menores que os estabelecidos pela legislação anterior, seriam computados a partir da data de sua vigência (art. 916).

Eis aí, portanto, a mais clara demonstração de que as regras referentes à prescrição têm vigência imediata. E à mesma conclusão chega-se ao enfrentar a questão sob o enfoque do ato jurídico perfeito ou do direito adquirido, conforme definidos pelo art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A prescrição só se transforma em ato jurídico perfeito uma vez consumada, pois só então extingue a pretensão do credor. Como conseqüência, só a partir desse instante é que passa a constituir um direito adquirido para o devedor.

A prescrição em curso constitui apenas uma expectativa de direito, sujeita a uma série de fatores que podem até não permitir que venha a se consumar, dentre eles a alteração dos prazos ou das regras relativas a seu cômputo. Aliás, tal opinião é unânime entre os tratadistas, conforme assinala, dentre outros, Luiz F. Carpenter[1], autor da mais completa obra monográfica acerca da prescrição, na opinião de Orlando Gomes.

Não mereceria acolhida eventual alegação de que, em razão do princípio da proteção, que orienta o Direito do Trabalho, haveria de prevalecer a condição mais benéfica ao trabalhador. As normas relativas à prescrição são imperativas, não podendo ser alteradas pela vontade das partes, exceto, para os prazos. Logo, as disposições legais acerca da prescrição não se incorporam ao contrato de trabalho, ao contrário do que ocorre, em geral, com as normas de caráter tuitivo.

Além disso, a invocação da condição mais benéfica, para manter as regras anteriores, no caso, desconsideraria a realidade social que motivou a alteração constitucional. Aplica-se aqui, perfeitamente, o argumento apresentado por Brenno Fischer[2], para refutar a aplicação da lei antiga até se consumar a prescrição, quando lei nova reduzisse seu prazo: "se o legislador houve por bem reformar a legislação em vigor para por uma outra, mais moderna, diminuir o prazo estabelecido, foi porque o interesse social, o bem estar coletivo e o próprio equilíbrio nas relações humanas estavam a exigir semelhante medida".

Ora, o fio condutor da alteração constitucional de que ora se trata foi justamente a consideração de que a amplitude da proteção acabou gerando efeito contrário. Assim, o congelamento dos prazos prescricionais na vigência da relação de emprego seria um dos fatores responsáveis pelo desemprego no campo e pelas inúmeras fraudes que se multiplicaram no meio rural nos últimos anos. Exageros à parte, não se pode honestamente afirmar que não tenha contribuído para tal estado de coisas a disciplina legal da prescrição.

À falta de disposição legal específica, não se pode considerar o disposto no art. 916 da CLT como norma caduca, cujos efeitos já se exauriram. Não se deve esquecer, também, que referido dispositivo foi editado numa época em que o princípio da proteção tinha bem maior amplitude do que desfruta hoje. Se, a

---

1 CARPENTER, Luiz F. da Prescrição, 3ª ed. atual, por Arnold Wald, Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1958. v. 2, p. 738.

2 FISCHER, Brenno. *A prescrição nos tribunais*. Rio de Janeiro, José Konfino, 1957, v. 1, p. 46.

despeito disso, considerou-se que as regras relativas à prescrição, mesmo quando encurtassem sua duração, teriam aplicação imediata, não há razão para que, atualmente, não se adote igual entendimento com relação às normas que abreviam a consumação dos prazos.

Não vemos como, pois, não aplicar as novas disposições aos contratos em curso, ainda que em detrimento do empregado. Por conseguinte, independentemente de terem sido admitidos antes ou depois da Emenda Constitucional nº 28/2000, a partir dela, trabalhadores urbanos e rurais passam a ter o mesmo tratamento com relação à prescrição. Impõem-se verificar, entretanto, quais as conseqüências da nova disciplina legal quanto aos créditos relativos ao período anterior.

A solução desse problema também não oferece maiores dificuldades. Ao incidir sobre os contratos vigentes ao tempo em que foram editadas, as novas regras têm efeito imediato, o que significa dizer que, embora sejam aplicadas aos contratos em curso, só podem ser invocadas para regular as situações pendentes, a partir de então. Com isso, introduz-se um divisor de águas, observando cada época as respectivas normas. Ao período anterior à EC nº 28 aplicam-se as regras que vigiam desde o Estatuto do Trabalhador Rural. A partir da Emenda, contudo, embora se respeitem os efeitos já produzidos, todo e qualquer crédito pendente, ainda que originário do período anterior, passa a sujeitar-se à novas regras prescricionais, em atenção ao princípio do *tempus regit actum.*

Qual era, entretanto, o tratamento conferido pelo direito positivo pátrio à prescrição do rurícola anteriormente à Emenda Constitucional nº 28? Em outras palavras, qual era o significado das disposições até há bem pouco vigentes?

Seguindo a tradição que vinha desde o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214/63), estabeleceu o Constituinte de 1988 que, para os empregados no campo, o prazo prescricional continuaria sendo de dois anos a contar da extinção do contrato. Isso significa que a prescrição só começava a fluir ao término do vínculo laboral. A vigência da relação de emprego constituía, portanto, em relação aos trabalhadores rurais, uma causa impeditiva do fluxo prescricional[3].

Alterada a norma que assim dispunha, tendo a nova regra aplicação imediata, deflagra-se o curso do prazo prescricional que estava estancado. Do mesmo modo que a nova disposição, por não ter eficácia retroativa, não pode invalidar os efeitos da norma anterior, que impedia o curso prescricional, a lei antiga não pode sobrepor-se ao direito positivo vigente para manter aquela situação, e a força do contrato não se presta a estabelecer regras a respeito[4].

Sendo assim, o fluxo prescricional, na vigência do contrato de emprego, só tem início a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 28/2000, devendo observar o prazo nela previsto. Irrelevante, pois, a data de admissão do trabalhador, uma vez que no período anterior à Emenda a prescrição não fluía.

Destarte, os créditos do trabalhador rural que continuar no emprego, relativos ao período anterior a 26.05.2000, não serão alcançados pela prescrição senão depois

---

[3] LORENZETTI, Ari Pedro. *A prescrição no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1999, p. 70

[4] "Nada influi a vontade individual sobre a essência da prescrição; esta é de interesse público" (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal.* 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 239).

do dia 26.05.2005. Quanto ao trabalhador cujo contrato for extinto antes dessa data, há que se observar a incidência do prazo bienal, a contar da rescisão.

Se antes de 26.05.2000, não havia, para o trabalhador rural, na vigência da relação de emprego, fluxo prescricional, o prazo que passou a correr a partir daquela data, iniciou-se da estaca zero. Assim, com relação ao período anterior, é irrelevante a data em que o crédito se tornou exigível, se isso ocorreu há poucos dias, há alguns meses ou há vários anos.

Como o prazo prescricional previsto, na vigência do contrato, é de cinco anos, se o trabalhador continuar no emprego, só sofrerá os efeitos da prescrição, relativamente ao período anterior a 26.05.2000, cinco anos após essa data, eis que anteriormente não havia transcorrido prazo prescricional algum. Assim, o prazo para o trabalhador rural que continua no emprego pleitear os créditos relativos ao período anterior a 26.05.2000 encerra-se em 26.05.2005, uma vez que, segundo as regras de contagem dos prazos, sendo estes em anos, contam-se da data do início até o dia e mês correspondentes do ano do término (Lei nº 810/49), excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento (CC, art. 125). Para o empregado dispensado, o prazo será de dois anos a contar do término do contrato, desde que não ultrapassado aquele limite máximo, exceto se houver obstáculos outros ao fluxo da prescrição, hipótese em que a prescrição poderá vir a consumar-se bem depois, caso o credor não exerça efetivamente sua pretensão.

A situação criada pela Emenda Constitucional nº 28 é em tudo similar à de um trabalhador que adquire a maioridade trabalhista no curso da relação de emprego. Tal como, nesse caso, a prescrição começaria a fluir com a maioridade, em relação ao trabalhador rural, o prazo quinqüenal só poderá ser computado a partir de 26.05.2000. Para efeitos de regulação do conflito intertemporal de normas, portanto, pode-se dizer que, com EC nº 28, o trabalhador rural adquiriu maioridade.

Da exposição acima, podem-se extrair as seguintes conclusões:

a) As novas regras relativas à prescrição dos créditos trabalhistas dos empregados rurais, decorrentes da EC nº 28/2000, têm aplicação imediata, atingindo os contratos em curso. A anterioridade do contrato não garante o direito à manutenção da situação anterior, pois as leis que fixam prazos prescricionais ou regras para seu cômputo são de ordem pública, sobrepondo-se aos interesses particulares ou mesmo coletivos.

b) A prescrição dos direitos dos trabalhadores rurais, relativos ao período que precede a Emenda Constitucional nº 28, sujeita-se, até sua publicação (26.05.2000), às normas vigentes anteriormente, segundo as quais a relação de emprego constituía causa impeditiva do fluxo prescricional. A partir de então, respeitados os efeitos já produzidos, passam a ser aplicadas as novas regras prescricionais a todos os créditos pendentes, mesmo que originários do período anterior, em atenção ao princípio do *tempus regit actum.*

c) Como o fluxo do prazo prescricional, na vigência da relação de emprego, para o trabalhador rural, só foi deflagrado a partir de 26.05.2000, em relação aos direitos anteriores, a prescrição só se completará em 26.05.2005. Em relação aos trabalhadores cujos contratos forem extintos antes dessa data, o dia 26.05.2005 serve apenas como limite máximo, ressalvada a existência de obstáculos outros ao curso prescricional.

Resta torcer para que os efeitos práticos almejados pela Emenda Constitucional nº 28 se façam sentir na esfera das relações de trabalho bem antes que as novas regras possam ser eficazmente invocadas nos tribunais.

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT 18ª Região.

NR: O presente artigo foi originariamente publicado na edição ANO III — Nº 01 — DEZEMBRO/2000 — da *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.*

❖ ❖ ❖

COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA: AVANÇO OU RETROCESSO?

***S**aulo **E**mídio dos **S**antos **

1. O QUE SÃO COOPERATIVAS

As cooperativas são associações de pessoas que contribuem, em reciprocidade, com bens e serviços para o exercício de uma atividade econômica, em proveito comum e sem o objetivo de lucros para ela própria (art. 3º da Lei 5.764/71).

2. O TRATAMENTO OFICIAL ÀS COOPERATIVAS

São elas apoiadas e incentivadas pelo Poder Público, através da lei, conforme dispõe o § 2º, do art. 174, da Constituição.

Pela lei previdenciária, os prestadores de serviços, que o fazem pela via cooperativa, são contribuintes autônomos. O mesmo tratamento é dado pela lei fiscal, com relação ao imposto de renda.

A OIT – Organização Internacional do Trabalho, através da Recomendação 127/66, estimula o trabalho cooperativo, para melhorar as oportunidades de emprego, as condições de trabalho e a remuneração.

3. A PROBLEMÁTICA DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO

Na prática econômica, as cooperativas que não são apenas de trabalho têm se mostrado eficientes no atingimento de suas finalidades. Estamos sempre vendo cooperativas agrícolas, de eletrificação, de consumo, de crédito etc. todas bem sucedidas e em constante processo de crescimento.

As cooperativas que se dedicam à prestação de trabalho é que estão gerando polêmica quanto à sua viabilidade e validade, uns pregando que elas sempre são instrumento de mascaramento de relações de emprego, outros defendendo que elas, quando bem utilizadas, podem melhorar as condições de vida do trabalhador. O mascaramento ocorre quando a empresa, procurando fugir ao pagamento de encargos sociais (férias, 13º salário, FGTS etc), busca mão-de-obra

fornecida por cooperativa de trabalho, mas funcionando esta como uma interposta pessoa, “testa de ferro”, sem administrar de fato o trabalho, sem treinar as pessoas etc. O trabalhador acaba, na verdade, trabalhando para o empregador, mas sem ser reconhecido como tal, configurando-se a fraude.

A primeira corrente até gerou um acontecimento legislativo e histórico interessante. O Movimento dos Sem Terra (MST), hoje um seguimento organizado da sociedade brasileira — uso esta adjetivação sem entrar no mérito de suas finalidades — criou cooperativas de produção agrícola nos assentamentos de seus integrantes, as quais iam muito bem. Depois, no entanto, vários cooperativados reclamaram na Justiça do Trabalho alegando vínculo de emprego e alguns ganharam as causas, o que gerou no MST uma reivindicação coibidora perante o Congresso Nacional. O resultado foi a aprovação de um projeto de lei apresentado pelo Partido dos Trabalhadores (PT), materializado no acréscimo de um parágrafo ao artigo 442 da CLT, dispondo que não existe vínculo de emprego do cooperativado com a cooperativa ou com os tomadores dos serviços, em qualquer ramo de atividade da sociedade cooperativa.

Isto, que deveria ser a panacéia legislativa para o problema, a meu ver não alterou nada. O cooperativado verdadeiro, sem desvio de finalidade, continua não sendo empregado, ao passo que o falso, apenas mascarado, é empregado. Tudo depende das circunstâncias de cada caso concreto.

Coerentemente com isto, eu me filio àquela corrente que defende o bom uso da cooperativa, para a melhoria de vida do trabalhador informal. O verdadeiro cooperado pode vir a ser um trabalhador preservado em sua dignidade, autogestor de sua atividade (logicamente via associativa) e melhor remunerado que o empregado. Fortalecido pelo agrupamento cooperativo, ele tem melhor poder de barganha com os tomadores.

Isto pode ser a alternativa para tirar do mercado informal inúmeros tipos de trabalhadores que estão no subemprego, como os bóias-frias, os chapas etc.

4. A COOPERATIVA DE TRABALHO AVULSO COMO SOLUÇÃO

Tais tipos de trabalhadores (os bóias-frias ou volantes) encontram grande resistência dos tomadores em torná-los formais (empregado) porque o trabalho é muito rotativo, sem continuidade. Vendo-se o lado dos tomadores, eles até que têm alguma razão. A solução, então, a meu ver, mais alcançável com o arsenal legislativo que está em vigor, é incentivar o agrupamento desses trabalhadores em cooperativas. E eu vou um pouco mais além. Que eles sejam formalizados como trabalhadores avulsos, porque assim eles passam a auferir também os benefícios trabalhistas (férias, 13º salário, FGTS etc.), apesar de não serem empregados. Existem as leis atribuindo tais direitos aos avulsos.

Cabe aqui recordar o que é trabalhador avulso. É aquele que, sem vínculo de emprego com ninguém, presta trabalho para vários tomadores, mas com a intermediação de uma entidade associativa, geralmente um sindicato. É o que ocorre nas zonas portuárias e pode ocorrer em outras atividades. As entidades intermediárias se encarregam de selecionar, registrar, treinar e habilitar os trabalhadores, além de estipular o preço justo do labor, sempre acrescido dos encargos que cobrem férias, 13º salário, FGTS, etc, encargos estes que são administrados e repassados aos beneficiários nas épocas oportunas.

Alguém poderia dizer que para isso já existem os sindicatos e só eles podem administrar o trabalho avulso, o que seria ledo engano, *data venia*. Não existe lei específica definindo o que seja trabalho avulso. Existem, isto sim, disposições esparsas em outros estatutos a eles fazendo referência. Além da regra de competência inserida na CLT (art. 643/CLT) e das que prevêem os direitos trabalhistas, há a Lei 8.212/91, sobre o custeio da Previdência Social, definindo o avulso como aquele que presta serviços a diversos tomadores, sem vínculo de emprego. O Decreto que a regulamenta acrescenta que tal trabalho deva ser obrigatoriamente intermediado por Sindicato, mas aqui o sindicato é mencionado apenas a título exemplificativo. Isto tanto é verdade que a Lei 8.630/93, dispondo sobre a principal modalidade de trabalho avulso (o da zona portuária), preceitua que a intermediação se dá por uma entidade que ela chama de ÓRGÃO GESTOR, abrindo a possibilidade de a entidade associativa ter qualquer forma admissível em direito.

Sendo assim, entende-se que as cooperativas têm maior vocação para intermediar o labor avulso, isto porque elas, por natureza, exercem atividade econômica não lucrativa, ou seja, agrupam os prestadores de serviço para que eles, unidos, possam melhor explorar seu ramo de atividade.

Já os Sindicatos, também por natureza, têm outra finalidade. São agentes da eterna luta de classes (capital e trabalho), sempre pressupondo relações individuais de emprego que, massificadas, são reguladas em negociação coletiva ou dissídios coletivos. A luta de classes muda de coloração ideológica, mas nunca deixa de existir. Ontem a luta era pela propriedade dos meios de produção, hoje é por melhores salários e amanhã será pela existência de empregos. Este sim é o campo de batalha apropriado para Sindicato, na defesa de interesses de empregados.

Adotando-se o modelo cooperativo para passar o trabalhador informal ao mercado formalizado, como avulso, a Justiça do Trabalho e o Ministério do Trabalho exercerão importantíssimo papel para coibir as deturpações. A este último cabe o papel principal — o preventivo de fiscalizar e reprimir — para o que até já existe instrumento jurídico-administrativo à disposição. Trata-se da Portaria Ministerial 925/95, traçando diretrizes e determinando à fiscalização daquela Pasta que verifique a real situação das cooperativas de trabalhadores autuando as que estejam mascarando trabalhadores empregados.

5. CONCLUSÃO

Os trabalhadores que encontram dificuldade de enquadramento no mercado formal devem se agrupar, espontaneamente, em verdadeiras cooperativas de trabalho avulso, via das quais eles podem auferir, além da justa remuneração, outros benefícios trabalhistas, como férias, 13º salário, FGTS etc.

---

* Juiz Vice-Presidente do TRT 18ª Região.

NR: O presente artigo foi originariamente publicado na edição ANO III — Nº 01 — DEZEMBRO/2000 — da *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.*

❖ ❖ ❖

O MONITORAMENTO DOS GRANDES DEVEDORES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

***S**érgio **L**uís de **C**astro **M**endes **C**orrêa **

I. HISTÓRICO

Inicialmente, cumpre mencionar que o acompanhamento dos maiores devedores da Previdência Social surgiu como conseqüência do monitoramento dos maiores contribuintes, realizado pelo SGS – Sistema de Gerenciamento por Segmentos Econômicos, da Diretoria de Arrecadação.

Ao serem realizados os primeiros estudos com vistas à integração da Procuradoria ao SGS, em outubro de 1998, constatou-se que mais de setenta por cento da dívida ativa previdenciária estava concentrada em cerca de seis mil e quinhentos devedores.

Dentro deste contexto, foi editada a Portaria Ministerial nº 4.870, de 30/11/98, que criou Grupo de Trabalho para implantação do Sistema de Gerenciamento por Segmentação da Procuradoria.

A referida Portaria determinou como primeira tarefa do Grupo de Trabalho o planejamento e a implantação da estrutura física e operacional do Sistema de Gerenciamento por Segmentação da Procuradoria, na Procuradoria-Geral e nas Procuradorias Estaduais de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais (Pólos de Execução).

Com base no art. 6º, foram estabelecidas as rotinas e procedimentos para funcionamento do Grupo de Trabalho e dos Pólos de Execução, por meio da Ordem de Serviço INSS/PG/nº 42, de 20/01/99.

A mencionada OS determinou ao GT o monitoramento, em todas as Procuradorias do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, dos devedores cuja dívida totalize um valor acima de um milhão de reais, inclusive aquelas objeto de parcelamento.

II. OS PÓLOS DE EXECUÇÃO

Além do monitoramento nos demais estados, foram implantados, inicialmente, três Pólos de Execução do SGSP, em São Paulo, no Rio de Janeiro e em Minas Gerais.

Cabe aos Pólos de Execução o acompanhamento e a execução de todos os procedimentos, seja no âmbito administrativo ou judicial, que tenham por objeto a discussão de créditos previdenciários relativos a grandes devedores.

Assim sendo, o procurador responsável passa a acompanhar toda a gama de ações judiciais de uma determinada empresa, o que possibilita um efetivo gerenciamento da situação da mesma.

III. A SEGMENTAÇÃO NA PROCURADORIA

Da mesma forma que no SGS, a segmentação no SGSP permite o necessário tratamento diferenciado aos contribuintes, firmando maiores atenções naqueles que apresentam maior potencial para o incremento da arrecadação previdenciária.

Todavia, é importante salientar que outro conceito também deve ser trabalhado pela Procuradoria, ao monitorar os grandes devedores: o de grupo econômico.

Como é sabido, muitas empresas atuam em diversos segmentos da economia, bastante diferentes em suas características.

Ao transpor a sua atuação para o plano jurídico, normalmente ocorre uma homogeneidade em seus argumentos e teses contra a Previdência Social.

Portanto, torna-se necessário um acompanhamento não só das empresas de determinado segmento, mas também de grupos econômicos compostos de empresas atuantes em diversos setores da economia.

IV. AÇÕES REALIZADAS

A implantação da mentalidade do gerenciamento por segmentação na Procuradoria propiciou o desenvolvimento de ações integradas com o SGS, dentre as quais podemos destacar:

a) reuniões conjuntas para planejamento da Operação Nacional/SGS, com enfoque especial no acompanhamento processual dos maiores contribuintes com ações na justiça;
b) trabalho em parceria com a APE – Assessoria de Pesquisas Estratégicas, com vistas à localização de bens dos grandes devedores passíveis de penhora;
c) primeira reunião de um segmento específico – transporte aéreo – com a participação de fiscais e procuradores responsáveis pelo monitoramento das empresas do setor.

V. RESULTADOS EFETIVOS

O principal resultado já alcançado com a criação do SGSP e de seus Pólos de Execução foi o efetivo gerenciamento dos maiores devedores, com a concentração de todas as ações judiciais de uma determinada empresa nas mãos de um só procurador, propiciando, desta forma, um controle efetivo da situação processual da mesma.

O procurador passou a trabalhar por empresa, e não mais por classe processual ou por vara judiciária, como ocorria até então.

É importante salientar que, em termos de arrecadação, não se pode esquecer as ações preventivas, que também representam arrecadação, de forma indireta.

Neste tópico, podemos citar os casos em que o valor de uma condenação foi substancialmente reduzido, ou mesmo eliminado, em função da atuação do SGSP.

Do mesmo modo, é bastante relevante o número de processos administrativos depurados e com valores retificados, de forma a não ser ilidida a presunção de certeza e liquidez da dívida ativa.

VI. SITUAÇÃO ATUAL

Após a consolidação dos três pólos existentes na região Sudeste, foram implantados mais três na região Sul – Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, bem como dois na região Nordeste – Bahia e Pernambuco.

A denominação de Pólos de Execução foi substituída por Gerências de Cobrança de Grandes Devedores.

Atualmente, cada uma das oito Gerências cuida, ao menos, dos cem maiores devedores das capitais, sendo que as Gerências de São Paulo e Rio de Janeiro acompanham duzentas empresas.

O único estado diferenciado é o de Santa Catarina, em que a atuação da Gerência não se limita à capital, mas também abrange o interior, em face das circunstâncias peculiares deste estado.

Outrossim, atualizando-se os dados de outubro de 1998, constata-se que, de um universo de cerca de duzentas mil empresas devedoras do INSS, dez mil são responsáveis por oitenta e dois por cento do estoque – cerca de setenta bilhões de reais.

Neste universo, as oito gerências de cobrança de grandes devedores, que acompanham pouco mais de mil empresas, possuem em estoque cerca de vinte bilhões de reais.

Deste modo, podemos dizer que os grandes devedores da Previdência Social tem sido monitorados e acompanhados com redobrada atenção pela Procuradoria, como forma de incrementar a recuperação dos créditos previdenciários.

Por oportuno, cabe salientar que o Tribunal de Contas da União, através da Decisão nº 1049/2000, determinou ao INSS que envide esforços para promover a ampliação do Sistema de Gerenciamento por Segmentação (SGSP), priorizando a alocação de recursos materiais e humanos, em especial para que seja efetivado o acompanhamento de devedores da faixa de débitos situados entre um milhão e cinco milhões de reais.

Brasília, 20 de março de 2001.

* Coordenador-Geral de Planejamento da Cobrança Judicial.

❖ ❖ ❖

TUTELA MANDAMENTAL-INIBITÓRIA DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

***A**ntônio **S**ouza **P**rudente* ***

A Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001(DOU de 11/1/2001 — Seção I), alterou o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/66, acrescentando, entre outros dispositivos, um inciso V ao artigo 151, que trata da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O referido inciso legal dispõe, agora expressamente, que "a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial", também suspende a exigibilidade do crédito tributário. Tal suspensão, de natureza cautelar e mandamental inibitória, já não resulta apenas, nos termos legais, da "liminar em mandado de segurança" (CTN, art. 151, IV).

Esclareça-se, de logo, em prol do rigor científico da terminologia jurídica, que a palavra "liminar" não se relaciona com a natureza do provimento judicial, que se busca processualmente, nem com ele se confunde ou se identifica, como é de praxe fazê-lo, equivocadamente, doutrina e jurisprudência, aqui no Brasil.

A palavra "liminar" está ligada à idéia de tempo no processo, vale dizer, à pressa ou urgência do provimento judicial que se pede no processo. Por isso é que se diz, de forma acertada, que o juiz decidiu liminarmente (advérbio de tempo) a pretensão formulada ou, na expressão latina, *in limine litis, inaudita altera parte.*

Desenganadamente, liminar não é provimento judicial, mas sim momento processual em que se dá o provimento de urgência. O provimento judicial, que identifica com a liminar do inciso IV e com a medida liminar ou tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, a que se refere o novel inciso V do artigo 151 do CTN, tem inegável natureza jurídica de tutela cautelar específica, de eficácia mandamental-inibitória do ilícito tributário, a instrumentalidade nos moldes sistêmicos e garantidores dos comandos emergentes dos artigos 287, 461, 3º e 4º, 798 e 799, do CPC.

Estamos vivendo, hoje, na plenitude do poder geral de cautela do juíz, que de há muito rompera as mordaças da doutrina liberal do final do século XIX, para garantir o retorno do cidadão, neste novo século, capaz de reedificar o mundo pela consciência dos homens, no exercício da comunhão de sentimentos e da solidariedade, que se ilumina na inteligência criativa e serviente à aventura da vida, na feliz expressão de Mauro Santayana.

O juiz do Terceiro Milênio está autorizado pela consciência da cidadania fiscal e pela ordem jurídica justa a decidir, em juízo sumário, com base na verossimilhança das alegações e probabilidade da vontade da lei, já não mais aceitando a condição passiva de locutor impotente e amordaçado pela norma legal, como assim o quis Montesquieu.

Não só o poder geral de cautela do juiz, historicamente fortalecido, mas os textos legais em evidência conferem-lhe, agora, poderes estatais, que o

autorizam a editar provimentos mandamentais-inibitórios (ordenando um *non facere* cautelar ao agente fiscal), a requerimento da parte interessada, prevenindo, impedindo a continuação ou mesmo a repetição do ilícito tributário, a ponto de livrar o contribuinte da situação danosa e injusta do *solve et repete*, agravada pela imoralidade dos precatórios judiciais na ações de repetição do indébito tributário.

Nessa inteligência, a concessão da tutela mandamental-inibitória será cabível em juízo sumário, uma vez preenchidos os pressupostos legais, em qualquer tipo de processo ou ação judicial onde se busque prevenir, de pronto, a prática danosa do ilícito tributário.

A tutela cautelar de natureza mandamental-inibitória, como está prevista nos incisos IV e V do artigo 151 do CTN, em combinação sistêmica com os artigos 287, 461, 3º e 4º, 798 e 799, do CPC, enquadra-se na classificação de Kuttner, adotada pioneiramente no Brasil por Pontes de Miranda, na fala de que "na ação mandamental pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de fato e valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa ação nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o mandado." (1)

Nesse passo, observa Guilherme Marinoni que "na sentença mandamental não há apenas exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, mas ordem atrelada à coerção indireta".

Uma sentença que ordena sob pena de multa já usa a força do Estado, ao passo que a sentença que condena abre oportunidade para o uso dessa força. É correto dizer, nesse sentido, que a sentença que ordena sob o pena de multa tem força mandamental, enquanto que a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva; sua eficácia é que é executiva.

O mandado é mera decorrência da ordem; não cabe a ela definir a essência da mandamentalidade. A essência da mandamentalidade está no mandamento, vale dizer, na ordem imposta sob pena de multa. Quem pretende ver inibida a prática de um ilícito pede ordem sob pena de multa e não apenas mandado; mas também não pede, como é óbvio, simples condenação. O que varia do mandamento para a condenação é a natureza do provimento; o provimento condenatório condena ao adimplemento, criando o pressuposto para a execução forçada, ao passo que o provimento mandamental ordena a pena de multa. (2)

No que tange à eficácia inibitória da tutela mandamental, esclarece ainda Marinoni que "a tutela inibitória poderá ordenar um fazer ou um não fazer, conforme a conduta seja de caráter omissivo ou comissivo. A tutela inibitória pode ser classificada como uma tutela preventiva e específica. Preventiva porque voltada para o futuro; específica porque destinada a garantir o exercício integral do direito, segundo as modalidades originariamente fixadas pelo direito material".

A técnica da tutela inibitória, como se vê, é voltada para o futuro e não para o passado. A tutela inibitória demonstra a superação do princípio da derivação romana, pelo qual o ressarcimento do dano é verdadeiramente da natureza específica do próprio ilícito e da situação jurídica violada.

Ninguém prefere os danos à prevenção. Negar o direito à prevenção do dano é admitir que o cidadão é obrigado a suportar o dano, tendo apenas direito à indenização? (3)

Com essa clarividência, apresenta-se vitoriosa, no contexto da Lei Complementar nº 104/2001, a orientação jurisprudencial que, assim, apregoava: "A liminar, em mandado de segurança, suspende a exigibilidade do crédito tributário: de se estender tal efeito também àquela deferida em cautelar, porque, à época da elaboração do CTN/66, aos juízes não se atribuía o amplo e geral poder de cautela" (AG. 0432832/95-RS, 1ª Turma, TRF/4ª Região, Rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, DJU de 05.6.1996, p. 38.373). E, ainda, "embora a liminar concedida em ação cautelar não conste arrolada nos incisos do art. 151, do CTN/66, equipara-se à liminar concedida em mandado de segurança para os fins do referido dispositivo. Por outro lado, não se configura satisfativa a medida cautelar que suspende a exigibilidade do crédito tributário" (AC. 04458/97 – PR, TRF/4ª Região, 2ª Turma, unânime, Rel. Juíza Tânia Escobar, DJU de 10.7.1999, p. 409).

O CTN, agora renovado pela norma inteligente do inciso V de seu artigo 151, na redação da Lei Complementar nº 104/2001, "põe fim a rixas doutrinárias e resolve divergências de jurisprudência, harmonizando a aplicação do direito com o objetivo de conferir previsibilidade e estabilidade à relação jurídica do contribuinte com o Fisco"; no propósito da justificação apresentada pelo senador Jorge Bornhausen ao projeto do Código de Defesa do Contribuinte, onde se prevê que, para a defesa dos direitos e garantias protegidas por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, observadas as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24.7.1985 (Projeto de Lei Complementar 646/99, art. 48).

BIBLIOGRAFIA

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. — Tratado das Ações – São Paulo, RT, 1970, Vol. 1. p. 211.

2. MARINONI, Luiz Guilherme. — Tutela Específica. São Paulo. RT, 2000, p. 45.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. — Questões do Novo Direito Processual Civil Brasileiro. Editora Juruá, Curitiba (PR), 1999, p. 163/195.

* Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e Professor Universitário.

❖ ❖ ❖

O PROBLEMA PREVIDENCIÁRIO COMO SERVIÇO JUDICIAL: CRIATIVIDADE, GESTÃO E PERSPECTIVAS

PALESTRA PROFERIDA NO VIII CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO PERÍODO DE 12 A 17 DE OUTUBRO DE 2000.

***A**lexandre **C**osta de **L**una **F**reire* ***

Formalizando este encontro, saúdo os integrantes da Procuradoria da Previdência Social na pessoa da Drª ERIDAN ARAÚJO, Procuradora do INSS, aposentada (aplausos), a quem a Justiça Federal na Paraíba deve e reconhece o seu empenho, a sua luta para que a Justiça Federal na Paraíba tivesse o *forum* saindo de dois casarões, de certa forma já deteriorados pelo tempo, com mais de duas décadas, e contribuindo para que a Justiça Federal pudesse adequar-se aos novos tempos e proporcionar às partes, aos advogados e procuradores melhores condições de trabalho.

A temática do presente painel contempla os assuntos: Procuradoria da Previdência Social, Justiça Distrital, Previdência e Justiça do Trabalho.

Refleti em qual aspecto poderia contribuir para enriquecer este evento, composto de auditório de especialistas em Direito Previdenciário e de palestrantes de elevado quilate. Conclui, então, que deveria ajustar a minha intervenção de forma concreta sobre a experiência de nossa realidade.

Sabemos que a questão previdenciária é um grande desafio, pois é um grave problema diante da globalização dos mercados. E aí procurei centrar o tema no seguinte teor: O problema previdenciário como serviço judicial: criatividade, gestão e perspectivas.

Os especialistas econômicos e políticos sobre o tema previdenciário têm apresentado propostas e críticas severas. Há um acervo enorme de apontamentos. Poderíamos citá-los, dentre outros, artigos tratando da reforma previdenciária desde a Constituição de 1988. O espaço e o tempo não o permitem, entretanto.

No exercício da função judicial exercemos também uma função administrativa, que é a administração do processo, seja no âmbito cartorário, seja no estrito aspecto da função de julgar a causa, prestando um serviço. Esse serviço, que é composto de uma arte de sentenciar extraída da técnica de dirigir o processo, é o centro da função jurisdicional.

Uma metodologia da arte de sentenciar deve apresentar vários enfoques, variando de perfil conforme o julgador. Rememoro alguns: a) elementos que compõem a teoria do conhecimento jurídico aplicada à sentença; b) os vários campos do conhecimento jurídico e sua integração hermenêutica; c) da interpretação e suas diversas incidências no caso concreto; d) do tempo e da experiência; e) dos vários perfis profissionais; f) da aplicação do Direito e da busca do Justo.

No tema deste painel destaco o relacionamento e a atuação dos advogados e procuradores das partes, no que diz respeito aos atos processuais. Há que separarmos a atuação do profissional do Direito no tocante à sua qualificação, com as atividades formais do acompanhamento e execução de atos processuais, embora componentes da prestação dos serviços jurisdicionais.

Cabe não esquecer que a confecção das peças forenses tem sua importância, mas os autos do processo, no atual modelo reinól, são o grande inimigo da boa e moderna atuação na sociedade de informação.

O tema qualidade nos remete, de imediato, a uma suposta caracterização elitista. É muito frequente as pessoas associarem qualidade a custo. Supostamente, somente aquilo que é de maior valor ou caro, seria de boa qualidade. Essa visão é equivocada. Se, na filosofia da qualidade, o cliente é, sem dúvida, a maior autoridade, porque a ele é destinado o serviço, o produto, é preciso repensar esse conceito e ajustá-lo à realidade de um contexto específico da Administração Pública.

Com relação aos modelos de gestão ultrapassados, no início da década de 70, assistimos a uma verdadeira mudança de paradigmas na gestão das instituições públicas. A idéia principal é a de que a reforma do aparelho do Estado, da Administração Pública, tem que começar primeiramente por dentro das próprias instituições. Isso porque o principal foco dos problemas não está nas pessoas e sim nos sistemas, nos modelos de gestão que têm sido adotados.

O sentido da qualidade total que se busca nas instituições públicas não é qualidade absoluta, não é qualidade integral, não é qualidade inquestionável, não é qualidade de cabo a rabo. É apenas um nível de qualidade onde toda a organização esteja comprometida e envolvida, é um patamar de qualidade que a organização assume perante os seus “clientes”, esse clientes entre aspas. E que, para atingi-lo, envolve toda a organização, do maior ao mais simples escalão.

Qualidade, assim, é coisa de qualquer lugar, de qualquer pessoa e de qualquer contexto. Não se limita apenas ao setor industrial ou comercial, mas também à prestação de serviços, públicos ou privados.

Em outras palavras, a qualidade é o comprometimento de todos das instituições em busca da qualidade, isto é, o pontapé inicial é o comprometimento subjetivo dos que integram as instituições públicas.

Instituições públicas que prestam serviços de qualidade, reconhecidos e legitimados pela sociedade, jamais deixarão de existir e, por consequência, estará assegurado o espaço funcional àqueles que atuam nessas instituições. Por outro lado, aquelas que não observam o interesse da sociedade e não buscam essa legitimação, com certeza estão tendentes a desaparecerem do cenário.

O Código de Defesa do Consumidor, como mecanismo de reforço da cidadania, dá respaldo jurídico à boa prestação de serviços e fornecimento de produtos, até mesmo na área pública, lembrando que aqui deve ser observado a legislação específica.

O aspecto da defasagem tecnológica é comum à Administração Pública. Existe uma enorme defasagem entre a iniciativa privada e a Administração Pública. Não raro encontramos na iniciativa privada recursos tecnológicos

avançados e coisas ultrapassadas na Administração Pública. Mesmo na Administração Pública, como se sabe, há órgãos melhor estruturados, com mais recursos e mais eficientes em suas atribuições do que outros, conforme as prioridades governamentais.

O princípio da eficiência da Administração Pública introduzido na Constituição Federal pela Emenda nº 19, de junho de 1998, embora já previsto no Decreto-Lei nº 200, de 1967, é paradigma que vincula a atuação dos órgãos públicos.

É urgente mudar esse quadro, não só do ponto de vista de equipamentos de informática, mas também as tecnologias de gestão, superando métodos administrativos e gerenciais obsoletos, o que trará benefícios não só aos destinatários dos serviços públicos como também aos integrantes dos órgãos públicos.

A qualidade total pressupõe a adoção de uma visão estratégica. O órgão público precisa definir sua missão, seus valores, seus objetivos de curto, médio e longo prazo, seus problemas, sua clientela, que tipo de servidor deseja, entre outros. Nessa tarefa precisa ouvir o "cliente", mais uma vez o termo entre aspas, para dele saber o que deseja do órgão.

Feito isso, busca-se adotar um modelo gerencial contemplando a missão, objetivos e os recursos materiais disponíveis, bem como o quadro funcional.

A alternativa de gerenciamento estratégico de recursos e diretrizes na administração dos serviços poderá ser uma das molas a traçar o diferencial de qualidade no aprimoramento dos quadros funcionais e dos resultados pretendidos.

Há uma crença de que somente através da informatização é que se solucionam os problemas. De fato, o computador e os sistemas informatizados de uma maneira geral têm sido uma excelente ferramenta na solução de problemas, mas eles não são os únicos.

Muitas vezes a maioria dos problemas pode ser resolvida com ações tópicas, de simplificação de tarefas, eliminação de etapas desnecessárias que não agregam valor nenhum, que podem ser eliminadas sem que o processo e a qualidade do ponto de vista do "cliente" sejam afetados.

Se antes de informatizar não racionalizarmos, não buscarmos identificar onde estão os pontos de estrangulamento, os chamados pontos de estrangulamento, em ciência da administração, que podem ser contornados ou eliminados, corremos o sério risco de informatizar a ineficiência, fazendo mais rápido o que talvez não precisasse ser feito.

Assim como o uso da informatização, se não houver um cuidado permanente, pode constituir grande fonte de erros na execução de tarefas repetidas e assemelhadas, como é o caso forense e das procuradorias. Por exemplo: um processo judicial discute revisão de benefício previdenciário e o julgamento diz respeito a correção do saldo do FGTS, ou uma contestação tratando de matéria diversa daquela que foi tratada na Inicial. Também uma peça, uma sentença, um despacho que é mal colocado nos autos que não era para ser colocado. E ocorrem quando há milhares de ações por Vara.

Não obstante, a informática e os métodos quantitativos adotados em prismas gerenciais na prestação de serviços públicos são ferramentas atualmente indispensáveis para aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo na consecução das tarefas.

Com o suporte da informática há uma infinidade de situações que levariam a minimizar os esforços desnecessários à tramitação do processo judicial e, no caso, da elaboração da defesa da Previdência Social, ou da instrução do próprio processo. No exame administrativo dos pedidos de benefícios também ocorrem esses fenômenos.

Os recursos dos aplicativos disponíveis no mercado conferem praticidade, agilidade, velocidade e foco aos atos judiciais e administrativos.

A agilidade voltada para a rápida implantação de rotinas de simplificação dos atos processuais.

A velocidade provém da valorização e da avaliação em que são detectados pontos de engarrafamento em setores e atos que dificultam e, algumas vezes, impedem o fluxo natural da sequência lógica dos procedimentos judiciais e administrativos.

A velocidade apresenta aspectos significativos como a minimização ou mesmo a eliminação do esforço físico, principalmente, em quadro funcional diminuto. A redução relevante de custos diante das restrições orçamentárias imprevisíveis. O tempo de resposta e o resultado beneficiam a execução do serviço, com qualidade, exatidão, eliminando o desgaste, e liberando o funcionário para outras atividades.

A reforma do Judiciário é o modismo. O modismo é uma situação que não se limita apenas ao mercado de consumo. Na política, nas artes, na literatura e no vestuário também. A modernidade, entre outras novidades, trouxe o modismo na Administração Pública, embora em cada eleição sempre haja políticos momentâneos e, mesmo caindo de moda, alguns deles criam moda. Estilistas da pronta entrega, costuram as situações ao prazer da encomenda. Criam marcas, sem prévio teste ou prova, apenas se expõem, como se dispensassem controle de qualidade.

A mais recente, superado (?) o impacto do agito cambial e do prejuízo "brasileño" das reservas, concentrou-se num dos ramos do Governo chamado Poder Judiciário.

Tivéssemos a tradição constitucional bicentenária americana não teríamos dificuldade em saber que há três ramos de gestão do Estado, em que, se não funcionarem harmônica e independentemente, haveria um ou mais ramos, mais "governo" de um em relação ao outro.

A bola da vez é a Administração Judiciária, embora parte da mídia tenha concentrado as baterias contra os juízes, como acontece na "sociedade espetáculo".

É nua e crua a realidade da Administração Judiciária, que se não confunde com o ofício de julgar, de administrar a tramitação processual, de proferir decisões rápidas, de conciliar conflitos, de assegurar igualdade, ou melhor, desigualdade aos desiguais.

Administração Judiciária é um novo ramo da Ciência da Administração, ainda incipiente, cujo objeto não está bem definido e a grande maioria dos juízes e funcionários desconhecem-na.

Há algumas iniciativas visando aperfeiçoá-la, difundi-la, ensiná-la e, principalmente, aplicá-la intensivamente. Não se concebe em plena era virtual

descrever as maravilhas da internet, ou a força da multimídia (das várias mídias) com formulários obsoletos para comunicação de atos processuais, mormente, quando as leis processuais são continuamente alteradas por Medidas Provisórias, vírus legislativo fomentador do *bug* das fontes jurídicas.

Não fosse o THEOTONIO NEGRÃO, indispensável nas mesas de todos os operadores do Direito, os despachos e decisões urgentes talvez não chegassem a tempo e modo com tantas janelas de informação.

Há mais de dez anos que as ações em série deságuam na Justiça (produto de consumo, metonímia no Estado Espetáculo), com a lentidão que merece a devolução do empréstimo compulsório sobre consumo de combustíveis e aquisição de veículos desde 1986, aguardando precatórios e sua atualização perversa.

A contabilidade gerencial permite avaliar se as receitas de exações forçadas superam os custos com o emperramento da máquina administrativa, nela a judicial. A curtíssimo prazo, e há profissionais deslumbrados, as receitas extraordinariamente significativas impressionam os desavisados ou os previamente avisados nos escaninhos da informação financeira. Mas, o custo da máquina é uma lembrança saudosista.

Uma leitura de DRUCKER pode orientar como administrar em tempos de transformações virtuais.

Foge aos princípios da Administração a concepção de que ainda persistem milhares de autos processuais, em todo o país, aguardando o encerramento das ações, com matéria já pacificada desde o Supremo Tribunal Federal até a primeira instância, emperrando o Judiciário e outros órgãos, desgastando os seus quadros e desacreditando a prestação dos serviços judiciários.

Não que o custo da Administração se limite a energia, limpeza, salário, material de consumo, etc, mas também aos fatores que repercutem na estrutura dos funcionários, dos juízes, procuradores, entre outros.

Quando as empresas transnacionais – a força emergente da economia globalizada — se pretendem competitivas investem na qualidade de vida dos empregados. Pensam sempre em coisas importantes, dentre elas a motivação, eficiência, eficácia, treinamento, benefícios, etc.

O formalismo inútil e exagerado que domina a legislação processual é uma realidade a ser encarada. O processo instrumental é uma necessidade para garantir a realização do direito, a estabilidade das relações sociais, a confiança na ordem jurídica, a valorização das instituições sociais.

Pouco adianta uma estrutura formal, vazia, afastada da realidade, mera ilusão de deleite intelectual, que antecede ao tédio, à compulsão de livrar-se da tarefa exaustiva, fastidiosa. Quando se lida com o destino dos outros, é necessário tempo para ouvir, refletir e decidir. Soa estranho para nós, da área jurídica, o “julgamento em série, em bloco, por indicação”.

Em relação ao trabalho e saúde na sociedade globalizada aponta a Organização Mundial de Saúde para a saúde mental e para as principais fontes de estresse no trabalho, conforme o quadro a seguir:

Principais fontes de estresse no trabalho
1. Muito ou demasiado pouco para fazer
2. Falta de comunicação bidirecional
3. Não ser apreciado
4. Processos inconsistentes de avaliação de desempenho
5. Ambigüidade na carreira e no emprego
6. Políticas e direção pouco claras da empresa
7. Desconfiança
8. Incertezas
9. Interrupções aleatórias de projetos
10. Síndrome do trabalho monótono: coisas demais a fazer ao mesmo tempo

Fonte: Federação Mundial para a Saúde Mental – Gazeta Mercantil, outubro de 2000

Esses dados já são do conhecimento da OMS diante do mercado de trabalho, desemprego e globalização. Isso a refletir-se nas empresas e nas instituições públicas. Se olharmos ao redor não é difícil identificar um ou mais destes fatores em nosso ambiente de trabalho.

Finalizando, com o consultor ROBERTO MENNA BARRETO, autor de "Criatividade no Trabalho e na Vida", eu diria que a criatividade necessita de um problema. Isto é, nas palavras do professor ROBERTO BARRETO: "A criatividade começa invariavelmente com um problema e acaba com ele, nos dois sentidos da expressão."

Muito obrigado (aplausos).

* Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária na Paraíba

❖ ❖ ❖

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO — INEXIGIBILIDADE, INFRAÇÕES E GARANTIAS

***L**uíz **C**arlos **F.** **V**ianna **

I. Prólogo II. Inexigibilidades III. Infrações IV. A garantia V. Conclusões

I. Prólogo

Entre as múltiplas questões que a Certidão Negativa de Débito encerra, objetiva-se, neste pequeno trabalho, abordar algumas das mais intrigantes, entremeadas, aqui e ali, da jurisprudência dos tribunais. Não se trata de apanhado completo mas, tão-somente, de panorama sintético, com o intuito único de colocar o tema sob ampla discussão, já que longe se esta de propor soluções.

A pretensão básica gravita em torno da investigação de três conjuntos de problemas: as inexigibilidades, as infrações e a garantia, em alguns casos necessária para a obtenção da certidão. Evidentemente não se dispensou, quando necessário ao adequado tratamento da matéria, o enfrentamento de questões periféricas porém intimamente ligadas ao tema como, por exemplo, o lançamento por homologação e a CND.

II. Inexigibilidades

Ao lado das inexigibilidades previstas na Lei de Custeio da Seguridade Social — Lei 8.212/91, art. 47, § 6º[1] —, cumpre registrar inexigibilidades outras advindas de leis esparsas, decreto regulamentar, bem como, de assentamento jurisprudencial.

Quadra, de logo, mencionar que, em regra, o crédito tributário não dispensa o lançamento.[2]

---

[1] Independe de prova de inexistência de débito: a) a lavratura ou assinatura de instrumento, ato ou contrato que constitua retificação, ratificação ou efetivação de outro anterior para o qual já foi feito prova; b) a concessão de garantia para concessão de crédito rural, em qualquer de suas modalidades, por instituição de crédito pública ou privada, desde que o contribuinte referido no art. 25, não seja responsável direito pelo recolhimento de contribuições sobre a sua produção para a Seguridade Social; c) a averbação prevista no inciso II deste artigo, relativa a imóvel cuja construção tenha sido concluída antes de 22 de novembro de 1966.

[2] Lançamento é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, modificativos ou assecuratórios e vinculados mediante o qual se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito e estipulando os termos da sua exigibilidade. (Carvalho, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 263)

Em se tratando, no entanto, de crédito tributário sujeito a lançamento por homologação, como soe acontecer com as contribuições sociais, o caso assume, não sem controvérsia, outra configuração. É que, sobre a matéria, assim dispõe o Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999:

> "Art. 258. Não será expedido documento comprobatório de inexistência de débito, salvo nos seguintes casos:
>
> (omissis)
>
> § 3º Independentemente das disposições deste artigo, **o descumprimento do disposto no inciso IV do caput do art. 225 é condição impeditiva para expedição do documento comprobatório de inexistência de débito**." (grifei)
>
> "Art. 225. A empresa é também obrigada a:
> (omissis);
> IV — informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os **fatos geradores de contribuição previdenciária** e outras informações de interesse daquele Instituto;" (grifei)

Estas disposições, consagradoras da desnecessidade de processo administrativo para a constituição do crédito fiscal nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, encontram eco jurisprudencial, conforme atesta o aresto a seguir colacionado:

> "EMENTA — TRIBUTÁRIO. OBTENÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE DA EXPEDIÇÃO DA CND PARA O CONTRIBUINTE EM DÉBITO COM FISCO. DESNECESSÁRIO O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL PARA AQUELES TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OU AUTOLANÇAMENTO. PRECEDENTES DOS EGRÉGIOS SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
>
> APELO IMPROVIDO. (TRF 5ª Região, T. 2ª, MAS nº 0558523, Relator: Juiz Napoleão Maia Filho (substituto) — DJ.16/01/98 p. 130.)"

Cumpre, entretanto, registrar que, mesmo em sede de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência dominante, de onde se destaca o julgado a seguir selecionado, não dispensa o devido lançamento.

> "Tributo sujeito a lançamento por homologação. Administrativo. Tributário. Fornecimento de Certidão negativa. CTN, art. 141. 1. Sem crédito constituído definitivamente, líquido, certo e exigível, o contribuinte tem direito à certidão negativa de débito. 2. Precedentes. 3. Recurso improvido. (STJ, 1ªT, Resp 95.268/RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, mar/1997)"

Fundo de Investimento Imobiliário

Fundo de Investimento Imobiliário é o condomínio fechado, sem personalidade jurídica, que se caracteriza pela comunhão de recursos destinados a aplicação em empreendimento imobiliário. Seu patrimônio constitui-se de bens e direitos adquiridos

por uma entidade administradora que detém a propriedade fiduciária. A teor do art. 7º, § 3º, da Lei 8.668/93, é desnecessária a apresentação de CND na alienação de imóvel do fundo, nos seguintes termos:

> "A instituição administradora fica dispensada da apresentação da Certidão Negativa de Débitos, expedida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições, administrada pela Secretaria da Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário."

Entidades assistenciais – As entidades assistenciais não estão, inobstante a isenção legal (art. 30 da Lei 8.212/91), dispensadas da comprovação da inexistência de débito nas alienações e onerações de imóveis. É que, a teor do art. 33, § 3º, da mencionada lei, tais entidades são responsáveis pelo recolhimento da contribuição de seus empregados. De se consignar, no entanto, que não tendo faturamento ou lucro, desnecessária se torna a certidão expedida pela Receita.

Empresa estrangeira — A empresa estrangeira que não exerce atividade comercial no país, não tendo, de conseguinte, segurados, não se amolda ao conceito jurídico de "empresa"[3], não se prestando, assim, a figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Deve, assim, ser dispensada da apresentação de CND na alienação, eventual, de imóvel.

Empresa comercializadora de imóvel

Calha, inicialmente, observar que a prova de quitação de débitos previdenciários nas alienações e onerações imobiliárias tem origem na Lei 3.807/60. Posteriormente, o Decreto 83.081/79 dispensou as empresas de comercialização da apresentação de CND nas transações de imóveis lançados no ativo circulante da contabilidade. Tal dispensa, no entanto, não foi contemplada pelas disposições da Lei 8.212/91, nem tampouco, pelos Decretos regulamantares anteriores ao Decreto nº 3.265, de 29/11/99. Não obstante, as Ordens de Serviços nº 156, de 04/03/97, nº 167, de 18/06/97, e nº 182, de 30/01/98, embasadas em parecer da Consultoria Jurídica, aprovado pelo Ministro da Previdência Social, dispensavam, de variadas formas, a CND nas transações envolvendo empresas de comercialização de imóveis.

Atualmente, o Decreto 3.048/99, art. 257, § 8º, inciso IV (inciso acrescentado pelo Decreto 3.265/99, já mencionado) dispensa a apresentação de CND *in casu*, nos seguintes termos:

> "A transação imobiliária referida na alínea b do inciso I do *caput*, que envolva empresa que explore exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda, desde que o imóvel objeto da transação esteja contabilmente lançado no ativo circulante e não conste, nem tenha constado, do ativo permanente da empresa."

[3] De certa forma seria possível dizer que a empresa é a pessoa que tem segurado a lhe prestar serviço, … (Martins, Sergio Pinto. Direito da Seguridade Social. São Paulo: Atlas, 2000, p.133)

Arrematação e adjudicação

Omissa é a legislação no que toca à comprovação de ausência de débitos sociais tributários no registro de arrematação/adjudicação no Cartório de Registro de Imóveis. O suprimento da lacuna, para desvendamento da questão, passa, assim, por uma interpretação teleológica das normas reguladoras das certidões fiscais. Nesse passo, forçoso é reconhecer: tais normas visam obstar a fraude contra eventuais credores com a indevida alienação ou oneração de imóveis. Descortinado o sentido, resta evidente, em face da inexistência do citado vício no ato jurisdicional, a inexigibilidade da CND no registro de adjudicação / arrematação judicial de imóvel.

Para elucidar a questão, cite-se trecho de acórdão oriundo do e. Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou matéria em tudo idêntica ao caso em exame:

> **"A apresentação de certificado de quitação de débitos previdenciários não constitui pressuposto necessário do registro de cartas de adjudicação ou arrematação de bens imóveis. (...)** Condicionar, pois, a operância da transmissão forçosa, decorrente de ato jurisdicional, ainda que se não desenhe fraude, valeria por deixar a sorte dos processos executivos ao aviso das devedoras, ou transformar os arrematantes judiciais em garantes imediatos das dívidas previdenciárias, comprometendo o interesse público subjacente a atividade jurisdicional. O certificado será, destarte, necessário, enquanto ato do contribuinte devedor, para a expedição de carta de adjudicação ou arrematação, quando se configure possibilidade de fraude contra a credora autárquica. (Acórdão de 29.06.1978, publicado no *DOE* de 21.07.1978, proferido em ApCiv 270.748, sendo apelante a Caixa Econômica Federal e apelado o Oficial do Registro de Imóveis da comarca de Nhandeara)." (grifei)

Registre-se, entretanto, que em se tratando de registro de adjudicação compulsória (ação de execução de obrigação de fazer) imperiosa se torna a CND. Neste sentido é o entendimento do TJSP – CSM; AC nº 37.382-0 – Birigui; Rel. Des. Márcio Bonilha, j. 10/03/97; v.u. (JTJ 195/364):

> "Ementa oficial. Registro de Imóveis. Dúvida. Título judicial. Carta de sentença tirada de ação de execução de obrigação de fazer (adjudicação compulsória). Sentença substitutiva de vontade do alienante, pessoa jurídica, que não elide a exigência de apresentação de certidões negativas de contribuições sociais devidas ao INSS e aquelas arrecadadas pela Receita Federal (Lei 8.212/91). Registro negado. Recurso improvido."

III. Infrações

O descumprimento dos deveres legais atinentes à CND podem configurar infrações tributárias, funcionais e criminais, daí decorrendo as devidas responsabilizações, bem como, a nulidade do ato/registro.

Ressalte-se, de logo, que a falsificação de Certidão Negativa de Débito constitui crime, nos termos do art. 301 do Código Penal.

Por outro lado, o funcionário público que expede certidão negativa errada, com dolo ou fraude, responde, nos termos do art. 208 do Código Tributário Nacional, pela obrigação tributária, bem como, pelas eventuais infrações funcionais e criminais.

Sublinhe-se, outrossim, que a inobservância na exigência de CND pelos Oficiais de Registro e Tabeliães, nos casos legalmente previstos (art. 47 da Lei 8.112/91), acarreta, de conformidade com o art. 134, VI, do CTN., responsabilização tributária. Neste sentido a lição do mestre Aliomar Baleeiro: A responsabilidade de tabeliães e serventuários de ofício os solidariza pela negligência em velar que sejam pagos os tributos nos atos que celebram, como o imposto de transmissão imobiliária *inter vivos*, os de operação de crédito, etc,…[4]

Finalizando este tópico, não é demais repisar que a inobservância das regras atinentes à CND geram, a teor do art. 48 da Lei 8.212/91, a nulidade dos atos e registros violadores. De se consignar, no entanto, jurisprudência oriunda do e. STJ dando pela ineficácia, e não nulidade, da alienação de imóvel sem a apresentação de CND, assim ementada:

> "A alienação de imóvel. Contribuições Sociais. Certidão negativa. **A falta de apresentação desta certidão faz o ato ineficaz em relação à previdência**, podendo proceder-se à penhora do bem como se alienação não tivesse havido. Não pode ser alegada por terceiro, inteiramente estranho a razão de ser da norma. (STJ, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Resp 96/0021723-8)" (grifei)

IV. Garantias

É consabido que o crédito tributário devidamente garantido não pode se constituir em óbice à certidão negativa ou positiva com força de negativa. Assim, havendo depósito integral (Súmula 112 do STJ) ou penhora suficiente, devida é a mencionada certidão, nos termos do art. 206 do CTN (Súmula 38 do TFR). Assente-se, também, que eventual exigência de depósito em sede de recurso administrativo não afronta o princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV). Este é o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal esposado no R.E. nº 243.730-1, com relatoria do Ministro Sidney Sanches:

> "O Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar, a 12 de novembro de 1997, o R.E. nº 210.246, de que se tornou relator para o acórdão o eminente Ministro NELSON JOBIM, por maioria de votos, firmou entendimento no sentido de que a exigência do depósito, para efeito de recurso, não viola o princípio da ampla defesa.
>
> A orientação vem sendo seguida por ambas as Turmas da Corte, como, por exemplo, no R.E. nº 224.958, relator Ministro CARLOS VELOSO, 2ª Turma, D.J.U. de 26.06.1998, R.E. nº 223.179, relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, 2ª Turma, D.J.U. de 26.06.1998, R.E. nº 210.192, relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, D.J.U. de 03.04.1998."

[4] Direito Tributário Brasileiro. Forense. 1990, p. 491.

Consigne-se, por derradeiro, que o e. Superior Tribunal de Justiça tem entendido, de forma reiterada, nos termos do julgado a seguir transcrito, que o parcelamento, por se constituir em modalidade de moratória, suspende a exigibilidade do crédito, de conformidade com o art. 151 do CTN, não podendo, de igual forma, se constituir em óbice à certidão positiva, com força de negativa.

> "Ementa TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE CND**.** PARCELAMENTO DO DÉBITO. EXIGÊNCIA DE GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
>
> 1. Suspensa a exigibilidade do crédito pelo parcelamento concedido, sem a exigência de garantia, esta não pode ser imposta como condição para o fornecimento da CND.
>
> 2. Recurso especial improvido. (RESP 227306/SC; 2ª Turma; Relator Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS; DJ de 21/08/2000, p.112; data da decisão 25/04/2000)"

V. Conclusões

Ao cabo do quanto foi exposto, ressaem as seguintes conclusões:

1. Inexistindo crédito tributário devidamente lançado a jurisprudência dominante aponta para a necessidade de expedição de CND, ainda que se trate de lançamento por homologação.

2. É dispensável a CND na alienação de imóvel de Fundo de Investimento Imobiliário.

3. As entidades assistenciais, não obstante a isenção concedida pelo art. 30 da Lei 8.212/91, não estão dispensadas da comprovação da inexistência de débitos nas alienações e onerações de imóveis.

4. É inexigível a apresentação de CND da empresa estrangeira que não exerce atividade comercial no país na alienação de imóvel.

5. A alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel que envolva empresa que explore exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda, independe de comprovação de inexistência de débito, desde que o imóvel objeto da transação esteja contabilmente lançado no ativo circulante e não conste, nem tenha constado, do ativo permanente da empresa.

6. Não deve ser exigida a CND no registro de arrematação ou adjudicação judicial de imóvel.

7. Do descumprimento dos deveres legais atinentes à apresentação de CND decorre responsabilidade tributária, funcional e criminal, bem como, a nulidade do ato ou registro violador da lei.

8. O crédito social tributário devidamente garantido, ou parcelado, não inviabiliza a expedição de certidão positiva de débito, com efeito de negativa.

* Procurador Federal / PPS / São José do Rio Preto.

❖ ❖ ❖

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS

A BIPARTIÇÃO DO DOMÍNIO NO DIREITO SOCIETÁRIO
— *PROPRIEDADE DIRETA E PROPRIEDADE INDIRETA* —

***A**mérico **L**uís **M**artins da **S**ilva* ***

RUBENS REQUIÃO sempre alertou que a natureza jurídica dos valores entregues pelos sócios à sociedade (contribuição social, cota ou parte do sócio na composição do capital social), é um dos mistérios do Direito Comercial.[1] O fim, pois, dos nossos esforços, neste momento, é contribuir, com nossas reflexões, para a elucidação desses mistérios e reforçar a fundamentação da natureza jurídica das entradas dos sócios nas sociedades conforme a concepção que as vê como direito de propriedade, bem como reforçar a fundamentação da natureza jurídica das ações conforme a concepção que rejeita a ação das sociedades como título de crédito.

Iniciaremos os nossos comentários pelo crédito. Porque o crédito? Em vista de o crédito em sentido estrito (*stricto sensu*), como alguns preferem, constituir o ponto determinante para que um documento possa ser um título de crédito. Não se concebe ser título de crédito aquele documento que não expresse uma operação de crédito em sentido estrito. Assim, o crédito é o principal ponto de afastamento entre os títulos de crédito e as ações das sociedades comerciais. Ele é fundamentalmente responsável pela distinção entre a natureza de um e a natureza de outro.

O crédito importa sempre três propriedades básicas, sem as quais não se pode caracterizá-lo: o ato de confiança, a devolução obrigatória do valor transferido (seja por compensação ou por pagamento em espécie) e o uso do capital por um lapso de tempo determinado.

Quando um acionista adquire uma ação, obviamente existe o ato de confiança, não em uma pessoa devedora, mas no sucesso do empreendimento a ser desenvolvido pela sociedade. Porém não existe a obrigação de devolver o valor transferido (resgate), porque a ação é uma captação de dinheiro que não exige a sua devolução (recursos próprios ou recursos não-exigíveis); pode, sim, haver a obrigação de partilhar entre os acionistas o que se apurar em liquidação, mas isto, excepcionalmente. Ademais, o uso do capital captado por parte da sociedade tem, em si, o caráter permanente.

A transferência de valores realizada na aquisição de ações não atende absolutamente aos pressupostos do crédito. Daí se dizer que a ação não é título de resgate, mas de permanência,[2] pois o resgate é típico dos documentos de crédito e não dos documentos de mera participação em empreendimentos de risco. Daí se dizer, também, que o acionista não faz jus a prestações predeterminadas ou predeterminável, mas a um fluir de direitos, pois predeterminação é própria dos documentos de crédito, onde há a obrigação de pagar o valor previamente estabelecido, previsão esta própria, também, em relação ao prazo.

---

[1] Cf. *Curso de Direito Comercial*, 2º vol., 13ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1984, p. 279.

[2] Cf. José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986, p. 153.

Dessa maneira, é muito difícil colocar as ações entre as operações de crédito e impossível colocá-las na categoria dos títulos de crédito.

Existe mais de um aspecto importante para definirmos a natureza jurídica das ações. Entre eles, outro ponto que muito se tem discutido na doutrina, além da natureza do documento que espelha as entradas feitas pelo sócio para compor o capital da sociedade, é a natureza do direito do acionista sobre a universalidade dos bens sociais, pois uma coisa está invariavelmente ligada à outra. Apesar de ainda ser fruto de debates, é quase inquestionável que as entradas realizadas pelo acionista não são uma operação de crédito — inquestionável pelo menos no seu sentido estrito, conforme já demonstramos. Se não é uma operação de crédito, conclui-se que o acionista também não é credor, como seria, se beneficiário numa operação cambial. Então o que será?

Parece-nos que a posição dos sócios na sociedade está mais perto do direito de propriedade que do direito de crédito. A participação na administração da sociedade diretamente como gerente ou como simples conselheiro, fiscalizando os atos de administração, é um direito que deriva do principal que é o direito real ou de propriedade. No entanto a doutrina tem caminhado para o desdobramento da posição dos sócios em duas partes: um direito pessoal e outro patrimonial. Para esta corrente doutrinária, o direito pessoal do sócio é o que decorre do *status* de sócio, ou seja, participar na administração da sociedade, e o direito patrimonial é o direito de crédito consistente em perceber o quinhão dos lucros durante a existência social e, em particular, na partilha da massa residual, depois de liquidada a sociedade.[3]

A esse respeito, ponderamos que uma pessoa, proprietária de uma determinada coisa, a administra pessoalmente ou entrega a administração de seu uso a outra pessoa, sob a sua fiscalização, como parte do exercício do seu direito de propriedade. A participação na administração da coisa é própria do direito de propriedade. O mesmo não podemos dizer do direito de crédito, onde o credor não participa da administração do bem entregue ao devedor, enquanto este não cumprir a prestação prometida. Sob este ângulo da questão, o conjunto de faculdades do sócio ou acionista está mais próximo do direito de propriedade.

Pois bem! A propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. Comentamos, também, que, quando terceiro detém os poderes de usar e gozar, detém a posse direta e o proprietário a posse indireta, pois este ainda permanece detendo o domínio sobre a coisa. A parte do Direito Civil que rege a propriedade estabelece que, quando são destacados todos os seus elementos, perde-se o domínio sobre a coisa e, por conseqüência, a própria propriedade. A extinção do domínio, para o Direito das Coisas, é a perda da propriedade.

Imaginemos, entretanto, ser possível destacar todos os elementos da propriedade, operando-se a transmissão voluntária da coisa e, ainda assim, ter-se a propriedade indireta, ficando o alienatário com a propriedade direta. Dentro desta situação entendida por muitos como “ficção”, a bipartição ou o estado de propriedade direta e indireta perduraria enquanto existisse o alienatário, após o que a propriedade direta retornaria ao alienante, ou ainda perduraria enquanto houvesse anuência do

[3] Cf. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1934, p. 391.

alienante a tal estado de coisas. Uma vez que este quisesse pôr fim a esta situação, teria o domínio absoluto sobre a coisa, objeto da transferência, pois esta, como foi dito, voltaria ao seu poder direto. Também, enquanto o alienatário detivesse a propriedade direta, entregaria os frutos da utilização econômica da coisa ao proprietário indireto ou alienante.

Tais circunstâncias, evidentemente, são inimagináveis na concepção e nos princípios adotados pelo Direito das Coisas em relação à propriedade, em virtude, justamente, de ocorrer a alienação, com a qual haveria, irremediavelmente, a perda total do domínio sobre a coisa transferida. Impossível, portanto, dentro dessa parte do Direito, falar-se em propriedade direta ou indireta. Porém, no universo societário, quer seja mercantil ou civil, encontramos claros indícios desse estado de domínio, a respeito do qual, inclusive, poderíamos meditar com mais liberdade, extrapolando um pouco as tradicionais argumentações sobre o direito de crédito e o direito de propriedade.

Nesta oportunidade, vale ressaltarem-se as particularidades do Direito Societário, que não são seguidas pelos demais campos do Direito. A inaplicabilidade integral dos princípios do Direito das Coisas ao Direito Societário também toma corpo no caso da incorporação dos bens imóveis. Para o Direito das Coisas, os bens imóveis se adquirem originariamente *inter vivos* pela transcrição do título em registro público apropriado. Doutrinadores civilistas asseguram que a lei cerca de maiores garantias a circulação da riqueza imobiliária, exigindo solenidades para a transmissão da propriedade dos bens imóveis, que se estendem até o próprio título. Assim é que a alienação de tais bens deve obedecer necessariamente à forma de escritura pública (art. 134, Código Civil).[4] A escritura pública é da substância do ato nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis. Por outro lado, esta regra não pode ser aplicada no Direito Societário com a abrangência adotada pelo Direito das Coisas, já que o art. 89 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ao contrário das disposições do Código Civil, prescreve que a incorporação de imóveis para a formação do Capital Social não exige escritura pública. Tais exemplos mostram que as construções doutrinárias do Direito das Coisas não podem ser tomadas a rigor quando examinadas as instituições do Direito Societário.

Além disso, vale lembrar que, na hipótese por nós imaginada, a coisa é sempre transferida para uma pessoa abstrata, fictícia (existe apenas juridicamente); o alienante é parte determinante da sua existência e detém direitos de gestão e obrigação de cooperação, ao contrário da transferência considerada no Direito das Coisas, onde o alienatário, após consumada a alienação, não mantém qualquer vínculo com o alienante. Vê-se que isto é uma situação toda particular do universo associativo.

O alienante e o alienatário são, aqui, pessoas distintas — quanto a isso não há dúvida — mas, irrefutavelmente, permanecem vínculos entre ambos, mesmo após a alienação completa dos bens entregue pelo alienante; vínculos muito diferentes daqueles entre credor e devedor.

Devemos destacar que este vínculo entre a sociedade e o sócio, considerando-se o direito de propriedade, amplia-se infinitamente aplicando-se a doutrina do *Disregard of Legal Entity* (do Direito anglo-saxão), ou doutrina da penetração, ou,

[4] GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 121.

ainda, teoria da desconsideração da personalidade jurídica, onde o patrimônio da sociedade se comunica com o patrimônio do sócio. A doutrina da penetração tem sido aplicada, inclusive, pelos tribunais brasileiros, quando verificada a utilização abusiva da forma societária, com prejuízo a terceiros, a fim de, desconsiderando a personalidade jurídica, atingir e vincular ilimitadamente a responsabilidade do sócio. Porém, a doutrina ressalva, com muita ênfase, que a regra plenamente vigente é a de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros (art. 20 do Código Civil), ou seja, é a da absoluta separação dos patrimônios, somente se admitindo superá-la quando haja ruptura manifesta entre a realidade e a forma jurídica. Justifica-se a desconsideração da personalidade jurídica atingindo-se o patrimônio pessoal do sócio porque a atuação foi dele e não da sociedade. O ato foi determinado pelo exclusivo interesse da sociedade, que era distinto.

A teoria do superamento ou desconsideração da personalidade jurídica, que surgiu na doutrina jurisprudencial, hoje adotada pelo Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), permite também que as fraudes em sucessão comercial sejam apuradas com prova inequívoca de que a sucessora opera no mesmo local, com o mesmo ramo, as mesmas instalações e acervo, além do mesmo sócio majoritário. Isto evidencia o domínio indireto do sócio sobre o acervo social e sua responsabilidade, independente da pessoa abstrata que detém o domínio direto sobre este acervo.

A doutrina da penetração, portanto, é mais um exemplo que vem reforçar a hipótese de domínio indireto do sócio sobre os bens sociais, pois esta doutrina pode ser equiparada às limitações jurídicas ao direito de propriedade. Pelo princípio da normalidade do exercício dos direitos oriundos da propriedade, uso pode transformar-se em abuso, se o titular exercer sobre eles o direito sem legítimo interesse ou de modo contrário à sua destinação social. O desvio da normalidade é inadmissível. Quem o pratica comete abuso de direito. O exercício anormal em detrimento do direito de terceiros constitui ato ilícito, respondendo, no regime societário, o sócio com o seu patrimônio pessoal na reparação dos prejuízos causados.

A doutrina da penetração, agora considerando-se o outro lado, parece-nos ser inconciliável com a concepção de que a posição jurídica do sócio é simplesmente de credor, ou seja, constitui um mero direito de crédito sobre os lucros líquidos e o acervo social. É muito difícil, quase impossível, responsabilizar ilimitadamente o credor pelos danos causados a terceiros em virtude da má utilização do crédito pelo devedor.

Por outro ângulo, apesar de haver alienação da coisa quando o sócio realiza a sua contribuição para a constituição do capital, parece, na verdade, permanecer o *animus domini* (intenção de agir como dono) do alienante. O alienante continua a agir, com relação à coisa ou à universalidade na qual ela se integrou, como se efetivamente lhe pertencesse, embora, no plano estritamente jurídico do Direito das Coisas, isto não ocorra. Nessa alienação, não se verifica, por outro lado, o *animus vendendi* (intenção de vender). Há, sim, a intenção de entregar algo a outrem, transferindo os poderes de usar, gozar e dispor, porém não, de maneira definitiva, mas apenas enquanto houver interesse de quem transfere ou, então, enquanto existir quem detenha tais poderes, voltando a coisa ao transmitente, uma vez extinta a pessoa jurídica.

Sobre o retorno da coisa ao transmitente, ainda existe espaço para fazermos algumas observações. Boa parte da doutrina, como comentamos no capítulo anterior, entende a sociedade, como uma pessoa jurídica distinta, que passa a ter o domínio dos bens assim entregues pelo sócio para composição de sua quota, de modo que, mesmo ao se proceder à liquidação da sociedade, o sócio nenhum direito tem a ser reintegrado na coisa por ele transferida, pois o quinhão que lhe couber decorrerá da partilha do acervo social. Todavia, sem colocar de lado a atenção que esta afirmação merece, dentro da hipótese de domínio indireto do sócio sobre os bens sociais, podemos, ainda, buscar algumas explicações para o fenômeno, contrárias à esta invariável. Por exemplo, quando, na liquidação da sociedade, se verifica que o acervo social é inferior às entradas realizadas pelos sócios, evidentemente seria impossível a reintegração justa e integral nas coisas por eles transferidas, pois tal situação resulta da perda ou perecimento, total ou parcial, da propriedade. No caso de perda parcial, a reintegração opera-se como se fora uma espécie de indenização, limitada a proporção de cada um no acervo social. Quando, na liquidação da pessoa jurídica, os bens sociais são iguais às entradas das contribuições sociais, a reintegração da coisa ao patrimônio do sócio pode perfeitamente se efetivar, uma vez que não implicaria desarmonia na partilha do acervo. Por último, quando, na liquidação da sociedade, a universalidade dos bens sociais, é superior ao somatório das entradas realizadas pelos sócios, a reintegração da coisa transferida pode operar-se de maneira integral e, inclusive, com acessão contínua da propriedade,[5] ou seja, o conjunto de coisas, objeto do direito de propriedade retornaria, aumentado, ao alienante.

Para reforçar a afirmação de que sócio algum tem direito de ser reintegrado na coisa por ele transferida, eventualmente, adiciona-se o argumento de que a finalidade da liquidação é a redução de todo ativo a dinheiro, tendo, pois, aquele que promove a liquidação da sociedade todos os poderes necessários a este fim, podendo, inclusive, alienar os bens imóveis, mesmo que o estatuto não o preveja. Isto é, para alguns, um obstáculo à tese de que o bem transferido à sociedade retornaria, após a sua dissolução, ao sócio. Entretanto, não entendemos assim, pois, vale repetir, até mesmo nas sociedades anônimas, admite-se que a assembléia-geral, mediante deliberação aprovada por acionistas, possuidores de ações com voto e sem voto, representativos de, no mínimo, noventa por cento do capital, determine condições especiais de partilha, atribuindo-se aos sócios os próprios bens da sociedade em lugar do produto de sua venda.[6]

Outro aspecto contrário a este pensamento levantado pela doutrina diz respeito ao fato de que os direitos reais têm como objeto uma coisa e, assim sendo, só se poderia possuir o título em si, no caso das sociedades por ações, porém nunca, a universalidade dos bens, que é indivisa e incorpórea. Realmente, a universalidade dos bens é indivisa e incorpórea; entretanto, não afeta a individualidade das coisas que a integram. Ademais, a universalidade dos bens só existe enquanto

---

[5] Extensão da propriedade, simples modificação desta; aumento da propriedade pela incorporação da coisa acessória; alteração quantitativa ou qualitativa em conseqüência do trabalho humano; na cessão não há aquisição, pois a incorporação não depende de novo título, é a mesma propriedade, apenas aumentada.

[6] Cf. José Edwaldo Tavares Borba, *op. cit.*, p. 357.

em atividade a pessoa jurídica: após a sua extinção, finda a indivisão que as unia e ressalta a plenitude da individualidade das coisas para que possam reintegrar-se ao patrimônio de cada sócio. Dessa forma, isto não chega a ser um óbice à tese de domínio indireto do sócio.

Não é difícil, ao nosso ver, aceitar tal postura. Nesta nova postura, o sócio, ao realizar sua entrada, deteria ainda a propriedade indireta da coisa transferida. Hipótese em que, apesar de ter cedido o domínio para outrem, não resultaria a perda definitiva de todos os poderes; apenas ocorreria, vamos dizer assim, a suspensão temporária desses poderes. Aí verifica-se, isto está claro, a manutenção de um vínculo qualquer com a coisa cedida e, uma vez havendo este vínculo, não podemos, como foi dito, falar em perda definitiva da coisa, mesmo que alienada. Aqui a suspensão ocorreria da mesma forma que na posse direta e indireta da propriedade. Quando se tem a posse indireta sobre determinado bem, encontram-se suspensos, por algum tempo, os poderes de usar e gozar da coisa. Na participação societária, encontrariam-se suspensos os poderes de usar, gozar e dispor da coisa (o domínio). Por isso que o contribuinte possuiria a propriedade indireta e a sociedade (pessoa jurídica) a propriedade direta sobre os bens que compõem o fundo social.

A bipartição do direito de propriedade verificada na participação societária parece não ser a única situação em que ficam evidenciadas a propriedade direta e a propriedade indireta. Há quem defenda a bipartição do domínio na enfiteuse, na qual o senhorio direto possui a propriedade direta do imóvel (domínio eminente ou direto) e o foreiro possui a propriedade indireta ou domínio útil do imóvel, em alusão ao processo de fragmentação da propriedade realizado no Direito medieval. Assim, o enfiteuta ou foreiro exerce direitos que a muitos respeitos o colocam na posição de proprietário. Entretanto, a maioria defende a tese de que é direito real na coisa alheia, ainda que tão extenso quanto a propriedade.

Na realidade, a importância desta argumentação está limitada ao campo doutrinário, que trabalha na busca de um esclarecimento melhor para a natureza da contribuição social ou parte do sócio na composição do capital social. Assim, com o intuito de ter uma compreensão desse sistema de forma mais elucidativa, não vemos razão para deixar de aceitar a bipartição ou desdobramento da relação dominial no plano societário, como dito, mesmo que alguns entendam ela como fictícia.

Temos que, neste momento, justificar nossos esforços para encontrar um espaço onde possamos acomodar a contribuição do sócio na relação dominial. Isto se explica, ainda, pela proposição, que tem gerado múltiplas conclusões, de que a participação na sociedade cria efeitos obrigacionais. Esta proposição é indiscutível, porém a maior parte da doutrina vem construindo uma concepção a respeito, mais voltada para o Direito das Obrigações ou Direito de Crédito, adotando todas as peculiaridades dessa parte do Direito Civil, mesmo que adaptadas, para regerem a relação sócio/sociedade.

De certo que a obrigação nesse campo do Direito leva em si aspectos exclusivamente creditícios. A obrigação para o Direito de Crédito é um vínculo jurídico, em virtude do qual uma pessoa física fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra. É certo, também, que a todo direito corresponde uma obrigação, mas nem todas as obrigações são de natureza creditícia. É digno de ser

observado que a faculdade correspondente à obrigação de natureza creditícia é de caráter transitório, esgota-se com o seu uso. O direito do credor consome-se, finda-se, desde que ele o faz efetivo, ao receber o que é devido. Ao contrário, é pacífico na doutrina que a faculdade correspondente ao dever jurídico, em suas outras manifestações, é, na maioria dos casos, permanente, inesgotável, não se aniquilando pelo uso natural que dela se faça. Como também que, pelo uso normal, em conseqüência de sua aplicação comedida e legal, não se extingue o direito de propriedade, nem, conseqüentemente, se esgota as múltiplas faculdades que se contêm no domínio, nem tampouco os direitos de família, nem o geral das pessoas.

Quando falamos da participação do sócio na sociedade, fica claro que a pretensão dele dirige-se apenas à atividade da sociedade e ao *animus domini* sobre sua parte no fundo social, bem como que se trata de uma faculdade permanente, inesgotável, a exemplo de qualquer outro direito de propriedade. A esse respeito, inclusive, comenta JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA que "a ação não é título de resgate, mas de permanência, sendo o resgate uma exceção".[7]

A faculdade permanente da relação obrigacional societária está evidente, inclusive na amortização integral que dá causa à emissão das ações de fruição. Mesmo pagando-se ao acionista o valor integral da ação, ainda assim permanecerá ele participando da sociedade, pois o direito de propriedade não se esgota no valor da ação: ele abrange a coisa transferida e integralizada na universalidade de bens sociais, bem como a acessão contínua. Parece-nos certo que a ação não representa apenas uma parte do capital social. Ela representa muito mais: ela representa o domínio indireto do acionista sobre a universalidade de bens da sociedade, de maneira que, mesmo pagando-se o seu valor de mercado, ainda assim persistirá o direito à equivalência pecuniária, se não houve perda, à coisa transferida e aos aumentos ocorridos. Perguntamos: que crédito ainda existirá após cumprida integralmente a prestação obrigacional? Qual a obrigação de natureza creditícia que é permanente e não se esgota nos limites do próprio crédito, isto é, no cumprimento do dever de prestação?

A esse respeito, inclusive, exige-se que lembremos constituir locupletamento indevido a vantagem obtida sobre o patrimônio do devedor, além da prestação prevista que compõe a relação creditícia.

Uma das correntes doutrinárias julga absurda a solução eleita por alguns ao atribuírem às contribuições do sócio um direito de propriedade, que fica suspenso durante a existência da sociedade. Considera-a absurda porque isso eqüivaleria a reconhecer dois proprietários: um em atividade e outro em estado letárgico; haveria um sócio como proprietário em disponibilidade.

Algumas de nossas argumentações não são novas. Já houve quem afirmasse, como já vimos, que cada sócio se imagina e se diz proprietário de sua parte social. Parte dos autores há, que consideram a ação título de propriedade, e isto porque os indícios de domínio são mais fortes que os de crédito. Assim, eliminar este aspecto de seu conceito, a fim de ficar mais fácil para a doutrina, ainda que aparentemente, estabelecer a sua natureza jurídica, é a mesma coisa que tentar tapar o sol com uma peneira.

---

[7] Cf. *op. cit.*, p. 153.

No que tange a questão de excluir a ação da categoria dos títulos de crédito, há, além da sua natureza puramente participativa, outras incompatibilidades que não nos permitem incluí-las entre aqueles documentos, conforme já tivemos oportunidade de demonstrar no decorrer desta exposição.

Os títulos de crédito têm como pressupostos obrigatórios a cartularidade, a literalidade e a autonomia. A ação, por sua vez, não atende a nenhum dos três pressupostos, apesar de encontrarmos, às vezes, indícios de cartularidade e de autonomia em algumas de suas formas. Consideramos estes indícios precários, porque insuficientes para constituir uma característica comum a todas as ações.

A ação não requer necessariamente a existência de um título ou de uma cártula. A ação nominativa pode valer sem a emissão de certificado, enquanto que a ação escritural não comporta a emissão de documento para existir ou circular. Portanto, o princípio da cartularidade não se aplica às ações. Nelas a cartularidade é uma faculdade; não, uma obrigação.

Pelo fato de o seu valor real não ser predeterminável e sim, diariamente variável, chegando, até mesmo, às vezes, a não constar valor algum na cártula (ações sem valor nominal), as ações têm valor ilíquido e a falta de liquidez do seu montante é incompatível com o princípio da literalidade. Literalidade está também prejudicada em vista de a ação ser incerta, tanto em relação ao pagamento integral de seu valor, como em relação ao recebimento de dividendo, ou seja, não existe predeterminação do tempo para resgate ou outros pagamentos acessórios. A incerteza, por sua vez, também é incompatível com o princípio da literalidade. Outro ponto que afasta definitivamente a literalidade como característica das ações é o fato de os direitos assegurados não estarem determinados no título, mas em estatuto e nas deliberações das assembléias, que podem modificá-los a qualquer momento.

Pelo princípio da autonomia, a relação de débito e crédito, que dá origem ao título de crédito, dele se desprende na sua circulação, não podendo, por isso, serem opostos exceções, com base na relação fundamental, aos sucessivos possuidores de boa-fé. Isto não ocorre integralmente em relação às ações, pois ao seu adquirente são oponíveis exceções derivadas da relação fundamental, de maneira que o terceiro cessionário é solidariamente responsável pela integralização da parte no capital social que corresponde à ação, como também é oponível ao cessionário o pagamento de dividendos antecipados, operados em favor do anterior titular da ação. Assim, a autonomia, da mesma maneira que a cartularidade, não é uma de suas características comuns.

Em vista disso, podemos, com muita tranqüilidade, assegurar que a ação não é título de crédito. É, sem sombra de dúvida, um indicativo, por registro ou por cártula, da participação do seu possuidor na sociedade por ações. Quando muito, se considerarmos que o título pode existir, em sentido amplo, com cártula ou sem cártula, poderíamos qualificá-la como um título de valor.

Por todas essas razões, mesmo nos sujeitando a riscos, achamos por bem optar por dizer que a ação da sociedade não constitui propriamente um direito de crédito nem, própria ou impropriamente, um título de crédito, mas, sim, um indicativo, cartular ou não, de participação do acionista no empreendimento. Esta ação, dentro dos limites por ela mesma estabelecidos em relação ao montante do capital social, em vista de sua própria natureza, expressa, em proporcionalidade com aquele, o domínio indireto sobre uma parte na universalidade indivisa dos bens

sociais, pois o fundo social está indiviso entre todos os acionistas. Como conseqüência do domínio indireto, tem o acionista o direito à percepção dos frutos resultantes da utilização econômica e comercial do bem entregue (dividendos), que fica ao dispor da sociedade, como, também, o direito de participar direta ou indiretamente da gestão do empreendimento, sendo o domínio sobre o bem, ou o seu equivalente em espécie, resgatado pelo acionista, quando discordar dos caminhos que a sociedade tomou (acionista dissidente) ou quando for dissolvida a união dos bens sociais (liquidação da sociedade).

Não colocamos de parte o respeito pelas posições contrárias àquelas que adotamos. Objetivamos apenas apresentar uma contribuição para o deslinde da natureza jurídica das entradas dos sócios na sociedade, do direito do sócio sobre a sua parte no capital social e da natureza jurídica do título que representa a fração mínima do capital social, uma vez que a questão vem sendo motivo de divergências entre os doutrinadores. Para uma leitura mais profunda a respeito do assunto, sugerimos nossa obra *As ações das sociedades e os títulos de crédito*, publicada em 1995.

Bibliografia:

1. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
2. MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol.VI, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1934, p. 391.
3. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
4. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 2º vol., 13ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1984.
5. SILVA, Américo Luís Martins da. *As ações das sociedades e os títulos de crédito*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

* 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 dos Empregados nos 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 Iuris, 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.

❖ ❖ ❖

O DIREITO COMO MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL: EM BUSCA DO EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

***M**arcos **A**ndré **C**outo **S**antos **

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito e a sociedade: suas inter-relações; 3. O Direito, as formas de resolução de conflitos e a produção normativa: busca de alternativas; 4. O Direito na busca da semelhança e paz nas relações sociais: conclusões; 5. Bibliografia Referencial.

1. INTRODUÇÃO

O direito, dentro do contexto atual, é mais observado pela maioria como um instrumento para manutenção da ordem e segurança do que como um meio efetivo de implementação da paz, harmonia e igualdade dentro da sociedade.

Note-se, assim, que em especial o direito legislado/legal visa a perpetuar um *status quo* vigente, dando apenas guarida e preservando uma elite político-econômica dominante.

Por exemplo, a mera análise dos diversos diplomas legais sobre crimes contra o sistema financeiro, crimes contra a ordem econômica atesta a suavidade das penalidades aplicadas se comparados a um pequeno furto de um pão para alimentação de uma família carente.[1]

Esta e tantas outras distorções[2], baseadas na vigência de um direito dogmático, arcaico e cientificamente não desenvolvido com base em dados empíricos, conduzem a um desvirtuamento do fenômeno jurídico que acaba por se concretizar como uma maneira de controlar as classes menos apaniguadas, servindo para aumentar a distância entre os diversos atores sociais.

---

[1] Luís Alberto Warat afirma que as tradições e costumes jurídicos já trazem uma grande carga de dominação e controle social, sendo certas crenças e valores jurídicos tomados como verdades que só servem para iludir e subjulgar: "Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder." (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito – vol I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 15).

[2] Aqui, não se prega o fim da dogmática jurídica ou da filosofia diante de sua superação pela sociologia do direito. Ao contrário, os diversos âmbitos do estudo do direito devem ser analisados em busca de um maior amadurecimento teorético-científico. Esta opinião é coadunada com a de Machado Neto: " (…) o problema já não mais se coloca em termos de substituição, mas de coexistência pacífica entre a compreensão empírica da sociologia, a sistematização normativa da dogmática e a problemática estimativa da filosofia jurídica." (MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 59).

No presente trabalho, objetiva-se tecer considerações sobre uma nova forma de produzir, aplicar, pensar e entender o Direito, enquanto fenômeno social, atestando algumas modificações que já vem sofrendo os ordenamentos jurídicos centrais e periféricos.

Procurar-se-á, enfim, através deste estudo, mostrar que a principal função do direito é reduzir desigualdades, solucionando conflitos com base em dados empíricos cientificamente comprovados, plasmando em toda a comunidade um sentimento de agradabilidade[3] para o desenvolvimento da humanidade, com a perpetuação de sentimentos que aproximem cada vez mais os indivíduos e atores sociais, garantindo a paz, equilíbrio, segurança e harmonia.[4]

2. O DIREITO E A SOCIEDADE: SUAS INTER-RELAÇÕES

O direito é um dos meios de resolução de conflitos existentes no seio de um grupo, sociedade, Estado. A presença do direito dentro da sociedade é tão sentido que já vem desde a época dos romanos expressa no brocardo: "*ubi societas, ibi jus*."[5]

Deve o direito refletir os valores e sentimentos básicos a serem preservados dentro da contextura social. Aqueles valores e sentimentos que não podem ser afrontados sob pena de perturbar o equilíbrio das relações sociais, deixando um sentimento de desagradabilidade entre os atores sociais.

Em sua evolução histórica, como produto da cultura humana, o direito, no início das civilizações, era bastante confundido com a religião e moral, adquirindo feições até místicas a serem respeitadas, sob pena até de banimento ou morte do indivíduo que as descumprisse.[6]

---

[3] Esta idéia de agradabilidade, a que tantas vezes nos reportaremos nesta monografia, está ligada ao postulado da semelhança entre os sentimentos, e idéias e vontades dos atores sociais, privilegiando as interações sociais de aproximação e coesão, gerando conseqüentemente uma maior conexão do direito com a realidade social posta, cf. SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1981, p. 124.

[4] Deve-se buscar ao contrário do distanciamento uma aproximação, entendendo-se o direito enquanto regras de acordos sociais com base em dados de ciência. Cláudio Souto sintetiza a necessidade de interações sociais positivas para que possa o direito se desenvolver plenamente: " O princípio geral teórico seria o de que quanto maior a aproximação (ou menor a distância, o que é o mesmo) entre pólos de interação social, maior a favorabilidade ao direito. Basta notar que, essencialmente, um grupo social qualquer só o é na medida em que seus indivíduos se considerem semelhantes no que aceitam, e se aproximam, e não o é, na medida em que eles se consideram dessemelhantes no que aceitam, e se afastam. (...)" (SOUTO, Cláudio. **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 24).

[5] Sobre uma evolução das idéias jurídicas ao longo da história da humanidade desde os tempos primitivos até a modernidade, entendida como o momento atual e não necessariamente o melhor, cf. AFTALIÓN, Enrique R. & VILANOVA, José. **Introduccion al Derecho**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición; 1998, p. 203 a 298.

[6] O Código de Hamurabi é um exemplo típico deste direito primitivo mesclado com a religião. As penalidades contidas são bem radicais, cultuando-se a chamada Lei de Talião. Vejam-se

Com o passar do tempo, cada grupo construiu suas regras e padrões de comportamento desejados visando à manutenção especialmente da ordem e da segurança. Não se tinha muito a idéia de justiça. As normas estabelecidas muitas vezes pela tradição cultural secular eram um meio de manter o grupo coeso com finalidade de enfrentar as guerras e produzir o sustento econômico.[7]

O direito, nestes períodos primordiais da sociedade humana, tinha um cunho bem individualista, procurando não interferir tanto nas relações humanas, só atuando em casos de conflitos latentes, em especial aqueles ofensivos aos antepassados e às figuras veneradas como deuses.

Bom exemplo disto reside na civilização greco-romana, onde surgiu o velho adágio: "dar a cada um o que é seu". Não se pensava tanto em interesses coletivos que não tivessem um conteúdo bem amplo, tais como: guerras, jogos.

Com a Idade Média, as normas jurídicas passaram a ser impostas pelo Senhor Feudal, dono das terras e dos meios de produção, que ditava as regras dentro dos limites de suas propriedades, havendo enormes levas de servos que se submetiam com o objetivo de receber proteção e segurança.[8]

Aparecendo o Estado Moderno, deu-se a esta estrutura estatal, burocrática e centralizadora a função precípua de produzir as normas jurídicas que eram reduzidas a leis e códigos. Este Estado teria também o monopólio da jurisdição.[9]

O direito, que se reduzia à lei, ganha neste momento a feição de dogma que não pode ser discutido, mas cumprido por todos. Este direito de início imposto pelo Rei (Monarca) passa depois a ser produzido pelas Assembléias ditas Populares, dentro da ideologia contemporânea da participação de todos no poder; restando, assim, refletida ideológica e topicamente a vontade popular na produção das normas jurídicas que irão salvaguardar os valores e sentimentos mais fundamentais

---

algumas penalidades: " se um homem furar o olho de um homem livre, ser-lhe-á furado o olho; se um médico tratar ferida grave do paciente com punção de bronze, e se ele morrer, terá as mão decepadas; se um arquiteto construir para outrem uma casa e não a fizer bastante sólida, se a casa ruir, matando o dono, o arquiteto deverá ser morto. Se o morto for o filho do dono da casa, deverá ser morto o filho do arquiteto." (GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 26ª edição, 1999, p. 290/291).

7 Outros exemplos de cultura primitiva regulada por um direito arcaico são o Código de Manu e a Lei Hebraica que já trazem uma conotação mais humanista nas penalidades aplicadas, mas sofrem ainda extensamente a influência da religião, cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 26ª edição, 1999, p. 290 e segs.

8 O direito em qualquer momento histórico reflete a contextura social latente, em especial na Idade Média, conhecida como "Idade das Trevas". Cappelletti bem observa isto: "há razões e condicionamentos sociais e culturais que, em determinado contexto histórico, estão e operam na norma e na instituição, na lei e no ordenamento, e também na interpretação e em geral na atividade dos juizes e dos juristas." *apud* SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça Alternativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 89.

9 cf. ADEODATO, João Maurício. ***Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado*** *in* Boletim da Faculdade de Direito – Stvdia Ivridica, nº 48, Coimbra: Coimbra Editora, 1999/2000.

para manutenção e continuidade das relações sociais dentro da evolução do grupo/Estado.[10]

Entretanto, esta democracia é bem relativa, já que não se têm espaços efetivos/reais para que os menos favorecidos e culturalmente dotados de conhecimentos manifestem-se sobre o direito produzido e a ser elaborado por estas Assembléias Legislativas/Parlamentos, ditos redutos da democracia.[11]

A forma como o direito desde a modernidade até os dias atuais vem sendo produzido, refletido, pensado e aplicado acaba tornando-o também um instrumento perverso da manutenção das diferenças, dessemelhanças e desigualdades. O direito, na maioria reduzido à lei, torna-se excludente, apenas voltado para iludir uma classe menos favorecida e estimular uma elite dominante.[12]

Na maioria dos diplomais legais atuais, em especial em Estados Subdesenvolvidos, percebe-se um efeito meramente ideológico e simbólico das normas jurídicas.[13]

---

[10] A partir da Idade Moderna, as mudanças sociais passam a ser crescentes na sociedade humana e o direito sofre influências e também influencia tais modificações na contextura político-sócio-econômica. Machado Neto bem destaca esta mudança: "Outro aspecto da mudança cultural que afeta profundamente o direito é aquele de inovação, da criação de novas relações e formas de vida, seja que tenham sido trazidas pelo contato cultural ou pelo desenvolvimento imanente à própria cultura local. (…) Se o direito atua como conservação e modificação da cultura assimilada ou inovada, é um fomentador criador de novas leis, de novos institutos jurídicos e até de novos ramos do direito. Os exemplos são, nesse sentido, abundantes, particularmente através da inteira história moderna do Ocidente em que uma nunca vista aceleração do tempo histórico tem determinado um surto incomparável de mudança cultural." (MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 1987, p. 161).

[11] Warat entende não existir democracia atualmente, devido ao caráter excludente dos regime vigentes. Este autor assevera que faltam espaços para debates e efetiva participação, conduzindo o grupo a um totalitarismo evidente: "Enfim quero lembrar que o autoritarismo é sempre a ausência de teatro. Quando nos reconhecemos socialmente através de ordem, de identidades autoritárias, está faltando o palco, o espaço público para a grande atmosfera de festa que é a democracia como processo participativo. Daí que não se possa pensar em deslocar a ordem imaginária e discursiva do processo autoritário de reconhecimento das identidades sociais, sem fazer do lugar onde se fala, mas do que é falado, uma festa coletiva que prefigura o acesso autônomo do indivíduo como ator político". (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito – vol II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 357).

[12] Cláudio Souto, mesmo destacando as virtudes da filosofia da justiça, reproduz crítica ao direito posto, asseverando que este reflete mais o interesse do poder constituído: "As ideologias e as filosofias da justiça, da liberdade e da igualdade procuram há séculos explicar os desequilíbrios sociais, visando-se à construção, pela prática, de sociedades harmonicamente coesas. Mas seu discurso tem sido vago e, desse modo, pouco apto a contribuir para deslocar os centros reais do poder econômico e político, que, ao contrário, retiram desse caráter vago a possibilidade do uso da bandeira liberal a serviço de seus interesses. Assim é que defrontamos com concepções que — em nome mesmo da justiça e de um liberalismo de pretensos resultados populares — têm legitimado aquele poder real de poucos." (SOUTO, Cláudio. **Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 19).

[13] Cf. NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

Por exemplo, a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu art. 7º, VI, estabelece que o salário mínimo deverá atender a todas as necessidades do trabalhador e do povo nas áreas de saúde, alimentação, cultura, habitação, etc… Esta norma ilude os menos esclarecidos, tendo um efeito simbólico ao tentar demonstrar que o Estado Brasileiro garante uma vida digna aos seus trabalhadores com base em uma remuneração que atende a todos os anseios. O que na realidade fática não ocorre, levando o direito a um descrédito e perplexidade.

Normas, como a acima relatada, têm um latente cunho programático[14], enquanto delimitam objetivos do Estado e buscam garanti-los, não se efetivando na prática (eficácia social) por falta de cientificidade em sua elaboração e ausência de reflexão crítica quanto à sua aplicação e conseqüências.

O efeito que estas normas acabam produzindo é de um sentimento de desagradabilidade, dessemelhança, exclusão, afastamento, exploração dentro do contexto social, servindo como meio de contenção de avanços sociais maiores, simbolizando uma ideologia de uma sociedade excludente, reacionária e extremamente desigual.

A própria redução do direito à lei; o excesso da produção legislativa e suas anomalias; a demora na solução dos conflitos pelo Poder Judiciário; bem como a forma como são elaboradas as leis pelos Parlamentos, criam um direito sem cunho de cientificidade e de difícil implantação que serve mais para manutenção do *status quo* do que para redução de desigualdades entre os indivíduos e entes que compõem o corpo social. Vejam-se estas razões de desequilíbrio e descrédito acerca do fenômeno jurídico, abaixo delineados:

Primeiro, o fato de reduzir-se o direito à lei é algo extremamente irracional, porque as relações sociais tem uma dinamicidade, uma evolução temporal e tecnológica cada vez maior que não se adaptam bem a uma realidade jurídica cristalizada em Códigos/Leis de dezenas de anos atrás.

O direito tem de se adaptar rápido às mudanças para realizar seu objetivo basilar de manter em ordem, segurança e com paz a coletividade. Assim, reduzir o fenômeno jurídico só a lei é algo conservador e ultrapassado.

Segundo, há um excesso de produção legislativa. No Brasil, por exemplo, milhares de normas de diferentes graus, níveis e espécies estão em vigor. O cidadão e operador do direito não sabem empiricamente o conteúdo de tantas leis e normas que servem como forma de impor valores e regras muitas vezes em total dissonância com a realidade fática subjacente, apenas servindo para estabelecer um controle através de uma elite político-econômica.

Não bastasse isto, no Estado Brasileiro, ainda têm-se as famigeradas medidas provisórias que são uma imposição do Poder Executivo que cria estas normas jurídicas, muitas de cunho geral, sem discussão e análise prévia do Parlamento (povo em tese).

---

[14] Sobre a aplicabilidade das normas constitucionais e o caráter programático de boa parte delas, cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1982.

Terceiro, o Judiciário é o principal ente procurado para resolver conflitos sociais existentes. Este muitas vezes demora anos para solver as pendências que lhes são apresentadas, decidindo por demais com base em leis já totalmente defasadas e contra o "espírito" e vontade popular, já que apegados a um legalismo fetichista e estrito.

Quarto, as normas jurídicas de cunho geral (leis) são elaboradas pelos Parlamentos (Assembléias, Câmaras), formados por representantes escolhidos pelo povo. Entretanto, o processo de escolha já torna difícil o acesso a pessoas de todos os ramos/classes sociais, acabando-se por serem eleitos na maioria indivíduos da elite econômica ou com esta comprometida (vejam-se os custos para eleger um deputado/vereador/senador).

Logicamente, estes parlamentares irão refletir as idéias e anseios desta elite dominante, produzindo leis que beneficiem e aumentem as diferenças existentes; deixando mesmo de produzir normas que beneficiariam as classes menos favorecidas.

Neste aspecto, o Brasil oferece muitos exemplos. Existe aqui a tendência do Parlamento em criar normas mais favoráveis a elite, e mesmo omitir-se na produção de outras que afetariam as classes controladores/dominantes. Analise-se: Primeiro, as leis que disciplinam e tipificam os crimes contra a previdência social; crimes contra a ordem econômica e financeira são extremamente lacônicas e de difícil aplicação, podendo-se contar o número de empresários que estão presos por crimes cometidos contra estes bens jurídicos que afetam milhares de brasileiros (veja-se o caso da ENCOL, do Juiz Nicolau, dos anões do orçamento). Segundo, a legislação, além de frágil e de não se basear em dados de ciência empírica, muitas vezes recebe interpretações literais de Magistrados que não percebem o dano social que cometem ao manter em liberdade indivíduos que cometem tão grandes abusos contra a população brasileira.[15]

Outra situação de deturpação do fenômeno jurídico ocorre quando o Poder Público produz normas e regras para salvar organizações financeiras falidas e mal geridas, utilizando-se para tanto de milhões de reais, quando alguns programas sociais não recebem sequer pequenas ajudas para desenvolver um papel relevante junto aos mais necessitados do Brasil.

Um exemplo de omissão do Legislativo Brasileiro para favorecer as elites está na não regulamentação do art. 7º, I, da CF/88 (despedida arbitrária), nem do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII). O primeiro que deveria ser regulamentado para evitar abusos em despedidas de trabalhadores, protegendo a

[15] Kelsen em posição diametralmente oposta afirma que não pode o Juiz decidir os casos concretos com base em análise de particularidades e dados de ciência empírica. Veja-se a crítica do Mestre de Viena: "O que certo juiz decidirá num caso concreto depende, na verdade, de um grande número de circunstâncias. Investigá-las todas está fora de questão. Sem levar em consideração o fato de que, hoje, ainda estamos inteiramente desprovidos dos métodos científicos para realizar tal investigação." (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado** (tradução de Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 3ª edição, 1998, p. 251). Acredito estar equivocado o citado autor porque a análise empírica com base em dados de ciência permite a aferição de soluções mais justas perante cada caso concreto, por exemplo: o problema dos transgênicos; casamento de homossexuais, enfim os chamados "hard cases", na linguagem da doutrina norte-americana, só auferem soluções justas com a utilização de dados de ciência que apoiem e sirvam para fundamentar as decisões/sentenças.

grande massa de brasileiros. E o segundo que regulamentado traria mais numerário/dinheiro aos cofres públicos com uma maior redistribuição de renda, dando e implantando um efeito psicológico de monta para diminuição das desigualdades sócio-econômicas existentes.

Enfim, a redução do direito à forma legislada (legal), com aplicação restrita por parte do Judiciário para solução das contendas, não atende ao anseio social, não atuando significativamente no sentido de diminuir as dessemelhanças existentes.[16]

O direito legislado é imposto pelo Estado, atestando-se que mesmo em regimes ditos democráticos não se baseia o fenômeno jurídico em elementos empíricos que dêem ao direito cientificidade para refletir os reais valores e sentimentos de todo o grupo social. Servem precipuamente as normas jurídicas para atender a interesses desarrazoados de uma elite dominante, em sua maioria conduzindo a relações sociais de afastamento entre os indivíduos e grupos de uma sociedade.

3. O DIREITO, AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A PRODUÇÃO NORMATIVA: BUSCA DE ALTERNATIVAS

Pelo anteriormente visto, o Direito deve ser dotado e informado por elementos de ciência empírica que atestem quais os valores a serem preservados dentro de cada grupo social/estatal na busca de soluções para os conflitos subjacentes, visando a manter o equilíbrio nas relações sociais.[17]

Destaque-se que a forma de resolução de conflitos a ser estimulada contemporaneamente não é mais a judicial. O Juiz, mesmo dito um ser imparcial, está bem distante faticamente da realidade das partes litigantes, aplicando um

[16] Infelizmente, a formação dos operadores do direito ainda se apoia numa visão do direito enquanto fenômeno restrito à lei. Deve-se mudar este paradigma para se apoiar o entendimento e aplicação do direito dentro de uma contextura social nova, veja-se a opinião de José de Oliveira Ascensão: "(…) cabe ao jurista, justamente porque ergue o sistema do direito que é, revelar as contradições que nele se inserem em relação aos princípios que exprime ou para que deveria tender; pôr a nu dissonâncias menos visíveis; desvelar os pontos em que a pretensa racionalidade do sistema é afinal a expressão de interesses espúrios e não de qualquer exigência superior. O que significa que o verdadeiro jurista é e só pode ser incômodo para os interesses instalados; e que a retórica dos *lobbies* é radicalmente incompatível com a construção científica do direito." (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1ª edição, 1994 p. 179/180).

[17] Para superar as crises existentes, não é suficiente a edição de leis formais distantes da realidade social e de dados científicos. As normas jurídicas, para produzirem efeitos, devem ser baseadas em dados de ciência empírica. Bem claro é Cláudio Souto a este respeito ao asseverar que: "Na verdade, tudo indica que o desenvolvimento de uma ciência empírica do direito (que seja ciência não apenas de formas sociais, mas de conteúdos sociais) a estará conduzindo a esquemas conceituais menos imprecisos e, mesmo, a proposições genéricas, onde não se desconsidere a realidade empírica do 'sentimento de justiça' (sentido de agradabilidade em face ao que se acha que deve ser) operante socialmente". (SOUTO, Cláudio. **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 20).

direito oficial também muitas vezes desconexo com os anseios sociais atualmente prevalecentes, não satisfazendo e acalmando empiricamente as partes que sentem nas decisões judiciais um "mal-estar", dito por alguns como necessário.

Quantas vezes pragmaticamente fica-se desiludido e sem esperanças na resolução de uma pendência levada ao conhecimento do Judiciário?? Quantas vezes não se questiona a respeito da utilidade desta forma de resolução de conflitos, debatendo-se sobre a justiça e coerência das decisões??

Popularmente, o Juiz é distante, conservador, conhecedor de todas as leis. Mas qual o Magistrado que conhece efetivamente a contextura social na qual se desenvolveu empiricamente um conflito?? Na maioria das vezes, não conhecem mesmo!!!

Além desta desilusão e falta de confiança no Judiciário, acrescente-se a própria lentidão dos procedimentos judiciais, ainda se questionando se só cabe ao Estado produzir as normas jurídicas a merecem guarida e proteção.

O questionamento central pode ser o seguinte: consegue o Estado regular toda a vida social impondo normas gerais a uma realidade humana tão multifacetada e que se altera por demais tendo em vista o ambiente altamente tecnológico, globalizado e culturalmente diversificado vivenciado atualmente???[18]

Realmente, o Estado avocou o monopólio da jurisdição e da elaboração das normas jurídicas há mais de dois séculos; não tendo, todavia, este modelo de um direito dogmático, impositivo e aplicado pelo Judiciário mais respaldo nos dias atuais.

Atualmente, deve-se buscar a solução dos conflitos de um modo menos traumático possível, sempre tentando a composição das partes de forma amigável com base na realidade social que informa a pendência existente.

Por isso, tem-se de valorizar as conciliações, arbitragem, comissões prévias de resolução de conflitos. Estas formas de resolução de pendências são mais coerentes, justas e democráticas. Isto porque as partes deverão resolver compor o conflito com base em uma conciliação na qual vão tentar evitar maiores tumultos e relações de afastamento e desagradabilidade, recompondo de imediato o equilíbrio social.[19]

---

[18] Realmente, a complexidade das relações sociais atualmente é evidente; os interesses dos diversos atores sociais são bem divergentes, havendo relações de distanciamento bem fortes em especial diante das grandes diferenças sócio-econômicas existentes. Por isto, é vital a reintrodução do direito dentro destas relações complexificadas, superando o mito da estabilidade e aceitando até uma práxis alternativa de resolução de conflitos: "uma práxis jurídica alternativa significa, simplesmente, reintroduzir o direito no interior das relações sociais, isto é, analisar empiricamente e estruturar normativamente os interesses sociais. Isto supera a ilusória visão da estabilidade da ordem de imutáveis situações privilegiadas, sem distanciar-se o aplicador do justo". (SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça Alternativa**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 100).

[19] Acaba-se com estas soluções breves e céleres resgatando a paz e a harmonia, produzindo uma maior interação social entre os entes, conduzindo a uma maior realização/efetivação do direito. Veja-se a lição de Cláudio Souto: "Interações sociais de competição, de conflito ou de hierarquização (todas implicando a preponderância da idéia de dessemelhança entre os interagentes), são, em si mesmas, processos de afastamento no espaço social. Assim, nelas não se forma clima favorável ao direito — a não ser quando essas interações previnam afastamento ainda maior (que passaria a existir sem elas). Já as interações sociais onde prepondera a idéia de semelhança e, pois, a aproximação entre os pólos interagentes

Caso não seja possível a composição, deverá o conflito ser submetido a julgamento por parte de comissões existentes dentro das empresas formadas por trabalhadores e empregadores (questões trabalhistas); comissões formadas por consumidores e lojistas (questões de consumo); comissões de bairro/comunitárias (questões de vizinhança, família). Estas comissões aplicariam o direito mais justo a cada caso concreto com base nos valores plasmados na legislação vigente e na realidade social subjacente.

Estas Comissões aplicariam normas de equilíbrio, tentando resolver o conflito com base em regras jurídicas, éticas e morais que se apresentam perante o grupo com objetivo de manter a paz e a harmonia entre todos.

Ao Judiciário, só se levariam as questões mais intrincadas e que exigissem realmente a análise tópica de dispositivos legais, tais como questões de controle de constitucionalidade das leis. Além disto, o Estado e o Judiciário também serviriam para conter abusos de poder na composição dos litígios através das formas conciliatórias, convencionais e de comissões.

As normas a serem aplicadas nas conciliações, comissões e arbitragem não precisariam ser necessariamente as estatais, poderiam ser as normas previstas e prescritas por cada segmento específico, respeitando apenas o núcleo mínimo de direitos e garantias estabelecidas nas Constituições e Cartas Fundamentais de cada Estado.

Este modelo[20] proposto é essencialmente científico, porque as normas aplicadas a realidades específicas refletiriam indubitavelmente os valores e sentimentos de cada segmento social. Além disto, a aplicação e adaptação das regras gerais às contexturas sociais reais conduziriam a uma maior aproximação, estampando um sentimento de agradabilidade perante o grupo, resolvendo-se os conflitos de uma forma coerente e justa, analisando a riqueza da lide em toda sua amplitude e complexidade.

A resolução dos conflitos, com aplicação de normas gerais e específicas pela própria coletividade, conduziria a soluções mais eqüanimes e céleres dos conflitos, resultando numa pacificação ampla com conseqüente maior equilíbrio das relações sociais.[21]

(a exemplo das interações de cooperação), são sempre favoráveis ao jurídico". (SOUTO, Cláudio. **Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 49).

[20] Quanto à expressão modelo, deve-se entendê-la como conjunto de valores e idéias aplicadas ao disciplinamento do fenômeno jurídico dentro de uma determinada realidade posta.

[21] Interessante observar que a busca da resolução dos conflitos no âmbito social através de formas alternativas, como arbitragem, conciliação, deve-se à crescente mudança social existente na contemporaneidade. Mudança social aqui é encarada como alteração de padrões de comportamento em face do estabelecimento de novos tipos de interação social. Bem ressaltam tal fato Lawrence Friedman e Jack Ladinsky: "A mudança social ocorre quando há alterações reconhecíveis nos padrões correntes de interação das relações pessoa-a-pessoa, ou quando emergem e se estabelecem novas relações." (SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e Direito – leituras básicas de sociologia jurídica**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980, p. 229).

4. O DIREITO NA BUSCA DA SEMELHANÇA E PAZ NAS RELAÇÕES SOCIAIS: CONCLUSÕES

O objetivo precípuo do direito deve ser, então, a garantia da paz e do equilíbrio das relações sociais, evitando conflitos com fins de promover o desenvolvimento do grupo social (sociedade) com redução das desigualdades existentes.

As regras jurídicas surgem no meio social, sendo testadas, comprovadas e baseadas em dados de ciência empírica que atestem a conformidade das normas com a realidade social posta, em especial refletindo os reais valores e bens jurídicos a merecer proteção por todos os que compõem o seio social.[22]

A solução de conflitos deve se basear neste tipo de normas que surgem do contexto social, e refletem a própria essência do homem e do grupo em toda sua riqueza empírica. Os conflitos devem ter uma solução próxima da realidade[23] para não se criarem decisões artificiais, impostas e dissociadas da realidade empírica, distantes de dados de ciência que devem informar o direito.

O direito deve ir além da dogmática, buscando aproximar as pessoas, implementado e permitindo desenvolver sentimentos de agradabilidade entre os diversos atores sociais.

Um direito, delineado desta forma, acaba por ser um instrumento transformador da realidade social, pacificando conflitos por ventura existentes e mantendo o equilíbrio do grupo que atinge um nível maior de satisfação.

Importante notar, todavia, que a produção de um direito legislado, com base empírica e em dados de ciência, que reflita o sentimento social de semelhança e ajude a produzir relações de interação social positivas de cooperação, só é possível no momento em que a sociedade tem interesse em reduzir as desigualdades existentes entre os diversos indivíduos, entes sociais.

É necessário para surgimento deste direito real e vivo, estabelecedor da paz, harmonia e equilíbrio social, que não haja grandes distâncias sociais e econômicas entre os indivíduos que compõem a sociedade, para que possam todos compartilhar de semelhantes anseios e sentimentos de altruísmo e cooperação para se desenvolverem.

Não havendo esta redução de desigualdades materiais, as classes sociais tendem cada vez mais ao afastamento, construindo a elite um direito imposto que

---

[22] Cláudio Souto bem destaca a necessidade de um direito informado por dados de ciência empírica que, mesmo sendo formalmente estatuído, abra-se cognitivamente para a realidade empírica existente: “Como o direito é forma e conteúdo ao mesmo tempo, e inseparavelmente, se se lhe quer atribuir o máximo possível de segurança cognitiva, é preciso informá-lo de lógica em sua forma, e de ciência substantiva em seu conteúdo. E quanto mais rigorosa seja a ciência substantiva que informe o jurídico, maior, evidentemente, a segurança cognitiva deste”. (SOUTO, Cláudio. **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 90).

[23] A evolução do conhecimento e o próprio progresso sócio-econômico geram maiores cobranças e conflitos multifacetados, impensados em outros tempos históricos. Tais conflitos clamam por soluções também diversas das estampadas em realidades pretéritas.

refletirá apenas os anseios de uma pequena parcela do grupo, qual seja: os dotados de capacidade econômica e política.[24]

Assim, para aplicar as idéias aqui expostas, com vistas à construção de um direito transformador e real, necessário se faz a diminuição das distâncias sócio-econômicas existentes.[25]

No Brasil, já começa haver a tentativa de adotar um direito mais voltado à realidade social, desenvolvendo-se formas de composição de conflitos baseadas em conciliações, comissões, arbitragem, já referidos no item anterior, tendo também vários Juizes tomado consciência de seu papel, aplicando um direito alternativo, que, na realidade, é o direito formado por sentimentos gerais de agradabilidade que emergem do seio da sociedade.

Como já ressaltado, a sociedade e o direito estão umbilicalmente ligados, sendo o direito uma forma de controle e solução de conflitos, visando a manutenção da harmonia, paz e equilíbrio das relações sociais.

Este direito não pode se restringir ao Estado, nem tampouco à lei, é bem mais amplo[26], devendo ser informado por dados empíricos de ciência que reflitam processos sociais de aproximação, promovendo sentimentos de agradabilidade.

---

[24] Bem assevera Cláudio Souto sobre as dessemelhanças econômicas que ensejam uma ruptura e desequilíbrio nas relações sociais, sendo desfavoráveis à idéia de justiça/agradabilidade: "Naturalmente, o problema do desenvolvimento econômico e social não se coloca apenas em nível internacional — nível das dessemelhanças acentuadas entre os chamados países 'desenvolvidos' e 'subdesenvolvidos' ou 'em desenvolvimento' — mas em nível nacional, com referência às nítidas dessemelhanças quanto ao ritmo de desenvolvimento entre regiões de um mesmo país (…) Essas dessemelhanças acentuadas, que provocam processos de afastamento nos seus espaços sociais, e que são típicas do mundo de hoje, conduzem internacional e nacionalmente a um equilíbrio social instável porque fechado a um desenvolvimento não só econômico, mas a serviço de semelhança social objetiva e subjetivamente mais profunda, capaz de, correspondentemente, provocar uma profunda aproximação nos espaços sociais internos e internacionais e, com isso, a estabilidade do equilíbrio nesses espaços. Entende-se aqui por espaço social simplesmente o espaço da interação social". (SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1981, p. 175).

[25] A diminuição das distâncias sócio-econômicas conduziria a uma alteração de paradigmas existentes, tendo um efeito transformado no seio social. Veja-se: "Assim, o tipo ideal de um macrossistema social de maior abrangência, no sentido da favorabilidade ao direito, seria aquele em que houvesse um máximo de semelhança objetiva e subjetiva entre todos os seus interagentes e em que fossem todos esses interagentes socializados na idéia da semelhança essencial entre todos os homens. Desse modo, o sistema macrogrupal apresentaria o máximo de estabilidade e de abertura à mudança em seu equilíbrio". (SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1981, p. 133).

[26] A multivocidade do direito e sua relação com a sociedade não podem ser escamoteadas, mas reificadas constantemente dentro do contexto em que se realizam: "A sociedade então não pode ser definida como uma unidade substancial, mantendo-se, assim, indeterminada a natureza da sociedade. Uma sociedade democrática exige uma permanente reinvenção simbólica, baseada num trabalho de interrogação sobre as significações intertextualmente dadas". (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito — vol. II**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 363).

A aplicação das normas que emergem dos grupos e dos valores fundamentais informadores de toda a sociedade, obtidos através de dados de ciência empírica e fatos, associada a soluções alternativas dos conflitos, em especial através de composições, conciliações, arbitragem, fazem surgir um direito novo, no qual se estabelece um sentimento geral de agradabilidade, paz e harmonia, apoiado em elevado grau de solidariedade humana.

Espera-se que o direito, a sua formação e aplicação sofram influência destas premissas, para que efetivamente ocorra a transformação da realidade posta em benefício de todos os seres humanos, com uma evolução social, mental e espiritual.

5. BIBLIOGRAFIA REFERENCIAL

ADEODATO, João Maurício. ***Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado*** *in* Boletim da Faculdade de Direito – Stvdia Ivridica, nº 48, Coimbra: Coimbra Editora, 1999/2000.

AFTALIÓN, Enrique R. & VILANOVA, José. **Introduccion al Derecho**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edicion; 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1ª edição, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 26ª edição, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado** (tradução de Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 3ª edição, 1998.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 1987.

_____. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1982.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça Alternativa**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. **Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1981.

SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e Direito – leituras básicas de sociologia jurídica**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito – vol. I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **Introdução Geral ao Direito – vol. II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

* Procurador Federal; Professor Auxiliar de Direito do Trabalho da FAFIRE/PE; Mestrando em Direito Público pela UFPE; Email: macsdp@elogica.com.br

❖ ❖ ❖

NOTAS SOBRE O DIREITO NORTE-AMERICANO

***A**rnaldo **M**oraes **G**odoy **

Ingleses levaram para a América do Norte aspectos substanciais da cultura bretã, qualificados pela língua (cujos dialetos datam do séc. VI), religião (vertentes anglicanas, calvinistas, romanas), direito (*common law*)[1]. No direito inglês radica a tradição jurídica norte-americana[2]. Opondo-se ao caráter lógico e racional do sistema romano-franco-germânico o direito dos ingleses é prenhe de sentido histórico. Remonta ao tempo anglo-saxônico (pré-1066), pulverizado nas noventa frases soltas da lei do rei de Kent[3]. Vive rígido formalismo no instante formativo da *common law*, época da conquista normanda, do triunfo da língua francesa, expressão escrita e falada do direito, o *law french*, a *comune ley*.

Common law ou *equity* rivalizaram-se, antinomia apaziguada só em 1832, por influência do utilitarismo de Jeremias Benthan. A *Common Law* pontificava nas Cortes de Westminster, unificando o pluralismo jurídico feudal. O Tribunal do *Exchequer* cuidava das altercações atinentes às finanças reais, o C*ommon Pleas* de propriedade e posse, ao *King's Bench* era atribuição zelar pela paz do reino e pelas questões criminais. Prestigiava-se o processo, em detrimento do direito material, *remedies precede rights*[4]. Buscava-se menos a Justiça, prestigiando-se a solução de litígio: *o direito é decisão*. O Tribunal da Chancelaria, sob influência canônica, até Henrique VIII (que desentendera-se com Morus), mitigava o superlativo formalismo da *common law*. Recorria-se ao rei, distribuidor de caridade e justiça. O processo era escrito, secreto; sutil movimento conduzia a casuística insular para abstrações mais continentais. A clivagem persiste. À nossa dicotomia direito público e privado (de origem justinianéia), suscitam os ingleses a divisão entre *common lawyers* e *equity lawyers*.

[1] Winston S. Churchill, História dos Povos de Língua Inglesa,vol.1, p. 213 e ss. Hans Joachim Storig, Aventura das Línguas, p. 163 e ss.

[2] Allan Farnsworth, An Introduction to the Legal System of the United States, p. 6 e ss.

[3] René David, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, p. 284.

[4] Guido Fernandes Silva Soares, Common Law, Introdução ao Direito dos EUA, p. 33

Em 1608 oficializou-se o uso do direito inglês na América do Norte, por conta do *Calvin's case*[5]. Um direito primitivo, bíblico, também vigia e era eficaz. Fundamentos teológicos e modelos jurídicos eclesiásticos permitiam a vulgarização de histerias e a banalização de preconceitos. É a lição dos episódios das bruxas de Salem[6], ambiente radical e calvinista captado por Nathaniel Hawthorne em "*A Letra Escarlate*". Por força da presença inglesa vinculam-se os Estados Unidos ao sistema de *common law,* que será temperado com o direito legislado, ecumenismo jurídico ensejador de sistema misto.

Há três sentidos para *common law*[7]. Identifica família de direitos (Austrália, Bangladesh, Canadá, Índia, Nova Zelândia), em oposição à *civil law*, traço do sistema romano-germânico, ao qual filiou-se o Brasil. Opõe-se à e*quity*, ao tribunal do chanceler do rei. Diverge do *statute law*, o direito legislado. Na *common law* observa-se a regra do precedente, o *judge-made-law*, atenta-se para o *leading case*, atende-se o *stare decisis* (a *res judicata* de nosso modelo). Embora, bem entendido, não se vislumbre aí engessamento de soluções inovadoras, dado primado do *overrule*, que oxigena direito em perene transformação. O *statute law* multiplica-se organicamente em velocidade inflacionária. A normatização das nuances da vida negocial provoca sufoco nomogênico, denunciado como a morte do bom senso (*the death of common sense*). Por exemplo, a Madre Teresa de Calcutá comprara por US$ 1 (simbólico) edifício em N. York, que seria demolido, onde investiria US$ 500,000 (sonantes) em obras de caridade. As leis da prefeitura exigiam que fossem instalados elevadores, cujo preço ultrapassava US$ 100,000. A laureada missionária desistiu do projeto, não conseguindo deixar cumprir as infindáveis particularidades legislativas das autoridades norte-americanas. O prédio tinha três andares…[8]

Em meados do século XVIII os norte-americanos separaram-se dos ingleses. Após a guerra dos Sete Anos (1756-1763) a Inglaterra aumentara a carga tributária de sua mais exuberante colônia. Em 1765 exigiram selos em todos os documentos. Em 1773 tributaram o chá e demais gêneros de grande necessidade, a exemplo do açúcar. Em 1775 os ingleses começaram a atirar nos colonos[9]. Em 1776 esses últimos declararam-se independentes. Em 1781 assinaram os artigos da Confederação, substituídos em 1787 por Constituição de 4.400 palavras, assinada

---

5 Kermit L. Hall, William M. Wieck e Paul Finckelman, American Legal History, Cases and Materials, p. 5. Definiu-se o uso do direito inglês na América em 1608, no Calvin's Case, fundamentado com a parêmia " The Monarch is the Law; The King is the Law Speaking", isto é, "O Monarca é a lei, falando por ela".

6 Kermit L. Hall, op. cit., p. 51 e ss.

7 Os sentidos da expressão "common law" são explicitados por Guido Fernando Silva Soares, op. cit., p. 31 e ss.

8 A inflação legislativa norte-americana é tema de livro de Philip K. Howard, "The Death of Common Sense". Para o citado autor o excesso de leis está sufocando o pais, a exemplo do mencionado caso da Madre Teresa de Calcutá, narrado nas págs. 3 e ss. da obra em apreço.

9 O início das hostilidades é lembrado pelos norte-americanos como o "tiro ouvido pelo mundo todo", "the shot heard 'round the world", quando em abril de 1755 os ingleses liderados pelo General Thomas Gage, em Boston, atiraram em patriotas norte-americanos. Irwin Unger, Instant American History, p. 52.

por 39 delegados. Copiada pelo calígrafo Jacob Shallus, a Constituição fora distribuída pelas maiores cidades do país, então com quatro milhões de habitantes[10]. A palavra "*democracia*" não aparece no documento, que excluía mulheres e nativos do processo eleitoral, além de negar cidadania para afro-americanos. Os *founding fathers*, George Washington, John Adams, Thomas Jefferson, Benjamin Franklyn, redigiram o texto, de apelo filosófico liberal. Alexander Hamilton, John Jay e James Madison defenderam-o na imprensa, pregando governo forte, centralizado, tônica dos *Federalist Papers*, mais robusta obra exegética do ideário norte-americano.

Os estados recusaram-se a ratificar a Constituição, dada inexistência de declaração de direitos. Em 1791 ratificou-se o *Bill of Rights*, tábua das primeiras emendas, cuja aceitação garantiu a adesão ao texto constitucional de 1787. A Emenda 1 consagra liberdades de religião, expressão, imprensa, assembléia e petição[11]. A Emenda 2 o direito de portar armas[12]. A Emenda 3 o direito de não alojar soldados (abotelamento)[13]. A Emenda 4 garante inviolabilidade de documentos e imunidade a buscas policiais ilegais. As Emendas 5, 6, 7 e 8 dão conta do *due process of law*[14]. A Emenda 9 prescreve que direitos enumerados na Constituição não excluem outros. A Emenda 10 indica que poderes não delegados à União, e não vedados aos estados pela Constituição, são outorgados aos estados. Desde 1789 mais de 10.000 emendas foram propostas, mas apenas 17 foram acrescentadas ao *Bill of Rights*. A Emenda 11 fixou competência da Suprema Corte. A Emenda 12 prescreveu modelos de eleição para presidente e vice. A Emenda 13 (1865) aboliu a escravidão[15]. A Emenda 14 (1868) estendeu direitos civis para afro-americanos. A Emenda 15 (1870) ampliou o direito de voto para os ex-escravos e seus descendentes. A Emenda 16 (1913)[16] autorizou a União instituir, lançar e cobrar imposto de renda. A Emenda 17 (1913) regulamentou eleições para o Senado. A Emenda 18 estabeleceu a lei seca. A Emenda 19 (1920) autorizou voto feminino. A Emenda 20 (1933) regulamentou mandato do presidente e sessão do congresso. A Emenda 21 (1933) revogou a lei seca. A Emenda 22 (1951) proibiu terceiro mandato presidencial. A Emenda 23 (1961) formalizou a representação de Washington D.C., no Congresso. A Emenda 24 (1964) proibiu limitação do direito de voto pelo não recolhimento de impostos. A Emenda 25 (1967) regulamentou sucessão presidencial. A Emenda 26 (1971) fixou direito de voto aos 18 anos. A Emenda 27 (1992) determinou que salário do congressista não pode ser fixado no próprio mandato. Muitas emendas não foram ratificadas. Em 1876 tentou-se abolir o Senado. No mesmo ano tentou-se proibir o registro de líderes religiosos

[10] Terry L. Jordan, The U.S. Constitution and Fascinating Facts About It, p. 25.

[11] Robert J. Wagman, The First Amendment Book.

[12] Paradigma no caso Quilici v. Morton Grove, *in* Ellen Alderman e Caroline Kennedy, In Our Defense, p. 91.

[13] Paradigma no caso Engblom v. Carey, in Ellen Alderman e Caroline Kennedy, op. cit., p. 107.

[14] Paradigmas nos casos McSurely v. MacClellan, Green v. United States, Baltimore City v. Bouknight, Fuentes v. Shevin, Machetti v. Linahan, Coy v. Iowa, In re Myron Farber, United States v. Cronic, Tison v. Arizona, *in* Ellen Alderman e Caroline Kennedy, op. cit. p. 91 e ss.

[15] Lawrence M. Friedman, A History of American Law, p. 218 e ss.

[16] Martin L. Gross tem interessante e significativo estudo a propósito do modelo tributário norte-americano, "The Tax Racket".

para cargos no Senado. Em 1878 imaginou-se diretório de três membros que substituiria o presidente da república. Em 1893 queriam chamar os Estados Unidos de "*Estados Unidos da Terra*". No mesmo ano, emenda tentou abolir marinha e exército. Em 1894 quis-se que a Constituição reconhecesse Deus e Jesus Cristo como supremas autoridades em assuntos humanos. Em 1912 quis-se proibir o casamento entre pessoas de raças distintas. Em 1914 pretendeu-se a ilegalidade do divórcio. Em 1916 pretendeu-se que a declaração de guerra fosse precedida de plebiscito: os partidários deveriam ir para o exército. Em 1933 quis-se limitar a riqueza pessoal em 1 milhão de dólares. Em 1938 pretendia-se proibir a embriaguez. Em 1947 quis-se limitar os impostos em 25% dos ganhos do contribuinte. Em 1948 quis-se garantir o direito de segregação. Em 1971 pretendeu-se constitucionalizar a idéia de que os norte-americanos teriam direito a um meio ambiente livre de poluição.

A Suprema Corte vem interpretando o texto constitucional, adaptando-o aos tempos e costumes, em impressionante adesão ao realismo jurídico. Em 1803 no caso **Marbury** v. **Madison**[17] decidiu-se pelo *judicial review*, isto é, pelo controle da constitucionalidade das leis pelo judiciário, sob forte inspiração do Juiz Marshall. O caso **Marbury** v. **Madison** suscita original contribuição norte-americana ao Direito Constitucional. Declara o princípio da supremacia do poder judiciário. Indica o *"judicial review"* ou controle pelo judiciário da constitucionalidade das leis. O mentor de tal concepção foi o Juiz Marshall. A decisão, no entanto, foi política. Marshall contornou confronto direto com o Presidente norte-americano. Não deixou todavia de criticá-lo, mascarando recuo inevitável com ato de afirmação contra o partido no poder. Em 1801, nos últimos dias do governo de Adams, **Marbury** fora legalmente nomeado juiz de paz no distrito de Columbia. O presidente Jefferson implementa o *"spoil system"* e ordena que seu secretário de governo, **Madison**, não dê posse a Marbury. O preterido requer ordem de *madamus* contra Madison, que não se defende. Jefferson ameaça a corte com *"impeachment"*, caso o pedido de Marbury fosse deferido. Marshall astutamente inverte o exame da ordem das questões. Declara que Madison agira ilegalmente ao não dar posse a Marbury, cuja nomeação para o cargo de juiz fora perfeita e legítima. **Porém**, a Suprema Corte não tinha competência para reconduzi-lo ao cargo porque o pedido se lhe fora diretamente feito, com base no art. 13 da lei judiciária de 1769. Segundo Marshall, competência era matéria estritamente definida na Constituição e não poderia ter sido dilatada por lei judiciária. Era, assim, inconstitucional e nulo o art. 13 dessa lei, que atribuía à Suprema Corte competência originária para expedir ordens de *madamus*. Marshall censurou Jefferson, criticou Madison, deu razão a Marbury, mas recusou-se a implementar a decisão com base na inconstitucionalidade da Lei Judiciária de 1769. Inaugurou o controle de constitucionalidade de leis por parte do poder judiciário.

Em 1819, no caso **McCulloch** v. **Maryland**[18], decidiu-se que o Congresso tinha poderes implícitos para implementar suas diretrizes constitucionais. Foi nessa decisão que Marshall escrevera "*that the power to tax involves the power to*

[17] Leda Boechat Rodrigues, A Corte Suprema dos Estados Unidos e o Controle da Constitucionalidade das Leis, *in* Revista Forense, Maio-Junho de 1956, p. 17 e ss.

[18] Carl Brent Swisher, Decisões Históricas da Suprema Corte, p. 25 e ss.

destroy", isto é, *quem tem o poder de tributar, tem o poder de destruir.* O Estado de Maryland taxou em US$ 15,000 os bancos que funcionavam no estado, sem alvará específico de funcionamento, do próprio estado. Era o caso do Banco dos Estados Unidos, que tinha agência em Maryland. O gerente da filial de Baltimore, James **McCulloch**, recusou-se a pagar o tributo. A Corte de Maryland manteve a imposição. McCulloch apelou para a Suprema Corte. O Juiz Marshall observou que além dos poderes enumerados na Constituição, havia outros implícitos no próprio texto, de competência do Congresso. Se o governo federal tem objetivos e responsabilidades, detém os meios para realizar seus fins. Trata-se do princípio da supremacia nacional, que justifica a teoria dos poderes implícitos, também chamada teoria dos poderes resultantes. Embora não houvesse autorização expressa para que a União criasse bancos, implícita estava sua necessidade, por imperativo de ordem pública. O Congresso detém competência para criar bancos e qualquer lei estadual que direta ou indiretamente limitasse tal competência seria inconstitucional. O estado da federação, cobrando impostos, não pode restringir aplicação de lei federal. O estado não pode tributar instrumentos do governo federal, concepção que justificará a teoria tributária da imunidade fiscal. A Constituição possibilitou lei federal que institui banco federal nos EUA, invalidando lei estadual que o tributava. Anulou-se a lei estadual de Maryland que tributava o banco federal. Formatou-se a doutrina dos poderes implícitos ou dos poderes resultantes. Garantiu-se ao Congresso necessários e próprios poderes para a condução dos negócios do governo norte-americano.

Em 1824 no caso **Gibbons** v. **Ogden** decidiu-se que comércio interestadual é assunto de competência federal[19]. Em 1815 Aaron **Ogden**, ex-governador de Nova Jersey, comprou direitos de explorar a navegação comercial entre os portos de Nova Iorque e Elisabethtown (Nova Jersey). Quatro anos depois, processou seu ex-sócio Thomas **Gibbons**, porque o mesmo passara a explorar linha com o mesmo itinerário, desrespeitando os direitos que Ogden comprara, garantidos pelas leis do estado de Nova Iorque. Gibbons argumentou que licença federal lhe autorizava a operar com barcos em qualquer lugar nos Estados Unidos. A corte de Nova Iorque, por decisão do Juiz Kent, rejeitou a tese de Gibbons, que apelou para Suprema Corte. A apelação foi protocolada em 1820 e apreciada em 1824, pelo Juiz Marshall. A Suprema Corte reconheceu a supremacia de lei federal em face de lei estadual, garantindo a Gibbons o direito de operar com seus barcos, na linha Nova Iorque/Elisabethtown. Segundo Marshall, o texto constitucional era claro: o Congresso teria poder para regular o comércio com nações estrangeiras, entre os estados e com as tribos indígenas (Constituição, Seção 8, inciso 3). Aos estados são reservados poderes para legislar em tema de comércio interno. A linha Nova Iorque/Elisabethtown ligava dois estados (Nova Iorque e Nova Jersey), exigindo competência normativa federal. É a chamada cláusula de comércio, atribuída ao Congresso. O caso resume-se na pergunta: podem os estados regulamentar comércio entre eles e nações estrangeiras, matérias reservadas ao Congresso? A Suprema Corte entendeu que não, decidindo por Gibbons, contra os interesses de Ogden. O julgado é o mais famoso da Suprema Corte, em matéria de *"commerce clause".* Todas as decisões subseqüentes são meros comentários ao processo Gibbons v. Ogden. Assim, Congresso e Nova Iorque tinham leis regulando a

[19] Leda Boechat Rodrigues, A Corte Suprema e o Direito Constitucional Norte-Americano, p. 49 e ss.

navegação. Gibbons tinha autorização federal e Ogden estadual. Reconhecendo o direito de Gibbons a Suprema Corte decidiu que comércio interestadual é assunto de competência federal.

Em 1857, no caso **Dred Scott** v. **Sandford**[20], desconsiderou-se o afro-americano como cidadão, prestigiando-se o direito de propriedade de senhores escravocratas, em decisão de 54 laudas que acirrou ódios, colaborando para a eclosão da guerra civil. **Dred Scott** fora escravo de John Emerson, medico do exército. Viveu por um tempo em Illinois (Fort Snelling), área que não aceitava a escravidão, nos termos do compromisso do Missouri. Por ter vivido em estado não escravista, Dred Scott considerou-se livre, sob premissa de que *"once free, always free",* ou, *uma vez livre, livre para sempre*. Em 1850 John Emerson morreu. Dred Scott ajuizou ação com objetivo de ver reconhecida sua liberdade. O juízo de primeiro grau reconheceu tal direito, sob premissa de que Dred Scott vivera em liberdade. A Corte do Estado de Missouri anulou a decisão. A viúva de Emerson casara-se de novo e seu cunhado, John **Sandford,** recebeu Dred Scott como herança. Dred Scott então ajuizou ação contra Sandford, em Nova Iorque, estado de seu novo proprietário. Em contestação, Sandford alegou que por ser de cor, Dred Scott não era cidadão. E por não ser cidadão não tinha capacidade para litigar em juízo. O Juiz Robert Wells decidiu que se Dred Scott fosse livre poderia figurar no pólo ativo da lide. Caso contrário, seu direito seria discutível. No mérito, acompanhou a decisão do Tribunal de Missouri, decretando que Dred Scott era escravo. Dred Scott apelou para a Suprema Corte. O Chief Justice Roger Taney, em voto preconceituoso e racista, hoje motivo de escárnio, abordou duas questões: o *status* das pessoas de cor (livres ou escravos) e o poder do Congresso regular a escravidão nos estados. Perguntou se negros, cujos ancestrais foram "importados", estavam intitulados a exercer a cidadania. Respondeu negativamente. Negros eram coisas, objetos de propriedade, comprados e vendidos, antes e depois da independência, antes e depois da Constituição. Além do que, o direito de propriedade de escravos era garantido pela Constituição. Só poderia ser perdido mediante a aplicação do *"due process of law"*. Entendeu também que o Congresso não poderia regulamentar a escravidão nos estados, porque a Constituição não admitia restrições a esse direito de propriedade. Dred Scott perdeu a causa. O conteúdo da decisão perdeu validade com a 13ª Emenda.

Em 1896, no caso **Plessy** v. **Ferguson**[21], institucionalizou-se a doutrina do "*separate but equal"*. Após a Guerra Civil (1861-1865) as relações entre as raças, nos EUA, persistiram tensas e conflitantes. A segregação legal dos antigos escravos, conhecida como "*legislação Jim Crow*" visou freqüência das escolas públicas e uso dos transportes, restaurantes, teatros, hotéis, cinemas, balneários. Em muitos estados proibiu-se o casamento entre pessoas de cores diferentes. Formatou-se a doutrina do *"separate but equal"*, isto é, legalizou-se a segregação, conquanto que se fornecessem serviços e condições iguais, para brancos e segregados. Homer **Plessy**, mulato, fora preso e processado porque sentara-se no setor reservado aos brancos, em trem no estado da Louisiana. Ele recorreu à Suprema Corte, requerendo ordem contra o Juiz **Ferguson**, para que o magistrado

[20] Kermit L. Hall, op. cit. p. 207 e ss.

[21] Kermit L. Hall, op. cit., p. 250 e ss.

trancasse a ação penal. A corte aprecia a constitucionalidade de uma lei da Louisiana, de 1890, que dividia os trens entre as raças, implementando a então dominante doutrina do *"separate but equal"*. Entendia-se que era obrigação do estado providenciar vagões para brancos e negros. Dizia-se que Homer Plessy era 1/8 africano. Um precedente de 1849 (Roberts v. Cidade de Boston) garantiu escolas separadas, admitindo a segregação. A Suprema Corte determinou que a doutrina do "*separate but equal"* não violava a Constituição, conquanto que brancos e negros tivessem mesmo tratamento e instalações, que utilizariam separadamente. Em voto divergente, o Juiz John Marshall Harlan anotou que a Constituição era cega para questões de cor, desconhecendo e não tolerando classes distintas, entre seus cidadãos. A questão permanecera em debate até a década de 1960, quando os direitos civis tiveram mais ampla aplicação nos EUA.

Em 1905, no caso **Lochner** v. **Nova York**[22], festejou-se o liberalismo, garantindo-se a liberdade de contratos, mesmo em prejuízo dos trabalhadores. No exercício do poder de polícia o estado de **Nova Iorque** limitou em dez horas diárias o trabalho de padeiros. **Lochner**, proprietário de padaria, violou a lei, contratando padeiros que trabalhavam *"overtime"*, excedendo as dez horas. Naquela época, a liberdade de contrato era considerada regra geral, entendendo-se que a autoridade legislativa somente podia restringi-la em circunstâncias excepcionais. Com base nessa premissa, pretendeu Lochner que a Suprema Corte decretasse a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque, que limitava a liberdade de contratar. O relator do acórdão, Juiz Peckam, entendeu que a lei de Nova Iorque interferia na liberdade de contrato, entre patrões e empregados. Com base na 14ª Emenda afirmou que o Estado não pode privar o indivíduo da liberdade e da propriedade, sem o devido processo legal, o que Nova Iorque estava fazendo, ao limitar as horas de trabalho na padaria. A questão apreciava dois valores: a liberdade de contratar e o poder de polícia dos estados. No mérito, afirmou que pão limpo e saudável não depende das horas de trabalho do padeiro. Não havia, nesse sentido, poder de polícia que justificasse a lei limitativa de horas de trabalho. Declarou-se a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque que limitava a atividade laboral nas padarias. Manteve-se a tendência de garantir-se a todo custo a liberdade de contrato. Ainda em 1898 no caso Adair v. EUA, fulminou-se a Seção 10 da Lei de Erdman, de 1º de junho de 1898. A aludida lei proibia os contratos *"yellow dog"* (exigência da estradas de ferro de que seus empregados não fossem sindicalizados) e vedava a discriminação de empregados filiados a sindicatos.

Em 1954, no caso **Brown** v. **Board of Education of Topeka**[23], proibiu-se a discriminação racial nas escolas. O caso revogou a doutrina até então dominante, do *"separate but equal"*, aplicado desde **Plessy** v. **Ferguson**, em 1896. Em 1948 Ada Lois Sipuel provocou a Corte Suprema porque a Faculdade de Direito de Oklahoma indeferira seu pedido de matrícula. Por ordem do Tribunal a Universidade nomeou três advogados que dariam aulas à pretendente. A mesma Universidade teve de deferir o pedido de C.W. McLaurin, que matriculou-se num programa de pós-graduação em Educação. Porém o aluno foi obrigado a sentar-se em ambiente contíguo à sala de aula, em lugar separado na biblioteca, assim como também

[22] Carl Brent Swisher, op. cit., p. 108 e ss.

[23] Kermit L. Hall, op. cit., p. 510 e ss.

foi constrangido a usar o refeitório em horário diverso dos outros estudantes. A Corte ordenou o fim das restrições. Enquanto isso, Sweatt teve pedido indeferido para matricular-se na Faculdade de Direito do Texas, por preconceito racial. A Corte assinou prazo para que se instalasse uma Faculdade de Direito separada para pessoas de cor, ou então que se deferisse o pedido de matrícula. Sweatt matriculou-se na faculdade para negros, de cuja qualidade reclamou. Cento e oitenta e oito professores de Direito do país enviaram petição à Suprema Corte, para que se revogasse a segregação racial nas escolas. Em 1952 a Corte prepara-se para apreciar casos do Kansas (Brown v. Topeka), da Carolina do Sul, da Virgínia, e de Delaware. Embora sob premissas, fatos e condições distintas, as quatro ações versavam sobre a segregação racial nas escolas e seriam julgadas conjuntamente. Decisão unânime concluiu que não havia igualdade entre escolas. Crianças brancas tinham opções, enquanto a educação de crianças negras era praticamente inexistente. Concluiu-se que em tema de educação pública a doutrina do *"separate but equal"* era inaplicável. Iniciava-se nova fase nas relações raciais norte-americanas. Dá-se início ao fim da segregação nas escolas públicas, circunstância marcada por intensas reações. Em 1964 a lei dos direitos civis fez da igualdade racial matéria de lei federal.

Em 1966, no caso **Miranda** v. **Arizona**[24], garantiu-se ao suspeito preso o direito de ficar em silêncio. No dia 13 de março de 1963 Ernesto **Miranda** foi detido em sua casa e levado em custódia para uma estação policial em Phoenix, **Arizona**. Foi identificado por uma vítima, dos crimes de rapto e de estupro, que ele teria praticado. Na sala de interrogatório n. 2 foi interrogado por dois policiais, que admitiram em juízo que não tinham advertido o réu de que poderia ficar calado, além de que tinha direito à presença de advogado. Os policiais não obedeceram a 5ª Emenda à Constituição norte-americana (Bill of Rights, 1791). Depois de duas horas de interrogatório os policiais obtiveram confissão de Miranda, tida como voluntária, livre de ameaças e de promessas de benesses, com "*total conhecimento de direitos*", a par do reconhecimento de que a confissão poderia ser usada contra o réu. Miranda foi condenado em 1ª instância a 50 anos de prisão. A Suprema Corte do Arizona manteve a decisão *a quo*, observando que Miranda não pedira específica e objetivamente por advogado. O recurso subiu à Corte de Warren[25]. Entendeu-se que o aviso de que o réu pode ficar em silêncio deveria ser acompanhado de admoestação de que tudo o que fosse dito poderia ser usado contra o próprio réu. Além do que, sob orientação da 5ª Emenda, entendeu-se que o direito a advogado é absoluto, e que o mesmo deve acompanhar o réu, durante o interrogatório. Garante a proteção do acusado, além de possibilitar testemunho, por parte do advogado, caso presencie violação aos direitos de seu constituinte. A decisão da corte, anulando o acórdão do Arizona, suscitou outra questão, a propósito da inconstitucionalidade da pena de morte, à luz da Emenda n. 8, que veda penas cruéis e desusadas. Os presidentes Nixon e Reagan criticaram a decisão proferida no caso **Miranda** v. **Arizona**, premonindo a política de "tolerância zero" que marca setores mais contemporâneos do direito criminal norte-americano.

[24] Kermit L. Hall, op. cit., p. 541 e ss.

[25] Leda Boechat Rodrigues, A Corte de Warren.

Em 1973, no caso **Roe** v. **Wade**[26], deu-se pela inconstitucionalidade de leis texanas contrárias ao aborto. Jane **Roe** estava grávida, era solteira e queria abortar. As leis do Texas proibiam o aborto, a menos que a mãe corresse risco de vida. Jane Roe ajuizou ação em março de 1970. Quando a questão chegou à Suprema Corte a criança já havia nascido e fora adotada por terceiros. Os críticos da decisão da Suprema Corte insistem que o julgamento fora maculado pelo nascimento da criança. De modo a avaliar se a mãe pode abortar, o relator, Juiz Blackmun, historiou entendimento normativo e jurisprudencial a propósito do aborto. Mencionou certa preocupação vitoriana para desencorajamento de condutas sexuais ilícitas. Lembrou problemas e riscos que a prática do aborto suscita nas gestantes. Também teceu comentários sobre o interesse do estado no sentido de proteger a vida pré-natal. Não via direito da mãe à privacidade, porquanto a gravidez, em tese, tornaria relativa a pretensão. Jane Roe argumentava que o direito ao aborto era absoluto, a qualquer tempo. Além disso, o nascituro não seria pessoa, como visto na Constituição, que vale-se do substantivo apenas em circunstâncias pós-natais. A Suprema Corte, com base em estatísticas, deu a entender que o aborto seria mais factível e compreensível no primeiro trimestre da gravidez. Confirmou a competência do estado do Texas de legislar sobre a matéria, porém julgou inconstitucional o artigo 1.196 do Código Penal daquele estado, que restringia o aborto, mas que não fracionava e diferenciava abortos feitos no início ou no fim da gravidez. Assim, tão somente sobre premissas lógicas, biológicas e estatísticas, pronunciou-se pela inconstitucionalidade da acima mencionada lei do Texas.

Em 1987, no caso **Lyng** v. **Northwest Indian**[27], não se garantiu a liberdade de expressão religiosa a grupos nativos. No norte da Califórnia, nas montanhas Siskiyou, próximo ao Pacífico, junto à fronteira do Oregon, na Floresta Nacional dos Seis Rios, índios yurok, karok, tolowa e hoopa praticam milenarmente cerimônia religiosa de purificação. Dançam os passos dos woges, espíritos que habitavam a terra, antes da vinda dos homens. O serviço florestal norte-americano planeja construir estrada para escoamento de madeira que cortaria a reserva, passando pelos lugares dedicados aos cultos sagrados. Setenta e dois caminhões e noventa automóveis passariam diariamente pela estrada. Com base na 1ª Emenda, que garante a liberdade de religião, os índios ajuizaram ação na Corte de São Francisco. A construção da estrada constituía, para eles, algo semelhante a rodovia que cortasse o Vaticano. A construção da autovia destruía a solidão, a paz e a privacidade necessárias para que os índios expressassem livremente sua religião. Precedentes havia com adventistas, testemunhas de Jeová e com os Amish. Em 1983 a Corte de São Francisco deu pela procedência do pedido da associação indígena. O governo apelou. Enquanto isso, lei federal declarou a área reserva florestal, porém garantiu e autorizou a construção da estrada, cumprindo compromisso político assumido para aprovar a lei. Em julho de 1986 a Suprema Corte da Califórnia confirmou a decisão de primeiro grau. Os autos do processo subiram à Suprema Corte, Washington. Em novembro em 1987 a Suprema Corte reverteu as decisões originais, por diferença de apenas um voto (5x4). Entendeu-se que o poder executivo não conseguiria operar se tivesse que atender individualmente

[26] Terry L. Jordan, op. cit., p. 85.

[27] Ellen Alderman e Caroline Kennedy, op. cit., p. 55 e ss.

todos os desejos dos cidadãos. Os índios não estavam sendo coagidos a agir contrariamente a suas crenças, o que seria o objetivo da proteção da 1ª Emenda. Em outubro de 1990 outra lei federal proíbe a construção do que faltava da estrada, sob o fundamento de proteção ambiental, e não de liberdade religiosa.

Ainda em 1987, a Klu Klux Klan, no caso **Missouri Knights of KKK** v. **Kansas City**[28], garantiu-se o direito de exibir programas televisivos racistas, em nome de liberdade de expressão, consagrada na 1ª Emenda. Dennis Mahon, funcionário da TWA, dragão imperial do **Missouri Knights of the KKK** pretende apresentar *"Race and Reason"* no canal 20 de **Kansas City**. O programa é dirigido e apresentado por Tom Metzger do WAR (*White Aryan Resistence*). Temendo os 95% de negros do bairro da estação de TV, os representantes da mesma exigem que a produção deveria ser local. A KKK aceita, preparando o programa *"Kansas City Kable".* Emanuel Cleaver, afro-americano, pastor metodista, lidera movimento contra a KKK. Defende-se com a teoria do perigo real, de Oliver Wendell Holmes e com o *"leading case"* de Eugene Debs, que em 1917 foi preso por ativismo socialista e contrário à 1ª Guerra Mundial. Em 16 de agosto de 1988 a cidade promulga a Resolução 62.555, extinguindo o acesso público ao canal de TV. Joanne Collins (que era negra), votou contra. Com base na teoria do *"counterspeech"* pretende-se realizar grande debate na cidade. A KKK ajuíza ação contra a cidade de Kansas, guerreando a Resolução 62.555. Em 26 de maio de 1999 a Suprema Corte julgara dois casos com base na liberdade de expressão: a queima da bandeira norte-americana e o "*dial-a-porno"*. A cidade teme perder a ação. Se perdesse, pagaria US$ 100.000 em custas e honorários. A municipalidade vivia crise financeira. Era ano eleitoral. O conselho municipal reuniu-se em 13 de julho de 1989 para decidir a propósito de eventual desistência da ação. Em 3 de abril de 1990 por sete votos a três decidiu-se que programas públicos seriam novamente autorizados, que a KKK poderia apresentar seu programa e que assim garantia-se a liberdade de expressão.

A 1ª Emenda também autorizaria a queima da bandeira americana, como expressão de protesto, caso **Texas** v. **Johnson**, 1989[29]. Em 1984 **Johnson** queimou uma bandeira norte-americana, em sinal de protesto, em frente à um edifício em Dallas. Foi condenado por violar uma lei do **Texas** que tipificava como crime a profanação intencional de bandeira estadual ou nacional. O caso vai à Suprema Corte. A questão radica na Emenda 1: "*O Congresso não fará lei relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício desta; ou restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo reunir-se pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de seus agravos*[30]". A liberdade de expressão tinha tido sentido amplo, como observa-se no caso *"**Missouri Knights of the Klux Klan** v. **Kansas City***", quando garantiu-se a exibição de programas racistas, na televisão, em nome da liberdade de expressão. Por cinco votos contra quatro a Suprema Corte definiu que a Constituição protege profanação à bandeira, como forma simbólica de expressão. Entendeu-se que o governo não está autorizado

[28] Ellen Alderman e Caroline Kennedy, op. cit. p. 23 e ss.

[29] Terry L. Jordan, op. cit., p. 86.

[30] Edward S. Corwin, A Constituição Norte-Americana e seu significado atual, p. 377.

a proibir ou restringir a expressão de uma idéia porque a sociedade acha essa idéia ofensiva ou desagradável. Protegeu-se a queima da bandeira como forma de liberdade de expressão, como garantida na Emenda 1 (*Bill of Rights*) da Constituição norte-americana.

Constata-se, assim, que o direito norte-americano é informado por premissas históricas, contingenciais e pretéritas, mas que não desconhece o historicismo do momento, adaptando-se, moldando-se. Lembra Morfeu, o lendário filho de Hipno, que tinha a capacidade de tomar a forma dos seres humanos e mostrar-se aos mortais adormecidos durante seus sonhos. Esvoaçava sobre qualquer um de nós, pousando em nossas cabeças, fazendo-nos adormecer instantaneamente, provocando a volta de sonhos já adormecidos.

Bibliografia:

ALDERMAN, Ellen; KENNEDY, Caroline. *In our defense: the Bill of Rights in action.* New York: Avon Books, 1991.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.* 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores)

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes.* Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOORSTIN, Daniel J. *The Americans: the democratic experience.* New York: Vintage Books, 1974.

BROGAN, Hugh. *The penguin history of the United States of America.* London: Penguin Books, 1985.

BUERGENTHAL, Thomas; MAIER, Harold G. *Public international law (in a nutshell).* 2ª ed. St. Paul, MN: West Group, 1990.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Les grandes oeuvres politiques: de Machiavel à nos jours.* Paris: Armand Colin/Masson, 1996.

CHURCHILL, Winston S., *História dos Povos de Língua Inglesa*. São Paulo: Ibrasa, 1960.

CORMAN, Avery. *Kramer vs. Kramer.* New York: Signet, 1978.

CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

COUNTRYMAN, Edward. *The American revolution.* London: Penguin Books, 1985.

CURTIS, Michael. *The great political theories- volume 1. From Plato and Aristotle to Locke and Montesquieu.* New York: Avon Books, 1981.

DAHL, Robert Alan. *On democracy.* New Haven & London: Yale University Press, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DWORKIN, R.M. *The philosophy of law.* Oxford: Oxford Press, 1977.

_____. *Taking rights seriously.* 17ª ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

FARNSWORTH, Edward Allan. *An introduction to the legal system of the United States.* 3ª ed. New York: Oceana Publications, 1996.

FINDLEY, Roger W.; FARBER, Daniel A. *Environmental law(in a nutshell).* 5ª ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American law.* 2ª ed. New York: Simon and Schuster, 1985.

_____. *Crime and punishment in American history.* New York: BasicBooks, 1993.

GIFIS, Steven H. *Law dictionary.* Hauppauge, NY: Barron's, 1996.

GILLESPIE, Alexander. *International environmental law, policy and ethics.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

GILMORE, Grant. *As eras do direito americano.* Rio de Janeiro, Forense Universitária, s.d.

GRIFFIN, Lissa; GERSHMAN, Bennett L. *The law school experience: law, legal reasoning and lawyering.* White Plains, NY: Pace University School of Law, 2000.

GRISHAM, John. *The brethren.* New York: Island Books, 2000.

_____. *The runaway jury*. New York: Island Books, 1996.

_____. *The testament.* New York: Island Books, 1999.

GROSS, Martin L. *The tax racket: government extortion from A to Z.* New York: Ballantine Books, 1995.

HALL, Kermit L.; WIECEK, William M.; FINKELMAN, Paul. *American legal history: cases and materials.* 2ª ed. New York: Oxford University Press, 1996.

HARR, Jonathan. *A civil action.* New York: Vintage Books, 1995.

HAZARD JR, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introdution.* New Haven and London: Yale University Press, 1993.

HEINEMAN, Robert A; PETERSON, Steven A.; RASMUSSEN, Thomas H. *American government.* New York: McGraw-Hill Book Company, 1989.

HENKIN, Louis. *The age of rights.* New York: Columbia University Press, 1990.

HOFSTADTER, Richard. *The American political tradition and the men who made it.* New York: Vintage Books, 1948.

HOWARD, Philip K. *The death of common sense: how law is suffocating America.* New York: Warner Books, 1994. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

JANIS, Mark W. *An introduction to international law.* 3ª ed. New York: Aspen Publishers, 1999.

JORDAN, Terry. *The U.S. Constitution and fascinating facts about it.* 17a. ed. Naperville, IL: Oak Hill Publishing Company, 2000.

LYRA FILHO, Roberto. *A Filosofia Jurídica nos Estados Unidos da América: Revisão Crítica.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1977.

MADISON, James. *Os artigos federalistas, 1751-1836.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTINI, Steve. *The attorney.* New York: SPM, 2000.

MEE JR, Charles L. *A história da constituição americana: o gênio do povo.* Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1993.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional americano: (estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica).* Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MITAU, G. Theodore. *Decade of decision: the supreme court and the constitucional revolution, 1954 to 1964.* New York: Charles Scribner's Sons, 1967.

MORGAN, Patricia T. *Tax procedure and tax fraud (in a nutshell).* 2ª Ed. St. Paul, Minn: West Group, 1999.

MORRISON, Alan B. *Fundamentals of American law.* Oxford: Oxford University Press, 2000.

PAINE, Thomas. *Os direitos do homem.* Petrópolis: Vozes, 1988.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. *A corte suprema e o direito constitucional americano.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

_____. *A Corte Suprema dos Estados Unidos e o Controle de Constitucionalidade das Leis*. Artigo *in* Revista Forense, Maio-Junho de 1956. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

SHELDON, Sidney. *Nothing lasts forever.* New York: Warner Books, 1994.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *O poder judiciário norte-americano.* **In:** Doutrina ADCOAS, texto n. 1014571.

SINHA, Surya Prakash. *Jurisprudence legal philosophy (in a nutshell).* St. Paul, Minn.: West Group, 1993.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

SPAETH, Harold J.; SMITH, Edward Conrad. *Constitution of the United States.* 13a. ed. New York: HaperCollins Publishers, 1991.

STORIG, Hans Joachim. *A Aventura das Línguas*.São Paulo: Melhoramentos, 1990.

SWISSHER, Carl Brent. *Decisões Históricas da Suprema Corte*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America.* New York: Penguin Books, 1984.

TUROW, Scott. *The laws of our fathers.* New York: Warner Books, 1996.

UNGER, Irwin. *Instant American history: through the Civil War and Reconstruction.* New York: Byron Preiss, 1994.

WAGMAN, Robert J. *The first amendment book.* New York: Pharos Books, 1991.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da suprema corte.* São Paulo: Saraiva, 1985.

ZINN, Howard. *A people's history of the United States: 1492 to Present.* New York: HaperCollins Publishers, 1995.

* Procurador da Fazenda Nacional. Mestre e Doutorando em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Internacional. Professor-Observador na Pace University, New York.

❖ ❖ ❖

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL
Consultoria Jurídica

PARECER/CJ/Nº 2413 /2001

ASSUNTO: Representante Comercial Autônomo

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO. Presentes na relação laboral entre representante e representado, a subordinação, pessoalidade e a não-eventualidade configura-se o vínculo empregatício.

Esta Consultoria Jurídica foi instada a se manifestar a respeito da relação laboral dos Representantes Comerciais Autônomos no âmbito da Previdência Social.

2. Antes, faz-se primordial realizarmos uma abordagem sobre o que é o representante comercial autônomo regido pela Lei nº 4.886, de 09 de dezembro de 1965, e o que é o empregado, tutelado pela CLT.

3. A Representação Comercial Autônoma é regida pela já mencionada Lei nº 4.886, de 1965. A referida norma traz em seu art. 1º o conceito de Representante Comercial Autônomo, como sendo a pessoa física ou jurídica, *sem relação de emprego que desempenha em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.*

4. Note-se que a norma é explicita ao impor a inexistência de relação de emprego entre o representante e o representado. A inexistência de vínculo empregatício se dá quando constem do contrato de Representação Comercial Autônoma os elementos indispensáveis que a caracterizam, dispostos no art. 27 e alíneas, da Lei nº 4.886, de 1965, abaixo transcritos:

> *Art. 27. Do contrato de representação comercial, quando celebrado por escrito, além dos elementos comuns e outros, a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente:*
>
> *a) condições e requisitos gerais da representação;*
>
> *b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;*
>
> *c) prazo certo ou indeterminado da representação;*
>
> *d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação, bem como da permissibilidade ou não de a representada ali poder negociar diretamente;*
>
> *e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;*
>
> *f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;*

g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;

h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes;

i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;

j) indenização devida ao representante, pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 34, cujo montante não será inferior a um vinte avos (1/20) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação, a contar da vigência desta lei.

5. Portanto, para que um contrato seja considerado como de representação comercial, deve conter todos os elementos acima elencados sob pena de configurar o vínculo empregatício.

6. Não obstante, o representado deve atentar no sentido de que a subordinação, a não-eventualidade, a onerosidade e a pessoalidade são pressupostos da relação de emprego, e que verificada a existência destes pressupostos, mesmo que atendidos ao disposto no art. da Lei nº 4.886, de 1965, a relação entre o Representante e o Representado passará a ser trabalhista e regida pela CLT.

7. Assim a CLT no seu art. 3º define o que seja empregado:

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

8. Extrai-se, portanto, do texto acima transcrito, que o primeiro requisito para ser empregado é ser pessoa física, uma vez que a CLT tutela a pessoa física do trabalhador.

9. Ao tratar da matéria, o Professor Sérgio Pinto Martins, em sua obra Direito do Trabalho, diz que *o serviço prestado pelo empregado deve ser de caráter não eventual, e o trabalho deve ser de natureza contínua, não podendo ser episódico, ocasional. Um dos requisitos do contrato de trabalho é a continuidade na prestação de serviços, pois aquele pacto é um contrato de trato sucessivo, de duração, que não se exaure numa única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que é pago o preço e entregue a coisa. No contrato de trabalho, há a habitualidade na prestação dos serviços, que na maioria das vezes é feita diariamente, mas poderia ser de outra forma, por exemplo: bastaria que o empregado trabalhasse uma vez ou duas por semana, toda vez no mesmo horário, para caracterizar a continuidade da prestação de serviços.* (p. 128, 12ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Atlas).

10. No que se refere a dependência ou subordinação, esta é vista como poder de direção ao qual o empregado é subordinado e dirigido. Não incidindo o poder de direção sobre o trabalhador, ou seja, se este não é dirigido por outrem, têm-se o autônomo ou outro tipo de trabalhador.

11. Dessa forma podemos dizer que a subordinação é o estado de sujeição do empregado em relação ao empregador, recebendo e cumprindo ordens, e se apresenta de quatro maneiras distintas, abaixo transcritas:

a) econômica, pois o empregado dependeria economicamente do empregador. Contudo essa orientação não é precisa, pois o filho depende economi-

camente do pai, porém a primeira vista, não é empregado deste último. O empregado rico não dependeria economicamente do patrão.

b) *técnica: no sentido de que o empregado dependeria tecnicamente do empregador. Entretanto, verificamos que os altos empregados, executivos, não dependem do empregador, mas este depende tecnicamente daqueles,*

c) *hierárquica: significando a situação do trabalhador por se achar inserido no âmbito da organização da empresa, recebendo ordens;*

d) *jurídica: em função da situação do contrato de trabalho, em que está sujeito a receber ordens, em decorrência do poder de direção do empregador, de seu poder de comando, que é a tese mais aceita.*

(MARTINS, Sérgio Pinto – Direito do Trabalho, p. 129, 12ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada – Ed. Jurídica Atlas)

12. Outro requisito do contrato de trabalho, não menos importante, é a onerosidade, no qual o empregado recebe salários pela prestação de seus serviços.

13. A pessoalidade também é requisito essencial do contrato de trabalho, uma vez que este é firmado com pessoa certa, específica.

14. A principal característica portanto da relação laboral do Representante Comercial Autônomo, diferentemente do empregado, é a inexistência do vínculo empregatício entre o Representante e o Representado, que se configura com o cumprimento do disposto na Lei nº 4.886, de 1965, e também pela inexistência dos pressupostos da relação de emprego.

15. Sérgio Pinto Martins ainda ensina:

A característica fundamental do representante comercial autônomo é sua autonomia, tanto que o art. 1º da Lei nº 4.886 prevê que não há vínculo de emprego entre as partes. O representante comercial autônomo não é dirigido ou fiscalizado pelo tomador de serviços, não tem obrigação de cumprir horário de trabalho, de produtividade mínima, de comparecer ao serviço etc. O trabalhador autônomo não tem de obedecer a ordena, de ser submisso às determinações do empregador. Age com autonomia na prestação dos serviços. O representante comercial autônomo recebe apenas diretivas, orientações ou instruções de como deve desenvolver seu trabalho, não configurando imposição ou sujeição ao tomador dos serviços, mas apenas de como tem de desenvolver seu trabalho, caso queira vender os produtos do representado. (op. cit., p. 150/151)

16. Esta Consultoria Jurídica adotou o entendimento de descaracterizar o Contrato de Representação Comercial, quando este possuir todas as características da relação de emprego, conforme precedente Parecer/CJ/ Nº 1083/97.

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. A hipótese de incidência para essa exação sobre a folha de salários requer o vínculo empregatício. Entendimento pacificado na Corte Excelsa. Constitui vício de forma o contrato de representação comercial que possua todas as características de empregado, mormente, quando presente a subordinação jurídica. Parecer pela avocatória ex-officio.

17. O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, também tem se manifestado nesse sentido conforme jurisprudência abaixo transcrita:

> *Relação de emprego — contrato de representação comercial.*
>
> *O simples fato de o prestador de serviços ser considerado representante comercial autônomo, tendo registro no órgão competente, não afasta a possibilidade do judiciário, em face do disposto nos autos, concluir pela existência do vínculo de emprego entre as partes, pois, diante do princípio da realidade que rege o direito do trabalho, ao aspecto meramente formal, sobrepõe-se o que ocorre no dia-a-dia da relação jurídica que aproxima o prestador do tomador dos serviços.*
>
> *O contrato de trabalho e o de representação comercial autônomo (regulado pela Lei quatro mil oitocentos e oitenta e seis de sessenta e cinco) possuem elementos comuns, tais como serviços. No entanto, divergem quanto à existência da subordinação hierárquica e jurídica, posto que esta caracteriza apenas o contrato de trabalho, estando ausente no caso da representação comercial.*
>
> *O trabalho autônomo, segundo a doutrina especializada, só se caracteriza quando há inteira liberdade de ação, ou seja, quando o trabalhador atua como patrão de si mesmo, com os poderes jurídicos de organização própria, por meio dos quais desenvolve o impulso de sua livre iniciativa e presta serviços a mais de uma empresa ou pessoa.*
>
> *A prestação de serviços, "in casu", conforme ressaltado pelo tribunal "a quo", ocorreu com subordinação, pessoalidade, exclusividade, além de contar com os outros fatores caracterizadores da relação e emprego.*
>
> *Revista provida.*
>
> (RR-193404, de 1995, 2ª Região – São Paulo. Acórdão 7996, de 1996, 4ª Turma, Ministro Leonaldo Silva)
>
> *Representante comercial – relação de emprego.*
>
> *1. Delio Maranhão, em sua obra 'Direito do Trabalho', Décima Terceira Edição, Ed. Da Fundação Getúlio Vargas, RJ, mil novecentos e oitenta e cinco, página cinqüenta e nove, ensina que, 'verbis':*
>
> *'A atividade dos representantes comerciais autônomos é disciplinada pela Lei quatro mil oitocentos e oitenta e seis, de nove de dezembro de sessenta e cinco. Com é óbvio, há uma larga zona cinzenta, que torna, muitas vezes, difícil, no caso concreto, dar, ou não, configurada a existência do contrato de trabalho, distinguindo-o do mandato como representação, que a doutrina classifica, também, com contrato subordinante, porque uma das partes, como no contrato de trabalho, está, por cumprimento da obrigação assumida. O representante autônomo é um empresário, exercitando uma atividade econômica organizada. Elementos de certeza, pois, quanto a inexistência do contrato de trabalho, são: ter o representante empregados, arcar com as despesas de seu negocio, fazer-se substituir por pessoa de sua escolha e outros que se ajustem aos aspectos formais (filiação ao CORE, inscrição para efeito de imposto de renda, pagamento de impostos) e ao 'nomen juris' do contrato celebrado. A exclusividade da esfera na Lei quatro mil oitocentos e*

oitenta e seis (artigo trinta e seis). Como não a desfigura, por si só, a fixação de um mínimo de produção.'

2. A situação do representante comercial é distinta daquela do balconista ou do viajante.

3. Revista conhecida e provida.

(RR-4295, de 1987, 2ª Região – São Paulo. Acórdão 3214, de 1988, 2ª Turma, Ministro José Ajuricaba da Costa e Silva)

18. Diante do exposto, concluímos que, sendo o representante comercial subordinado ao tomador, seu trabalho caracterizado pela não-eventualidade e pessoalidade e ainda ausente a autonomia no seu desempenho, configura-se o vínculo empregatício, ficando o tomador sujeito aos encargos previdenciários incidentes sobre a folha de salários.

À consideração superior

Brasília, 16 de fevereiro de 2001.

INDIRA ERNESTO SILVA QUARESMA
Coordenadora-Geral de Direito Previdenciário

Aprovo.

À consideração do Senhor Ministro, para os fins do art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro 1993.

Brasília, 16 de fevereiro de 2001.

ANTÔNIO GLAUCIUS DE MORAIS
Consultor Jurídico

Aprovo na forma proposta.

Publique-se.

Em, 19 de fevereiro de 2001.

WALDECK ORNÉLAS

❖ ❖ ❖

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL
Consultoria Jurídica

PARECER/ CJ/nº 2414 /2001

ASSUNTO: Prestações, serviços e benefícios das entidades beneficentes de assistência social considerados aplicação em gratuidade.

EMENTA: ENTIDADES BENEFICENTES. PRESTAÇÕES, SERVIÇOS E BENEFÍCIOS QUE PODEM SER CONSIDERADOS COMO APLICAÇÃO DE RECEITA EM GRATUIDADE PARA OBTENÇÃO DO CERTIFICADO DE ENTIDADE DE FINS FILANTRÓPICOS.

1 — São considerados como aplicação em gratuidade os serviços, prestações ou benefícios de assistência social beneficente concedidos "a quem dela necessitar" (art. 203, CF/88) para o atendimento de suas "necessidades básicas" (art. 1º, Lei 8.742/93).

2 — Não se enquadram nesse conceito os serviços, prestações os benefícios conferidos a todos indistintamente, os que não se destinam a suprir uma necessidade básica do cidadão e os que têm por finalidade qualificar funcionários ou conceder-lhes benefícios trabalhistas.

3 — Eventuais prejuízos ou não realização de receitas não são reputados aplicação em gratuidade.

4 — No cálculo do percentual mínimo deve-se levar em conta a renda bruta da entidade, não podendo ser excluído os custos contábeis.

5 — Os percentuais estabelecidos no inciso VI e § 4º do Decreto nº 2.536, de 1998, não podem ser conjugados, não sendo lícito complementar o percentual de 20% de aplicação em gratuidade com eventual atendimento via convênio com o SUS previsto no § 4º, e vice versa.

Trata-se de consulta sobre quais prestações ou serviços desenvolvidos pelas entidades beneficentes podem ser considerados aplicação em gratuidade para compor os limites traçados pelo art. 2º, inc. VI, do Decreto 2.536, de 7 de abril de 1998, que tem o seguinte teor:

> Art. 3º Faz jus ao Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a entidade beneficente de assistência social que demonstre, nos três anos imediatamente anteriores ao requerimento, cumulativamente:
>
> (...)
>
> VI — aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos vinte por cento da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruída;

> (...)
>
> § 4º O disposto no inciso VI não se aplica à entidade da área de saúde, a qual, em substituição àquele requisito, deverá comprovar, anualmente, percentual de atendimento decorrentes de convênio firmado com Sistema Único de Saúde – SUS igual ou superior a sessenta por cento do total de sua capacidade instalada.

2. Assim, a entidade deve atender, entre outros requisitos, ao percentual mínimo de 20% de sua renda bruta aplicada em gratuidade ou comprovar percentual de atendimento de 60% decorrentes de convênio com o SUS. A discussão, pois, cinge-se em estabelecer o que seja esta aplicação ou atendimento e, principalmente, quais os serviços prestados pelas entidades beneficentes que podem ser enquadrados na disposição em comento.

3. Em relação às entidades que prestam saúde, muito se questiona sobre a possibilidade de conjugar-se os requisitos do § 4º com os do inciso VI do Decreto nº 2.536, de 1998. Assim, a entidade que não atingisse o índice de 60% em atendimentos conveniados ao SUS poderia complementar o restante com aplicação em gratuidade. Cremos ser impossível tal entendimento já que o § 4º do decreto citado determina a utilização do critério de 60% de atendimento em substituição ao critério do inciso VI. É dizer, a instituição de saúde está obrigada a atender o § 4º Outrossim, vale reafirmar que o atendimento em convênio ao SUS deve ser efetivamente prestado.

4. Em continuidade, tratando-se da regra seguinte, que é a aplicação mínima de 20% em gratuidade, temos que, para a definição do que possa ser considerado aplicação em gratuidade devemos ter em mente as diretrizes impostas pela Constituição Federal, máxime, os destinatários dos benefícios assistenciais. Reza o artigo 203 da Carta Magna:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> I — a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
>
> II — o amparo às crianças e adolescentes carentes;
>
> III — a promoção da integração ao mercado de trabalho;
>
> IV — a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
>
> V — a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

5. Constata-se, à evidência, que os destinatários do comando normativo encontram-se em situação de hipossuficiência, necessitando, pois, do auxílio social para a satisfação de suas necessidades vitais.

6. Por óbvio, auxílio ou benefício concedido a quem não se encontra em dita situação não pode ser reputada assistência social para os fins do preceito constitucional. Aliás, este entendimento emerge da própria Lei Orgânica da

Assistência Social, Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que estatui como sua finalidade o atendimento das necessidade básicas do cidadão. *In verbis*:

> Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas

7. Portanto, o conteúdo fundamental do que se deve entender por aplicação em gratuidade é o de assistência social beneficente prestadas "a quem dela necessitar" (art. 203, CF/88) para o atendimento de suas "necessidade básicas" (art. 1º, Lei 8.742/93).

8. Ressalte-se que a assertiva acima não contraria o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2.028-5, que suspendeu algumas alterações introduzidas no art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, pela Lei nº 9.732, de 1998. Com efeito, extraí-se do voto que concedeu a medida liminar o seguinte trecho:

> "Com efeito, a Constituição, ao conceder imunidade às entidades beneficentes de assistência social, o fez para que fossem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios auxiliados nesse terreno de **assistência aos carentes** por entidades que também dispusessem de recursos para tal atendimento gratuito, estabelecendo que a lei determinaria as exigências necessárias para que se estabelecessem os requisitos necessários para que as entidades pudessem se consideradas de assistência social."
>
> (...)
>
> "Aliás, são essas entidades – que, por não serem exclusivamente filantrópicas, têm melhores condições de **atendimento aos carentes** a quem o prestam – que devem ter sua criação estimulada para o auxílio ao Estado nesse setor, máxime em época em que, como a atual, são escassas as doações para a manutenção das que se dedicam exclusivamente à filantropia."
>
> (Trecho do voto na ADIMC-2028/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ: 16-06-00) (grifei)

9. Do exposto, lícito concluir-se que certos tipos de prestações ou serviços não se subsumem ao conceito de assistência social, sejam porque conferidos a todos indistintamente, sejam porque não se destinam a suprir uma necessidade básica do cidadão ou mesmo então porque se destinam a qualificar funcionários ou conceder-lhes benefícios trabalhistas.

10. Exemplos da primeira hipótese – concessão de benefícios a todos indistintamente – são os descontos ofertados uniformemente a todos os alunos de uma instituição educacional. Sem dúvida que aqui se trata de critérios econômicos da instituição que refogem à questão da carestia. Isto porque estes descontos são determinados pelos custos contábeis da entidade e não por desideratos beneficentes, ou seja, seria inverossímil que todos os seus alunos fossem classificados como carentes e, portanto, destinatários de auxílio social em percentual igualitário.

11. No que toca à segunda hipótese – não se destinar a suprir uma necessidade básica do cidadão – podemos citar a cessão gratuita de salas e espaços de uma escola para empresas ou para a comunidade e a assistência proporcionada aos

acadêmicos (palestras, encaminhamentos para estágios, visitas, recepção de calouros etc.). Malgrado se tratar de atitude louvável não tem aptidão para caracterizar benemerência, pois as necessidades envolvidas não podem ser reputadas básicas e muito menos voltadas para o âmbito da assistência social beneficente

12. Por último, as hipóteses de benefícios que têm cunho trabalhista ou de qualificação de empregados e sócios. Assim podem ser considerados o aperfeiçoamento profissional educativo dos sócios, a qualificação do corpo docente, a assistência educativa prestadas aos professores (cursos, seminários, palestras etc.), os planos de saúde ou assistência médica a funcionários e as bolsas de estudos concedidas aos filhos de funcionários. Todas estas prestações têm nítido caráter trabalhista, alguns de natureza salarial, outros relacionados com a política de aperfeiçoamento profissional da entidade. Portanto, longe estão de se amoldarem ao conceito de aplicação em gratuidade para fins beneficentes.

13. Também não pode ser reputado como aplicação em gratuidade os custos de fabricação ou dos serviços prestados pela instituição que desenvolva atividade econômica em busca de outras fontes de renda para fins de promoção de assistência social. A razão da vedação situa-se no próprio texto do inciso VI do Decreto nº 2.536, de 1998, que estipula a renda bruta como base de cálculo.

14. Nesta proibição incide também a não realização de receitas a qualquer título, como, por exemplo, a inadimplência, o abandono e o trancamento de matrícula por parte dos alunos. Isto porque, os eventuais prejuízos decorrem da própria atividade desenvolvida pela entidade, caracterizando-se como riscos econômicos a que estão sujeitas. Não são, pois, aplicação em gratuidade.

15. Podemos, então, elencar algumas prestações, serviços ou benefícios que não se subsumem ao conceito de aplicação em gratuidade. Esclareça-se que o rol abaixo não é exaustivo, podendo ser ampliado com outros correspondentes:

a) descontos concedidos uniformemente a todos os alunos;
b) gastos com aperfeiçoamento educativo de sócios e outros serviços gratuitos;
c) qualificação do corpo docente;
d) gastos com cursos, palestras e seminários destinados aos professores;
e) gastos com acadêmicos (palestras, encaminhamento para estágios, visitas, recepção de calouros);
f) cessão de espaço físico a empresas e comunidade;
g) plano de saúde concedido a funcionários;
h) bolsas de estudo concedidas a filhos de funcionários;
i) desconto ou bolsa concedida a alunos irmãos;
j) reduções de anuidades concedidas a alunos matriculados em mais de um curso;
k) valores não recebidos por inadimplência, desistência, abandono, trancamento de matrícula etc;
l) atendimentos prestados pelos próprios alunos, como atividades curriculares;

m) prestações *in natura*, como moradia, alimentação etc., fornecidas aos funcionários;

n) outros serviços que não tenham correlação com os objetivos institucionais da entidade;

o) custos da atividade meio desenvolvida pela instituição;

p) conjugação dos critérios do inciso IV com o do § 4º do Decreto nº 2.536, 1998;

16. Por fim, vale assinalar que a aplicação mínima estabelecida no art. 3º, VI, do Decreto 2.536, de 1998, nunca poderá ser inferior à isenção de contribuições sociais usufruída pela entidade. Significa dizer que, para obter o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, faz-se mister que, na análise dos exercícios anteriores à concessão ou renovação do Certificado, a aplicação em gratuidade seja superior ou igual à isenção das contribuições sociais, que deverá ser sempre demonstrada pela entidade solicitante.

17. Ante todo o exposto, entendemos que somente podem ser considerados como aplicação em gratuidade os serviços, prestações ou benefícios de assistência social beneficente concedidos "a quem dela necessitar" (art. 203, CF/88) para o atendimento de suas "necessidade básicas" (art. 1º, Lei 8.742/93). Excluí-se desse conceito os que sejam conferidos a todos indistintamente, os que não se destinam a suprir uma necessidade básica do cidadão e os que têm por finalidade qualificar funcionários ou conceder-lhes benefícios trabalhistas, como os acima mencionados e outros correlatos.

18. Os eventuais prejuízos ou não realização de receitas também não são considerados aplicação em gratuidade.

19. Além disso, para o cálculo do percentual mínimo deve-se levar em conta a renda bruta da entidade, não podendo ser excluído os custos contábeis.

Por último, os percentuais estabelecidos no inciso VI e § 4º do Decreto nº 2.536, de 1998, não podem ser conjugados, não sendo lícito complementar o critério de 20% de aplicação em gratuidade com eventual atendimento por convênio com o SUS, e vice-versa.

À consideração superior.

Brasília, 16 de fevereiro de 2001.

WARNEY PAULO NERY ARAUJO
Chefe da 2ª Divisão de Assuntos Jurídicos

De acordo.

Ao Senhor Consultor Jurídico.

Brasília, 16 de fevereiro de 2001.

INDIRA ERNESTO SILVA QUARESMA
Coordenadora-Geral de Direito Previdenciário

Aprovo.

À consideração do Senhor Ministro, para os fins do disposto no art. 42 da Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993

Brasília, 16 de fevereiro de 2001.

ANTÔNIO GLAUCIUS DE MORAIS
Consultor Jurídico

Aprovo. Publique-se.

Em 19 de fevereiro de 2001.

WALDECK ORNÉLAS

❖ ❖ ❖

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADORIA DO INSS EM SÃO PAULO

21-201.1 – SEÇÃO DE CONSULTORIA, em 19-05-2000.

Ref.: MCP n. 20000515/5300

Int. : CIA Textil Ragueb Chohfi

EMENTA: DÉBITO PREVIDENCIÁRIO CONFESSADO E PARCELADO. GARANTIA HIPOTECÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO, NO TRANSCORRER DO PARCELAMENTO, DE PARTE DOS BENS OFERECIDOS EM GARANTIA. INDIVISIBILIDADE DA GARANTIA HIPOTECÁRIA, QUE FOI ESTABELECIDA EM ATENÇÃO À INTEGRALIDADE DA DÍVIDA. INAPLICABILIDADE DO ART. 685, I DO CPC, ANTE A INEXISTÊNCIA DE PARALELO ENTRE AS FIGURAS DO EXCESSO DE PENHORA E DO MERO CUMPRIMENTO DO PARCELAMENTO.

PARECER 21.200.1/028-2000

1 — Trata-se de requerimento, formulado por devedor do INSS por meio do qual se pretende *a liberação parcial*, de um dos três imóveis dados em *garantia hipotecária* oferecida e aceita quando da celebração de acordo para parcelamento.

Alega a empresa-devedora que já pagou a metade das parcelas acordadas (22 de um total de 44), que precisa negociar um dos três imóveis (o qual foi por

ela especificado no requerimento inicial) oferecidos em garantia e, finalmente, que o saldo devedor continuará garantido pela soma dos valores dos outros dois imóveis, segundo a expressão monetária que serviu de base para o compromisso inicial de garantia em parcelamento.

Analisando o pedido, o chefe do Serviço de Orientação e Administração da Cobrança desta Gerência Executiva, após atualizar o valor do saldo da dívida, indaga-nos, ante a falta de expressa previsão noa atos normativos disciplinadores da matéria, se é ou não possível o atendimento do requerimento da devedora e, sendo afirmativa a resposta, qual seria o procedimento aplicável à espécie. Cumpre anotar que a autoridade consulente aponta duas observações para este caso concreto, a saber: a informação de existirem execuções fiscais ajuizadas em face dos diretor-superintendente da empresa interessada e a circunstância de estar defasado o valor da avaliação dos imóveis na época em que foi aceita a garantia.

É o relatório. Passamos a opinar.

2 — O pedido do devedor de liberação de um dos bens que ofereceu em garantia de sua dívida não pode ser deferido, porque a *hipoteca é indivisível* e foi constituída em favor do montante total do débito objeto do acordo para parcelamento, não tendo havido qualquer ressalva pelas partes, mesmo porque nem mesmo há lei conferindo essa competência para os agentes previdenciários incumbidos da formalização de tais acordos. Além disso, é descabido, *data maxima venia*, invocar-se para este caso a aplicação do art. 685 do Código de Processo Civil.

Expliquemo-nos, seguindo a ordem dessas afirmações.

3 — Dispõe o artigo 849, I do Código Civil que se extingue a hipoteca *pelo desaparecimento da obrigação principal* que a mesma está a garantir. O alcance desse dispositivo é revelado a partir das disposições introdutórias que aquele diploma legal faz quanto aos direitos reais de garantia, especificamente em seus artigos 755 e 758, que estabelecem:

> *Art. 755. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.*
>
> *Art. 758. O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título, ou na quitação.*

Ora, a simples leitura da lei permite-nos concluir, sem o menor esforço hermenêutico, que, por princípio, é indivisível a hipoteca, razão pela qual só podemos compreender que a extinção da obrigação principal a que se refere o art. 849, I diz respeito ao valor *total* da obrigação, não a parte dele. Aliás, justamente por causa dessa indivisibilidade da garantia hipotecária é que dispõe, logo na seqüência (art. 766, *caput*), o Código Civil que *"Os sucessores do devedor não podem remir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões; qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo"*.

Nesse mesmo sentido, ensina-nos Washington de Barros:

> "*A hipoteca é também indivisível. Como dizia Loysel 'hypotheque ne se divise point'. Enquanto não satisfeita integralmente a dívida, subsiste o direito real, por inteiro, sobre a totalidade dos bens gravados, como sobre cada uma de suas frações,* ***ainda que divisível a obrigação e divisível também a coisa***

> ***hipotecada***. *Persiste assim a garantia, em toda a sua plenitude,* ***ainda que solvida em parte a obrigação****, ou venha a dividir-se a coisa gravada. Sendo indivisível a hipoteca, somente por ato voluntário do credor poderá desfalcar-se a garantia. Por outro lado,* ***qualquer parte do imóvel garante a dívida toda***" (Curso de Direito Civil, 3º vol., Direito das Coisas, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 371 – destacamos).

3.1 — Assim, somente se tivesse havido previsão expressa no instrumento de garantia do débito objeto de parcelamento o devedor teria — em tese ao menos — direito de ver liberado, agora, parte dos bens oferecidos em garantia.

Não é esta, no entanto, a situação deste caso, já que de acordo com as cláusulas segunda e terceira de referido instrumento (elaborado uniformemente pela Administração previdenciária, nos termos dos anexos da Ordem de Serviço n. 18/94), o devedor expressamente deu a totalidade dos bens descritos em garantia da dívida integral, incluindo-se aí todos os acréscimos cabíveis por força do que prevê a lei previdenciária.

Nenhuma dúvida há, assim, de que tanto o *conjunto* de bens dados em garantia, *quanto cada um deles*, prestam-se para assegurar *à integralidade da dívida fiscal-previdenciária*, não havendo direito à liberação de nenhum daqueles bens — quanto menos a critério de escolha do próprio devedor.

3.1.1 — É preciso atentar, ainda, para o fato de que ***nem mesmo poderia haver previsão*** no instrumento de formalização da garantia – nem tampouco na Ordem de Serviço citada – *permitindo a exoneração parcial da hipoteca* porque tal condição, que **representaria um ato de disponibilidade e de liberalidade do credor, somente poderia se prevista por *lei* em sentido estrito**.

Afinal, como sabem todos, por força do cânone máximo da legalidade (art. 37, *caput* da Constituição), na administração pública não existe vontade — seja para o agente, seja para a própria Administração —, nela se operando apenas uma atividade de complementação daquilo que dispõe a lei, com vistas sempre a alcançar fins de interesse público.

Desnecessário lembrar, nesta conjuntura, que o INSS, enquanto defensor de direitos e interesses públicos de vasto alcance social, tem o dever de assegurar, o mais amplamente possível — dentro dos parâmetros estabelecidos por lei e, no caso, também por legítimo ato firmado por vontade do requerente — o recebimento dos créditos que foram apurados e confessados pelo próprio devedor.

4 — Vale a pena atentar, ainda, para o fundamento invocado equivocadamente — *concessa venia* — pelo requerente em amparo de seu pretenso direito, o que foi feito a partir do disposto no art. 685, I do Código de Processo Civil, que tem a seguinte redação:

> *Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária:*
>
> *I — reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exeqüente e acessórios;*
>
> *II — ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito.*

Parágrafo único. Uma vez cumpridas essas providências, o juiz mandará publicar os editais de praça.

Antes de mais nada, é bom não nos esquecermos de que nenhuma aplicação tem ao presente processo administrativo, em princípio, as disposições do Código de Processo Civil, que se destinam a regular relação jurídica de natureza sensivelmente diferente desta de que participam o INSS e o requerente. Basta pensar — por exemplo apenas — na força do ato de penhora se comparado ao *acordo* que teve que obter o INSS junto ao devedor para que fossem gravados os bens em questão em garantia da dívida previdenciária.

Mas admitamos — apenas por amor ao debate — que são aplicáveis, na via administrativa, as disposições do Código de Processo Civil. Pois bem, ainda neste caso, haveríamos de fazer uma observação que, por si só, seria suficiente para revelar o descabimento de se invocar, diretamente, a previsão do art. 685, I a este caso.

E para vermos isso, basta enxergarmos o *contexto* daquela previsão legal dentro do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente.

Neste processo, dentro de seu curso normal, seguem-se à citação do devedor três atos ou fases que são a penhora, a avaliação e a arrematação ou adjudicação.

Em extrema síntese, podemos dizer que, na *penhora*, visa-se afetar bens do devedor de valor suficiente para garantir a satisfação do crédito. *Não se exige, contudo, nesta fase o preciso aferimento do valor dos bens penhorados*. Para isso, e em vista de tornar possível a alienação desses bens em hasta pública, há uma fase própria que é a de *avaliação* (a propósito, já vale a pena ressaltar que o art. 685 acima transcrito insere-se na parte do Código que disciplina justamente a avaliação). Finalmente, tem-se a fase de excussão, ou de *arrematação ou adjudicação*, na qual se levam os bens penhorados para alienação em hasta pública para satisfação final do crédito.

Na lógica deste processo de execução, percebe-se, assim, que o *ato de penhora* é, por assim dizer, *provisório quanto ao valor dos bens penhorados*. O valor desses bens será definido realmente apenas na fase seguinte, de avaliação. Aqui sim, portanto, encontramos o momento adequado em que se terá certeza se a execução está ou não garantida pelos bens penhorados. Pode ocorrer então de se concluir, aqui na avaliação, tanto que a penhora foi insuficiente (caso em que terá de ser reforçada, de acordo com o inciso II do artigo 685, acima transcrito), quanto que foi ela excedente, já que os bens sobre os quais recaiu têm valor consideravelmente superior ao necessário para garantir a execução. Pois bem, é justamente neste último caso que o réu-devedor pode pedir, amparado no art. 685, I, que seja reduzida a penhora, o que será efetivado — ouvido sempre o credor e se assim deferido pelo juiz — ou mediante exclusão de bens (se houver mais de um penhorado, e os remanescentes bastarem para assegurar o processo) ou mediante substituição (caso o devedor tenha outro bem a oferecer, de valor igualmente suficiente e mais próximo do total da execução).

Vimos, assim, ainda que brevemente, qual o “ambiente”, o contexto natural, do art. 685 do CPC, com base no qual o requerente funda seu pedido administrativo.

Feito isso, temos condições de perceber que nem mesmo no processo de execução judicial o Código trata da hipótese do caso em tela, ou seja, *o Código de Processo Civil não prevê a redução da penhora porque houve o pagamento parcial posterior da dívida*, mesmo porque ele se ocupa apenas de disciplinar — como medida extrema que é — o processo de execução, a solução total do crédito.

4.1 — E a diferença entre as duas situações, a solução parcial da dívida ou o seu pagamento total, é maior, e de mais expressivas repercussões jurídicas, do que poderia parecer à primeira vista.

Afinal, na execução judicial e particularmente na penhora, estamos diante de um ato de extrema força, de inequívoco uso da força (física, se necessário) pelo Estado, o que torna plenamente compreensível a previsão de medidas legais de contemperamento no uso dessa força, em garantia da integridade patrimonial de quem se vê na contingência de suportá-la. Nesse contexto, é que se previu a redução da penhora.

Além disso, como visto, lá na execução, na hipótese de redução da penhora, o ato de penhora teria sido feito em vista de um valor que, aproximadamente, serviria para garantir o *crédito e que, posteriormente, na avaliação, se descobre que não* só o faz como o supera consideravelmente.

Muito bem. O mesmo não ocorre no caso dos autos porque, aqui, foi *o próprio requerente que se comprometeu* — por sua vontade, ainda que estivesse inserido na condição de devedor, na qual se colocou justamente por descumprir suas obrigações tributárias — *a garantir sua dívida com o INSS, através de tais e quais bens e* — o que é também fundamental — *em valores precisamente fixados e aceitos por ambas as partes,* ***tendo plena consciência, ademais, de que iria saldar parceladamente sua dívida***. E mais do que isso: o devedor *o fez sabendo que estava garantindo, com aqueles bens, a totalidade da dívida,* quer porque é esta a conclusão que se extrai da simples leitura das cláusulas que compõem o instrumento que ele assinou, quer porque a lei prevê — como já vimos – a indivisibilidade da penhora, não lhe sendo dado invocar o desconhecimento da lei para, agora, não a cumprir.

Assim, se o comprometimento dos bens do requerente se deu com a *participação de sua expontânea vontade* e com sua *total consciência* quer quanto às *obrigações* então assumidas, quer quanto ao *valor da hipoteca e da dívida*, quer por fim *quanto à gradual extinção do débito mediante o regular pagamento das parcelas*, evidentemente, não se poderia fazer paralelo, se possível fosse — consoante admitimos acima *ad argumentandum* —, desta situação com aquela que ocorreria no processo judicial de execução, regulado especificamente no art. 685, I do CPC.

Conclui-se, portanto, que nenhum sentido há, se compreendido o contexto da previsão do inciso I, do art. 685 do CPC, em invocá-lo aqui, mesmo que fosse possível aplicar aquele Código na disciplina deste expediente administrativo.

5 — Por todas as razões acima expostas é que os atos normativos internos do INSS não prevêem a liberação parcial da garantia hipotecária incidente sobre débitos parcelados, como já observou o próprio consulente.

6 — A propósito, ao mencionarmos os normativos que regulam a matéria no âmbito interno dessa autarquia, ocorre-nos fazer um último apontamento, que

será útil para refutar uma objeção que poderia ser levantada a partir de uma *superficial* leitura daqueles normativos.

Com efeito, tanto a Ordem de Serviço n. 18/94 quanto a recentíssima Instrução Normativa n. 16, de 11.5.2000, da Diretoria Colegiada do INSS, prevêem a possibilidade de *substituição* da garantia. Ora – poder-se-ia imaginar – se existe autorização para substituir a garantia, logicamente, deveria também ser permitida sua liberação parcial (desde que, é claro, os bens remanescentes fossem suficientes para cobrir, em valores atuais, o saldo devedor), pois, do contrário, seríamos obrigados a admitir que se o devedor, impedido de ver liberado o bem tal como requerido neste processo que ora analisamos, viesse a oferecer, em substituição, um *outro bem*, de idêntico valor aos dos bens que remanesceriam caso fosse atendido o seu requerimento de substituição, deveria ter atendida essa pretensão de substituição (expressamente prevista), embora lhe devesse ser negado aquele pedido de parcial baixa de garantia simplesmente por inexistir expressa previsão normativa.

A *aparente* lógica desse raciocínio cai por terra, contudo, facilmente, desde que leiamos a íntegra daqueles normativos – pressuposto, aliás, de uma boa e correta interpretação sistemática – e percebamos a verdadeira razão pela qual se previu a substituição da garantia.

Ora, *em momento algum* daquelas disposições, há referência à *diminuição do valor da dívida* nem tampouco ao "*excesso de garantia*" (até porque, como vimos, isso nem sequer seria possível em nossa lei).

Por que então se prevê a aludida possibilidade de substituição da garantia?

É simples. A substituição de garantia é prevista naqueles normativos porque neles se prevê também a necessidade de *reforço* de garantia, nos casos em que tiver havido *perecimento, deterioração* ou *depreciação* dos bens ofertados em garantia (e – cabe notar – isso nada mais faz do que regulamentar, no âmbito interno do INSS, aquilo que já prevêem as disposições do Código Civil que disciplinam a generalidade dos direitos reais de garantia, particularmente no art. 762, incisos I e IV, que estabelecem, para esses casos de deterioração, depreciação e perecimento do objeto da garantia, o *vencimento antecipado da dívida*, a menos que o devedor a reforce).

É fácil ver, portanto, que a previsão da substituição da garantia é feita diante da eventual necessidade de reforço de penhora, jamais diante da redução do valor da dívida pelo cumprimento normal do parcelamento.

7 — Ante todo o exposto, se a hipoteca é indivisível e se não podem ser confundidos os casos de excesso de penhora com o de natural cumprimento da obrigação garantida, só se pode concluir que não existe direito à requerida liberação parcial da garantia, razão pela qual não pode ser atendido o pedido feito pelo interessado.

É nosso parecer, *sub censura.*

8 — À douta consideração da Chefia.

São Paulo, 19 de maio de 2000.

DANIEL PULINO
Procurador

21-201.1 — SEÇÃO DE CONSULTORIA, em 23-05-2000

Ref.: MCP Nº 20000515/5300
Int.: CIA Textil Ragues Chohfi

Com o parecer de fls., que acolho, restitua-se o presente a 21-401.3 — Serviço de Orientação e Administração de Cobrança.

ANTÔNIO MAURÍCIO DA CRUZ
PROCURADOR-CHEFE DA
SEÇÃO DE CONSULTORIA

❖ ❖ ❖

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
GERÊNCIA EXECUTIVA SÃO PAULO-CENTRO
PROCURADORIA SEÇÃO DE CONSULTORIA

Ref.: **Memorando 21.401/55/2000**
Int.: **Divisão de Arrecadação**
Ass.: **Consulta sobre a Lei n. 7.787/89**

EMENTA: DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EXPEDIDA EM JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO, PELO SENADO FEDERAL, DA EXECUÇÃO DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL, BEM COMO DE EXTENSÃO DO "DECISUM", NA FORMA DA LEI, PELO MINISTRO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. INOCORRÊNCIA, DIANTE DESSAS PREMISSAS, DE EFEITO VINCULANTE PARA ALÉM DA AÇÃO JUDICIAL EM QUE AQUELA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FOI PROFERIDA.

Parecer 21.201.1/077/2000

1 — Os autos presentes retornam a esta Seção por determinação do Chefe da Divisão de Arrecadação, que nos remete a seguinte consulta, formulada pelo Chefe do Serviço de Análise de Defesas e Recursos:

"1. A posição da Procuradoria não diverge do entendimento adotado pela fiscalização, no que tange à vigência da Lei 7.787/89 quanto ao aumento das alíquotas previstas no artigo 3º, inciso I.

2. Não obstante, as petições de restituição/compensação se albergam no Acórdão do STF (RE – 1697407-PR, de 27/9/95, publicado no D.J. de 17.11.95),

no qual se entendeu que o dispositivo legal acima não é fruto da conversão do disposto no artigo 5º, inciso I, da Medida Provisória nº 63/89.

3. Assim, alegam que a inconstitucionalidade foi declarada em sessão plenária com efeito "ex tunc", e que, por força do artigo 1º, do Decreto nº 2.346/97, a Administração Pública deve observar decisões definitivas e inequívocas do STF sobre interpretação de texto constitucional. Que o prazo prescricional teria início com a publicação do Acórdão.

4. Como não foi abordado no parecer as razões aqui expostas, sugiro retornar o presente à Procuradoria, para que nos informe sobre a matéria, bem como a respeito da diferença da alíquota que entendemos ser de 1,8%, se devido for, e não de 10% como se pleiteiam.

5. À consideração do Sr. Chefe da Divisão de Arrecadação." (fls. 5).

Reportando-nos, no mais, a nosso parecer de fls. 2 a 4, é este o relatório.

2 — Redefinidos, agora, mais claramente os contornos da questão, tratemos de enfrentá-la, o que faremos iniciando por seu aspecto mais importante, consistente em saber se deve, ou não, ser estendida a todos a noticiada decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 169740-7-PR (cujo acórdão, na íntegra, fizemos juntar nos autos).

3 — A primeira coisa a ser ressaltada aqui é que se trata de decisão tomada pela Corte Constitucional brasileira num – digamos assim – **processo judicial "comum"**, que justamente chegou a ser julgado por aquele tribunal após percorrer a primeira e a segunda instâncias (instâncias ordinárias) da Justiça por recurso de uma das partes (recurso extraordinário), recurso este em que se sustentou a inconstitucionalidade de alguma disposição da lei que se aplicou ao caso concreto.

3.1 — Tal circunstância é fundamental para a decisão desta consulta, porque outro seria o seu desfecho caso estivéssemos diante de uma decisão proferida pelo STF numa Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn.

É que, em breve síntese, são distintos os efeitos da decisão do STF numa e noutra espécie de processo.

Realmente, na declaração de inconstitucionalidade da lei veiculada numa ADIn, como o objeto desta ação (que só pode ser proposta por um dos poucos sujeitos elencados no art. 103 da Constituição) consiste justamente na declaração, *em tese*, de que determinada disposição de lei é inconstitucional, seu acolhimento pelo Supremo Tribunal Federal acaba por produzir – segundo sustenta a grande maioria da doutrina – efeitos para todos. Foi o que ocorreu, por exemplo, num caso bastante conhecido pela consulente, quando o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais os vocábulos "empresários" e "autônomos", nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1. 102.2, 1.108-1 e 1.116-2.

Já no caso do controle de constitucionalidade ter sido feito, pelo STF — como neste caso —, mediante julgamento de um recurso extraordinário, **os efeitos da invalidação do dispositivo de lei *alcançam apenas*, em princípio*, os litigantes daquele específico processo judicial***, mesmo porque, nessa forma de controle de constitucionalidade, o objetivo principal do processo não é a declaração genérica de inconstitucionalidade, mas apenas a subtração de alguém aos efeitos da lei inquinada daquele vício. Aqui, a declaração de inconstitucionalidade é apenas incidental, pois se trata de uma etapa, de uma exigência para o julgamento do caso

concreto, de acordo com o que foi sustentado e pedido pela parte (e ao final reconhecido pelo STF).

Portanto, em se tratando de decisão do Supremo Tribunal Federal num recuso extraordinário, a produção dos efeitos daquela decisão fica limitada àquele específico processo em que foi proferida e, assim, alcança apenas o contribuinte que dele participou.

Excepcionalmente, em algumas específicas hipóteses é que tais decisões podem acabar produzindo efeitos para todos – se bem que, a rigor, quando isso ocorre, tal não se dá diretamente por força da decisão do STF, mas a partir de um outro ato (legislativo ou executivo, como logo veremos) que acaba estendendo os efeitos daquela decisão.

3.1.1 — A primeira dessas hipóteses ocorrerá quando, após declarar incidentalmente (ou seja, num recurso extraordinário, não numa ADIn) a inconstitucionalidade de determinada lei, o STF remete essa declaração **ao Senado Federal**, para que este, com base na competência que lhe foi atribuída pelo art. 52, inciso X da Constituição**, suspenda a execução da lei**, o que, portanto, acabará alcançando todos os destinatários da mesma lei.

Também aqui, ocorre-nos trazer um exemplo de fácil lembrança para a unidade consulente – além de intimamente relacionado com o exemplo anterior e de certa forma também com esta consulta – que se deu quando da suspensão das expressões "autônomos" e "administradores", contidas agora no inciso art. 3º, I da Lei n. 7.787/89, pela Resolução nº 14 do Senado Federal, que o fez a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em controle incidental.

3.2 — Uma outra hipótese de extensão dos efeitos da declaração incidental do STF de inconstitucionalidade de lei para outros sujeitos além daqueles que participaram da ação em que aquela declaração foi proferida pode ocorrer quando, autorizado ***por lei*** a fazê-lo, o Chefe do Poder Executivo ou seus auxiliares diretos (Ministros de Estado), de uma ou outra forma, deixam de insistir na aplicação da lei declarada inconstitucional.

A propósito, é para tais hipóteses que se destinam as disposições previstas no Decreto n. 2.346/97, mencionado pela consulente, muito embora, a rigor, por tratar-se de um decreto, é correto dizer que, na verdade, ele se destina a regulamentar — isso sim — uma (mais de uma, no caso) lei que prevê tal possibilidade.

3.2.1 — Pois bem, especificamente para o caso de fundo da consulta, relativa, enfim, à constituição ou desconstituição de créditos previdenciários, a lei prevê tal hipótese, fazendo-o no parágrafo único do art. 131, nos seguintes termos:

> "Art. 131. O Ministro da Previdência e Assistência Social poderá autorizar o INSS a formalizar a desistência ou abster-se de propor ações e recursos em processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida apelo Supremo Tribunal Federal – STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores.
>
> **Parágrafo único. O Ministro da Previdência e Assistência Social disciplinará as hipóteses em que a administração previdenciária federal,**

relativamente aos créditos previdenciários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

a) abster-se de constituí-los;

b) retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

c) formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais."

Tal dispositivo foi assim regulamentado pelo Decreto n. 2.346/97:

"Art. 6º O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderá ser autorizado pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ouvida a Consultoria Jurídica, a desistir ou abster-se de propor ações e recursos em demandas judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores.

§ 1º Na hipótese prevista no "caput", **o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social** poderá determinar que os órgãos administrativos procedam à adequação de seus procedimentos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores.

§ 2º O **Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social**, relativamente aos **créditos previdenciários**, com base em lei ou ato normativo federal declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em ação processada e julgada originariamente **ou mediante recurso extraordinário**, conforme o caso, **e ouvida a Consultoria Jurídica**, poderá autorizar o INSS a:

a) não constituí-los ou, se constituídos, revê-los, para a sua retificação ou cancelamento;

b) não inscrevê-los em dívida ativa ou, se inscritos, revê-los, para a sua retificação ou cancelamento;

c) abster-se de interpor recurso judicial ou a desistir de ação de execução fiscal.

Ora, da leitura dessas disposições — as quais, diante de sua especificidade, não deixam nenhuma dúvida de sua aplicação ao caso —, fica evidente que apenas se o Ministro da Previdência e Assistência Social tivesse editado ato estendendo os efeitos da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no R.E. n. 169740-7-PR a todos os outros casos que veiculassem a mesma questão (restituição ou compensação das cotas patronais relativas ao mês de setembro de 1989) é que isso poderia levar o INSS a atender os pedidos assim formulados pelos contribuintes em suas defesas apresentadas aos órgãos de arrecadação. Como, porém, inexiste — ao que se sabe — esse ato específico do Ministro, devem ser negados quaisquer pedidos feitos nesse sentido na via administrativa.

3.2.2 — Cabe observar, ainda, que os dispositivos legais e regulamentares acima transcritos são específicos para a Previdência Social e, assim, aplicam-se

em detrimento de outras disposições da legislação que porventura disponham, genericamente, sobre o mesmo tema de fundo (isto é: aplicação, ou não, pela Administração Pública federal, de lei declarada inconstitucional pelo STF, em controle exercido pela via difusa ou incidental).

Tal esclarecimento deve ser feito porque, segundo informou o setor de origem da consulta, as alegações dos contribuintes, para seus pleitos de restituição ou compensação em questão, têm-se fundado, pontualmente, no art. 1º — não portanto naqueles acima citados — do mesmo Decreto n. 2.346/97, dispositivo que — segundo nos foi noticiado — teria o condão de obrigar o INSS a observar as decisões definitivas e inequívocas tomadas pelo STF em sessão plenária, restando com isso insinuado que tal hipótese abrangeria também as declarações proferidas em recursos extraordinários (de efeitos, como vimos, apenas *inter pars*).

3.2.2.1 — A propósito, ainda que fosse aplicável diretamente ao caso este art. 1º do Decreto, e não aqueles que acima elencamos — o que já vimos não ser correto —, cumpre destacar que não é isso o que estabelece o referido art. 1º, como facilmente se percebe de sua simples redação, *in verbis*:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta**, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto**.

> § 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, **em ação direta**, a decisão, dotada de eficácia "ex tunc", produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.
>
> § 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à Lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, **incidentalmente**, pelo Supremo Tribunal Federal, ***após* a suspensão de sua execução pelo Senado Federal**.
>
> ***§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado**, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União,* **poderá** *autorizar a* ***extensão*** *dos efeitos jurídicos de* ***decisão proferida em caso concreto****.*

Como se vê, haveria, na aventada hipótese de aplicação deste artigo 1º, um procedimento a ser observado, procedimento este que, entre outras coisas, exigiria formal autorização do Presidente da República para extensão de decisões tomadas pelo STF em recurso extraordinário (salvo se tivesse havido a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal, tudo consoante acima foi explicado).

Não é verdade, portanto, que deveríamos aplicar o resultado daquele processo relativo ao recurso extraordinário n. 1697407 a todos os contribuintes que ingressassem com pedidos análogos na via administrativa.

3.2.3 — Por fim, vale a pena notar, de qualquer forma, que nos parece extremamente difícil que aquelas altas autoridades do Executivo federal (o Presidente

da República ou o Ministro da Previdência e Assistência Social) resolvessem estender os efeitos daquele recurso extraordinário específico a todos os demais contribuintes.

Isso porque — sem querermos, evidentemente, nos arrogar ao exercício de competências que seguramente não temos —, naquele caso, o Supremo Tribunal *Federal não declarou, a rigor, inconstitucional* dispositivo algum da Lei n. 7.787/89: o que fez foi, apenas, dar ao artigo 21 dessa lei ("*Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, quanto à majoração de alíquota, a partir de 1º de setembro de 1989*") **interpretação conforme à Constituição**.

3.3 — Diante tudo o que dissemos, deve ser respondida negativamente a indagação principal contida na consulta, porque não deve (não pode) ser estendida a outros contribuintes a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 169.740-7-PR.

4 — Façamos, agora, uma outra consideração, que é como que um desdobramento da conclusão que até aqui chegamos. Tal consideração, que diz respeito aos limites do controle de legalidade que se faz na via administrativa (quer no âmbito interno do INSS, quer no do próprio CRPS), merece ser revista, ainda que brevemente, antes de respondermos a questão sobre o valor da alíquota eventualmente devido, tal como nos foi indagado.

É que como a consulta — pelo que só agora com este retorno do caso pudemos perceber — parece destinar-se, especialmente, à resolução de questões que vêm sendo enfrentadas dentro da linha do contencioso administrativo fiscal da previdência social, é bom recordarmos que entre os limites que conformam o exercício daquela específica competência controladora encontra-se a **impossibilidade** de ser feito, tanto pelo INSS (na "fase de defesa") quanto pelas Câmaras de Julgamento do CRPS ("fase de recurso") **controle de constitucionalidade de leis.**

Isso porque — em enorme síntese — a Administração pública está jungida, incontornavelmente, **ao princípio da legalidade** (art. 37, *caput* da Constituição) e, ademais, em nosso sistema jurídico-constitucional, a ***lei*** não pode escapar do controle dos órgãos do **Poder Judiciário** (art. 5º, XXXV).

4.1 — Com efeito, embora ninguém duvide nem de que a Constituição goze de superioridade hierárquica em relação à lei nem de que a lei inconstitucional não deve ser aplicada, a questão é que cabe ao Poder Judiciário, não ao Executivo, declarar formalmente a inconstitucionalidade de lei. Somente após isso ocorrer, e *segundo os procedimentos expressamente previstos pelo sistema* (os quais já vimos no item precedente) é que se pode realmente ter por inconstitucional a norma e, assim, deixar-se de aplicá-la.

Assim não pode a própria Administração Pública descumprir ou deixar de aplicar lei sob a alegação de que ela é inconstitucional, já que sua atividade — a atividade administrativa — é infra-legal, isto é, é estritamente subordinada à lei.

Como dissemos, só se tivesse havido determinação da Administração para estender o recurso extraordinário multicitado a outras empresas é que poderiam (nessa hipótese, deveriam até) ser julgados favoravelmente aos contribuintes os pedidos de restituição ou compensação relativos à competência setembro de 1989.

4.2 — Sendo assim, além de o INSS não poder, na fase de defesa — na qual ainda não há sequer uma relação processual triangular tendo, no vértice, um órgão de composição paritária como o CRPS – decidir a favor de pedidos que veiculem as questões levantadas nesta consulta, também não o poderia fazê-lo no momento em que lhe fosse aberto prazo para se manifestar a respeito de eventual recurso do contribuinte ao CRPS.

5 — Passemos agora, em atenção à específica indagação da consulente (item 4, *in fine* do despacho transcrito no relatório deste parecer, e parte final do despacho de fls. 1), à questão do percentual da eventual compensação/restituição a ser observado caso os contribuintes tivessem direito à aplicação, em seus casos concretos, daquela decisão do STF já aqui tantas vezes mencionada.

Não é demais ressaltar, antes de mais nada, que se trata de resposta a ser dada apenas *ad argumentandum*, para fins apenas de prosseguimento do raciocínio, porque, como já está dito até exaustivamente a esta altura, não existe direito à extensão daquela decisão para outras empresas.

Pois bem, nessa hipótese, parece-nos que a razão está mais uma vez com a própria consulente, isto é, não poderia ser de 10% a compensação ou restituição das contribuições referentes à competência setembro de 1989, porque teriam que ser cobradas todas as alíquotas que, na nova legislação, foram reunidas num só percentual.

É que, se em setembro de 1989 não tivesse ainda eficácia a nova alíquota de 20% sobre a folha de pagamentos da empresa — porque teria de se respeitar o prazo nonagesimal a partir de 30.6.89 (data de publicação da Lei n. 7.787/89), e não 1º.6.89 (data de edição da MP n. 63) — **continuaria a ser devida a alíquota da "cota patronal" prevista na legislação antecedente**, que era — para a generalidade das empresas — de 10% de cota básica, à qual se acresciam, pela sistemática de financiamento e "contrapartida" então vigorante, 1,5% para custeio do abono anual, 4% para custear o salário-família, 0,3% para o salário-maternidade e 2,4% para custeio do PRO-RURAL, o que totalizava uma alíquota de **18,2%** sobre a mesma base imponível (folha de pagamentos).

Note-se, aliás, como expressamente, tanto o art. 3º, § 1º, da Lei n. 7.787/89 quanto o art. 5º, § 1º, da Medida Provisória n. 63/89 fizeram menção ao fato de que, na nova sistemática — que então implantavam —, haveria a reunião, num só percentual, para global financiamento dos benefícios:

> Lei n. 7.787/89:
>
> "Art. 3º (...)
>
> § 1º A alíquota de que trata o inciso I abrange as contribuições para o salário-família, para o salário-maternidade, para o abono anual e para o PRO-RURAL, que ficam suprimidas a partir de 1º de setembro, assim como a contribuição básica para a Previdência Social".
>
> MP n. 63/89:
>
> "Art. 5º (...)
>
> § 1º A alíquota de que trata o inciso I abrange as contribuições para o salário-família, para o salário-maternidade, para o abono anual e para o

PRO-RURAL, que ficam suprimidas a partir de 01 de setembro de 1989, bem assim a contribuição para o Regime Geral da Previdência Social".

Portanto, se a contribuição devida no mês setembro de 1989 fosse a da legislação anterior, os contribuintes teriam de pagar 18,2%, não 10%, sobre a folha de salários, de modo que a eventual restituição ou compensação a que fizessem jus por terem pago indevidamente 20%, haveria de ser 1,8%, como afirmaram os próprios consulentes.

6 — Finalmente — e ainda em caráter meramente argumentativo —, cabe observar que, se houvesse o alegado direito, o **termo inicial da prescrição** a ser observada nessa hipótese teria que ser, de qualquer forma, aquele a que já nos referimos no parecer anterior, porque, primeiramente, a lei não abriu exceção alguma, quer no Código Tributário Nacional, quer na Lei n. 8.212/91, quer em outra qualquer.

Além disso, como vimos, nenhum direito foi reconhecido pelo Ministro em favor dos contribuintes, estendendo aquela decisão do STF noticiada na consulta. E mesmo que o fosse, nem mesmo ele, Ministro, poderia estender a decisão a indébitos já alcançados pela prescrição, pois, como vimos, somente nas declarações de inconstitucionalidade fixadas em Ação Direta de Inconstitucionalidade a decisão opera efeito "ex tunc", isto é, retroativamente, desde o momento em que havia sido editada a lei.

Ratificamos, por isso, aquilo que já expendemos em nossa anterior apreciação.

7 — É o parecer, que elevamos à douta consideração do Procurador-Chefe.

São Paulo, 1º de dezembro de 2000

DANIEL PULINO
Procurador

21-201.1 — SEÇÃO DE CONSULTORIA, em 1º de dezembro de 2000.

Ref.: Memorando 21-401/55/2000
Int.: Divisão de Administração
Ass.: Consulta sobre a Lei nº 7.787/89

1 — Acolho o R. Parecer de fls. 18/29.

2 — Restitua-se à 21-401 – Divisão de Arrecadação desta GEREX-SP/Centro.

ANTÔNIO MAURÍCIO DA CRUZ
PROCURADOR-CHEFE DA
SEÇÃO DE CONSULTORIA
Matrícula 0096743

❖ ❖ ❖

TRF/4ª Região

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.04.01.134520-2/PR

RELATORA : JUÍZA MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA
APELANTE : TIBAGI ENG/CONSTRUÇÕES E MINERAÇÃO LTDA.
ADVOGADO : Sonia Regina Maximiano dos Santos
Luiz Adão Marques
APELANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO : César Swaricz
APELADO : os mesmos
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA FEDERAL DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE CURITIBA/PR

DECISÃO

Trata-se de Agravo Regimental interposto de decisão prolatada pela Juíza Ellen Gracie Northfleet que em atenção ao pedido de desistência do autor, porque aderiu ao Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, assim, decidiu: "…declaro extinto o processo, nos termos do art. 269, V, do CPC. Prejudicado o exame da apelação. Verba de sucumbência na forma da lei…".

Irresignado o INSS diz que há dúvidas quanto a fixação da verba honorária, a qual entende deva ser suportada pelo desistente da ação. Alega que há disposição expressa no art. 13, § 3º, da Lei 9.964/2000 quanto aos honorários advocatícios no caso de desistência da ação por opção ao REFIS, *in verbis:*

> "Art. 13. Os débitos não tributários inscritos em dívida ativa com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, iguais e sucessivas perante a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, observadas as demais regras aplicáveis ao parcelamento de que trata o art. 12.
>
> §§ 1º e 2º …
>
> § 3º O disposto neste artigo aplica-se à verba de sucumbência devida por desistência de ação judicial para fins de inclusão dos respectivos débitos, inclusive no âmbito do INSS, no REFIS ou no parcelamento alternativo a que se refere o art. 2º."

Tenho entendido que cabe àquela que desiste da ação arcar com as verbas de sucumbência, dentre elas os honorários advocatícios. Aliás, na lição de Theotônio Negrão, Código de Processo Civil, art. 26, nota 3, p. 132, 30ª ed., tem-se a seguinte posição:

> "No caso de renúncia ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, V), o autor deve pagar honorários (RJTAMG 58/113)." A renúncia a que alude o art. 269, V, CPC, mesmo que levada a efeito quando pendente de julgamento apelação interposta pelo réu em ataque à procedência do pedido reconhecida em primeiro grau, conduz, uma vez ainda não constituída coisa julgada, a julgamento de mérito favorável ao réu apelante, cumprindo ao

colegiado "ad quem", ao extinguir o processo, carrear a responsabilidade pelo pagamento dos ônus da sucumbência à autora renunciante" (STJ — 4ª Turma, RESP 19758-0-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 30/05/94).

Assim, reconsidero o pedido do INSS para incluir na decisão de fls. que os honorários devem ser suportadas pela parte autora desistente, os quais fixo em 10% sobre o valor da causa, nos termos de jurisprudência deste Tribunal.

Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2001.

JUÍZA MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA
Relatora

❖ ❖ ❖

TRF/4ª Região

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1998.04.01.023918-5/PR

RELATOR	:	JUIZ VILSON DARÓS
APELANTE	:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO	:	Rogério Rocha Peres de Oliveira
APELANTE	:	DAGRANJA AGROINDUISTRIAL LDTA
ADVOGADO	:	Silvio Luiz de Costa e outro Agnaldo Mendes Bezerra
APELADO	:	(Os mesmos)
REMETENTE	:	JUÍZO SUBSTITUTO DA 2ª VARA FEDERAL DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE CURITIBA/PR

DESPACHO

O Juiz Vilson Darós: — Cuida-se de apelações e remessa oficial de sentença que julgou parcialmente procedentes embargos à execução fiscal. Iniciado o julgamento do feito (fl. 806), após o voto deste Relator dando provimento parcial ao apelo do INSS e à remessa oficial e negando provimento ao apelo da embargante, no que foi acompanhado pelo Juiz Élcio Pinheiro de Castro, pediu vista a Juíza Tânia Escobar. Contudo, a empresa apelante informou a sua adesão ao REFIS e requereu a desistência dos presentes embargos e de qualquer benefício que objetivava com essa ação.

Para adesão ao Programa de Regularização Fiscal – REFIS impõe-se ao contribuinte a desistência das ações por ele ajuizadas, na forma do artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil, sendo, até mesmo desnecessária a oitiva da parte contrária, pois, se fosse de outro modo, uma eventual não-concordância com a extinção da ação implicaria indeferimento prévio e indireto de um benefício que é e deve ser apreciado na via administrativa.

Assim, tendo em vista o que consta da petição de fls. da embargante-apelante, HOMOLOGO o pedido de desistência da ação, com renúncia do direito sobre a qual se funda, na forma do artigo 269, inciso V, do CPC, restando

prejudicados os embargos de declaração da União. A correspondente suspensão das execuções deverá naqueles autos e não neste feito.

Intimem-se as partes, após, dê-se baixa na distribuição e devolvam-se os autos ao MM. Juízo de origem do feito para as providências cabíveis.

Porto Alegre, 14 de fevereiro de 2001.

JUIZ WILSON DARÓS
Relator

❖ ❖ ❖

TRF/4ª Região

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2001.04.01.003915-0/PR

RELATOR : JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO
AGRAVANTE : ELETRÔNICA MODELO COM/ DE PEÇAS LTDA.
ADVOGADO : Gelson Arend e outro
AGRAVADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
ADVOGADO : Jamil Nabor Caleffi

DESPACHO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em execução fiscal determinado à Agravante o pagamento das custas e honorários advocatícios.

Registra ser indevida sua condenação, visto tratar-se de acordo de parcelamento. Alega ser exigido, segundo a Lei que instituiu o REFIS, somente o pagamento das parcelas devidas.

Merece prosperar em parte a irresignação da Agravante. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, afastou a verba honorária em hipótese análoga à dos autos, veja-se o seguinte Acórdão:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESISTÊNCIA EM DECORRÊNCIA DO ACORDO PARA O PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DESCABIDA. *Não cabe condenar em honorários advocatícios o devedor que desistiu dos embargos à execução fiscal, e decorrência de acordo para parcelamento do débito fiscal. Precedente jurisprudencial."* (REsp nº 114750/DF, RSTJ/124/116).

Ora, se são indevidos honorários nos embargos, com maior razão não há escogitar de tal verba na execução fiscal que restará suspensa até porque a adesão ao REFIS não implica desconstituição da penhora realizada nos autos da execução fiscal. (art. 12 do Decreto 3431/2000).

A questão não merece maiores digressões, porquanto, segundo o próprio Exeqüente (fls. 102/103) da Carta Precatória) "*o programa REFIS não contempla honorários de sucumbência em execução fiscal".*

Contudo, as custas são devidas pela Recorrente, conforme entendimento desta Corte, em Acórdão assim ementado:

> "EXECUÇÃO FISCAL. ACORDO DE PARCELAMENTO CELEBRADO APÓS O AJUIZAMENTO DO FEITO. CUMPRIMENTO INTEGRAL DAS CUSTAS SUPLEMENTARES DEVIDAS PELO EXECUTADO. *Se o acordo de parcelamento foi celebrado e cumprido integralmente após o ajuizamento da execução fiscal, as custas suplementares devem ser recolhidas pela parte executada. Agravo de instrumento desprovido".* (AI nº 1998.04.01.066321-9/RS, Rel. Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJU 10-03-99).

Frente ao exposto, com apoio no art. 557 do CPC, dou parcial provimento ao agravo para afastar a condenação em honorários. Intimem-se. Após, remetam-se os autos à origem.

Porto Alegre, 30 de janeiro de 2001.

JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO
Relator

❖ ❖ ❖

Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL

Processo Nº 98.05.16170-6

Vistos etc.

I. Trata-se de AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS em desfavor da EHID-EDITORA PÁGINAS AMARELAS LDTA. e outros, indubitavelmente um dos maiores devedores da Previdência Social.

Incidentalmente, argumenta a executada, em síntese, que de acordo com a redação dada pelo Decreto nº 3.712/00 no art. 13 do Decreto nº 3.431/00, homologada a opção pelo REFIS, ainda que de forma tácita, suspende-se a exigibilidade do crédito, mesmo que a correspondente execução já esteja em curso e não tenha sido garantida, pelo que postula a suspensão do processo, com o que não concorda o exequente.

II. A executada não tem razão.

O programa de Recuperação Fiscal-REFIS foi instituído pela Medida Provisória nº 2.004/00, convertida na Lei nº 9.964, de 10.04.2000, com as modificações das Leis nºs 10.002, de 14.09.2000, e 10.189, de 14.02.2001, regulamentadas pelo Decreto nº 3.342, de 25.01.2000, que foi revogado pelo Decreto nº 3.431, de 24.04.2000, com as alterações dos Decretos nºs 3.614/00 e 3.712/00.

III. No art. 3º da Lei nº 9.964/00, que especifica as condições de validade e eficácia da opção pelo REFIS, lê-se:

"Art. 3º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

I — confissão irrevogável e irretratável dos débitos referidos no art. 2º;

II — autorização de acesso irrestrito, pela Secretaria da Receita Federal, às informações relativas à sua movimentação financeira, ocorrida a partir da data de opção pelo Refis;

III — acompanhamento fiscal específico, com fornecimento periódico, em meio magnético, de dados, inclusive os indiciários de receitas;

IV — aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas;

V — cumprimento regular das obrigações para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e para com o ITR;

VI — pagamento regular das parcelas do débito consolidado, bem assim dos tributos e das contribuições com vencimento posterior a 29 de fevereiro de 2000.

§ 1º A opção pelo Refis exclui qualquer outra forma de parcelamento de débitos relativos aos tributos e às contribuições referidos no art. 1º.

§ 2º O disposto nos incisos II e III do caput aplica-se, exclusivamente, ao período em que a pessoa jurídica permanecer no Refis.

§ 3º A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao patrimônio, na forma do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

§ 5º São dispensadas das exigências referidas no parágrafo 4º as pessoas jurídicas optantes pelo Simples e aquelas cujo débito consolidado seja inferior a R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

§ 6º Não poderão optar pelo Refis as pessoas jurídicas de que tratam os incisos II e VI do art. 14 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998."

IV. A dicção dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 3º da Lei nº 9.964/00, que rege o Refis, de clareza solar, não deixa margem a dúvida: a garantia do pagamento da dívida de valor superior a R$ 500.000,00, por penhora ou qualquer outra das formas previstas nos artigos 11 e 14 do Decreto nº 3.431/00, é condição de validade e eficácia da opção pelo Refis manifestada por contribuinte não optante pelo Simples.

V. **"A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal",** preceitua o § 3º do art. 3º da Lei nº 9.964/00.

"Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, na forma do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997", complementa o § 4º do mesmo artigo.

Pois bem. Se se mantém os gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal, e não se exige a prestação

de garantia de quem laborou no sentido de evitar a constrição, como fez a executada, estar-se-á desprestigiando o princípio da isonomia e premiando a torpeza, o que é incivil.

VI. Por outro giro, se a dívida já estiver garantida, mantém-se o gravame. Se não estiver, a opção pelo Refis é ineficaz enquanto não formalizar-se a garantia.

VI. O disposto no art. 13 do Decreto nº 3.431/00, na redação que lhe deu o art. 7º do Decreto nº 3.712/00, não tem o condão de modificar esta sentença.

Nela está dito:

> **"Art. 13. Relativamente às opções que contenham débitos ajuizados não garantidos, a expedição de certidão positiva com efeito de negativa, a suspensão da execução fiscal somente ocorrerão após a homologação da opção, ainda que tácita.**
>
> **§ 1º Exclusivamente para os fins deste artigo, considerar-se-á tacitamente homologada a opção após transcorridos setenta e cinco dias da sua formalização sem que haja expressa manifestação por parte do Comitê Gestor.**
>
> **§ 2º A expedição da certidão referida no caput subordina-se ao regular pagamento das parcelas do débito consolidado no Refis ou no parcelamento a ele alternativo, observado o disposto no § 3º do art. 6º deste Decreto, bem assim dos tributos e contribuições com vencimento posterior a 29 de fevereiro de 2000."**

VIII. A leitura apressada deste Decreto parece dar razão à executada. Homologada a opção pelo Refis, mesmo que tacitamente, o que se dá após transcorridos setenta e cinco dias da sua formalização sem que haja expressa manifestação por parte do Comitê Gestor, suspender-se-ia a exigibilidade do crédito incluído no Refis.

IX. Ocorre, entretanto, que com esta exegese o Decreto Regulamentador é manifestamente ilegal e, portanto, inaplicável à espécie.

Com efeito. O Refis, assim como o congênere parcelamento, é espécie de moratória. Consiste na concessão legal de um período de tolerância na exigência de dívidas e se justifica como forma de evitar um mal maior, impedindo que se alastre catastroficamente a crise de liquidez, além de incentivar a recuperação fiscal do contribuinte, proporcionando-lhe meios e recursos para que passe a cumprir pontualmente suas obrigações vincendas para com a Fazenda Pública.

É lícito antecipar o prognóstico de que em muitos casos o Refis irá se converter em remissão, forma de extinção do crédito tributário que traduz renúncia ao crédito por parte do seu titular, mas seja com esta ou com aquela vestimenta, o certo é que ambos os favores só podem ser instituídos mediante Lei promulgada pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira, a qual especificará, dentre outras coisas, as condições da concessão do favor (arts. 152 a 155 do CTN).

Logo, se a Lei nº 9.964/00 subordina a homologação da opção ao Refis a condição expressa, qual seja, a prestação de garantia do pagamento da dívida ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei nº 9.532/97, não pode o administrador, obviamente, ignorar a condição estabelecida na lei que concede o favor.

X. Mesmo os publicistas mais liberais, que admitem a sobrevivência do Decreto independente ou autônomo no Direito brasileiro, não aceitam que o Decreto regulamentar ou de execução possa contrariar a Lei.

A propósito dos Decretos independentes ou autônomos, HELY LOPES MEIRELLES averbou:

> "**A doutrina aceita esses provimentos administrativos "praeter legem" para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas. Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto"** ("Direito Administrativo Brasileiro", Ed. Malheiros, 17ª ed., p. 162).

XI. Sem embargo, entendo que o Decreto em comento não é totalmente ilegal, por isso que comporta interpretação conforme à lei que visa regulamentar.

Se atentarmos para a parte final do "caput" do art. 13 do Decreto nº 3.431/00, na redação dada pelo art. 7º do Decreto nº 3.712/00, veremos que ali, naquilo que nos interessa no momento, está dito o seguinte:

> **"Art. 13. "Relativamente às opções que contenham débitos ajuizados não garantidos ... a suspensão da execução fiscal somente ocorrerão após a homologação da opção, ainda que tácita"** (grifei).

Como se vê, o regulamento diz que a homologação da opção pelo Refis, ainda que tácita, é condição "sine qua non" da suspensão do processo de execução fiscal, mas não dispensa — e nem poderia fazê-lo, repita-se — a exigência da prestação do pagamento da dívida.

XII. Em reforço desta conclusão invoca-se, ainda, o disposto no § 5º do art. 4º do Decreto nº 3.431/00, nesta parte não modificado pelo Decreto nº 3.712/00, "in verbis":

> **"Art. 4º ...**
>
> **§ 5º A suspensão da exigibilidade dos débitos ajuizados, quando não garantidos, dar-se-á quando da homologação da opção."**

Por que é que não se acrescentou a este preceito a expressão "ainda que tácita", como se fez com o art. 13?

Porque evidentemente não se quis afrontar a lei e dispensar a prestação da garantia.

Neste caso a homologação terá de ser expressa, para que o Comitê Gestor do Refis possa verificar se a condição foi implementada.

Impende anotar, outrossim, que o § 1º do art. 13 do Decreto nº 3.431/00, na redação dada pelo art. 7º do Decreto nº 3.712/00, esclarece que os efeitos da homologação tácita da opção pelo Refis, que decorre do transcurso do prazo de setenta e cinco dias da sua formalização sem que haja expressa manifestação por parte do Comitê Gestor, restringem-se, exclusivamente, ao próprio artigo 13 do Decreto regulamentar que, como vimos, não determina a suspensão da execução,

limitando-se a esclarecer que este efeito da opção subordina-se, sempre, à sua homologação.

XIII. E não é só. Admitindo-se, para argumentar, que por faz e/ou por nefas o contribuinte que não preenche os requisitos legais tenha obtido a homologação expressa da opção pelo Refis, estaria o juízo da execução jungido à decisão administrativa?

Claro que não. **"A administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo nos atos discricionários a conduta de quem os pratica há de ser legítima, isto é, conforme as opções permitidas em lei e as exigências do bem comum. Infringindo as normas legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de ilegitimidade e o expõe a anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário, em ação adequada",** ensina HELY LOPES MEIRELLES (obra citada, p. 567).

E sendo a nulidade absoluta, como na hipótese vertida, posto que preterida solenidade que a lei considera essencial para a sua validade — a prestação da garantia do pagamento da dívida —, deve ser pronunciada pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos, não lhe sendo permitido supri-las ainda a requerimento das partes (arts. 145 e 146 do Código Civil).

Ora, se nem a homologação expressa da opção vincula o juiz, "a fortiori" não se pode tolerar que a homologação tácita, que é um "minus", possa determinar a suspensão do processo.

XIV. Do exposto extraio uma primeira conclusão: sem a prestação da garantia do pagamento da dívida, a opção manifestada pela executada é ineficaz e não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito.

XV. Conforma-se a executada, ao menos aparentemente, com esta sentença, tanto assim que traz à colação um outro argumento, o de que de acordo com o documento de fls. 248 teria apresentado ao Comitê Gestor do Refis o rol dos bens passíveis de arrolamento.

Ocorre, porém, que o documento não prova, só por si, que de fato a executada cumpriu a exigência. É peça preparada por ela de forma unilateral e o fato de a devedora recusar-se a trazer a juízo cópia do rol dos bens faz supor que ou ela realmente não implementou a condição, ou se o fez, fê-lo de modo incompleto.

Além disto, não se pode perder de vista que não implementa a condição o devedor que se limita a apresentar à autoridade administrativa o rol dos bens que pretende dar em garantia das dívidas, porque de acordo com o § 4º do art. 3º da Lei nº 9.964/00, o arrolamento dos bens deve observar a forma estabelecida no art. 64 da Lei nº 9.532, de 10.12.1997, onde se lê o seguinte:

> **"Art. 64. A autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.**

§ 5º O termo de arrolamento de que trata este artigo será registrado independentemente de pagamento de custas ou emolumentos:

I — no competente registro imobiliário, relativamente aos bens imóveis;

II — nos órgãos ou entidades, onde, por força de lei, os bens móveis ou direitos sejam registrados e controlados;

III — no Cartório de Títulos e Documentos e Registros Especiais do domicílio tributário do sujeito passivo, relativamente aos demais bens e direitos.

…".

Assim, enquanto não for formalizado o arrolamento de bens, o que se verifica com o registro do mesmo no respectivo cartório, a dívida não está garantida, não se admitindo, por conseguinte, a homologação da opção pelo Refis.

XVI. E há mais.

Embora instada a fazê-lo a executada não trouxe para os autos a prova de que vem implementando a condição prevista no inciso V do art. 3º da Lei nº 9.964/00, qual seja, o **"cumprimento regular das obrigações para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e para com o ITR".**

XVII. Dito isto, determino o prosseguimento das execuções.

Tendo em conta que as diligências até aqui encetadas com a finalidade de penhorar bens dos executados resultaram infrutíferas e considerando, mais, que a executada, a quem a Lei Processual atribuiu a obrigação de indicar os bens sujeitos à execução (art. 600, inciso IV, do CPC), resiste injustificadamente à determinação deste juízo no sentido de trazer para os autos o rol dos bens apresentado ao Comitê Gestor do Refis, ordeno que se requisite à Delegacia da Receita Federal em São Paulo cópia das declarações de rendimentos e de bens de todos os executados, inclusive os que figuram apenas nas ações apensadas.

Observo que esta ordem não conflita com a v. decisão prolatada pelo E. Tribunal Regional da Terceira Região em sede de Agravo de Instrumento, que cassou ato análogo cometido por este juízo. Ao contrário, penso que com ela se harmoniza porque a esta altura, face a negatividade de outras diligências objetivando a concretude da penhora, chega-se a conclusão de que a requisição de informações à Receita Federal é recurso extremo e imprescindível para o prosseguimento da execução.

Lembro, outrossim, que a requisição de informações sobre a declaração de bens do executado faz-se no interesse da Justiça (art. 600, IV, do CPC), dado o caráter público do processo, que, como cediço, é instrumento de jurisdição, justificando-se a providência de acordo com o art. 198, parágrafo único, do CTN.

"O sigilo fiscal é rompido nessas hipóteses porque se dá a divulgação das informações no interesse da justiça "já que a titularidade do poder de excutir constitui instrumento necessário do Estado para desincumbir-se do dever de prestar jurisdição" (STF, RE 92377/SP, RTJ 110/184)", sentenciou o eminente Juiz NELSON GOMES DA SILVA, do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região ("Código Tributário Nacional Interpretado", Ed. Saraiva, 1995, p. 164).

XVIII. Convencendo-me de que de acordo com o art. 28 da LEF, por conveniência da unidade da garantia e da instrução, as ações de execução fiscal que têm por

objeto as dívidas objeto do Refis, relacionadas no documento de fls. 113, devem ser reunidas perante este Juízo, que se considera prevento em face da precedência da distribuição, determino que o exeqüente, que maneja um total de doze (12) execuções em desfavor da mesma executada, que, smj, somam quase R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), como resulta de pesquisa que mandei fazer junto ao sistema eletrônico de gerenciamento de feitos, cujo "print" apresento para que seja juntado a este processo, apresente relação circunstanciada das várias ações, consignando: número da CDA, número do processo da respectiva execução fiscal, Vara em que tramita o processo e valores original e atual das dívidas.

Vindo a relação, oficie-se aos E.E Juízos aonde tramitam as outras ações rogando a redistribuição das mesmas para esta Vara, para que sejam reunidas na forma do art. 28 da LEF.

A providência permitirá, ademais, que se tenha uma visão de conjunto da situação da executada perante a Previdência Social, o que contribuirá em muito para a correta distribuição da Justiça.

XIX. Por último, apoiado no art. 3º, inciso VI, da Lei nº 9.964/00, determino que a executada informe e comprove, mês a mês, desde a data da adesão ao Refis (14.04.00-fls. 234 e 248), quanto pagou por conta das dívidas para com a Previdência Social objeto do refinanciamento de que se trata, pena de considerar-se excluída do Refis.

Int.

São Paulo, 26 de março de 2001.

CELSO BEDIN
Juiz Federal

❖ ❖ ❖

INSS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

EXMO. SR. DR. JUIZ PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO.

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, Autarquia Federal instituída na conformidade da Lei nº 8.029, de 12.04.90 e Decreto nº 99.350, de 27.06.90, com sua Procuradoria Estadual situada na rua Areolino de Abreu, 1015, 7º andar, Centro, Teresina/PI, legalmente assistido e representado pela Procuradora que esta subscreve, nos autos do **Mandado de Segurança** proposto pela CONSTRUTORA AÇO LTDA (Processo nº 2000.7498-2 — 1ª Vara Federal de Teresina/PI), inconformado com a r. decisão proferida pelo D. Juízo, concessiva

de liminar, cujo teor consigna a determinação de expedição de Certidão Negativa de Débito, independentemente da prestação de garantia, vem, tempestivamente, interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO

com fundamento nas razões anexas.

Informa, outrossim, em obediência ao estatuído no inciso III do art. 524, do C.P.C., o endereço dos patronos da causa, Dr. Edil da Cruz Pereira e Dr. José Corsino Raposo Castelo Branco — Rua Treze de Maio, nº 1633, Vermelha – Teresina, CEP: 64000-000 – PI.

Oferece na oportunidade as inclusas peças xerox para a formação do instrumento:

Cópia da petição inicial;
Cópia da decisão agravada;
Cópia da certidão de Intimação;
Cópia da Procuração nos autos, e
Cópia do Ofício expedido pela autoridade Impetrada.

Termos em que,
Pede Deferimento.

Teresina, 07 de fevereiro de 2001.

SILVANA MARINHO DA COSTA
Procuradora/INSS – Mat. nº 1.2228.053
OAB/92 nº 74.285

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

PROCESSO nº 2000.7498-2 – 1ª VF/PI

Agravante : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Agravado : Construtora Aço Ltda.

Colenda Turma,

Impõe-se, ***data vênia,*** seja reformada a decisão liminar que compeliu o Impetrado, ora Agravante, a expedir Certidão Negativa de Débito ao Impetrante, ora Agravado, sem que este proceda à prestação de garantia, nos moldes do art. 47, § 8º, da Lei nº 8.212/91, tendo sido atendido, assim, o pedido postulado pelo Agravado, em flagrante contrariedade à legislação que disciplina a matéria e à jurisprudência, pacífica e remansosa, que predomina em nossos Tribunais.

DOS FATOS

Opugnou o Agravado o indeferimento exarado pelo Sr. Chefe da Seção de Arrecadação desta Autarquia, autoridade dita coatora, relativo à expedição de Certidão Negativa de Débito, requerida por aquele, sustentando que o ato indeferitório feriu direito subjetivo líquido e certo, haja vista que entre o demandante e o INSS foi celebrado parcelamento da dívida restando, portanto, suspensa a exigibilidade do crédito e entendendo assim, o Agravado, que a moratória é motivo suficiente para embasar o pedido de concessão de Certidão Negativa de Débito.

Inconforma-se o Agravado com a exigência insculpida no art. 47, § 8º, da Lei nº 8.212/91, que deu azo ao indeferimento do pedido supracitado, invocando a tutela dos preceitos erigidos sob os artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional – CTN.

DA AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADE OU ABUSO DE PODER

O ato da autoridade Impetrada, consistente no indeferimento de CND, não pode ser acoimado de arbitrário ou abusivo, posto que estribado em legislação pertinente, qual seja, o Plano de Custeio da Seguridade Social, instituído pela Lei nº 8.212/91 e o Decreto nº 3.048, de 06.05.99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social.

De fato, o ato administrativo que indeferiu a expedição de CND, em sendo vinculado, adstrito aos comandos legais que o regem, não está inquinado dos vícios que lhe foram atribuídos pelo Agravado, tendo em vista que na Administração Pública vige o princípio da legalidade (art. 37, da C.F.), que o saudoso mestre HELLY LOPES MEIRELLES, ***in*** "Direito Administrativo, 13ª ed., Revista dos Tribunais, 1987, p. 61", define, ***ipsis litteris:***

> **"A legalidade como princípio da administração significa que o administrador está em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem-comum, e deles não pode se afastar, ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar civil e criminal, conforme o caso.**
>
> **A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei, na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal (...), na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza."** (grifamos)

Oportuno aqui enfatizar a responsabilidade administrativa das autoridades públicas no trato da coisa pública e do dinheiro público, não se podendo admitir como legalmente válido, nem moralmente legítimo que uma exigência legal seja olvidada, em detrimento de toda a sociedade, para beneficiar este ou aquele agente que, como todos os contribuintes, de forma geral, está subordinado à observância dos requisitos insertos na legislação previdenciária.

Portanto, exsurge notório que o objeto do presente ***writ*** é juridicamente impossível e, via de conseqüência, ressente o agravado de interesse de agir, posto que não é arbitrário ou eivado de abuso de poder o ato administrativo em exame,

pelo que deveria ser declarada a extinção do feito, sem julgamento do mérito na forma preconizada pelo art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À ESPÉCIE

Com a finalidade de sustentar a legitimidade do ato indigitado (indeferimento de CND), cumpre tecer alguns esclarecimentos acerca do caso em tela.

O agravado requereu a Certidão Negativa de Débito para quaisquer finalidades, com lastro na existência de um parcelamento da dívida, cujas parcelas vem sendo adimplidas pelo devedor de forma regular.

O parcelamento supra foi acordado em 52 (cinqüenta e duas) parcelas mensais e sucessivas, sem que o Agravado tivesse prestado garantia para a celebração do acordo e ciente de que a inexistência da garantia obstaria a concessão de CND para quaisquer fins.

Em 15.12.00, foi expedida ao Agravado a Carta nº 1.024/00, proveniente da Seção de Arrecadação, cujo teor consignava a exigência legal de prestação de garantia para a emissão da CND, com esteio nos artigos 258 e 260 do Decreto nº 3.048/99 e no art. 47, § 8º, da Lei nº 8.212/91 que prescrevem, ***in verbis:***

LEI Nº 8.212/91

> **"Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:**
>
> **§ 1º / § 7º *omissis***
>
> **§ 8º No caso de parcelamento, a Certidão Negativa de Débito – CND somente será emitida mediante a apresentação de garantia, ressalvada a hipótese prevista na alínea "a" do inciso I deste artigo (parágrafo acrescentando pela Lei nº 9.032, de 28.04.95)".**

DECRETO Nº 3.048/99

> **"Art. 258. Não será expedido documento comprobatório de inexistência de débito, salvo nos seguintes casos:**
>
> **I — / VI — *omissis;***
>
> ***V* — o pagamento do débito fique assegurado mediante oferecimento de garantia suficiente, na forma do art. 260, em caso de parcelamento com confissão de dívida fiscal, observado o disposto no art. 244."** (grifos nossos)
>
> **"Art. 260. Serão aceitas as seguintes modalidades de garantia:**
>
> **"Art. 87. Serão aceitas as seguintes modalidades de garantia:**
> **I — depósito integral e atualizado do débito em moeda corrente;**
>
> **II — hipoteca de bens imóveis com ou sem seus acessórios;**
>
> **III — fiança bancária;**

IV — vinculação de parcelas do preço de bens ou serviços a serem negociados a prazo pela empresa;

V — alienação fiduciária de bens móveis;

VI — penhora.

Parágrafo único. A garantia deve ter valor mínimo de cento e vinte por cento do total da dívida, observado, em qualquer caso, o valor de mercado dos bens indicados, em conformidade com os critérios estabelecidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social".

Resta indúbio, à vista do exposto, que a exigência da garantia como pressuposto autorizador da emissão de CND é legítima, posto que estribada em legislação aplicável à espécie, cuja vigência é plena.

Assim sendo, não há que se considerar o ato administrativo que indeferiu a Certidão Negativa de Débito como sendo um ato arbitrário ou que tenha ferido direito líquido e certo do Agravado, posto que este não prestou a garantia exigida pelos dispositivos legais retro transcritos.

Data máxima vênia, a decisão de concessão de liminar, da lavra do MM. Magistrado "a quo", está equivocada ao dispor que a Administração Previdenciária, ao deferir o parcelamento, não exigiu a prestação de garantia, e este fato elide a exigência posterior para a emissão de CND, haja vista que as duas situações constituem fatos estanques e sem comunicação. Releva salientar, ainda, que não houve prestação de garantia para a celebração do parcelamento, pois aquela não é pressuposto para a consecução deste.

Portanto, como o Agravado não logrou prestar a garantia prevista no art. 47, inciso § 8º, da lei sob comento, não há que se perquirir sobre a validade do ato administrativo impugnado, tendo em vista que este operou-se em consonância aos dispositivos legais regentes da matéria.

Reitera-se que o ato administrativo praticado é válido e eficaz, posto que legal e legítimo. E a exigência preconizada pela lei vela, justamente, pela satisfação integral da dívida.

Impende salientar que a Administração, ao exigir a prestação de garantia para a concessão de CND, quando este documento é requerido pelo devedor, para qualquer fim, excetuada a hipótese de contratação com o Poder Público (alínea "a", inciso I, art. 47, da Lei nº 8.212/91), não está inovando, pois o momento para analisar o pedido, no curso de um parcelamento, é justamente quando o devedor declina seu pleito.

A superveniência dos fatos é clara: a garantia não é requisito para a celebração de parcelamento; ela é exigível no momento em que o devedor requer a CND, tendo em curso um acordo de parcelamento. A suspensão da exigibilidade, ***in casu***, não constitui fator dirimente, ou seja, não possui o condão de asseverar a expedição da Certidão Negativa de Débito. A jurisprudência colacionada na exordial, portanto, ao Agravado não aproveita.

Ipso facto, subjaz cristalino que os atos praticados pela Administração, no tocante à exigência de garantia para emissão de CND para quaisquer finalidades, estão estribados em disposições legais pertinentes, não resultando do ato praticado

abuso de poder ou ilegalidade que possam legitimar a pretensão deduzida no ***mandamus.***

Por todo o exposto, requer o Instituto-Agravante:

a) o regular processamento do presente Agravo de Instrumento, em caráter prioritário, com distribuição incontinenti, e que seja dado provimento liminar para determinar, de plano, a suspensão da r. decisão monocrática agravada (art. 527, II, do CPC); e

b) posteriormente, que seja conhecido e provido o presente recurso para que seja reformada a r. decisão agravada, tornando-se sem efeito, por cabal confronto aos ditames legais aplicáveis à espécie e acima deduzidos, confirmando, destarte, os termos da liminar neste Agravo deferida, assegurando, desta forma, o interesse público que verte do caso ***sub examen.***

Nestes Termos,
Aguarda Deferimento.

Teresina, 07 de fevereiro de 2001.

SILVANA MARINHO DA COSTA
Procuradora/INSS – Mat. nº 1.228.053
OAB/92 nº 74.285

❖ ❖ ❖

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Decisão nº 90101

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2001.01.00.010757-2/PI

RELATOR : EXMO. SR. JUIZ LUCIANO TOLENTINO AMARAL
AGRAVANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
PROCURADORA : SILVANA MARINHO DA COSTA
AGRAVADA : CONSTRUTORA AÇO LTDA.
ADVOGADO : EDIL DA CRUZ PEREIRA E OUTRO (A)

DECISÃO

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA — PARCELAMENTO DE DÉBITO — SE PARA A EXPEDIÇÃO DA CND A PRESTAÇÃO DE GARANTIA É EXPRESSA EXIGÊNCIA LEGAL (LEI Nº 8.212/91, ART. 47, § 8º), ANTERIOR AO PARCELAMENTO, E A LIMINAR QUE A CONCEDE

ESVAZIA O PEDIDO (LEI Nº 8.437/92, ART. 1º, § 3º), OS SEUS REQUISITOS NÃO ESTÃO PRESENTES (LEI Nº 1.533/51, ART. 7º) — LIMINAR SUSPENSA.

1. Por agravo protocolizado aos 13 FEV 2001, recebido em Gabinete aos 19 FEV 2001, 17h30, o INSS pede, com efeito suspensivo, a reforma da liminar, datada de 23 JAN 2001, que o MM. Juiz Federal CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, em exercício na 1ª Vara/PI, concedeu nos autos do MS nº 2000.40.00.007498-2, impetrado aos 21 DEZ 2000, determinando à autoridade impetrada, Chefe da Seção de Arrecadação do INSS em Teresina (PI), a expedição, na forma do art. 208 do CTN, de *"certidão positiva com efeitos de negativa"* (CND para qualquer finalidade), sem a exigência de garantia, à vista do regular adimplemento do parcelamento da dívida desde 1998.

II

2. A liminar em mandado de segurança está adstrita aos requisitos do art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, além de outras normas específicas.

3. A impetrante-agravada firmou, em 27 ABR 1998, Termo de Parcelamento de Dívida Fiscal com o INSS em 52 prestações mensais, estando em dia, segundo o agravante também, com o seu pagamento.

4. Para fins de obter empréstimo junto à rede bancária, alienar imóveis e operar no comércio financeiro, pleiteou, sem sucesso, a expedição da CND, para cuja negativa, ora impugnada, o § 8º do art. 47 da Lei nº 8.212/91, anterior ao parcelamento, e o art. 258 do Decreto nº 3.048/99, dão suporte expresso.

5. O fundamento, pois, não é relevante ante a expressa exigência legal e não existe perigo da ineficácia de eventual sentença favorável, circunstância a que se agrega a manifesta satisfatividade de medida, em testilha com o § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92.

II

6. Pelo exposto, SUSPENDO a liminar.

7. Comunique-se e solicitem-se as informações.

8. À agravada, para resposta.

9. Publique-se. Após prazos dos itens 7 e 8, voltem-me.

Brasília, 23 de fevereiro de 2001.

Juiz LUCIANO TOLENTINO AMARAL
Relator

❖ ❖ ❖

TRF — 4ª Região DJU DE 07.MAR.2001

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2000.04.01.109972-0/PR

RELATORA : JUÍZA TÂNIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
AGRAVANTE : INDS/BONET S/A
ADVOGADO : André da Costa Ribeiro e outros
AGRAVADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO : Márcia Pinheiro Amantea

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REFIS.

1. Inexiste a figura da desistência da ação condicionada no ordenamento processual brasileiro.

2. A pretensão da executada de suspender os embargos até a homologação do REFIS perdeu a sua razão de ser, pois a opção já está tacitamente homologada (art. 13 do Decreto nº 3.431/2000).

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, negar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de novembro de 2000.

Juíza TÂNIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
Relatora

RELATÓRIO

Nos autos dos embargos à execução fiscal opostos contra o INSS, Inds. Boner S/A, tendo optado pelo REFIS, requereu a desistência da ação condicionada à homologação de sua opção pelo referido programa.

O pedido foi indeferido por falta de amparo legal.

Contra essa decisão, a embargante interpôs o presente agravo de instrumento.

Processado o recurso, os autos retornaram para julgamento.

É o relatório.

Juíza TÂNIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
Relatora

VOTO

A agravante postulou a suspensão dos embargos à execução fiscal até a homologação da opção pela REFIS, para que após seja proferida sentença de extinção do feito pela desistência.

Tenho que andou bem o magistrado "a quo" ao indeferir o pedido. Na prática, a agravante requereu a desistência da ação condicionada, figura que inexiste no nosso ordenamento processual.

A pretensão de suspender os embargos até a homologação do REFIS perdeu a sua razão de ser, pois, a opção, manifestada em 26.4.2000, já está tacitamente homologada. Com efeito, nos termos do art. 13 do Decreto nº 3.431/2000.

Exclusivamente para os fins deste artigo e do § 5º do art. 4º, considerar-se-á tacitamente homologada a opção após transcorridos setenta e cinco dias da sua formalização sem que haja expressa manifestação por parte do Comitê Gestor.

Dessarte, a agravante já pode requerer ao julgador *a quo* a desistência dos embargos, ou, como sustenta o INSS, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação, o que me parece mais adequado, pois de acordo com a Lei nº 9.964/00, a opção pelo REFIS sujeita a pessoa jurídica à confissão irrevogável e irretratável dos débitos.

De qualquer forma, tendo a agravante requerido a suspensão do feito, nego provimento ao recurso pelos motivos acima expostos, prejudicado o agravo regimental.

É o voto.

Juíza TÂNIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
Relatora

❖ ❖ ❖

TRF — 4ª Região DJU DE 28.FEV.2001

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2000.04.01.076001-5/PR

RELATORA : JUÍZA TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
AGRAVANTE : BOSCA S/A TRANSPORTES COM/ E REPRESENTAÇÕES
ADVOGADO : João Carlos de Araújo
AGRAVADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO : Rogério Rocha Peres de Oliveira

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE 10% DO FATURAMENTO. REFIS.

1. A homologação da opção pelo REFIS acarreta a automática suspensão da execução fiscal e faz desaparecer o interesse da executada no recurso.

2. Cabível a penhora sobre percentual do faturamento, caso a executada seja excluída do REFIS posteriormente.

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, negar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de novembro de 2000.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, determinou a penhora sobre 10% sobre o faturamento da empresa executada.

Processado o recurso, os autos retornaram para julgamento.

É o relatório.

Juíza TÂNIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
Relatora

VOTO

A sociedade executada optou pelo REFIS em 29.3.2000. Logo, a sua opção já está tacitamente homologada (parágrafo único do art. 13 do Decreto nº 3.431/200), o que acarreta a automática suspensão da execução fiscal (§ 5º do art. 4º do Decreto nº 3.431/2000) e faz desaparecer o interesse da executada neste recurso. Dependendo do valor do seu débito, deve apenas prestar garantia.

Caso seja excluída do programa posteriormente por descumprimento das exigências legais, em que pese ser medida excepcional, no caso concreto a penhora sobre o seu faturamento tem pertinência, pois conforme informou a ilustrada Juíza Federal Gisele Lemke, "a execução teve diversas oportunidades para efetuar a nomeação válida de bens, mas não as aproveitou. Ao contrário, deixou de atender à intimação deste Juízo para assinar o Termo de Penhora relativo ao bem nomeado, bem como, após diligência efetuada por Oficial de Justiça, o representante legal da executada declarou não possuir bens disponíveis para a primeira penhora. Posteriormente, efetivada a penhora sobre outro imóvel, peticionou informando que tal bem havia sido arrematado em leilão junto a 4ª Subsecretaria da SIEX, pendendo recurso sobre tal arrematação. Até o presente momento, o Juízo não está totalmente garantido. Haja vista a vultosidade do débito exeqüendo, tal situação revela-se inadmissível, motivo pelo qual deferiu-se o pedido de penhora sobre o faturamento da executada. Ademais, não constava dos autos, até a presente, qualquer informação de que a executada tenha optado pelo programa REFIS."

Diante dessas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicado o agravo regimental.

É o voto.

Juíza TÂNIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
Relatora

❖ ❖ ❖

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

C = Dias/Semana							
D	1	8	15	22	29	36	
S	2	9	16	23	30	37	
T	3	10	17	24	31		
Q	4	11	18	25	32		
Q	5	12	19	26	33		
S	6	13	20	27	34		
S	7	14	21	28	35		

Exemplo de como utilizar: Em que dia da semana caiu o dia 29 de janeiro de 1977? Foi num sábado.

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", 2° andar
Tels: (61) 313 4814 / 226 7449 / 226 0837
Fax: (61) 313 4740
CEP: 70070-907 – Brasília-DF