Revista da Procuradoria Geral do INSS

ISSN 0104-9607

V. 8, N. 3
OUT - DEZ
2001

8
3

Artigos, Pareceres, Memoriais,

Teses, Peças Processuais,

Jurisprudência.

PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

EXPEDIENTE

Publicação trimestral da Procuradoria Geral do INSS

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

Diretor
***S**imone de **L**ima **T**orres **R**enofio*

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

Conselho Editorial

Titulares
Marcos Maia Júnior
Simone de Lima Torres Renofio
Ivan Ferreira de Souza
Sérgio Luís de C. M. Corrêa
Roberto R. M. Nobre Machado
Wilson de Castro Júnior

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 **8** — Número **3**

2001 : OUT / DEZ

Brasília
Janeiro/2002

© 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.

203 p.

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

CDD–341.67

SUMÁRIO

EDITORIAL 5

DÍVIDA ATIVA 6

PÁGINA LIVRE 7

ARTIGOS

— A SUPERPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIA RECURSAL
★ *Eliana Calmon* 15

— JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS
★ *Eustáquio Nunes Silveira* 17

— OS DEPENDENTES DO SEGURADO NO RGPS
★ *Flávio Mondaini* 19

— A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A PROTEÇÃO CONTRA A FRAUDE E A SONEGAÇÃO – A EMPRESARIALIDADE DELITUOSA
★ *Meire Lúcia Gomes Monteiro* 50

— MEDIDA LIMINAR EM TUTELA ANTECIPATÓRIA
★ *Reis Friede* 55

— O LIMITE ETÁRIO NAS PENSÕES DECORRENTES DE ATO ILÍCITO
★ *Alvacir de Sá Barcellos* 69

— ATUALIDADES SOBRE A APOSENTADORIA ESPECIAL
★ *José Leandro Monteiro de Macêdo* 71

— O INSS E O INSTITUTO DA PRECLUSÃO, CONTIDO AO § 3º DO ART. 879 DA CLT
★ *Fabrício Lopes Oliveira* 83

— O TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR À LEI 8.213/91: CONTAGEM SIMPLES E CONTAGEM RECÍPROCA
★ *Roberto Luis Luchi Demo* 89

— DIREITO E CINEMA*:* TEMPO DE MATAR
★ *Arnaldo Moraes Godoy* 96

— AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL
★ *Luís Carlos Fagundes Vianna* 103

— AUTO-APLICABILIDADE DO § 11 DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
★ *Hélio Pinto Ribeiro de Carvalho Júnior* 121

— COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE PREVIDÊNCIA ESTADUAL E MUNICIPAL
★ *Renato Rabe* 125

— A DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA EXIGIBILIDADE DO SAT
★ *Rubem Aranovich* 136

PARECERES

— Parecer de ROGERS MARTINS COLOMBO, Procurador do INSS/ Florianópolis-SC/ Seção de Contencioso Geral. Revisão de benefício. Súmula 02 do TRF/4ª Região. Redução da RMI. Impossibilidade. 141

MEMORIAIS

— Memorial em argüição de inconstitucionalidade (art. 45 da L. 8.212/91 ante o art. 146, III, b, da CF), subscrito pelas Procuradoras MARIANA G. DE CASTILHOS e JAQUELINE M. PIAZZA, do INSS/RS. 146

PEÇAS PROCESSUAIS

— Manifestação do INSS/Contagem-MG em Execução Fiscal (Penhora de Títulos Públicos de 1922 e 1926), subscrita pelo Procurador DARY SOARES DUARTE e pelo estagiário-acadêmico ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS 160

— Informações do Chefe do Serviço de Arrecadação do INSS/Criciúma-SC ao Exmo. Sr. Juiz Federal da 3ª Vara de Criciúma, subscrita pelo Impetrado e pelo Procurador Federal ALVACIR DE SÁ BARCELLOS. 168

JURISPRUDÊNCIA

— Agravo Regimental em REsp – Tributário e Processual Civil. Salário-Educação. Compensação pela via da antecipação da tutela. Liquidez do crédito. Impossibilidade. STJ. 175

— Reclamação trabalhista. Vínculo de emprego entre o INSS e advogado credenciado. Inexistência. TRT – 4ª Região. 183

— REsp. Repetição de indébito. Férias e licença-prêmio não usufruídos. Prescrição qüinqüenal. STJ – Segunda Turma 188

— Embargos de declaração. Refis. Art. 5º, § 4º, do Dec. 3.343/2000. TRF – 4ª Região. 189

— Embargos de declaração. Refis. Honorários. TRF – 4ª Região. 191

— Tributário. Ações Consignatória e Declaratória. Refis. TRF – 4ª Região. 194

— Processo Civil. Antecipação de tutela. Fazenda Pública. Art. 273, §§ 1º e 2º, do CPC. TRF – 4ª Região. 198

Ao longo da existência da Revista da Procuradoria Geral do INSS – 27 tiragens, incluindo a presente edição –, é facilmente constatável que os Procuradores do INSS – principal público-alvo da publicação – predominam como articulistas-colaboradores. Contudo, é indispensável registrar-se que os magistrados federais ocupam também uma posição relevante – a segunda.

A par disso, é necessário se destacar o fato de que os trabalhos oferecidos pelos Procuradores do INSS à publicação, sejam artigos, pareceres, memoriais ou peças processuais, ao longo de sete anos de existência da Revista, vêm progressivamente evoluindo. É oportuno afirmar-se que um número expressivo de seus autores, deles se pode dizer, sem favor algum, que já conquistaram uma posição que os levará rapidamente a integrar o rol dos grandes tratadistas do direito, porque sabem esgrimar com sabedoria no campo desta ciência, por vezes escorregadio e acidentado, como sói acontecer com quem se exercita no relevo das chamadas ciências culturalistas.

Constata-se, freqüentemente, que trabalhos da autoria de Procuradores do INSS, como também ocorre com trabalhos de autores estranhos aos quadros da Procuradoria, são objeto de solicitações por parte de profissionais do Direito que não estão incluídos no público destinatário da Revista. Isso não deixa de ser uma comprovação do que se disse anteriormente.

Como não dispomos de espaço para nominar todos os Procuradores do INSS que vêm emprestando maiúscula colaboração à Revista, como seria de todo recomendável, resta-nos dizer-lhes: Bem sabemos que vos alegrais ao ver vossos trabalhos publicados, mas saibam também que, nós responsáveis pela publicação, nos alegramos por isso o fazer! Dizer que a Revista é de todos, seria fazer coro com as vozes dos demagogos. Entretanto, afirmar que a Revista é de quantos desejem ver facilitadas as funções dos Procuradores do INSS, é uma merediana verdade! E quão gratificante é constatar que uma verdadeira legião de Procuradores do INSS se preocupa em tornar os misteres dos seus colegas menos penosos!

A todos, nossos parabéns e agradecimentos!

DÍVIDA ATIVA DO INSS. ARRECADAÇÃO. As UFs contribuíram (R$), individualmente, no 4º trimestre de 2001 (OUT / NOV / DEZ), com os quantitativos seguintes:

UF	OUT	NOV	DEZ	UF: TT.TRIM.
AC	179.309,00	190.808,00	167.381,00	537.498,00
AL	168.676,00	179.666,00	272.946,00	621.288,00
AM	277.544,00	332.136,00	280.531,00	890.211,00
AP	3.429,00	14.104,00	3.503,00	21.036,00
BA	564.207,00	535.468,00	849.244,00	1.948.919,00
CE	601.841,00	794.394,00	673.469,00	2.069.704,00
DF	879.379,00	851.211,00	874.252,00	2.604.842,00
ES	450.671,00	344.512,00	268.629,00	1.063.812,00
GO	419.876,00	313.792,00	273.121,00	1.006.789,00
MA	202.173,00	283.016,00	274.074,00	759.263,00
MG	1.247.876,00	1.244.073,00	1.215.248,00	3.707.197,00
MS	110.100,00	145.312,00	137.617,00	393.029,00
MT	83.308,00	74.991,00	70.559,00	228.858,00
PA	243.667,00	236.333,00	262.703,00	742.703,00
PB	420.853,00	391.762,00	363.278,00	1.175.893,00
PE	693.424,00	668.153,00	789.248,00	2.150.825,00
PI	122.088,00	119.423,00	121.654,00	363.165,00
PR	882.900,00	750.057,00	851.599,00	2.484.556,00
RJ	1.644.696,00	1.550.494,00	1.887.406,00	5.082.596,00
RN	548.651,00	554.936,00	520.753,00	1.624.340,00
RO	61.257,00	86.714,00	76.964,00	224.935,00
RR	64.349,00	62.677,00	61.949,00	188.975,00
RS	1.370.385,00	1.347.071,00	1.479.591,00	4.197.047,00
SC	512.330,00	508.394,00	485.899,00	1.506.623,00
SE	143.522,00	128.769,00	180.430,00	452.721,00
SP	5.297.786,00	6.464.931,00	5.511.623,00	17.274.340,00
TO	36.448,00	45.050,00	100.706,00	182.204,00
TOTAIS	17.230.758,00	18.218.259,00	18.054.390,00	**53.503.407,00**

TOTAL ARRECADADO EM 2001 = R$ 208.142.877,41 (Fonte: Sistema Dívida — Função: Relatório Total de Pagamentos Apropriados pelo Sistema Dívida)

TESTE DE CONHECIMENTOS

Religião

1. O Zoroastrismo é uma religião que tem como base de sua doutrina a existência de duas forças opostas: Ahura Mazda, criador da vida e da bondade (auxiliado pelos *Ahuras,* espíritos bons ou anjos), e o perverso e destrutivo Angra Mainyu (auxiliado pelos espíritos demoníacos conhecidos como *Daevas*). O destino de alguém depende da escolha entre essas duas forças. Para o Zoroastrismo, após a morte, a alma é deixada pela *daena* (a consciência retratada como uma virgem) na *Ponte Chinvat*, a Ponte do Julgamento. São conduzidos ao Paraíso aqueles cujas boas ações predominaram. Caem na Casa da Mentira, um lugar de sofrimento, aqueles que praticaram muitos atos maus.

   Zaratrusta (conhecido no Ocidente como Zoroastro), de cujos ensinamentos edificou-se o Zoroastrismo, tem as datas de sua existência como incertas: 650 a.C., para alguns, e 1.200 a.C., para outros. Sabe-se, contudo, que viveu no noroeste do Irã. No Século VII a.C., os ensinamentos de Zoroastro dispersaram por todo o planalto iraniano, e quando Ciro, o Grande, fundou o Império Persa, um século depois, o Zoroastrismo tornou-se a religião oficial do Estado e passou a ser praticada desde a Grécia até o Egito e norte da Índia.

   É correto afirmar-se que os ensinamentos de Zoroastro influenciaram outras religiões, especialmente o judaismo e o cristianismo?

   ---

2. Os ensinamentos de Zoroastro foram preservados sobretudo em 17 hinos, os Gathas, contidos no *Yasma*, parte da sagrada escritura Avesta – o Evangelho persa da Verdade. O Avesta é um livro de Teologia, Ética e Filosofia.

   Com qual denominação o Avesta é mais conhecido no mundo ocidental?

   ---

3. O Avesta versa sobre a natureza de Deus, o dever do Homem e o destino da vida.

   No Avesta são encontrados ensinamentos, dentre os quais:

   – “É a ignorância que perde a quase todos”, pois a ignorância é “a causa de agravos mútuos entre os homens.”

   – “Aquele que diz uma palavra injusta, pode enganar o seu semelhante, mas não enganará a Deus.”

– “O nosso dever é ensinar a amizade ao inimigo, a probidade ao perverso, e a sabedoria ao ignorante.”

– “Aquele que diz uma mentira é de todos os homens o mais desprezível.”

– “Aquele que tem complacência com o mentiroso é, ele próprio, um mentiroso … pois ajuda a regar a semente da falsidade, de que nasce o escalracho da injustiça.”

– “Tem mais mérito, aos olhos do Senhor, nos Céus, aquele que na terra intercede pelo pobre e o oprimido.”

– “Deus está sempre à tua porta, na pessoa dos teus irmãos de todo o Mundo.”

– “Enquanto dispuser de força e poder, hei-de fazer bem aos meus semelhantes.”

– “Esforça-te, ó homem, por Vexar o Malígno, e fazer fluir prosperidade e alegria de ti para os outros, e cuidar que de ti não provenha dano ou aflição para êles.”

– “Quando os homens se amam e se ajudam mutuamente o mais que podem, tiram o seu maior prazer do amor ao próximo.”

– “Não tomes alimento sem teres dado de comer ao indigente, pois poderá chegar o dia em que lhe tenhas de pedir que te dê de comer.”

– O maior inimigo do Homem é a sua cobiça, “pois a cobiça engendra o ódio; o ódio gera a violência; e a violência traz a morte.”

– “Não faças aos outros o que não é bom para ti próprio.”

Zoroastro, embora concebendo Deus (Ahura Mazda) como um único ser, atribui-lhe uma personalidade séptupla (a Luz Eterna, a Sabedoria Omniscente, a Rectidão, o Poder, a Piedade, a Benevolência, e a Vida Eterna).

Com que idade Zoroastro começou a carreira de pregador da sua religião?

_____

Filosofia

4. Platão nasceu em Atenas (427/428 a.C. – 348/347 a.C.), numa família aristocrática. Assistiu a instalação do regime oligárquico dos Trinta Tiranos, que cedo ele execrou por seus crimes. O restabelecimento da democracia, contudo, reservou-lhe a mais cruel decepção: a condenação e a morte de seu mestre Sócrates (399 a.C.). Para Platão, Sócrates era o seu mestre supremo, tanto que dedicou a vida, após a morte de seu adorado mestre, ao ensino das verdades socráticas. Com esse propósito, instalou uma Escola de Filosofia no Jardim Público de Atenas – a Academia.

Platão apresentou todas as suas idéias, sob a forma de diálogos, pela boca de Sócrates, de forma que, até hoje, não se sabe exatamente onde acaba o pensamento de Sócrates e onde começa o de Platão. Uma coisa é sabida, todavia, que para Platão, assim como para Sócrates, o significado e a missão de toda a Filosofia consistem na instituição da justiça entre os homens.

São obras de Platão, as seguintes:

– HÍPIAS MENOR (ou Da mentira) – ALCEBÍADES (ou Da natureza do homem) – ÍON (ou Sobre a Ilíada) – EUTÍFRON (ou Da piedade) – LÍSIS (ou Da amizade) – DEFESA DE SÓCRATES – CRÍTON (ou Do dever) – CÁRMIDES (ou Da sabedoria) – LAQUES (ou Sobre a coragem) – PROTÁGORAS (ou Os sofistas) – GÓRGIAS (ou Da retórica) – MÊNON (ou Sobre a virtude) – MENEXENO (ou Oração fúnebre) – O BANQUETE (ou Do amor) – CRÁTILO (ou Da Justeza dos nomes) – EUTIDEMO (ou Erística) – FÉDON (ou Da alma) – REPÚBLICA (ou Sobre a justiça) – FEDRO (ou Da beleza) – TEETETO (ou Sobre a ciência) – PARMÊNIDES (ou Sobre as idéias) – O SOFISTA (ou Do ser) – O POLÍTICO (ou Sobre a realeza) – LEIS (ou Sobre a legislação) – CARTA VII – FILEBO (ou Do prazer) – CRÍTIAS (ou Atlântida) – HÍPIAS MAIOR (ou Do belo) – TIMEU (ou Sobre a natureza)

A República é considerada a obra magna de Platão. Abrange quase toda a sua filosofia, da ética à política e a metafísica.

Quantos livros constituem *A República* de Platão?

---

5. Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.) nasceu em Estagira (dai o fato de ser chamado de O Estagirita), na Macedônia – O "Oeste Selvagem" do mundo ateniense. Em 366 a.C. matriculou-se na Academia de Platão. A sua chegada à Academia provocou sensação entre os demais estudantes. Tratava-se de um aristocrata dos aristocratas – afável, bizarro, gracioso, de voz branda, delicado, polido, modelo de bom proceder e de elegância no trajar. Falava com um ceceio afetado, e prestava mais atenção às suas roupas – como se queixava Platão – do que convinha a alguém que amasse sinceramente a sabedoria. Evidenciava, contudo, aptidões intelectuais incrivelmente variadas. Parecia quase impossível um só espírito estar aberto a tantas facetas do conhecimento. Política, drama, poesia, medicina, psicologia, história, lógica, astronomia, ética, história natural, matemática, retórica, biologia – eram estes alguns pratos apenas do variadíssimo banquete com o qual procurava o jovem estudante alimentar o seu voraz apetite de saber. Certa vez, Platão observou que a sua Academia se compunha de duas partes – o corpo dos seus estudantes e o cérebro de Aristóteles. E como era de se esperar o maior mestre e o estudante mais insígne de Atenas não poderiam continuar juntos.

Quando Platão morreu, 347 a.C., Aristóteles tinha trinta e sete anos. Esperava ser escolhido como sucessor de Platão na Academia. Todavia, sofreu uma desilusão. Os administradores da Academia rejeitaram-no como "estrangeiro" e elegeram no seu lugar um ateniense. Irritado com o seu desaire, procurou uma oportunidade para sair de Atenas e a encontrou. Depois de alguns anos distante de Atenas, retorna à mesma. Magoado, ainda, pela sua derrota como candidato à presidência da Academia, abriu uma escola rival, o Liceu (assim chamado por estar situado no bosque dedicado a Apolo Lício, o defensor dos rebanhos contra os lobos). Aí reuniu o seu rebanho de estudantes e preparou-os para lutar contra os lobos da ignorância.

Aristóteles, ao fazer suas palestras no Liceu, especialmente pela manhã, quando os alunos eram pouco numerosos, era incapaz de ficar quietamente sentado. Andava de um lado para o outro, entre as colunatas, expondo as suas idéias e respondendo as perguntas dos seus alunos. Com isso, ganhou para o seu Liceu o apelido de escola *Peripatética* – a escola dos *Filósofos ambulantes.* Até hoje é a filosofia de aristotética conhecida como o sistema peripatético.

São atribuídas a Aristóteles, segundo Diógenes de Laércio (Diôgenes Laêrtios) em sua *Vida e Doutrina dos Filósofos Ilustres*, as seguintes frases belíssimas:

– Perguntando-lhe alguém qual a vantagem que levam os mentirosos, sua resposta foi: "*A de não merecerem crédito quando falam a verdade.*"

– Censurado, em certa ocasião, por haver dado uma esmola a homem iníquo, sua réplica foi: *"Tive pena do homem, e não de seu caráter."*

– Aristóteles dizia constantemente, tanto aos amigos como aos discípulos, que da mesma forma que a vista recebe a luz, através do ar circundante, a alma recebe-a do estudo científico.

– Muitas vezes e explicitamente ele dizia que os atenienses descobriram o trigo e as leis, mas, embora usassem o trigo, não observavam as leis.

– Costumava dizer que são amargas as raízes da educação, porém seus frutos são doces.

– A alguém que lhe perguntou o que envelhece mais depressa, sua resposta foi: *"A gratidão."*

– Quando alguém lhe perguntou o que era a esperança, a reposta foi: *"O sonho de quem está acordado."*

– Ouvindo alguém injuriá-lo, Aristóteles disse: *"Ele pode até açoitar-me, desde que seja na minha ausência."*

– Segundo Aristóteles, a beleza é uma recomendação maior que qualquer carta de apresentação. (Outros autores atribuem essa frase a Diógenes).

– Dizia-se que Aristóteles definia a *boa aparência* como um dom dos deuses. (Tirania efêmera, para Sócrates. Privilégio da natureza, para Platão. Engano tácito, para Teófrastos. Um mal encastoado em marfim, para Teócritos. Carneades definia a *boa aparência* como um reino sem corpo de guarda.

– Perguntaram-lhe se havia muita diferença entre uma pessoa educada e outra sem educação. A resposta foi: *"Tanto quanto os vivos diferem dos mortos."*

– Quando lhe perguntaram o que é um amigo, a resposta foi: *"Uma alma morando em dois corpos."*

– A alguém que perguntou por que conversamos tanto com as pessoas belas, Aristóteles disse: *"Esta pergunta é para um cego."*

– Perguntando-lhe alguém como os estudantes podem progredir, ele respondeu: *"Pressionando os que estão não frente, e não esperando pelos que estão atrás."*

– A um tagarela que derramava uma torrente de palavras sobre ele e depois perguntou: "Não te aborreci com meu palavrório?, Aristóteles respondeu: *"Não, por Zeus, pois não te estava ouvindo."*

– Quando alguém o acusou de estar ajudando um homem desonesto mediante uma subscrição, na resposta foi: *"Não ajudei o homem, e sim o gênero humano."*

– No segundo livro de suas *Memórias*, Favorinos menciona como uma das frases habituais de Aristóteles: *"Quem tem amigos não tem amigo algum."* (Subentenda-se: "Quem tem muitos amigos não tem um amigo verdadeiro.")

Aristóteles escreveu inúmeras obras (aproximadamente 400 volumes, segundo alguns historiadores). As mais conhecidas e comentadas são:

– PROTRÉPTICO – ÉTICA A EUDEMO – HISTÓRIA DOS ANIMAIS – POÉTICA – FÍSICA – METEREOLÓGICAS – DA GERAÇÃO E DA CORRUPÇÃO – DAS PARTES DOS ANIMAIS – RETÓRICA – CONSTITUIÇÃO DE ATENAS – DA ALMA (De anima) – AS CATEGORIAS – ÉTICA A NICÔMACO – DA INTERPRETAÇÃO – METAFÍSICA – ORGANON – POLÍTICA – PRIMEIROS ANALÍTICOS – REFUTAÇÕES SOFÍSTICAS – SEGUNDOS ANALÍTICOS – TÓPICOS – TRATADO DO CÉU.

Uma das obras de Aristóteles reúne a totalidade de seus conhecimentos de "filosofia primeira" (O estudo do Ser enquanto ser). É constituída por 14 livros. Qual é o título dessa obra?

6. Quando não há concessão de liminar e a apelação é contra sentença denegatória da segurança, o efeito suspensivo que se pretenda dar ao recurso terá o condão de suspender a executoriedade do ato impugnado na impetração?

---

7. É correto afirmar-se, atualmente, com arrimo em posicionamento do STF, que a definição exata do que seja o efeito suspensivo dos recursos é a de apenas suspender a execução de ato recorrido ou impedir o prosseguimento do processo?

---

8. O relator pode atribuir efeito suspensivo ao recurso ou suspender o comprimento da decisão até o pronunciamento do órgão colegiado competente, nos casos elencados no art. 558 do CPC, alguns deles específicos e outros inominados?

---

9. Nos casos inominados do art. 558 do CPC, para que o relator atribua efeito suspensivo ao recurso ou suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento do órgão colegiado competente, deverão estar presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*?

---

10. Com arrimo na Lei 9.139, de 1995, e no entendimento do STF, é correto afirmar-se que ao relator não é permitido adiar os efeitos da decisão a ser proferida no recurso, nos casos elencados no art. 558 do CPC, pelo fato de que a supracitada lei não contemplou explicitamente tal hipótese?

---

11. É correto afirmar-se que tem caráter de satisfatividade o recurso mencionado nas questões anteriores, porque, na verdade, trata-se de uma providência cautelar, a fim de assegurar o resultado útil do acórdão?

---

12. Hodiernamente, com arrimo na Súmula 250 do STJ, em julgado do STF, na melhor doutrina, é possível afirmar-se que é cabível a dispensa de multa fiscal na concordata?

---

13. É correto afirmar-se que na falência, a elisão (dispensa) da multa fiscal tem como escopo impedir que descumprimento da obrigação que deu origem à multa recaia sobre os credores da massa falida, ou seja, sobre terceiros?

---

14. Ocorrendo o caso de uma empresa concordatária não ter obtido sucesso em sua tentativa de fugir da insolvência, e ocorra a declaração de sua falência (quebra), será a mesma dispensada do reconhecimento de multa fiscal?

---

15. O agente fiscal do INSS, ao expedir notificação de lançamento, relativamente a contribuições que entendem devidas, sobre pagamento efetuados por empresa a autônomos, por considerá-los empregados, pratica ato de competência própria ou da Justiça do Trabalho?

---

16. A legitimidade do ato tratado na questão anterior fica sujeito a controle pela via jurisdicional, perante a justiça comum federal ou da Justiça do Trabalho?

---

17. É correto afirmar-se que a competência da Justiça do Trabalho exclui a das autoridades que exerçam funções delegadas para exercer a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção do trabalho, entre as quais se incluem o direito à Previdência Social?

---

18. É correto afirmar-se que a jurisprudência do STJ tem se firmado no sentido de que, quantos aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial de 5 anos, contados da extinção do crédito tributário (CTN, art. 168, I), não tem como termo inicial a data do recolhimento, mas sim a da

expiração do prazo que o Fisco possui para homologar o pagamento efetuado, que é de 5 anos a contar do fato gerador?

19. É correto afirmar-se que a simples declaração de empregador, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciário?

20. Sabendo-se que é firme o entendimento do STJ no sentido de que o trabalhador rural tem direito ao benefício da aposentadoria por idade, desde que comprovados os requisitos de idade e de atividade rural, não se lhe aplicando a exigência do período de carência de contribuições, *ex vi*, do art. 26, III, c/c o art. 143, da Lei 8.213/91, a prova exclusivamente testemunhal basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção desse benefício previdenciário?

NR: **1ª)** As questões foram formuladas pelo Secretário Editorial da Revista, com apoio, a partir da 6ª questão, em trabalhos publicados na edição do Vol. 8/N. 1 desta Revista. De 6 a 10: artigo "EFEITO SUSPENSIVO", de Eustáquio Nunes Silveira. De 11 a 14: artigo "MULTA FISCAL NA CONCORDATA", de Rogério Volpatti Polezze. 15 e 16: Peça Processual assinada pelo Procurador Rubens Aranovich/ INSS. 17 e 18: Sentença do Juiz Federal Leandro Paulsen. 19 e 20: Jurisprudência do STJ.

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. 8/N. 3): 1 = É. 2 = Zend-Avesta. 3 = 30 anos. 4 = Dez. 5 = Metafísica. 6 = Não. 7 = É. 8 = Pode. 9 = Deverão. 10 = É. 11 = Não. 12 = Não. 13 = É. 14 = Sim. 15 = Competência própria. 16 = Justiça Comum Federal. 17 = Não. 18 = É. 19 = É. 20 = Não.

A SUPERPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIA RECURSAL

Eliana Calmon *

O Superior Tribunal de Justiça tem sua competência explicitada no art. 105 da CF/88, dividida em três grupos: 1) julgamentos originários; 2) julgamentos revisionais, como se fosse Tribunal de Apelação, nos mandados de segurança e nos habeas corpus quando denegatória a decisão; e 3) recursos especiais. A CF/88 outorgou aos cidadãos brasileiros duas instâncias ordinárias: primeiro grau (juízo de conhecimento e certificação do direito); e a instância revisora, onde são feitas, com predominância, a revisão e correção das decisões de primeiro grau. Ambas têm como escopo fazer justiça legal, corrigindo a instância revisional os erros, desacertos e injustiças.

Generosa em termos de cidadania e modernizada pelo sopro que vinha da Europa na década de 80, onde floresceram os direitos coletivos com supremacia sobre os direitos individuais, tônica predominante da CF/46, outorgou o legislador de 1988 aos cidadãos a nova Carta, trazendo duas instâncias excepcionais, e subdividindo a tarefa de interpretar e uniformizar o direito federal, antes incluída apenas na competência do Supremo Tribunal Federal.

O assoberbamento do Supremo Tribunal Federal levou à criação do Superior Tribunal de Justiça, com competência idêntica, embora em níveis diferentes. Ao STF cabe a uniformização e interpretação do Direito Constitucional, e ao STJ a uniformização e interpretação do direito infraconstitucional.

Nas instâncias ordinárias exercita-se a jurisdição com vista à obtenção de uma decisão justa, enquanto nas instâncias excepcionais (especial e extraordinária) exercita-se o controle da legalidade, tutelando-se a unidade e a uniformidade da interpretação da lei federal, chegando-se à justiça pela via indireta.

O recurso especial apresenta alguma dificuldade para os profissionais da área jurídica, principalmente pela superposição de competência existente em alguns pontos, especialmente em matéria tributária, o que dificulta a interposição dos recursos finais, exigindo-se, quase sempre, que se interponham ambos, especial e extraordinário, pela incerteza do sucesso de um ou de outro e pela sempre possibilidade de ser a decisão do STJ revista pelo STF.

Sob o aspecto dogmático-jurídico, tal revisão representa um aleijão, porquanto não quis o legislador constitucional instituir instância revisora na esfera excepcional. A intenção foi deixar delineados os campos de atuação das instâncias finais, cuja funcionalidade não poderia desafiar revisão: campo infraconstitucional (para o recurso especial) e campo constitucional (para o recurso extraordinário).

Na prática, entretanto, pela forma excessivamente analítica da Carta de 88, temos um longo capítulo tratando detalhadamente de questões que só a lei ordinária deveria normatizar. Essa superposição de normatização leva também à superposição de competência, quando uma questão está regulamentada nos dois níveis. Daí a simultaneidade de recursos, especial e extraordinário, dificultando a delimitação competencial das instâncias derradeiras.

Surge ainda um outro grande problema no que toca à delimitação das competências: cabe ao STJ processar e julgar mandados de segurança contra ato de ministro de Estado, de comandantes militares e do próprio tribunal, além, inclusive, da competência para julgar os recursos ordinários de mandados de segurança denegados pelos tribunais regionais federais ou estaduais. Em tais julgamentos, o STJ não sofre limitação, podendo estender a sua análise ao texto da Carta Política.

Nessas hipóteses não age a Corte como instância especial e sim como primeira instância e instância revisora, respectivamente. E a limitação constitucional, relembre-se, é unicamente em matéria de recurso especial.

Assim sendo, não são poucas as oportunidades em que o STJ examina matéria tributária, por exemplo, em instância primeira (mandado de segurança), ou em instância revisional (recurso ordinário em mandado de segurança), oportunidades em que pode examinar as lides sob o enfoque constitucional.

Não havendo restrição à interposição simultânea dos recursos, especial e extraordinário, o que aliás é até exigido (Súmula 126/STJ), é inevitável que se tenha, no sistema deformante de superposição de vias que servem para o mesmo fim, uniformização, o que termina por gerar divergência, insegurança, despesa e demora na finalização da prestação jurisdicional.

Em termos práticos, não se tem ainda solução, embora aqui e ali já existam construções doutrinárias e jurisprudenciais na tentativa de minorar as maléficas conseqüências da falta de limites competenciais dos tribunais maiores.

O Plenário do STF firmou entendimento de que "a decisão do recurso especial só admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional enfrentada pelo STJ for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária" (Agravo Regimental 145.589-7/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Essa decisão constitui importante precedente na construção de um direito pretoriano que contorne o mal da superposição. Entretanto, o acanhamento do STJ em lidar com as questões que se situam em zona cinzenta leva ao estreitamento da competência dessa Corte que, aos doze anos, já precisa entrar em uma fase de definição, pois tal política não virá do STF. Terá de se construída pelo próprio STJ, demarcando seus caminhos competenciais e liberando o Supremo para as questões em que o direito constitucional surja de forma direta e frontal.

* Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

❖ ❖ ❖

JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

E**ustáquio **N**unes **S**ilveira* *

A Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, em boa hora instituiu os juizados especiais na Justiça Federal, aos quais competirão o processo e julgamento das causas cíveis cujo valor não ultrapasse 60 salários mínimos e os feitos criminais relativos a crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, naturalmente aquelas que se enquadram na competência dos juízes federais (CR, art. 109). De acordo com a citada lei, esses juizados deverão ser instalados nas capitais dos estados e no Distrito Federal por decisão dos tribunais federais, no prazo de seis meses a contar a sua publicação.

Esperam a comunidade jurídica nacional e, em particular, os jurisdicionados que, com a instituição dos juizados especiais federais, as causas acima referidas – entre as quais se insere grande parte das demandas dos segurados da Previdência Social – sejam processadas e decididas em muito menor tempo do que atualmente se faz, principalmente tendo em vista a autorização que os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas terão de conciliar, transigir ou

desistir. Por outro lado, acendeu-se a esperança de que as sentenças judiciais venham a ter maior eficácia quando se tratar de obrigação de pagar quantia certa, o que deverá ser feito independentemente do famigerado precatório.

Outra inovação digna de nota é a que permite que os recursos das decisões dos juizados sejam julgados por turmas recursais constituídas de juízes de primeiro grau, o que evitará a morosidade com que atualmente os tribunais federais dão vazão aos seu impressionante acervo de processos.

No entanto, a lei dos juizados especiais federais não criou cargos de juízes e de servidores, nem previu dotação orçamentária específica, o que obrigará a Justiça Federal a instalar os novos órgãos judiciais com os recursos financeiros e humanos de que dispõe, os quais, de resto, já são insuficientes para as suas necessidades. Tal circunstância poderá levar à idéia simplista de tão-somente estender o procedimento dos juizados às varas comuns da Justiça Federal. Isso, certamente, frustará as expectativas acima assinaladas, já que, conforme alertara Demócrito Reinaldo Filho, somente um juizado com secretaria própria, devidamente equipada, poderá atingir o fim preconizado pelo legislador[1]. No mesmo sentido, já dizia Humberto Teodoro Júnior, a propósito da Lei nº 9.099/95, que a distribuição pura e simples dos encargos do Juizado Especial aos juízes e cartórios da Justiça Comum já existentes será um expediente fácil para a administração local, mas representará um malogro completo para aquilo que realmente constitui o espírito e a meta do grande projeto de democratização do Judiciário[2].

Espera-se, portanto, que idéias criativas venham a surgir no âmbito dos tribunais federais que não permitam fenecer o projeto dos juizados especiais, porque, se isso vier a acontecer, será em desprestígio da Justiça Federal. O ideal é que os juizados especiais sejam autônomos, tenham estrutura própria, a fim de que possam cumprir os seus objetivos de democratizar a Justiça Federal e de bem servir ao cidadão.

---

1 Juizados Especiais Cíveis. Ed. Saraiva, 2ª ed., p. 9.

2 As Inovações do Cód. de Processo Civil, 6ª ed., For., p. 113.

---

* Corregedor-geral da Justiça Federal da 1ª Região.

❖ ❖ ❖

OS DEPENDENTES DO SEGURADO NO RGPS

Flávio Mondaini *

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO. 3. ASPECTOS GERAIS SOBRE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. 3.1. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA E COMPROVADA. 3.2. DEPENDÊNCIA TOTAL OU PARCIAL. 3.3. DEPENDENTE COMUM E ESPECIAL. 4. CLASSES DE DEPENDENTES. 4.1. CLASSE I. 4.1.1. CÔNJUGE. 4.1.2. COMPANHEIRA E COMPANHEIRO. 4.1.3. FILHOS. 4.1.4. EQUIPARADOS A FILHO. 4.2. CLASSE II. 4.3. CLASSE III. 5. PERDA DA QUALIDADE DE DEPENDENTE. 6. INSCRIÇÕES. 7. QUESTÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL.

1. INTRODUÇÃO

São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS os segurados e dependentes. Tais pessoas são os sujeitos ativos na relação jurídica de previdência, destinatários das prestações previdenciárias previstas no sobredito regime.

Neste trabalho, cuidaremos de abordar, sistematicamente, os dependentes, observadas as normas jurídicas encartadas na Lei nº 8.213/91, cuja contextura revela a substância do conceito legal de dependente, bem como proporciona o conhecimento casuístico das diversas classes de dependentes.

Outro aspecto que colocaremos em relevo, neste capítulo, é aquele que diz com a vigência e aplicação das normas jurídicas no tempo, haja vista que, na matéria, a evolução legislativa introduziu modificações significativas no direito positivo, devendo o intérprete e o aplicador do direito se valerem dos princípios e normas de direito intertemporal para bem solucionar os casos concretos.

2. CONCEITO

No sentido vulgar, dependente é pessoa física que vive a expensas do segurado. O critério prevalecente que cria a figura do dependente é a vinculação econômica à pessoa do segurado. Dessa maneira, em existindo a dependência econômica, isto é, se determinada pessoa é

mantida ou auxiliada (total ou parcial) pelo segurado, obviamente, a verificação de certos riscos sociais, tais como a morte e a prisão, ensejará ao dependente a necessidade de proteção, que consiste em reposição da renda perdida.

Dependência econômica, portanto, é estado de sujeição em que se coloca o dependente em relação ao segurado, recebendo mantença ou auxílio para o seu sustento e subsistência.

Sobremais, a dependência econômica de que trata o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, instituído pela Lei nº 8.213/91, não é meramente formal ou nominal, e sim substancialmente material ou real. Isto quer dizer que o que realmente é relevante em matéria de dependência econômica é a real sujeição econômica do dependente em relação ao segurado.

O vínculo da dependência econômica é mais abrangente do que aquele resultante do direito de família, isto em razão da finalidade de proteção social, bem como do princípio da universalidade subjetiva[1].

A proteção social dispensada aos dependentes, como se verá, circunstanciadamente, em capítulo próprio, consiste no pagamento de dois benefícios previdenciários, quais sejam, "pensão por morte"[2] e "auxílio-reclusão"[3]. Nisto reside o interesse teórico e prático do trato do tema.

A propósito, é bem de ver, o direito dos dependentes do segurado ao recebimento dos sobreditos benefícios não decorrem, exclusivamente, da sua qualidade de dependente, isto é, não basta a demonstração da existência da situação de dependente. É preciso, pois, que reste igualmente demonstrada a qualidade de segurado daquele de quem a pessoa dependia economicamente.

De conseqüência, a relação jurídica entre o dependente e a entidade previdenciária tem, como pressuposto, a existência de outra relação jurídica

---

[1] CF, art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento".

[2] Art. 74, *caput*, da Lei nº 8.213/91: "A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer (...)"

[3] Art. 80, *caput*, da Lei nº 8.213/91: "O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão (...)"

de previdência: a travada entre o segurado e a entidade previdenciária. Isto não quer significar que o dependente estabelece relação jurídica com a entidade previdenciária indiretamente, por interposta pessoa: o segurado. Daí a impropriedade da classificação segundo a qual os dependentes são considerados, para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, "beneficiários indiretos". Absolutamente, falso. O vínculo estabelecido entre os dependentes e a entidade previdenciária se dá por direito próprio, desde que satisfeitos os pressupostos da norma jurídica, entre os quais a qualidade de segurado daquele de quem dependa ou dependesse economicamente.

Em suma, juridicamente, dependente é a pessoa física, sob dependência econômica, total ou parcial, presumida ou comprovada, do segurado, qualificada em lei como beneficiária do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

3. ASPECTOS GERAIS SOBRE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

3.1. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA E COMPROVADA

Certos dependentes, em razão dos vínculos mais estreitos – decorrentes da família e do parentesco – têm sua dependência econômica presumida (*juris tantum*) em relação ao segurado, enquanto outros devem comprová-la. Essa é a regra do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91: "A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada". Conseguintemente, é presumida a dependência econômica do cônjuge, da companheira, do companheiro, do filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, devendo ser comprovada em relação aos pais e irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Recurso construído pela técnica jurídica, destinado a dar certeza às relações jurídicas e a facilitar as provas, a presunção, baseada na verossimilhança, generaliza o que geralmente ocorre em certos casos, estendendo as conseqüências jurídicas de um fato conhecido a um desconhecido. Em última análise, a presunção considera verdadeiro o que é provável.

Com efeito, em matéria de dependência econômica, a Lei nº 8.213/91, com vistas à segurança jurídica, bem como a facilitar a prova, generalizou o fato conhecido de que o cônjuge, o companheiro, a companheira, o filho não emancipado menor de 21 (vinte e um) anos

ou inválido, em razão dos já mencionados vínculos estreitos, dependem economicamente do segurado, estendendo seus efeitos a um fato desconhecido, dispensando as referidas pessoas de provarem perante a entidade previdenciária a dependência econômica em relação ao segurado.

Não há dúvida da verossimilhança de que as sobreditas pessoas, de ordinário, dependem ou dependiam economicamente do segurado. Contudo, na espécie, a presunção legal é relativa (*juris tantum*), podendo ceder em razão de provas de circunstâncias do caso concreto, não obstante as respeitáveis opiniões em contrário. Essa conclusão emerge da unidade do sistema, bem assim da finalidade e dos princípios básicos da Previdência Social, como se demonstrará adiante.

A propósito, figure-se a seguinte situação: determinada pessoa, na data do óbito, não exercia atividade laborativa remunerada, não possuía renda, nem bens próprios, não obstante tivesse qualidade de segurado em face do benefício do período de graça[4]. Este mesmo ex-segurado era casado com uma mulher que exercia atividade laborativa, sendo remunerada com um salário mensal equivalente a 60 (sessenta) salários mínimos.

Ora, em situações que tais, é inequívoco o fato de que o ex-segurado não concorria para o sustento do respectivo cônjuge, a uma, porque não auferia nenhuma renda, pois não exercia, quando do óbito, atividade laborativa remunerada, nem tinha bens próprios, como já dito; a duas, porque a remuneração do respectivo cônjuge é mais do que suficiente ao próprio sustento, o que afasta qualquer possibilidade de referida pessoa necessitar de outra, principalmente, de alguém que não percebe renda, nem tem bens próprios. No caso em comentário, na verdade, o que se vê é que o ex-segurado dependia inteiramente do respectivo cônjuge.

Nesse sentido, é o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça: "Impossibilidade da viúva em gozo de aposentadoria por invalidez perceber cumulativamente pensão por morte, pois nesse caso não se verifica a dependência econômica em relação ao cônjuge falecido."[5]

---

[4] Período de graça é o lapso de tempo dentro do qual a pessoa mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições, isto é, durante o período de graça, a pessoa conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, mesmo não exercendo atividade remunerada ou contribuindo (Art. 15, incisos I a VI, § § 1º a 4º, da Lei nº 8.213/91).

[5] STJ, REesp 194300/GO, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, DJU 2.8.1999, p. 00210.

E mais: o legislador da Lei nº 9.032/95, ao acrescentar o inciso VI no art. 124 da Lei nº 8.213/91, para vedar o recebimento conjunto de mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa, evidenciou, meridiamenamente, o propósito de conferir relatividade à presunção legal de dependência econômica que milita em favor dos dependentes da Classe I (o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido).

Anote-se que o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, consoante preceptivo constitucional expresso[6], inclusive ao pretendente à prestação previdenciária. De modo que os dependentes da Classe I (o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido) tem a dependência econômica em relação ao segurado presumida até que o contrário tenha sido provado, em procedimento regular, no qual lhes tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Destarte, desde que a entidade previdenciária, ou terceiro interessado (qualquer dependente da Classe I), observado o devido processo legal, demonstre, inequivocamente, as circunstâncias do fato acima aduzido, infirmada estará a presunção legal de dependência econômica que milita em favor dos dependentes da sobredita classe.

Sob aspecto teleológico, tem-se, ainda, que a Previdência Social tem como finalidade precípua assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e de reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. Aliás, essa cláusula está inscrita no art. 1º da Lei nº 8.213/91[7]. Por meios indispensáveis deve-se entender aqueles necessários e suficientes à mantença, capazes de atender as necessidades vitais básicas do beneficiários.

---

[6] CF, art. 5º (…) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

[7] Art. 1º da Lei nº 8.213/91: "A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente:"

Cabe destacar, ainda, o princípio constitucional da seletividade[8], segundo o qual os benefícios devem ser atribuídos àquelas pessoas que necessitem, de fato, de proteção social.

Para a comprovação de dependência econômica, a lei não exige prova especial, valendo qualquer meio de prova em direito admitido, até mesmo testemunhal, exclusivamente. A esse respeito, é bem de ver, não há vedação, para tal, da prova exclusivamente testemunhal, como sói ocorrer nas hipóteses de comprovação de tempo de serviço, para as quais há norma jurídica expressa, qual seja, a encartada no art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, admitida como perfeitamente válida pelos Tribunais[9]. Quando o fato probando for dependência econômica, ao contrário, não há aplicar a norma em comentário. Deveras, aplica-se a salutar regra de hermenêutica: as exceções devem ser expressamente declaradas. Se, como regra geral, todo meio de prova é em direito admitido, não há impor ao dependente a comprovação da dependência econômica em relação ao segurado, com a apresentação de início de prova material, nos moldes do que se dá com a comprovação de tempo de serviço, por força da regra excepcional.

No que diz com o critério de comprovação estabelecido pelo Regulamento da Previdência Social – RPS (Decreto nº 3.048/99)[10], tais

---

[8] CF, art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;"

[9] **Súmula nº 27 do TRF da 1ª Região**: "Não é admissível prova exclusivamente testemunhal para reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana ou rural (Lei nº 8.213/91, art. 55, § 3º)".

Súmula nº 149 do STJ: "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícula, para efeito de obtenção de benefício previdenciário".

[10] "Art. 22. Considera-se inscrição de dependente, para os efeitos da previdência social, o ato pelo qual o segurado o qualifica perante ela e decorre da apresentação de:

(...)

§ 3º Para a comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos: (redação dada pelo Decreto nº 3.668/2000)

I – certidão de nascimento de filho havido em comum;

II – certidão de casamento religioso;

III – declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

normas regulamentares se dirigem, tão-somente, à autoridade administrativa, na apreciação dos requerimentos que se lhes são formulados/dirigidos, e não ao Poder Judiciário, que não se prende a qualquer critério apriorístico infralegal, e nem sequer à suposta exigência de início de prova material a que alude o indigitado ato regulamentar. Isto porque, em juízo, na discussão da causa, aplica-se o princípio de livre convencimento motivado do juíz[11].

Afigura-se-nos, ainda assim, que o Presidente da República, no particular, extrapolou o poder regulamentar, na medida que esvaziou o alcance das normas jurídicas qualificadoras da dependência econômica. Assim, é possível que, no caso concreto, uma das provas, por si só, seria bastante à demonstração da dependência econômica, sendo, portanto, absurda a exigência de duas outras provas para demonstrar tal fato, já evidenciado pela prova produzida. Figure-se, por exemplo, a situação do pai que tenha a dependência econômica em relação ao filho declarada na declaração de imposto de renda deste. Tal prova, por si só, de acordo com o sobredito regulamento, é insuficiente para comprovar a dependência econômica do pai em relação ao filho.

IV – disposições testamentárias;

V – anotação constante na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feita pelo órgão competente;

VI – declaração especial feita perante tabelião;

VII – prova de mesmo domicílio;

VIII – prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

IX – procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X – conta bancária conjunta;

XI – registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;

XII – anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

XIII – apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XIV – ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;

XV – escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;

XVI – declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou

XVII – quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar."

[11] CPC, Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

3.2. DEPENDÊNCIA TOTAL OU PARCIAL

Para os efeitos da qualificação como dependente, a dependência econômica pode ser total ou parcial.

A dependência econômica é total quando o dependente não tem bens ou rendimentos próprios, não colabora com a subsistência do grupo familiar respectivo, dependendo, pois, inteiramente do segurado. Por outro lado, é parcial quando o dependente concorre para a renda familiar.

Insofismavelmente, sobre serem os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão devidos aos dependentes do segurado, especificamente para proporcionar-lhes os meios indispensáveis de manutenção, pode ocorrer que os ingressos do segurado, não obstante a eventual renda e bens próprios dos dependentes, concorriam, ainda que não exclusivamente, para a mantença do grupo familiar.

Tal conclusão, inclusive, constitui entendimento firmado no extinto Tribunal Federal de Recursos: "A mãe do segurado tem direito a pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva" (Súmula nº 229).

3.3. DEPENDENTE COMUM E ESPECIAL

A Lei nº 8.213/91 confere tratamento jurídico diverso às diferentes classes de dependentes que enumera. Assim é que algumas regras privilegiam certos dependentes em comparação com os demais.

Duas são as regras, inscritas nos §§ 1º e 4º do art. 16, respectivamente: "benefício de ordem"[12] – exclusão de certos dependentes pela existência de outros e "presunção da dependência econômica"[13].

Deveras, ao exame da redação dos sobreditos preceptivos, bem assim dos incisos do art. 16, evidencia-se que os dependentes da Classe I (o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido) são especiais, seja porque excluem do direito às prestações os dependentes das Classes subsequentes (II e III), seja porque em seu favor milita a presunção legal de dependência econômica.

---

[12] "A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes."

[13] "A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada."

Por seu turno, os dependentes da Classe II (os pais) são especiais, porque excluem os da Classe III (o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido), que, como se vê, dentro desse critério de classificação, são os únicos dependentes comuns.

Tem-se, ainda, que, com relação aos dependentes das Classes II e III não há presunção legal de dependência econômica, devendo esta ser comprovada, como já visto no subitem 3.1. Entre os dependentes da mesma classe não há benefício de ordem, e sim concorrência. Isto quer significar que concorrem, em igualdade de condições, aos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão.

4. CLASSES DE DEPENDENTES

A Lei nº 8.213/91 (art. 16, nºs I a III) enumera os beneficiários do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, na condição de dependentes do segurado, distribuindo-os em três classes.

Tais são:

a) o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido (Classe I);

b) os pais (Classe II);

c) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido (Classe III).

Positivamente, o conteúdo das normas jurídicas em comentário é preciso. Em outras palavras, pela descrição legislativa, as respectivas normas jurídicas se apresentam sob diversos aspectos, cuja reunião dão entidade à figura do dependente. Tais aspectos vêm descritos de forma expressa na lei. São eles: o vínculo conjugal, a união estável, o parentesco, a capacidade civil, a invalidez e a dependência econômica.

Não pode o intérprete ou aplicador do direito estudar as características dos dependentes do segurado, senão como configuradas pela Lei nº 8.213/91. Tais características são eminentemente jurídicas. Não há confundir entre o pré-jurídico e o jurídico, sob pena de incorrer em odiosas erronias.

A enumeração legal é taxativa (*numerus clausus*), sendo defesa, portanto, a sua ampliação, para incluir suposto dependente, ainda que se caracterize a dependência econômica em relação ao segurado, como, por exemplo, tal como se dá com a legislação do imposto de renda com o universitário, menor de 24 (vinte e quatro) anos, considerado como dependente para fins de deduções. Este, peremptoriamente, não recebe

da Lei nº 8.213/91 a qualificação jurídica de dependente e, pois, beneficiário do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, no que diz com o direito às prestações previdenciárias.

Ressalte-se, no tópico, que a legislação brasileira (Lei nº 8.213/91) é das mais avançadas, quer em relação às classes de pessoas qualificadas juridicamente como dependentes, quer no que diz com as restrições impostas para a percepção das prestações previdenciárias. Nos E.U.A., por exemplo, somente se considera dependente a viúva com mais de sessenta e cinco anos ou a que tenha a seu cargo filhos menores.

Feitas essas considerações, passemos à análise tópica das classes de dependentes, de acordo com a enumeração do art. 16, incisos I a III, da Lei nº 8.213/91.

4.1. CLASSE I

Na Classe I, figuram as seguintes pessoas: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Os dependentes desta Classe são especiais, porquanto gozam do benefício de ordem, excluindo, portanto, do direito às prestações os das Classes II e III, bem como têm em seu favor a presunção legal de dependência econômica em relação ao segurado.

Porém, entre os dependentes da Classe em comentário não há benefício de ordem, vale dizer, havendo mais de um dependente do segurado, com a morte ou o recolhimento à prisão deste, aqueles concorrem em igualdades de condições às prestações (pensão por morte e auxílio-reclusão).

4.1.1. CÔNJUGE

É pessoa unida a outra pelo matrimônio.

Conquanto o vocábulo seja sempre empregado no masculino, trata-se do homem e da mulher. Com efeito, antes da vigência da Lei nº 8.213/91, somente o marido inválido tinha qualidade de dependente[14]. Nessa linha de princípio, evidencia-se que o legislador da Lei nº 8.213/91 quis prestigiar

[14] Art. 12, inciso I, do Decreto nº 83.080: "a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos e as filhas solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas;"

o cânone constitucional da isonomia entre homem e mulher[15]. A par do princípio isonômico, a inovação legislativa se deu na observância dos princípios constitucionais da universalidade e da seletividade[16], vale dizer, o legislador infraconstitucional cuidou de organizar a Previdência Social, garantindo ampla cobertura aos possíveis dependentes econômicos do segurado e na estrita medida da sua necessidade. Desse modo, não se justifica a exclusão do marido válido da cobertura previdenciária, quando este, comprovadamente, esteja sob a dependência econômica do segurado.

Independentemente do regime de bens entre os cônjuges, o Código Civil estabelece, como dever de ambos os cônjuges, o de mútua assistência pessoal, sexual, espiritual e, inclusive, material.

Conseqüentemente, na constância do casamento, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas de manutenção do casal com os rendimentos de seu trabalho ou de bens particulares ou comuns.

Nesse efeito jurídico do casamento, a Lei nº 8.213/91 inspirou-se para conferir aos cônjuges o ***status*** de beneficiários, na qualidade de dependentes do segurado.

Averbe-se que qualidade de dependente perdura enquanto existente o vínculo matrimonial ou sociedade conjugal, ou, se divorciado ou separado judicialmente ou de fato, desde que receba pensão de alimentos (de fato ou de direito), conforme dispõe o art. 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91[17].

4.1.2. COMPANHEIRA E COMPANHEIRO

É a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou a segurada, considerando-se como união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar. Esse é o conceito legal que decorre do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.213/91, c.c. o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Na vigência do Decreto nº 83.080/79, revogado pela Lei nº 8.213/91, só tinha qualidade de dependente a companheira mantida por mais de 5 (cinco) anos e designada pelo segurado, dispensando-se ambos os

[15] CF, art. 226, § 5º: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

[16] Dispositivos já transcritos nas notas nº 1 e 8.

[17] "O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta lei."

requisitos, desde que tivesse filho em comum com o segurado. Já o companheiro não tinha qualidade de dependente, aplicando-se, aqui, o mesmo imperativo constitucional da isonomia entre homem e mulher, que orientou, mais uma vez, o legislador da Lei nº 8.213/91.

Dos elementos do conceito legal, dois aspectos merecem ser enfrentados. O primeiro diz com o estado civil, quer do segurado ou segurada, quer da pessoa que com ele mantenha união estável; o segundo refere-se à coabitação, como pressuposto da união estável.

A Lei nº 8.213/91, no § 3º do art. 16, consigna: "Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal"[18].

Como se vê, constitui aspecto integrativo da norma jurídica em comentário a cláusula "sem ser casada". Mas, considerado o dispositivo isoladamente, paira a dúvida em saber se, para a pessoa ser considerada companheira ou companheiro, não pode ser casada, nem com o segurado ou segurada, nem com qualquer outra pessoa.

A esse respeito, o Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), no que entendemos andou mal, fez opção pela última hipótese, mais restritiva, quando, de um lado, considera "união estável como sendo aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos" (art. 16, § 6º), e, de outro, diz que "o segurado casado está impossibilitado de realizar a inscrição da companheira" (art. 22, § 5º).

Afigura-se-nos que o Regulamento da Previdência Social – RPS (Decreto nº 3.048/99), relativamente aos dispositivos mencionados, extrapolou os limites do poder regulamentar, inovando na ordem jurídica, o que lhe é defeso[19], estando, por isso mesmo, eivado de inconstitucionalidade.

Isto porque a Lei nº 8.213/91, se interpretada sistematicamente, como deve ser, dissipa qualquer dúvida, oferecendo solução no sentido contrário ao que prevê o Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99).

[18] CF, art. 226, § 3º: "Para efeito da proteção dos Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

[19] CF, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

Assim é que art. 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91[20], deixa clara a possibilidade de o cônjuge separado de fato concorrer ao benefício de pensão por morte, em igualdade de condições, com a companheira ou companheiro. A mesma regra se aplica ao auxílio-reclusão, por força do art. 80, *caput*, da Lei nº 8.213/91[21].

Colacione-se, a propósito, o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual "a lei, que deve ser entendida em termos hábeis e inteligentes, deve igualmente merecer do julgador interpretação sistemática e fundada na lógica do razoável, pena de restringir-se, em alguns casos, o absurdo jurídico."[22] E não é só: Carlos Maximiliano ensina que "não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com os outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio."[23]

Ora, se, de um lado, a separação de fato equivale à manutenção do vínculo matrimonial, e, de outro, o cônjuge separado de fato concorre aos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão, em igualdade de condições com a companheira ou companheiro, decorre da unidade do sistema a possibilidade de união estável com segurado casado.

Rematando o tópico, tem-se que, não obstante a caracterização de união estável entre pessoas com estado civil de casadas implicar na bigamia de fato, certo é que o Direito Previdenciário não se ocupa com o aspecto ético, moral, notadamente em face do princípio da universalidade do atendimento[24]. Pela mesma razão, são devidos os benefícios de incapacidade por acidente do trabalho, por exemplo, ao segurado que, com intenção manifesta de receber vantagem patrimonial (proteção previdenciária), provoca o acidente causador da mutilação de uma das partes do seu corpo. Da mesma forma, é devido o benefício de pensão por morte ao dependente que mata o segurado para se habilitar a tal prestação previdenciária.

---

[20] Dispositivo já transcrito na nota nº 14.

[21] Art. 80, caput, da Lei nº 8.213/91: "O auxilíoío-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão (...)"

[22] STJ, Resp. 13416/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 13.4.1992, p. 05001.

[23] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 128.

[24] Dispositivo já transcrito na nota nº 1.

Quanto ao aspecto da coabitação, como pressuposto da união estável, também sob o signo do princípio da universalidade impõe-se a conclusão de que tal não é indispensável à caracterização do vínculo, ou melhor, da entidade familiar.

Deveras, regulamentando o art. 226 da Constituição Federal de 1988, e, em harmonia com o disposto no art. 16 da Lei nº 8.213/91, a Lei nº 9.278/96[25] não contempla a coabitação entre os deveres dos conviventes na união estável, ao contrário do que estabelece a lei civil no que diz com os cônjuges[26].

Aliás, mesmo no caso de cônjuges que, não obstante o dever de coabitação decorrente da lei civil, o Direito Previdenciário tolera o descumprimento daquele dever, desde que o afastamento seja apenas físico, e não constitua uma verdadeira separação de fato, que, para que seja mantida a qualidade de dependente, reclama a efetiva prestação de alimentos.

No que diz com a comprovação da união estável, remetemos o leitor ao estudo desenvolvido no item 3, subitem 3.1., deste Capítulo, especialmente quanto as disposições regulamentares.

4.1.3. FILHO

Filho é parente do segurado, em linha reta, estando para com este na relação de descendente.

O parentesco resultante da filiação implica no dever do segurado de guarda, educação e, principalmente, sustento dos filhos.

Para o Código Civil, o dever de sustento, que importa no direito à prestação de alimentos, não encontra limite no fator etário, nem na higidez dos filhos. Tal não ocorre no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que, como já visto, leva em conta a menoridade e a invalidez, como condições para a caracterização da dependência econômica, ensejadora da qualidade de dependente.

---

[25] "Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família."

"Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I – respeito e consideração mútuos;

II – assistência moral e material recíproca;

III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns."

[26] CC, art. 231: "São deveres de ambos os cônjuges:

II – vida em comum, no mesmo domicílio conjugal (arts. 233, IV, e 234)".

Sobremais, adotando o critério da menoridade, previsto no Direito Civil, tendo em vista a dependência econômica, a Lei nº 8.213/91 estabeleceu que aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade[27], ficando os filhos habilitados para todos os atos da vida civil, inclusive no que diz com o exercício de atividade bastante ao seu próprio sustento. Tem-se, ainda, que a emancipação[28], igualmente, faz cessar a incapacidade, antecipando, portanto, a maioridade dos filhos.

Vê-se, tendo presente que a menoridade e a invalidez são critérios caracterizadores da dependência econômica, que é considerado dependente o filho emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Desde o Decreto de nº 83.080/79, a espécie de dependente em comentário sofreu algumas modificações, no que diz com os critérios legais para a sua configuração. Na vigência do sobredito Decreto, eram considerados dependentes "os filhos, de qualquer condição, menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos e as filhas solteiras, de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas". Com o advento da Lei nº 8.213/91, desapareceu a diferença de idade entre o homem e a mulher, bem como a exigência de estado civil de solteira da filha. Finalmente, a Lei nº 9.032/95 inovou na ordem jurídica, para excluir a qualidade de dependente do filho emancipado, dando o mesmo tratamento jurídico, portanto, ao emancipado e ao maior de 21 (vinte e um) anos, pois ambos têm em comum o atingimento da maioridade.

A expressão "de qualquer condição", tradicional no Direito Previdenciário, significa que, para o texto da lei, as diversas formas de tratamento, que existem na lei civil, tais como legítimo, ilegítimo, legitimado, natural, adulterino, incestuoso, não altera a condição dessa categoria de

[27] CC, art. Art. 9º, *caput*: "Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil".

[28] CC, art. 9º (...)

§ 1º Cessará, para os menores, a incapacidade:

I – por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 18 (dezoito) anos cumpridos;

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – pela colação de grau científico em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria."

dependente. Aliás, a Constituição Federal de 1988 proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas aos filhos (art. 227, § 6º)[29].

Para efeito dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão, a invalidez deve ter seu início antes da data do óbito ou do efetivo recolhimento à prisão. Assim, por exemplo, se o segurado falece, deixando um filho maior de 21 (vinte e um) anos, que, após a data do óbito do pai, vem a sofrer um acidente que o torna inválido, não terá a qualidade de dependente. Por outro lado, no exemplo, se o pai falece deixando filho não emancipado menor de 21 (vinte e um) anos, que se habilita ao benefício de pensão por morte, pois, neste caso, é dependente, não perderá esta qualidade, se, antes de atingir a maioridade, tornar-se inválido em decorrência de acidente ou de qualquer outra causa.

Ainda em comentário o filho, acrescente-se que, para os fins do Direito Previdenciário, a filiação paterna ou materna pode resultar de investigação, mediante justificação administrativa ou judicial, que, se homolagada, produzirá o mesmo efeito do reconhecimento.

Essa faculdade encontra-se estampada no art. 142, *caput*, do Regulamento da Previdência Social – RPS (Decreto nº 3.048/99), que diz: "A justificação administrativa constitui recurso utilizado para suprir a falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstância de interesse dos beneficiários perante a previdência social".

E não é só: evidencia-se que o art. 108 da Lei nº 8.213/91 permite que seja processada perante a Previdência Social, na forma prevista no regulamento, justificação administrativa, para suprir a falta de documento ou provar ato do interesse de beneficiário, salvo no que se refere a registro público.

Quanto à ressalva do sobredito dispositivo, inconteste que a filiação, embora geralmente se prove pela certidão do termo do nascimento, inscrito no Registro Civil, não tem neste a sua única condição de existência. E assim o é porque, na caso da ação investigatória de paternidade, por exemplo, a sentença, que julgar procedente o pedido, produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento, retroativamente à data do nascimento.

A comprovação de filiação mediante Justificação Administrativa, como posta na lei, atende aos fins sociais a que ela se dirige e às

[29] CF, art. 227, § 6º: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

exigências do bem comum, critérios que devem ser utilizados na sua aplicação, por força do artigo 5º da LICC[30].

Desse modo, o interessado está dispensado, no que diz com a pretensão de prestação previdenciária, de promover, em juízo, ação investigatória de paternidade ou maternidade, cujos procedimentos podem se arrastar por vários anos, em prejuízo manifesto do filho que instaura a ação.

4.1.4. EQUIPARADOS A FILHO

Efetivamente, quis o legislador oferecer tratamento jurídico assemelhado ao dispensado aos filhos do segurado a certas pessoas, equiparando-as àqueles. Estão enumeradas no art. 16, § 3º, da Lei nº 8.213/91[31].

São eles:

a) o enteado;

b) o menor tutelado.

Enteado é o filho do cônjuge do segurado e, portanto, parente deste por afinidade[32]. No caso, o parentesco, em linha reta, decorre do casamento do segurado com um dos pais do enteado. Como corolário da afinidade em linha reta, tem-se que esta não se extingue com a dissolução do casamento que lhe tenha dado causa[33]. Assim, por exemplo, o segurado viúvo continua padrasto do seu enteado órfão.

Tutela é o encargo atribuído a determinada pessoa, o tutor, para que este proteja a pessoa de um menor incapaz, que esteja fora do pátrio poder, e administre os seus bens. Este menor incapaz protegido pela tutela é o tutelado ou pupilo, posto sob tutela pelo falecimento dos pais (morte real ou presumida) ou por estes terem decaído do pátrio poder.

A finalidade da norma jurídica, como não poderia deixar de ser, foi a de conferir proteção social à determinadas pessoas que recebessem do segurado o mesmo tratamento dispensado aos seus filhos, inclusive no que diz com a guarda, educação e sustento, circunstâncias que denotam, em princípio, haver vínculo de dependência econômica.

---

[30] "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

[31] "O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento".

[32] CC, art. 334: "Cada cônjuge e aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade".

[33] CC, art. 335: "A afinidade, na linha reta, não se extingue com a dissolução do casamento".

Com efeito, a Lei nº 8.213/91, sem inovar em relação ao Decreto nº 83.080/79, conferia ao enteado e ao menor tutelado a presunção legal de dependência econômica em relação ao segurado, regra alterada pela Lei nº 9.528/97, que passou exigir a comprovação de dependência econômica. Esta mesma Lei, de outro turno, retirou do rol dos dependentes a figura do menor que, por determinação judicial, esteja sob a guarda do segurado.

Todavia, o legislador, após sucessivas edições legislativas, cercou-se da prudência necessária, quando, mesmo mantendo o enteado e o tutelado, por equiparação a filhos, na Classe I, restringiu-lhes a condição de dependentes especiais, na medida estabeleceu que devem comprovar a dependência econômica em relação ao segurado. Observou-se, mais uma vez, o princípio constitucional da seletividade[34], pois pode ocorrer, no caso concreto, que o enteado ou menor tutelado tenham bens suficientes para prover o próprio sustento, deixados pelos seus pais.

Tem-se, ainda, como pressuposto da equiparação de tais pessoas a filho do segurado, que este deve manifestar sua vontade, inequivocamente, no sentido de designá-las como dependentes. Como a lei não exige forma especial, a declaração do segurado poder ser expressa ou tácita, escrita ou verbal[35].

Por derradeiro, os dependentes desta classe são privilegiados em parte, pois gozam de benefício de ordem, o mesmo não ocorrendo com relação à presunção de dependência econômica. Possuem um privilégio mitigado, portanto.

4.2. CLASSE II

Dependentes especiais em razão do benefício de ordem de que gozam em relação ao irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, dependente da Classe III, os pais comparecem no texto da Lei nº 8.213/91, na Classe II.

Não raro, ocorre dos filhos residirem com os próprios pais e juntamente com estes concorrerem para a manutenção da família. Isto se dá em face das condições sócio-econômicas de ordem conjuntural e/ou estrutural por que vem passando o País desde os idos do seu descobrimento.

---

[34] Dispositivo já transcrito na nota nº 8.

[35] CC, art. 129. A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82).

Nesse contexto, retirada do orçamento familiar a renda do(s) filho(s), evidencia-se uma queda substancial no nível de manutenção das necessidades vitais básicas da família, e, conseguintemente, os pais, o que demonstra o grau de dependência econômica destes em relação àqueles.

Assim como o marido, na vigência do Decreto nº 83.080/79, somente o pai inválido gozava da qualidade de dependente do segurado. Pela mesma razão, ou seja, por força dos princípios isonômico e da seletividade, a Lei nº 8.213/91 equiparou o pai e a mãe do segurado, independentemente da invalidez.

4.3. CLASSE III

Trata-se do irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido. É a regra do art. 16, inciso III, da Lei nº 8.213/91[36].

Sobre os pressupostos encartados no preceptivo legal em comentário, inclusive na matéria que diz com a evolução legislativa no tempo, remetemos o leitor aos comentários feitos em relação ao filho, cujos pressupostos, ressalvado tipo de parentesco, são os mesmos, tanto no que diz com a menoridade e invalidez como com a cláusula "de qualquer condição".

5. PERDA DA QUALIDADE DE DEPENDENTE

A Lei nº 8.213/91 não se ocupou da enumeração das situações em que se dá a perda da qualidade de dependente.

Aliás, qualquer enumeração legal das situações de perda da qualidade de dependente seria desnecessária, ou, quando menos, meramente didática, porquanto se o legislador positivou os pressupostos para que a pessoa seja classificada como dependente, por óbvio que, deixando de satisfazer tais pressupostos, o dependente sofrerá o cancelamento de sua inscrição.

Não obstante, Regulamento da Previdência Social – RPS (Decreto nº 3.048/99)[37], enumerou, uma a uma, as hipóteses em que se dá a perda

[36] "o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

[37] "Art. 17. A perda da qualidade de dependente ocorre:

I – para o cônjuge, pela separação judicial ou divórcio, enquanto não lhe for assegurada a prestação de alimentos, pela anulação do casamento, pelo óbito ou por sentença judicial transitada em julgado;

II – para a companheira ou companheiro, pela cessação da união estável com o segurado ou segurada, enquanto não lhe for garantida a prestação de alimentos;

da qualidade de dependente, que correspondem às situações ocorridas no mundo fenomênico, evidenciadoras da situação de fato configuradora da qualidade de dependente.

6. INSCRIÇÕES

Inscrição de dependente, para os fins do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, é o ato pelo qual o segurado o qualifica perante a Previdência Social, com a apresentação da documentação necessária a comprovação dos dados pessoais e de outros indispensáveis e úteis à sua caracterização (vínculo com o segurado e dependência econômica, conforme o caso). Seu efeito é meramente declaratório da relação jurídica pre-existente, pois o fato de o dependente não ter sido inscrito em vida não exclui o direito à percepção da pensão por morte do segurado.

A inscrição em si não gera direito adquirido, mas, tão-somente, mera expectativa de direito, com relação aos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão. De modo que, mesmo que determinada pessoa esteja inscrita como dependente do segurado, se lei posterior à inscrição e anterior ao óbito ou efetivo recolhimento à prisão deste retirar a qualidade de dependente atribuída a tal pessoa, não haverá direito adquirido aos sobreditos benefícios, e sim mera expectativa de direito.

A forma da inscrição é disciplinada no Regulamento da Previdência Social – RPS (Decreto nº 3.048/99))[38]

Em princípio, incumbe ao segurado a inscrição de seus dependentes, que poderão promovê-la se ele falecer sem tê-la efetivado (***post mortem***)[39], vale dizer, ocorrendo a morte do segurado, sem que tenha sido feita a inscrição do dependente, cabe a este promovê-la, observados os critérios do Regulamento da Previdência Social – RPS (Decreto nº 3.048/99).

III – para o filho e o irmão, de qualquer condição, ao completarem vinte e um anos de idade, salvo inválidos, ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso superior; e (redação dada pelo Decreto nº 3.265/99)

IV – para os dependentes em geral:

a) pela cessação da invalidez; ou

b) pelo falecimento."

[38] Arts. 22 a 24.

[39] Art. 17, § 1º, da Lei nº 8.213/91: "Incumbe ao segurado a inscrição de seus dependentes, que poderão promovê-la se ele falecer sem tê-la efetivado."

7. QUESTÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL (LEI PREVIDENCIÁRIA NO TEMPO)

Nos tópicos anteriores, examinamos, fundamentalmente, os aspetos gerais em torno do tema “dependentes”, bem como sua classificação, inscrição etc.

Para tanto, necessário foi esmiuçarmos a contextura das normas jurídicas que, ao longo do tempo, versaram sobre a matéria objeto do presente Capítulo, notadamente aquelas que diziam com a qualificação dos dependentes.

É ainda dentro desta perspectiva que se coloca a aplicação da lei previdenciária no tempo. Tal, pois, é a relevância da matéria, as dimensões e conseqüências que revela, que optamos por tratar dela em tópico à parte.

Diversas são as situações que podem ser assinaladas. Tais são:

a) o óbito ou o recolhimento à prisão de um segurado ocorridos na vigência de uma lei e o requerimento do respectivo benefício (pensão por morte ou auxílio-reclusão) se dá sob a de outra, que já não contempla mais o requerente, como dependente do segurado falecido ou recolhido à prisão, o requerente;

b) o óbito ou o recolhimento à prisão ocorridos na vigência de uma lei, que não contempla determinada pessoa como dependente do segurado, e o requerimento do benefício (pensão por morte ou auxílio-reclusão) se dê sob égide de outra, que qualifica tal pessoa como dependente do segurado falecido ou recolhido à prisão;

c) a lei nova derroga a anterior, não para incluir ou excluir a qualidade de dependente a determinada pessoa, mas, sim, para alterar critérios de qualificação, como é o caso da companheira, que, no passado, era considerada como tal somente se fosse designada e mantivesse com o segurado vida em comum por, no mínimo 5 (cinco) anos, critério abolido pela legislação posterior.

Como resolver o conflito? Qual a lei a ser aplicada: a do tempo do óbito ou recolhimento à prisão do segurado ou a vigente na data do requerimento do benefício? Surge, assim, um conflito de leis no tempo e, conseqüentemente, a necessidade de solucioná-lo.

Evidentemente, em matéria de legislação que verse sobre Previdência Social brasileira, segue-se o princípio ***tempus regit actum***, aforismo que constitui garantia individual, como cediço nos manuais, do qual derivam dois efeitos: a) a lei posterior não pode retroagir, em face do princípio da irretroatividade; b) a lei anterior não tem vigência após a sua revogação.

Esses dois efeitos, na verdade, dizem com a impossibilidade de retroatividade e ultra-atividade da lei.

Com efeito, de acordo com o princípio ***tempus regit actum***, a lei previdenciária rege, em geral, os fatos ocorridos durante a sua vigência. Não pode, em tese, alcançar fatos ocorridos em período anterior ao início de sua vigência, nem ser aplicada àqueles ocorridos após a sua revogação. Tais fatos, em se tratando de beneficiários da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, são: a) o óbito e o efetivo recolhimento à prisão[40].

Nessa linha de princípio, mesmo que a lei nova venha criar ou suprimir uma classe de dependentes, como, de fato, ocorreu em relação à pessoa designada[41], deve ela ser aplicada somente em relação aos óbitos e recolhimentos à prisão ocorridos a partir da sua vigência.

A lei previdenciária, mais do que qualquer outra, é criada para reger fatos futuros. O passado escapa ao seu âmbito de incidência. Sua vigência estende-se desde o momento em que passa a incidir, isto é, a partir do instante que passe a colher os fatos ocorridos no mundo fenomênico, qualificando-os, juridicizando-os, até o início da vigência de outra lei que a revogue. Sua vigência, em regra, restringi-se exclusivamente aos fatos verificados durante o período de sua existência. É o sistema ideal, que, em matéria de Previdência Social, melhor resguarda o princípio insculpido no art. 195, § 5º, da Constituição Federal de 1988 (*"Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total"*), já estudado alhures.

Reforça o sobredito princípio constitucional a regra constitucional do art. 201, *caput*, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, segundo a qual a Previdência Social brasileira deverá ser organizada com lastro em critério que preserve, fundamentalmente, o equilíbrio financeiro e atuarial do regime geral instituído.

---

[40] Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE DESIGNADO. LEGISLAÇÃO VIGENTE. LEI Nº 8.213/91. 1. A concessão do benefício previdenciário deve observar os requisitos previstos na legislação vigente à época da circunstância fática autorizadora do seu pagamento, qual seja, a morte do segurado.2. Recurso conhecido" (STJ, Resp 272551/SP, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 5.2.2001, p. 00146).

[41] A pessoa designada figurava como beneficiária do RGPS, na condição de dependente do segurado, consoante a redação do art. 16, inciso IV, da Lei nº 8.213/91, que foi derrogado, expressamente, pelo art. 8º da Lei nº 9.032/95. A redação do preceptivo derrogado era a seguinte: "IV – a pessoa designada, menor de 21 (anos) ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida."

Destarte, desde que a lei previdenciária entra em vigor, até que cesse sua vigência, colhe todos os fatos (óbitos e recolhimentos à prisão) abrangidos pela sua destinação (hipótese de incidência). Entre esses dois limites temporais, entrada em vigor e cessação de sua vigência, pela revogação, situa-se a sua eficácia. Assim, não alcança os fatos ocorridos antes e depois dos sobreditos limites: não retroage nem tem ultra-atividade. Por isso mesmo, tem-se que a pessoa designada, por exemplo, qualificada como tal pela Lei nº 8.213/91, terá mantida essa situação até o início da vigência da Lei nº 9.032/95, que derrogou o inciso IV do art. 16 daquele Diploma Legal[42] (que a revogou nesta parte), só fazendo jus, portanto, ao benefício de pensão por morte ou auxílio-reclusão, desde que o óbito ou o efetivo recolhimento à prisão do segurado ocorram na vigência do preceptivo revogado; de outra parte, ainda a título de exemplo, o filho menor entre 18 e 21 anos, na vigência do Decreto nº 83.080/79 (revogado pela Lei nº 8.213/91), período dentro do qual tenha ocorrido o óbito ou a reclusão do segurado, não faz jus ao benefício de pensão por morte, nem mesmo em relação a parcelas em atraso, por ter a lei nova elevado o limite de idade para 21 anos[43].

Outra questão que desafia a aplicação das regras de direito intertemporal é a que diz com a derrogação do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que equiparava o menor sob guarda, por determinação judicial, a filho do segurado, mediante declaração deste, e, portanto, qualificava-o como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, na qualidade de dependente do segurado, inclusive com presunção de dependência econômica. A sobredita derrogação se deu por força da Lei nº 9.528/97[44].

---

[42] Redação anterior à Lei nº 9.032/95: "a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida."

[43] De acordo com o Decreto nº 83.080/79, considerava-se dependente o filho menor de 18 (dezoito) anos de idade, se do sexo masculino. Vale dizer, não havia qualidade de dependente, para o filho do sexo masculino, a partir dos 18 (dezoito) anos de idade.

[44] Redação anterior à Lei nº 9.528/97: "Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja soba a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação."

Redação atual: "O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento."

A Lei nº 9.528/97 resultou da conversão da Medida Provisória nº 1.596-14/97, que, por sua vez, republicou o dispositivo em questão já previsto na Medida Provisória nº 1.523/96 e reedições (treze). De acordo com a jurisprudência do STF, as sucessivas reedições de medidas

Ocorre, todavia, que a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), sobre a matéria, continha disposição expressa (art. 33, § 3º)[45], que assegurava à criança ou adolescente sob guarda a condição de dependente do guardião, para todos os efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Sob outra angulação, no plano constitucional, no Título VIII da Constituição Federal de 1988, que trata da "Ordem Social", tem-se, de um lado, o imperativo da organização da Previdência Social sob a forma de regime geral, cuja lei deve se desincumbir, entre outros aspectos, de relacionar os beneficiários, qualificados como dependentes do segurado; e, de outro, a garantia de direitos previdenciários da criança e do adolescente, entre eles o menor sob guarda.

Vê-se, assim, que as duas espécies normativas em comentário (Leis nºs 8.213/91 e 8.069/90) cumprem, cada a qual, os desígnios constitucionais impostos pelo legislador constituinte[46]. E mais: tais espécies normativas têm campos materiais delimitados e próprios, vale dizer, versam matéria expressamente designada pelo legislador constituinte, qual seja, no particular e para ambas, a Previdência Social, sendo a Lei nº 8.213/91 geral e a

---

provisórias, desde que feitas no prazo de vigência da anterior, convalidam os efeitos das anteriores, como sói ocorrer com as reedições da Medida Provisória nº 1.523/96, bem como com a republicação do texto na Medida Provisória nº 1.596-14/97. Logo, a inovação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 passou a regular os casos concretos a partir da edição original da 1.523/96.

[45] ECA, art. 33. (...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

[46] CF, art. 201. **A previdência social será organizada sob a forma de regime geral**, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I – **cobertura dos eventos** de doença, invalidez, **morte** e idade avançada;

ADCT, art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do **plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte**.

Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

ADCT, art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos **planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional**, que terá seis meses para apreciá-los.

Lei nº 8.069/90 especial. A Lei nº 8.213/91 versa sobre a enumeração dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS de modo geral; a Lei nº 8.069/90 cuida, tão-somente, para os mesmos fins previdenciários, das figuras da criança e do adolescente, como um dos beneficiários do aludido regime.

Por outras palavras, ambas as espécies normativas citadas têm em comum um ponto de contato: a qualificação de dependentes, para fins previdenciários, sendo que a Lei nº 8.213/91 têm âmbito material mais amplo em relação à Lei nº 8.069/90, que, de seu turno, deve cuidar, exclusivamente, das crianças e dos adolescentes.

Conseguintemente, há, na espécie, conflito de leis no tempo, pois o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, erigiu à condição de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, na qualidade de dependentes do segurado, matéria expressamente tratada no artigo 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90, sendo certo que a Lei nº 9.528/97, dando novo tratamento à matéria, na parte que diz com o menor sob guarda, excluiu este do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, enquanto beneficiário, na qualidade de dependente do segurado. Assim é que, aprioristicamente, poder-se-ia invocar a regra de direito intertemporal, de acordo com a qual a lei posterior revoga a anterior que com ela seja incompatível.

Mais uma vez, a questão é de direito intertemporal e neste campo do conhecimento jurídico deve ser solucionada.

Certo é que não há supremacia entre a Lei nº 8.213/91 e a Lei nº 8.069/90. Tanto é assim que ambas, buscando fundamento de validade na Constituição Federal de 1988 (arts. 201 e 227, respectiva e principalmente), tratam, ou melhor, reforçam o mesmo direito, de natureza previdenciária, qual seja, o da criança e do adolescente sob guarda, por opção legislativa, poderem ser qualificados como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, na condição de dependentes do segurado. Como leis

---

Parágrafo único. **Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos** serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.

CF, art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente**, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 3º **O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos**:

II – **garantia de direitos previdenciários** e trabalhistas;

ordinárias que são, as sobreditas espécies normativas poderiam, como de fato foram, ser revogadas (ab-rogadas ou derrogadas), uma pela outra, ou ambas por uma terceira lei ordinária, tácita ou expressamente, desde que, evidentemente, não restasse esvaziado, no que diz com a segunda, o cânone constitucional da proteção especial da criança e do adolescente. E isto, na espécie, não ocorreu, porquanto outros direitos previdenciários, em cumprimento ao comando constitucional, são assegurados à criança e ao adolescente, tais como qualidade de dependente, na condição de filho, enteado e menor sob tutela, bem como qualidade de segurados, desde que tenham idade superior a 14 (catorze) anos de idade, conforme o caso.

Peremptoriamente, o art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90, antes mesmo da edição da Lei nº 9.528/97, já estava revogado pela Lei nº 8.213/91, que regulou, inteiramente, a matéria que diz com a qualificação da criança e do adolescente, como beneficiários do Regime Geral de Previdência – RGPS, na condição de dependentes do segurado. É a aplicação da regra do art. 1º, § 1º, da LICC[47]: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

Pretender aplicar o art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90, após a derrogação da Lei nº 8.213/91 pela Lei nº 9.528/97, é o mesmo que valer-se de repristinação tácita, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, para que uma lei revogada se restaure pelo simples fato de ter a lei revogadora perdido a vigência (LICC, art. 1º, § 3º).

Mas, ainda que se admitisse ter subsistido a vigência da Lei nº 8.069/90 após a edição da Lei nº 8.213/91, ter-se-ia a derrogação daquela pela Lei nº 9.528/97. Com efeito, a Lei nº 9.528/97, apesar de geral, derrogou tanto a Lei nº 8.213/91 como a Lei nº 8.069/90, embora esta possa ser considerada lei especial. O caráter especial da última espécie normativa citada não exclui, sob a angulação do direito intertemporal, a possibilidade de vir a ser revogada (ab-rogada ou derrogada) por lei geral posterior, como sói ocorrer na espécie. Sobre tal possibilidade é meridiana a lição de Carlos Maximiliano[48], com espenque na melhor doutrina, nacional e estrangeira.

[47] Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil)

[48] MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.* p. 359-360.

445 – III. Extinta uma disposição, ou um instituto jurídico, cessam todas as determinações que aparecem como simples conseqüências, explicações, limitações, ou se destinam a lhe facilitar a execução ou funcionamento, a fortalecer ou abrandar os seus efeitos. O preceito principal arrasta em sua queda o seu dependente acessório (1).

Sobremais, a regra do ar. 227, § 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 estabelece, a rigor, o limite, aquém do qual não pode ir o legislador ordinário, ao se desincumbir da tarefa de organizar a previdência social. Não pode esvaziar por completo o comando constitucional, mas pode e deve organizar a previdência social com base em critérios atuariais e, principalmente, sob o signo dos princípios constitucionais da distributividade e da seletividade[49].

Feitas essas considerações, apresenta-se o quadro a seguir, no qual se vê a evolução legislativa, em matéria previdenciária, especialmente no que diz com as pessoas qualificadas como dependentes do segurado perante a Previdência Social:

Entretanto, do simples fato de serem abolidos o princípio diretor da norma antiga e todos os seus corolários, não se infere que ficam extintas também as *exceções*; porque se baseiam em razões diversas daquelas sobre que se fundava o princípio referido (2). É indispensável que a disposição especial seja explícita ou implicitamente abrangida pela lei posterior; porque a regra divergente já existia, isto é, já havia a incompatibilidade com a disposição geral; por esse motivo é necessário ficar bem claro que se haja pretendido eliminar também o preceito particular, com o contrariar de frente ou regular o assunto inteiro abrangido por ele (3).

Parece delicado o caso: exige critério jurídico o exame atento das menores circunstâncias. Quando a lei geral estabelece novos princípios absolutamente incompatíveis com aqueles sobre que se baseava a especial anterior, fica a última extinta (4); do objeto, espírito e fim da norma geral é bem possível inferir que se teve em mira eliminar até as exceções antes admitidas (5).

(1) Planiol, vol. I, nº 228; Enneccerus, vol. I, § 41, nº 2.

Prescrevia o Projeto de Código Civil, de Felício dos Santos, no *Título Preliminar*: "Art. 6º – Quando uma lei é revogada em suas principais disposições, abrange essa revogação as disposições secundárias que emanam daquelas."

(2) Gianturco – *Sistema di Diritto Civile Italiano*, 3º ed., vol. I, p. 125.

(3) Clóvis Beviláqua – *Código Civil Comentado*, vol. I, 1916, p. 100.

Estabelecia o projeto de Código de Coelho Rodrigues, em sua *Lei Preliminar*, art. 10, alínea: "Todavia a disposição excepcional posterior não revoga a geral anterior; nem a geral posterior revoga a excepcional anterior, se não se refere a esta explicita ou implicitamente, para alterá-la, ou regular de novo toda a respectiva matéria.

(4) Alves Moreira, vol. I, p. 21.

(5) Pasquale Fiore – Delle Disposizioni Generali sulla Publicazione, Applicazione ed Interpretazione delle Leggi, 1890, vol. II, nº 1.013.

[49] Dispositivo já transcrito na nota nº 8.

QUADRO DEMONSTRATIVO DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

	DECRETO Nº 83.080/79 (Art.12)	**LEI Nº 8.069/90 (Art. 33, § 3º)**	**LEI Nº 8.213/91 (Art. 16)**	**LEI Nº 9.032/95**	**LEI Nº 9.528/97 (MP Nº 1.523/96 e reedições e MP Nº 1.596/97) (Art. 2º)**
Cônjuge	"a esposa, o marido inválido" (inc. I)	Não trata da matéria	"o cônjuge" (inc. I)	Mantém a redação	Mantém a redação
Companheira	"a companheira mantida a mais de 5 (cinco) anos" (inc. I)	Não trata da matéria	"a companheira" (inc. I)	Mantém a redação	Mantém a redação
Companheiro	Não era considerado dependente	Não trata da matéria	"o companheiro" (inc. I)	Mantém a redação	Mantém a redação
Filho	"os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos e as filhas solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas" (inc. I)	Não trata da matéria	"o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido" (inc. I)	"o filho **não emancipado**, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido" (art. 3º)	Mantém a redação
Pessoa Designada	"a pessoa designada que, se do sexo masculino, só pode ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida" (inc. II)	Não trata da matéria	"a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida" (inc. IV)	Revogação do inciso IV do art. 16 da Lei nº 8.213/91 – extinção de tal espécie de dependente (art. 8º)	Mantém a redação

Pais	"o pai inválido e a mãe" (inc. III)	Não trata da matéria	"os pais" (inc. II)	Mantém a redação	Mantém a redação
Irmão	"os irmãos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos e as irmãs solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas" (inc. IV)	Não trata da matéria	"o irmão, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido" (inc. III)	"o irmão **não emancipado**, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido" (art. 3º)	Mantém a redação
Enteado	"o enteado" (parágrafo único, *a*)	Não trata da matéria	"o enteado" (§ 2º)	Mantém a redação	"O enteado (...) desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no regulamento"
Menor sob Guarda	"o menor que, por determinação judicial, se acha sob a guarda do segurado" (parágrafo único, *b*)	"A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários"	"o menor que, por determinação judicial, esteja sob sua guarda" (§ 2º)	Mantém a redação	Derrogação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 – extinção de tal espécie de dependente
Menor Tutelado	"o menor que se acha sob a tutela do segurado e não possui bens suficientes para o próprio sustento e educação" (parágrafo único, *c*)	Não trata da matéria	"o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação" (§ 2º)	Mantém a redação	"o menor tutelado (...) desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no regulamento"

Eis aí a serem consultadas e aplicadas, caso a caso, as espécies normativas qualificadoras dos dependentes do segurado, para fins previdenciários.

8. CONCLUSÃO

Juridicamente, dependente é a pessoa física, sob dependência econômica, total ou parcial, presumida ou comprovada, do segurado, qualificada em lei como beneficiária do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

É presumida a dependência econômica do cônjuge, da companheira, do companheiro, do filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, devendo ser comprovada em relação aos pais e irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Na espécie, a presunção legal é relativa (*juris tantum*), podendo ceder em razão de provas de circunstâncias do caso concreto. Para a comprovação de dependência econômica, a lei não exige prova especial, valendo qualquer meio de prova em direito admitido, até mesmo testemunhal, exclusivamente.

Para os efeitos da qualificação como dependente, a dependência econômica pode ser total ou parcial.

A Lei nº 8.213/91 confere tratamento jurídico diverso às diferentes classes de dependentes que enumera. Assim é que algumas regras privilegiam certos dependentes em comparação com os demais. São elas: "benefício de ordem" – exclusão de certos dependentes pela existência de outros – e "presunção da dependência econômica".

Os dependentes da Classe I (o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido) são especiais, seja porque excluem do direito às prestações os dependentes das Classes subsequentes (II e III), seja porque em seu favor milita a presunção legal de dependência econômica. Os dependentes da Classe II (os pais) são especiais, porque excluem os da Classe III (o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido).

Três são as classes de dependentes: a) o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido (Classe I); b) os pais (Classe II); c) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido (Classe III).

A Lei nº 8.213/91 não se ocupou da enumeração das situações em que se dá a perda da qualidade de dependente. Não obstante, deixando de satisfazer tais pressupostos, o dependente sofrerá o cancelamento de sua inscrição.

Inscrição de dependente, para os fins do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, é o ato pelo qual o segurado o qualifica perante a Previdência Social, com a apresentação da documentação necessária a comprovação dos dados pessoais e de outros indispensáveis e úteis à sua caracterização (vínculo com o segurado e dependência econômica, conforme o caso). Seu efeito é meramente declaratório da relação jurídica pre-existente, pois o fato de o dependente não ter sido inscrito em vida não exclui o direito à percepção da pensão por morte do segurado. A forma da inscrição é disciplinada no Regulamento da Previdência Social – RPS (Decreto nº 3.048/99). Em princípio, incumbe ao segurado a inscrição de seus dependentes, que poderão promovê-la se ele falecer sem tê-la efetivado (*post mortem*).

Em matéria de legislação que verse sobre Previdência Social brasileira, segue-se o princípio ***tempus regit actum***, aforismo que constitui garantia individual, como cediço nos manuais, do qual derivam dois efeitos: a) a lei posterior não pode retroagir, em face do princípio da irretroatividade; b) a lei anterior não tem vigência após a sua revogação. Esses dois efeitos, na verdade, dizem com a impossibilidade de retroatividade e ultra-atividade da lei.

De acordo com o princípio ***tempus regit actum***, a lei previdenciária rege, em geral, os fatos ocorridos durante a sua vigência. Não pode, em tese, alcançar fatos ocorridos em período anterior ao início de sua vigência, nem ser aplicada àqueles ocorridos após a sua revogação. Tais fatos, em se tratando de beneficiários da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, são: a) o óbito e o efetivo recolhimento à prisão.

* Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, professor do Curso Preparatório “Projuris” e Procurador Federal.

❖ ❖ ❖

A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A PROTEÇÃO CONTRA A FRAUDE E A SONEGAÇÃO – A EMPRESARIALIDADE DELITUOSA

***M**eire **L**ucia **G**omes **M**onteiro **

A administração previdenciária ao proteger as receitas previdenciárias contra a sonegação tem enfrentado de forma cada vez mais freqüente e complexa o fenômeno da empresarialidade delituosa, do crime organizado e da corrupção.

Neste campo, há muita confusão na designação das formas de evasão tributária, da qual a sonegação é espécie e, aqui entendida como sinônimo de evasão ilegal. Por outro lado, temos a evasão legal, a famosa e conhecida elisão tributária ou como também gostam de denominá-la: planejamento tributário, planejamento fiscal. A elisão tributária ora resulta das próprias brechas existentes na lei-economia fiscal, poupança fiscal. Ora, a própria lei autoriza benefícios fiscais, deduções, abatimentos, isenções, imunidades, etc.. Não pretendemos, neste momento, nos aprofundar nas relevantes questões e aspectos técnicos e/ou jurídicos da evasão tributária, e sim, a realidade que se impõe à administração previdenciária de proteger as receitas previdenciárias contra a sonegação.

Neste contexto, as afirmativas e estatísticas são alarmantes. Procuradores, fiscais, autoridades previdenciárias denunciam: “a evasão, na previdência social, situa-se no expressivo percentual de 30% a 40% do seu potencial de receitas”.

Conforme dados da “Revista de Seguridade Social” da ANFIP – Associação Nacional dos Fiscais de Contribuições Sociais – em 1998, estima-se que a sonegação na área rural foi de R$ 577,17 milhões. Na área urbana de autônomos e empregadores é de R$ 4,725 bilhões. Na área urbana de empregados de empresas, é de R$ 5,825 bilhões, o empregado doméstico é de R$ 1,136 bilhões, temos aí somados a assustadora quantidade R$ 12,263 bilhões – DAF/INSS. Ali, afirma a ANFIP, existem dois tipos de sonegação: a primeira é derivada da evasão de vínculos ao emprego formal; a segunda provém das empresas que recolhem normalmente os valores do FGTS e contribuições previdenciárias, porém furtam-se dos recolhimentos que só podem ser identificados por meio de severo controle e confronto de dados.

Poderíamos passar horas e horas a relatar casos escabrosos de evasão de receitas previdenciárias, muitos conhecidos e escandalosamente divulgados pela mídia nacional. A procuradoria da previdência tem cerca

de 100 bilhões de reais em cobrança. Segundo o Secretário Executivo do MPAS, Dr. José Cechin, apenas 6% das empresas devedoras respondem por 80% do montante devido, portanto, as grandes empresas são as grandes devedoras da previdência.

Com o levantamento desse quadro a procuradoria do INSS passou a ter uma nova forma de atuação: hoje, a partir da constituição de uma gerência de grandes devedores, com o objetivo de recuperar créditos previdenciários, procuradores e fiscais, em atuação conjunta, promovem o monitoramento das grandes empresas devedoras.

Assim, com o respaldo do Ministério Público, do Judiciário que multiplicou a existência das varas especializadas em execução, processos de execução instaurados virtualmente, já é comum, nessas varas, processos com tarjas lembrando aos agentes judiciários que se trata de processos de grandes devedoras e, por isso, merecem tramitação prioritária.

Com a evolução deste quadro, teremos cada vez menos empresas apostando na improvável visita da fiscalização, na morosidade do judiciário, etc. etc..

Apesar do esforço, no entanto a chamada empresarialidade delituosa exige o aparelhamento adequado e a inserção de mecanismos eficientes de proteção contra fraudes nas organizações modernas, especialmente as públicas. Denise Frossard ao tratar da questão o crime organizado e sua vertente dos crimes dourados (segundo ela, terminologia substitutiva aos crimes do colarinho branco, em razão de atingir o universo feminino), adverte:

> "Mais do que nunca os interesses econômicos são o móvel das manifestações criminais modernas e as operações e agentes habituais do mercado financeiro e mercantil nacional e internacional são necessariamente utilizados para o cometimento de delitos. E isto porque como as incomensuráveis fortunas resultantes das atividades ilícitas não podem integrar o mundo legal sem que algo se faça para legitimá-las, surge, então, uma atraente atividade econômica financeira ilegal na versão de onde originou a nossa recente Lei nº 9613/98 – lei da lavagem de dinheiro. A tendência das organizações criminosas modernas indica ser elas constituídas exclusivamente para a prática de fraudes, onde o traço da violência não é essencial, chegando mesmo a ser afastada porque incompatível com o perfil dos agentes que se organizam para a prática destes delitos".

Em resumo temos os seguintes contornos: finalidade econômica; caráter rotineiro das transações ilícitas; planejamento do tipo empresarial;

gerência de expressivo volume de recursos; relacionamento próximo dos poderes econômico e político; uso das práticas de corrupção para atingir a sua finalidade econômica; caráter transnacional.

Alberto Silva Franco esclarece bem estas características: "o crime organizado possui caráter transnacional na medida que não respeita as fronteiras de cada país...; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas do sistema penal; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios operacionais de moderna tecnologia; apresenta intrincado esquema de conexões com outros grupos delinqüênciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade, urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar o poder do próprio estado".

Os chamados crimes do colarinho branco ou delitos dourados são tradicionalmente apontados como "aqueles delitos praticados mediante artifício, ardil, burla ou outro meio fraudulento. Estas fraudes vão desde os financiamentos de campanhas políticas, com vistas à captura do poder, até a área de licitações públicas, passando pelas fraudes contra o sistema de saúde e da previdência e assistência social, dentre outros".

Mais uma vez alerta Denise Frossard, falando para os Procuradores da Previdência Social no VIII CONPPREV – Congresso Nacional dos Procuradores da Previdência Social, João Pessoa/PB, outubro de 2000:

> "Em toda essa atividade, como já dizia o ditado popular, uma andorinha sozinha não faz verão. Assim, necessária à formação de invejável infra-estrutura organizacional, suficiente para gerir o sofisticado mecanismo operativo e, principalmente, gerir, usufruir as astronômicas quantias envolvidas (aparato econômico) o que naturalmente só acaba factível, mais uma vez, pela clandestina interveniência estatal, através da corrupção".

Portanto, já não é mais possível combater a sonegação sem levar em conta a cada vez mais poderosa face do crime organizado e por conseqüência da corrupção, posto que uma não vive sem a outra.

Diante disso, ousamos afirmar que as práticas tradicionais de combate a sonegações aplicadas estão fragilizadas e são impotentes face o sofisticado aparato operativo e econômico das atividades criminosas que burlam o Fisco. Como enfrentar os desafios diante do ordenamento global que

abraça os paraísos fiscais (porque nem sempre a existência de uma atividade dentro de um paraíso fiscal significa que esta atividade seja ilícita ou criminosa).

No mundo globalizado as migrações de capitais, tecnologias e mãos-de-obra são eventos corriqueiros e até banais. Apesar dos conhecidos avanços da máquina arrecadadora previdenciária, muito e muito precisa ser urgentemente realizado para que possa prevenir e enfrentar os desafios das novas organizações jurídicas e financeiras sejam nacionais ou transnacionais, sejam elas frutos do desenvolvimento econômico social, sejam elas frutos de atividades ilícitas.

A empresarialidade, aqui designando uma conduta nova, as novas vestimentas para o exercício da atividade econômica: manter, ou transferir ou movimentar valores, circular bens dentro e através de países. Neste contexto, por exemplo, os paraísos fiscais – países onde o investidor encontra benefícios fiscais e tributários, encontra sigilo fiscal e comercial e incentivo às suas aplicações dentro daquele país, normalmente feito por estrangeiros. Estamos sempre ouvindo falar em *off shore, doing business, trading*, etc.

Por que ocorre a evasão fiscal, a diminuição de contribuintes? No plano da evasão legal, se eu tenho um lugar que eu possa fazer isso de forma lícita, por que eu vou me expor e fazer aqui com excessiva carga tributária? Vejamos porque isto afeta a arrecadação previdenciária e, sem dúvida, agrava o quadro da sonegação:

Por exemplo, a *off shore* é criada no País, mas não exerce qualquer atividade no País. Ela só existe, ela é sediada, é presencial, mas não operacional. A chamada *doing business*, são empresas dentro do paraíso fiscal, que também operam, ou seja, ao contrário da *off shore* operam negócios.

Um caso típico de otimização de custos das empresas no mundo da competição globalizada é a *trading*. Jose Maria Trepat, ilustre Professor e Jurista paulista da USP, assim explica o seu funcionamento: “então, em vez de eu ser intermediário, um distribuidor, um representante sediado no Brasil, em que na hora que eu comprar um produto estrangeiro, nacionalizá-lo e revender para o estrangeiro, em que pese os benefícios, as compensações, haverá um residual extremamente alto de carga tributária. Então o que eu faço? Ora eu monto uma *trading* em um paraíso fiscal. E o que eu faço nesse paraíso fiscal? Eu faço a venda através do Brasil, só que a empresa é lá. Então eu compro um produto e vendo o produto sem que ele venha para os meus armazéns. Eu faço a compra e venda,

sendo que o produtor entrega diretamente ao comprador. E, para mim, fica o que? Fica a minha comissão, ou fica o *new over price*, meu lucro. E onde é creditado esse lucro? No paraíso fiscal".

Temos ainda o exemplo do *holding off shore*. Temos a pura que tem como objeto social única e exclusivamente participar do capital de outras empresas. A *holding* impura é aquela que além de participar do capital, ela também tem atividade produtiva. Essas *holdings*, montadas em paraísos fiscais, acarretam o que para o investidor? Simples. O investidor não tem tributação no capital investido nas empresas controladas, não sofrendo tributação no retorno dos dividendos e não tem taxação pelo lucro recebido das controladas.

Podemos fazer múltiplas leituras desses exemplos, inclusive considerar que são benefícios tributários legítimos. Mas, por outro lado podemos enxergá-las como instrumentos de sonegação e fraude fiscal.

No campo previdenciário a aprovação da lei dos crimes contra a previdência social é o instrumental que virá colaborar com os avanços que significou a edição da Lei 9.034/95, lei do crime organizado, e que prevê a possibilidade de modernos procedimentos de investigação e formação de provas. Outro instrumental importante é a nova legislação que prevê a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico. O assunto tem sido objeto de amplo debate no que concerne a prévia autorização judicial. Vale lembrar, os avanços da lei de proteção a testemunhas (Lei 9.807/99), apesar de contemplar apenas a chamada testemunha pura (aquela que não tem vinculo com os delitos). Falta um tratamento para a testemunha colaborativa (que tem ligação com a atividade ilícita). Da mesma forma a Lei 9.613/98 – lei da lavagem do dinheiro. Podemos noticiar, ainda, o projeto de lei 3.275/2000 que permite a infiltração de agentes da polícia especializada em organizações criminosas.

A simples introdução de mecanismos legais sem a correspondente dotação estatal de infra-estrutura técnico-financeira resulta em mais uma lei que tem existência apenas no papel.

Finalmente, concluímos citando os ensinamentos dos mestres *Moisés Nain e Norman Gall*. O primeiro diretor do *carnegie endowment* for *international peace* – Washington, DC – o segundo diretor executivo do instituto Fernand Braudel de economia mundial São Paulo, publicado no Braudel Papers nº 14 – 1996 – p. 4, assim:

> "As melhores defesas contra a corrupção são um parlamento e um judiciário independentes, uma oposição política vigorosa ao partido no poder e uma imprensa livre. Para sobreviver, as liberdades

políticas e econômicas precisam de fluxos livres de informação, que inibem a corrupção. A eliminação de políticas econômicas baseadas no arbítrio de autoridades governamentais para alocar recursos e orientar as atividades econômicas ajuda a reduzir as oportunidades de ganhos ilícitos".

* Procuradora Federal da Previdência Social e Vice-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da Previdência Social – ANPPREV.

❖ ❖ ❖

MEDIDA LIMINAR EM TUTELA ANTECIPATÓRIA

***R**eis **F**riede **

A rigor, não existe propriamente o que se convencionou chamar de medida liminar, no sentido formal de provimento administrativo-cautelar, em tutela antecipatória, não obstante, seja cediço reconhecer, em uma tradução ampla, a plena licitude quanto à conclusão corrente pela presença de um instrumento jurídico, provisório e antecedente, assemelhado ao consagrado instituto liminar, na disciplina normativa da denominada tutela antecipada, ainda que com natureza finalística diversa e sem qualquer possibilidade de deferimento *ex officio* e *inaudita altera pars*.

(Resta oportuno assinalar que a expressão liminar, do latim *liminare*, traduz, em uma linguagem ampla, todo o tipo de procedimento antecedente ao mérito. Nesse sentido genérico, portanto, é plenamente aceitável afirmar que o instituto da tutela antecipada coaduna com o provimento liminar, ainda que, em termos mais rigorosos (e técnicos) seja preferível interpretar o instrumental antecipatório como não perfeitamente compatível com a convencionalmente designada medida liminar).

"Salvo no caso do art. 461, não cabe a concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte"* (RT 735/359).

"O nosso ordenamento jurídico acolhe, por regra constitucional, o respeito ao devido processo legal. Com exceção a esse princípio, em determinadas situações, a Lei Processual admite a concessão de liminares *inaudita altera pars*. Expressamente, o instituto criado pelo art. 273 do CPC, não menciona a possibilidade de concessão de liminar, antes da citação. Em se

cuidando da antecipação da tutela, somente no art. 461 é que se vislumbra a possibilidade. A antecipação da tutela, antes da citação, será viável somente em casos que, por sua especialidade, exijam do julgador uma tal providência" (Ac. un. da 1ª Câm. do TJMT de 12.08.96, no Ag. 6.380, rel. des. Barros Filho)**.**

"Inadmissível a concessão de antecipação de tutela pelo Juiz antes da citação do demandado para oferecimento de sua defesa, a fim de verificar a existência de prova inequívoca e convencimento de verossimilhança da alegação" (Ac. un. da 2ª Câm. do TJMT de 13.05.1997, no Ag. 7.198, rel. des. Benedito Pereira do Nascimento)**.**

"O provimento antecipado tem por escopo adiantar o provimento final, apreciando-se *initio litis* o mérito do pedido. Provimento de cunho exauriente, embora reversível.

Impossibilidade de concessão da medida *inaudita altera pars*.

Inteligência dos arts. 273 e 461, § 3º, do CPC.

Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder." (TRF/3ª Região, Agrar 03013493, 1ª T/SP, DJ 30/6/96, rel. juiz Sinval Antunes, unânime).

Aliás, esse é o pensamento dotado de maior rigor técnico e amplamente dominante, também na doutrina vertente.

De qualquer sorte, é fundamental assinalar e, sobretudo, esclarecer que, na hipótese de eventual concessão da tutela antecipada (por se tratar de tutela de mérito) há sempre o obstáculo maior (e, nesse sentido, superável) caracterizado pela efetiva presença do princípio constitucional do contraditório (na hipótese, contraditório material) a impedir, de forma invencível, o deferimento da antecipação sem a oitiva prévia da parte contrária, considerando, particularmente, que a própria referibilidade ao direito material, inerente ao processo de conhecimento (onde se encontra inserido o instituto da tutela antecipada), por si só invalida qualquer mecanismo desafiador do princípio maior, sem o qual qualquer decisão meritória (mesmo que antecipada e, neste especial, reversível (e de cognição sumária)) somente pode ser procedida pelo julgador após a necessária manifestação de ambas as partes litigantes.

Tal obstáculo – é importante esclarecer – inexiste de modo sinérgico, na tutela cautelar, posto que neste caso, de forma diversa da tutela antecipada, não há discussão sobre a questão de fundo (*merito cause),* existindo tão somente uma referibilidade processual (intrínseca) que, de nenhuma forma concerne ao direito material controvertido, permitindo, em caráter excepcional, a caracterização do denominado contraditório formal que, embora, a exemplo do contraditório material, deva ser sempre observado *a priori* (ou seja, com a oitiva prévia de ambas as partes), pode ser observado *a posteriori,* ou seja, após o eventual deferimento da medida acautelatória, em face do próprio objetivo de preservação que é indiscutivelmente inerente à tutela cautelar).

> **"O requerimento de uma tutela antecipada é feito por petição, nos próprios autos do processo, sem a abertura de apenso. Nada obsta a que, na própria inicial, demonstrando os pressupostos do *caput* do inciso I (não do inciso II que, evidentemente, só se verifica diante da resposta ou da conduta protelatória do réu) e do § 2º do art. 273, o autor requeira, desde logo, a antecipação. O juiz, todavia, em nenhuma hipótese, a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado, na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa." (Sérgio Bermudes, in A Reforma do CPC, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995, p. 36)**

> **"Inexiste possibilidade de antecipação da tutela, no processo de conhecimento, antes da citação do réu e oferecimento de sua defesa ou transcurso do prazo para ela previsto. (...)** (J.J. Calmon de Passos, *in* Inovações do CPC, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 13)

Ainda assim, determinados autores, e mesmo alguns julgadores, – dentre estes muitos confundindo os diferentes objetivos da tutela antecipada (de feição satisfativa e exauriente) e da tutela cautelar (de natureza acautelatória e não-exauriente) –, insistem em afirmar pela plena possibilidade de se prover liminarmente (e sem audiência da parte contrária) a tutela antecipada, o que tem motivado, de certa forma, o Poder Executivo (através de medidas provisórias) e o Poder Legislativo (por intermédio de sua competência constitucional) a, de modo atécnico e, em certo sentido, redundante, impor limites disciplinadores no que concerne à concessão da tutela antecipatória.

> **"Se urgente o deferimento da medida de antecipação de tutela, sob pena da possibilidade de ocorrência de grave, ou irreparável dano, a mesma deve ser assegurada liminarmente (ou seja, antes da ouvida do réu) a tutela, ouvindo-se em seguida aquele"** (Francisco Cavalcante, *in* Inovações no Processo Civil, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 50)**.**

> **"A inovação mais importante instituída pela Lei nº 8.952, de 1994, foi, sem dúvida, a que autoriza o juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do art. 273 arrola (...)"** (Humberto Theodoro Jr., *in* As inovações no CPC, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, p. 11)**.**

De qualquer forma, ao que tudo indica, parece restar evidente à parcela majoritária (e mais tecnicamente capacitada), tanto da doutrina como da jurisprudência, as nítidas (e insuperáveis) diferenças, sobretudo finalísticos, de ambos os institutos (antecipatória e cautelar) (1), afastando, neste diapasão analítico, qualquer possibilidade de concessão de provimento liminar (2), – no sentido específico de medida urgente desafiadora do princípio basilar do contraditório –, em tutela antecipada, mormente se considerarmos o aspecto meritório (satisfativo e exauriente) que a mesma forçosamente contém em sua efetivação, ainda que parcial.

> **"Tutela antecipada não se confunde com medida liminar, eis que nesta a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido de ação"** (Ac. un. da 5ª Câm. do TJRJ de 10.12.1996, no Ag. 4.266/96, rel. des. Miguel Pachá; RDTJRJ 32/240)
>
> **"A tutela antecipada nada mais é que um adiantamento da prestação jurisdicional, incidindo sobre o próprio direito reclamado, e não consiste em uma maneira de ampará-lo, como acontece com as cautelares. O art. 273 do CPC coloca como requisitos para a antecipação da tutela a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizada a resistência da parte adversa. Cândido Rangel Dinamarco, ao lecionar que o objeto da antecipação é a própria tutela requerida no processo, assevera com precisão:**
>
> > **'A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se tratar de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor'** (*in* A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, 1995, p. 139)**.**
> >
> > **Já no procedimento cautelar não se antecipa a prestação jurisdicional buscada na lide principal, pois isso implicaria atribuir-lhe o caráter de execução provisória da sentença a ser prolatada no processo principal, o que não é possível. Diversamente do que ocorre com a tutela antecipada, instituída**

pelo art. 273 do CPC para a admissibilidade da ação cautelar, além dos requisitos que devem ser observados em qualquer demanda, dentre eles os pressupostos processuais e condições da ação devem estar presentes o *fumus boni iuris*, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pela parte e o *periculum in mora* ou o fundado temor de dano a direito de uma das partes.

Assim, não se pode dizer que com o advento do instituto da tutela antecipada o credor não possa valer-se das ações cautelares que entender por bem ajuizar para amparar o direito ameaçado, estando em pleno vigor o Livro III do Código de Processo Civil, que cuida do Processo Cautelar e medidas cautelares" (Ac. un. da 1ª T. do TJMS de 10.10.95, na Ap. 45.065-3, rel. des. Chaves Martins; Adcoas, de 20.06.1996, nº 8.150.292)**.**

1. Normas Infraconstitucionais Impeditivas (ou Restritivas) Quanto à Concessão da Tutela Antecipatória

No que tange ao instituto da tutela antecipada genérica (art. 273 do CPC) e específica (art. 461 do CPC), de forma diversa da tutela cautelar (e de seus respectivos provimentos liminares), basicamente existe apenas um único ato normativo, editado pelo Poder Legislativo, objetivando impor limites à concessão da tutela antecipatória contra o Poder Público.

Em termos mais precisos, trata-se da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que, por sua vez, originou-se do texto da Medida Provisória nº 1.570, inicialmente editada em 26 de março de 1997.

Esta mencionada MP nº 1.570/97, é importante assinalar, impôs, na verdade (numa razoável confusão legislativa), uma série de restrições a diversos instrumentos jurídicos, alterando expressamente o texto da Lei nº 8.437/92 (basicamente uma disciplina normativa limitadora de medidas liminares, de feição cautelar) e da Lei nº 7.347/85, relativo a disciplina legal da ação civil pública.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.570, DE 26 DE MARÇO DE 1997

(Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as Leis nºs 8.437, de 30 junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.)

"Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu

parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

'§ 4º Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.'

Art. 3º O art. 16 da Lei nº 7.343, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova'.

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação (27/03/97)".

A medida provisória em questão foi reeditada em 24 de abril de 1997 (MP nº 1.570-1) já com alterações, suprimindo, desta feita, a anterior modificação consagrada no art. 2º da versão original, que foi reputada inconstitucional pelo STF.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.570-1, DE 24 DE ABRIL DE 1997

(Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências)

"Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu § 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 2º O artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova'.

Art. 3º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.570, de março de 1997.

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação".

As subseqüentes reedições (MP's 1.570-2, 1.570-3, 1.570-4 e 1.570-5) repetiram, na íntegra, o texto da MP nº 1.570-1, permitindo que, em 10 de setembro de 1997, fosse editada a Lei nº 9.494 com base no texto último da MP nº 1.570-5, de 21 de agosto de 1997.

Ainda assim, de forma, no mínimo, surpreendente, o Poder Executivo editou a MP nº 1.798/99, alterando, dentre outras, o texto da Lei nº 9.494/97, criando novas restrições, de modo geral, ao Poder Jurisdicional, e atingindo, de uma certa feita, a disciplina normativa da tutela antecipada que, em termos objetivos, continua restringida diretamente pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97 e, agora, indiretamente, pelo art. 2º B do mesmo ato normativo.

LEI Nº 9.494, DE 10 SETEMBRO DE 1997

(Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências)

"Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

(Sobre a eficácia jurídica do presente dispositivo legal, resta consignar que o 'STF, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre o pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiram. Votou o Presidente' (STF-Pleno, ADC 4-UF, rel. min. Sydney Sanches, j. 11.2.98, DJU 13.2.98, Seç. 1, p. 1).

Art. 1º A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.

Art. 1º B. O prazo a que se refere o *caput* dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias.

Art. 1º C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

(artigos 1º A/B/C acrescentados por força do art. 4º da MP nº 2.102/2001)

Art. 2º O art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

> **'Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.'**

Art. 2º A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangem apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra entidade da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriedade estar instruída com o ato da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Art. 2º B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado".

Parágrafo único. A sentença proferida em ação cautelar só poderá ter caráter satisfativo quando transitada em julgado a sentença proferida na ação principal."

(artigo 2º A, 2º B e respectivos parágrafos únicos, acrescentados por força da MP nº 2.102/2001)

Art. 3º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.570-4, de 22 de julho de 1997.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação"

(É importante assinalar que o texto original da MP nº 1.570, de 26.03.97, aludia, em seu art. 2º, a uma importante modificação na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, vazada nos seguintes termos:

"Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

"§ 4º Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória."

O STF, em 15.04.97, no entanto, suspendeu a eficácia deste dispositivo por seis votos a cinco (DJU 24.4.97, p. 14.914), fazendo com que a Lei nº 9.494 tomasse por base a MP nº 1.570-5 (5ª reedição) desprovida deste dispositivo e com a conseqüente renumeração dos demais)

1.1. Restrições Objetivas Previstas na Lei nº 9.494/97

Em termos objetivos, é lícito afirmar que as principais restrições à concessão da tutela antecipada se encontram previstas no art. 1º da Lei nº 9.497/97 que, em seu texto redacional, expressamente alude à aplicação dos arts. 5º e 7º da Lei nº 4.384/64, art. 1º da Lei nº 5.021/66 e arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92 aos institutos da tutela geral (art. 273 do CPC) e da tutela específica (art. 461 do CPC).

LEI Nº 4.348, DE 26 DE JUNHO DE 1964

"Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Art. 7º O recurso voluntário ou *ex officio,* interposto de decisão concessiva de mandado de segurança, que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo".

LEI Nº 5.021, DE 9 DE JUNHO DE 1966

"Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias".

LEI Nº 8.437, DE 30 DE JUNHO DE 1992

"Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.
(Parágrafos 4º e 5º acrescentados por força da MP nº 2.102/2001)

Art. 3º O recurso voluntário ou ex-offício, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas."

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

(Parágrafos 2º ao 8º com redação determinada pela MP nº 2.102/2001)

Também, segundo o texto normativo da Lei nº 9.494/97, fica alterado o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que passa a viger com a seguinte redação:

> **"A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".**

Se considerarmos em seu conjunto, as restrições impostas pela nova lei vertente – em uma interpretação hermenêutica de feição sistêmica – encerram, sobretudo, limitações para o deferimento da medida liminar (na verdade, antecipação *in limine*, como já nos referimos) em tutela específica (art. 461, § 3º, do CPC), possuindo, no que tange à denominada antecipação de tutela geral, prevista no art. 273 do CPC, no mínimo, alcance menor, na própria medida que inexiste na hipótese provimento liminar *inaudita altera pars,* conforme já nos referimos.

Por efeito, o disposto no art. 5º da Lei nº 4.348/64 e a previsão ínsita no § 4º do art. 1º da Lei nº 5.021/66 cingem-se, pelo menos em princípio, a pretensas medidas liminares deferidas sem a audiência da parte contrária (possuindo, neste sentido, nítida característica cautelar), o que, em todos os casos, não encontra respaldo de aplicabilidade prática no que tange ao instituto da chamada tutela antecipada (art. 273 do CPC), considerando que o escopo de atuação da antecipação meritória somente se efetiva após a resposta do réu (ou de audiência específica) e da conseqüente caracterização do contraditório.

Como, por outro prisma, os arts. 1º e 3º da Lei nº 8.437/92 aludem expressamente a procedimento cautelar, de inconteste natureza diversa em relação ao instituto antecipatório (que, por sua vez, apresenta-se com indiscutível matiz cognitiva), resta, nesta acepção, a absoluta inaplicabilidade efetiva da restrição *sub examen* e, por efeito conseqüente, a sinérgica possibilidade legal de se prover, pelo menos em princípio, a antecipação meritória pretendida, com fulcro no art. 273 do CPC, após a oitiva do réu (integrante da Fazenda Pública), independente de outras condicionantes legais, com exceção das que tenham por objeto recursos públicos, em face da restrição imposta pelo art. 2º B, introduzindo por força da MP nº 1.798/99, e ratificada pela MP nº 2.180/2001 (ainda que sem o anterior parágrafo único), *verbis:*

> **"Art. 2º B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação,**

equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

1.2. Recorribilidade Ampliada

Sob o aspecto recursal, todavia, a nova legislação restritiva da concessão de tutela antecipada parece ter plena e sinérgica efetividade.

Nesse sentido, o art. 7º da Lei nº 4.348/64, assim como os arts. 3º e 4º da Lei nº 8.437/92, ao incluir obrigatório efeito suspensivo nos recursos interpostos contra o deferimento da tutela antecipada, adiciona importante restrição ao exercício da faculdade anterior de se prover (ou não) efeito suspensivo quando da apreciação do recurso de agravo, na modalidade por instrumento.

Desta feita, a anterior opção do julgador, quando da apreciação do recurso e de seu eventual provimento, simplesmente desaparece, ensejando lugar à inafastável imposição do efeito suspensivo no eventual recurso interposto contra a antecipação porventura concedida no juízo originário.

Também, o recurso próprio e específico (e, neste particular, até então único) de agravo contra a concessão da antecipação de tutela enseja lugar a outras possíveis modalidades recursais (até então inadmissíveis *in casu*), como o recurso administrativo de suspensão de efeitos da antecipação, apreciada pelo presidente do tribunal a que se encontra vinculado o julgador originário.

1.3. Limites Quanto ao Objeto da Antecipação

Não obstante a doutrina mais abalizada sobre o tema sempre ter manifestado entendimento no sentido de que o objeto próprio e particular da antecipação de tutela meritória (arts. 273 do CPC) limita-se a prestações futuras (uma vez que as prestações pretéritas (os denominados atrasados em se tratando de prestações periódicas) gozam da prerrogativa de pagamento (e quitação) através de precatórios judiciais, o art. 1º da Lei nº 5.021/66, aplicável aos arts. 273 e 461 do CPC, não permite mais qualquer dúvida nesse particular, considerando a expressa disposição normativa impeditiva de qualquer forma de antecipação sobre prestações vencidas e/ou anteriores ao ajuizamento da ação em que se deseja o deferimento da tutela antecipada.

Aliás, mesmo antes do advento da disciplina legal restritiva em epígrafe, expressiva parte da jurisprudência já nutria posicionamento neste sentido, *verbis*:

> **"Providência plenamente satisfativa da pretensão de direito material, que essa Colenda Segunda Turma, a exemplo das demais que integram o egrégio tribunal, têm como ato ilegítimo, que ao juízo não é dado proferir na antecipação de tutela para pagamento de vantagens e vencimentos a servidores, aplica-se, por analogia, a vedação da Lei nº 5.021/66"** (TRF/1ª Região, AG 0136882, 2ª T/DF, DJ 12.05.97, rel. juiz Antônio Sávio, maioria)**.**

1.4. Exigência de Prestação de Caução para o Deferimento da Antecipação de Tutela Cognitiva

Quanto ao acréscimo do § 4º ao art. 1º da Lei nº 8.437/92, por força da MP nº 1.570/97, verbis:

> **"§ 4º Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.";**

deve ser consignado, em nosso entendimento, – de forma diversa do restante do texto normativo – a perfeita correção redacional do dispositivo em análise que expressamente alude, de maneira diferenciada, à concessão de medida liminar (de nítida feição cautelar) e à concessão de medida antecipatória (como as previstas nos arts. 273 e 461 do CPC (de inconteste natureza cognitiva)), ambas em qualquer hipótese, passíveis, com fulcro neste regramento (embora no que diz respeito às providências cautelares já existisse disposição legal semelhante), de garantia real ou fidejussória, na qualidade de autêntica prestação contracautelar (ainda que na segunda hipótese (antecipação de tutela meritória) mais certo seria afirmar pela existência *in casu* de verdadeira prestação cautelar de garantia).

De qualquer forma, cumpre registrar que o acréscimo normativo em questão foi reputado, em votação apertada, seis votos a cinco (DJU 24.04.97, p. 14.914), inconstitucional pelo STF, tendo sido suprimido das reedições subsequentes da MP nº 1.570/97 e, consequentemente, não incorporado ao texto da vigente Lei nº 9.494/97.

1.5. Constitucionalidade da Lei nº 9.494/97

Em que pese algumas vozes discordantes, entendemos que inexiste, na atual configuração vigente, qualquer vício de ineficácia jurídica (inconstitucionalidade) a macular a Lei nº 9.494/97 em sua disciplina restritiva quanto à concessão da tutela antecipada (art. 273 do CPC) ou da tutela específica (art. 461 do CPC), na própria medida em que os institutos em questão não possuem natureza cautelar e, portanto, não encontram abrigo no princípio da inafastabilidade ampliada do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88).

---

* Mestre e Doutor em Direito, é Magistrado Federal e ex-Membro do Ministério Público e autor da obra "Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Antecipada e Tutela Específica", 5ª ed., Ed. Forense Universitária, RJ (810 p.)

❖ ❖ ❖

O LIMITE ETÁRIO NAS PENSÕES DECORRENTES DE ATO ILÍCITO

***A**lvacir de **S**á **B**arcellos**

Nas ações de reparação de dano material oriundo de ato ilícito em que o réu é condenado a pagar pensão mensal aos dependentes da vítima, a expectativa de vida desta é que tem sido considerada como o termo final daquela obrigação.

Há muito a jurisprudência cimentou entendimento segundo o qual essa expectativa de vida seria, de regra, a data em que a vítima completaria 65 anos, se viva permanecesse. Julgados recentes, baseados em dados estatísticos mais atuais, chegam a elevar aquele limite para uma expectativa etária de setenta anos.

Por outro lado, poucos são os juízes que levam em conta a idade da vítima, quando do evento danoso, na fixação do prazo limite da pensão decorrente de sua morte.

Essa fixação limítrofe na data em que a vítima completaria a idade de 65 ou 70 anos não encontrava suporte na legislação, ou mesmo em um costume ou algum princípio geral de direito, concluindo-se, então, que ela fundou-se no bom senso.

Em outras palavras, decorre aquela escolha etária da denominada eqüidade.

Mas a eqüidade, como forma de integração jurídica, só deve ser usada como último cartucho, quando além da inexistência de lei específica, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito não se prestarem para a solução do caso.

Na espécie em debate, essa construção eqüitativa, com base no bom senso, acabou mostrando-se como a única solução possível e, por conseguinte, bastante aceita por todos.

Agora, porém, esse entendimento deve ser revisto.

Ocorre que, apesar da matéria ainda não ter sido disciplinada por lei específica, já há dispositivo legal autorizando a analogia.

Trata-se da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que alterou o Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91), instituindo a expectativa se sobrevida do segurado como um dos elementos fixadores da renda mensal de determinados benefícios previdenciários.

Assim se mostra a redação do novel § 8º, do art. 29, da Lei 8.213/91:

§ 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

Desta forma, a fixação do termo final da pensão mensal pode embasar-se na analogia e em dados estatísticos sempre atualizados, sem precisar fazer uso do paradigma jurisprudencial anterior, fundado na eqüidade.

Com isso, deve ocorrer considerável alteração no termo final das condenações em debate, pois, tomando-se como exemplo a Tábua Completa de Mortalidade instituída pela Resolução IBGE nº 6, de 30.11.99, as pensões cujas vítimas tiverem suas vidas ceifadas aos 30, 40 ou 50 anos de idade, só deverão ser extintas nas datas em que essas completariam, respectivamente, 72,5, 73,6 e 75,2 anos.

* Procurador Federal do INSS e Professor do Curso de Direito da UNESC.

❖ ❖ ❖

ATUALIDADES SOBRE A APOSENTADORIA ESPECIAL

***J**osé **L**eandro **M**onteiro de **M**acêdo **

Sumário

1. Introdução. 2. Fontes formais. 3. Requisitos para concessão da aposentadoria especial. 4. Renda mensal inicial da aposentadoria especial. 5. Data de início do benefício. 6. Conversão de tempo de serviço. 7. Enquadramento de atividades. 8. Adicional de contribuição empresarial para financiamento da aposentadoria especial. 9. Permanência ou retorno à exposição aos agentes nocivos do segurado aposentado: cancelamento ou suspensão do benefício? 10. Entendimentos do INSS sobre alguns aspectos da aposentadoria especial. 11. Conclusões.

1. Introdução

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição devida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos. O fato gerador (contingência social) do benefício é o cumprimento de tempo mínimo de trabalho sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, condições estas que ensejam a aposentadoria com tempo de contribuição reduzido.

O legislador constituinte de 1988 (art. 202, inciso II, parte final) estabeleceu a aposentadoria com tempo reduzido (especial) no caso de segurados sujeitos a trabalho sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei.[1] A disciplina infraconstitucional foi dada pelos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91. Já o enquadramento das condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física continuou sendo feito de acordo com a relação vigente na data da publicação do Plano de Benefício da Previdência Social (quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e anexos I e II do Regulamento de Benefícios da Previdência Social – RBPS, aprovado pelo Decreto nº 83.080/79), relação esta que

[1] A Emenda Constitucional nº 20/98 alterou a redação do art. 202 da Constituição Federal, deslocando (com ligeira alteração de redação) a previsão da aposentadoria especial para o § 1º do seu art. 201.

albergava dois critérios (de enquadramento): pelo exercício de atividade profissional e pela efetiva exposição a agentes nocivos físicos, químicos, biológicos ou associação de agentes.

A partir de 1995 a disciplina da aposentadoria especial foi profundamente alterada: a Lei nº 9.032, publicada no DOU de 29.04.95, estabeleceu que a aposentadoria especial somente é devida nos casos de efetiva exposição a agentes nocivos físicos, químicos, biológicos ou associação de agentes, pondo fim à possibilidade de enquadramento por atividade profissional e extinguindo, também, a possibilidade de conversão de tempo de serviço comum em especial; a Medida Provisória nº 1.523, de 13.10.96, convertida na Lei nº 9.528/97, passou a exigir laudo técnico pericial para a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física; a Medida Provisória nº 1.663, de 28.05.98, convertida na Lei nº 9.711/98, extinguiu a possibilidade de conversão de tempo de serviço especial em comum exercido a partir de 28.05.98, autorizando a conversão do período anterior desde que cumprido um tempo mínimo de atividade especial previsto em regulamento; a Lei nº 9.732/98 instituiu um adicional de contribuição empresarial para o financiamento da aposentadoria especial e estabeleceu sanção para o segurado aposentado (aposentadoria especial) que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física.

As alterações legislativas acima sumariadas representaram, além da extinção da possibilidade de conversão de tempo comum em especial (Lei nº 9.032/95) e do tempo especial em comum (Medida Provisória nº 1.663, convertida na Lei nº 9.711/98), o abandono do critério de enquadramento por atividade profissional e a adoção do critério de enquadramento por efetiva exposição a agentes nocivos, com necessidade de laudo técnico pericial para comprovar a citada exposição.

Em razão dessas alterações legislativas, passou a haver divergências quanto à aplicação dos novos critérios de enquadramento e de comprovação de exposição a agentes nocivos a quem já era segurado na data das citadas alterações, quanto ao período trabalhado antes das leis alteradoras.[2] Noutros termos, surgiu o seguinte problema de direito intertemporal: os novos critérios de enquadramento e comprovação de atividades especiais devem ser aplicados para o tempo de trabalho anterior às inovações legislativas?

[2] Citaremos dois entendimentos: o do INSS, consubstanciado no Parecer CJ/MPAS nº 1.331/98, e o do Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul, defendido na Ação Civil Pública nº 2000.71.030435-2.

Eis a questão abordada no presente trabalho, cujo enfoque é meramente informativo, traçando o atual posicionamento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS sobre o tema, em face da decisão interlocutória de antecipação de tutela proferida pela MM. Juíza Substituta da 4ª Vara Previdenciária de Porto Alegre na citada Ação Civil Pública.

2. Fontes formais

A aposentadoria especial é prevista constitucionalmente no art. 201, § 1º (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98), que tem a seguinte redação: "*É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.*"

Enquanto não for editada a Lei Complementar a que se refere o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, acima transcrito, aplicam-se, por força do disposto no art. 15 da Emenda Constitucional nº 20/98, os arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91[3], com a redação vigente à data da publicação da citada Emenda.

Regulamentando os arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, temos os arts. 64 a 70 e o anexo IV do Decreto nº 3.048/99 (Regulamento de Previdência Social – RPS) e a Instrução Normativa INSS/DC nº 57/2001 (publicada no DOU de 11.10.2001), arts. 139 a 196 – ato normativo que dá cumprimento à decisão da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.030435-2.

3. Requisitos para concessão da aposentadoria especial

Para a concessão da aposentadoria especial, exige-se a presença dos seguintes requisitos:

3.1. Período de carência

Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências (art. 24, *caput*, da Lei nº 8.213/91).

[3] Artigos que disciplinam a aposentadoria especial na Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91).

Dependendo da data de filiação do segurado ao Regime Geral de Previdência Social, têm-se períodos de carência distintos:

a) para o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social a partir de 25.07.91: 180 contribuições (art. 25, II, Lei nº 8.213/91);

b) para o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até 24.07.91: aplica-se a tabela de transição do art. 142 da Lei nº 8.213/91.

3.2. Comprovação do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado

Considera-se trabalho permanente aquele em que o segurado, no exercício de todas as suas funções, esteve efetivamente exposto a agentes nocivos físicos, químicos e biológicos ou associação de agentes.

Considera-se trabalho não ocasional nem intermitente aquele em que, na jornada de trabalho, não houve interrupção ou suspensão do exercício de atividade com exposição aos agentes nocivos, ou seja, não foi exercida, de forma alternada, atividade comum ou especial.

3.3. Comprovação da exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais a saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício

Entende-se por agentes nocivos aqueles que possam trazer ou ocasionar danos a saúde ou à integridade física do trabalhador nos ambientes de trabalho, em função de sua natureza, concentração, intensidade e exposição aos agentes:

a) físicos: ruídos, vibrações, calor, pressões anormais, radiações ionizantes e não ionizantes etc;

b) químicos: manifestados através de névoas, neblinas, poeiras, fumos, gases, vapores de substâncias nocivas presentes no ambiente de trabalho etc;

c) biológicos: microorganismos como bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus etc;

A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS (formulário DIRBEN 8030), emitido pela empresa ou seu preposto, com

base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

4. Renda mensal inicial da aposentadoria especial

A renda mensal inicial da aposentadoria especial corresponde a 100% do salário-de-benefício (art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91). O salário-de-benefício, por sua vez, consiste na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo (art. 29, inciso II, da Lei nº 8.213/91).[4] Para quem era filiado na data da Lei nº 9.876/99 (29.11.99), o período contributivo inicia-se em 07/94 (art. 3º da Lei nº 9.876/99).

5. Data de início do benefício

Para o segurado empregado, a aposentadoria especial será devida a partir:

a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até noventa dias depois dessa data; ou

b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea "a".

Quanto aos demais segurados, a aposentadoria especial é devida a partir da data da entrada do requerimento.

6. Conversão de tempo de serviço

Conversão de tempo de serviço é a possibilidade de converter tempo comum em especial e vice-versa, tendo em vista o exercício sucessivo de atividades comum e especial.

De acordo com o art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/91,com a redação vigente até 28.04.95 (edição da Lei nº 9.032/95), era possível converter tempo de serviço especial em comum, comum em especial e especial em especial.

A partir de 29.04.95, somente é permitida a conversão de tempo de serviço especial em comum e especial em especial (art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95).

[4] A referida média não sofre a incidência do fator previdenciário.

A Medida Provisória nº 1.663-10, de 28.05.98, revogou o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, extinguindo-se, em princípio, a possibilidade de conversão de tempo de serviço especial em comum.

Na reedição da Medida Provisória nº 1.663, de 27.08.98, manteve-se a revogação do § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, estabelecendo no seu art. 28 que "*O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 1991, na redação dada pelas Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.*"

Desse modo, restou possível a conversão de tempo de serviço especial em comum exercido até 28.05.98, desde que cumprido percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, nos termos estabelecidos em regulamento.

O Decreto nº 2.782, de 14.09.98, regulamentando o art. 28 da Medida Provisória nº 1.663-13, estabeleceu esse percentual mínimo em seu art. 1º: "*O tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, com efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes nos termos do Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha completado, até aquela data, pelo menos vinte por cento do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, observada a seguinte tabela:*

TEMPO A CONVERTER	***MULTIPLICADORES***		***TEMPO MÍNIMO EXIGIDO***
	MULHER (PARA 30)	***HOMEM (PARA 35)***	
DE 15 ANOS	*2,00*	*2,33*	3 ANOS
DE 20 ANOS	*1,50*	*1,75*	4 ANOS
DE 25 ANOS	*1,20*	*1,40*	5 ANOS

(...)"

A Medida Provisória nº 1.663-14 foi convertida na Lei nº 9.711, de 20.11.98, que manteve a redação do art. 28 da citada Medida Provisória, mas não revogou o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Existem, portanto, dois dispositivos legais vigentes acerca da conversão do tempo especial em comum: O § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91 (com a redação dada pela Lei nº 9.032/95) autorizando a conversão e o art. 28 da Lei nº 9.711/98 autorizando a conversão somente até 28.05.98 e estipulando o percentual mínimo estabelecido em Decreto.

O INSS estava aplicando o art. 28 da Lei nº 9.711/98, isto é, somente era possível converter tempo especial em comum exercido anteriormente a 28.05.98, desde que cumprido o percentual mínimo estabelecido no Decreto nº 2.782/98.

Na citada Ação Civil Pública nº 2000.71.030435-2, proposta pelo Ministério Público Federal perante a 4ª Vara Previdenciária de Porto Alegre-RS, foi concedida tutela antecipada sob os seguintes argumentos: a) o art. 28 da Lei nº 9.711/98 ficou sem sentido (e portanto inaplicável) diante da não revogação do § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91; b) a CF/88 prevê a aposentadoria com tempo inferior para quem exerce atividade especial, sendo inconstitucional qualquer restrição em contrário; c) na tramitação da Emenda Constitucional nº 20/98 constava do texto original do § 1º do art. 201 da Constituição Federal o termo “exclusivamente”, que foi retirado do texto aprovado, significando dizer que o legislador previu a possibilidade de conversão de tempo especial em comum.

Desse modo, por força da decisão proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.030435-2, ficou autorizada a conversão de tempo especial em comum sem as restrições de período (até 28.05.98) e de percentual (20%) estabelecidas pelo art. 28 da Lei nº 9.711/98. Tal autorização está expressa na Instrução Normativa INSS/DC nº 57/2001 (arts. 159 a 161).

7. Enquadramento de atividades

Até 28.04.95 (Lei nº 9.032/95), o enquadramento para fins de aposentadoria especial se dava por exposição a agentes nocivos e pelo exercício de atividade profissional (quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e anexos I e II do Regulamento de Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080/79).

A partir de 29.04.95, deixou de haver o enquadramento pelo simples exercício de atividade profissional, devendo o segurado comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos.

A Lei nº 9.528/97 (conversão da Medida Provisória nº 1.523/96) passou a exigir o laudo técnico pericial para a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos.

O INSS, acatando o entendimento emanado no Parecer CJ/MPAS nº 1.331, de 28.05.98 (DOU de 01.06.98), estabeleceu, na Ordem de Serviço INSS/DSS nº 600, de 02.06.98 (DOU 08.06.98), que somente o segurado que havia implementado todas as condições para a aposentadoria especial até 28.04.95 fará jus ao enquadramento por atividade profissional e sem necessidade de apresentação de laudo técnico (exceto para o agente físico ruído).

Conforme o mesmo entendimento, quem implementou as condições para a aposentadoria especial a partir de 29.04.95, o enquadramento seria feito por efetiva exposição ao agente nocivo para todo o período (inclusive anterior a 29.04.95) e com a necessidade de apresentação do laudo técnico para todo o período também.

Esse entendimento do INSS foi questionado judicialmente através da mesma Ação Civil Pública nº 200.71.030435-2, proposta pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul, tendo a MM. Juíza Federal Substituta da 4ª Vara Previdenciária de Porto Alegre/RS adotado o seguinte entendimento: "*(...) o tempo de serviço anterior a esta alteração deve ser computado conforme legislação vigente à época do exercício da atividade considerada especial. Não se trata, como pretende a Autarquia, de mera expectativa de direito à aposentadoria, mas direito adquirido ao reconhecimento de tempo de serviço para concessão de posterior benefício, nos termos da lei então vigente. Na verdade, o segurado tem direito a ser computado o tempo de serviço conforme legislação vigente à época em que praticou a profissão. E esta é a interpretação mais justa, pois se naquela época a atividade ou o agente eram considerados nocivos à saúde e o segurado mesmo assim exercia o trabalho, submetendo-se àquelas condições, não é possível que lei posterior deixe de considerá-lo como tal, retroagindo em prejuízo do trabalhador para eliminar direito que já incorporou. A incorporação de tempo de serviço é algo que ocorre dia a dia, mês a mês, ano a ano, e não apenas ao final, quando do requerimento de algum benefício. E, justamente em virtude deste entendimento, no que pertine à forma de comprovação da efetiva exposição a agente* (sic*) nocivos, também deve ser aplicada a lei vigente à época do exercício da atividade. Afinal, se em determinada ocasião o trabalhador esteve exposto a agentes nocivos e a empresa preencheu corretamente sua documentação segundo a lei então vigente, não pode a Autarquia negar-lhe direito ao reconhecimento de desempenho de atividade especial, fazendo retroagir exigências que*

inexistiam na época, como, por exemplo laudo pericial ou perfil profissiográfico" (fls. 300 da Ação Civil Pública nº 2000.70.00.030435-2).

Desse modo, o entendimento inicialmente adotado pelo INSS, nos termos do Parecer CJ/MPAS nº 1.331/98, teve que ser reformulado em razão da citada Ação Civil Pública nº 200.71.030435-2, não se exigindo mais laudo técnico pericial para o período anterior a 29.04.95 e o enquadramento se dando conforme a lista de agentes/atividades vigente na data da prestação do serviço, nos seguintes moldes:

Período Trabalhado	***Enquadramento***
Até 28/04/1995	Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de1964. Anexos I e II do RBPS, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 1979. Sem apresentação de laudo técnico, exceto para o ruído
De 29/04/1995 a 05/03/1997	Anexo I do Decreto nº 83.080, de 1979. Código 1.0.0 do Anexo ao Decreto nº 53.831, de 1964. Com apresentação de Laudo Técnico.
A partir de 06/03/1997	Anexo IV do Decreto nº 2.172, de 1997, substituído pelo Decreto nº 3.048, de 1999. Com apresentação de Laudo Técnico

8. Adicional de contribuição empresarial para financiamento da aposentadoria especial

Os §§ 6º e 7º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.732/98, estabeleceram a contribuição adicional para o financiamento da aposentadoria especial, nos seguintes termos:

"Art. 57. (...)

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22

da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98).

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.732, de 11.12.98).

(...)"

Com efeito, a contribuição prevista no art. 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91, incide sobre o total das remunerações de todos os segurados empregado e trabalhador avulso a serviço da empresa, ao passo que a contribuição adicional para o financiamento da aposentadoria especial incide somente sobre as remunerações daqueles segurados empregado e trabalhador avulso sujeitos a condições especiais prejudiciais à saúde ou integridade física que lhes dão direito à aposentadoria especial com tempo abreviado.

9. Permanência ou retorno à exposição aos agentes nocivos do segurado aposentado: cancelamento ou suspensão do benefício?

O derrogado § 6º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, estabelecia que "*É vedado ao segurado aposentado nos termos deste artigo continuar no exercício de atividade ou operações que o sujeitem aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.*"

Essa proibição de retorno à atividade sujeita aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 da Lei nº 8.213/91 não veio acompanhada da respectiva sanção (suspensão ou cancelamento do benefício, multa etc.)

A sanção foi criada pelo § 8º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.732/98, ao estabelecer que "*Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.*"

O art. 46 da Lei nº 8.213/91, por sua vez, determina que "*O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.*"

De acordo com o art. 46 acima transcrito, o segurado aposentado por invalidez que retornar ao trabalho terá o seu benefício cancelado, uma vez que se presume, pelo retorno à atividade, que a incapacidade não mais existe.

A aposentadoria especial, no entanto, é concedida não em decorrência da efetiva incapacidade do segurado, mas pela exposição a agentes nocivos que presumidamente prejudicam a saúde ou a integridade física, motivo pelo qual não existe razão lógica, como se dá com a aposentadoria por invalidez, para o cancelamento do benefício.

O INSS, interpretando o § 8º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, no item 165 da Instrução Normativa INSS/DC nº 57/2001, estabelece que "*sob pena de suspensão da aposentadoria especial, requerida a partir de 29-4-95, o segurado não poderá retornar ou permanecer em atividade sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física constantes do Anexo IV do Decreto 3.048/1999, ou, se afastado, não poderá voltar ao exercício dessas atividades*."

Assim, de acordo com a orientação exposta no parágrafo anterior, o retorno ou permanência em atividade sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física constantes do anexo IV do Decreto nº 3.048/99 enseja a suspensão do benefício de aposentadoria especial enquanto permanecer exercendo a atividade referida.

10. Entendimentos do INSS sobre alguns aspectos da aposentadoria especial

São considerados, também, como período de trabalho sob condições especiais, para fins de benefícios do RGPS, o período de férias, bem como de benefício por incapacidade acidentária (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) e o período de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial (art. 157 da Instrução Normativa INSS/DC nº 57/2001).

O período em que o empregado esteve licenciado da atividade para exercer cargo de administração ou de representação sindical, exercido até 28.04.95, será computado como tempo de serviço especial, desde que, na data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade especial (art. 158 da Instrução Normativa INSS/DC nº 57/2001).

A partir de 29.04.95, considerando que o trabalhador autônomo presta serviço em caráter eventual e sem relação de emprego, a sua atividade não poderá ser enquadrada como especial, uma vez que não existe forma de comprovar a exposição a agentes nocivos prejudiciais à

saúde e à integridade física, de forma habitual e permanente, não ocasional nem intermitente (art. 166 da Instrução Normativa INSS/DC nº 57/2001).

A utilização de equipamento de proteção não descaracteriza, por si só, o enquadramento da atividade. Se do laudo técnico constar a informação de que o uso de equipamento de proteção individual ou coletivo elimina ou neutraliza a presença do agente nocivo, não caberá o enquadramento da atividade como especial (art. 151 da Instrução Normativa INSS/DC nº 57/2001).

Quando da concessão de benefício, exceto aposentadoria especial, para segurado que exerce somente atividade com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, durante todo o período de filiação à Previdência Social e que, para complementação do tempo de serviço necessário, apresente apenas o tempo de serviço militar, mandato eletivo, aprendizado profissional, tempo de atividade rural, contribuinte em dobro ou facultativo, período de certidão de tempo de serviço público (contagem recíproca), benefício por incapacidade previdenciário (intercalado), cabe a conversão do tempo especial em comum, em virtude de estar caracterizada a alternância do exercício de atividade comum e em condições especiais (art. 161 da Instrução Normativa INSS/DC nº 57/2001).

Através do Parecer CJ nº 2.549, de 23.08.2001 (DOU de 30.08.2001), ratificando orientação anteriormente firmada pelo INSS, ficou estabelecido o entendimento segundo o qual não é possível a conversão do tempo de serviço sujeito a condições especiais para fins da contagem recíproca de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

11. Conclusões

Diante do exposto, podemos concluir que:

a) é possível a conversão de tempo de serviço especial em comum sem restrição de período e sem a necessidade de cumprimento de percentual mínimo de tempo de serviço sujeito a condições especiais (inaplicabilidade do art. 28 da Lei nº 9.711/98 e do art. 1º do Decreto nº 2.782/98);

b) o enquadramento para fins de concessão de aposentadoria especial deve ser feito conforme a lista de agentes/atividades vigente na data da prestação do serviço, não se exigindo laudo técnico para período anterior a 29.04.95;

c) o aposentado (aposentadoria especial requerida a partir de 29.04.95) que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física terá o seu benefício suspenso, e não cancelado como deixa entender, em princípio, o art. 57, § 8º, c/c o art. 46, ambos da Lei nº 8.213/91.

* Procurador Federal do INSS, Professor de Direito Previdenciário da Universidade de Fortaleza e Mestrando em Direito da UFC. (Endereço eletrônico: jlmmacedo@hotmail.com).

❖ ❖ ❖

O INSS E O INSTITUTO DA PRECLUSÃO, CONTIDO AO § 3º DO ART. 879 DA CLT

***F**abrício **L**opes **O**liveira **

Tem-se desenvolvido alguma literatura acerca das modificações implementadas ao ordenamento jurídico, pela Lei 10.035/2000. A princípio, como resta evidente, o objetivo precípuo da norma foi o regulamentar o § 3º do art. 114 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional de nº 20/98.

Decartianamente, mostra-se adequado partir de algumas definições e, noções propedêuticas, a fim de conferir algum caráter científico formal à análise a realizar-se.

A princípio, necessário considerar-se o conceito jurídico de preclusão. Professo Vicente Greco Filho[1], trata a preclusão como segue:

> **"A preclusão, que é a impossibilidade de praticar um ato processual, ...".**

O trecho transcrito é suficiente ao que se pretende demonstrar, vez que, a seguir, comenta o autor as diversas formas de preclusão, quais sejam: a temporal, a lógica e a consumativa.

Então, a preclusão seria a "...impossibilidade de praticar um ato processual...". Pois bem. Poder-se-ia ainda questionar a homogeneidade

[1] Greco Filho, Vicente – Direito Processual Civil Brasileiro, 2º Vol., p. 22.

do conceito à doutrina. Necessário considerar-se outros autores. Acerca do tema, Sérgio Pinto Martins[2] escreveu:

> **"Define Isis de Almeida a preclusão como 'a perda da faculdade de praticar-se um ato pela transposição de um momento processual',** que pode estar marcado também, por um prazo determinado, e não apenas pelo ordenamento formal ou lógico dos atos no processo, ou pela incompatibilidade de um ato com o outro."…
>
> **"A preclusão, normalmente, refere-se a atos processuais,** mas também pode referir-se a prazos processuais**, só tendo eficácia no processo em que ocorre."**

A priori, parecem idênticos os conceitos. Restam uníssonos os autores no sentido de que, a preclusão atinge a faculdade da prática de determinado ato processual.

A fim de liquidar qualquer dúvida acerca do conceito e extensão do instituto da preclusão, razoável faz-se, ainda, considerar as palavras de Wilson de Souza Campos Batalha[3]:

> "A preclusão no dizer de Chiovenda (I, pp. 515 e segs; II pp. 44 e segs; III, pp. 219 e segs), consiste na **perda de uma faculdade processual** por se haverem tocado os extremos fixados pela Lei para exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo. É a perda da faculdade de propor questões.
>
> ....
>
> A preclusão, em regra, produz efeito apenas no processo em que advém (p. ex., *ficta confessio).*"

Parece fora de dúvida que a preclusão caracteriza-se por tema essencialmente processual. Constitui instituto de Direito Processual.

Realizada breve introdução acerca do conceito do tema em análise, parte-se a questão central da problemática que se instalara.

Em artigo publicado pela Revista Synthesis (nº 32/2001), o Professor Homero Batista Mateus da Silva defende que, a edição da Lei 10.035 trouxe notório prejuízo ao fisco vez que, mitigou o prazo prescricional para cobrança de contribuições sociais, que anteriormente chegava aos vinte anos (art. 45 e 46 da Lei 8.212/91), para os dez dias contidos ao art. 879 da CLT.

---

[2] Pinto Martins, Sérgio – Direito Processual do Trabalho, 14ª Ed., p. 170.

[3] Batalha, Wilsom de Souza Campos – Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, Vol. I, p. 706, Ed. Ltr.

Argumenta o autor citado:

"... o direito tributário lida com dois prazos, um para constituição do direito e outro, na seqüência, para a exigibilidade do direito. Estatuem os artigos 173 e 174 do CTN que o '... direito de a Fazenda Pública constituir o Crédito Tributário extingue-se após cinco anos' ao passo que 'a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva'. A contribuição previdenciária, tributo que é, segue a mesma sorte, mas com prazos especiais existentes no Plano de Custeio. Apontam os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 que 'o Direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos ...' enquanto que 'o direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em dez anos'."

O novo art. 879 da Consolidação das Leis do Trabalho, no entanto, vai na contramão dessas prerrogativas do fisco. O art. 879 é o único a tratar da Liquidação de sentença trabalhista. Em sua nova redação determina que a liquidação abranja, também, o cálculo das contribuições previdenciárias: 'elaborada a conta pela parte ou pelos órgãos auxiliares da justiça do Trabalho, o juiz procederá a intimação por via postal do Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio do órgão competente, para manifestação *no prazo de dez dias, sob pena de preclusão'.* Caso a autarquia não consiga falar nos autos em dez dias, será operada a preclusão e nunca mais o órgão poderá questionar os valores calculados, as bases de cálculo ou as alíquotas. Nem se argumente que o prazo vale somente para aquele momento ou para aquela conta, pois o prazo é único e preclusivo".

Concessa venia, equivocada resta conclusão do Douto Magistrado. Confunde os conceitos de preclusão com os de prescrição e decadência. "Nunca mais" deter a possibilidade de questionar alíquotas e base de cálculo parece equivocado na medida em que, a Lei, o art. 879 da CLT em seu § 3º, menciona preclusão. Conforme já delineado alhures, a preclusão constitui perda de uma faculdade processual. É instituto de direito processual e, não material, como o são os institutos da prescrição e decadência. A preclusão geraria efeitos tão somente, em meio ao processo em que se operou. Nada impediria portanto que, *a posteriori,* auditor da Previdência Social levantasse o débito proveniente do pagamento de eventuais verbas de natureza salarial e, confeccionasse a NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, com posterior

inscrição em Dívida Ativa e ajuizamento do débito à Justiça Federal comum. De rigor reconhecer-se, no entanto, a impossibilidade de rediscutir-se a natureza das verbas adimplidas em eventual acordo. Portanto, não havendo recurso qualquer da decisão que homologa acordo contendo verbas de natureza indenizatória, não mais poder-se-á discutir a natureza dos valores pagos. Todavia, discriminadas verbas de natureza salarial, a constituição e cobrança de eventuais créditos tributários obedecerá regra prescricional contida aos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91.

E quanto à fase de liquidação? Como compreender a preclusão operada? Deferidas verbas de natureza salarial à sentença ou acórdão transitado em julgado, haveria a necessidade do Instituto manifestar-se acerca do valores indicados pelas partes a título de contribuição social. Intimado o Instituto e, transcorrido *in albis* o prazo de dez dias conferido pelo § 3º do art. 879, entende-se que poderá ainda, *a posteriori,* atuar o auditor fiscal no sentido de levantar os valores devidos e não pagos, a título de contribuição social incidente sobre as verbas salariais constante dos cálculos homologados pelo juízo.

Relevante se faz mencionar que o equívoco conceitual cometido não o fora tão somente pelo autor mencionado. Outras vozes se levantara nesse sentido.

Equívoco semelhante nota-se em meio ao texto acerca das "Execuções das Contribuições previdenciárias", de autoria do Professor e Magistrado do Trabalho César P. S. Machado Jr., inserido em meio ao Compêndio de Direito Processual do Trabalho organizado por Alice Monteiro de Barros, em Homenagem a Celso Agrícola Barbi. Expõe o referido autor:

> **"De agora em diante, temos duas competências para execução das contribuições sociais.**
>
> **Uma, genérica, da Justiça Federal, e outra, da Justiça do Trabalho, quanto às contribuições sociais derivadas das sentenças que proferir.**
>
> **Este ponto parece-me fundamental, e de conseqüências importantíssimas: a partir do art. 114, § 3º, da Constituição, a Justiça do Trabalho é a única competente para conhecimento e julgamento das questões referentes às contribuições previdenciárias oriundas de suas decisões, excluindo-se todas as demais, inclusive a da Justiça Federal.**

Assim, o INSS poderá ajuizar ações de execução contra empresas perante a Justiça Federal, referente a contribuições sociais diversas, exceto quanto essas contribuições resultarem das sentenças trabalhistas, quando a competência será exclusivamente da Justiça do Trabalho.

Com essa exclusão, o INSS deverá, obrigatoriamente, participar do processo de execução trabalhista, como parte, apresentando sua conta de liquidação, apresentando recursos, e tudo o mais que se fizer necessário para a obtenção de seus Direitos..."

Este segundo autor não fora mais feliz que o primeiro em sua análise. Defende, em suma, que a Justiça do Trabalho é a única competente para executar as contribuições que resultarem de suas decisões. A competência seria exclusiva.

A princípio, parece que a conclusão supra é fruto de interpretação meramente gramatical. Em que pese, de todas as formas de interpretação, ser a gramatical a mais pobre, servirá ainda assim, como introdução à análise porvir.

Pondere-se acerca do texto do § 3º do art. 114 da Constituição Federal:

§ 3º Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Observando-se o texto supra tem-se que, não há qualquer menção à exclusividade mencionada alhures pelo segundo autor. A Constituição Federal conferiu, estendeu a competência, originariamente pertencente à Justiça Federal comum, a fim de abarcar a Justiça do Trabalho. Pretendem ambos os autores, restringir os direitos, as faculdades conferidas à Autarquia Previdenciária, onde nem a Constituição, nem sequer a Lei o fizeram. Interpretação gramatical, portanto, não evidencia a competência exclusiva da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias.

Além da interpretação gramatical, a mais pobre das formas interpretativas, necessário ainda que se pondere acerca dos aspectos teleológicos ou finalísticos da norma em comento. Afinal, interessa considerar o que pretendia o legislador ao editar as normas sob análise, a *mens legislatoris*.

Diante das dificuldades arrecadatórias que enfrenta o Governo Federal, resta razoável concluir que o intuito, tanto da inserção do § 3º

ao 114 da CF, como da edição da Lei 10.035/2001, em última análise, foi tentar majorar a arrecadação. Será que a interpretação no sentido da inviabilidade da cobrança por outros meios se coaduna com a intenção notória do Legislador? Ou, talvez seja mais racional e juridicamente razoável, admitir-se a execução dos créditos previdenciários à Justiça do Trabalho como mais uma opção para cobrança e combate à sonegação fiscal?

Será razoável concluir que o legislador mitigou o prazo prescricional da constituição e cobrança das contribuições sociais de vinte anos (arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91), para 10 dias (§ 3º do art. 879 da CLT)?

Em recente artigo, o Profº Amauri Mascaro Nascimento fez relevante comentário, que vai ao encontro da conclusão supra. Observe-se:

> **"De outro lado, não será inviável interpretar a decisão Previdenciária da Justiça do Trabalho como de natureza incidental, portanto, provisória, sem impedir a rediscussão da mesma questão perante órgão próprio, a Justiça Federal, uma vez que a manifestação do Judiciário Trabalhista não poderá ter outra eficácia a não ser a de um pronunciamento sem o efeito de coisa julgada para o INSS, tanto nas conciliações, como declara a Lei, como também nas sentenças, mesmo sem uma expressa referência da lei, diante da natureza da matéria."**

Com base à argumentação despendida, conclui-se ser mais racional interpretar a execução das contribuições previdenciárias à Justiça do Trabalho, como mais uma opção para redução do déficit fiscal, que, hodiernamente, constrange o Governo Federal, restando portanto viável a cobrança de eventuais créditos à Justiça Federal.

---

* Procurador Federal da Previdência Social, lotado em São Bernardo do Campo, especializado em Direito Processual Constitucional pela Universidade Católica de Santos.

❖ ❖ ❖

O TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR À LEI 8.213/91: CONTAGEM SIMPLES E CONTAGEM RECÍPROCA

***R**oberto **L**uis **L**uchi **D**emo **

Sumário: 1. Intróito; 2. Problematização; 3. Contagem simples; 4. Contagem recíproca; 5. Epílogo.

1. Intróito

O Brasil já foi um país com população eminentemente rural. Recente, a industrialização, a mecanização da agricultura e a opção política dos sucessivos Governos mudaram esse panorama: dos 169.590.693 brasileiros, 137.755.550 vivem, hoje, na zona urbana[1]. Este contexto evidencia uma realidade: grande parte dos segurados que hoje pretendem aposentar-se estão desenvolvendo atividade urbana[2] e pretendem contar o tempo de serviço rural na concessão de aposentadoria por tempo de contribuição [antiga aposentadoria por tempo de serviço].

2. Problematização

É dado que nos sistemas previdenciários anteriores [Decreto 83.080/79 e Decreto 89.312/84], havia separação entre os regimes de previdência social urbana e rural[3]. Entre as distinções, importa que, neste, não havia o benefício de aposentadoria por tempo de serviço ao trabalhador rural [art. 292, Decreto 83.080/79], como era assegurado ao trabalhador urbano naquele [art. 25, I, e, Decreto 83.080/79 e art. 17, I, d, CLPS/84].

A situação se modificou com a edição da Lei 8.213/91, que unificou os regimes, assegurando, também, aos trabalhadores rurais, a aposentadoria por tempo de serviço [art. 39, II], contando o tempo de serviço rural **posterior à Lei 8.213/91**, desde que haja o recolhimento, além da vetusta contribuição obrigatória sobre a produção rural [posta no art. 76, I, Decreto

1 fonte: IBGE – censo 2000

2 para o ano de 1998, dos 9.271.557 brasileiros que têm 55 a 64 anos, 7.346.904 vivem na zona urbana [fonte: Anuário Estatístico da Previdência Social – 1999]

3 a partir da edição do Decreto 89.312/84 – Consolidação das Leis da Previdência Social de 1984 ou CLPS/84, a previdência social urbana passou a ser regulamentada por esse diploma, enquanto a previdência social rural continuou sob a égide do Decreto 83.080/79.

83.081/79 e no art. 25, I, Lei 8.213/91], da contribuição facultativa [art. 25, § 1º, Lei 8.213/91]:

> 'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONTRIBUIÇÃO FACULTATIVA E OBRIGATÓRIA. LEI Nº 8.213/91. DEC. 2.173/97.
>
> *A contribuição sobre percentual retirado da receita bruta da comercialização da produção rural, considerada como obrigatória, não garante ao segurado especial a aposentadoria por tempo de serviço. Tal benefício, conforme se depreende do exame dos arts. 11, inciso VII, e 39, I e II, da Lei nº 8.213/91, tem sua concessão condicionada ao recolhimento facultativo de contribuições, estas disciplinadas no art. 23 do Dec. 2.173/97, e substancialmente diversas daquelas efetuadas sobre a produção rural – art. 24 do mesmo decreto. Recurso provido'*
>
> [STJ, RESP 279477/SP, FELIX FISCHER, 5ª T, DJ 04.12.00]

E o tempo de serviço rural **anterior à Lei 8.213/91**, pode ser contado para fins de aposentadoria por tempo de serviço? Sim: '*Segundo precedente do colendo Supremo Tribunal Federal, "a aposentadoria na atividade urbana mediante junção do tempo de serviço rural* ***somente é devida a partir de 5 de abril de l991****, isto por força do dispositivo no artigo 145 da Lei 8.213/9l, e na Lei 8.212/91, no que implicaram a modificação, estritamente legal, do quadro decorrente da Consolidação das Leis da Previdência Social – Decreto nº 89.3l2/84."* [STJ, ROMS 11.583/SC, FELIX FISCHER, DJ 29.05.00].

Surge a questão: necessário indenização desse tempo de serviço rural anterior à Lei 8.213/91? Daí, relevante distinguir qual o regime de previdência em que o segurado se aposenta: geral – que ampara, de regra, os trabalhadores da iniciativa privada, está a cargo do INSS e é regido pela Lei 8.213/91, ou próprio – que ampara, de regra, os servidores públicos, está a cargo das pessoas políticas e é regido pelas Leis 9.717/98 e 9.796/99. Assim, porque **diversos são os regimes jurídicos aplicáveis**. No primeiro caso, há dispensa de indenização; no segundo, há sua exigência.

De efeito.

3. Contagem simples

Vinculado o segurado ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, no momento da aquisição do direito à aposentadoria, tem-se **contagem simples** de tempo de serviço rural. Aplica-se o art. 55, § 2º, Lei 8.213/91, na redação da Lei 9.528/97, *verbis*: *'O tempo de serviço do*

segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ela correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento'.

Ressalto: esta norma foi alterada pela MP 1.523/96, que restringiu o cômputo *'exclusivamente para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo'*. Ocorre que o STF, no julgamento da ADIMC 1.664/UF, suspendeu a eficácia dessa expressão. Sinalizada a ilegitimidade da restrição, a Lei 9.528/97, lei de conversão da MP 1.523, restaurou sua redação original, suso transcrita.

Cai a talho a jurisprudência:

'AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO. DESNECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO.

1. A averbação do tempo de serviço pretendida constitui algo mais que a conseqüência lógica do julgado declaratório.

2. O tempo de serviço agrícola anterior à competência de 1991 não está condicionado ao pagamento da indenização legal para fins de percepção de aposentadoria por tempo de serviço pela soma de atividades agrícolas e ***urbanas desenvolvidas na área privada****'.*

[TRF 4, AI 1999.04.01.085606-3/RS, VIRGINIA SCHEIBE, 5ª T, DJ 10.05.00]

4. Contagem recíproca

No segundo caso, está-se diante da **contagem recíproca** de tempo de serviço, *i.e.*, aquela que se dá entre diferentes regimes previdenciários oficiais: de um lado, o regime próprio da Administração Pública e, de outro, o regime geral da atividade privada. O fundamento desse instituto está na Constituição Federal: art. 202, § 2º, e, após a EC 20/98, art. 201, § 9º, *verbis*: *'Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.'*[4]

Se a atividade urbana é na atividade privada, não se está diante de contagem recíproca propriamente dita, nem a hipótese subsume-se ao art. 202, § 9º, CF/88:

[4] o § 9º na atual versão apenas substitui o vocábulo '**sistemas** de previdência social' do antigo § 2º, por '**regimes** de previdência social'.

'Começo, nesse ponto, por observar que a contagem instituída pelo § 2º do art. 202 da Constituição (e para a qual expressamente exige esta a compensação financeira e a contribuição) tem, como pólos da reciprocidade, ***de um lado, a administração pública, de outro, a atividade privada, aqui compreendidas tanto a rural como a urbana****. Foi o que já ficou, aliás, muito bem esclarecido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal, em acórdão de que foi relator o eminente Ministro MARCO AURÉLIO [RE 162.620, RTJ 158/243]*

[...]

O mesmo, entretanto, não sucede com a comunicação dos períodos – ambos de atividade privada – de trabalho urbano e rural*, soma que, além de não se subordinar aos pressupostos expressos no citado § 2º do art. 202 (compensação financeira e contribuição), revela-se claramente vinculada aos princípios da uniformidade e equivalência entre os benefícios às populações urbanas e rurais, resultantes do mandamento constante do parágrafo único do art. 194 da Constituição'*

[STF, ADIMC 1.664/UF, DJ 19.12.97, OCTAVIO GALLOTI, voto do Relator]

A legislação previdenciária evolui na direção de um **sistema nacional único de proteção social,** ainda não alcançado. Logo, não haverá contagem recíproca. Mas, na sua persistência, é manifesta a *mens legis*: *'A regra de reciprocidade prevista no § 2º do artigo 202 da Constituição Federal é* ***restrita ao tempo de contribuição*** *na administração pública e na atividade privada. A referência às espécies rural e urbana informa a abrangência nesta última'* [STF, RE 148510-8/SP, MARCO AURÉLIO, J 31.10.94].

Por isso, *'parece lícito extrair que, para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada,* ***não pode ser dispensada a prova de contribuição****, pouco importando – diante desse explícito requisito constitucional – que de contribuir houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição'* [STF, ADIMC 1.664/UF, DJ 19.12.97, OCTAVIO GALLOTTI, voto do Relator].

Em face da necessidade de recolhimento de contribuição, o art. 94, Lei nº 8.213/91, na redação da Lei nº 9.711/98, referencia não a contagem recíproca de tempo de serviço, mas a contagem recíproca **do tempo de contribuição**, *verbis*: *'Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a* ***contagem recíproca do tempo de contribuição*** *na atividade privada, rural e urbana,*

e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente'.

A legitimidade desta norma foi pontificada pelo STF: *'o Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de medida cautelar de suspensão da eficácia da expressão "de contribuição", inscrita no art. 94 da Lei nº 8.213/91[...] com a redação dada pelo art. 24, Lei nº 9.711/98'* [STF, ADIMC 1.891/UF, MOREIRA ALVES, Plenário, j. 12.05.99 – o acórdão ainda não está disponível, fonte: Awww.stf.gov.br/din].

Por isso, positivada a sistemática de indenização: *'o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de zero vírgula cinco por cento ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento.'* [art. 96, IV, Lei nº 8.213/91, na redação da MP 2.187/01].

No STJ, a 5ª Turma sempre acolheu a orientação do STF, entendendo que o recolhimento das contribuições relativas ao período rural é essencial para a contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria estatutária [*v.g.*, ROMS 10549-SC, GILSON DIPP, DJ 04.10.00]. A 6ª Turma, inicialmente dispensava a contribuição, porém, a partir do ROMS 1043, convergiu à 5ª Turma e ao STF:

> *'PREVIDENCIÁRIO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NA ATIVIDADE RURAL. CF, § 2º, ART. 202. ARTIGO 55, § 2º DA LEI 8.213/91. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/96. AUSÊNCIA DE PROVA DE CONTRIBUIÇÃO.*
>
> *– A regra da reciprocidade inscrita no parágrafo 2º, do artigo 202, da Carta da República, assegura, para fins de aposentadoria, a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada mediante um sistema de compensação financeira – A utilização do tempo de serviço prestado como trabalhador rural antes da entrada em vigor da Lei nº 8.213/91, para fins de contagem recíproca, condiciona-se, segundo a letra de artigo 55, § 2º, à comprovação do recolhimento das contribuições sociais do período de referência, como preconizado na redação que lhe foi conferida pela Medida Provisória nº 1.523/96.*
>
> *– Recurso ordinário desprovido.'*
>
> [STJ, ROMS 1043/SC, VICENTE LEAL, 6ª T, DJ 19.02.01]

'ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ATIVIDADE RURAL EXERCIDA EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR ANTES DA LEI 8.213/91. CONTAGEM PARA FINS DE APOSENTADORIA.

1. O aproveitamento do tempo de serviço rural, para fins de contagem recíproca e obtenção de aposentadoria por tempo de serviço, é possível, tão-somente, a partir de 05 de abril de 1991 [art. 145 da Lei nº 8.213/91], salvo nos casos de comprovação do recolhimento das contribuições nas épocas próprias. Precedentes.

2. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido'.

[STJ, RESP 286.243/RS, FERNANDO GONÇALVES, 6ª T, DJ 04.06.01]

Hoje, a matéria é pacífica no âmbito da 3ª Seção do STJ:

'AÇÃO RESCISÓRIA. 485, V, DO CPC. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. SERVIÇO PÚBLICO. ATIVIDADE RURAL. CONTRIBUIÇÃO.

I – Não se aplica a Súmula 343 do STF, pois não havia controvérsia acerca do tema objeto dessa ação.

II – Segundo precedente do colendo Supremo Tribunal Federal, a aposentadoria na atividade urbana mediante junção do tempo de serviço rural somente é devida a partir de 5 de abril de 1991, isto por força do disposto no artigo 145 da Lei nº 8.213/91, e na Lei nº 8.212/91, no que implicaram a modificação, estritamente legal, do quadro decorrente da Consolidação das Leis da Previdência Social – Decreto 98.312/84.

*III – **Para fins de aposentadoria no serviço público, a contagem recíproca admitida é a do tempo de contribuição no âmbito da iniciativa privada com a do serviço público, não se podendo confundir, destarte, com a simples comprovação de tempo de serviço. Indispensáveis, portanto, as contribuições pertinentes ao tempo em que exercida a atividade privada.***

Ação rescisória procedente.'

[STJ, AR 1.382/SC, FELIX FISCHER, 3ª SEÇÃO, DJ 09.05.01]

Nem se argumente, para arrostar a legitimidade da contribuição/indenização, com a multicitada ADIMC 1.664, como sói acontecer na maioria das decisões judiciais de primeira e segunda instâncias. É que o STF, apreciando a ADIMC 1.664/UF, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia da expressão "exclusivamente para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo",

contida na Lei nº 8.213/91, art. 55, § 2º, com a redação dada pela MP 1.523/96, **mantendo a parte final do dispositivo que veda a utilização do tempo de serviço rural anterior à data mencionada para efeito de contagem recíproca, sem a comprovação das respectivas contribuições.** Está na ementa deste acórdão:

> *'PREVIDÊNCIA SOCIAL. Relevância jurídica da impugnação, perante os artigos 194, parágrafo único, I, 201, caput e § 1º e 202, I, todos da Constituição, da proibição de acumular a aposentadoria por idade, do regime geral da previdência, com a de qualquer outro regime [redação dada, ao art. 48 da Lei nº 8.213-91, pela Medida Provisória nº 1.523-13/1997].*
>
> *Trabalhador rural. Plausibilidade da argüição de inconstitucionalidade da exigência de contribuições anteriores ao período em que passou ela a ser exigível,* ***justificando-se ao primeiro exame essa restrição apenas em relação à contagem recíproca de tempo de serviço público*** *[artigos 194, parágrafo único, I e II, e 202, § 20, da Constituição, e redação dada aos artigos 55, § 20, 96, IV e 107 da Lei nº 8.213-91, pela Medida Provisória nº 1523-13-97].*
>
> *Medida cautelar parcialmente deferida'*
>
> [STF, ADIMC 1.664/UF, DJ 19.12.97, OCTAVIO GALLOTI]

5. Epílogo

Portanto, a **contagem recíproca** do tempo de serviço rural, *i.e.*, com vistas à aposentação por tempo de serviço [atual aposentadoria por tempo de contribuição] na Administração Pública, exige indenização. Neste passo, legítimo condicionar a expedição, por parte do INSS, de certidão de tempo de serviço – CTS rural ao prévio e respectivo recolhimento da contribuição/indenização. Entender e divulgar o contrário é insinuar um falso direito ao segurado, com prejuízos quiçá irreparáveis. Basta imaginar um funcionário público que, contando 63 anos de idade, obtenha liminar em mandado de segurança para fins de expedição de CTS rural sem indenização, aposente-se e, após 7 anos, a decisão vem a ser reformada pelo STJ ou pelo STF, denegando a ordem. Esse funcionário ficará sem a aposentadoria integral e não poderá retornar ao serviço público em face da idade [art. 40, § 1º, II, CF, na redação da EC 20/98].

* Procurador Federal e Chefe da Consultoria Jurídica do INSS em Cascavel/PR.

❖ ❖ ❖

DIREITO E CINEMA: TEMPO DE MATAR

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

A valorização da cultura popular é tema que informa a contemporaneidade. Promove-se abordagem com sabor erudito, analisando-se manifestações culturais de massa. Constata-se certa *macdonaldização* da existência, que perdeu referências num mundo vegetariano[1]. O direito, tema afeto a manipulações ideológicas mais conservadoras, carece permitir-se análise suscitadora de hermenêutica menos dogmática e mais redefinidora de razão substancialmente crítica e ontologicamente não cartesiana. Cuida-se de mais uma apropriação quotidiana dos produtos da comunicação de massa[2], admitindo-se também o jurídico como bem de consumo[3], numa sociedade pretensamente pluralista.

Como o amor, aventura, destino, religião, amizade, morte, guerra e arte ela mesma, o direito é tema comum à existência humana[4]. Suscita curiosidade, medo, angústia, propiciando temas, enredos, roteiros para o cinema, a lanterna mágica, que matizou o século XX, testemunhando-o, documentando-o[5], historiando-o[6]. Assim como a literatura presta-se a avaliar o direito[7], potencializando interdisciplinariedade e relação didática pós-moderna[8], deve o cinema também concebê-lo, dada sua inegável influência na vida hodierna[9]. O cinema é reflexão estética, representando, estilizando, conhecendo, construindo, impressionando, percebendo: é corpo

1 Thomas Dockerty, Postmodernism, A Reader, pág. XIII.

2 John B. Thomson, Ideologia e Cultura Moderna, p. 402 e ss.

3 Percebe-se o direito como bem de consumo na venda de livros, revistas, softwares, vestes talares, apropriadas para o fôro, apostilas, cursos, cursos preparatórios, serviços advocatícios.

4 Richard A. Posner, Law and Literature, pág. 19.

5 A relação do cinema com o século XX pode ser estudada em Emmanuelle Toulet, O Cinema, Invenção do Século.

6 A relação entre história e cinema pode ser estudada em Mariza de Carvalho Soares e Jorge Ferreira, A História vai ao Cinema. Vários historiadores comentam filmes brasileiros com entroncamento histórico, como Eternamente Pagu, Carlota Joaquina, entre outros.

7 Bruce L. Rockwood, Law and Literature Perspectives e Arnaldo Moraes Godoy, Direito e Literatura: Anatomia de um Desencanto – Desilusão Jurídica em Monteiro Lobato.

8 Thomas Morawetz, Law and Literature, **in** A Companion to Phylosophy of Law and Legal Theory, p. 455.

9 Aníbal M. Machado, A Arte de Viver e outras artes, p. 146 e ss.

animado[10]. Naturais diferenças de apreciações espelham divisões sociais, não colocando em dúvida legitimidade de valores e querelas a propósito da posteridade[11].

Desconfiar das estéticas da cultura de massa é a receita de Adorno, para quem, *"(...) os bangue-bangues e enlatados policiais estandardizados, para não falar do humor alemão e dos filmes ufanistas, são ainda muito piores do que os melhores da lista oficial. Na cultura integral não se pode nem mais confiar em sua borra"*[12]. A razão iluminista, informadora do direito da tradição ocidental, desconstruída por razão discursiva, comunicativa, de orientação habermasiana[13], exige crença em mitos que se propunha a destruir[14]. A racionalidade comunicativa amplia a aceitação de valores culturais[15]. A enunciada desconfiança de Adorno, dialeticamente contrariada pelo espectro comunicativo de Habermas, justifica o presente estudo. A cultura contemporânea vive uma era do cinema, que aliena e desagrega construídos modernos, a valermo-nos de perspectivas mais extremistas[16]. A discussão a propósito da validade do cinema para informar categorias de jurisprudência é, no fundo, tema de hermenêutica. Como já assinalado por Dworkin, a descoberta do significado de um texto é hipótese estética, integrativa, que transita da intenção do autor para o destinatário da obra: a interpretação cria o texto[17]. O cinema é tessitura informativa, tem linguagem própria, pictórica, iconográfica, plástica, contextual, forma, exposição; é arte, também como idéia[18].

Necessária ainda cisão entre práticas hollywoodianas e alternativas do cinema[19]. Ambas sintonizam-se com o conceito benjaminiano de reprodutividade[20]. O cinema lê nossos tempos, essa modernidade, preocupação nascida das sombras do iluminismo, abordada por Nietzsche

[10] Alfredo Bosi, Reflexões Sobre a Arte, p. 49 e ss.

[11] André Richard, A Crítica da Arte, p. 115.

[12] Theodor W. Adorno, Notas sobre o filme, **in** Sociologia, p. 100 e ss.

[13] Jürgen Habermas, Direito e Democracia, entre facticidade e validade, vol. I, p. 21.

[14] J.M. Bernstein, Adorno, Disenchaintment and Ethics, p. 90 e ss.

[15] Georgia Warnke, Communicative Rationality and Cultural Values, **in** The Cambridge Companion to Habermas, p. 120 e ss.

[16] Arnold Hauser, História Social da Arte e da Literatura, p. 959.

[17] Ronald Dworkin, Uma Questão de Princípio, p. 221 e ss.

[18] Walter Benjamin, O Conceito de Crítica de Arte no Romantismo Alemão, p. 94.

[19] Steven Connor, Cultura Pós-Moderna, p. 142.

[20] David Harvey, Condição Pós-Moderna, p. 311.

e Weber[21]. Assim, Hitchcock, Bergman, Kurosawa, Fellini[22], Almodóvar, Zeffirelli, Fassbinder, Kazan, Tarantino, Pasolini, Resnais, Eisenstein lêem o mundo da justiça, tão legitimados quanto diretores menos herméticos, a exemplo de Schumacher, Altman, Capra, Coppola, Stone, ou obcecados com o justo, como Costa-Gravas, que transita do vanguardismo político de "*Z*", no qual o cineasta grego denuncia a ditadura dos coronéis (tema de feitio latino-americano), para revisionismo de "*Seção Especial de Justiça*". Nesse filme, retrata pressões sobre magistrados franceses, durante a ocupação nazista, para que condenassem à morte seis homens, em retaliação a atentado cometido pela resistência[23].

Imbricado com outros movimentos estéticos de época, como o surrealismo[24], o cinema é forma de escrita da história, assimilando material visual, historiando imagens[25]. Traduzindo opiniões, sentimentos, o cinema é testemunho de uma tradição. Exemplificativamente, é comum admitirmos que a indústria cinematográfica americana desenhou homens gentis e escravos felizes, falsificando tensões raciais[26], assertiva que transborda como axioma, por conta de portentosa produção iconográfica em torno da Guerra de Secessão. Presta-se o cinema a tudo querer ler e interpretar.

Bem entendido, o cinema matiza o evento de julgar, possibilitando compreensão de categorias definidas por Antoine Garapon em seu instigante livro[27]. Nas telas acondicionam-se espaço, tempo, toga, atores, gesto, discurso e ritual forenses. Faz-se arqueologia jurídica, ensejadora de topografia judiciária, tópica do sujeito jurisdicizante. Encena-se o conflito. Redesenha-se espaço judiciário, vulgarizando-se o drama da justiça.

O cinema focaliza enredos preocupados com o justo, com a ética, com jurisprudência pretensamente universal. Condiciona filmes de explícita referência jurídica (como "*Tempo de Matar*", "*A Qualquer Preço*", "*A Firma*"), a par de oxigenar alusões implícitas, secundárias, percebidas numa grande variedade de obras, como "*Pixote*", "*Passagem para a Índia*", entre tantas. Descreve rituais judiciários de muitas e distintas tradições, presentes e

[21] Barry Smart, A Pós-Modernidade, p. 109.

[22] Fredric Jameson, Pós-Modernismo, p. 92.

[23] Almir Coutinho Pollig, VideoBrok 2001, p. 449.

[24] Eric Hobsbawn, Age of Extremes, p. 180.

[25] Ivan Gaskell, História das Imagens, **in** Peter Burke, A Escrita da História, p. 237 e ss.

[26] É o tema do livro de Bruce Chadwick, "The Real Civil War", resenhado na Folha de São Paulo por James M. McPherson em "Homens Gentis, Escravos Felizes", 11 de novembro de 2001.

[27] Antoine Garapon, Bem Julgar, Ensaio sobre o Ritual Judiciário.

pretéritas (a exemplo de "*Letra Escarlate*"). Promove miríade de concepções, criações, variações. Acena com interminável banquete de referências. É inesgotável repertório retórico. O cinema estimula a compreensão do direito.

"*Tempo de Matar*" é filme baseado em novela de John Grishan ("*A Time to Kill*"). Dirigido por Joel Schumacher, é estrelado por Matthew McConaughey (advogado idealista), Sandra Bullock (estagiária que busca na causa solução para suas atribulações existenciais), Kevin Spacey (promotor público preocupado com os dividendos políticos que colheria no caso). Samuel L. Jackson protagoniza o negro injustiçado. O canadense Donald Sutherland representa o advogado alcoolista. Seu filho, Kiefer Sutherland, o sulista chauvinista e racista que aderiu à *Klu Klux Khan*. A obra trata de conflitos sociais, racistas, em ambiente de muita tensão, que a jurisprudência norte-americana estigmatizou como discurso da década de decisão[28].

A narrativa é dinâmica, rápida, reproduzindo clichês e lugares-comuns da tópica judiciária. Dois rapazes (brancos) embriagados correm com uma caminhonete, jogando garrafas num moço negro. Criam caso em mercearia de afroamericanos. Violentam mocinha de cor, Tonya, que, encontrada, foi internada, em estado de choque. O filme passa-se numa pequena cidade do sul dos Estados Unidos. Prenderam os criminosos. O pai da menina, prevendo que iria vingar a violência feita contra sua filha, incrédulo da justiça dos brancos, procurou advogado, pedindo ajuda, ainda antes de consumar a vingança, avisando que tomaria providências. Desconfiado de que a justiça absolveria os moços que estupraram sua filha, o pai da menina assassina-os em pleno tribunal. Feriu também um policial, cuja perna será posteriormente amputada.

O advogado defensor do pai vingador passa a receber ameaças de setores mais conservadores da cidade, liderados pelo irmão de um dos rapazes que fora assassinado. Grupos de defesa de direitos civis sugerem que o criminoso mude de advogado. Em atitude firme, mantém-se aliado do jovem causídico, que busca conselho com um advogado que bebia, que fora seu professor, e que estava impedido de atuar em juízo, certamente por problemas decorrentes do alcoolismo. As pressões fazem com que a mulher do advogado e sua filha deixem a cidade. Dada a dificuldade em se constituir corpo de jurados imparcial, tenta a defesa desaforar o feito. O juiz chama o defensor do assassino em sua casa, adiantando que indeferirá o pedido, de certa forma deixando entender que não é simpático às teses da defesa.

[28] G. Theodore Mitau, Decade of Decision.

Tumulto ocorrido em frente ao tribunal caracteriza tensões sociais que o processo suscita. Um membro da *Klan* é queimado vivo, atingido por um coquetel molotov. A casa do advogado de defesa é queimada. Os jurados tendem a condenar o réu, que morreria na câmara de gás. Policial ferido testemunha em favor do acusado. Descobre-se que médico que fizera avaliação do mesmo, dizendo-o inimputável, fora condenado por estupro. A condução do processo, fio central da narrativa, indica que a condenação do réu é iminente. Não há mais recursos técnicos, que possam alterar ao desdobramento dos acontecimentos. Apenas um evento ***Deus ex machina*** poderia redirecionar os fatos.

O advogado de defesa, que é branco, intui que deve pensar como membro da classe dominante. Sem mais argumentos jurídicos, restam-lhe recursos de retórica. Deve convencer o corpo de jurados, discursando como falaria para convencer a si mesmo. Pede que fechem os olhos e narra o estupro da filha do réu, passo a passo, com impressionante riqueza de pormenores. Quando da conclusão de sua fala, pede que imaginem que a menina violentada é branca e em seguida ordena que abram os olhos. A comoção é geral. O recurso de oratória utilizado foi eficiente e o réu foi inocentado. Não havia regras específicas que protegessem o acusado, que foi socorrido por artificial construção argumentativa, determinante de reflexões em torno do compromisso do orador com a verdade.

O filme desafia construído cultural propagandístico que acredita que americanos são cientes de seus direitos, como se estivessem no sangue, epidérmicos, vividos cotidianamente[29]. O procedimento insinua certa corrupção, indireta, o chamado lado escuro da tradição jurídica ocidental[30]. Apela para a possibilidade de não se cumprir a lei qual conduta qualificada por imaginário direito potestativo[31]; o réu fora legitimidado por ter assassinado os estupradores de sua filha. Tem-se a impressão de que a morosidade procedimental e a iniqüidade processual justificariam justiça pelas próprias mãos.

Ciente dos direitos do réu, seu advogado evitou o "*plea-bargaining system*", através do qual o réu confessa em benefício da diminuição do castigo[32]. Eventual confissão substituiria a pena de morte pela prisão perpétua. O advogado apresenta-se como idealista, sem demonstrar

[29] Louis Henkin, The Age of Rights, p. 143.

[30] H. Patrick Glenn, Legal Traditions of the World, p. 245.

[31] Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, p. 186.

[32] Roland Sèroussi, Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano, p. 150.

excessiva preocupação com dinheiro[33], embora esteja à beira da insolvência. O juiz é típico modelo olímpico, cuja aparente distância disfarça perigosas relações políticas[34], e sua aversão a alguns precedentes[35] confirma a observação.

Na tipologia de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o advogado de defesa argumenta ***ad rem***, ou ***ad humanitatem***, recurso também chamado ***a causa***, depositando a validade da tese na demonstração das causas do fenômeno[36]. O assassinato fora determinado pela violência sofrida pela filha do réu. A persuasão emocional exerceu papel eficiente, harmonizando o irracional com a realidade fática[37]. Na tipologia proposta por Maria Francisca Carneiro, constata-se que o advogado de defesa centrou-se em sua imagem (física e moral), na postura e na mais obsessiva objetividade[38]. Ganhou a causa.

"*Tempo de Matar*" presta-se a acenar com a justiça como supremo valor, sobrepondo-a à dogmática que a condiciona. Invoca vetustas teses jusnaturalistas, acenando porém para o consenso como condição de sobrevivência e aceitação do jurídico. O drama judicial é embate dialético, cuja síntese é oxigenada pela honra e pelo poder de persuasão, num mundo dividido entre bandidos e mocinhos. Tudo muito norte-americano. A indústria cultural apodera-se da imaginação estética, reformatando conteúdos morais, reduzindo os conflitos que agitam a existência à eficiência de um discurso piegas.

---

[33] Albert J. Beveridge, The Young Lawyer and His Beginnings, **in** Arthur T. Vanderbilt, Studying Law, p. 17.

[34] Allan B. Morrison, Courts, **in** Fundamentals of American Law, p. 57 e ss.

[35] E. Allan Farnsworth, An Introduction to the Legal System of the United States, p. 52 e ss.

[36] Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Introdução ao Estudo do Direito, p. 340.

[37] Maria Francisca Carneiro, Fabiana Galena Severo e Koren Éler, Teoria e Prática da Argumentação Jurídica, p. 133 e ss.

[38] Maria Francisca Carneiro, op. cit., p. 142.

Bibliografia

ADORNO, Theodor W. *Sociologia.* Coordenação de Florestan Fernandes. São Paulo: Ática, 1994. Tradução de Flávio R. Kothe, Aldo Onesti e Amélia Cohn.

BENJAMIN, Walter. *O Conceito de Crítica de Arte no Romantismo Alemão.* São Paulo: Iluminura, 1999. Tradução de Márcio Seligmann Silva.

BERNSTEIN, J.M. *Adorno, Disenchantment and Ethics.* New York: Cambridge University Press, 2001.

BOSI, Alfredo. *Reflexões sobre a Arte.* São Paulo: Ática, 1995.

BURKE, Peter (org.). *A Escrita da História.* São Paulo: UNESP, 1992. Tradução de Magda Lopes.

CARNEIRO, Maria Francisca. *Teoria e Prática da Argumentação Jurídica.* Curitiba: Juruá, 1999.

CHALITA, Gabriel. *A Sedução do Discurso*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CONNOR, Steven. *Cultura Pós-Moderna.* São Paulo: Loyola, 1993. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves.

DOCHERTY, Thomas. *Postmodernism, a Reader.* New York: Columbia University Press, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harward University Press, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio.* São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução de Luis Carlos Borges.

FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States.* New York: Oceana, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Atlas, 1994.

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar. Ensaio sobre o Ritual Judiciário.* Lisboa: Piaget, s.d.. Tradução de Pedro Filipe Henriques.

GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World.* New York: Oxford University Press, 2000.

GODOY, Arnaldo Moraes. *Literatura e Direito: Anatomia de um Desencanto. Desilusão Jurídica em Monteiro Lobato.* Dissertação de Mestrado. **Mimeo**. PUC – São Paulo, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna.* São Paulo: Loyola, 1994. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves.

HAUSER, Arnold. *História Social da Arte e da Literatura.* São Paulo: Martins Fontes, 1995. Tradução de Álvaro Cabral.

HENKIN, Louis. *The Age of Rights.* Hew York: Columbia University Press, 1990.

HOBSBAWN, Eric. *Age of Extremes*. London: Abacus, 2000.

JAMESON, Fredric. *Pós-Modernismo.* São Paulo: Ática, 1996. Tradução de Maria Elisa Cevasco.

MACHADO, Aníbal M.. *A Arte de Viver e Outras Artes.* Rio de Janeiro: Grafia Editorial, 1994.

MITAU, G. Theodore. *Decade of Decision.* New York: Charles Scribner's Sons, 1967.

MORRISON, Allan B.. *Fundamentals of American Law.* New York: Oxford University Press, 2000.

PATERSON, Dennis. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory.* Malden: Blackwell Publishers Inc, 2001.

POLLIG, Almir Coutinho (dir.). *Video Book 2001.* Rio de Janeiro: Fotomática, 2001.

POSNER, Richard A.. *Law and Literature.* Cambridge: Harward University Press, 1998.

RICHARD, André. *A Crítica da Arte.* São Paulo: Martins Fontes, 1988. Tradução de Maria Salete Bento Cicaroni.

ROCKWOOD, Bruce L. *Law and Literature Perspectives.* New York: Peter Lang, 1998.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano.* São Paulo: Landy, 2001. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro.

SMART, Barry. *A Pós-Modernidade.* Lisboa: Europa-América, 1993. Sem indicação da tradução.

SOARES, Mariza de Carvalho e FERREIRA, Jorge. *A História vai ao Cinema.* Rio de Janeiro: Record, 2001.

THOMPSON, John B. *Ideologia e Cultura Moderna.* Petrópolis: Vozes, 2000. Tradução de Carmen Grisci e outros.

TOULET, Emmanuelle. *Cinema, Invenção do Século.* S.L.: Objetiva, 1988. Tradução de Eduardo Brandão.

VANDERBILT, Arthur T.. *Studying Law.* New York: Washinghton square Publishing, 1946.

WHITE, Stephen K.. *The Cambridge Companion to Habermas.* New York: Cambridge University Press, 1999.

* Procurador da Fazenda Nacional, Mestre e Doutorando em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC-SP.

❖ ❖ ❖

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL

L**uís **C**arlos **F**agundes **V**ianna * *

I. Prólogo II. Razões de controle da constitucionalidade. III. Modelos de controle. IV. A inconstitucionalidade. V. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Federal. VI. Conclusão. VII. Bibliografia.

Prólogo

É consabido que o modelo jurídico nacional, centrado na legalidade, caracteriza-se por intensa atividade legislativa onde se nota verdadeiro furor legiferante. Nesse contexto, extremamente dinâmico do ponto de vista legal, avulta a importância da ação direta de inconstitucionalidade como instrumento efetivo de controle de constitucionalidade das leis federais.

Nesta linha de idéias, pretende-se, neste trabalho, investigar a ADIn, a partir do quadro doutrinário e jurisprudencial atual, sem perder de vista a problematização básica que o tema suscita, qual seja, sua inserção no sistema de controle de constitucionalidade nacional, além, evidentemente,

de lançar breve olhado às situações jurídicas alvo de controle pela ação, bem como os efeitos e o procedimento para declaração de inconstitucionalidade.

O adequado enfrentamento do tema, por óbvio, requer o exame, ainda que superficial, de questões tais como as razões, os sistemas e a evolução histórica do controle de constitucionalidade.

Desta feita, principia-se este trabalho tecendo algumas considerações sobre a supremacia da Constituição, bem como as razões e os modelos de controle. Segue-se, em linhas rápidas, a evolução histórica onde se evidencia o aparecimento das características fundamentais do sistema nacional de controle de constitucionalidade. Num quarto momento, enfoca-se a inconstitucionalidade, tema não muito abordado pela doutrina nacional que prefere fixar-se nos seus efeitos. Por fim, alinha-se algumas questões relevantes no trato da ação direta de inconstitucionalidade.

RAZÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Supremacia da Constituição

Conceituar Constituição não é tarefa fácil vez que se trata de termo equívoco, possuindo, pois, mais de um sentido. Em sentido sociológico, ensina Ferdinand Lassale citado pelo prof. Celso Bastos, que a "Constituição é, em essência, a soma de fatores reais do poder que regem o país; forças de cunho político, religioso, econômico, ativas e eficazes o bastante para informar todas as leis e instituições jurídicas de uma sociedade".[1] Em sentido político, para Carl Schimitt, citado pelo prof. José Afonso da Silva "é a decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política".[2] Em sentido jurídico, concepção liderada por Hans Kelsen, é "norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica."[3]

Estas concepções, no entanto, para o prof. José Afonso da Silva, pecam pela unilateralidade. Consoante ensinamento do mencionado mestre, "Constituição é algo que tem como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); como fim,

[1] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo; Saraiva, 1998, p. 43.

[2] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 38.

[3] Apud SILVA, idem.

a realização de valores humanos que apontam para o existir da comunidade; e finalmente, como causa criadora e recriadora, poder que emana do povo."[4]

De tal conceito resulta claro que as normas constitucionais situam-se acima das demais normas jurídicas, sendo essa preeminência que constitui o princípio da supremacia da Constituição. Em verdade, a "supremacia da Constituição decorre de sua origem, provindo de um poder que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso denominado Poder Constituinte".[5]

Controle de Constitucionalidade

A supremacia da Constituição necessita, por óbvio, de um conjunto de instrumentos predispostos a detectar o vício de inconstitucionalidade e expungi-lo do ordenamento jurídico. Tais instrumentos constituem o controle de constitucionalidade.

Tal controle consiste, pois, na verificação de adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição, envolvendo a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.[6]

Tem, assim, o controle de constitucionalidade o objetivo de prevenir ou reprimir a produção legal, ou os seus efeitos, assim como a de atos normativos, sempre que uma ou outra estiverem em posição de inadequação em face da Constituição. Incide tanto sobre os requisitos formais da lei ou ato normativo (competência, forma, procedimento, etc.) como sobre o conteúdo substancial dos mesmos, ou seja, conformidade aos direitos e garantias constitucionais.

Modelos de controle

Analisando-se os diversos modelos de controle de constitucionalidade, constata-se, no direito moderno, a existência de três formas de controle, a saber, o político, o jurisdicional e o misto.

---

4 Op. cit. p. 39

5 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva. 1997, p. 18.

6 Idem, p. 30.

Controle Político é aquele feito por órgão de natureza política, não integrante do poder judiciário e de composição variável. Predominou na Europa, no século passado. Preleciona o prof. Celso Bastos sobre a origem de tal sistema: "... estes países, dominados por muito tempo, por um sistema absoluto de governo, reunindo a figura do monarca, em certas épocas, a totalidade das funções estatais, uma vez implantada a separação dos poderes, por força inicialmente da Revolução Francesa, e depois por força de movimentos políticos idênticos em outros países, houve sempre uma suscetibilidade a tudo que pudesse, segundo eles, de alguma maneira, enfraquecer o rigor da doutrina implantada. Dessa maneira figurava-se-lhes incompatível com o sistema instaurado que um outro Poder, o Judiciário, por exemplo, viesse a anular atos ou imiscuir-se nas funções próprias do Legislativo."[7]

Na França, o Conselho Constitucional, órgão de controle de constitucionalidade, compõe-se de nove membros, que se renovam por dois terços a cada três anos. São nomeados igualmente pelo Presidente da República, Presidente da Assembléia Nacional e Presidente do Senado. Além desses nove membros integram o Conselho, como membros vitalícios, os ex-Presidentes da República. Este controle na França é preventivo.[8]

A Constituição espanhola de 1976 estabeleceu, também, um controle político, instituindo um Tribunal Constitucional com competência para conhecer, entre outros recursos de natureza constitucional, o de inconstitucionalidade contra as leis e disposições normativas com força de lei. Dos seus doze membros, com mandato de nove anos, quatro são nomeados por proposta do Congresso, quatro por proposta do Senado, dois por proposta do Governo e dois por proposta do Conselho Geral do Poder Judicial. Sua competência, própria de um órgão de jurisdição concentrada, é exercida tanto direta quanto incidentalmente; e suas decisões dispõem de eficácia eficácia vinculativa geral e obrigatória.[9]

A Constituição da URSS, de 1977, consagra o controle político, entregando-o ao Presidium do Soviete Supremo da URSS, que deverá fiscalizar o cumprimento da Constituição e garantir a conformidade das

---

[7] Op. cit. p. 394.

[8] VELLOSO, C.M.S. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988. *Revista de Direito Processual.*. v. 92 , p. 43-57, 1998.

[9] SILVA, Paulo Napoleão Nelson Basile Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal.* São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 35.

Constituições e das leis das repúblicas federadas com a Constituição e as leis da URSS.[10]

A experiência, no entanto, tem demonstrado que o sistema não tem produzido os efeitos esperados já que, em regra, o controle se faz obedecendo mais a critérios de oportunidade e conveniência do que propriamente de constitucionalidade.

No Brasil, é significativo observar, a Constituição de 1988 contempla o veto que é um tipo de controle político preventivo exercido pelo Presidente da República.

O controle jurisdicional, o *judicial review* dos americanos, é o exercido pelo Poder Judiciário. Neste modelo, o controle se faz pelo judiciário de forma difusa ou concentrada. Surgiu nos Estados Unidos, embora a Constituição nada dispusesse. Originou-se na célebre decisão da Suprema Corte no caso Madison x Marbury, em que o juiz Marshal proclamou a supremacia da Constituição sobre as demais leis e o poder dos juízes de, no conflito entre lei e Constituição, deixar de aplicar a lei inconstitucional.

Neste julgamento, Marshal sustentou que se a Constituição era a base de os direitos, e era imodificável pelas vias ordinárias, as demais leis teriam que estar de acordo com os princípios por ela consagrados; se confrontassem com estes, não poderiam ser leis, verdadeiramente, isto é, não poderiam se expressão do direito. Consequentemente, seriam nulas, e inexigível o seu cumprimento por quem quer que fosse, e a quem quer que fosse. Em continuação, aduziu que se era tarefa exclusiva do Judiciário dizer o que era o direito, a ele competia também verificar se uma lei era verdadeiramente lei, expressão do direito por se conformar aos princípios da Constituição. Pois se duas leis entrassem em conflito, competiria ao juiz dizer qual das duas seria aplicável; igualmente, se uma lei entrasse em conflito com a Constituição, competiria ao juiz dizer se aplicaria tal lei, desconhecendo a Constituição, ou se aplicaria a Constituição, negando aplicação à lei."[11]

O modelo decorrente desta decisão denota as características do sistema difuso de controle jurisdicional da constitucionalidade, em que cada juiz ou Tribunal, de qualquer instância, pode declarar a inconstitucionalidade da norma, para o caso concreto. O ponto basilar do sistema difuso encontra-se no caráter restrito da declaração de inconstitucionalidade ao caso concreto, embora seja certo que quando a decisão emana do

[10] VELLOSO, op. cit. p. 45.

[11] SILVA, P. N. N. op. cit. p. 30.

Supremo Tribunal o precedente é valorizado pelas instâncias inferiores, embora sem efeito vinculativo.

Posteriormente, já no século XX, o sistema difuso passou a coexistir com o sistema concentrado, cujos parâmetros teóricos foram delineados basicamente por Hans Kelsen e introduzidos na Constituição da Áustria de 1921, pioneira ao adotar tal sistema em nível constitucional. Por tal sistema, a questão constitucional tem importância capital para o próprio Estado, de modo que todo caso concreto, em que a norma contraponha-se à Constituição, enseja o encaminhamento do incidente ou recurso próprio a um Tribunal Supremo específico para questões constitucionais, detendo, em regra, tal tribunal também a competência para decidir casos originários em que a inconstitucionalidade é debatida em tese, alheia a qualquer caso concreto específico. Denota, como característica confrontante com o sistema difuso, o caráter vinculante das decisões do tribunal Constitucional, com eficácia *erga omnes*. Tem hoje em dia, com pequenas variações, larga aceitação, notadamente em países europeus como Áustria, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal.

O controle misto pressupõe certas categorias de leis submetidas ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.[12]

Modelo nacional

No Brasil, o controle de constitucionalidade das normas passou por diversos modelos, instituindo, hoje, sistema próprio que denota ser inovador em relação ao adotado por outros Estados. Misto de controle difuso e concentrado de caráter jurisdicional, embora também permitindo, em caráter restrito e prévio à edição da norma, e por isto não considerado em profundidade neste estudo, o controle político, seja pela análise de constitucionalidade pelas Comissões de Constituição e Justiça das casas legislativas, seja pelo veto baseado na inconstitucionalidade por parte do Presidente da República.

Na construção do modelo jurídico nacional, embora não seja o caso de fazer completo histórico, vale registrar o aparecimento de suas características fundamentais.

Nessa toada, importa consignar que a constituição de 1824 não contemplava sistema de controle jurisdicional repressivo. Vários são os

[12]SILVA, José Afonso da . op. cit. p. 48.

motivos: a) incumbia, à época, ao próprio Legislativo a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar na guarda da Constituição (art. 15, n. 8º e 9º).[13]; b) a crença, originado no sistema constitucional francês, e decorrente do princípio da separação dos poderes, de que aos juízes não deve ser permitido adentrarem a apreciação da constitucionalidade das leis[14]; c) a existência do Poder Moderador que suplantava o judiciário na tarefa de mediação entre os Poderes Políticos, além disto, não tinha o Judiciário a independência própria prevista a partir das Cartas republicanas. Ademais, afirma Lúcio Bittencourt: "Num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal suprema inspeção, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador."[15]

O regime republicano instaura uma nova concepção. Em primeiro lugar, extingue o Poder Moderador, concomitantemente retira a competência privativa do Congresso de velar pela Constituição (Constituição, art. 35). Consagra, outrossim, o sistema de controle difuso, via de exceção, através do Dec. 848, de 11.10.1890. Sobre tal decreto, Celso Barbi preleciona que "Fixou dois importantes princípios sobre o assunto ao dispor, no art. 3º que na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte."[16]

A Constituição de 1934 manteve o controle difuso, via de exceção, e incorporou três importantes inovações: ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 7º, I, "a" e "b"), isto é, representação interventiva confiada ao Procurador Geral da República; a regra de que só por maioria absoluta dos votos de seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) (evitando-se assim a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais) e a atribuição ao Senado Federal da competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Registre-se que a Constituição de 1937 deu configuração jurídica à ditadura que se instaurou com o golpe de Estado. Vedou, expressamente,

---

[13] MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade : aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 169.

[14] SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. op. cit. p. 18.

[15] Apud BASTOS, op. cit. p. 398.

[16] Apud VELLOSO, op. cit. p. 47.

ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94). Manteve o sistema difuso de controle. Incorporou, no entanto, inequívoco retrocesso ao submeter a decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo Poder Judiciário, ao crivo do Presidente da República (art. 96, parágrafo único)[17] ou seja, no caso de ser declarada a inconstucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de voto em cada uma das Câmaras tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.[18]

A Constituição de 1946 restaura o controle de constitucionalidade mantendo as inovações introduzidas pela Constituição de 1934.

Frise-se que a Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, institui, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, a ação direta de inconstitucionalidade, criando assim, no sistema de controle nacional, o controle abstrato de normas federais e estaduais.

A Constituição de 1967, alterada pela EC 1/69, manteve, em linhas gerais, o sistema de controle adotado pela Constituição de 1946. Inovou, no entanto, na matéria relativa à intervenção nos Estados*:* transferiu do Congresso para o Presidente da República o poder de suspender ato ou lei declarado inconstitucional pelo supremo Tribunal Federal, quando essa suspensão for suficiente para restabelecer a normalidade no Estado.[19] A Emenda nº 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d).

Por fim, a Constituição de 1988 manteve o controle de constitucionalidade nos moldes da Constituição de 1934. Ampliou, consoante lição do prof. José Afonso da Silva, o controle concentrado com a introdução de duas novidades: "Previu a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e ampliou a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103).[20]

Enfatiza-se que a Emenda Constitucional nº 3/93, institui, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, fugindo dos parâmetros de constitucionalidade presumida

[17] VELLOSO. Op. cit. p. 48

[18] MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 179.

[19] BASTOS, Celso. Op., cit. p. 402.

[20] Op. cit. p. 50.

dos diplomas legais, com competência do Supremo Tribunal Federal e efeito vinculante e eficácia geral da decisão.

Importa, para além, destacar, em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, que a Carta de 88 dispõe no art. 102, § 1º, que o descumprimento de preceito fundamental da Constituição será apreciado pelo e. STF, na forma da Lei 9.882/99.

A tal modo, podemos afirmar que o Brasil, atualmente, adota o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, por sistema misto amplo, com características próprias do sistema difuso amplo (inspirado, em certa medida, no modelo norte-americano da Suprema Corte de Marshall) e do sistema concentrado amplo (inspirado notadamente nas Cortes Constitucionais européias, a partir do modelo austríaco de Kelsen).[21]

A inconstitucionalidade

Problema cuja solução se impõe, antes de qualquer outra em sede de controle de constitucionalidade, é o de definir o que é inconstitucionalidade. De forma ampla, inconstitucionalidade exprime a idéia de contrariedade à Constituição. Em sentido específico o prof. Celso Bastos assim a conceitua: "Inconstitucionalidade é o que se dá em um determinado tipo de relação entre a Constituição e um ato que lhe venha imediatamente abaixo. A inconstitucionalidade não reside exclusivamente na Constituição nem no ato ou comportamento com ela confrontados. Na verdade, a inconstitucionalidade repousa na relação de contrariedade normativa entre uma e outra."[22]

Para Elival da Silva Ramos "O vício de inconstitucionalidade corresponde a essa desconformidade estática (relativa ao conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida, sempre, em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores."[23]

Reconheça-se, no entanto, que não é toda desconformidade com a Constituição que gera a inconstitucionalidade. Daí, preleciona o prof. Celso Bastos, a conveniência de excluirmos certas modalidades de contradição que encontrarão as suas formas pertinentes de nulificação, sem contudo ser necessário fazer apelo ao conceito de inconstitucionalidade.[24]

---

[21] OLIVIEIRA. Alexandre Nery de. *Controle de Constitucionalidade*. Site Amatra X. 1998.

[22] Op., cit. p. 403.

[23] Op. cit. p. 63

[24] Oop. cit. p. 63.

Natureza da inconstitucionalidade

A análise comparativa dos diversos sistemas de controle de constitucionalidade permite identificar dois grandes tipos de sanção à inconstitucionalidade, quais sejam, a nulidade e a anulabilidade. Convém, pois, verificar os efeitos que acompanham cada uma destas categorias.

Nessa linha de idéias é preciso ter em conta que a nulidade implica na ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional, bem como na desnecessidade de um ato subsequente de invalidação, vale dizer, a sanção opera de pleno direito. De se sublinhar seu surgimento no constitucionalismo norte-americano, de forma quase paradoxal, uma vez que a *praxis* da Suprema Corte, assentada no famoso caso Madison vs. Marbury, consistia na não aplicação da lei questionada ao caso *sub judice.*

Já a anulabilidade tem como características essenciais a invalidação *a posteriori* da lei inconstitucional e a necessidade de um ato sancionatório. A validade provisória da lei viciada permite, em conseqüência, a produção de efeitos até que sobrevenha a anulação. Verifica-se nestes sistemas[25] uma maior complacência com o vício de inconstitucionalidade em função de outras exigências, tais como a segurança jurídica, o prestígio do Poder Legislativo e a presunção de constitucionalidade das leis.

Não é demais observar que a base teórica de tal teoria foi desenvolvida por Hans Kelsen e incorporada, inclusive, à Constituição austríaca estabelecendo (art. 140, par. 3º, atual par. 5º) que as normas inconstitucionais não eram nulas *ipso jure*, mas apenas com efeitos *ex nunc* ou *pro* futuro. A aparente contradição contida no referido preceito foi resolvida por Kelsen com a afirmação de que a inconstitucionalidade de uma lei não significava uma contradição lógica, mas uma condição do processo especial de anulação, previsto na Constituição. As chamadas leis inconstitucionais são leis conformes à Constituição, mas anuláveis por um processo especial.[26]

O regime nacional da inconstitucionalidade

Duas observações se fazem necessárias, desde logo: a primeira é que a Constituição Federal não especifica os efeitos da declaração de

[25] Mencione-se como exemplo a Constituição Portuguesa de 1976 ((art. 282, n. 4)): quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que os previstos nos n. 1 e 2.

[26] MENDES, G.F. Op. cit. p. 20.

inconstitucionalidade; a segunda, é reconhecer que o tratamento dogmático dispensado ao tema impossibilitou um melhor desenvolvimento da teoria relativa às sanções de inconstitucionalidade. Assenta Ipsen que uma das fraquezas da teoria das leis inconstitucionais decorre, sem dúvida, de seu frágil embasamento teórico. Os sectários dessa concepção limitar-se-iam, em regra, a invocar a evidência lógica (*logische evidenz*) dos seus pressupostos.[27]

Entre nós, a matéria não teve sorte diversa. De forma geral a abordagem é repetitiva, limitando-se a citar tratadistas estrangeiros. Cumpre, de todo modo, registrar interessante tese perfilhada por Rui Barbosa em monografia sobre **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo** em que sustenta a teoria do ultra vires da seguinte forma: "Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do Congresso e é, por conseqüência, nulo.[28]

Já Pontes de Miranda, influenciado pelo pensamento de Kelsen, afirma que a "inconstitucionalidade de uma lei, é sempre desconstitutiva negativa,"[29] em outros termos, estava ele negando a sanção de nulidade.

Alfredo Buzaid, em monografia clássica, sustentou a tese da nulidade, entendendo que a decisão judicial de inconstitucionalidade tem natureza declaratória.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1. Considerações iniciais

Reconhece a Constituição três tipos de ação direta de inconstitucionalidade, a saber: a interventiva, que pode ser federal ou estadual, e que tem como escopo assegurar a observância de princípios constitucionais (arts. 34, III, 102, I, "a", e 129, IV), sendo, no caso federal, privativa do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal; a supridora de omissão do administrador ou legislador; quando deixam de adotar medida ou criar lei necessária a aplicação de normas constitucionais; e a genérica de competência do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça de cada Estado, que tem por objetivo, eliminar a norma contraria à Constituição com a decretação de insconstitucionalidade em tese.

---

[27] Apud MENDES, G.F. p. 17.

[28] Apud MENDES G.F. p. 14

[29] Apud RAMOS, Elival da Silva *A inconstitucionalidade das leis : vício e sanção.* São Paulo : Saraiva*, 1994,* p P. 88.

Segundo a Constituição, art. 102, I, a, o objeto da ação é a lei ou ato normativo federal ou estadual. Por tal, ressalte-se, descabe Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo municipal. A exclusão parece apoiar-se em antiga concepção de federalismo de dois graus, que se entende abandonada pelo constituinte atual – inteligência art. 1º C.F. Como já exposto, não é demais repitir, este trabalho versa tão somente sobre ação direta de inconstitucionalidade de lei federal.

No que se refere à sua origem, assevera o prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho que "Desde a Constituição de 1946 (art. 8º, parágrafo único), existe no direito brasileiro a chamada ação direta de controle de constitucionalidade. Esta ação visa à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Trata-se, aqui, de controle principal, que exerce exclusivamente o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) em ação que era proposta pelo Procurador-Geral da República privativamente, no direito anterior (...) Em sua origem, alcançava apenas os atos provenientes dos poderes estaduais, já que somente era prevista como pressuposto de intervenção federal. A Emenda n. 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, a estendeu a atos federais, o que foi mantido no direito posterior."[30]

2. A competência para o julgamento da ADIn

A competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei federal é do plenário do Supremo Tribunal Federal. Funda-se tal assertiva nos artigos 102, I, "a", da Constituição Federal, 1º da Lei 9.868/99, e 5º, inciso VII, do Regimento Interno do S.T.F.

3. A legitimidade para propositura da ADIn

A Constituição de 88 ampliou a legitimidade para propositura da ação tornando-a um instrumento efetivo de controle. Assim, de conformidade com o art. 103 da C.F., possuem legitimidade para a propositura da ADIn: o Presidente da República, Mesa do Senado federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa, Governador de Estado, Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A propósito, assevera Paulo Napoleão Nogueira da Silva: "A atual Constituição não manteve o sistema das Cartas de 1946 e de 1967, quanto à titularidade para representar ao Supremo Tribunal Federal contra a

[30] *op. cit. p.* 39.

inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual. Esse sistema, como anteriormente observado, fazia da Procuradoria Geral da República uma espécie de juízo antecipado da inconstitucionalidade, a critério do seu ocupante, impedindo o tribunal de conhecer da matéria via de ação direta; e como o Procurador era demissível *ad nutum*, "o agente político do governo" a que se referia Pontes de Miranda e consequentemente subordiando ao governo, essa circunstância fazia com que o controle direto da constitucionalidade ficasse inteiramente à mercê – política – do Poder Executivo."[31]

Acentue-se que para alguns dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal (Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do DF, Governador do Estado ou D.F, confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional), o Supremo Tribunal Federal exige a presença da chamada pertinência temática, definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação.[32] Neste sentido, nada melhor do que transcrever excerto do voto do relator da ADIn n. 913, Ministro Moreira Alves:

> "Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Artigo 1º da Emenda Constitucional nº 3/93, na parte em que altera os artigos 102 e 103 do texto original da Constituição. Pedido de liminar.
>
> – Já se firmou nesta Corte o entendimento de que as entidades de classe de âmbito nacional para legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade têm de preencher o requisito objetivo da relação de pertinência entre o interesse específico da classe, para cuja defesa essas entidades são constituídas, e o ato normativo que é argüido como inconstitucional (cfr. as ADIns 77, l38 e 159)."

4. Objeto da ADIn

A ação direta de inconstitucionalidade visa exclusivamente à norma, que deve evidentemente ter os atributos de generalidade, abstração e normatividade. Bem por isto os atos de efeito concreto não devem ser contemplados na ADIn.

Lei ordinária e Constituição superveniente

É cediço que no conflito entre leis a solução aflora, normalmente, adotando-se o critério de sucessão temporal, segundo o qual *lex posterior*

[31] SILVA, P.N.N. op. cit. p 106.

[32] Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo : Atlas, 1999, p. 565.

derrogat priori. Sendo o conflito entre Constituição e lei posterior, resolve-se pela inconstitucionalidade. Problemática se torna a questão da incompatibilidade advinda de Constituição superveniente.

Jorge Miranda situa o fenômeno no campo da inconstitucionalidade, nos seguintes termos: "*Prima facie* a inconstitucionalidade não é primitiva ou subsequente, originária ou derivada, inicial ou ulterior. A sua abstracta realidade jurídico-formal não depende do tempo de produção dos preceitos".[33]

A doutrina e a jurisprudência brasileira, no entanto, concebem a questão no âmbito do direito intertemporal, do que decorre que a legislação anterior e contrária à Constituição tem-se como não recepcionada ou revogada. Esta a lição de Pontes de Miranda: "A noção de inconstitucionalidade é, juridicamente, a partir do momento em que começa a ter vigor a Constituição: todo material legislativo que existe, considera-se revogado, no que contraria os preceitos constitucionais.[34]

Lei supostamente revogada por lei inconstitucional

Questão interessante que se apresenta é a da lei revogada por outra lei que posteriormente vem a ser declarada inconstitucional.

Nos sistemas em que a sanção é a anulabilidade, não se pode deixar de reconhecer, dada a eficácia provisória da lei inconstitucional, a validade da revogação. Nos sistemas que adotam a sanção de nulidade, a invalidação *ab initio* "significa que o ato legislativo não penetrou no plano da eficácia, o que o priva de todo e qualquer efeito jurídico, até mesmo o revocatório da legislação pretérita. Logo, a lei que supostamente houvera sido revogada pela lei inconstitucional permanece vigorando."[35]

Vale, a propósito, registrar que a Lei 9.868/99, no art. 11, § 2º, dispõe que a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário."

A lei complementar como objeto da ADIn

Polêmica na atualidade é a lei complementar que embora observando procedimento de lei complementar versa sobre tema não indicado na Constituição. Para o desate da questão, é preciso, desde já, conceituar lei complementar como categoria de lei destinada a regular matérias

[33] Apud RAMOS, E. S. op. cit. p. 68.

[34] Apud VELLOSO, C.M.S. Op. cit. p. 52

[35] RAMOS, E.S.. Op. cit. p. 94

expressamente indicadas, às quais o Constituinte pretendeu conferir maior estabilidade, caracterizando-se seu processo legislativo pela necessidade de maioria qualificada para a aprovação do projeto respectivo nas Casas do Congresso Nacional.[36]

A vista do exposto, outra não pode ser a conclusão: lei complementar diferencia-se da ordinária não só pelo procedimento mas também pela especificidade de matéria constitucionalmente estabelecida.

Para a solução do problema inicialmente proposto, duas correntes se apresentam. A primeira esposa a tese de que a lei complementar, mesmo inadequada em relação à matéria versada, deve ser aproveitada como lei ordinária. A segunda, dando pela inconstitucionalidade, argumenta da seguinte forma: (...) a doutrina que admite a validade das normas de lei complementar que excedem o campo material que lhe foi constitucionalemente destinado parte do pressuposto falso da hierarquia, impressionando-se com a maior dificuldade de aprovação da lei complementar. Afastada a idéia de supremacia hierárquica, não vemos como fugir da caracterização de inconstitucionalidade.[37]

O excesso do Poder Legislativo

Dispõe a Constituição Portuguesa em seu art. 18, 2, que: "...a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos."[38]

Na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* assentou, em uma das suas primeiras decisões (23/10/51), que a sua competência cingia-se à apreciação da legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência (*Zxeckmassigkeit*). Todavia, a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial.[39]

O tema remete à inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo, ou seja, a incongruência entre os fins previstos na Constituição e o ato legislativo destinado à perseguição desta finalidade.

---

[36] RAMOS, E. S. op. cit. p. 176.

[37] Ibid, p. 182.

[38] Apud GILMAR, F.M. Op. cit. p. 45.

[39] Idem. P. 41.

Constitui-se, em verdade, inobstante a pouca relevância emprestada pelo Direito Brasileiro, num dos temas mais tormentosos do controle de constitucionalidade moderno. O certo, porém, é que se reconhece, pelo menos no direito alienígena, ao legislador o poder de conformação dos direitos fundamentais dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Disto, surge a necessidade de estabelecer parâmetros para a conformação dos direitos fundamentais pela lei a fim de evitar o excesso do poder legislativo. Sobre tal, assim se manifesta o prof. Gilmar Ferreira Mendes: "A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhaltnismassigkeitsprinzip*; *Ubermassverbot*), que se revela mediante contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins."[40]

5. A cautelar

Encontra a cautelar fundamento no art. 102, I, p, da Carta Constitucional. Salvo no período de recesso será concedida pela maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 10 da Lei 9.868/99). Em regra terá efeito *ex nunc*, podendo o Tribunal conceder eficácia retroativa (art. 11, § 1º, da lei).

6. A decisão

Como assentado, é da tradição do modelo jurídico nacional os efeitos *erga omnes* e *ex tunc.* Convém assinalar que, por expressa disposição da Constituição Federal, art. 97, e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 173, bem como da Lei 9.868/99, para declaração de inconstitucionalidade há necessidade de convergência de votos de seis ministros, com quorum de 08 (oito). Destaque-se que por maioria de dois terços dos membros pode-se restringir os efeitos da declaração, bem como decidir o momento de eficácia (art. 27).

Importa, para mais, consignar, a teor do disposto no art. 26 da Lei 9868/99 que "A decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória."

No mesmo sentido a súmula 293 do STF, *in verbis*: São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais.

[40] Op. cit. p. 42.

7. Prescrição e decadência

Como já exposto, a declaração de nulidade, no ordenamento jurídico nacional, opera de pleno direito. Este fato, segundo Elival da Silva Ramos[41], não possibilita a inação própria da prescrição, o que acaba por inviabilizar a prescrição.

Quanto à decadência, o que se pode admitir, preleciona o mencionado autor, é que o ordenamento estipule um prazo decadencial (e não prescricional) para a propositura de ação direta declaratória de inconstitucionalidade, restando, entretanto, sempre a possibilidade de se invocar a nulidade da lei incidentalmente.[42]

CONCLUSÃO

Ante o exposto, vale recapitular e concluir:

1. Decorre da supremacia constitucional a necessidade de um sistema de controle de constitucionalidade das leis.

2. O direito moderno contempla a existência de três modelos de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto.

3. O controle jurisdicional, no modelo nacional, é o exercido pelo Poder Judiciário e compõe-se de uma via difusa, onde qualquer juiz pode deixar de aplicar a norma inconstitucional, e outra concentrada, onde se insere a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

4. Em sentido amplo a inconstitucionalidade expressa a contrariedade à norma ou princípio constitucional. Reconheça-se, no entanto, que o controle de constitucionalidade não incide na questão *interna corporis*, ato de particular, tratados e convenções internacionais. Estas questões possuem mecanismos específicos de nulificação.

5. Há duas categorias básicas de sanção à inconstitucionalidade: a nulidade, que se caracteriza pela ineficácia *ab initio* da norma inconstitucional, e a anulabilidade, onde a sanção não retroage em casos específicos, resguardando a segurança jurídica das relações sociais.

6. No sistema nacional, a declaração de inconstitucionalidade na via direta gera, de conformidade com a jurisprudência já assentada no Supremo Tribunal Federal, a sanção de nulidade *ipso jure* e *ex tunc*.

[41] op. cit. p. 93

[42] idem.

É cediço, porém, que exigências de ordem prática diante dos graves efeitos que acompanham a declaração de nulidade, tem levado os tribunais a atenuar os inconvenientes recorrendo a outros institutos, como o da coisa julgada e o da tutela da boa-fé.

7. Há três tipos de ação direta de inconstitucionalidade: a) interventiva, que visa assegurar a observância de princípios constitucionais; b) supridora de omissão do administrador ou legislador; e c) genérica, que tem por objetivo eliminar a norma contraria à Constituição com a decretação de inconstitucionalidade em tese.

8. A competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei federal é, de conformidade com o art. 102, I, "a", da Constituição Federal, combinado com art. 5º, VII, do Regimento do S.T.F., do plenário do Supremo Tribunal Federal.

9. A Constituição de 88 ampliou a legitimidde para a propositura da ADIn tornando-a um instrumento efetivo de controle de constitucionalidade. Tem legitimidade para propô-la apenas os entes mencionados no art. 103 da C.F.

10. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra lei anterior e conflitante com a Constituição. A questão, segundo entendimento dominante, resolve-se no âmbito do direito intertemporal, considerando-se não recepcionada pela novel ordem constitucional.

11. Lei revogada por lei posteriormente declarada inconstitucional permanece vigorando. É que a invalidação *ab initio* da nulidade priva-a de todo e qualquer efeito.

12. Contendem os doutrinadores a cerca do vício de inconstitucionalidade da lei complementar que inobserva o lineamento material Constitucional.

13. O princípio da proporcionalidade limita o poder de conformação dos direitos fundamentais reconhecido à lei. A inobservância a tal princípio, no caso de excesso pelo Poder Legislativo, possibilita a incidência do controle de constitucionalidade.

14. Há possibilidade de medida cautelar em ação direta de inconstitucionaldade, conforme dispõe a Constituição em seu art. 102, I, *p*.

15. A decisão de inconstitucionaldade na ação direta de inconstitucionalidade tem efeitos *erga omnes* e *ex tunc* e necessita, segundo o art. 97 da C.F., do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal. Tal decisão é irrecorrível (inteligência da S. 455 do STF)

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo; Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Paulo Napoleão Nélson Basile de Nogueira. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência doSenado Federal*. São Paulo : Editora Revista do Tribunais, 1992.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988. *Revista de Direito Processual,* v. 92, 1998.

* Procurador Federal em São José do Rio Preto–SP.

❖ ❖ ❖

AUTO-APLICABILIDADE DO § 11 DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

***H**élio **P**into **R**ibeiro de **C**arvalho **J**únior**

Este breve artigo visa chamar à baila a discussão sobre a auto-aplicabilidade do § 11 do art. 40 da Constituição Federal, tema pouco debatido após a Reforma Constitucional da Previdência (Emenda Constitucional nº 20, de 1998), porém com importantes desdobramentos no controle e redução da despesa com pessoal pelos entes federados. Esse debate ganhou maior revelo a partir da vigência da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, que introduziu no ordenamento jurídico normas gerais voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

O § 11 acrescido ao art. 40 pela Emenda Constitucional nº 20, 1998, assim determina:

"*Art. 40. .....*

§ 11. Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos

ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo."

Percebe-se pela leitura do dispositivo retro transcrito que a definição do teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, é pré-requisito para a aplicação da nova sistemática.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, 1998, conferiu-se nova redação ao inciso XI do art. 37 da Carta Magna, que assim estabelece:

"Art. 37. .....

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;"

A forma de fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é determinada pelo inciso XV do art. 48, da Constituição, *in verbis*:

"Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

.....

XV – fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I."

Com a ausência da norma requerida pelos preceitos constitucionais citados poder-se-ia concluir pela não incidência do § 11 do art. 40 da Lei Política até a fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Esse, contudo, não é o posicionamento de nossa Corte Constitucional.

O Supremo Tribunal Federal em decisão administrativa de 24 de junho de 1998, ao enfrentar o tema da auto-aplicabilidade da nova redação do inciso XI do art. 37 da Constituição decidiu pela sua negativa, estendendo esse entendimento ao art. 39, § 4º, e ao art. 29 da EC 19/98, concluindo que, "*até que se edite a lei definidora do subsídio mensal a ser pago a Ministro do Supremo Tribunal Federal, prevalecerão os tetos estabelecidos para os Três Poderes da República, no art. 37, XI, da Constituição, na redação anterior à que lhe foi dada pela EC 19/98, vale dizer: no Poder Executivo da União, o teto corresponderá à remuneração paga a Ministro de Estado, no Poder Legislativo da União, o teto corresponderá à remuneração paga aos Membros do Congresso Nacional; e no Poder Judiciário, o teto corresponderá à remuneração paga, atualmente, a Ministro do Supremo Tribunal Federal; ...*" (grifos do original)

Essa deliberação foi ratificada na ADIn nº 2.087-AM (acórdão ainda não publicado), conforme se depreende do trecho do voto, *in verbis*:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.087-1 AMAZONAS*

.....

"*V O T O*

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (Relator):

.....

Estou, a um primeiro exame, em que a referida decisão administrativa do Tribunal – ao decidir pela prevalência, "até que se edite a lei definidora do subsídio mensal a ser pago a Ministro do Supremo Tribunal Federal (...), os tetos estabelecidos para os Três Poderes da República, no art. 37, XI, da Constituição, na redação que lhe foi dada pela E.C. 19/98" –, não afetou a vigência imediata da emenda constitucional, mas tão só a sua eficácia no tempo.

Se assim é, desde a data da sua promulgação, é a EC 19/98 que rege – ao menos na via do controle abstrato – o juízo de inconstitucionalidade de quaisquer normas infraconstitucionais de caráter permanente, seja ela emanada da União ou das unidades descentralizadas da Federação.

Certo, o protraimento da aplicabilidade do novo art. 37, XI, e a conseqüente ultra-atividade de seu conteúdo normativo anterior, enquanto perdurarem, se refletirão, com o mesmo sentido, sobre a eficácia no tempo das normas legais editadas." (destaques do original)

É dizer, decidiu a Egrégia Corte Constitucional que, na inexistência do novo limite por ausência normativa, aplica-se a metodologia determinada anteriormente à sua alteração. Convém frisar que na decisão administrativa,

que serviu de paradigma para o pronunciamento supra, também deliberou-se pela não auto-aplicabilidade dos dispositivos inseridos no art. 39, § 4º, da Constituição e no art. 29 da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não se mencionando o § 11 do art. 40, da Lei Fundamental, que contém preceito correlato aos enfrentados na decisão.

Dessa forma, o dispositivo objeto deste texto é aplicável a partir da data de publicação da E. C. nº 20, de 1998, restando, assim, apenas fazer incidir à espécie o teto remuneratório definido pelo Supremo Tribunal Federal.

A redação original do inciso XI do art. 37 da Constituição, assim estabelecia:

> "XI – a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;".

Logo, o limite de remuneração vigente, para fins do § 11 do art. 40 da Constituição, será na esfera federal os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal em razão dos valores pagos pelos respectivos Poderes. Na esfera estadual os correspondentes aos membros das Assembléias Legislativas, Secretários de Estado e membros dos Tribunais de Justiça. Por fim, na esfera municipal a remuneração do prefeito.

Ressalte-se que, conforme jurisprudência consolidada na Corte Constitucional, para a aplicação da regra limitadora vigente dever-se-á excluir as vantagens pessoais do servidor ou inativo.

Superada essa preliminar, resta analisar os outros aspectos introduzidos pelo § 11 do art. 40. Esse dispositivo prevê duas novas hipóteses que deverão respeitar o limite constitucional, a saber:

1) *soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social; e*

2) *montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição,*

cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

Na primeira apenas o total dos proventos de inatividade do servidor ou empregado público, independentemente do regime de previdência, são computados para fins de incidência do limite remuneratório. Já na segunda é o somatório dos valores apurados na primeira hipótese com a remuneração de cargo acumulável, em comissão e eletivo percebido pelo seu ocupante.

Observe-se que a expedição dos atos administrativos necessários à aplicação do § 11 do art. 40, tais como a redução da remuneração ou proventos, caberá ao órgão pagador da importância que somadas as anteriores superar o teto constitucional incidente à espécie. Assim, se um aposentado pelo Poder Executivo federal vier a exercer um cargo comissionado no Poder Legislativo de outra unidade federativa e o resultado da adição dos proventos com a remuneração exceder o subsídio do deputado estadual, caberá ao Poder Legislativo realizar a redução remuneratória necessária para respeitar o teto.

Espero que este breve artigo possa contribuir para enriquecer a discussão jurídica sobre um tema de fundamental importância para a moralização e o equacionamento dos gastos públicos com pessoal.

* Coordenador-Geral de Fiscalização e Acompanhamento Legal da Secretaria de Previdência Social/MPAS, Procurador Federal e especialista em Direito Previdenciário. helio.junior@df.previdenciasocial.gov.br

❖ ❖ ❖

COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE PREVIDÊNCIA ESTADUAL E MUNICIPAL

***R**enato **R**abe **

1 – COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE “NORMAS GERAIS” DE PREVIDÊNCIA ESTADUAL E MUNICIPAL; 2 – DO PRINCÍPIO FEDERATIVO; 3 – DA PREVIDÊNCIA DOS EMPREGADOS PÚBLICOS, CARGOS EM COMISSÃO E CARGO TEMPORÁRIO; 4 – DA PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS TITULARES DE CARGO EFETIVO; 5 – DO “TETO” DOS SERVIDORES PÚBLICOS; 6 – DO NÚMERO MÍNIMO DE PARTICIPANTES; 7 – DO PECÚLIO; 8 – CONCLUSÕES.

1. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE "NORMAS GERAIS" DE PREVIDÊNCIA ESTADUAL E MUNICIPAL

O artigo 24, inciso XII, da Constituição da República determina que a União é competente para tratar de assuntos de previdência social, *verbis*:

> "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> **XII – previdência social, proteção e defesa da saúde**"
>
> (grifos nossos)

Na competência concorrente dos entes da República, é facultado à União a elaboração de "normas gerais" sobre os assuntos elencados no art. 24 da Constituição, nos termos do § 1º do mesmo artigo. Na ausência destas, os Estados têm competência legislativa plena sobre a matéria (§ 2º do art. 24). Existindo, porém, legislação tratando do assunto, os Estados terão competência suplementar (complementar à legislação federal[1]).

A competência plena dos Estados Federados existe até a edição de norma federal sobre o assunto, com o efeito de revogação da norma estadual (§ 4º do referido artigo).

Os Municípios possuem capacidade legislativa elencada no art. 30 da Constituição da República, podendo legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar (complementar) a legislação federal e estadual.

A União, portanto, poderá legislar sobre normas gerais de previdência social (atinentes a todos os entes da federação). Os Estados e o DF terão competência plena, salvo se existir normas federais sobre o assunto, tendo sempre competência suplementar em relação às normas federais. O Município terá competência legislativa para complementar as normas federais e estaduais sobre previdência.

A questão previdenciária tem relevância nacional, e o interesse nacional deve prevalecer sobre o interesse estadual e municipal (em matéria previdenciária), uma vez que a União deverá suportar o ônus financeiro em caso de inadimplência dos Estados e Municípios. Daí a

[1] Existe divergência na doutrina a respeito do alcance da competência Suplementar, se seria a antiga competência Supletiva (competência plena) ou a Complementar (existindo legislação Federal sobre o assunto) elencadas na Constituição Federal revogada. Entendo que a competência Suplementar equivale à antiga competência Complementar, uma vez que a competência plena (antiga supletiva) já se encontra no § 2º do art. 24, de forma que se considerarmos a competência Suplementar como competência plena e complementar o texto constitucional seria redundante.

necessidade de a União deter a competência legislativa sobre normas previdenciárias.

E mais, é necessário que exista um mínimo de uniformidade nacional no tratamento da questão previdenciária, e isto se faz com a competência federal de legislar sobre normas gerais de previdência, ou seja, o interesse nacional deve prevalecer sobre o interesse estadual ou local.

Com relação à previdência social dos empregados da iniciativa privada – o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) – não existe qualquer questionamento sobre a competência da União em legislar. Com relação aos cargos públicos, todavia, a questão torna-se tormentosa, pois, quando a União legisla sobre previdência dos servidores estaduais e municipais, aparentemente está imiscuindo-se na autonomia administrativa dos entes da federação, com ameaça ao Princípio Federativo.

E, se entendermos que existe afronta à autonomia administrativa dos Estados e Municípios, a Emenda Constitucional nº 20 e a Lei nº 9.717/98 serão materialmente inconstitucionais por afrontar o Princípio Federativo, e, se entendermos que não houve nenhuma tentativa de abolir a forma federativa de estado, a referida emenda será constitucional. Tema este que será abordado nos itens a seguir.

2. DO PRINCÍPIO FEDERATIVO

O Princípio Federativo consta na Constituição da República e foi elevado à cláusula pétrea nos termos do art. 60 § 4º, *verbis*:

> Art. 60. .....
>
> "§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> **I – a forma federativa de Estado**;"

Verifica-se para que uma Emenda Constitucional seja considerada como materialmente inconstitucional por ferir o Princípio Federativo, é necessário que seja tamanha a ofensa que inviabilize ou vá abolir o Estado Federativo. Não é qualquer alteração na forma federativa de estado que será inconstitucional, mas apenas aquela que tenda a abolir o Estado Federal.

A Federação é composta de Estados que tem de interagir. Não são Estados soltos no universo, mas sim dividindo um mesmo espaço geopolítico, com problemas econômicos, sociais e culturais em comum e que diariamente vão se relacionar. Se um Estado sucumbir economicamente, toda a Federação será responsabilizada por seu descalabro administrativo.

A estrutura de autonomia dos Entes Federados não pode ser levada a extremos que inviabilizem a própria Federação. Por vezes, interesses nacionais prevalecerão sobre interesses locais, quando a União legislará de forma nacional, uniformizando procedimentos em todos os Estados.

Caso um membro Federado conceda benefícios a seus servidores/empregados irreais e sem qualquer respaldo atuarial, toda a Federação será atingida quando da quebra do sistema, aumentando a dívida pública interna e inviabilizando economicamente a Federação.

Acresce-se a isso a tradição do administrador brasileiro de conceder benefícios previdenciários irresponsavelmente, como se fossem acréscimo salarial. Atende-se ao reclamo da categoria, e a dívida somente será paga na aposentadoria quando o administrador já se encontra fora do Governo e os bônus políticos já foram colhidos.

Assim, não se vislumbra qualquer tentativa de abolir a forma federativa de estado no fato de a União Federal legislar sobre normas gerais de previdência; ao contrário, uniformiza a previdência nos quatro cantos do país, fortalecendo e viabilizando a Federação Brasileira, e coibindo o "charlatanismo previdenciário".

Não existe qualquer tendência a abolir a forma federativa de estado, nem qualquer ingerência na administração dos entes da Federação. A Emenda Constitucional nº 20 coaduna-se perfeitamente com o Princípio Federativo, viabilizando a Federação e coibindo as irresponsabilidades dos administradores.

3. DA PREVIDÊNCIA DOS EMPREGADOS PÚBLICOS, CARGOS EM COMISSÃO E CARGO TEMPORÁRIO

A Emenda Constitucional nº 20 acrescentou o § 13 ao art. 40 da Carta Magna. O referido artigo introduziu novo segurado no rol dos contribuintes da previdência social, quais sejam, os servidores públicos exclusivamente de cargo em comissão, cargo temporário e empregado público, *verbis*:

> Art. 40. .....
>
> "§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social".

Vinculando tais servidores/empregados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, passaram a ser contribuintes da seguridade

social, sendo devida a contribuição social do segurado e do Município. Ocorre que a Carta da República determina que os Entes da Federação poderão instituir sistemas de Previdência para seus Servidores, *verbis*:

> Art. 149. .....
>
> "Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social."

O art. 149 dispõe da possibilidade da União de instituir contribuições sociais de intervenção no domínio econômico, e no parágrafo único faculta aos Estados, ao DF e aos Municípios a cobrança de contribuições de seus servidores para custear os benefícios de aposentadoria e assistência social.

Tais contribuições, por óbvio, devem ser cobradas dos servidores vinculados a sistema de previdência do Ente Federado. Como a emenda vinculou os empregados públicos, ocupantes exclusivamente de cargo em comissão e o contratado temporário ao RGPS, não há que se falar em contribuição ao sistema de previdência do servidor público do Estado/Município/DF. Este artigo destina-se aos servidores com cargo efetivo.

Se o Ente Federado não der a devida proteção previdenciária, será a União que garantirá a subsistência do trabalhador por meio da Assistência Social. Toda a nação pagará porque o Ente Federado não assegurou a previdência de tais cargos/empregos públicos.

Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024/DF o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento liminar, considerou que a vinculação dos servidores em cargos em comissão, empregados públicos e temporários ao Regime Geral de Previdência Social promovida pelo art. 40, § 13, não implica afronta ao princípio Federativo, *verbis*:

> **Ementa**
>
> EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento – afirmado no STF desde 1926 — para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente.
>
> II. Previdência social (CF, art. **40,** § **13,** cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: argüição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): **implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida.**

1. A “forma federativa de Estado” – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo.

3. Já assentou o Tribunal (MS 23047 - ML, Pertence), que no novo art. **40** e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou “sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos **Municípios,** “é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”, assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos – inclusive a do seu regime previdenciário – já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando – com base no art. 149, parág. único – que a proposta não altera – organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores”: análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária.

4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e **40,** § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda.

5. Parece não ter pertinência o princípio da imunidade tributária recíproca – ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos – à contribuição estatal para o custeio da previdência social dos servidores ou empregados públicos.

6. A auto-aplicabilidade do novo art. **40,** § **13**, é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta.[2] (grifos nossos)

Como se vê, o Pleno do Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido da não afronta ao princípio federativo o fato da Emenda Constitucional nº 20 ter elencado os servidores em cargo em comissão, trabalhadores temporários e empregados públicos dos Estados e Municípios como segurados do Regime Geral de Previdência Social, estando protegidos dos infortúnios da atividade laboral.

4. DA PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS TITULARES DE CARGO EFETIVO

A União Federal editou a Lei nº 9.717/98 que "Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dá outras providências". Tal norma – que é anterior à Emenda Constitucional nº 20 – vem a adequar os regimes de previdência dos Entes da Federação.

Nesta lei a União atuou com a competência outorgada pelo art. 24, XII, da Constituição (vide item 1), estabelecendo inúmeras normas sobre a previdência dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

A Emenda Constitucional nº 20 (posterior a referida Lei) acrescentou o § 12 ao art. 40 da Constituição, regulando a previdência dos servidores titulares de cargo efetivo de toda as administrações da Federação, com a seguinte redação:

Art. 40. .....

§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos Servidores Públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social."

---

2 *in* ADIn 2024/DF – REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – REQDO. CONGRESSO NACIONAL Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE – julgamento do Pleno do STF

A emenda uniformizou a previdência dos servidores em todos os níveis da Federação, equiparando os requisitos de concessão de benefícios aos do RGPS. Tal uniformização não consiste em afronta ao Princípio Federativo, por todos os motivos já expostos, de forma que está longe de abolir a forma federativa de estado.

Como a emenda nada mais fez do que uniformizar o tratamento dos servidores públicos em toda a Federação, e, considerando a emenda como norma constitucional vinculando toda os níveis da República, não existe qualquer inconstitucionalidade na ingerência na previdência da administração estadual e municipal.

Já a Lei 9.717/98 foi editada com base na competência da União de legislar sobre "normas gerais" de Previdência. Passa-se a analisar questões surgidas com ambas as normas e avaliar a sua constitucionalidade.

5. DO "TETO" DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Emenda Constitucional possui uma aparente antinomia no que diz respeito ao "teto" dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos com vínculo efetivo, uma vez que o § 12, acima transcrito, determina que a aposentadoria dos servidores públicos atenderá ao RGPS (que possui teto de benefício limitado a R$ 1.430,00) e o § 3º do art. 40 (alterado pela mesma Emenda Constitucional) determina que o benefício será concedido com base na totalidade da remuneração.

O § 8º do mesmo artigo 40 informa que será aplicado o "teto" dos servidores públicos aos aposentados. Assim, como compatibilizar tais normas, e qual teto de benefício aplicar aos servidores públicos inativos?

Se entendermos que existe uma verdadeira antinomia, como se trata de duas normas com o mesmo peso e editadas na mesma data, devem-se anular, valendo a norma anterior que previa o "teto" dos servidores públicos aos inativos.

A questão, todavia, deve ser resolvida de forma mais simples, devendo o intérprete compatibilizar as normas. O § 12 do art. 40 diz "Além do disposto neste artigo" e "no que couber"; assim, o próprio parágrafo excepcionou o que já havia sido disposto nos parágrafos anteriores. Logo o "teto" de benefício do art. 37, XI, da CF, será válido e a aposentadoria consistirá na totalidade da remuneração.

E mais: o § 12 fala em "requisitos e critérios", ou seja, está-se falando em concessão de benefício, não em manutenção, e ainda assim no que não for conflitante com as regras instituídas pela própria Emenda

Constitucional. Conclui-se, portanto, que as regras de concessão do RGPS se aplicarão para as situações não reguladas pela Emenda Constitucional.

Esta é a interpretação que mais se coaduna com o objetivo do Legislador, podendo a previdência do servidor público com vínculo efetivo adotar a aposentadoria com proventos integrais (limitadas ao "teto" dos Servidores Públicos) e as regras do RGPS valerão como forma de suplementação da legislação do servidor público.

6. DO NÚMERO MÍNIMO DE SEGURADOS

O art. 1º da Lei 9.717/98 determinou, entre outras regras, que o plano de previdência dos Estados e Municípios devem ter número mínimo de segurados, *verbis*:

> **"Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos Servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos Militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:**
>
> IV – cobertura de um número mínimo de Servidores, de modo que os regimes possam garantir diretamente a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio atuarial sem necessidade resseguro, conforme parâmetros gerias"

A Portaria Ministerial nº 4.992/99 estabeleceu o número mínimo de mil segurados para que o Município tenha seu plano de previdência própria. Tal número inviabiliza a previdência de vários municípios no país. Neste ponto há que se questionar a constitucionalidade da norma pois aboliu a previdência de pequenos municípios.

Nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.71.04.003689-3/RS do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que foi Impetrante o Município de Floriano Peixoto e Réu o Instituto Nacional do Seguro Social, foi decidido por maioria que inexiste ofensa ao Princípio Federativo tal limitação, *verbis*:

> "LEI 9.717, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1988. PORTARIA Nº 4.992, DE 05 DE FEVEREIRO DE 1999. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DE MUNICÍPIOS.
>
> A Lei 9.717, de 27 de novembro de 1988, foi editada com objetivo de estabelecer as regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, no exercício da competência que lhe foi atribuída pela Lei, o Ministério da Previdência e Assistência Social editou a Portaria nº 4.992, de 05 de fevereiro de 1999. **Tais disposições não impedem a criação e manutenção de regime próprio de previdência pelos Municípios, pois tão somente estão sendo editadas as normas gerais para a sua implementação. Portanto, a Lei nº 9.717, de 1988, não possui qualquer vício de inconstitucionalidade especialmente no que pertine a autonomia municipal para a instituição de sistemas próprios de previdência e Assistência Social e o estabelecimento da respectiva contribuição (Art. 149 de seu parágrafo único).**

(Precedente do Supremo Tribunal Federal ADIn nº 1993-7)[3]
(grifos nossos)

A limitação de número mínimos de participantes de plano de previdência estadual, municipal e distrital não fere a autonomia do Ente Federado uma vez que não inviabiliza a adoção de plano de previdência, mas apenas estabelece requisito para a sua implantação. Se os pequenos Municípios não alcançarem este mínimo, não poderão instituir plano de previdência para seus servidores.

7. DO PECÚLIO

O Pecúlio era um benefício de prestação única pago aos beneficiários da previdência social. O referido benefício foi revogado pelas Leis 9.129/95 e 9.032/95, de forma que não existe mais no âmbito do RGPS. Ocorre que inúmeros planos de previdência estadual e municipal possuem o pecúlio como benefício a ser pago a seus beneficiários.

Se os planos de previdência estadual e municipal devem ter os mesmos benefícios do RGPS, então podem pagar o benefício do pecúlio? Como já exposto, o art. 40, § 12, vinculou os benefícios dos servidores públicos ao RGPS, "no que couber", ou seja, pode a Previdência Estadual conceder benefícios além do previsto no RGPS e não previstos na Constituição?

Tal vinculação ao RGPS é feita para suprimir as lacunas da legislação do servidor público e não para revogar a legislação da previdência dos Entes da Federação. Os Estados Membros possuem competência suplementar em matéria previdenciária, de forma que podem instituir outros

[3] ***in*** Secretaria de Documentação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

benefícios que não os previstos no RGPS, desde que possuam previsão atuarial para tanto, nos termos da legislação federal.

Neste caso, deve prevalecer o princípio da interpretação mais favorável ao beneficiário e, havendo previsão atuarial e contábil para o pagamento do benefício, não se vislumbra por que a previdência estadual e municipal não podem prever outros benefícios para os seus servidores. A única restrição é a existência de capacidade financeira e atuarial para o pagamento. Existindo esta capacidade, nada impede que a previdência do Ente Federado preveja benefícios além dos previstos no RGPS e na Constituição da República.

8. CONCLUSÕES:

1. A União possui competência para legislar sobre normas gerais de previdência estadual, distrital e municipal;
2. Os Estados possuem competência plena em matéria previdenciária até a edição de norma geral federal;
3. Os Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competência suplementar sobre previdência;
4. A lei federal que trata de previdência dos servidores públicos estaduais, distritais e municipais não ofende o princípio federativo;
5. A Emenda Constitucional nº 20 que vinculou os empregados públicos, cargos em comissão (sem vínculo efetivo) e cargo temporário ao RGPS não ofende o Princípio Federativo;
6. A Lei 9.717/98 e a Emenda Constitucional nº 20 (art. 40, § 13, da CF/88), que tratou de normas gerais de previdência do servidor público de todas a esferas, não ofendem a autonomia dos Entes Federados;
7. Os Servidores Públicos não estão adstritos ao “teto” de benefício do RGPS mas sim ao “teto” do serviço público (art. 37, IX, da Constituição Federal);
8. Os planos de previdência dos servidores públicos podem instituir benefícios não previstos no RGPS nem na Constituição, como o pecúlio, desde que possuam capacidade financeira para tanto.

* Procurador Federal lotado no INSS; Ex-Corregedor Regional do INSS no Rio de Janeiro; Procurador Chefe da Procuradoria dos Tribunais do INSS no Rio de Janeiro; Professor de Direito Previdenciário da Faculdade Bennett.

❖ ❖ ❖

A DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA EXIGIBILIDADE DO SAT

***R**ubem **A**ranovich **

Sumário: 1. Introdução; 2. Dos principais argumentos adversos; 3. Da natureza do SAT; 4. Da alegada inclusão na base de cálculo de remunerações de cunho diverso do salarial; 5. A incidência exclusiva sobre a remuneração de avulsos e empregados; 6. A ampliação da destinação da receita.

1. INTRODUÇÃO

Diversas empresas tem ingressado com ações na Justiça Federal visando eximirem-se do pagamento do SAT, ao argumento que se trata de contribuição que não tem por fato gerador a folha de salários. Assim, por se tratar de contribuição com hipótese de incidência não prevista na Constituição Federal, seria inconstitucional. Apenas lei complementar poderia ter criado esta exação e, como a Lei 8.212/91 é ordinária, a contribuição sempre foi inexigível.

2. DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS ADVERSOS

As teses sustentadas são, basicamente:

a) O SAT[1] tem por base o total das remunerações pagas, o que diverge do conceito de folha de salário;

b) A contribuição tem por fato gerador os valores pagos a avulsos e empregados o que também não se confunde com o conceito de folha de salários; e

c) Com a edição da Lei nº 9.732, de 11/12/98, já em vigor desde a edição da MP nº 1.729, de 2/12/98, a contribuição passou a ter destinação, além do SAT, também o financiamento do benefício previsto nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

[1] Dora Martins de Carvalho, A Contribuição de Acidente de Trabalho, Revista Dialética de Direito Tributário nº 39, dezembro/1988.

3. A NATUREZA DO SAT

Conforme bem esclarece o JUIZ LEANDRO PAULSEN[2], a tese sustentada pelo INSS/PPS do Rio Grande do Sul, quanto à matriz desta contribuição, assim pode ser resumida:

> ***"... a parcela anteriormente destinada exclusivamente ao custeio do seguro acidente do trabalho, nada mais é do que uma parcela com destinação específica da contribuição originariamente exigida sobre a folha de salários. Não se trata sequer de contribuição adicional, mas de afetação de parcela da arrecadação da contribuição em questão. Assim, a contribuição sobre a folha de salários era na feição originária da Lei 8.212/91 de: 21% para as empresas sujeitas a risco leve (20% genéricos + 1% p/financiamento das prestações por acidente do trabalho); 22% para as de risco médio (20% genéricos + 2% para o Sat) e 23% (20% genérico + 3%) para as de risco grave. Com a nova lei as alíquotas em questão foram apenas majoradas, o que não viola nenhum princípio constitucional."***

Este posicionamento, como regra, vem sendo acolhido pelo **TRF da 4ª Região:**

> *"....*
>
> *3. A contribuição para o SAT, inegavelmente, caracteriza-se como contribuição social a cargo do empregador, com matriz no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. Portanto, é nitidamente constitucional a referida contribuição." (TRF4, 1ª Seção, Ação Rescisória 96.04.47494-4/PR, rel. Juíza Tania Escobar, mar/ 2.000)."*

Esta feição originária não foi alterada em sua substância, conforme adiante se demonstrará.

4. DA ALEGADA INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DE REMUNERAÇÕES DE CUNHO DIVERSO DO SALARIAL

Efetivamente a redação do dispositivo utiliza, desde sua gênese até a redação atual, a expressão *"total das remunerações"*. Levada a interpretação às últimas conseqüências, concluir-se-ia tratar de contribuição cuja base de cálculo seriam valores excedentes a parcela exclusivamente salarial.

---

[2] Direito Tributário Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Leandro Paulsen, Livraria do Advogado Editora, 2.001, p. 377.

Contudo, esta conclusão não seria correta.

Note-se que ao redigir o art. 22, I, da Lei 8.212/91, o legislador também empregou sempre a expressão "*vinte por cento sobre o total das remunerações ...*".

A interpretação previdenciária para esta expressão é que nela estão compreendidos exclusivamente os valores componentes do salário de contribuição para fins previdenciários (art. 28 da Lei 8.212/91). No § 9º daquele dispositivo são enumeradas[3] todas as parcelas que não integram, justamente as parcelas sem caráter salarial[4].

Destaque-se que nunca tomou-se como base de cálculo para a contribuição sobre a "folha de salários" valores que não tivessem natureza salarial. O mesmo ocorreu com o SAT. A prova disso é que sabidamente, por determinado período a Medida Provisória 1.523/97, reeditada diversas vezes, tentou-se tributar parcelas indenizatórias, porém foi rechaçada pelo STF, através de liminar em ADIn, que, contudo, veio a perder o objeto em razão da não conversão das disposições na Lei nº 9.528, de 10/12/97. Ora, *se a interpretação da Previdência Social fosse que a expressão "total das remunerações" abrangia valores de cunho diverso do salarial, inútil seria a edição do instrumento normativo suso mencionado*.

Assim, embora o texto legal possa parecer equívoco, cumpre dar-lhe uma interpretação conforme a constituição, o que a Previdência Social vem fazendo.

5. A INCIDÊNCIA EXCLUSIVA SOBRE A REMUNERAÇÃO DE AVULSOS E EMPREGADOS

Embora a parcela de 20% em sua redação original tenha eleito como base de cálculo "o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos **segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos e autônomos** que lhe prestem serviços", enquanto que na parcela afetada optou-se incluir tão somente "avulsos e empregados", isto não pode ser oposto a legitimidade da contribuição.

---

[3] Este texto é exemplificativo, eis que o Regulamento da Previdência Social apresenta outras hipóteses não contempladas no texto legal.

[4] No caso concreto, poderá haver dúvida sobre a integração ou não de uma contribuição no cálculo do salário-de-contribuição, mas isto não desnatura o fato gerador da contribuição, seja quanto aos seus 20%, seja quanto a sua parcela afetada (conhecida como SAT).

Ora, no caso o legislador ordinário optou por restringir a totalidade daquilo que considerava a folha de salários. Ou seja, editou uma **contribuição sobre parte da folha de salários**, o que não a desnaturou, eis que não deixava de ser "folha de salários". Apenas o contrário a tornaria inconstitucional, a saber, a inclusão de valores não compreendidos no malsinado conceito de folha de salários.

Ocorre, porém, que justamente por ter esta contribuição como **regra matriz a folha de salários**, no tocante aos **AVULSOS**, sua cobrança contrariou a Constituição Federal até a EMENDA 20/99 (DOU de 16/12/98).

Quanto ao artigo 22, I (parcela de 20%), o STF deferiu liminar na ADIn 1.153-7/DF, DJ de 11/11/94, suspendendo a eficácia da expressão, deixando, entretanto, de julgar o mérito em decorrência da revogação tácita da Lei nº 8.212/91, no tocante à contribuição patronal sobre a remuneração de avulsos, nela contida. Por razão lógica, também, o percentual afetado não poderia ser cobrado.

Em razão disso, o **Parecer nº 872/97 da CJ/MPAS, DOU de 28/05/97**, concluiu pela impossibilidade de se proceder a cobrança de contribuições sociais, com fundamento neste inciso.

Há quem sustente que, com a edição da EMENDA 20/99, não apenas a contribuição passou a ser constitucional, como também restaram convalidadas as cobranças anteriores. Esta tese parte de uma concepção de que o Direito Constitucional dispõe "ex novo", recebendo ou revogando o que existia antes dele. Tem ilustres partidários, como CELSO RIBEIRO BASTOS[5]. Porém, dominante[6] no sistema jurídico pátrio é a tese que sustenta que a norma posicionada em relação de contrariedade com o ordenamento vigente à época, não pode ser recebida, ainda que não confronte com o novel texto.

O tema, porém, não comporta maiores digressões tendo em conta o trabalho que ora nos propusemos.

6. A AMPLIAÇÃO DA DESTINAÇÃO DA RECEITA

Novamente não vemos qualquer violação à CF.

Eis que a contribuição social, apesar de não ser tributo, submete-se às normas gerais em matéria tributária, por ter esta natureza, apesar de não confundir-se conceitualmente com o próprio ente.

---

5 Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional, editora Saraiva, 13ª ed., 1990, p. 116.

6 Neste sentido julgado pelo TRF4, REO 90.04.23921-9/PR, rel. Juiz Teori Albino Zavascki, invocando a lição de Jorge Miranda.

Dispõe o CTN que a destinação da legal do produto da arrecadação não muda a natureza jurídica específica do tributo, eis que esta é determinada pelo fato gerador[7] (art. 4º, I, CTN).

É certo que, após a CF/88, tal dispositivo deve ser interpretado com temperamentos, eis que a destinação do tributo importa:

1. Em estabelecer distinção entre contribuição e imposto;

2. Distinção entre contribuições. Por exemplo, tanto a contribuição denominada de "salário-educação", como a previdenciária tem a mesma hipótese de incidência, contudo uma destina-se ao FNDE e outra ao INSS. Frise-se que apenas a contribuição previdenciária é contribuição à seguridade social. Assim, não se pode dizer que sejam a mesma exação, importando os destinos das receitas.

Contudo, na hipótese em tela, vício não há, eis que:

a) Não se fugiu da hipótese de incidência descrita na EMENDA 20/99; e

b) A destinação continua sendo para custeio de prestação devida pelo INSS em razão da Lei nº 8.213/91.

Inconstitucional seria, a nosso ver, caso os valores fossem também destinados à saúde, assistência social ou orçamento de entidade diversa.

Mantido, pois, o espírito da contribuição, custear benefícios previdenciários, bem como hipótese de incidência, **resta claro que houve apenas majoração de alíquota.** Quanto a isto, nada há que se opor, eis que o instrumento foi idôneo (lei ordinária).

7. CONCLUSÃO

Entendemos que a tese da inconstitucionalidade por necessidade de lei complementar não merece acolhida, contudo, temos grandes dúvidas quanto à sua cobrança sobre as remunerações pagas a avulsos.

---

[7] Em pleno vigor, segundo Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, ed. Saraiva, 8ª edição, 1996, ps. 23 e 24.

---

* Procurador-Chefe da Seção de Defesa Fiscal da PPS em Porto Alegre-RS.

❖ ❖ ❖

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL / MPAS

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL / INSS

Procuradoria da Previdência Social em Florianópolis/SC

PPS – 20.200.2 Florianópolis/SC, 29 de novembro de 1999.

Revisão de Benefício. Súmula-02 do TRF da 4ª Região. Redução da RMI. Impossibilidade.

De acordo com o preceito contido no artigo 4º da Lei nº 6.210, de 04.06.75, que alterou o disposto no artigo 3º da Lei nº 5.890/73, o valor mensal dos benefícios de aposentadoria por idade ou tempo de serviço, inclusive o abono de permanência em serviço, será calculado tomando-se por base o salário de benefício, assim entendido: 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários de contribuição imediatamente anteriores ao mês de afastamento da atividade, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

Nas hipóteses alhures, os salários de contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos meses serão previamente corrigidos de acordo com coeficientes de reajustamento, a serem periodicamente estabelecidos pela Coordenação dos Serviços Atuariais do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Em 17.06.77 foi editada a Lei nº 6.423, que estabeleceu as bases para a correção monetária. Essa lei adotou como índices oficiais de correção a ORTN/OTN dispondo no seu artigo 1º que: "a correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da ORTN/OTN.

O INSS (então INPS) continuava, mesmo após a vigência dessa lei, a proceder a correção monetária dos salários de contribuição que compunham o período básico de cálculo-PBC pelos índices fixados pelo Ministério do Trabalhos e Previdência Social – MTPS (posteriormente MPAS).

Inúmeras ações revisionais foram ajuizadas em face do INSS. O Poder Judiciário, notadamente o TRF da 4ª Região, após longa discussão interpretativa, entendeu que o período básico de cálculo-PBC dos benefícios de aposentadoria por idade ou por tempo de serviço (espécies 41/42/46), concedidos no período de 17.06.77 até 05.10.88 (quando foi promulgada

a Carta Política de 88), deveria ser corrigido pelos índices oficiais da ORTN/OTN e não pelos índices fixados pelo MPAS. Assim foi editada em 13.01.92 a súmula-02, com a seguinte redação:

> "Para o cálculo das aposentadorias por idade ou por tempo de serviço, no regime precedente à Lei nº 8.213/91, corrigem-se os salários de contribuição, anteriores aos doze últimos meses, pelo variação nominal da ORTN/OTN". (13.01.92).

Enorme debate jurídico foi travado nos Tribunais Regionais e Superiores para que se chegasse a conclusão de que após a promulgação da CF/88 não seria mais possível aplicar os critérios ditados pela súmula-02 para os benefícios iniciados após 05.10.88 (DIB), face o comando legal contido nos artigos 144 e 145 da Lei nº 8.213/91, considerados pelo Colendo Supremo Tribunal Federal em consonância com a Lei Maior.

Abre-se parênteses para uma crítica à redação desta súmula. Ao menos em tese ela é injusta, pois deixou de fora de sua aplicabilidade o abono de permanência em serviço (espécie 48), que é calculado da mesma forma que os benefícios de aposentadoria por idade ou tempo de serviço. Também poderia ser aplicada nos benefícios de aposentadoria por velhice (idade) e por invalidez do segurado empregador rural, face a forma de cálculo da sua renda mensal inicial-RMI determinada pelos artigos 305 e 308 do Decreto 83.080/79, *verbis*:

> "Art. 305. A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado empregador rural portador de enfermidade ou lesão orgânica que o torna total e definitivamente incapaz para o exercício de qualquer atividade, a contar da data do laudo do exame médico-pericial, consistindo numa renda mensal de 90% (noventa por cento) de 1/12 (um doze avos) da média dos 3(três) últimos valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, arredondada a fração de cruzado para a unidade imediatamente superior, e não pode ser inferior a 90% do salário mínimo.
>
> § 1º Os valores sobre os quais incidiram as contribuições anuais anteriores aos últimos 12 (doze) meses devem ser corrigidos de acordo com coeficientes de reajustamento estabelecidos pelo órgão do MPAS".
>
> "Art. 308. A aposentadoria por velhice é devida, a contar da data da entrada do requerimento, ao segurado empregador rural que completa 65 anos de idade, em valor igual ao da aposentadoria por invalidez (artigo 305 e seu § 1º)".

Ora, se a injustiça estava na utilização dos coeficientes de reajustamento fixados pelo MPAS, por que esses benefícios citados não foram abrangidos pela súmula-02? Não deve haver resposta convincente, "*data vênia*"! Fecha-se parênteses.

No processo de execução, mais precisamente na fase de liquidação de sentença, constata-se, em inúmeros casos, que o período básico de cálculo-PBC após ser corrigido pelos índices oficiais da ORTN/OTN, como determinado na sentença, tem a renda mensal inicial-RMI do benefício do autor diminuída em razão dos índices fixados pelo MPAS serem superiores aos oficiais. Será que o INSS poderia determinar a redução imediata da renda mensal do benefício do autor alegando que está apenas dando cumprimento à determinação judicial? A resposta negativa se impõe, apesar de algumas decisões isoladas em sentido contrário.

Não é possível reduzir o valor da renda mensal inicial-RMI do segurado aposentado por idade ou tempo de serviço após revisão judicial de seu benefício em face de óbices legais em vigor.

Com efeito, dispõe o artigo 566, do CPC, que pode promover a execução forçada o **credor a quem a lei confere título executivo**. No caso sob comento o credor (ao menos em tese) é o autor da demanda judicial e é ele quem pode deflagrar o processo de execução. É sujeito passivo na execução o **devedor reconhecido como tal no título executivo (**art. 568, CPC). De acordo com essa regra processual o INSS é quem deve figurar no pólo passivo do processo executivo em razão de ter sucumbido no processo de conhecimento. Como é sabido e consabido, a sentença judicial condenatória é um título executivo, conforme previsto no artigo 584, I, CPC. Assim, de acordo com as disposições do CPC, o credor tem a faculdade de promover ou não a execução do julgado, já que o título executivo (sentença) lhe pertence.

Executar, na lição do mestre Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, vol-II, 20ª edição) "nada mais é do que o meio em que o Estado **intervém no patrimônio do devedor** para tornar efetiva a vontade sancionatória, realizando, **à custa do devedor,** sem ou até contra a vontade deste, **o direito do credor.** Se o credor pode dispor de toda execução que dirá de parte dela. Este direito está garantido pela norma do artigo 569, do CPC, que assim dispõe:

> "O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas".

Neste contexto, cabe ao credor verificar da conveniência da propositura da ação executiva ou, se já proposta, seu prosseguimento, já que este direito lhe pertence por ter vencido a demanda judicial.

Sobre a impossibilidade do INSS reduzir a renda mensal inicial do benefício após aplicação dos índices de correção da ORTN/OTN, veja-se decisão proferida pelo TRF da 4ª Região, *verbis*:

Ementa:

"Previdenciário. Súmula-2 do TRF da 4ª Região. Redução da RMI. Impossibilidade. Irredutibilidade. Ausência de interesse processual.

A aplicação de índices de correção dos salários-de-contribuição superiores a variação nominal da ORTN/OTN, em determinadas competências, poderá resultar em renda mensal inicial inferior àquela concedida administrativamente. Em situações assim, evidente a falta de interesse em executar o julgado, solucionando-se a questão pela simples renúncia a execução".

(Agravo de Instrumento nº 0401772-3 – 5ª Turma do TRF da 4ª Região – Relatora Juíza Maria Lúcia Luz Leiria – Julgado em 13.12.97).

E tem mais. Se a Instituição Previdenciária quisesse executar a sentença judicial em que foi demandada deveria ter se utilizado do remédio processual colocado à sua disposição, no caso, a Reconvenção, que nada mais é do que a ação do Réu contra o Autor. Assim, não haveria quaisquer dúvidas a respeito de sua legitimidade para executar a sentença judicial. Ora, se a ilegalidade praticada pelo INSS estava justamente na fixação administrativa de índices de correção, contrariando a Lei 6.423/77, nada mais justo do que pedir ao Juiz, num caso concreto, que determinasse o cumprimento da norma legal que trata especificamente da matéria. O Ente Autárquico, obrigado que está a observar o princípio da legalidade insculpido no "caput" do artigo 37 da Carta Política de 88, pode e deve pedir a intervenção do Poder Judiciário para que seja afastada uma norma já julgada ilegal. Se o autor pode requerer a aplicação dos critérios da súmula-02, o INSS também pode, pois se existe uma ilegalidade é para ambas as partes em litígio, independentemente de quem esteja no pólo ativo do processo de conhecimento.

Como ficou cabalmente demonstrado, as regras fixadas no CPC para execução da sentença judicial condenatória são sempre de iniciativa do credor, pois é este o titular do direito. A única hipótese prevista em sentido contrário é a norma contida no artigo 570, do CPC, que faculta ao devedor requerer em juízo a citação do credor para que este receba em juízo o que lhe é devido de acordo com o título executivo (sentença judicial).

É evidente que a inversão dos pólos ativo e passivo só poderia ocorrer se o devedor tivesse que satisfazer uma obrigação, o que não é o caso face não haver qualquer valor pecuniário a ser oferecido pelo devedor (INSS) ao credor. Além do mais existe uma forma de pagamento diferenciado, que é através de precatório em razão do devedor (INSS) ser equiparado a Fazenda Pública, consoante previsão constitucional contida no artigo 100 e seu § 3º, este acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20, ainda não regulamentado.

Um dos requisitos necessários para realizar **qualquer execução** é a inadimplência do devedor (art. 580, CPC). Ora, se o INSS, figurando no pólo passivo do título judicial, não deve qualquer quantia (por falta de conteúdo econômico), como poderia ter início o processo executivo se ele não está inadimplente?

Deve ser levado em conta, ainda, o fato de que o Decreto nº 83.080/79 (§ 1º, do art. 37) facultou ao MPAS a indicação dos índices de correção dos 24 (vinte e quatro) primeiros salários-de-contribuição. Se os índices indicados pelo MPAS são maiores, em determinadas competências, do que os fixados pela ORTN/OTN foi em razão da conveniência da Autarquia Previdenciária a utilização de tais índices de correção, não podendo agora, sob o argumento de que pretende cumprir a sentença judicial, alterar este critério, já que o título executivo não lhe pertence.

Caso a Autarquia quisesse rever os índices de correção deveria fazê-lo para todos os segurados e não somente para aqueles que ingressaram com ação judicial, assim agindo não iria ofender o comando da isonomia, consagrado no "caput" do artigo 5º da Constituição Federal/88.

Este entendimento foi acolhido pela Procuradoria Geral do INSS que, através de sua Consultoria, emitiu Nota Técnica a respeito do assunto.

Diante dos argumentos expendidos e em observância aos preceitos legais em vigor, notadamente o Código de Processo Civil, conclui-se que o INSS não tem legitimidade ativa para executar um título de crédito (sentença judicial) que não lhe pertence, não podendo, ainda, inverter os pólos ativos e passivo no processo executivo face a execução não ter qualquer conteúdo econômico.

ROGERS MARTINS COLOMBO
Procurador do INSS em Florianópolis/SC
Responsável, por delegação, pela Seção de Contencioso Geral.

❖ ❖ ❖

MEMORIAIS EM ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2000.04.01.092228-3/PR.
AGRAVANTE : PENACCHI E CIA. LTDA.
AGRAVADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
RELATOR : JUIZ AMIR SARTI – PRIMEIRA TURMA

BREVE RELATÓRIO DOS FATOS

A empresa – em débito com o INSS – impetrou mandado de segurança para que fosse reconhecida, entre outras coisas, a decadência do crédito previdenciário, por inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91 ante o artigo 146, III, "b", da Constituição.

A liminar foi indeferida, decidindo-se pela aplicabilidade do prazo decadencial de 10 anos.

Contra essa decisão agravou a empresa, sendo que o ilustre Juiz Relator suspendeu o julgamento e argüiu a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Custeio da Previdência Social que prevê um prazo decadencial diferente daquele previsto no Código Tributário Nacional, art. 173.

O Ministério Público Federal apresentou Parecer no sentido do acolhimento da Argüição de Inconstitucionalidade.

A questão será dirimida pela Corte Especial do Egrégio Tribunal, em controle da constitucionalidade das leis, forte no art. 97 da Constituição.

FUNDAMENTAÇÃO

Em discussão a interpretação sistêmica dos artigos 146 e 149 da Carta, artigo 173 do CTN e o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1.991.

Como já disse **GERALDO ATALIBA**, *"estudar Direito Tributário, no Brasil, a sério, é estudar a Constituição. O nosso Direito Tributário, ao contrário do que acontece em todos os outros países do mundo, está na Constituição".* (*in* Revista de Direito Tributário nº 64, Editora Malheiros, p. 43)

Eis o teor dos dispositivos:

"Art. 146. ***"Cabe à lei complementar:***

I – (...).

II – (...).

*III – **estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:***

a) (...);

*b) obrigação, lançamento, crédito, **prescrição e decadência tributários;***

c) (...).” (Grifamos).

*“Art. 149. **Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais**, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, **observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.***

Parágrafo único. (...).” (Grifamos).

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados,

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. (Grifamos).

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

Parágrafo único. A Seguridade Social nunca perde o direito de apurar e constituir créditos provenientes de importâncias descontadas dos segurados ou de terceiros ou decorrentes da prática de crimes previstos na alínea ”j” do art. 95 desta Lei.” (Grifamos).

A diferença entre o artigo 173 e o 45 é, além do prazo, a troca do termo *lançamento* por *crédito constituído.*

Ora, *lançamento* é, e sempre foi, o mesmo que *crédito constituído.*

Com isso, queremos demonstrar que a única diferença entre os dois dispositivos infraconstitucionais é o prazo: no CTN, **qüinqüenal**, e na Lei de Custeio, **decenal.**

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA
NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
PRAZOS DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

É inequívoco que o prazo prescricional das contribuições previdenciárias sofreu várias alterações ao longo das três últimas décadas.

As alterações da legislação infraconstitucional é que determinam qual prazo vige a cada período temporal.

Resumidamente, esta foi a evolução legislativa:

1. A partir da Lei nº 3.807/60 até o advento do CTN, em 25-10-1966, o prazo prescricional era 30 anos. (natureza não tributaria).

2. Do CTN até a EC 8/77 a prescrição era conforme o CTN. (natureza tributária).

3. Da EC 8/77 até a Lei nº 6.830/80, prazo prescricional de 5 anos. (natureza tributária).

4. Da Lei nº 6.830/80 (a qual restabeleceu o art. 144 da Lei 3807/60) até a Constituição de 1988, as contribuições previdenciárias obedeceram a prazo prescricional trintenário. (natureza não tributária).

5. Após a Carta de 1988 é indiscutível a natureza tributária de tais contribuições, com prescrição nos moldes do CTN (5 anos) e, após, conforme a Lei nº 8.212/91, quando o prazo para cobrança das contribuições previdenciárias foi alargado para de 10 anos. (natureza tributária).

Quanto ao prazo decadencial das contribuições previdenciárias aplicava-se o artigo 173 do CTN – cinco anos – até a instituição da lei especial.

Portanto, hoje há regra específica quanto ao prazo decadencial decenal de contribuições previdenciárias: o art. 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1.991.

É claro que os destinatários dos dispositivos em comento (artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91) são somente aqueles sujeitos ativos de contribuições sociais federais.

A finalidade do instituto da decadência é a proteção do contribuinte. Há um prazo máximo para o Fisco agir contra seus devedores, praticando o ato jurídico do lançamento, ou, em outras palavras, para a constituição do crédito. Passado o prazo, a Fazenda decai de seu direito, operando-se a extinção do crédito tributário.

Nas palavras de **PAULO DE BARROS CARVALHO,** *in* CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO,... Edição, Editora Saraiva, p. 425-426:

"...
A decadência ou caducidade é tida como fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo. Para que as relações jurídicas não permaneçam indefinidamente, o sistema positivo estipula certo período a fim de que os titulares de direitos subjetivos realizem os atos necessários à sua preservação, e perante a inércia manifestada pelo interessado, deixando fluir o tempo, fulmina a existência do direito, decretando-lhe a extinção.
...".
"...
Paralelamente, somos levados a concluir que a Fazenda Pública, que tem o dever-poder *de formalizar o crédito, ver-se-ia liberada desse encargo com o decurso do tempo, isto é, acontecendo o fato jurídico da caducidade. O paradoxo é incontornável."*

E o mestre **SACHA CALMON NAVARRO COELHO** *in* CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, 5ª Edição, Editora Forense, p. 719-720 assim situa o instituto da decadência:

"Os atos jurídicos sujeitados a tempo certo, se não praticados, precluem. Os direitos, se não exercidos no prazo assinalado aos seus titulares pela lei, caducam ou decaem. As ações judiciais, quando não propostas no espaço de tempo prefixado legalmente, prescrevem. Se um direito, para aperfeiçoar-se, depende de um ato jurídico que não é praticado (preclusão), acaba por perecer (caducidade ou decadência). (...)."

O artigo 45 seria inconstitucional por instituir prazo de decadência de contribuições previdenciárias através de Lei Ordinária e não Complementar. Ou seja, haveria violação ao art. 146, III, "b", da Constituição, pois a Lei nº 8.212/91 não poderia dispor de forma diferente do CTN.

Note-se que o artigo da Constituição em debate (art. 146) está inserido no Capítulo "Do Sistema Tributário Nacional", Seção "Dos Princípios Gerais".

Vale dizer, é dirigido à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Imprescindível é a reflexão sobre o que é estabelecer **norma geral** na matéria *decadência?*

Pedindo vênia aos que entendem de forma inversa, pensamos que **o prazo** contido no art. 173 do CTN não é uma norma geral; portanto o art. 173 não trata exclusivamente de matéria reservada à lei complementar.

É constitucional a estipulação, por meio de lei ordinária, de **prazo** de decadência **(prazo em si).**

O que é norma geral na decadência é a essência do instituto, seu conceito, e não o número de anos do prazo.

Esse pode ser regulado de forma especial, como efetivamente o foi, pelo legislador ordinário, dada a relevância da paz social que se busca e alcança com a Seguridade Social.

Seguridade Social é termo amplo, que abarca **saúde, previdência e assistência social**, tal como estatui o art. 194 da Lei Fundamental.

Esse é o motivo que levou o legislador a estabelecer prazo decadencial especial para os tributos denominados "contribuições previdenciárias".

Socorrendo-nos novamente das lições de **SACHA CALMON NAVARRO COELHO**, nas páginas 114/115 da obra já mencionada, encontramos a explanação de que *"De norte a sul, seja o tributo federal, estadual ou municipal, o fato gerador, a obrigação tributária, seus elementos,* ***as técnicas de lançamento, a prescrição, a decadência, a anistia, as isenções, etc. obedecem a uma mesma disciplina normativa, em termos conceituais, evitando o caos e a desarmonia.*** (Grifamos e sublinhamos).

Portanto, afinando-nos com o magistério do reconhecido tributarista mineiro, entendemos que a norma geral no tocante à decadência abarca o "**conceito de decadência"** e dentro do conceito não está obrigatoriamente o **prazo em número de anos.**

Há que ser feita uma necessária distinção entre normas-princípios e normas-regras.

A norma-princípio, em contraposição à norma-regra, admite aplicação em maior ou menor escala.

A norma-regra se aplica ou não se aplica; não admite meio-termo.

Aqui se situa o *prazo decadencial de 5 (cinco) anos* fixado no art. 173 do CTN.

Ele é norma-regra e, portanto, **não é norma geral de direito tributário.**

O prazo decadencial de 5 anos estabelecido no CTN não é norma geral de direito tributário e por isso pode ser alterado por lei ordinária.

Para corroborar a tese da constitucionalidade, trazemos a doutrina do reconhecido Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor **ROQUE ANTONIO CARRAZZA**, *in* CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO, 14ª Edição, Editora Malheiros, p. 586 a 588, onde analisa detalhadamente a constitucionalidade do prazo decadencial de 10 anos fixado em lei ordinária:

3. "Concordamos em que as chamadas "contribuições previdenciárias" são tributos, devendo, por isso mesmo, obedecer às "normas gerais em matéria de legislação tributária".

Também não questionamos que as normas gerais em matérias de legislação tributária devem ser veiculadas por meio de lei complementar.

Temos, ainda, por incontroverso que as normas gerais em matérias de legislação tributária devem disciplinar a prescrição e a decadência tributárias.

O que, porém, pomos em dúvida é o alcance destas "normas gerais em matéria de legislação tributária", que, para nós, nem tudo podem fazer, inclusive nestas matérias.

De fato, também a alínea "b" do inciso III do art. 146 da CF não se sobrepõe ao sistema constitucional tributário. Pelo contrário, com ele deve se coadunar, inclusive obedecendo aos princípios federativo*, da* autonomia municipal *e da* autonomia distrital*.*

O que estamos tentando dizer é que a lei complementar, ao regular a prescrição e da decadência tributárias, deverá limitar-se a apontar diretrizes e regras gerais*. Não poderá, por um lado, abolir os institutos em tela (que foram expressamente mencionados na Carta Suprema) nem, por outro, descer a detalhes, atropelando a autonomia das pessoas políticas tributantes. O legislador complementar não recebeu um "cheque branco" para disciplinar a decadência e a prescrição tributárias.*

Melhor esclarecendo, a lei complementar poderá determinar – como de fato determinou (art.156, V, do CTN) – que a decadência e a prescrição são causas extintivas de obrigações tributárias. Poderá, ainda, estabelecer – como de fato estabeleceu (arts. 173 a 174 do CTN) – o dies a quo *destes fenômenos jurídicos, não de modo a contrariar o sistema jurídico, mas a prestigiá-lo. Poderá, igualmente, elencar – como de fato elencou (arts. 151 e 174, parágrafo único, do CTN) – as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição tributária. Neste particular, poderá, aliás, até criar causas novas (não contempladas no Código Civil brasileiro), considerando as peculiaridades do direito material violado. Todos estes exemplos enquadram-se, perfeitamente, no campo das* normas gerais em matéria de legislação tributária.

Não é dada, porém, a esta mesma lei complementar entrar na chamada "economia interna", vale dizer, nos assuntos de peculiar interesse das pessoas políticas.

Estas, ao exercitarem suas competências tributárias, devem obedecer, apenas, às diretrizes constitucionais. A criação in abstracto *de tributos,*

o modo de apurar o crédito tributário e a forma de se extinguirem obrigações tributárias, inclusive a decadência e a prescrição,[11] *estão no campo privativo das pessoas políticas, que lei complementar alguma poderá restringir, nem, muito menos, anular.*

Eis por que, segundo pensamos, a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais depende de lei da própria entidade tributante. Não de lei complementar.

Nesse sentido, os arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, enquanto fixam prazos decadenciais e prescricionais tratam de matéria reservada à lei ordinária de cada pessoa política.

Portanto, nada impede que uma lei ordinária federal fixe novos prazos prescricionais e decadenciais para um tipo de tributo federal. No caso, para as "contribuições previdenciárias".

Falando de modo mais exato, entendemos que os prazos de decadência e de prescrição das "contribuições previdenciárias" são, agora, de 10 (dez) anos, a teor, respectivamente, dos arts.45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que, segundo procuramos demonstrar, passam pelo teste da constitucionalidade.[12]

..." (Grifos nossos).

As normas gerais de direito tributário não podem ferir o Princípio Federativo e a autonomia Estadual e Municipal, conclusão essa brilhantemente alcançada por **MARIA DO ROSÁRIO ESTEVES** (*in* Normas Gerais de Direito Tributário, Editora Max Limonad, 1997, p. 124).

No mesmo sentido é o entendimento de **FEIJÓ COIMBRA** *in* DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO, 9ª Edição, Edições Trabalhistas, p. 290-291:

> *"No artigo 45 da Lei nº 8.212, o texto refere-se ao direito da Previdência Social de constituir seus créditos, limitando o prazo de dez anos. A disposição é uma feliz inovação, porque os diplomas anteriores, relativos à Previdência Social, refiram-se apenas ao instituto da prescrição, não dedicando uma só palavra ao tema da decadência, ou seja, da constituição dos créditos, mas apenas ao de sua exigibilidade e cobrança".*
>
> *...*
>
> ***"Na vigência da lei anterior, que da decadência não cuidava, seria de aplicar-se o artigo 173 do CTN, lei complementar, que prevê o prazo de cinco anos. Agora, editada lei especial, vigora o prazo de dez anos, para que a Previdência constitua seus créditos, executando-os em seguida."*** (Grifos nossos).

POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

Inúmeros julgados aplicam, tranqüilamente, os prazos especiais de prescrição e decadência fixados pela Lei de Custeio da Previdência, interpretando-os em consonância com a Constituição da República e o Código Tributário.

Vejamos:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO:

"APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATOS GERADORES OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI 3.807/60. PRAZO PRESCRICIONAL DE 30 ANOS. APÓS A VIGÊNCIA DO CTN, PRAZO PRESCRICIONAL REDUZIDO PARA 5 ANOS ATÉ A VIGÊNCIA DA EC 8/77. AJUIZADA À AÇÃO ANTES DE COMPLETADO O PRAZO DE 5 ANOS, INTERROMPE-SE O CURSO DA PRESCRIÇÃO. POR MOTIVOS BUROCRÁTICOS DA JUSTIÇA NÃO OCORRE À PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Para fatos geradores ocorridos na vigência da Lei 3.807/60, o prazo prescricional do direito de ação era de 30 anos com vigência do CTN e com o entendimento de que as contribuições previdenciárias são sub-espécies de tributos, tal prazo foi reduzido para 5 anos, até o advento da EC 8/77, que por sua vez, estendeu o referido prazo para 30 anos. ***Atualmente com a edição da Lei 8212/91, Art. 46, o prazo prescricional é de 10 anos.***

2. (...).

3. (...).

4. (...).

5. (...)."

(AC 94.01.21998-2/GO; RELATOR: JUIZ LUIZ AIRTON DE CARVALHO – CONVOCADO; unânime; DJ ...). (Grifos nossos).

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÍNDICO. CTN, ART. 134, V. LEF, ART. 4º, I. DECADÊNCIA. CTN, ARTS. 150, § 4º E 174. LOPS, ART. 144. LEI 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991, ART.45

I – (...).

II – (...).

III – (...).

IV – A Carta de 1988 atribuiu-lhes, inequívoca, essência tributária (art. 149). O prazo de decadência continuou, pois, a ser qüinqüenal com o termo a quo *previsto no art. 150, § 4º, do CTN.*

V – Essa situação se alterou com o início da vigência da Lei nº 8.212/91, que estabeleceu o prazo de decadência de dez anos, o qual prevalece sobre a regra geral da Codificação Tributária, em face do permissivo inserto na parte inicial do § 4º do art. 150 do CTN.

VI – O termo inicial de decadência, não obstante o disposto no art. 45 da Lei nº 8.212/91, continua, entrementes, sendo o previsto no § 4º do art. 150 do CTN, de vez que a regra de contagem a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado (CTN, ART. 173, I) tem, como destinatários, os lançamentos de ofício e por declaração.

VII – (...).
VIII – (...).
IX – (...).”

(AC 1996.01.56272-9/MG; RELATOR: JUIZ HILTON QUEIROZ, ...; DJ ...). (Grifos nossos).

“TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TEMPESTIVIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENAL. CONTRIBUIÇÃO SOBRE AUTÔNOMOS. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. (...).

2.** Para fatos geradores ocorridos na vigência da Lei nº 3.807/60, o prazo prescricional do CTN e com o entendimento de que as contribuições previdenciárias possuiriam natureza tributária, tal prazo foi reduzido para 5 anos, até o advento da EC nº 8/77, que estendeu o referido prazo para 30 anos, **reduzindo posteriormente para dez anos com a edição da Lei nº 8.212/91 (ART. 46).

3. (...).
4. (...).
5. (...).
6. (...).
7. (...).
8. (...).”

(AC 1998.01.00.043283-2/MG; RELATOR: JUIZ SAULO CASALI – CONVOCADO; unânime; DJ 03-11-2000). (Grifos nossos).

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL "PRO LABORE". LEIS 7.787/89 E 8.212/91 INEXIGIBILIDADE. RESTITUIÇÃO. LIMITES. ENCARGO FINANCEIRO. COMPROVAÇÃO. LEI 9.032/95. PRESCRIÇÃO. ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO. IPC. UFIR. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

1. (...).

2. (...).

3. (...).

4. Os créditos da contribuição social mencionada, por se vincularem a partir do ano-base de 1989, têm sua constituição observada até o ano de 1999 ***(CTN, art. 150, §§ 1º e 4º c/c art. 45, da Lei nº 8.212/91)*** *com direito à restituição desde então, por mais 05 anos (CTN, art. 168, I, c/c o artigo 165, I), projetando-se, assim, para o ano de 2004 o marco inicial para incidência prescricional.*

5. (...).

6. (...).

(AC 98.01.033462-8/MG; RELATOR JUIZ ALEXANDRE VIDIGAL – CONVOCADO; unânime, DJ 26-6-2000). (Grifos nossos).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECADÊNCIA. INCIDÊNCIA SOBRE ACORDOS TRABALHISTAS.

A decadência do direito de constituir os créditos previdenciários não se caracterizou pois, após a edição da Lei nº 8.212/91, o prazo decadencial é de 10 (dez) anos.

As quantias pagas em acordo trabalhista, não especificadas, quanto aos direitos satisfeitos, reputam-se de natureza remuneratória e sofrem incidência de contribuição previdenciária."

(AI 1998.04.01.060407-0/PR; RELATOR JUIZ VILSON DARÓS; unânime; Segunda Turma; DJ 21-3-2001).

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A autarquia previdenciária é responsável pela arrecadação e fiscalização de todas contribuições previdenciárias federais, tributos esses que mantém o sistema previdenciário público que beneficia a **dezenove milhões de brasileiros.**

Pensamos estar diante de um caso em que deva ser dada à lei uma interpretação "conforme a Constituição", tal qual nos ensina a doutrina de **KONRAD HESSE,** *in* ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA REPUBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, tradução de Luis Afonso Heck da 20ª edição alemã, Sergio Antonio Fabris Editor, 1.998.

" (...)

1. Conteúdo e bases jurídico-materiais

(...)

Ao contrário, interpretação conforme a Constituição não é, contra "texto e sentido" ou contra "objetivo legislativo", possível. A vontade subjetiva do legislador não deve, nisto, ser decisiva; o importante é, antes, manter o máximo daquilo que ele quis. ***Em nenhum caso, uma lei deve ser declarada nula se a inconstitucionalidade não é evidente, se não existem somente objeções, por mais sérias que essas sejam.***

A idéia, que faz valer o princípio da interpretação conforme a Constituição, é só limitadamente aquela da "consideração da ordem de valores legal-fundamental" na interpretação de leis ordinárias. O princípio encontra suas raízes, antes, no princípio da unidade da ordem jurídica: por causa dessa unidade, leis que foram promulgadas sob a vigência da Lei Fundamental devem ser interpretadas em consonância com a Constituição, e direito que continua a viger, de época anterior, deve ser ajustado à nova situação constitucional. ***Na medida em que o juiz decide sobre isso, ele tem de revisar a concretização da Constituição pelo legislador com base em uma concretização própria da Constituição e da lei.***

2. Limites jurídico-funcionais

(...)

a) (...)"

O legislador democrático tem a presunção de constitucionalidade de sua vontade e atuação para si*; a ele está encarregada a configuração jurídica das condições de vida em primeiro lugar. Ao Tribunal Constitucional é proibido disputar essa primazia ao legislador e, com isso, causar uma remoção de funções, atribuídas jurídico-constitucionalmente. No entanto, a primazia do legislador democrático é obtida com o preço de uma nova interpretação do conteúdo da lei pelo Tribunal Constitucional; ela pode ficar sem valor se o preço ficar muito alto, se o conteúdo, que o tribunal, em interpretação conforme a Constituição, dá à lei, não mais contém um* minus*, senão um* aliud *diante do conteúdo da lei primitivo. Neste caso, o tribunal*

intervém até mais intensamente nas faculdades do legislador do que em uma declaração de nulidade, porque ele próprio configura positivamente quanto ao conteúdo, enquanto a nova configuração, na declaração de nulidade, permanece objeto do legislador. Quanto mais o tribunal corrige o legislador, tanto mais ele também se aproxima dos limites jurídico-funcionais da interpretação conforme a Constituição, que decerto dificilmente podem ser traçados com toda nitidez.

b) Na relação entre a jurisdição constitucional e as jurisdições restantes coloca-se a questão, quem é chamado, em primeiro lugar para a concretização das leis. Também aqui uma separação nítida não é possível: com a instituição das jurisdições do artigo 95 e 96 da Lei Fundamental, a Lei Fundamental atribui a interpretação de leis ordinárias, sem dúvida, fundamentalmente aos tribunais daquelas jurisdições; mas ela não exclui simplesmente o Tribunal Constitucional Federal de cada interpretação de leis ordinárias, porque o controle de normas, pertencente à sua competência (artigo 93, alínea 1, número 2, 100, alínea 1, da Lei Fundamental), pressupõe uma tal interpretação. Se o Tribunal Constitucional aqui passa por cima da interpretação da Lei pelas jurisdições restantes, então isso parece justificado no interesse da "conservação das normas" (supra, a). ***Mas fica a questão, até aonde essa primazia da interpretação jurídico-constitucional pode ir, sem transformar o Tribunal Constitucional, que é constituído como um tribunal especial da jurisdição constitucional, em um tribunal superior civil, penal e administrativo.***

3. Repercussões para a interpretação constitucional: interpretação conforme a lei da Constituição

"Interpretação conforme a Constituição" coloca não somente a questão sobre o conteúdo da lei a ser examinada, mas também a questão sobre o conteúdo da Constituição, à qual a lei deve ser aferida. Ela requer, por conseguinte, tanto interpretação da lei como interpretação da Constituição. Já que a conexão jurídico-material, como a jurídico-funcional, indica na direção de uma manutenção da lei, interpretação conforme a Constituição irá interpretar a norma constitucional a ser interpretada, no possível, naquele sentido no qual o legislador a concretizou. *Interpretação conforme a constituição de leis é, por conseguinte, em sua repercussão sobre a interpretação constitucional, interpretação conforme a lei da Constituição.* ***Ela mostra-se, nisto, um outro – por se assim dizer, indireto – princípio de interpretação constitucional pelos tribunais. Simultaneamente, esse efeito confirma***

a correlação estreita entre Constituição e Lei e, com isso, a idéia da unidade da ordem jurídica. (Grifos nossos).

Conforme já foi sustentado pelo INSS em argüição de inconstitucionalidade similar, *"... Vislumbrar o tema de forma diversa seria, s.m.j., travar por completo a atividade legislativa ordinária no campo do direito tributário. Entender que toda e qualquer manifestação do poder legislativo a respeito das matérias elencadas no artigo 146, inciso III, da Carta Constitucional dependa da edição de lei complementar, seria inviabilizar, por completo, a adaptação do sistema positivo à realidade tributária vigente.*

Como se sabe, a ***lei complementar possui eficácia em todo o território nacional,*** *endereçando-se, portanto,* ***a balisar a atividade do legislador ordinário das três ordens de governo da Federação****, em verdade seus destinatários. Aí está, salvo engano nosso, a razão de ser da limitação constitucional, ao prever que as normas gerais serão objeto de lei complementar.* ***A norma geral deve articular o sistema tributário*** *da Constituição às legislações fiscais das pessoas políticas. São normas sobre como fazer normas, em sede de tributação (2), que devem ser incondicionalmente observadas pelos legisladores ordinários.*

(...)

A lei ordinária não enfrenta a lei complementar. Não há força contrária (4). (...) Ou seja, estamos diante de lei ordinária que adere à norma complementar do Texto Constitucional, (...) Por isso dizemos que ***há total compatibilidade entre a norma ordinária e as disposições do CTN,*** *que podem conviver de forma harmônica, não se podendo, com renovada vênia, cogitar de revogação (5)".*

(*in* REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS, volume 6, nº 4, 2000, Memoriais de lavra do Procurador Federal **Luiz Claudio Portinho Dias,** p. 153/154). (Grifos no original).

Como ensina o moderno direito constitucional, *"havendo alguma interpretação possível que permite afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.*(LUÍS ROBERTO BARROSO, *in* INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, 2ª Edição, Editora Saraiva, p. 165).

Em suma, com base doutrinária em reconhecidos juristas e na jurisprudência pátria podemos afirmar que é constitucional a ampliação do prazo decadencial através de lei ordinária para as contribuições previdenciárias porque:

1. As normas gerais em matéria de legislação tributária nem tudo podem fazer.

2. A alínea "b" do inciso III do art. 146 da CF não se sobrepõe ao sistema constitucional tributário.

3. O sistema tributário nacional deve se articular com os princípios federativo, da autonomia municipal e da autonomia distrital.

4. Não é dada autorização para a lei complementar entrar na chamada "economia interna" dos entes tributantes.

5. As normas gerais em direito tributário devem estabelecer **diretrizes e conceitos**. Não poderá descer a detalhes, retirando a autonomia das pessoas políticas tributantes.

6. Ao artigo 45 da Lei nº 8.212/91 pode ser dada uma interpretação "conforme a Constituição", entendendo-se que a norma geral em matéria de decadência não é impeditiva de fixação de prazo diverso por outra lei.

7. A lei não deve ser declarada nula se a inconstitucionalidade não é evidente, se não existem somente objeções, por mais sérias que essas sejam.

8. Quando o Juiz decide sobre constitucionalidade ele revisa a concretização da Constituição pelo legislador com base em uma concretização própria da Constituição e da Lei.

CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, requer o Instituto Nacional do Seguro Social seja rejeitada a Argüição de Inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei 8.212/91, Lei de Custeio da Previdência Social Brasileira.

Porto Alegre, 13 de junho de 2001.

MARIANA G. DE CASTILHOS
Procuradora Federal – INSS
OAB RS 28215

JAQUELINE M. PIAZZA
Procuradora Federal – INSS
OAB RS

❖ ❖ ❖

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL/MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL/INSS
PROCURADORIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL EM CONTAGEM/MG

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BETIM/MG

Ref. Proc. nº : 02700.001130.7
Natureza : Execução Fiscal
Executado : RITZ DO BRASIL/S.A. e outros
CDA : 55.727.029-4

O **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**, por seu procurador "*ex lege*", adiante assinado, nos autos da Execução Fiscal, processo epigrafado, vem, respeitosamente se manifestar sobre o oferecimento à penhora de vinte e cinco títulos públicos, datados de 1902 (um) e 1926 (vinte e quatro), feito pela Empresa Executada, requerendo a final o seguinte:

Nomeia à penhora a executada, título público vencido e sem cotação em bolsa, esperando com isso garantir a execução, possibilitando o oferecimento de embargos.

A executada ao oferecer à penhora, o título supramencionado, pretende que a cártula esteja entre aqueles títulos mencionados no artigo 11 da Lei nº 6.830 – Lei de Execução Fiscal.

Tais títulos foram emitidos no começo do século e de muito estão vencidos, traduzindo-se em ficção jurídica, desprovidos de qualquer valor.

APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA EMITIDAS PELA UNIÃO – LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – INCLUSÃO DA UNIÃO NA LIDE

Afirma a própria empresa executada, que o Título da Dívida Pública Federal é exigível contra a União Federal.

Pretendendo, outrossim, a executada oferecer à penhora, Título da Dívida Pública emitido pela União, pessoa jurídica distinta do réu, e considerando que a autenticidade e exigibilidade da Apólice podem vir a ser questionadas pela sua emitente, imperioso reconhecer que **a UNIÃO deve ser citada para integrar a lide como litisconsorte passiva necessária, sob pena de nulidade, nos precisos termos do art. 47 do CPC.**

Neste sentido, invoca o INSS a decisão prolatada em caso análogo pela ilustrada Juíza Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, Dra. MARIA LUÍZA VIANA PESSOA DE MENDONÇA, no processo nº 98.26134-4, *verbis*:

> "*O pedido de antecipação da tutela formulado nestes autos – ordem para o réu providenciar a expedição de certidão negativa de débitos ou certidão positiva com efeitos de negativa – não tem condições de ser deferido, pois a dação em pagamento oferecida pela autora o é através de títulos da dívida pública emitidos no começo deste século, os quais têm a sua autenticidade sob dúvida (a própria autora menciona laudo de perito técnico atestando a sua autenticidade, o que faz supor que essa autenticidade não seja imune a contestações) e mesmo a sua exigibilidade é passível de contestação, já decorridos tantos anos da sua emissão. Outrossim, o Código Tributário Nacional não prevê a dação em pagamento como forma de extinção do crédito tributário, pelo contrário, ele prevê esse pagamento em moeda corrente, cheque, vale postal, estampilha, papel selado ou processo mecânico (artigo 162). Não está a ocorrer, aqui, a verosimilhança da alegação que permitiria a antecipação da tutela pretendida. Indefiro o pedido.*
>
> *A União, que emitiu o título oferecido em dação em pagamento, tendo em vista a possibilidade de ser contestada a sua exigibilidade, é litisconsorte necessária. Promova a autora a sua citação no prazo de dez dias*." (grifos nossos)

É bem de ver, pois, que Apólice da Dívida Pública, emitida no início do século, sem cotação no mercado, tal como a oferecida à penhora pela executada, à toda evidência não pode ser utilizada em Ação de Execução Fiscal.

Vale notar que, por essa mesma razão o Superior Tribunal de Justiça vem inadmitindo a substituição do depósito em dinheiro por títulos da dívida pública e a sua nomeação à penhora, em execução, a exemplo dos seguintes e recentes julgados:

> "***Recurso Especial 87.640- SÃO PAULO (96 8215-4), DJ 04/05/98.***
>
> ***Relator: O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler***
>
> ***EMENTA***
>
> ***TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO EM DINHEIRO. SUBSTITUIÇÃO POR TÍTULOS DE DÍVIDA AGRÁRIA. QUANDO É POSSÍVEL.***
>
> ***O depósito judicial em matéria tributária deve ser feito em moeda corrente nacional, porque supõe conversão em renda da***

Fazenda Pública se a ação do contribuinte for mal sucedida. A substituição do dinheiro por títulos da dívida pública, fora das hipóteses excepcionais em que estes são admitidos como meio de quitação dos tributos, implica modalidade de pagamento vedada pelo Código Tributário Nacional (art. 162, I). Hipótese em que, faltando aos títulos da dívida agrária o efeito liberatório do débito tributário, o contribuinte não pode depositá-los em garantia da instância. Recurso Especial conhecido e provido.

Recurso Especial 108.914- DJ 03/11/97.

A jurisprudência está consolidada no sentido de repelir essa prática, qual seja de se ofertar títulos públicos vencidos, direitos creditórios sobre tais cártulas e, mesmo "TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA" não reconhecidos pelo poder público como legítimos.

*"**STJ – 1ª TURMA – RESP 10891/SP (96/0060463-0) – DJ 03/11/97 – pg. 56221.***

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO À PENHORA DE TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA SEM COTAÇÃO NA BOLSA. IMPOSSIBILIDADE.

Em face do sistema jurídico processual vigente, a execução é feita no interesse do exequente, não se admitindo a nomeação à penhora de títulos sem cotação na bolsa de valores, sem quantificar-lhes o valor (total) e com omissão quanto ao vencimento de cada um.

Títulos da Dívida Agrária (TDA's) de valoração duvidosa desservem para garantia do juízo, em execução, porquanto a incerteza no dizente a respectiva quantificação em dinheiro (valor real) impede o exequente de conhecer, antecipadamente, se bastam ou não para cobrir o quantum debeatur.

Recurso a que se nega provimento.

"STJ – 4ª TURMA – RESP 162346/SP (98/0005544-4) – DJ 29/06/98 – pg. 216

EXECUÇÃO. PENHORA. TDA.

O credor pode discordar da nomeação à penhora de direitos cretitórios sobre TDA's vinculados a processo pendente, cuja liquidez foi posta em dúvida.

Recurso não conhecido".

"STJ – RESP – 183947/SP – (98/0056307-5) – DJ – 18/12/98 – pg. 304

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEPÓSITO TDA's. IMPOSSIBILIDADE. CTN, ART. 151, II. CPC, ART. 655. LEI 6830/80 (ART. 11).

1 – Desatendida pelo executado a ordem legal estabelecida para a penhora, a constrição legal deve seguir o específico ordenamento. (art. 11, Lei 6.820/80).

2 – Inadmissível a nomeação e penhora de TDA's sem cotação na Bolsa de Valores. A execução é feita no interesse do exequendo e a penhora serve de garantia ao sucesso da cobrança forçada.

3 – Multifários precedentes jurisprudenciais.

4 – Recurso sem provimento". *(Grifos nossos)*

"EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA – TÍTULOS SEM COTAÇÃO EM BOLSA – LEGÍTIMA RECUSA DA EXEQUENTE.

Pode a Fazenda Pública exequente ao argumento de que o título oferecido a constrição judicial pelo executado não tem cotação em bolsa, recusá-lo ocasião em que lhe é de ser devolvido o direito de nomeação.

(Agravo nº 112.910/5 – Comarca de Belo Horizonte – Rel.: Des. ALOÍSIO QUINTÃO – DJMG – 080399)

Em caso idêntico ao dos autos o Egrégio TRF/1ª Região já se pronunciou no sentido da não aceitação desses títulos públicos em garantia de execução fiscal, conforme a seguinte decisão:

PROCESSO CIVIL — EXECUÇÃO FISCAL — GARANTIA: TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA.

1. Somente títulos líquidos e certos podem servir de garantia à execução.

2. Títulos duvidosos do início do século, sobre os quais há divergências quanto à eficácia, não podem garantir execução fiscal.

3. Recurso improvido.

Processo AG — 1998.01.00.074695-8/GO; AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relatora Juíza Eliana Calmon – Publicado no DJ de 14/05/99. P. 296.

É de notar-se, graças ao teor inconteste das decisões pretorianas arroladas acima, que a maioria absoluta da jurisprudência inadmite a nomeação de Títulos da Dívida Pública para a garantia da execução, já que tal prática é manifestamente utilizada com propósitos protelatórios, pois autorizariam o uso de embargos à execução, o que poderia levar a um arrastamento do processo por longos anos, frustrando os justos anseios do exequente, que como parte da Previdência Social que é, representa o interesse de toda coletividade em ver os tributos regularmente pagos, para que se cumpra sua relevante missão institucional.

Ademais, conforme se colhe das decisões do S.T.J. acima transcritas, a questão já se encontra pacificada no seio deste Tribunal, que – é sempre bom lembrar – com a divisão de competências operada pela Carta Política de 1988, tornou-se a última instância em que pode-se discutir questões infraconstitucionais, como esta. Não se pode desprezar o entendimento deste Egrégio Tribunal, dando crédito à jurisprudência minoritária arrolada pelo executado em sua petição, e aceitar que TDPs do início do século XX possam verdadeiramente garantir a execução.

Tal seria uma ofensa aos princíos da razoabilidade, da utilidade do processo e da instrumentalidade das formas, já que antes de se observar a letra da lei, fria e objetiva, o magistrado deve estar conectado à realidade social, sob pena de cometer as maiores injustiças. Ora, *in casu*, faz-se necessário reconhecer que os TDPs ofertados não representam mais que relíquias de museu, não possuindo qualquer valor monetário intrínseco, sendo imprestáveis aos fins que propõe a Executada. Em uma palavra: não passam de mera ficção jurídica, das mais burlescas, os títulos sob comento, e no Direito a ficção não deve permanecer, se confrontada com a realidade, que é o local no qual se desenvolvem os dramas e comoções socias os quais o juiz é chamado a resolver de forma justa.

É de causar espanto as alegações da Executada, de que haveriam erros materias na Lei nº 6.830/80 que não permitiriam a aplicação da mesma; a Executada defende que Títulos da Dívida Pública não vão à bolsa (fl. 53 e ss., *passin*, dos autos.). Invoca interpretações desarrazoadas e totalmente surreais do diploma legal em questão, apoiando-se nos dizeres do eminente Amilcar de Castro que asseverava que “A lei deve ser entendida em termos hábeis, convenientes e úteis.” O que a Executada se esquece, e nisso subverte o pensamento de nosso brilhante processualista, é que a Lei deve ser entendida em termos hábeis a

satisfazer as exigências do devido processo legal, não aos interesses egoísticos das partes; que a lei deve ser entendida em termos convenientes para toda a sociedade, que interessa-se no litígio que dilacera a paz social, e não meramente para driblar o princípio da legalidade e que, finalmente, a Lei deve ser entendida em termos úteis para a concretização da justiça em nossa realidade conturbada, e não objetivando chegar, por vias tranversas, a objetivos que o Direito não tolera ou contempla.

Ademais, a alegação de erro material na Lei nº 6.830/80 não merece prosperar. Primeiro, por que graças ao princípio constitucional da tripartição dos poderes, não se permite ao Judiciário a apreciação de uma lei em tese, há não ser em casos restritíssimos e com o uso de instrumentos processuais adequados, o que não ocorre aqui de forma alguma. Reconhecer a existência de erro material na Lei sob análise seria retirar a aplicabilidade da mesma ao caso em deslinde graças a elementos totalmente estranhos à função jurisdicional, que só poderia dar-se a este papel se o erro material fosse expresso de forma inequívoca, o que não é o caso.

Com efeito, o bom hermenêuta, e nesta classe encaixa-se o insigne Carlos Maximiliano, tão citado na petição da Executada, compreende que a Lei, no momento que é dada ao mundo jurídico através de sua publicação, desincula-se totalmente da vontade psicológica dos legisladores que a confeccionaram, refletindo não mais uma "*voluntas legislatoris* ", mas antes uma "*voluntas legis*", que em última instância é a vontade de todo corpo social em um determinado momento-histórico. Este é o motivo pelo qual a Lei é geral, sendo aplicável a um número indeterminado de casos (atributo da abstracidade) e pessoas (atributo da impessoalidade) e de observância obrigatória (atributo da imperatividade). Assim desvinculada da vontade do legislador, a lei é válida, vigente e eficaz, produzindo seus efeitos normais no ordenamento, não cabendo arguições totalmente infundadas quanto à vontade subjetiva e psicológica que a motivou, já que agora ela representa algo muito maior, que é exatamente a VOLUNTAS LEGIS.

DA LEGITIMIDADE DA RECUSA DA AUTARQUIA AO RECEBIMENTO DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA SEM COTAÇÃO EM BOLSA, EM PENHORA NAS EXECUÇÕES FISCAIS

Sem amparo em norma válida, não pode o INSS com ela concordar, pois seria violar o princípio da legalidade imposto ao ente público por norma constitucional (art. 37 da CF/88).

Com efeito, tratam-se de títulos emitidos pela União Federal no início do século, sem cotação em bolsa e de valoração duvidosa, mas atualizado de forma a ostentar vultosos valores de face, não se prestando ao pagamento do crédito tributário, como reconhece a jurisprudência acima citada, com inteira correção.

Sobreleva, ademais, notar, que por não ter cotação em bolsa, as Apólices ofertadas, ao contrário do que sustenta a executada, não se enquadram no item II, do art. 11 da Lei nº 6.830/80 (LEF), mas, quando muito, no item VIII do mencionado dispositivo, que contempla direitos e ações, pois, em verdade, pretende a devedora garantir a execução com um pretenso direito de crédito de que se diz detentor junto à União**, direito este já fulminado pela prescrição**, não obstante o esforço desenvolvido, para demonstrar o contrário.

Por conseguinte, a recusa do INSS em receber a Apólice da Dívida Pública oferecida à penhora, **ora expressamente manifestada**, mostra-se **LEGÍTIMA**, posto que apoiada em LEI, na jurisprudência e no **interesse público**, que o administrador deve sempre preservar, não lhe sendo permitido **transigir** com o dinheiro público, haja vista que **a Apólice em referência não se reveste dos atributos de liquidez, certeza e exigibilidade**, como restará cabalmente demonstrado ao final da presente.

A se entender o contrário, lícito indagar-se: por que a executada não exige o resgate da Apólice, perante a União, que a emitiu, pagando, então, o seu débito com o INSS em moeda corrente?

Releva, também, observar, que a Lei nº 9.711/97 autoriza o INSS a receber Títulos da Dívida Agrária, na quitação de débitos previdenciários, desde que cumpridos os requisitos ali estipulados.

Preenchidos que sejam os mencionados requisitos, a Secretaria do Tesouro Nacional emite, então, os TDA's, por solicitação do INCRA, e os títulos são recebidos pelo INSS, sendo resgatados antecipadamente pelo Tesouro Nacional.

Conclui-se, portanto, que o recebimento de TDA's nos termos da precitada Lei é mera etapa intermediária do pagamento em moeda corrente, efetuado pelo Tesouro Nacional, ao resgatar os títulos, o que torna compatível o seu recebimento com a norma do art. 162 do CTN.

O parecer juntado ao autos na tentativa de demonstrar a validade de títulos públicos emitidos no início do século, em que pese o prestígio de seu autor, foi feito por encomenda de pessoas possuídoras destes

títulos e, portanto, interessadas direitas no seu resgate. Razão pela qual não merece crédito, já que configura lesão em potencial ao princípio da imparcialidade do juiz, que deve existir inclusive na apreciação das provas.

O INSS junta, por sua vez, substancioso parecer elaborado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, em que, um a um, são rebatidos todos os argumentos levantados por estes pareceres "encomendados", em favor dos referidos títulos. Este parecer deixa claro que estas apólices emitidas no início do século já estão totalmente prescritas, e por isso não têm qualquer valor econômico. Não podem, portanto, serem aceitas em garantida dessa execução.

Resta rebater um último argumento posto pela Executada, que assentando-se em princípio não acolhido em nosso ordenamento jurídico e de cunho eminentemente individualista-liberal, a saber, "*in dubio contra fiscum*", coloca que existe dúvida nas disposições da Lei nº 6.830/80 no tocante a aceitar-se ou não os Títulos da Dívida Pública sem cotação em bolsa. É claro que tal dúvida não existe, em face do que expusemos acima, e mesmo que houvesse, não poderia ser apreciada pelo Poder Judiciário, por não tratar-se de dúvida objetiva e por estar vedada a invasão das esferas dos três poderes da Federação. Mas, ainda que admitíssemos tal tese absurda, invocando aqui o princípio da eventualidade, o Juiz não poderia compelir o INSS a aceitar os malfadados títulos já que a citada Lei nº 6.830/80 em seu artigo 15, II, dá ao Instituto-Exequente a faculdade de requerer, em qualquer fase do processo, a substituição dos bens oferecidos à penhora se tais se mostrarem insuficientes ou inadequados para honrar as obrigações da Executada. Note-se que tal faculdade, baseada em norma cogente, deverá ser concedida pelo juiz sempre que o Executante a requeira, pois não é uma decisão discricionária do magistrado permitir a substituição do bem ou não; trata-se de ato vinculado do juiz, que, tomando conhecimento do requerimento neste sentido, só pode deferi-lo. Realmente, o artigo em questão não deixa opções ao magistrado, pois diz que a substituição **será deferida** pelo juiz. Ora, se a lei desejasse deixar alguma questão no campo de apreciação subjetiva do julgador preceituaria que a substituição do bem **poderá ser deferida**, e não que **será deferida**. Pois bem, o INSS recusa desde já os Títulos da Dívida Pública oferecidos à penhora.

Pelo exposto, confia o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS seja indeferida a pretensão da Empresa Executada em

oferecer à penhora os títulos, promovendo-se a constrição judicial na forma do artigo 11, da Lei 6.830/80.

Termos em que pede deferimento.

Contagem, 06 de outubro de 2000.

DARY SOARES DUARTE
Procurador Autárquico
Mat. 1.257.958 – OAB/MG 65.076

ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS
Estagiário Acadêmico
OAB/MG 87.337

❖ ❖ ❖

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL/MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL/INSS

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA 3ª VARA DE CRICIÚMA – SJSC

Processo nº 2001.72.04.004800-6
Impetrante: CERÂMICA ZANATTA LTDA.

O(A) CHEFE DO SERVIÇO DE ARRECADAÇÃO DO INSS EM CRICIÚMA/SC, ora apontado(a) como autoridade coatora nos autos do presente *writ of mandamus*, vem a Vossa Excelência, na forma da Lei nº 1.533/51, apresentar suas

I N F O R M A Ç Õ E S

como de estilo, nos seguintes termos:

OS FATOS:

Busca a Impetrante nestes autos obter provimento que lhe assegure o direito de recolher as contribuições previstas no art. 22, da Lei nº 8.212/91, somente no mês subseqüente ao pagamento dos salários, e não no mesmo mês deste, cumulado com a compensação dos valores que representam a defasagem no caixa relativo ao período de trinta dias.

Fundamenta seu pedido na tese de que o fato gerador da contribuição em tela é o pagamento ou o crédito das remunerações pagas aos segurados, e não a confecção da folha de salários.

O DIREITO:

Com a devida vênia, não há qualquer suporte jurídico para a pretensão da Impetrante.

A contribuição em destaque (art. 22, da Lei nº 8.212/91) encontra amparo no art. 195, da CF, *in verbis*:

> *Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*
>
> *I — do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:*
>
> *a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;*
>
> *b) a receita ou o faturamento;*
>
> *c) o lucro;*
>
> *(...).*

O momento do adimplemento da obrigação tributária é fixado em lei.

Tal conclusão exsurge dos seguintes dispositivos:

A) da Constituição Federal:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) omissis*;*

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) omissis*.*

B) do CTN:

Art. 160. Quando a legislação tributária não fixar o tempo do pagamento, o vencimento do crédito ocorre ...

Por conseguinte, cabe à lei (ordinária) fixar os prazos para pagamento do tributo, podendo esta inclusive determinar a antecipação do pagamento para antes da ocorrência do fato gerador.

E assim fez o art. 30, da Lei nº 8.212/91:

> *Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada ao "caput" pela Lei nº 8.620, de 05.01.1993)*
>
> *I — A empresa é obrigada a:*
>
> *a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;*
>
> *b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea anterior, a contribuição a que se refere o inciso IV do artigo 22, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço, até o dia dois do mês seguinte ao da competência;*
>
> (...)

Primeiramente, cabe ressaltar que a Emenda Constitucional nº 3/93, que introduziu o § 7º no art. 150 da CF, passou a permitir de forma expressa a substituição tributária, de modo que o responsável pelo recolhimento do tributo possa ser impelido a efetuar o seu pagamento antes mesmo da ocorrência do fato gerador.

Por conseguinte, se pode o legislador exigir o tributo de forma antecipada do responsável, com mais razão poderá fazê-lo do próprio contribuinte.

De outro lado, no que diz respeito ao prazo para pagamento da contribuição em destaque, não há qualquer norma ou princípio jurídico que assegure à Impetrante o direito de fazê-lo somente após efetuar o pagamento da folha de salário de seus empregados.

O prazo para o recolhimento das contribuições em debate foi fixado pelo art. 30, da Lei nº 8.212/91, que o impõe seja feito "até o dia dois do mês seguinte ao da competência".

Cumpre, então, esclarecer qual seja o **mês da competência** das remunerações, se o relativo à prestação do trabalho ou o referente ao efetivo pagamento do salário.

Para tanto, vale-se da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que é a norma que rege as relações jurídicas trabalhistas.

E esta, em seu art. 459, § 1º, ao estipular o momento devido para o pagamento da remuneração dos trabalhadores mensalistas, assim estabelece:

> *Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subseqüente ao vencido.* (grifei)

Do texto supra, a única conclusão que se pode chegar é que o mês de vencimento para o pagamento do salário é o próprio mês da sua prestação, sendo este o denominado pela norma como "vencido".

No entanto, apesar de realçar o momento correto para o pagamento, entendeu o legislador isentar o empregador de qualquer ônus caso o efetue "o mais tardar" até o quinto dia útil do mês posterior ao seu vencimento; daí o termo "subseqüente ao vencido".

Assim, mesmo que o salário possa ser pago até o quinto dia útil do mês posterior, não significa que ele não seja devido no mês corrente ao da prestação do serviço. Tanto é devido, que a CLT já o considera vencido.

Diante disso e considerando-se que o art. 30 da Lei nº 8.212/91 elegeu como fato gerador das contribuições em debate "as remunerações pagas, devidas ou creditadas", o que deve-se levar em conta é a remuneração devida.

Do contrário, se o empregador atrasar o pagamento por seis meses, durante este tempo também não terá contribuições para recolher, pela inexistência do fato gerador. E nem se imagina que um empregador inadimplente no pagamento dos salários não será devedor das contribuições sociais dele advindas.

Em suma, a contribuição social prevista no art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, deve ser paga até o dia dois do mês subseqüente à prestação dos serviços, e não do efetivo pagamento dos salários, pois estes, de acordo com o § 1º do art. 459 da CLT, são devidos no próprio mês da prestação laboral, apesar do permissivo legal para o pagamento extemporâneo, autorizando o adimplemento "até o quinto dia útil do mês subseqüente ao vencido".

Por tudo isso, autorizar as empresas a efetivarem o recolhimento das contribuições sociais após 30 (trinta) dias do pagamento dos salários seria privilegiar exatamente aquelas que menos beneficiam seus empregados. Isso, porque também há empregadores que efetuam o pagamento do

salário no próprio mês em que se dá a prestação do trabalho. Assim, a prevalecer a tese da exordial, ou essas empresas passariam a ter que recolher as contribuições em debate um mês antes das outras ou deixariam de efetuar o pagamento dos salários pela forma que o fazem, prejudicando assim seus funcionários.

Acerca da matéria, cabe transcrever o seguinte despacho proferido pelo em. Des. Fed. Vilson Darós:

> ***Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu, liminarmente, o pedido de determinação judicial para que a contribuição previdenciária incidente sobre as remunerações pagas ou creditadas em dado mês (competência) possam ser recolhidas até o dia 2 do mês imediatamente posterior ao pagamento, nos termos do art. 30, II, da Lei nº 8.212, de 1991, já que o fato gerador se dá com o pagamento e não com mera confecção da folha de pagamento.***
>
> ***Como bem explicitou o juiz monocrático, pela simples leitura do artigo de lei em questão, vê-se que as contribuições previdenciárias devem ser recolhidas até o dia dois do mês seguinte ao de competência e não como quer a agravante, até o dia dois do mês seguinte ao do efetivo pagamento.***
>
> ***Assim, frente a ausência do 'fumus boni juris' autorizador da concessão da liminar, mantenho a decisão monocrática.***
>
> ***Isto posto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado no presente agravo.***
>
> ***À parte agravada para responder, querendo. Intimem-se. Após, retornem conclusos para julgamento.***
>
> ***Porto Alegre, 26 de outubro de 2000."***
>
> (TRF/4ª, AI Nº 2000.04.01.130883-7/SC, Rel. Juiz Vilson Darós)

Por fim, ressalta-se que a norma previdenciária é clara, expressa, ao fixar como fato gerador não só o pagamento, mas também o **crédito** decorrente da prestação laboral na condição de empregado. Ora, o **crédito ao salário**, em que pese o pacto de forma mensal de pagamento, se dá no dia-a-dia trabalhado, e a cada semana, ao repouso semanal remunerado (crédito = direito ao pagamento), **não se confundindo direito ao pagamento com forma de pagamento (mensal) ou até mesmo com crédito em conta bancária do pagamento.**

SOBRE A COMPENSAÇÃO:

Apesar da certeza de improcedência do pleito principal, em homenagem ao princípio da eventualidade, adentra-se ainda no pedido acessório de compensação das verbas relativas às contribuições recolhidas em data anterior à devida.

Ocorre que a parte autoria não questiona a legalidade ou constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária, mas sim a data correta dos recolhimentos, vale dizer, tudo o que foi recolhido era efetivamente devido, seja no mês do pagamento dos salários, seja no mês seguinte.

A única insurgência reside na alegação de que os recolhimentos, teriam sido exigidos e efetuados antes do momento previsto na lei.

Entretanto, mesmo que prosperasse a tese da inicial, dois pontos deveriam ser considerados: a) a exigibilidade das contribuições; b) o prejuízo com o pagamento antecipado.

Quanto ao primeiro (a exigibilidade das contribuições), decorre da própria lei atacada. Assim, se a parte Impetrante recolhia o tributo no dia dois do mês que efetuava o pagamento dos salários, assim o fazia por interpretar a lei da mesma forma que o INSS interpreta.

Sobre o segundo ponto (o prejuízo com o pagamento antecipado), carece este de apuração através de ação própria, da espécie indenizatória, incompatível com o instituto da compensação tributária, que, em conformidade com o art. 66, da Lei nº 8.383/91, exige o "pagamento indevido ou a maior de tributos ...".

Não havendo, no presente caso, pagamento indevido ou a maior, mas tão somente antecipação de pagamento, que é o que teria gerado o alegado prejuízo, impõe-se a apuração do dano e seu respetivo "quantum", pelas vias adequadas, sem o que não haverá a certeza e exigibilidade do crédito a ser compensado.

O abstrato prejuízo trazido pela parte Impetrante, trata-se, portanto, de verba qualificada como lucro cessante, cuja apuração não pode ser alcançada pela via estreita do mandado de segurança, que não dá ensejo à produção de provas, pois exige a pré-qualificação do fato como líquido e certo.

Por fim, a pretensão de compensação esbarraria no art. 89, da Lei nº 8.212/91, que assim estabelece:

Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. (Redação dada ao caput e parágrafos pela Lei nº 9.129, de 20.11.95)

§ 1º (...).

§ 2º Somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11 desta Lei.

Deste modo, mesmo na remotíssima hipótese de acolhimento do pleito principal, não haveria qualquer fundamento para o pedido de compensação.

CONCLUSÃO:

Com essas informações, julgamos haver atendido as determinações de Vossa Excelência, pelo que se requer ***a denegação da segurança pleiteada***.

Termos em que

Pede Deferimento.

Criciúma, 05 de novembro de 2001.

IMPETRADO(A)
ALVACIR DE SÁ BARCELLOS
Procurador Federal – INSS/Criciúma
OAB/SC 7757 – Matrícula 1312125

❖ ❖ ❖

STJ DJ de 01.AGO.2000

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 250037/SP (2000/0021068-4)

RELATOR	**:**	**O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO**
AGRAVANTE	**:**	**FRIGORÍFICO TAVARES LTDA.**
ADVOGADO(S)	**:**	**DR. JOSÉ ROBERTO MARCONDES E OUTROS**
AGRAVADO(S)	**:**	**INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**
PROCURADORES	**:**	**DR. LUÍS EDUARDO G. PERRONE JÚNIOR E OUTROS**
AGRAVADO(S)	**:**	**FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE**
PROCURADORES	**:**	**DRª AGUEDA APARECIDA SILVA E OUTROS**

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO A RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. COMPENSAÇÃO PELA VIA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. LIQUIDEZ DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que, com base no art. 557, § 1º, do CPC, deu provimento aos recursos especiais ajuizados pelas partes agravadas.

2. Debate desenvolvido no curso da presente ação, ora examinada em grau de recurso especial, acerca da possibilidade de se compensar, através de antecipação da tutela, valores pagos a título de salário-educação com parcelas vincendas da mesma exação.

3. Não se vislumbra presente o direito líquido e certo à tutela antecipada pleiteada e concedida, a fim de possibilitar a compensação almejada. Ao contrário, tem-se por correto o seu indeferimento, visto que o art. 170, do CTN, estabelece certas condições à compensação de tributos, as quais não se acham presentes no caso em apreço. A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo o texto legal referenciado.

4. Créditos que não apresentam líquidos, porque dependem, tão-somente, de valores de conhecimento da parte autora, não sendo possível aferir sua correção em sede liminar ou em antecipação da tutela.

5. Pacificação do assunto no seio jurisprudencial das 1ª e 2ª Turmas do STJ no sentido de que o instituto da compensação, via liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, ou em qualquer tipo de provimento que antecipe a tutela da ação, não é permitido.

6. O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn nº 1518-4, Rel. em. Ministro Octávio Gallotti, decidiu: *"A Medida Provisória ora impugnada, que altera a legislação que regeu o **salário-educação**, foi publicada no DOU de 20 de setembro de 1996, data em que entrou em vigor. Na realidade, o que se quis, com a edição da referida Medida Provisória, foi consolidar a legislação já existente em textos esparsos e garantir, em lei, o interesse social do Estado na manutenção do ensino fundamental de cerca de 800.000 (oitocentos mil) alunos beneficiados pelo retrocitado Sistema de Manutenção de Ensino – SME".*

7. O art. 557, § 1º, do CPC, confere ao relator a prerrogativa de dar provimento a recurso especial se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com jurisprudência dominante no Tribunal, como é caso dos presentes autos, visto que a Primeira Seção pacificou o assunto em tela.

8. Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que, com base no art. 557, § 1º, do CPC, deu provimento aos recursos especiais ajuizados pelas partes agravadas.

Alega-se, em síntese, que:

a) o pedido de tutela antecipada foi requerida para proceder a compensação na forma do art. 66, da Lei nº 8.383/91, do montante indevidamente recolhido a título de salário-educação, uma vez que este mostra flagrantemente inconstitucional;

b) o dano irreparável ou de difícil reparação decorre da obrigatoriedade do recolhimento indevido de expressivos valores do referido salário-educação, tanto nos valores já recolhidos, como daqueles que ainda serão despendidos no futuro;

c) não há satisfatividade da tutela antecipada, uma vez que os prejuízos decorrentes da espera até decisão final de mérito lhe são graves e irreversíveis, pois o desembolso causado pelos pagamento indevidos lhe causarão danos intoleráveis.

Tecendo considerações sobre a tese abraçada, com citação de doutrina, jurisprudência e legislação a respeito, requer a agravante, por fim, a reforma da decisão guerreada, com o provimento do recurso especial.

É o relatório.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO A RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. COMPENSAÇÃO PELA VIA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. LIQUIDEZ DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que, com base no art. 557, § 1º, do CPC, deu provimento aos recursos especiais ajuizados pelas partes agravadas.

2. Debate desenvolvido no curso da presente ação, ora examinada em grau de recurso especial, acerca da possibilidade de se compensar, através de antecipação da tutela, valores pagos a título de salário-educação com parcelas vincendas da mesma exação.

3. Não se vislumbra presente o direito líquido e certo à tutela antecipada pleiteada e concedida, a fim de possibilitar a compensação almejada. Ao contrário, tem-se por correto o seu indeferimento, visto que o art. 170, do CTN, estabelece certas condições à compensação de tributos, as quais não se acham presentes no caso em apreço. A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo o texto legal referenciado.

4. Créditos que não apresentam líquidos, porque dependem, tão-somente, de valores de conhecimento da parte autora, não sendo possível aferir sua correção em sede liminar ou em antecipação da tutela.

5. Pacificação do assunto no seio jurisprudencial das 1ª e 2ª Turmas do STJ no sentido de que o instituto da compensação, via liminar

em mandado de segurança ou em ação cautelar, ou em qualquer tipo de provimento que antecipe a tutela da ação, não é permitido.

6. O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn nº 1518-4, Rel. em. Ministro Octávio Gallotti, decidiu: *"A Medida Provisória ora impugnada, que altera a legislação que regeu o **salário-educação**, foi publicada no DOU de 20 de setembro de 1996, data em que entrou em vigor. Na realidade, o que se quis, com a edição da referida Medida Provisória, foi consolidar a legislação já existente em textos esparsos e garantir, em lei, o interesse social do Estado na manutenção do ensino fundamental de cerca de 800.000 (oitocentos mil) alunos beneficiados pelo retrocitado Sistema de Manutenção de Ensino – SME".*

7. O art. 557, § 1º, do CPC, confere ao relator a prerrogativa de dar provimento a recurso especial se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com jurisprudência dominante no Tribunal, como é caso dos presentes autos, visto que a Primeira Seção pacificou o assunto em tela.

8. Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): A decisão atacada não merece ser reformada, pelo que a mantenho pelos seus próprios fundamentos. Para tanto, mister se faz a transcrição do decisório guerreado, *litteratim:*

"Vistos, etc.

Cuidam-se de Recursos Especiais interpostos pelo INSS e pelo FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE – com fulcro no art. 105, III, "a" e "c", da Carta Magna, contra v. Acórdão que entendeu ser possível a compensação, através de antecipação da tutela, de valores pagos a título de salário-educação com parcelas vincendas da mesma axação.

A decisão a quo delimitou "os efeitos da tutela à suspensão da exigibilidade da Contribuição ao Salário-Educação apenas em relação à diferença entre as alíquotas de 1,4% da Lei nº 4.863/65 e de 2,5% do Decreto nº 76.923/75, e, por outro lado, autorizando-se o procedimento de compensação dos créditos relativos à diferença de alíquotas, corrigidos monetariamente e sob a disciplina do art. 150, do CTN, com débitos vincendos dessa mesma contribuição".

Sustenta-se que a decisão atacada violou os arts. 166, 167, parágrafo único, e 168, I, do CTN, 89, §§ 1º e 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, e 2º, § 1º, da LICC (Especial do INSS), 273, do CPC, e 170, do CTN (Especial do FNDE), assim como apontam dissídio jurisprudencial.

Relatados, decido.

Cingem-se as irresignações examinadas contra acórdão que deferiu pedido de compensação a ser efetuada em sede de antecipação da tutela.

Ao meu julgar, os presentes recursos merecem prosperar, devendo o venerando aresto ora atacado ser reformado pelos fundamentos aqui desenvolvidos.

Não se vislumbra presente o direito líquido e certo à tutela pleiteada, a fim de possibilitar a concessão da compensação almejada.

Ao contrário, entendo correto o seu indeferimento, visto que o art. 170, do CTN, estabelece certas condições à compensação de tributos, as quais não se acham presentes no caso em apreço. A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo o texto legal referenciado.

No presente caso, os créditos não são líquidos, porque dependem, tão-somente, de valores de conhecimento da parte autora, não sendo possível aferir sua correção em sede de tutela antecipada.

Ao que se depreende do exame do processado, confundem-se os pedidos liminar (antecipação da tutela) e definitivo, consistentes, ao meu pensar, identicamente, em facultar o direito da compensação postulada.

Há, portanto, insuficiência de elementos para a concessão da antecipação postulada pela parte ora recorrida.

De fato, o deferimento da liminar mostra-se com caráter de satisfatividade, esgotando-se, assim, o mérito da demanda e seu objeto não mais terá sentido, posto que concedido na íntegra.

Ao mais, a compensação de tributos via liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, ou, ainda, em sede de antecipação da tutela, vem sendo desautorizada por este Colendo Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, conforme se depreende das decisões a seguir registradas:

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

– A compensação prevista no art. 66 da Lei nº 8.383/91 não pode ser efetuada pelo contribuinte ao seu livre arbítrio. Necessário se faz para começar, o reconhecimento, em definitivo, de seu crédito pelo órgão fazendário competente ou pelo Poder Judiciário.

– Recurso improvido." (REsp. nº 56.335-0-PR – STJ – 1ª Turma – Rel. Min. César Rocha – DJU 20/05/95)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CAUTELAR E LIMINAR.

I – Não é admissível, por meio de concessão de cautelar ou de liminar, assegurar-se a compensação de créditos tributários. Precedentes.

II – Recurso Especial conhecido e provido." (REsp nº 92.722/CF., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 19/05/97)

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL, CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E CONTRIBUIÇÃO PARA O COFINS. LIMINAR: DESCABIMENTO. LEI Nº 8.393/91, ART. 66.

I – Firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido da possibilidade de que podem ser compensados os valores excedentes recolhidos a título de FINSOCIAL com os devidos a título de contribuição para o COFINS.

II – A referida jurisprudência não admite a compensação de parcelas relativas ao PIS com as atinentes à COFINS, por serem contribuições de espécies distintas, nem a concessão de liminar ou cautelar para o fim aludido.

III – Os juros moratórios, à taxa de 12% ao ano, são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão que os concedeu (CTN, art. 167, parágrafo único).

IV – Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (REsp nº 117.814-CE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 04/08/97)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. LIMINAR. COMPENSAÇÃO DO FINSOCIAL COM TRIBUTO DA MESMA NATUREZA. DESCABIMENTO.

I – Não cabe postular no âmbito estreito da liminar, em cautelar inominada, a compensação de créditos relativos ao FINSOCIAL com outros pertinentes à COFINS.

*II – **In casu**, ao pedir a concessão de liminar, com o escopo de lhe assegurar o direito de proceder à compensação de créditos de sua titularidade, de sorte a extingui-los, formula o postulante pedido de feição inquestionavelmente satisfativa, o que não se compadece com o perfil técnico processual do provimento cautelar.*

III – Recurso desprovido. Decisão unânime." (REsp nº 121.315/PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 30/06/97)

***"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS. COMPENSAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS NOS EXERCÍCIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE ATRAVÉS DE AÇÃO CAUTELAR.** A ação cautelar só deve ser julgada procedente se necessária para evitar dano iminente, não sendo esse o caso quando o ato administrativo que se quer impedir (o auto de infração) não produz quaisquer efeitos até o julgamento da impugnação que pode ser oposta pelo contribuinte independentemente de qualquer limitação, salvo a de prazo (CTN, artigo 151, III). Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 124.940/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 18/08/97)*

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. DESCABIMENTO.

1 – A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, conforme art. 170 do CTN.

2 – Não é admissível, por meio de concessão de liminar ou cautelar, assegura-se a compensação de créditos tributários. Precedentes.

3 – Recurso improvido." (ROMS nº 7.947/SP, desta relatoria, DJU de 17/11/97)

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR.

1. A via da liminar em medida cautelar não é a adequada para se obter compensação de tributos, pelo caráter satisfativo que tem.

2. Não constitui ilegalidade, nem configura abuso de poder, o ato do juiz que indefere liminar, em mandado de segurança impetrado para fins de compensar tributos.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto antes da vigência da nova sistemática do agravo que se nega provimento." (ROMS nº 7485/SP, Reg. nº 96/0048707-3, deste Relator, DJU de 02/09/98)

*"Não constitui ilegalidade, nem período da **vacatio legis** da Lei nº 7.889/88. O ato atacado encontra respaldo no poder geral de cautela que a lei processual civil confere ao magistrado." (STJ, ROMS nº 3998, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 05/09/94).*

"Pedido de compensação já formulado em ação de Repetição de Indébito – Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder. Em medida cautelar ajuizada depois de proposta a Ação de Repetição de Indébito e com o mesmo pedido desta, a liminar foi corretamente indeferida por decisão que não padece de nenhuma ilegalidade ou de abuso de poder.

A concessão ou não de liminar em Medida Cautelar decorre da livre convicção e prudente arbítrio do juiz." (STJ, ROMS nº 4596, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, DJ 20/02/95).

Junte-se a essas decisões as seguintes: REsp nº 154346/SP, Rel. Min. Ari Pargendler. DJU de 16/02/98; EDREsp nº 130812/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 1º/12/97; REsp nº 121948/BA, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 16/03/98; REsp nº 152758/CE, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 09/03/98; REsp nº 153100/CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 09/03/98.

Na mesma esteira, o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn nº 1518-4, Rel. em. Ministro Octávio Galloti, decidiu, verbis*: "A medida Provisória ora impugnada, que altera a legislação que regeu o **salário-educação**, foi publicada no DOU de 20 de setembro de 1996, data em que entrou em vigor. Na realidade, o que se quis, com a edição da referida Medida Provisória, foi consolidar a legislação já existente em textos esparsos e garantir, em lei, o interesse social do Estado na manutenção do ensino fundamental de cerca de 800.000 (oitocentos mil) alunos beneficiados pelo retrocitado Sistema de Manutenção de Ensino – SME".*

Destarte, estando pacificado o assunto em tela no seio jurisprudencial das 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, há de se prover o Especial.

Posto isto e amparado pelo art. 557, § 1º, do CPC (redação dada pela Lei nº 9.756, de 17/12/1998, DOU provimento aos Recursos Especiais."

Com relação à irresignação da agravante, neste aspecto, não vislumbro qualquer novidade em seu agravo regimental modificadora dos fundamentos supra-referenciados, pelo que nada tenho a acrescentar.

O art. 557, § 1º, do CPC, confere ao relator a prerrogativa de dar provimento a recurso especial se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com jurisprudência dominante no Tribunal, como é o caso dos presentes autos, visto que a Primeira Seção pacificou o assunto em tela.

Não há, conforme visto das assertivas acima demonstradas, possibilidade de se apoiar a tese desenvolvida, face à ausência de suporte legal e jurisprudencial.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo regimental em exame.

É como voto.

❖ ❖ ❖

TRT – 4ª Região

Processo número: 00215.018/98-2 (RO)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. RELAÇÃO DE EMPREGO. Demonstrado que o reclamante prestou serviços profissionais de advogado, por força de credenciamento autorizado pela Lei nº 6.539/78, para defender interesses e representar a reclamada em processos judiciais, não se configura vínculo empregatício, diante da ausência dos elementos que o caracterizam. Recurso não provimento.

VISTOS e relatados estes autos de RECURSO ORDINÁRIO, interposto de sentença proferida pelo MM. Juízo da 18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo recorrente ERICO ERICHSEN SIMAS e recorrido INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS. Recorre ordinariamente o reclamante, inconformado com a decisão a quo que, acolhendo a preliminar de incompetência em razão da matéria, extingue o processo sem julgamento do mérito, no tocante ao pedido de letra *b* da inicial e, no mérito, julga a ação improcedente. Busca a reforma da sentença e o reconhecimento

do vínculo de emprego. Há contra-razões (fls. 786/791). O Ministério Público do Trabalho opina pelo desprovimento do recurso. É o relatório.

> ISTO POSTO: RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. VÍNCULO DE EMPREGO. Sustentando a prestação de trabalho, no período de 1986 a 1998, nos moldes do artigo 3º da CLT e a ilegalidade do contrato de prestação de serviços, firmado com a autarquia, o reclamante busca a reforma da sentença que não reconhece o vínculo de emprego. Sem razão. Na inicial, o reclamante alega que foi contratado, em julho de 1986, para prestar serviços como advogado, através de contrato de prestação de serviços, recebendo por tarefa. Busca o reconhecimento do vínculo de emprego, sustentando, em síntese, que os serviços prestados eram de necessidade permanentes da instituição e que a contratação previa total subordinação técnica e hierárquica, pois devia praticar todos os atos determinados pela chefia da Procuradoria do INSS, cumprir prazos, realizar audiências, participar de reuniões e apresentar relatórios sistemáticos das peças realizadas, a fim de receber sua remuneração. A defesa sustenta que os serviços contratados com o reclamante estão em conformidade com a legislação pertinente (Decreto-Lei 200/67, Decreto nº 57.825/66, Lei nº 6.539/78 e art. 1.216 do Código Civil Brasileiro) e eram prestados em seu escritório particular, sem qualquer exigência de cumprimento de horário, exclusividade ou sujeição e controle administrativo, não estando caracterizado o vínculo de emprego. Salienta que as atividades desenvolvidas pelo reclamante configuram tão-somente atos necessários à representação judicial, restritas aos processos judiciais, jamais tendo praticado qualquer ato administrativo. Anota que fornecia, aos advogados que patrocinavam sua defesa, elementos necessários à representação judicial (informações, pareceres técnicos etc.), a título de colaboração, sem que houvesse obrigação de utilizar o material fornecido. O reclamante, é incontroverso, exerceu suas atividades profissionais de advogado, através de um credenciamento no cadastro de advogados autônomos CAA, realizado junto ao reclamado, nos termos estabelecidos pela Lei nº 6.539, de 28 de junho de 1978, a conforme consta dos documentos das fls. 612/645. O credenciamento de advogados autônomos encontra respaldo no artigo 1º da Lei nº 6.539, de 28/06/78, *verbis*: Nas comarcas do interior do País a representação judicial das entidades integrantes do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, instituído pela Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977, será exercida por Procuradores de seu Quadro de Pessoal

ou, na falta destes, por Advogados autônomos, constituídos sem vínculo empregatício e retribuídos por serviços prestados, mediante pagamento de honorários profissionais. Por Intermédio da Resolução nº 32, de 16/11/78, o Presidente do extinto Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social IAPAS, considerando a necessidade de adotar medidas que propiciem a intensificação da cobrança da dívida ativa das entidades do SINPAS, bem como dos órgãos para os quais o IAPAS funciona como agente arrecadador, RESOLVE: 1. A representação judicial das entidades do SINPAS nas comarcas do interior do País, nos termos do artigo 1º da Portaria GM-MPAS nº 954, de 1º de março de 1978, e a constituição de advogados autônomos para a prestação de serviços técnicos-profissionais obedecerão às normas estabelecidas nesta Resolução. (...) 4. Nas comarcas do interior dos Estados e Territórios a representação judicial das entidades referidas no item 1, se houver falta de Procuradores do IAPAS, poderá ser atribuída, sem exclusividade, a advogados autônomos, constituídos sem vínculo empregatício e retribuídos de acordo com as normas estabelecidas nesta Resolução (fls. 544 – 552). No mesmo sentido é a OS/PG nº 13, de 15-12-92 (fls. 569/578). Essas medidas estabelecem as condições básicas para aceitação das propostas de advogados para o credenciamento, os documentos que deverão instruir o processo de constituição do advogado autônomo, as causas para desconstituição do mandato, integrando este ato o Modelo de Proposta para prestação de serviços profissionais (Anexo I), as Tabelas para o pagamento de honorários de advogado constituído, e respectivas cláusulas e Condições (Anexo II), o Modelo de Folha de Informações (Anexo III) e o Modelo de Procuração (Anexo IV). O fato de o reclamante ter prestado serviços na Capital do Estado não tem o condão de desnaturar o contrato de prestação de serviços celebrado com base na aludida lei. É entendimento da doutrina e da jurisprudência que, nas relações jurídicas formadas com objetivo de prestação de serviços por profissional qualificado como autônomo, como ocorre com os profissionais liberais, a principal distinção entre essa relação e aquela configurada como vínculo de emprego se dá pela identificação da presença da subordinação, hierárquica e jurídica, visto que os demais elementos constitutivos do contrato de trabalho podem ser comuns (pessoalidade, onerosidade e não eventualidade), como ocorre na hipótese do representante comercial. Esta distinção, muitas vezes branda e apegada a minúcias, centra-se na autonomia

do prestador e, segundo alguns doutrinadores, também se diferencia com a existência de outro fator importante a exclusividade. A exclusividade da prestação de serviços ao INSS é afastada pela prova oral. Ao contrário do que afirma o recorrente, a prova oral não demonstra a sua subordinação ao reclamado. A primeira testemunha do reclamante Rute D. de Vasconcellos (fl. 729) diz que ele como advogado credenciado, não recebendo determinações expressas quanto às tarefas a serem executadas, mas sim orientações verbais e subsídios dos procuradores autárquicos, os quais não precisava seguir, já que autonomia para a escolha dos procedimento a ser adotado no curso do processo, desde que observasse os dados cadastrais relativos ao segurados. Informa que não seria obrigatória a presença do reclamante nas reuniões destinadas ao fornecimento de orientações e subsídios e que recebia os pagamentos mediante a apresentação de relatórios em conformidade com a ordem de serviços que dispunha sobre a contratação de advogados (fl. 729). A segunda testemunha Sérgio confirma que o reclamante era advogado credenciado, sendo designado para acompanhar determinados processos, de acordo com orientações da Procuradoria acerca dos procedimentos que devia adotar, não tendo autonomia para decidir sobre a interposição de recursos, pois a regra era a interposição de recurso em todas as sentenças desfavoráveis. Informa que nas reuniões realizadas periodicamente eram discutidos os processos e passadas orientações. Diz que era obrigatória a apresentação de relatórios acerca dos processos e que não existia proibição de que mantivesse outros clientes (fl. 741). A última testemunha – Dra. Sílvia M. G. Gorater – que atuou como Juíza na 11ª Vara Federal de Porto alegre, de maio de 1987 até final de 1995, informa que o reclamante defendia o INSS em questões pertinentes à previdência social, tendo-o como procurador autárquico, já que ele era o único procurador do INSS que atuava na sua Vara e não existiam diferenças prática entre as atribuições dos contratados e dos procuradores autárquicos, pois exerciam funções similares e nenhum tinha autonomia para fazer acordos. Informa que o reclamante, em variados episódios, referiu deveria seguir a orientação do Dr. Roziu, do INSS, mesmo contra sua opinião profissional (fl. 752). Constata-se, pois, do conjunto probatório, que o autor, como advogado credenciado, procedia a representação judicial do reclamado, utilizando-se de estrutura própria escritório, materiais –, estabelecendo o horário de trabalho, podendo prestar serviços a quaisquer

interessados. Tinha autonomia no procedimento de sua prestação de serviços, não interferindo o INSS, fora dos limites estabelecidos nas resoluções reguladoras da prestação de serviços. Registra-se que a autonomia para agir na defesa dos interesses do outorgante não é afastada pelo fato dele estar obrigado a respeitar as diretrizes preestabelecidas para atuação, especialmente nos processos judiciais, conforme previsto no anexos da Resolução 32/78 e OS/PG Nº 13, de 15 dezembro de 1992. A partir do momento que o autor recebeu poderes por meio de instrumento procuratório firmado pela autarquia previdenciária, deveria submeter-se à apresentação de relatórios e recebimento de instruções da Procuradoria da Autarquia, por razões tecnicamente óbvias, especialmente se for considerado que o reclamante percebia honorários por ato praticado, como alegado na inicial (item 3, fl. 03), além de se inserirem no conjunto de atribuições que almejam a fiel e satisfatória prestação dos serviços do reclamante, o que não se confunde com a subordinação caracterizadora do vínculo empregatício. Ademais, a aceitação do mandato implica sujeição ao cumprimento das obrigações previstas no art. 1300 e seguintes do Código Civil. Inegável que o recebimento de informações bem como a observância às orientações da administração da Autarquia, inserem-se dentro do instituto próprio do mandato. Diante disso, confirmo a sentença que entendeu pela inexistência de vínculo empregatício, reconhecendo a validade e o exercício do mandato pelo reclamante na condição de advogado autônomo. Mantida a sentença de improcedência, fica prejudicado o da questão pertinente à incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de reintegração do autor no cargo ocupado, com enquadramento no plano de classificação de cargos e salários, na categoria funcional de Procurador autárquico; a conceder todas as progressões na carreira decorrentes da normatividade do plano de cargos, em parcelas vencidas e vincendas; proceder a inclusão do autor no regime jurídico único instituído pela Lei nº 8.112/90, com o deferimento de todas as progressões decorrentes desta norma. Nego, pois, provimento ao recurso.

Ante o exposto, ACORDAM os Juízes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário do reclamante. Intimem-se. Porto Alegre, quinta-feira, 29 de novembro de 2001. Carlos Alberto Robinson – Juiz Relator NO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

❖ ❖ ❖

STJ – Segunda Turma DJ de 12.NOV.2001

REsp 313279/DF : RECURSO ESPECIAL (2001/0034369-4)
Relator(a) : Min. **FRANCIULLI** NETTO

Ementa

RECURSO ESPECIAL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDOS – PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL – DISSÍDIO NOTÓRIO.

No que se refere à prescrição qüinqüenal, o recurso especial improcede, integralmente, em relação às parcelas da pretensão dos recorrentes Clóvis Luís Rosa Esteves (4/91 – fls. 30/32), Paulo Reinaldino de Almeida (2, 3, 6 e 3/92 – fls. 61/66) e Sebastião Alves Nicolau (3/91 – fls. 87/89), e, parcialmente, no que se refere à pretensão dos recorrentes Arnaldo Balus (2, 4 e 5/92 – fls. 21/29), Fanus (4 e 6/92 – fls. 33/37), Helga Klos (2, 3, 6, 7, 8 e 9/91 – fls. 38/52), Mara Rúbia Gomes Sales (1, 2 e 3/92 – fls. 53/60), Rosmary Marlin Cauduro (3 e 4/91; 2 e 5/92 – fls. 67/77) e Tarcízio Moreira da Silva (1/91 – fls. 90/98), porquanto apenas algumas parcelas extrapolam o marco anterior ao qüinqüênio prescricional.

A regra geral é a de que o prazo prescricional de cinco anos, para que o contribuinte pleiteie a restituição, tenha seu início por ocasião da extinção do crédito tributário, que, no caso, ocorreu quando da retenção na fonte do imposto de renda sobre as importâncias pagas aos recorrentes, a título de indenização.

A despeito da desobediência aos requisitos formais para a configuração do dissídio, a **divergência** jurisprudencial há de ser acolhida em razão do confronto evidente entre o disposto no acórdão recorrido e o entendimento cristalizado na Súmula nº 125, deste egrégio Sodalício, porquanto de elementar inferência o dissídio notório.

É entendimento desta Corte que as exigências de natureza formal devem ser mitigadas "quando se cuidar de dissonância interpretativa **notória,** manifestamente conhecida do tribunal" (STJ, Emb. Div. No REsp. 64.465, DJU 06.04.1998, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)" (*in* "Recursos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial", Athos Gusmão Carneiro, *apud* "Aspectos Polêmicos e Atuais dos

Recursos Cíveis de Acordo Com a Lei 9.756/98", coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr., 1ª ed., 2ª tiragem, 1999, p. 116).

Recurso especial provido parcialmente pela letra "c".

Decisão por unanimidade de votos.

❖ ❖ ❖

TRF – 4ª Região

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AC Nº 1998.04.O1.029127-4/RS

RELATORA : JUÍZA VÂNIA HACK DE ALMEIDA
EMBARGANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO : Ricardo Rocha de Vasconcellos
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS 214/219
INTERESSADO : SOC/ DE ÔNIBUS PORTOALEGRENSE LTDA/
ADVOGADO : Márcia dos Santos Silva

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REFIS.

O § 4º do art. 5º do Decreto nº 3.342, de 25-01-2000, que regulamenta o Programa de Recuperação Fiscal — REFIS, aborda a desistência da ação com renúncia sobre o direito em que se funda ação, isto é, não admite outra hipótese, mas, apenas essa.

O artigo 269 inciso V do CPC dispõe que o processo se extingue com julgamento do mérito quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Honorários fixados em 1% do valor do débito consolidado, a ser suportado pela parte desistente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4º Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte do presente julgado.

Porto Alegre, 29 de maio de 2001.

JUÍZA VÂNIA HACH DE ALMEIDA
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração do acórdão que decidiu sobre a desistência do processo face à inclusão do autor ao Programa de Regularização Fiscal — REFIS.

Sustenta o embargante que há contradição no voto, posto estar reconhecido que a opção pelo REFIS implica na renúncia ao direito em que se funda a ação e, no entanto, deixa de homologar o pedido de desistência com renúncia ao direito em que se funda a ação.

Insurge-se, também, no que diz respeito à verba de sucumbência devida por desistência de ação judicial.

É o relatório.

JUÍZA VÂNIA HACH DE ALMEIDA
Relatora

VOTO

Para a adesão ao Programa de Regularização Fiscal – REFIS impõe-se ao contribuinte a desistência das ações por ele ajuizadas, nos termos já expostos no voto embargado:

> *"O § 4º do art. 5º do Decreto nº 3.342, de 25-01-2000, que regulamenta o Programa de Recuperação Fiscal — REFIS, aborda a desistência da ação com renúncia sobre o direito em que se funda ação. Isto é, não admite outra hipótese, mas, apenas, essa."*

A conclusão do voto foi no sentido de restar prejudicado o pedido do INSS de ver o pleito extinto com julgamento do mérito.

Reconheço contradição existente, tendo em vista que o artigo 269, inciso V, do CPC, dispõe que o processo se extingue com julgamento do mérito quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

No que diz respeito à verba honorária, há disposição expressa no artigo 13, § 3º, da Lei nº 9964/2000, porém, o artigo 5º, § 3º, da Lei nº 10189/2001, aclarou esta matéria, determinando que:

> *Art. 5º Aplica-se às formas de parcelamento referidas nos arts. 12 e 13 da Lei nº 9.964, de 2000, o prazo de opção estabelecido pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.002, de 2000.*
>
> *§ 1º Poderão, também, ser parcelados, em até sessenta parcelas mensais sucessivas, observadas as demais normas estabelecidas*

para o parcelamento a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.964, de 2000, os débitos de natureza não tributária não inscritos em dívida ativa.

§ 2º O parcelamento de que trata o parágrafo anterior deverá ser requerido no prazo referido no "caput" perante órgão encarregado da administração do respectivo débito.

§ 3º Na hipótese do § 3º do art. 13 da Lei nº 9.964, de 2000, o valor da verba de sucumbência será de até um por cento do valor do débito consolidado, e incluído no Refis ou no parcelamento alternativo a que se refere o art. 12 da referida Lei, decorrente da desistência da respectiva ação judicial.

Assim, fixo os honorários em 1% do valor do débito consolidado, a serem suportados pela parte desistente.

Em face do exposto, dou provimento aos embargos de declaração, para extinguir o processo com julgamento do mérito e condenar o autor em honorários fixados em 1% do valor do débito consolidado.

JUÍZA VÂNIA HACH DE ALMEIDA
Relatora

❖ ❖ ❖

TRF – 4ª Região DJ de

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AC Nº 1998.04.01.029127-4/RS

RELATORA : JUÍZA VÂNIA HACK DE ALMEIDA
EMBARGANTE : SOC. DE ÔNIBUS PORTOALEGRENSE LTDA.
ADVOGADO : Márcia dos Santos Silva
INTERESSADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO : Ricardo Rocha de Vasconcellos
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS. 214/219

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REFIS. HONORÁRIOS

O procedimento dos embargos declaratórios seguiu as normas ditadas pelos artigos 230, 231 e 232 do Regimento Interno do Tribunal Regional da 4ª Região, não apresentando nulidade.

O reexame do julgado não é possível por meio de embargos de declaração.

A fixação da verba sucumbencial é de 1% do valor de débito consolidado, discutido nesta ação, nos termos do § 3º do artigo 5º da Lei nº 10.189/2001.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 18 e outubro de 2001.

JUÍZA VÂNIA HACH DE ALMEIDA
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração interpostos por SOCIEDADE DE ÔNIBUS PORTO ALEGRENSE LTDA onde sustenta, preliminarmente, a nulidade do acórdão proferido nos embargos de declaração anteriormente interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, porque houve modificação do julgado sem que o ora embargante tivesse sido intimado da sua interposição.

Quanto ao voto embargado, o alegado é que a autarquia interpos embargos com dois objetivos, um de sanar omissão no tocante à verba honorária e dois, quanto extinção do processo com julgamento de mérito. Obteve o INSS decisão no sentido de que quando a parte aderir ao REFIS ocorre a extinção do processo com exame do mérito e a condenação do ora embargado em honorários de 1% do valor do débito consolidado. Defende que não é possível extinguir o feito com base no artigo 269, V, do CPC, sendo correta a fundamentação no artigo 269, II, do CPC.

Sustenta, no que concerne à verba de sucumbência, que são indevidos honorários na desistência de ação imposta pelo REFIS. Não obstante defender esta posição, pede esclarecimento para que seja

especificado tratar-se de 1% do total do débito consolidado no REFIS ou de 1% do valor do débito consolidado nesta ação. Argumenta a conveniência de se fixar o percentual de sucumbência sobre o valor dado à causa.

É o Relatório.

JUÍZA VÂNIA HACH DE ALMEIDA
Relatora

VOTO

O procedimento dos embargos declaratórios seguiu as normas ditadas pelos artigos 230, 231 e 232 do Regimento Interno do Tribunal Regional da 4ª Região, não apresentando nulidade.

Defende o embargante que não é possível extinguir o feito com base no artigo 269, V, do CPC, sendo correta a fundamentação no artigo 269, II, do CPC. Busca, desta forma, o reexame do julgado, o que não é possível por meio de embargos de declaração que tem sede quando ocorre omissão, obscuridade ou cotradição.

Requer o embargante esclarecimento no que se refere a fixação da verba sucumbencial, para que seja especificado tratar-se de 1% do total do débito consolidado no REFIS ou de 1% do valor do débito consolidado nesta ação. Esclareço que o valor fixado é de 1% do valor de débito consolidado discutido nesta ação, nos termos do § 3º do artigo 5º da Lei nº 10.189/2001.

Em face do exposto, dou parcial provimento aos embargos de declaração.

É o Voto.

JUÍZA VÂNIA HACH DE ALMEIDA
Relatora

❖ ❖ ❖

TRF – 4ª Região DJ de

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AC Nº 1998.04.01.029127-4/RS

RELATORA : JUÍZA VÂNIA HACK DE ALMEIDA
APELANTE : SOC. DE ÔNIBUS PORTO ALEGRENSE LTDA.
ADVOGADO : Márcia dos Santos Silva
APELANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO : Ricardo Rocha de Vasconcellos
APELADO : (Os mesmos)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÕES CONSIGNATÓRIA E DECLARATÓRIA. OPÇÃO PELO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL – REFIS. DESISTÊNCIA DO RECURSO. RENUNCIA SOBRE O DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO. EXPRESSÃO LEGAL CONTIDA NO § 4º DO ART. 5º DO DECRETO Nº 3.342, DE 25-01-2000.

1. Se é o Autor quem pratica ato administrativo *"interna corporis"* há o reconhecimento jurídico do direito do Réu (no caso, o INSS) ao crédito tributário. É, pois, o caso da opção da Autora pelo REFIS e que, ao desistir do recurso, deixa de lutar e debater-se, ferrenhamente, na esfera judicial, por ter celebrado ajuste com o Réu.

2. O § 4º do art. 5º do Decreto nº 3.342, de 25-01-2000, que regulamenta o REFIS, aborda a desistência **com renúncia** sobre o direito em que se funda a ação, isto é, não admite outra hipótese, mas, apenas, essa. Demonstrado, por petição de desistência, no feito judicial, o ato incompatível com a vontade de recorrer, no tocante a tais créditos tributários e tendo sido esses objeto de prévio parcelamento, antes do pedido de desistência no feito judicial, configurou-se *"in concreto",* fora dos autos judiciais, a hipótese de renúncia ao direito sobre que se funda a ação em trâmite, cuja questão administrativa é uma prejudicial ao julgamento em Juízo.

3. Feita a inclusão de juros no cálculo do débito, por conta do REFIS, na via administrativa e tendo sido esse o pedido do apelo do INSS, toma-se a Autarquia carecedora de interesse processual para prosseguir na demanda, a qual perdeu o objeto.

4. Desistência deferida. Prejudicadas a apelação do INSS e a remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma de Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, julgar prejudicadas a apelação do INSS e a remessa oficial, nos termos do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2000.

JUÍZA VÂNIA HACH DE ALMEIDA
Relatora

RELATÓRIO

A parte autora ajuizou, inicialmente, em maio/1993, Ação de Consignação em Pagamento (Proc. nº 1998.04.01.029126-2), visando a alterar o critério utilizado na aplicação da taxa de juros e da atualização monetária, em parcelamento de débito celebrado com o INSS. Deferido o depósito das importâncias, o órgão previdenciário contestou, pugnando pela inépcia da inicial e a extinção do feito sem apreciação do mérito, com base no CPC, art. 267, inc. IV, e art. 301, inc. III. A sentença acolheu a preliminar. Houve apelo da consignante; sem contra-razões.

Em outubro/1993, a parte autora ajuizou Ação Declaratória, incidental à Consignatória, visando ao reconhecimento do direito de pagar os valores que entende devidos, a partir de maio/1993, conforme a discriminação de calculo que juntou, combatendo o critério utilizado para a aplicação da taxa de juros e da correção mondaria sobre o montante parcelado e pugnando contra a inclusão da TR, em período anterior a agosto/1991, bem como contra cumulatividade de juros. O INSS contestou e, sustentando a legalidade dos critérios de correção monetária que utilizou, pediu a improcedência da ação. A sentença foi parcialmente procedente, para excluir do cálculo do débito a TR.

Apela a parte autora, em 08-10-1997, reprisando os termos expendidos na inicial. Apela o INSS, em 30-10-1997, pugnando pela inclusão da TR/TRD no cálculo do débito. Subiram os autos a esta Corte, por força dos recursos voluntários e da remessa oficial.

Em meio ao processamento dos recursos de apelação, a Autora, mediante petição, em 27-06-2000, noticia ter aderido ao REFIS, requerendo a desistência dos apelos, tanto na Ação de Consignação em Pagamento (fls. 221/222), quanto na Ação Declaratória (fls. 202/203), afirmando estar o objeto das demandas englobado, integralmente, por esse Programa. Aberta vista ao INSS, manifestou sua discordância com a desistência, pois diz que operar-se-ia o trânsito em julgado da sentença do feito extinto sem julgamento do mérito; aduz que só é admitida ao REFIS a empresa que renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação; pleiteia a manifestação da parte autora nesse sentido, bem como requer que os depósitos sejam convertidos em renda do INSS.

É o relatório.

JUÍZA VÂNIA HACH DE ALMEIDA
Relatora

VOTO

Nos moldes do Programa de Recuperação Fiscal, instituído pela Lei nº 9.964/00, a opção pelo REFIS sujeita a pessoa jurídica à confissão irrevogável e irretratável dos débitos referidos no art. 2º da aludida lei, mantidos, automaticamente, os gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de Execução Fiscal.

Em aderindo a contribuinte-apelante ao REFIS, está claro o reconhecimento confesso do seu débito, ato incompatível, aliás, com a vontade de recorrer (CPC, art. 503, Parágrafo Único).

É de ser homologado, pois, o seu pedido.

No tocante ao exame do apelo do INSS e do seu pleito de ver manifestar-se a Autora quanto à renúncia sobre o direito em que se funda a ação, vejo-o por prejudicado, considerando-se três enfoques, a saber:

A) *"Se o réu, no curso da demanda, pratica ato administrativo* **interna corporis,** *reconhecendo o direito pleiteado pelo autor na ação judicial, há o reconhecimento jurídico do pedido, acarretando, como conseqüência, o julgamento de procedência da pretensão" (TRF-1º, JSTJ 43/361).*

"A contrario sensu", se é o Autor quem o pratica, há de considerar-se, por analogia, que ele reconheceu o direito do Réu ao

crédito tributário; afinal, o Autor deixou de lutar e debater-se, ferrenhamente, na esfera judicial, porque celebrou acordo com a parte adversa, na via administrativa.

B) O § 4º do art. 5º do Decreto nº 3.342, de 25-01-2000, que regulamenta o Programa de Recuperação Fiscal — REFIS, aborda a desistência da ação **com** renúncia sobre o direito em que se funda, isto é, não admite outra hipótese, mas, apenas, essa. Assim, demonstrado, por petição de desistência, no feito judicial, o ato incompatível com a vontade de recorrer, no tocante a tais créditos tributários e tendo sido esses já objeto de prévio parcelamento (opção pelo REFIS) celebrado com a autoridade administrativa, antes do pedido de desistência no feito judicial, configurou-se, "**in concreto",** fora dos autos judiciais, a hipótese de renúncia ao direito sobre que se funda a ação em trâmite, cuja questão administrativa é uma prejudicial ao julgamento em Juízo.

C) A inclusão de juros no cálculo do débito, que é objeto do apelo do INSS, já faz parte do cálculo administrativo por conta do REFIS (art. 6º do Decreto nº 3.431, de 24-04-2000) e, assim, a Autarquia previdenciária carece de interesse processual para prosseguir na demanda, a qual perdeu o objeto.

Acrescento, ainda, que também o fato de ocorrer a conversão em renda, a favor do INSS, dos depósitos existentes nos autos (§ 4º do art. 5º do Decreto nº 3.431, de 24-04-2000), já inibe outra ação judicial pelo mesmo fundamento.

Ante o exposto, julgo prejudicadas a apelação do INSS e a remessa oficial.

É o voto.

JUÍZA VÂNIA HACH DE ALMEIDA
Relatora

❖ ❖ ❖

TRF– 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2001.04.0104306-5/RS

RELATOR : JUIZ CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
AGRAVANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO : Nelsi Lovatto
AGRAVADO : NELSON HECKLER
ADVOGADO : Luciane Braganhol

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FAZENDA PÚBLICA. ART. 273, §§ 1º E 2º, DO CPC.

1. A antecipação de tutela apresenta pressupostos próprios e conseqüências processuais, da mesma forma, específicas, notadamente quando envolve as pessoas jurídicas de direito público, cuja execução obedece rito especial, nos termos dos artigos 730 do CPC e 100 da CF/88.

2. Trata-se, portanto, de medida de excepcional deferimento e, mesmo assim, quando preenchidos os pressupostos do art. 273 do CPC, observada a limitação do § 2º, cuja legitimidade é reconhecida pela melhor doutrina (Teori A. Zavaschi, *in* Antecipação de Tutela, Saraiva, 1997, p. 172).

3. No caso dos autos, os requisitos para sua concessão não se encontram presentes, pois a antecipação de tutela não constitui favor a ser concedido a todo vencedor da ação, nem a todo autor, em qualquer situação, mas apenas àqueles que preenchem os pressupostos insculpidos no artigo 273, *caput*, incisos I e II, do CPC.

4. Precedentes do STJ: REsp nº 131.853-SC, rel. Min. Menezes Direito, *in* DJU de 08.02.99, p. 276: REsp nº 113.368-PR, rel. Min. José Delgado, *in* DJU de 19.05.97, p. 20.593.

5. Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por

unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 18 de setembro de 2001.

Juiz CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento onde o INSS insurge-se contra o deferimento da antecipação de tutela pelo juízo *a quo*, alegando a violação do disposto nos arts. 273, § 2º, e 475, II, do CPC, e do art. 100 da CF/88.

O efeito suspensivo foi deferido.

É o relatório.

Juiz CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
Relator

VOTO

Conheço do agravo de instrumento e dou-lhe provimento.

Procede a inconformidade da entidade de direito público.

Com efeito, a antecipação da tutela deferida no juízo *a quo* apresenta nítido caráter satisfativo, atentando contra o disposto no § 2º do art. 273 do CPC, contrariando, assim, o sistema onde se insere a referida medida processual.

A respeito, pertinente o magistério de Pasquale Frisina, *verbis*:

"Ne consegue che ove la situazione cautelanda lo richieda, la misura cautelare potrà certamente assumere contenuto anticipatorio, ma per tale via dovrà limitarsi a realizzare una composizione provvisoria (giammai satisfattiva) dei contrapposti interessi, com effeti oggettivamente reversibili, sì da impedire quel prèjudice au principal che per l'abrogato Code de procèdure civil del 1976 era il limite, espressamente enunciato, entro cui dovevano essere contenute le misure urgenti di réferé. In altre parole,

> *il giudice della cautela dovrà disporre misure a contenuto ed effetti giuridicamente reversibili, e comunque, "contemperare gli interessi anche del soggeto passivo della cautela, nel senso di tener conto di circostanze e situazioni che, non ponendosi in contrasto con le scelta delle misure assicurative più idonee, monché le modalità di attuazione-esecuzione delle stesse" (51)."*
>
> *('La Tutela Anticipatoria: Profili Funzionali e Strutturali', in Rivista di Diritto Processuale, anno XLI, n. 2-3, 1986, pp. 381-2)*

No mesmo sentido, Enrico A. Dini e Giovanni Mammone, em sua obra **I Provvedimenti D'Urgenza,** 7ª edição, Giuffrè Editore, 1997, p. 433, nº 87, *verbis:*

> *"Ed anche quando i provvedimenti d'urgenza finiscono per realizzare un'anticipazione satisfattiva integrale della pretesa, questa, non solo è del tutto eventuale, ma appare anzi eccezionale in quanto adottabile soltanto quando il giudice reputi sia l'única praticamente possibile in relazione al tipo di periculum in mora che si intende scongiurare (41), configurandosi anche in questa circostanza como 'lo strumento per salvaguardare la situazione giuridica cautelanda da un pregiudizio irreparabile nell'attesa della futura tutela di merito" (42)."*

Ao comentar o art. 700 do Código de Processo Civil italiano, que trata do poder geral de cautela do juiz, anotou Salvatore Satta, *verbis*: "(…) le condizioni accennate portano alla inmediata conclusione che dal raggio dei provvedimenti di urgenza sono escluse le c.d. situazioni strumentali, vale a dire le obbligazioni e i diritti potestativi, per chi ammeta questa categoria. La ragione di questa esclusione è in linea pratica molto simplice, ed è che queste situazioni non sono suscettibili di subire pregiudizio irreparabile, **se non in linea di fatto** (es. perdita delle garanzie del credito; e per questo soccorrono altri specifici istituti), **ma non meno semplice è sul piano giuridico, perché attraverso le situazioni strumentali si mira a costituire un diritto appare inconcepibile e contradittoria"** (*in* **Commentario Al Codice Di Procedura Civile,** Casa Editrice Francesco Vallardi, 1968, v.IV, Parte Prima, p. 270).

E, mais adiante, acrescenta o notável processualista, *verbis: "*(…) l'ambito dei provvedimenti d'urgenza si presenta ristrettisimo: e ciò è parso eccessivo a una certa parte della dottrina. **Ma è nello spirito dell'istituto quello di essere di eccezionale applicazione"** (*in* op. cit., p. 271).

Em sua obra, **Comentários ao CPC,** 8ª edição, Forense, 1998, v. 3, pp. 16/7, leciona Calmon de Passos, *verbis*:

"Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e a antecipação da tutela problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade. ***Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, até porque a liminar é que tem forte dose de suspeição de inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado.*** *A única hipótese em que se nos afigura não poder a lei evitar a proteção liminar é aquela em que a sua proibição ou não concessão significará, sem sombra de dúvida, impossibilidade da futura tutela definitiva. Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a simples citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se de logo a tutela que, se não antecipada, tornar-se ia impossível no futuro.*

Cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício de um bem jurídico, suscetível de tutela subseqüente, em favor de outro bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado. Fora disso, toda a celeuma em torno da inconstitucionalidade das leis que proíbe liminares é mero prurido de quem adora "facilidades" advocatícias, ou de magistrados que se sentem mutilados quando perdem o direito de ser arbitrários, prepotentes ou exibicionistas, ou é resultado de uma visão um tanto corporativa e algo elitista do que seja o Poder Judiciário na trama dos Poderes independentes e harmônicos que constituem o Estado, com os freios e contrapesos que a democracia impõe.

Assim, nada impedirá, amanhã, que disposições especiais de lei eliminem ou restrinjam a antecipação da tutela em algum tipo de procedimento ou quando em jogo certos interesses."

E, noutro passo, conclui, *verbis:*

"A antecipação de tutela ora disciplinada, com a nova redação dada ao art. 273 do CPC, não é medida cautelar, nem liminar. Tem feição e dogmática próprias, como veremos adiante. O que disciplina o art. 273 do CPC não significa a permissibilidade de se requerer liminar em todo e qualquer processo e de o juiz concedê-la com generosidade ímpar, convencido de que o réu é, no processo, um sujeito indesejável, que põe obstáculos à celeridade da Justiça, sua efetividade, sua instrumentalidade, sua eficácia decisiva etc. Toda liminar é antecipação de tutela, mas não é essa antecipação liminar a disciplinada no art. 273 do CPC, ***só admissível se presentes os pressupostos indicados na lei e havendo, nos autos, prova inequívoca da alegação do autor que fundamente a tutela cuja antecipação postula."*** *(in* op. cit. pp. 20/1).

A antecipação de tutela, portanto, apresenta pressupostos próprios e conseqüências processuais, da mesma forma, específicas, notadamente quando envolve as pessoas jurídicas de direito público.

Trata-se, por conseguinte, de medida de excepcional deferimento, nos termos da doutrina citada, somente podendo ser deferida quando preenchidos os pressupostos do art. 273 do CPC, observada a limitação do seu § 2º, cuja legitimidade é reconhecida pela melhor doutrina (Teori A. Zavaschi, *in* Antecipação de Tutela, Saraiva, 1997, p. 172).

Ora, no caso dos autos, com a devida vênia, os pressupostos para o seu deferimento não se encontram presentes, pois, se ainda há provas a produzir, ao longo da instrução, inexiste a prova inequívoca autorizadora da antecipação.

Nessa linha, o pensamento de Calmon de Passos, *verbis*:

"Destarte, o que entendo é que, havendo prova inequívoca, autorizadora da antecipação, há necessariamente possibilidade de exame de mérito. As provas por acaso ainda passíveis de produção, se vierem a realizar-se revestir-se-ão, necessariamente, em face daquela inequivocidade, do caráter de irrelevantes ou impertinentes. Se ainda há provas a produzir e são elas relevantes e pertinentes, inexiste a prova inequívoca autorizadora da antecipação. Não se antecipa tutela insuscetível de ser deferida, em caráter definitivo, com a sentença sobre o mérito. Afirmar o contrário será insistir na tentativa pouco elogiável de se descaracterizar a saudável novidade introduzida em nosso

sistema processual, para ajustá-la ao que se tem pensado e decidido para providências de natureza cautelar." *(*in *op. cit. p. 27).*

Outro não é o entendimento do Eg. STJ, *verbis:*

"Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a 'prova inequívoca', a 'verossimilhança da alegação', o 'fundado receio de dano irreparável', o 'abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu', ademais da verificação de existência de 'perigo de irreversibilidade do provimento antecipado', tudo em despacho fundamentado de modo claro e preciso. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas, na demonstração do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora' malfere a disciplina do art. 273 do CPC, à medida que deixa de lado os rigorosos requisitos impostos pelo legislador para a salutar inovação trazida pela Lei nº 8.952/94" (STJ – 3ª Turma, REsp 131.853-SC, rel. Min. Menezes Direito, j. 5.12.97, não conheceram, v.u., DJU 8.2.99, p. 276).

"Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas" (STJ – 1ª Turma, REsp 113.368-PR, rel. Min. José Delgado, j. 7.4.97, deram provimento, v.u., DJU 19.5.97, p. 20.593).

Dessa forma, não atendidas, no caso, dos autos, os pressupostos do art. 273 do CPC, e considerando-se o disposto no § 2º do mencionado dispositivo legal, impõe-se o acolhimento do recurso.

Por esses motivos, conheço do agravo de instrumento e dou-lhe provimento.

É o meu voto.

Juiz *CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ*
Relator

❖ ❖ ❖

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", 2º andar
Tels: (61) 313 4814 / 226 7449 / 226 0837
Fax: (61) 313 4740
CEP: 70070-907 – Brasília-DF