



ISSN 0104-9607

V. 8, N. 4  
JAN - MAR  
2002

8  
—  
4

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS

**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

***Marcos Maia Júnior***

Diretor

***Simone de Lima Torres Renofio***

Secretário Editorial

***João M. de L. Kuze***

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

Luciana Hoff Corrêa

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.*

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

Volume **8** — Número **4**

2002 : JAN / MAR

© 2002 – Ministério da Previdência e Assistência Social

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

Tiragem: 8.000 exemplares

Edição: Procuradoria Geral do INSS  
SAS Quadra 2, Bloco “O”, 2º andar  
Tel.: (0 \_\_ 61) 313-4814 / 226-7449 / 226-0837  
Fax: (0 \_\_ 61) 313-4740  
CEP: 70070-907 – Brasília–DF

e-mail: pgeral@insstelecom.gov.br

Informações: Secretário Editorial  
Fone: (0 \_\_ 61) 313-4814

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

Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

V. Trimestral

Revista da Procuradoria Geral do INSS

Órgão Oficial da Procuradoria Geral do INSS

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

R454 Revista da Procuradoria Geral do INSS.  
1993 – Trimestral. Brasília, MPAS/  
INSS, 2002.

208 p.

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

CDD–341.67

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	5
<b>DÍVIDA ATIVA</b> .....	6
<b>PÁGINA LIVRE</b> .....	7
<b>ARTIGOS</b>	
— CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: ASPECTOS RELEVANTES ★ <i>Eustáquio Nunes Silveira</i> .....	13
— AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS ★ <i>Karine Borges Goulart</i> .....	17
— DIREITO ADQUIRIDO E OS LIMITES NO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR NO DIREITO COMPARADO ★ <i>Lenilson Ferreira Morgado</i> .....	37
— A FRAUDE À EXECUÇÃO E O CANCELAMENTO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO ★ <i>Luis Carlos Fagundes Vianna</i> .....	45
— LEIS PREVIDENCIÁRIAS FISCAIS NO TEMPO ★ <i>Tânia Mota</i> .....	47
— ÓBICES AO MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO A COMPENSAÇÃO DE VALORES QUITADOS APLICANDO-SE A TRD COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA ★ <i>Rubem Aranovich</i> .....	58
— DA POSSIBILIDADE DE EXAME JURISDICIONAL DO MÉRITO DE ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS ★ <i>Andityas Soares de Moura Costa Matos</i> .....	62
— AÇÃO RESCISÓRIA E TERMO INICIAL PARA CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA EM CASO DE RECURSO PARCIAL NA AÇÃO ORIGINÁRIA ★ <i>Arthur Pinheiro Chaves</i> .....	87
— A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DO RITO ORDINÁRIO NA SINDICÂNCIA PUNITIVA ★ <i>Vinicius de Carvalho Madeira</i> .....	97

— BREVE APANHADO SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ★ <i>Raphael Peixoto de Paula Marques</i> .....	103
— O PANORAMA ATUAL DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA NO MERCADO DE TRABALHO ★ <i>Luiz Claudio Portinho Dias</i> .....	120
— RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO POR DÉBITOS TRABALHISTAS – ENUNCIADO 331/TST – ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE ★ <i>Leonardo Jubé de Moura</i> .....	139

### ***PARECERES***

— INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 202, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ARTIGO 5º DA E.C. Nº 20/1998. Parecer de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS.....	147
---	-----

### ***PEÇAS PROCESSUAIS***

— Contestação (Ação com o fim de ver reconhecido suposto crédito decorrente de título emitido na França), subscrita por ODILON ROMANO NETO, Procurador Federal do INSS/SP .....	162
— Recurso Especial ao TRF/4ª R. (ação anulatória fiscal), subscrita por MARIANA GOMES DE CASTILHOS, Procuradora Federal do INSS/RS	175
— Recurso Especial ao TRF/4ª R. (não incidência da regra do § 3º do art. 542 do CPC), subscrito por MARIANA GOMES DE CASTILHOS, Procuradora Federal do INSS/RS .....	181
— Informações em MS (Certidão de Débitos), prestadas pelo Gerente Executivo do INSS Centro/RJ e redigidas por MANOEL CARDOSO DE ARAÚJO NETO, Procurador Federal do INSS .....	188
— Sentença do Exmo. Sr. Juiz Federal da 27ª Vara/RJ, MARCELO PEREIRA DA SILVA, em Mandado de Segurança (Certidão Negativa de Débitos)	191
— Embargos de Divergência em Recurso Especial, subscrito por LEONARDO JUBÉ DE MOURA, Procurador Federal do INSS .....	194

### ***JURISPRUDÊNCIA***

— Constitucional. Processual Civil. Conflito de Atribuições (INSS x Segunda JCJ de Tubarão-SC) – (Contribuições Sociais: execuções de ofício pela Justiça do Trabalho). STJ.....	202
— Previdenciário e Processual Civil. Embargos de Declaração. Interrupção da prescrição. Correção monetária. Portaria MTPS 714/93. STJ. ....	205

**A** Revista da Procuradoria Geral do INSS está completando, com esta edição – Vol. 8/N. 4 – sete anos de existência, com 28 tiragens ininterruptas. A periodicidade é trimestral. Suas páginas – 4.916 – foram escritas com artigos, pareceres, memoriais, peças processuais diversas, jurisprudência e atos normativos. A partir da edição 2.4 criou-se a seção denominada *Página Livre* para assuntos diversos e, em especial, para informar sobre a arrecadação da Dívida Ativa do INSS, estado por estado, sendo que a contar da edição 4.3 a Dívida Ativa passou a constituir uma seção da Revista. Ao longo desse tempo foram publicados 280 artigos, que ocuparam 2.423 páginas.

De uma tiragem inicial de 2.000 exemplares, chegou-se aos atuais 8.000, que se repete desde a edição do Vol. 4/N. 4, correspondente ao trimestre Jan / Mar.1998.

Nestes sete anos a função de Editor Responsável foi exercida por **Meire Lúcia Gomes Monteiro** (do Vol. 2/N. 1 ao Vol. 2/N. 3), **José Weber Holanda Alves** (do Vol. 2/N. 4 ao Vol. 6/N. 1) e **Marcos Maia Júnior** – o atual Editor Responsável –, que começou com a edição do Vol. 6/N. 2. A função de Diretor foi desempenhada por Carlos Antônio Araújo, Guilhermina Guilherme Martorelli, Cláudio Renato do Canto Farág e Hélder Adonias de Souza, sendo que Simone de Lima Torres Renofio é a atual Diretora a partir da edição do Vol. 8/N. 1. João M. de L. Kuze tem sido o Secretário Editorial – função criada a partir da edição do Vol. 2/N. 2.

Nossa Revista tem sido destinatária de críticas elogiosas, as quais dividimos com os nossos colaboradores diretos e indiretos: articulistas, autores de pareceres, peças processuais e votos jurisprudenciais, além dos servidores que se dedicam à apresentação gráfica da publicação. A todos, os nossos melhores agradecimentos! Continuem conosco! Concitem outros a passarem a integrar o nosso rol de colaboradores!

Estamos felizes por estes sete anos de existência. Que nossos colaboradores e leitores sejam sempre felizes!

**DÍVIDA ATIVA DO INSS. ARRECAÇÃO.** As UFs contribuíram (R\$), individualmente, no 1º trimestre de 2002 (JAN / FEV / MAR), com os quantitativos seguintes:

UF	JAN	FEV	MAR	UF: TT.TRIM.
AC	96.334,40	585.167,81	388.612,34	1.070.114,55
AL	344.319,11	302.245,75	338.375,96	984.940,82
AM	711.153,75	500.263,25	12.007.872,76	12.219.289,76
AP	11.310,70	15.177,11	22.946,38	49.434,19
BA	681.449,45	624.846,78	2.387.645,64	3.693.941,87
CE	654.852,38	615.282,31	3.800.700,02	5.070.834,71
DF	899.831,70	850.439,22	932.844,70	2.683.115,62
ES	452.921,60	526.121,23	525.308,01	1.504.350,84
GO	439.435,94	294.285,14	497.923,70	1.231.644,78
MA	343.943,68	302.009,64	377.074,21	1.023.027,53
MG	1.336.231,66	1.205.665,15	15.344.552,17	17.886.448,98
MS	140.365,13	157.640,83	266.992,25	564.998,21
MT	98.511,97	111.835,40	337.024,36	547.371,73
PA	395.928,63	337.347,99	429.684,38	1.162.961,00
PB	446.562,59	417.823,60	226.086,65	1.090.472,84
PE	1.042.532,25	1.130.157,49	952.129,76	3.124.819,50
PI	130.390,05	29.264,32	73.139,96	232.794,33
PR	1.293.711,21	1.628.733,54	2.244.358,33	5.166.803,08
RJ	3.021.124,42	4.186.161,56	7.152.234,71	14.359.520,69
RN	150.188,26	132.155,68	158.324,69	440.668,63
RO	69.355,93	72.622,78	176.361,96	318.340,67
RR	94.160,29	67.375,44	66.452,28	227.988,01
RS	1.742.636,56	2.060.004,53	1.754.195,70	5.556.836,79
SC	713.776,24	663.613,55	1.026.284,06	2.403.673,85
SE	172.535,34	157.333,03	159.846,04	489.714,41
SP	7.793.908,03	8.972.819,30	10.604.351,21	27.371.078,54
TO	146.975,83	41.058,18	41.188,01	229.222,02
<b>TOTAIS</b>	<b>23.424.447,10</b>	<b>25.987.450,61</b>	<b>62.292.510,24</b>	<b>111.704.407,95</b>

**TOTAL ARRECADADO EM 2001 = R\$ 111.704.407,95** (Fonte: Sistema Dívida — Função: Relatório Total de Pagamentos Apropriados pelo Sistema Dívida)

## TESTE DE CONHECIMENTOS

### Religião

1. No tempo de Jesus a PALESTINA compreendia a Judéia, a Samaria, a Galiléia e a Peréia. Os homens que povoaram a Palestina no tempo de Jesus não a chamaram assim. Diziam *País de Canaã*. Os seus habitantes, os *Cananeus*, tinham sido inimigos dos *Israelistas*. A tradição bíblica dava os *Cananeus* como descendentes de Cam, segundo filho de Noé, enquanto que os *Israelistas* descendiam de Sem, o filho primogênito de Noé. Os *Israelistas* recordavam que eles, os errantes do deserto, tinham outrora conquistado, com rija luta, esta terra, porque Deus lha havia dado. Do mesmo modo se serviam os *Israelistas* doutros vocábulos, como *Terra prometida*, em memória da Aliança estabelecida entre Abraão e Javé (Deus); *Terra Santa*, que o profeta Zacarias tinha consagrado. Contrariamente ao que se poderia pensar, *País de Israel* não era muito corrente, conquanto o evangelista S. Mateus dela se servia ao contar a vinda de Jesus do Egito. Pelo contrário, *Terra de Judá* devia ser a usual, utilizando-o a Bíblia mais de cem vezes, não para designar a “Judéia”, mas o conjunto da Palestina. Em 63 a.C, Pompeu e suas legiões tinham ocupado a Palestina.

Tomando a parte pelo todo, como a administração romana chamava a Palestina?

---

2. Daniel Rops, da Academia Francesa (A Vida Quotidiana NA PALESTINA no Tempo de JESUS, traduzido para o português pelo Pe. José da Costa Saraiva – Edição “Livros do Brasil” Lisboa), ao discorrer sobre o termo *judeu*, diz “que só se encontra no Novo Testamento, e no segundo livro dos Macabeus, que a administração romana adoptara e generalizara, que nos nossos dias é o mais espalhado – com uma acentuação que a literatura anti-semítica tornou injusta e desagradável – tinha também um significado histórico e espiritual admirável. Datava da época da volta do Exílio. A principal tribo cujos membros haviam sido deportados por Nabucodonosor para a Babilônia era (com a de Benjamin) a de Judá. Eram pois eles, os “filhos de Judá” que tinham conservado intacto o tesouro da fé e das tradições ancestrais, quando na Palestina os restos das outras dez cediam mais ou menos às tentações do paganismo. Voltando ao país, tinham-se instalado na Judéia, que tinha o seu nome, à volta da cidade santa de Jerusalém e aí haviam estabelecido a religião sobre as bases mais seguras. Como havia profetizado Jacob (Jacó/Israel) morrendo na terra do Egito, “o ceptro não sairá de Judá” e uma benção especial descerá sobre ele, de século a século. A etimologia tinha valor de sinal: os homens de Judá, da Judéia, os *Judeus*, eram os homens da \_\_\_\_\_”.

Qual é o último termo omitido por nós no texto acima de Daniel-Rops?

---

3. Segundo a Bíblia (Gênesis), Noé, depois do dilúvio, teve três filhos: Sem, Cam e Jafet. SEM gerou Arfaxad. Arfaxad gerou Salé. Salé gerou Heber. Heber gerou Faleg. Faleg gerou Reu. Reu gerou Sarug. Sarug gerou Taré. Taré gerou ABRÃO (ABRAÃO), Nacor e Aran (Aran gerou Lot e morreu antes do seu pai Taré). Abrão, coabitando com Agar, egípcia, escrava de Sarai (Sara), esposa de Abrão, teve um filho com o nome de Ismael (ancestral dos árabes). Posteriormente, Sarai (Sara) deu à luz ISAAC. (Depois da morte de SARA, Abraão tomou outra mulher chamada Cetura, a qual lhe deu à luz Zamran, Jecsan, Madan, Madian, Jesboc e Sué.) ISAAC casou com Rebeca (filha de Batuel, siro, da Mesopotâmia, irmã de Labão) e tiveram dois filhos Esaú e Jacó (Israel). Jacó (Israel) se casou na mesma oportunidade com Lia e Raquel, filhas de Labão, seu tio (irmão de sua mãe Rebeca). Jacó (Israel) com Lia teve os seguintes filhos: Rúben, Simeão, Levi, JUDÁ, Issacar, Zabulão e Dina. Com Bala, serva de Raquel, teve os filhos Dan e Neftali. Com Zefa, serva de Lia, teve os filhos Jad e Aser. Com Raquel teve José e Benjamin.

É correto afirmar-se que o fato os judeus serem chamados de semitas deve-se à descendência dos mesmos de Sem – o primogênito de Noé?

---

4. A palavra Hebreu era, na Bíblia, posta em relação com um personagem chamado *Heber*, que teria sido o último neto de Sem. Liga-se a raiz *ibri*, que significa “passar”. O Hebreu é “o que passa”, o homem das grandes viagens: a palavra relembra as mudanças prodigiosas de Ur a Canaã, nos tempos de Abraão e do país do Nilo ao do Jordão, com Moisés. Deus disse, um dia a Abrão: “Sai deste país (Ur de Sinear, capital do baixo Eufrates) com tua família. Vai para uma terra que te mostrarei. Abençoar-te-ei e tornarei ilustre o teu nome”.

É correto afirmar-se que foi nessa oportunidade que Abrão passou a chamar-se Abraão – “pai das multidões”?

---

5. Para John Bowker (Para entender as Religiões, Editora Ática, tradução de Cássio de Arantes Leite) “Jacó, o neto de Abraão, era um tipo ardiloso. Comprou o direito de progeneratura de seu irmão gêmeo, Esaú, e enganou Isaac, seu pai moribundo e cego, recebendo a benção paterna destinada ao filho mais velho. Em seguida fugiu para a casa do tio, a fim de escapar da fúria de Esaú. No caminho, Jacó teve uma visão de uma escada com anjos. E então Deus falou com ele, prometendo-lhe que a terra em que ele se estabelecesse lhe seria dada, e a seus descendentes, para sempre. Anos mais tarde Jacó, voltou ao antigo lar para submeter-se ao irmão. E de novo encontrou-se com Deus; dessa vez, lutou a noite toda com um estranho, que deslocou sua coxa. Ao amanhecer, o estranho disse a Jacó: “Não te chamarás mais Jacó, mas Israel, porque foste forte contra Deus e contra os homens, e tu prevaleceste” (Gênesis 32:28).”

Na Bíblia – Gênesis 35 – está dito que Deus chamou Israel e disse-lhe: “Eu sou o Deus onipotente; cresce e multiplica-te; nações e multidões de povos nascerão de ti, de ti procederão reis. Dar-te-ei a ti e a tua prosperidade depois de ti a terra que dei a Abraão e a Isaac. E Deus afastou-se dele. Ele levantou um padrão de pedra no lugar em que Deus lhe tinha falado, fazendo sobre ele libações, e derramando óleo. E pôs àquele lugar o nome de Betel.”

É correto afirmar-se que as chamadas Doze Tribos de Israel constituem as descendências dos 12 filhos de Israel (Jacó): Rúben, Simeão, Levi, Judá, Zabulão, Issasar, Dan, Jad, Asser, Neftali, José e Benjamin?

---

6. É correto afirmar-se que os Judeus antes de serem designados como tal pelos romanos, eram proclamados simultaneamente de Israelitas e Hebreus, e que esses dois termos não são considerados sinônimos, porque correspondiam a dados históricos e espirituais diferentes?

---

7. É correto afirmar-se que o judaísmo deve ser compreendido como o ambiente social, cultural, político e religioso do chamado “povo eleito”, ou “raça eleita”, ou, ainda, “povo da promessa”, em razão da “aliança entre Deus e o patriarca Abraão”, firmada uns vinte séculos antes da era Cristã, que resultou na circuncisão?

---

## **Filosofia**

8. *Diálogo entre um Judeu, um Filósofo e um Cristão* é uma obra na qual seu autor põe em evidência três personagens: um judeu, um filósofo e um cristão. Cada um deles acredita em um Deus único, mas de um modo diferente.

O judeu conhece Deus pelo Antigo Testamento. Sua religião e sua fé lhe chegam de Deus mesmo e se mantêm apesar das perseguições, o que prova que ele está no bom caminho. O filósofo, guiado pela razão, critica os crentes que acreditam sem discernimento. Como fundar a certeza no que é vago e em tantas divergências de opiniões? Ele também considera que o bem supremo pode ser atingido na Terra; é só encontrar a felicidade e a paz interior; o mal supremo é o castigo a que deve ser submetido o culpado. O filósofo interroga também sobre o Inferno, a ressurreição e a visão beatífica de Deus. O cristão se refere ao Novo Testamento, que, segundo ele, marca um progresso em relação ao Antigo Testamento: contém ao mesmo tempo as verdades fundamentais da fé e também se baseia na razão. Para o cristão, a felicidade é um dom de Deus e consiste na visão beatífica de Deus, bem supremo. Quanto ao mal supremo, é o pecado: ele torna mau o homem. Nesse caso, o castigo deve ser considerado um bem.

Portanto, cada uma das três personagens sustenta sua própria fé e sua crença diante das outras, num diálogo de estilo platônico. Depois de um longo debate, tomam o autor com o árbitro. Este tende a demonstrar que Cristo é a verdade total que contém as verdades judaicas e filosóficas: só Cristo consegue unir religião e filosofia, reconciliar fé e razão.

Quem é o autor dessa obra?

---

9. Ibn Arabi é considerado um dos mestres espirituais do islamismo, embora seu pensamento, que desenvolve o paradoxo e a contradição, tenha provocado muitas polêmicas entre os doutores da Lei corânica. *Revelações de Meca* é uma obra de Ibn Arabi, concebida como um guia espiritual para os muçulmanos. É considerada uma das jóias da filosofia islâmica em geral e da mística sufi (sufismo) em particular.

Ibn Arabi é autor de uma obra que trata da natureza imutável da sabedoria divina tal qual nos é revelada pelos diferentes profetas (27 profetas do Alcorão, de Adão a Maomé).

Como se chama essa obra de Ibn Arabi?

---

10. A filosofia judaica é do tipo escolástico (levar o homem a compreender a verdade revelada – exercício da atividade racional com vistas ao acesso à verdade religiosa, à sua demonstração ou ao seu esclarecimento nos limites em que isso é possível, apresentando um arsenal defensivo contra a incredulidade e as heresias). Consiste essencialmente na tentativa de interpretar a tradição religiosa judaica em termos de filosofia grega mais precisamente de neo-platonismo ou de aristotelismo. A filosofia judaica nasceu, portanto, quando o judaísmo entrou em contato com o helenismo no século II a.C. Filon de Alexandria, que viveu na primeira metade do século I d.C. é a maior personalidade filosófica do período da filosofia judaica anterior à chamada segunda fase ocidental, que desenvolveu-se na Idade Média, principalmente na Espanha, durante o domínio árabe.

A segunda fase ocidental pertencem Isaac (que viveu no Egito entre os séculos IX e X); Saadja (séc. X); Ibn-Gebirol, que os escolásticos latinos conheceram com o nome de Avicébron, autor de obra famosa intitulada *Fonte da vida* (séc. XI) e Moisés Ben Maimoun, denominado Maimônides (séc. XII) autor do *Guia dos perplexos*.

Os temas fundamentais dessa segunda fase da Escolástica judaica são os seguintes: 1<sup>o</sup>) utilização do neoplatonismo árabe, para a demonstração da existência de Deus; 2<sup>o</sup>) negação do necessarismo característico da filosofia árabe e, portanto, das duas doutrinas decorrentes desse necessarismo:

a) da eternidade do mundo e conseqüente defesa da criação como início das coisas no tempo por obra de Deus; b) do rigoroso determinismo astrológico, com a reafirmação da liberdade humana. Estas teses aproximam muito a Escolástica judaica da Escolástica cristã, que defende filosoficamente crenças religiosas análogas. Portanto, a Escolástica cristã empregou muito a filosofia judaica, e especialmente a de Maimônides (cf. J. Guttman, *Die Phil. des Judentums*, Munique, 1933, citado por Nicola Abbagnano em Dicionário de Filosofia, Martins Fontes, São Paulo, 1998).

Qual a obra de Filon de Alexandria é considerada a mais importante para o conhecimento de suas idéias?

---

### **Direito**

11. “Os modernos métodos de interpretação constitucional caracterizam-se, pois, pelo abandono do formalismo clássico e pela construção de uma hermenêutica material da Constituição.

Paulo Bonavides destaca três métodos atuais de interpretação constitucional: a) método integrativo ou científico-espiritual; b) método tópico; c) método concretista.”

Qual o método que se caracteriza como uma “arte de invenção” e, como tal, uma “técnica de pensar o problema”, elegendo-se o critério ou os critérios recomendáveis para uma solução adequada?

---

12. O método concretista de interpretação constitucional foi desenvolvido por três juristas alemães – Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle.

Para qual desses juristas alemães, a concretização e a compreensão só são possíveis em face do problema concreto, de forma que a determinação do sentido da norma constitucional e a sua aplicação ao caso concreto constituem um processo unitário?

---

13. “A Lei 9.983, de julho de 2000, trouxe uma modificação no Código Penal, inserindo o art. 168-A, acrescentando o capítulo “apropriação indébita previdenciária”, porque o art. 168 trata tão-somente da “apropriação indébita”.”

É correto afirmar-se que a Lei 9.983/2000 não revogou as alíneas e parágrafos do art. 95 da Lei 8.212/91?

---

14. É correto afirmar-se que o tipo do art. 168-A do CP está, também, capitulado na Lei 8.137/90, quando se refere à “contribuição social”, tendo a figura das “contribuições previdenciárias” como integrantes ou ínsitas no conceito de “contribuição social”?
- 
15. É correto afirmar-se que é incabível Ação Rescisória que ataca decisão do STJ, proferida em Conflito de Competência, por não se inserir no conceito de ‘decisão de mérito’, exigida pelo CPC, art. 485?
- 
16. É correto afirmar-se que a Lei 10.259, de 12.7.2001 (DOU de 13.7.2001), não permite, no âmbito da Justiça Federal, aos Juizados Especiais Cíveis executar as suas sentenças?
- 
17. As causas sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais, com arrimo na Lei 10.259/2001, podem ser incluídas na competência dos Juizados Especiais Cíveis?
- 
18. É correto afirmar-se que o juiz, em atuação no Juizado Especial (Lei 10.259), não poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar danos de difícil reparação?
- 
19. Nos termos da Lei 10.259, é correto afirmar-se que somente será admitido recurso de sentença definitiva, com exceção do que está previsto no art. 4º dessa lei?
- 
20. É correto afirmar-se, com arrimo na Lei 10.259, que as pessoas jurídicas de direito público contarão com prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual, inclusive a interposição de recursos?
- 

**NR: 1ª)** As questões foram formuladas pelo Secretário Editorial da Revista. A 11 e a 12 com base no artigo A MODERNA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, de Amandino Teixeira Nunes Júnior, publicada na edição do Vol. 8/N.2 desta Revista. A 13 e 14 com base no artigo DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA, de José Alves Paulino, publicada na edição antes citada.

**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. 4): 1 = Judaea. 2 = felicidade. 3 = E. 4 = E. 5 = E. 6 = E. 7 = E. 8 = Pedro Abelardo. 9 = A Sabedoria dos Profetas. 10 = Alegoria das Leis. 11 = Método tópico. 12 = Konrad Hesse. 13 = Não. 14 = E. 15 = E. 16 = Não. 17 = Não. 18 = Não. 19 = E. 20 = E.

**CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: ASPECTOS RELEVANTES***Eustáquio Nunes Silveira \****I – Introdução**

**A** resistência ao pagamento de tributos é uma reação natural das pessoas. Ninguém quer, de livre e espontânea vontade, e, muito menos, de bom grado, entregar dinheiro para o Poder Público.

Essa resistência data de épocas imemoriais, mas é conhecida a aversão que o povo sempre teve dos coletores de impostos.

É usual, ainda hoje, a alegação de que não vale a pena contribuir com impostos, se tais valores serão mal empregados pelo governo, que serão gastos com mordomias de altos funcionários, com a construção de prédios públicos majestosos etc. E isso, como sabemos, não é inteiramente mentira. Geralmente, os governantes, particularmente os brasileiros, gastam muito e mal. Haja vista a necessidade constante de se fazer um “ajuste fiscal”, a fim de que as despesas não superem as receitas. E esses “ajustes”, via de regra, não passam de aumentos de tributos. Ocorre que o aumento da carga tributária nem sempre representa aumento de receita, porque é sempre nessas ocasiões de arrocho que a sonegação fiscal também recrudesce. O contribuinte, revoltado, sai à cata de meios e modos que diminuam os seus encargos para com o Fisco.

Existem, é verdade, meios legais para a diminuição dos tributos, tais como se evitar a ocorrência do fato gerador ou mesmo praticar-se a elisão tributária, que nada mais é do que a utilização de brechas existentes na legislação que conduzam à redução da carga tributária.

Quando, porém, o contribuinte, ou mais precisamente, o sujeito passivo da obrigação tributária utiliza-se de meios fraudulentos ou enganosos, para reduzir ou suprimir tributos, estamos diante de um crime contra a ordem tributária.

Foi com a Lei nº 4.729/65 que o legislador resolveu dar realce ao crime de sonegação fiscal, exigindo algumas condutas que poderiam, muito bem, ser enquadradas no Código Penal, como delitos especiais. Assim é que condutas que deveriam ser tipificadas como falsidade material ou ideológica, estelionato etc, foram destacadas para se transformarem em crimes de sonegação fiscal, talvez em razão da resistência da jurisprudência de então em considerar tais condutas como delitos comuns.

No entanto, apesar dessa transformação, os casos conhecidos em que alguém foi condenado com base na Lei 4.729/65 foram raríssimos, possivelmente porque o crime tributário não causa repulsa social, não fere a moralidade média do homem brasileiro, em virtude daquele sentimento generalizado de resistência a que antes nos referíamos.

Veio, então, a Lei 8.137, de 27/12/90, que, na verdade, significou um divisor de águas no combate e na repressão da sonegação tributária, não só pelo aprimoramento técnico utilizado em relação ao diploma anterior – embora, ainda,

com diversos defeitos e dubiedades – , quanto por punir mais severamente os crimes praticados contra os interesses da Fazenda Pública na arrecadação e cobrança dos tributos e contribuições.

Na nossa opinião, aquele que se utiliza de fraude para enganar o Fisco, visando o não pagamento ou a diminuição de um tributo devido, comete uma conduta de grave desvalor social. Ainda que os governantes, em sua maioria – e existem as exceções – gastem mal, os tributos são devidos, porque sem eles não haveria como o Estado cumprir as suas finalidades próprias, relacionadas com a segurança, a educação, a saúde etc, em prol da coletividade. Na verdade, ficaria até impossibilitado de cumprir os fundamentais objetivos da República, tais como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, enfim, de promover o bem de todos. Portanto, a infração ao dever de contribuir com tributos atinge um bem jurídico maior que o simples interesse da Fazenda Pública. Atinge a própria comunidade, a coletividade.

Não obstante, o fato de se deixar de pagar os tributos não constitui crime, não passando de mera infração tributária que leva à sanção correspondente. O que se pune criminalmente é a fraude contra o fisco, a apropriação indébita, a desobediência etc. Desse modo, é impróprio falar-se em prisão civil por dívida, como insiste um determinado tributarista, que sempre assume a defesa incondicional do sonegador.

Mesmo a punição do crime de descaminho, que se caracteriza pelo não-pagamento dos tributos devidos pela entrada ou saída de mercadorias no ou do país – portanto, uma sonegação fiscal – nunca foi considerada uma prisão civil por dívida e nem inconstitucional o art. 334 do CP, quanto mais quando o responsável tributário se apropria ou retém um valor que descontou ou cobrou do contribuinte, a título de imposto ou contribuição. O que acontece, nesse caso, é a apropriação ou a retenção indevida de um bem que não pertence a ele, responsável tributário, mas à Fazenda Pública. Portanto, não se pode falar em simples não-pagamento de tributo e nem em prisão civil por dívida.

## II – Classificação do crime

Sob a égide da Lei 4.729/65, não havia dúvida quanto à classificação doutrinária do crime de sonegação fiscal, considerando que o seu art. 1º dizia: “Constitui crime de sonegação fiscal:” e, em seguida, descrevia as condutas incriminadas, sem, contudo, se referir a um resultado. Em alguns casos, como no do item I, exigia-se apenas o dolo específico – ou um fim especial de agir – ou seja, “a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei”.

Crime formal, portanto, por não se poder destacar a execução do resultado. Bastava a prática da ação ou omissão descrita no tipo para se considerar consumado o crime.

A Lei 8.137/90 inovou – e para pior – nesse aspecto, provocando, com isso, discussões infundáveis com relação à classificação do crime contra a ordem tributária.

É que o **caput** do art. 1º da Lei passou a ser assim redigido: “Constitui crime contra a ordem tributária **suprimir** ou **reduzir** tributo, ou contribuição social e

qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:”, deixando sugerido que essas condutas seriam meios utilizados para a consecução de um resultado, como efeito natural da conduta humana, qual seja, a supressão ou redução do tributo e qualquer acessório.

Essa classificação – se crime material ou formal – é importantíssima, na medida em que dela depende o momento consumativo do crime, a possibilidade de tentativa etc.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região vinha entendendo, por sua maioria de Juízes, que o delito previsto no art. 1º, inc. I, da Lei 8.137/91, na modalidade comissiva, isto é, “prestar declaração falsa às autoridades fazendárias” se consumava no momento em que a declaração era entregue à Fazenda<sup>1</sup>. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 75.945-2, rel. o Min. Sepúlveda Pertence, entendeu que nesse tipo de delito, exige-se um resultado efetivo, que é a supressão ou redução do tributo, sem cujo elemento não há consumação<sup>2</sup>.

No caso concreto, tratava-se de Imposto de Renda de Pessoa Física. Mas, mesmo assim, ainda que de acordo com o entendimento manifestado pelo STF, o crime de que se trata estaria consumado quando, vencido o prazo para o recolhimento, o contribuinte o fizesse a menor ou mesmo não o fizesse.

Esse prazo, porém, nada tem a ver com o prazo que a Receita dá ao contribuinte para que ele recolha o tributo, após o lançamento revisional, isto é, após as autoridades fazendárias descobrirem que o contribuinte preste a declaração falsa. Tal fato é posterior à consumação do crime. De modo que é impróprio dizer-se que o delito só se consuma após o prazo concedido pela Fazenda Pública para que o contribuinte recolha o tributo revisto<sup>3</sup>. Afirmação nesse sentido desconhece o próprio conceito de crime consumado, inserto no Código Penal Brasileiro (*Diz-se o crime consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal*).

Impertinente também é afirmar-se que o recolhimento ou o parcelamento da dívida posterior exclui o dolo, porque o dolo, como elemento subjetivo do tipo, é contemporâneo à ação ou omissão. Se houve consumação, ocorreu o dolo, sem o qual não estaria completo o tipo, de acordo com a teoria finalística que predomina na nossa legislação penal codificada.

O dolo, no caso dos crimes contra a ordem tributária, constitui o tipo subjetivo, já que não há modalidade culposa nessa espécie de delito.

Mas, no nosso modesto entendimento, a afirmação de que os crimes de que trata são delitos materiais não pode ser genérica. Não posso entender, por exemplo, como se pode exigir um resultado no caso dos delitos cometidos mediante omissão, ou seja, nos crimes omissivos próprios, em que a consumação é antecipada, ocorrendo simultaneamente com a execução.

<sup>1</sup> Acr 94.01.12647-6, 3ª T., rel. Tourinho Neto – DJ 220595, p. 30660.

<sup>2</sup> Nesse julgamento, o STF decidiu no seguinte sentido: *ao contrário do que sucedia no tipo similar da L. 4.729/65, à consumação é essencial que, da omissão da informação devida ou da prestação da informação falsa, haja resultado efetiva supressão ou redução do tributo – infração material*.

<sup>3</sup> O TRF-1ª Reg., em alguns julgados relatados pela Juíza Eliana Calmon, chegou a fazer essa afirmação.

O crime de “negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada ...”, previsto no inc. V do art. 1º da lei em comento, é delito que se comete por omissão, consumando-se, portanto, no momento em que o agente deixa de agir conforme lhe exige a lei.

Também no crime de desatendimento de exigência da autoridade, previsto no parág. único do mesmo artigo 1º – em tudo semelhante à infração prevista no art. 330 do Código Penal –, a consumação só pode se dar quando vencido o prazo para cumprimento da exigência, independentemente da ocorrência ou não da supressão ou redução do tributo, até porque o que a norma pretende tutelar, na hipótese, é o direito da Fazenda Pública de fiscalizar a vida fiscal, digamos assim, do contribuinte, a fim de saber se está havendo sonegação fiscal. Parece-nos, por outro lado, evidente que a desobediência em si não pode ser causa eficiente do resultado supressão ou redução de tributo. Dessa forma, inexistiria relação de causa e efeito entre a omissão do agente e o pretendido resultado.

Portanto, entendemos que, nas modalidades de crimes omissivos próprios, não se pode falar em delito material, mas meramente formal.

Também com relação aos crimes previstos no art. 2º da Lei nº 8.137/90, não nos parece correto afirmar que são crimes materiais.

O art. 2º diz em seu **caput**: “Constitui crime da mesma natureza”, relacionando, em seguida, as condutas incriminadas.

Ora, não é porque o art. 2º segue o 1º que se pode tirar a conclusão de que se trata do mesmo delito, ou seja, de suprimir ou reduzir tributo. Quisesse o legislador que assim o fosse, não precisaria redigir outro artigo, mas simplesmente continuar descrevendo as condutas que vinha descrevendo no art. 1º. E também seria um contra-senso estipular penas mais leves, como o fez para as condutas arroladas no art. 2º, se se tratasse do mesmo delito do artigo 1º.

Desse modo, quando o art. 2º fala em “Constitui crime da mesma natureza”, parece-nos claro que significa dizer que se trata de crime contra a ordem tributária, tão-somente. Assim, em nenhuma das espécies delituosas previstas no artigo 2º o tipo objetivo exige a supressão ou redução de tributo.

O tipo previsto no item II, por exemplo (“deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”), consuma-se quando esgota-se o prazo legal para o recolhimento devido. Aqui, não há necessidade de que o agente se aproprie do valor do tributo ou da contribuição social, sendo bastante que ele deixe de recolher. Trata-se de tipo omissivo puro que, de modo algum, se confunde com a apropriação indébita porque, neste último, o crime é cometido pela ação de apropriar-se (comissivo) de coisa alheia móvel de que o agente tem a posse ou detenção. É crime material, enquanto aquele é formal. Desse modo, também são equivocadas as decisões que afastam a incidência do crime contra a ordem tributária quando o agente não se apropriou do tributo ou de contribuição social que descontou ou cobrou na qualidade de responsável tributário.

Finalmente, a mesma Suprema Corte de Justiça, em decisão posterior àquela antes referida, afirmou que o crime consistente no não recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados é *omissivo puro*, infração

de simples conduta, cujo comportamento não traduz simples lesão patrimonial, mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade, diferenciando-se do crime de apropriação indébita, que é delito de resultado<sup>4</sup>.

De modo que a classificação dos crimes contra a ordem tributária depende da análise individual de cada uma das condutas incriminadas.

<sup>4</sup> HC 76.978-1, rel. Min. Maurício Corrêa, em que se afirmou: *alegação impropriedade de atipicidade do delito de apropriação indébita (crime de resultado), porque o paciente foi condenado por crime contra a ordem tributária: não recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados, que é crime omissivo puro, infração de simples conduta, cujo comportamento não traduz simples lesão patrimonial, mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade; o tipo penal tutela a subsistência financeira da previdência social. Inexistência de responsabilidade objetiva.*

\* Juiz do Tribunal Federal da 1ª Região e Professor



## AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

*Karine Borges Goulart \**

Sumário: 1. Considerações preliminares. 2. O Estado provedor. 3. Incentivos ao Terceiro Setor. 4. A atuação das organizações sociais. 5. Concessão de títulos a entidades privadas. 6. Requisitos objetivos para a obtenção do título de organização social. 7. Avaliação ministerial. 8. Contrato de gestão. 9. Transferência de bens e recursos públicos. 10. Cessão de servidores públicos. 11. Fiscalização. 12. Desqualificação. 13. Conclusão.

### 1. Considerações preliminares

**C**om a consagração dos direitos sociais e sua inserção nos textos constitucionais, passou-se a atribuir ao Estado determinadas características, assumindo este o papel de Estado Social, responsável pela prestação de serviços à população, como forma de compensar desigualdades, e pela produção de bens essenciais, mediante atuação de empresas públicas e sociedades de economia mista.

O agigantamento do Estado não possibilitou, todavia, a consecução dos objetivos almejados, com a disponibilização de serviços e bens essenciais a toda a população. Por outro lado, a manutenção da estrutura estatal exigia recursos vultosos, a serem obtidos por intermédio da tributação, sendo atribuída ao Estado a característica da ineficiência.

Passou-se, portanto, a repensar a atuação do Estado, passando-se a defender a necessidade de uma reforma, visando reduzir suas atividades, incentivando, por outro lado, a atuação da sociedade na prestação de serviços e produção de bens. Pretende-se, com tal reforma, reduzir os custos do Estado, obter melhores resultados com menores gastos, por se acreditar que a iniciativa privada pode ser mais eficaz, devendo, em consequência, ser ampliada a participação da comunidade na resolução de seus próprios problemas.

Nesse contexto, buscou-se promover a privatização de empresas públicas, a fim de incentivar o exercício de atividades econômicas pela iniciativa privada, limitando-se o Estado a agir quando sua atuação fosse necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme previsto no art. 173 da CF/88.

Também no que se refere à prestação de serviços essenciais à população, busca o Estado obter a cooperação da sociedade. Como forma de estimular esta atuação da sociedade, o Estado confere determinados benefícios, como concessão de imunidade tributária ou subvenções sociais, sendo previsto, como mecanismo de identificação das pessoas jurídicas habilitadas para seu recebimento, a concessão de títulos jurídicos, como o de utilidade pública, concedido pelo Ministério da Justiça, e a concessão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, pelo CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social.

Incentiva-se, portanto, a atuação do denominado Terceiro Setor, representado pelas entidades privadas que atuam em atividades de interesse público, sem finalidade lucrativa.

Recentemente, com a publicação da MP 1.501/97, suas reedições, e posterior conversão na Lei 9.637/98, foi inserida na ordem jurídica a possibilidade de concessão de um novo título, o de organização social, a pessoas jurídicas de direito privado que atuam em parceria com o Estado, com o objetivo de ampliar a colaboração do Terceiro Setor.

A concessão deste título pressupõe a atuação nas atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção à preservação do meio ambiente, cultura e saúde. A fim de estimular o exercício destas atividades pela sociedade, foram previstos pela Lei uma série de benefícios a serem concedidos às organizações sociais, representados pela concessão de recursos públicos, e cessão de bens e servidores públicos, com ônus para o poder cedente. A concessão destas vantagens deve ser prevista em contrato de gestão a ser firmado entre a entidade e o poder público, uma vez cumpridos os requisitos para a qualificação da entidade como organização social.

Pretende-se, neste trabalho, analisar as características das organizações sociais, conforme as peculiaridades da Lei 9.637/98.

## **2. O Estado provedor**

A Constituição de um Estado representa sua peculiar maneira de ser, disciplinando a vida em sociedade, e a relação com os governados. Seu núcleo essencial consiste na divisão de poderes e na proclamação de direitos, como forma de limitação do poder do governo e do Estado.

Da análise do contexto histórico, verifica-se que a constituição dos séculos XVIII e XIX representava o Estado liberal, face à exigência da não intervenção do Estado na vida dos cidadãos, como reivindicado pela burguesia. O Estado deveria ser mínimo, a fim de não se tornar novamente o Leviatan, destruindo os direitos fundamentais então reconhecidos.

O rol dos direitos fundamentais reconhecidos pelas constituições a partir das declarações do século XVIII, todavia, foi ampliado com o surgimento de novas necessidades. Com efeito, não obstante a consagração destes direitos, como pertencentes a todos os homens, constatou-se que estes não eram desfrutados por grande parte da população não detentora de direitos de propriedade.

Em consequência, foi reconhecida a necessidade de serem conferidas condições econômicas como garantia da preservação da dignidade da pessoa humana. E, não tendo a própria sociedade, face às desigualdades existentes, condições de oferecer a todos meios materiais para uma vida digna, bem como de assegurar o pleno gozo dos direitos fundamentais, foi atribuída ao Estado a responsabilidade pela efetivação destes direitos, sendo-lhe conferida a obrigação de oferecer certas prestações aos cidadãos, principalmente os que se encontram em situação econômica desfavorecida.

As constituições brasileiras, desde a de 1934, sob a inspiração da Constituição da República de Weimer prevêem os direitos sociais, adotando o Estado Brasileiro os compromissos de um Estado Social, comprometido com a preservação dos direitos de liberdade, mas também com a igualdade material.

A atual Constituição Federal de 1988 consagra em seu texto diversos direitos sociais. Em seu art. 6º são elencados como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

O Estado assume, portanto, compromissos perante a sociedade. Para cumprir com a finalidade de oferecer bens e serviços à população, o Estado Social, caracterizado como um Estado provedor, passa a desempenhar as mais diversas tarefas, atuando não somente na prestação de serviços sociais, mas também na produção de bens e prestação de serviços essenciais, atuando nas áreas de telefonia, siderurgia, extração de petróleo e produção de energia elétrica, agigantando-se sua estrutura.

Assim é que o Estado brasileiro, adotando as características de um Estado Social, assume a responsabilidade de atuar nas áreas de saúde, educação, cultura, previdência, assistência social, meio ambiente, exercendo, ainda, atividades econômicas por intermédio das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Não obstante, vem-se proclamando a necessidade de se promover uma reforma na estrutura do Estado, fomentando a atuação dos particulares, seja na produção de bens, seja na prestação de serviços.

Pretende-se retornar ao Estado mínimo, com o lema “menos Estado e mais Sociedade Civil.” Não obstante, apesar de ser possível se falar em responsabilidade da sociedade em atuar paralelamente ao Estado na efetivação dos direitos de segunda geração, como auxiliar do Estado, este não pode omitir-se na promoção do bem-estar da população, que é obtido com a implementação dos direitos sociais,

o que se constitui, como vislumbrado por Jorge Miranda<sup>1</sup>, fator de legitimação da atuação do Estado.

Fala-se hoje, todavia, no fim do consenso do Estado social ou do “Welfare State”, e na necessidade de se encontrar uma “terceira via”, ou seja, um caminho intermediário entre o Estado liberal, individualista, e o Estado social, paternalista, reduzindo as pressões existentes quanto ao fornecimento de prestações aos indivíduos.

No âmbito do Estado brasileiro, verifica-se que, após a assunção do papel de produtor de bens, com a criação de várias empresas públicas, de sociedades de economia mista e fundações públicas, passou-se a defender a redução da atuação estatal, procedendo-se à privatização de várias destas empresas.

Busca-se novamente fomentar as atividades particulares, transferindo para a sociedade o desenvolvimento das atividades econômicas, limitando-se o Estado a prestá-las somente quando necessário à segurança nacional e ao interesse público, como já proclamava o art. 173 da CF/88, em sua redação original.

Até mesmo atividades tradicionalmente desenvolvidas pelo Estado brasileiro, sob o regime de monopólio, foram transferidas aos particulares. Exemplo mais claro desta transferência está na privatização dos serviços de telecomunicação. Para tanto, promoveram-se alterações no texto constitucional. Assim é que, pela EC 08/95, foram alterados os incisos XI do art. 21 da CF/88, possibilitando que os serviços de telecomunicações fossem explorados diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.

O Estado passa, portanto, por uma reforma, deixando de ser produtor de bens essenciais, passando a ser um Estado regulador, sendo criadas, para o exercício desta função, as agências reguladoras. Tais agências permitem que o Estado, deixando de prestar diretamente determinados serviços, possa regular as atividades das empresas privadas, a fim de resguardar os interesses da sociedade, evitando que a população fique exposta à dominação do mercado.

Paulo Modesto, discorrendo sobre a reforma do Estado, registra serem os seguintes seus objetivos:

- a) objetivo econômico: diminuir o ‘déficit’ público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas onde é indispensável a sua intervenção direta;
- b) objetivo social: aumentar a eficiência dos serviços oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes;
- c) objetivo político: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada;
- d) objetivo gerencial: aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los,

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge, ob. cit., p. 344.

gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados.”<sup>2</sup>

Também no âmbito da implementação dos direitos sociais, o Estado, no contexto da reforma, que visa reduzir suas atividades a fim de se promover, como consequência, a redução dos gastos públicos, vem buscando incentivar a participação da sociedade, objetivando o incremento das atividades do denominado terceiro setor.

Assim é que concede incentivos a entidades que colaboram na prestação de serviços de interesse público, de forma a obter parcerias.

### **3. Incentivos ao Terceiro Setor**

Considerando a limitação dos recursos existentes, busca o Estado obter a participação ativa da sociedade na implementação dos direitos humanos de segunda geração, de fundo social e de direitos coletivos e difusos. Isto ocorre especialmente por intermédio da atuação das entidades do denominado Terceiro Setor, composto por organizações privadas, que atuam sem objetivo de lucro e com finalidades públicas, suprimindo as deficiências do próprio Estado.

Considerando, portanto, a importância de se incentivar a atuação da sociedade e suprir as deficiências da atuação estatal, mediante a criação de pessoas jurídicas de direito privado destinadas a exercer atividades de interesse público, a legislação concede aos entes integrantes do denominado Terceiro Setor benefícios fiscais e auxílio financeiro.

Possibilita-se, mediante lei, a obtenção de transferências públicas para as entidades privadas, sem fins lucrativos, que tenham como objetivo a prestação de serviços de interesse públicos. Tais transferências são representadas pelas subvenções e auxílios.

Prevê-se, assim, a concessão de auxílios às entidades privadas, sem fins lucrativos, sendo os recursos destinados à ampliação, aquisição de equipamentos e instalação de material permanente, exceto para os signatários de contrato de gestão não qualificados como organizações sociais.

No contexto da reforma do Estado, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da MP 1.501/97, reeditada e posteriormente convertida na Lei 9.637/98, a figura das organizações sociais, integrantes do Terceiro Setor. Tais entidades percebem tratamento diferenciado previsto na referida Lei, que tem como objetivo estimular a assunção pela iniciativa privada do fornecimento de serviços públicos relacionados à concretização de direitos sociais.

### **4. A atuação das organizações sociais**

Conforme registrado, a Lei 9.637/98, visando ampliar a participação da sociedade, prevê a possibilidade de se qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, afetadas a uma finalidade de interesse público.

---

<sup>2</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil*, in Revista de Direito Administrativo, vol. 210, p. 196-167.

As organizações sociais são entidades constituídas por particulares, sem fins lucrativos, atendendo determinados requisitos estabelecidos em lei e que recebem o título correspondente, mediante a observância de um procedimento administrativo.

Para tanto, as entidades devem, como determina o art. 1º da Lei 9.637/98, exercer atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, obedecendo, ainda, determinados requisitos estabelecidos pela lei.

E, uma vez qualificadas, se habilitam a receber recursos, bens e até mesmo servidores públicos, com ônus para a origem.

Por esta razão, registra Paulo Modesto que estas organizações sociais vêm sendo compreendidas como entidades estatais da administração indireta, constituídas com a natureza de pessoa jurídica de direito privado, ou ainda, forma de privatização, com cessão do patrimônio público, em detrimento do interesse coletivo. Refuta, todavia, esta caracterização das organizações sociais como “autarquias veladas”, tendo em vista que estas não titularizarão qualquer tipo de prerrogativa pública, como as processuais e as de autoridade, sendo apenas entidades reconhecidas pelo Estado, como ocorre com as entidades de utilidade pública.<sup>3</sup>

Rejeita, ainda, a identificação de sua criação como sendo uma forma de privatização, tendo em vista que as organizações sociais podem ser constituídas independentemente da extinção de pessoa jurídica de direito privado, não há transferência de domínio de bem público, mas apenas de seu uso, e as transações realizadas não têm natureza econômica.<sup>4</sup>

Assim, as organizações sociais têm a natureza de pessoas jurídicas de direito privado, que exercem serviços de interesse público e preenchem certos requisitos, percebendo, em consequência, uma titulação que segue os moldes da concessão de título de utilidade pública, estando sujeitas a maiores encargos e sendo contempladas com maiores benefícios que aquelas entidades.

Por outro lado, analisando a questão da titulação e outorga de benefícios, e busca do auxílio da sociedade, impende registrar que o art. 20 da Lei 9.637/97 prevê a criação de organizações sociais para absorção de atividades exercidas por entidades e órgãos públicos. Maria Sylvia Zanella di Pietro ressalta que tal transferência pode representar prejuízos para o cidadão, possibilitando que o Estado se exima de sua responsabilidade de prestar serviços sociais. Ensina a autora:

“Mesmo na hipótese em que a entidade não preste a atividade como serviço público, uma vez que ela absorva atividade antes desempenhada por órgão público ou entidade estatal, resultam as seguintes consequências: o órgão ou entidade estatal será extinto (...); suas instalações, abrangendo bens móveis e imóveis serão cedidos à organização social; o serviço que era público passará a ser prestado como atividade privada. **Dependendo da extensão que a medida venha a alcançar na prática, o Estado, paulatinamente, deixará de prestar determinados serviços públicos na área social, limitando-se a incentivar a iniciativa privada por meio dessa nova forma de parceria.**

<sup>3</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*, in Revista de Direito Administrativo, v. 210, p. 201.

<sup>4</sup> MODESTO, Paulo, ob. cit., p. 202.

**Em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais, já que é a constituição que prevê os serviços sociais como dever do Estado e, portanto, como serviço público.**

**Pela forma como a matéria está disciplinada na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão.”<sup>5</sup> (destacou-se)**

Com efeito, face aos compromissos assumidos com a Constituição de 1988, infere-se que o Estado não pode deixar de exercer atividades sociais, de forma que, ao invés de pretender repassar a particulares atividades por ele exercidas por intermédio de órgãos e entidades, deveria estimular a formação de novas entidades de natureza privada, que viessem colaborar com a atuação estatal.

Ressalte-se que as entidades qualificadas como organizações sociais não prestam serviço público, definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como sendo “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – , instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”<sup>6</sup>

As atividades desenvolvidas pelas organizações sociais não são exercidas sob um regime de supremacia, sendo os serviços prestados sob o regime de direito privado. Busca-se, contudo, a consecução de uma finalidade pública relevante, relacionada com as atividades desenvolvidas em conformidade com o disposto no art. 1º da Lei 9.637/98.

Dessa forma, a previsão da concessão do título de organizações sociais a determinadas entidades está dentro da tendência de se buscar a atuação da sociedade, tendência esta já existente dentro do Estado Social, e que se acirra com a pretensão de se promover a sua reforma, com a redução das atividades estatais, com a concepção de que seus recursos são limitados, e que a iniciativa privada pode gerenciar melhor os recursos, sendo mais eficiente na concretização dos fins buscados.

Busca-se, assim, obter parcerias com os particulares, a fim de se obter melhores resultados, incentivando o exercício de determinadas atividades mediante a concessão de um título, como o de organização social, que confere às entidades que o obtém o direito a um tratamento diferenciado.

A concessão de títulos é, portanto, expediente utilizado pelo Estado para fomentar determinadas atividades, não sendo novidade no direito brasileiro, tendo em vista que, já em 1935 já se previa, na Lei 91, a concessão de títulos de utilidade pública às entidades que servissem desinteressadamente à sociedade.

Considerando que a obtenção do título é condição essencial para a obtenção de determinados favores, discorrer-se-á, brevemente, acerca da concessão destes títulos.

<sup>5</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*, p. 203.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 477.

## 5. Concessão de títulos a entidades privadas

Como registrado, o poder público pode conceder a entidades particulares, títulos que as habilitam a obtenção de um tratamento diferenciado, em virtude das atividades por elas exercidas, em colaboração com o Estado. Além desta conseqüência, aponta Paulo Modesto como finalidades da concessão do título a padronização do tratamento das entidades que possuem características comuns e o controle de suas atividades.<sup>7</sup>

Paulo Modesto aponta, por outro lado, as desvantagens de se outorgar títulos públicos, ao aventar a possibilidade de certificação indevida, bem como a frouidão dos critérios utilizados para a sua concessão, possibilitando a erosão da credibilidade do título.<sup>8</sup>

Considerando as características que diferenciam as entidades privadas, verifica-se que não ofende o princípio da isonomia, mas, antes, atende ao interesse da sociedade, a concessão de títulos que conferem vantagens que serão, de forma indireta, revertidas para a própria sociedade.

Faz-se necessário, contudo, que os requisitos para a concessão do título possibilitem que se promova uma distinção razoável entre as diversas pessoas jurídicas de direito privado.

No ordenamento brasileiro, verifica-se que, já com a Lei 91, de 28/08/35, era prevista a concessão do título de utilidade pública, às sociedades civis, associações e fundações constituídas no País com o fim de servir desinteressadamente à coletividade. O título deve ser concedido mediante declaração feita em Decreto do Poder Executivo, após o requerimento processado no Ministério da Justiça, e, em casos excepcionais, concedido de ofício.

A par do título de utilidade pública, estabeleceu-se, recentemente, na Lei 9.637/98, a possibilidade de concessão de outro qualificativo às entidades que preencham os requisitos legalmente estabelecidos, passando tais entidades a serem qualificadas como organizações sociais.

Uma vez obtido este título, tais entidades adquirem, automaticamente, a condição de entidade de interesse social e utilidade pública, podendo, em conseqüência, continuar a gozar da imunidade em relação às contribuições sociais, desde que cumpram os demais requisitos estabelecidos pelo art. 55 da Lei 8.212/91.

Fica, ainda, a entidade qualificada como organização social, autorizada a firmar contrato de gestão com o Poder Público, pelo qual esta se compromete a executar determinadas atividades e a atingir determinados fins predeterminados, recebendo, para tanto, recursos financeiros, bens e servidores do Estado, de acordo com o que for convencionado.

São habilitadas a obter o título de organização social pessoas jurídicas de direito privado organizadas sob uma das formas previstas no Código Civil, podendo ser uma associação, sociedade ou fundação, desde que preenchidos os requisitos legais.

<sup>7</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil*, [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), em 25/09/2000, às 14:47.

<sup>8</sup> MODESTO, Paulo, ob. cit., [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).

As peculiaridades destas organizações sociais serão adiante analisadas, ressaltando-se que a concessão de poderes amplos e de benesses às organizações sociais vem ocasionando debates acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei 9.637/98.

Cabe observar que a Lei 9.637/98, embora seja mais minuciosa ao descrever os requisitos para a obtenção do título de organização social que a Lei 91/35, é suscetível de críticas, sendo possível a inserção de novas exigências para selecionar as pessoas jurídicas merecedoras da titulação e evitar tratamentos discriminatórios.

## **6. Requisitos objetivos para a obtenção do título de organização social**

Além de desempenhar atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, faz-se necessário, para a obtenção do título de organização social, que a pessoa jurídica comprove o preenchimento de determinados requisitos, elencados no art. 2º da Lei 9.637/98.

O primeiro dos requisitos consiste na definição das metas da pessoa jurídica que pretende obter a qualificação. A comprovação da área de atuação, conforme objetivos estabelecidos no ato constitutivo, é meio de demonstrar que a pessoa jurídica atua em uma das atividades elencadas no art. 1º da Lei 9.637/98, como condição essencial para o recebimento do título de organização social.

A finalidade não-lucrativa, por sua vez, é requisito básico, que exclui as entidades que buscam a satisfação de interesses particulares, não atuando desinteressadamente em busca do interesse público. Considera-se que, se visa lucro, em princípio não haverá razão para a concessão de subsídios ou de recursos estatais, devendo, por outro lado, serem concedidos incentivos a entidades que colaboram com o Estado na concretização dos direitos sociais. Ressalte-se que a finalidade não lucrativa é condição para o gozo da imunidade em relação aos impostos pelas entidades de educação e assistência social, conforme art. 150, VI, “c”, da CF/88 e em relação às contribuições para a seguridade social, para as entidades de assistência social, conforme art. 55 da Lei 8.212/91, que determina a aplicação de eventual resultado operacional na própria entidade, vedando a distribuição de vantagens e benefícios aos diretores, conselheiros, sócios, instituidores e benfeitores.

É registrada a necessidade de instituição de conselho de administração e de diretoria, como órgãos de deliberação superior. A composição e atribuições da diretoria devem ser definidos no ato constitutivo.

Já o Conselho de Administração, órgão de deliberação superior, deverá ser composto, em conformidade com o art. 3º da Lei 9.637/98, por representantes do Poder Público (de 20% a 40%), de representantes de entidades da sociedade civil (de 20 a 30%), de membros eleitos entre os associados (até 10%), de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho (de 10% a 30%) e de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto (até 10%).

Destina-se, portanto, conforme art. 3º, III, da Lei 9.637/98, pelo menos 50% das vagas do Conselho de Administração para a participação do poder público e da sociedade civil, que podem propor medidas que melhor atendam ao interesse público, maximizando os resultados a serem obtidos com os recursos disponíveis, e evitando sua má utilização.

Todavia, a exigência de prévia inclusão de representantes do governo nas organizações sociais pode trazer inconvenientes, registrando José Eduardo Sabo Paes, em nota de rodapé, os comentários de Carlos Francisco Bandeira Lins, que observa:

“Mas vai além a armadilha em que se quer enredar as entidades privadas. Aquelas que pretendam se qualificar como OS terão primeiro que alterar seus estatutos, aninhando representantes do Poder Público e outras pessoas estranhas, sem que daí resulte direito líquido à qualificação, dependente de decisão discricionária do governo.”<sup>9</sup>

Assim, seria de se exigir a participação do poder público apenas se obtido o título, como uma forma de garantir a adequação da conduta da organização social às metas traçadas. A participação de membros da sociedade, não obstante, pode viabilizar uma melhor compreensão das necessidades sociais, orientando a atuação da entidade e possibilitando uma melhor definição das ações a serem desenvolvidas.

Deve constar, ainda, no ato constitutivo, a previsão de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão. Tal requisito possibilita o controle da organização social, tendo em vista que esta se utiliza de recursos públicos, que devem ser revertidos em benefício da sociedade.

Deve constar no estatuto a possibilidade ou não de aceitação de novos associados, o que consiste em uma das funções do ato constitutivo, referente à regulamentação da vida em sociedade, especificando, inclusive, se estará aberta à entrada de terceiros.

Proíbe-se, por outro lado, a distribuição de bens e parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese. Pretende-se, com este requisito, evitar que a organização social sirva como meio de enriquecimento dos sócios ou administradores, que possam eventualmente se beneficiar dos recursos públicos investidos, em detrimento da sociedade, destinatária destes recursos. Tal requisito, assim como a ausência de finalidade lucrativa, é também condição para o gozo da imunidade pelas entidades de educação e assistência social, nos termos do art. 14, I, do CTN e art. 55, IV, da Lei 8.212/91.

Deve, ademais, constar no estatuto social que, na hipótese de extinção ou desqualificação da sociedade, haverá a incorporação do patrimônio, legados ou doações que lhes foram destinados e dos excedentes financeiros decorrentes de sua atividade ao patrimônio de outra organização social da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos alocados por estes entes. Este requisito tem como objetivo evitar o enriquecimento dos sócios e diretores com a apropriação dos bens recebidos em virtude do título de organização social, bem como dos recursos econômicos obtidos dos entes políticos. Garante-se que os recursos liberados sejam empregados na produção de serviços essenciais à sociedade, seja pela organização social por eles inicialmente beneficiada, seja, na hipótese de extinção ou desqualificação, por outras que atuem na mesma área, possibilitando a continuidade na prestação dos serviços.

---

<sup>9</sup> PAES, José Eduardo Sabo, ob. cit., p. 70.

E, no caso de inexistir organização social que atue na mesma área da organização extinta, os bens e recursos econômicos devem retornar ao ente político que alocou os recursos, de forma que poderão novamente ser empregados em benefício da sociedade.

Paulo Modesto, analisando os requisitos estabelecidos pela Lei 9.637/98 sugere, a fim de possibilitar uma seleção mais confiável de entidades a serem agraciadas com o título de organização social, que se estabeleçam outras exigências, como tempo mínimo de atuação comprovada em sua área de atividade, percentual de gratuidade e ainda, a exigência de patrimônio ou qualificação técnica especial. No que se refere a este aspecto, registra que, tratando-se de parceria com entidade de direito privado, que será beneficiada com recursos públicos, pode o Estado exigir contrapartidas para a concessão dos benefícios.<sup>10</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello também critica a falta de exigência de capital mínimo e de comprovação de suficiência técnica, requisitos em regra necessários para a celebração de contratos com particulares. Registra o autor:

“Na lei disciplinadora das organizações sociais chamam atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes.

O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, *não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) e do Ministro da Administração.*”<sup>11</sup>

Poderia ser, efetivamente, solicitada a comprovação de patrimônio mínimo, tendo em vista que o Estado busca parceria, o que implica na possibilidade de requerer compensações ou vantagens, considerando-se os benefícios que serão concedidos. Ressalte-se que, no caso de ser todo o patrimônio cedido pelo ente estatal, ter-se-ia apenas a administração particular de um patrimônio público. Considerando-se, ainda, a destinação de recursos públicos e de servidores com ônus para o cedente, infere-se que a idéia de parceria ficaria comprometida, uma vez que reduzidos os ônus a serem suportados pela entidade privada.

Deve-se, cuidar, todavia, para que não sejam formuladas exigências excessivas ou dispensáveis para o exercício da atividade que se pretende incentivar, exigência estas tendentes a privilegiar pessoas jurídicas dotadas de um maior patrimônio.

Já a qualificação técnica pode ser um diferencial a ser considerado, tendo em vista que pode ensejar maior eficiência na consecução dos resultados. Da mesma forma, seria razoável que se exigisse um tempo mínimo de atuação na área, a fim de se avaliar a eficiência de sua atuação e adequação aos objetivos propostos, como se exige para a obtenção do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, conforme art. 3º do Decreto 2.536/98 e para a concessão de subvenções a entidades privadas sem fins lucrativos, que devem comprovar funcionamento regular nos últimos cinco

<sup>10</sup> MODESTO, Paulo, ob. cit., [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, ob. cit., p. 157.

anos, na forma do § 1º do art. 30 da Lei 9.995/2000. Reconhece-se, dessa forma, a necessidade de comprovação da aptidão para prestar bons serviços à população, a fim de se concluir que a entidade merece receber recursos públicos.

De grande importância seria, por outro lado, a fixação de percentual mínimo de gratuidade, a fim de que os recursos públicos pudessem beneficiar pessoas carentes de recursos materiais, e que não teriam acesso aos serviços de educação, saúde e cultura, caso tivessem que pagar por eles.

## 7. Avaliação ministerial

Satisfeitas todas as condições acima mencionadas, estabelecidas pelo inciso I do art. 2º da Lei 9.637/98, resta, ainda, a satisfação de outro requisito, qual seja, a aprovação do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, atual Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, que analisará a conveniência e a oportunidade da concessão do título à entidade.

A constitucionalidade deste requisito é questionada, tendo em vista que deixa a critério de Ministros de Estado e de titulares de órgãos a concessão do título, segundo seu poder discricionário. Ora, não seria cabível atribuir tal poder a Ministros de Estado, no sentido de selecionar quais as entidades que merecerão o título de organização social. Ainda que se possa alegar que a concessão do título deve passar pelo crivo ministerial, a fim de se identificar quais as áreas estão a merecer investimentos estatais, inclusive mediante concessão de incentivos a particulares, não se admite, num Estado Democrático de Direito, que adota como princípios da administração a legalidade, a impessoalidade e a igualdade, possa ser conferido tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem numa mesma situação.

Assim, se duas entidades pleiteiam o título de organização social, visando atuar em atividades de ensino, não se justifica a concessão de poderes a Ministros de Estado para decidir qual delas deve ter direito aos benefícios estatais, sem um critério objetivo.

Juarez Freitas reconhece que o dispositivo confere um excesso de discricionariedade ao Poder Executivo, podendo ensejar arbitrariedades. Registra o autor:

“Como visto, no campo dos requisitos específicos, **há um excesso de discricionariedade conferida ao Poder Executivo**. Este ‘poderá’ qualificar, ou não, as organizações sociais, consoante o art. 1º. **Depende, tal qualificação, de juízo favorável, quanto à conveniência, abrindo margem a discriminações arbitrárias**, certamente porque o governo temia uma explosão (inocorrente) de pedidos de qualificação”.<sup>12</sup> (destacou-se)

No mesmo sentido, manifesta-se Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração

<sup>12</sup> FREITAS, Juarez. *Regime peculiar das organizações sociais e o indispensável aperfeiçoamento do modelo federal*, in Revista de Direito Administrativo, v. 214, p. 104.

de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de 'organização social'. **Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie.**<sup>13</sup> (destacou-se)

Assim, no caso, todas as entidades de preservação do meio ambiente que preencham os requisitos devem ser beneficiadas com a obtenção do título e dos benefícios daí resultantes.

Tal interpretação, todavia, pode levar à obrigatoriedade do Estado efetuar gastos além do previsto para a consecução de determinadas finalidades, a fim de se atender ao princípio da igualdade.

Melhor seria que fossem previstos critérios para a escolha imparcial da entidade que melhores condições apresentasse para a consecução do interesse público, no caso de aparecimento de mais de uma interessada, promovendo-se, por exemplo, a seleção de projetos.

O que não se pode, face ao texto constitucional, é possibilitar que a outorga do título fique a critério apenas de decisão ministerial, ainda que todos os demais requisitos tenham sido plenamente satisfeitos.

## 8. Contrato de gestão

Uma vez obtido o título de organização social, a entidade estará apta a firmar com o poder público contrato de gestão, definido, pelo art. 5º da Lei 9.637/98, como o instrumento pelo qual se forma parceria entre as partes, para execução de atividades relativas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

O contrato de gestão deve ser elaborado de comum acordo com o órgão ou entidade supervisora, devendo ser submetido à aprovação do Conselho de Administração e ao Ministro da área correspondente à atividade fomentada.

Nele deverão ser estipuladas as metas a serem atingidas, o programa de trabalho e os critérios para limite de despesa com remunerações e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Tal requisito é essencial para evitar o enriquecimento indireto das pessoas envolvidas nas atividades das organizações sociais. Considerando que estas se beneficiam de recursos públicos, devendo promover o máximo de resultado possível em benefício da sociedade, as remunerações e vantagens conferidas a dirigentes e empregados não podem ser superiores às concedidas pelo mercado.

Há, no contrato de gestão, a discriminação de atribuições, responsabilidades e obrigações do poder público e das organizações sociais. Promove-se a vinculação

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira, ob. cit., p. 157-158.

de receitas a metas públicas, sendo, portanto, uma forma de execução indireta, descentralizada, das funções do Estado de implementação dos direitos sociais.

A celebração do contrato de gestão é uma forma de cumprimento de políticas públicas, tendo em vista que orienta a atuação da organização social, vinculando-as à consecução de determinadas metas. Com esta descentralização, pretende-se obter uma melhor gestão dos recursos públicos, contando-se, para tanto, com a participação de representantes da sociedade no Conselho de Administração da organização social.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a denominação “contrato de gestão” é inadequada, tendo em vista que existe um interesse único. Afirma em artigo publicado na Revista de Direito Administrativo:

“A denominação utilizada na Medida Provisória – *contrato de gestão* – é, porém, inadequada, uma vez que a natureza jurídica das relações que se estabelecem entre o Estado e a organização social não são contratuais. **Com efeito, não são pactuadas prestações recíprocas, resultantes do sinalagma, voltadas à satisfação de interesses de cada uma delas em separado, senão que ambas as partes ajustam prestações conjugadas, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhes é comum.**

Está-se, portanto, diante de um ato administrativo complexo, também chamado de ato união, em que há solidariedade de interesses e, por isso, conjugação de vontades e de meios e não de um contrato, em que há composição de interesses divergentes e, por isso, estabelecimento de reciprocidade de prestações.

**A doutrina tem incluído tais atos entre os convênios, embora seja tecnicamente mais preciso denominá-los de acordos de programa**, pois contém sempre implícita uma disposição discricionária de um órgão administrativo sobre a melhor forma de exercício de uma determinada competência administrativa que lhe é própria.”<sup>14</sup> (destacou-se)

Com efeito, cabe considerar que um dos elementos do contrato é a sua onerosidade, devendo ser o contratado remunerado pelos serviços prestados. Assim, enquanto a Administração pretende obter o bem ou o serviço, o particular pretende obter lucros ou a remuneração pelo que forneceu em cumprimento ao contrato.

Os ajustes formalizados com as organizações sociais, contudo, mediante celebração de contratos de gestão, não contemplam interesses antagônicos entre as partes, mas sim, interesses comuns, representados pela prestação de um serviço de utilidade pública. Assim, o denominado contrato de gestão aproxima-se da figura do convênio.

Cabe citar, a propósito dos convênios administrativos, as considerações de Hely Lopes Meirelles:

“Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.”<sup>15</sup>

<sup>14</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, ob. cit., p. 192-193.

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 354.

Também Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma ser discutível a natureza efetivamente contratual do contrato de gestão<sup>16</sup>. Não obstante, considerando que o contrato de gestão envolve concessão de recursos orçamentários, cessão de bens públicos e de servidores, podendo resultar da absorção de atividades exercidas por ente ou órgão público, ressalta que não se poderia prescindir, para a escolha do parceiro do Estado, da observância de um procedimento licitatório. Nesse sentido, afirma acerca dos requisitos a serem observados pela organização social para sua adequação ao esquema constitucional:

“Por isso mesmo, para que a organização social se enquadrasse nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público e que existem exatamente para proteger esse patrimônio, seria necessário, no mínimo:

- a) **exigência de licitação para escolha da entidade;**
- b) comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente;
- c) demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;
- d) submissão aos princípios da licitação;
- e) imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados;
- f) prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato dela administrar patrimônio público.”<sup>17</sup> (destacou-se)

Relevante, nesse sentido, notar que ocorre transferência de recursos públicos, o que implica na necessidade de se conceder as mesmas oportunidades a todas as pessoas jurídicas que preencham os requisitos exigidos, para que não ocorra violação ao princípio da igualdade. Assim, mesmo que o contrato de gestão se aproxime da figura do convênio, não se poderia prescindir, para sua celebração, da observância de um prévio procedimento licitatório.

Ademais, o princípio da igualdade poderia ser melhor resguardado se, ao invés de se atribuir a autoridades ministeriais discricionariedade para conceder o título de organização social, fossem estabelecidos critérios objetivos, possibilitando a análise da capacidade técnica e de projetos apresentados, para escolha daquele que melhor atenda o interesse público.

Por outro lado, considerando que a entidade recebe recursos públicos e que deve atuar em conformidade com o que foi pactuado, pode-se questionar acerca da possibilidade de a organização social atuar em atividades que não sejam aquelas previstas no seu estatuto. José Eduardo Sabo Paes registra a omissão da Lei quanto à inclusão, entre os requisitos estabelecidos pelo art. 2º, da previsão da impossibilidade de atuação em atividades estranhas ao seu estatuto.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*, p. 192.

<sup>17</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, ob. cit., p. 204.

<sup>18</sup> PAES, José Eduardo Sabo, ob. cit., p. 70.

Nesse sentido, cabe observar que não existe, efetivamente, previsão de desqualificação por exercício de outras atividades, como se depreende do art. 16 da Lei 9.637/98. Todavia, o exercício de atividades paralelas pode ser razão para desqualificação, se previsto no contrato de gestão.

## 9. Transferência de bens e recursos públicos

Uma vez obtido o título de organização social, poderá a entidade, para consecução das metas previstas no contrato de gestão, receber recursos orçamentários e bens públicos, na forma do art. 12 da Lei 9.637/98.

Passam, portanto, as organizações sociais a serem beneficiadas por créditos previstos no orçamento, e que serão liberados em consonância com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

O repasse de bens e recursos está condicionado à assinatura do contrato de gestão, situação que se diferencia da estabelecida para as entidades reconhecidas como de utilidade pública, que devem se habilitar ao recebimento de subvenções sociais a serem previstas na lei orçamentária, comprovando funcionamento regular nos últimos cinco anos. As organizações sociais não precisam se habilitar ao recebimento de recursos públicos, tendo em vista que sua transferência já é determinada no contrato de gestão.

Permite-se, ainda, que sejam destinados bens públicos às organizações sociais, mediante permissão de uso, conforme previsto no contrato de gestão. A lei expressamente determina que esta cessão será realizada com dispensa de licitação.

Cabe observar que a Lei 9.637/98, em seus arts. 18 a 20, admite a instituição de organizações sociais para substituir entes ou órgãos públicos em extinção. Por essa razão, registra Maria Sylvia Zanella di Pietro a necessidade de observância de procedimento licitatório para garantir isonomia entre os interessados, afirmando:

“... Se a intenção é extinguir um ente público e deixar que sua atividade seja absorvida por entidade privada, a escolha desta não poderia prescindir de licitação ou de outro procedimento adequado para assegurar o princípio da isonomia entre os possíveis interessados.”<sup>19</sup>

E ainda que não sejam as organizações sociais instituídas a partir de extinção de entidades ou órgãos públicos, o fato de receberem recursos, bens e mesmos servidores públicos se constitui em justificativa suficiente para a exigibilidade da licitação, para escolha das entidades que celebração o contrato de gestão com o poder público, tendo em vista que, na existência de vários interessados, não será possível firmar contrato com todos.

Impende notar, ainda, que a Lei 9.648/98, ao alterar a Lei 8.666/93, incluiu entre as hipóteses de dispensa de licitação a “celebração de contratos no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

A CF/88, em seu art. 37, XXI, possibilita que sejam estabelecidas em lei exceções à regra da licitação. As exceções devem, entretanto, ter uma justificativa razoável. No que se refere à cessão de bens públicos, pode-se vislumbrar justificativa para a dispensa de licitação, tendo em vista que a entidade se encarregará de exercer

<sup>19</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, ob. cit., p. 204.

serviço de utilidade coletiva, sendo, necessário, todavia, que a escolha da entidade não seja feita arbitrariamente, mas mediante a observância de regras objetivas.

Pode-se questionar, todavia, a dispensa de licitação para contratação com as organizações sociais, tendo em vista que retira oportunidades de participação a outras pessoas jurídicas em iguais condições, podendo, ocasionar prejuízos à Administração, por impedir que se busquem os melhores preços.

## 10. Cessão de servidores públicos

Faculta-se, ainda, ao Poder Executivo, a cessão de servidores para as organizações sociais, com ônus para a origem.

Admite-se o pagamento de vantagens pecuniárias ocasionais pela organização social. Não se permite, todavia, o pagamento de vantagem permanente que não seja relacionado ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

Como registra Maria Sylvia Zanella di Pietro, esta cessão de servidores é medida “contraditória em relação aos objetivos da Reforma Administrativa, especialmente à contenção de despesas com quadro de pessoal”.<sup>20</sup>

Por outro lado, a previsão afronta a Constituição Federal, que prevê, em seu art. 37, I, a contratação de servidores para ocupar cargos, empregos ou funções públicas, que se inserem dentro da estrutura da Administração Pública. Assim sendo, não se poderia admitir que servidores públicos passem a exercer suas atividades em entidades de direito privado, ainda que mediante autorização legal.

## 11. Fiscalização

Por receber bens e recursos públicos, por estar habilitada a receber servidores públicos com ônus para a origem, e ainda, por estar obrigada a cumprir metas estabelecidas pelo contrato de gestão, a organização social sujeita-se à fiscalização, a ser promovida pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, conforme art. 8º da Lei 9.637/98.

O órgão ou entidade supervisora tem poderes para exigir, ao término do exercício ou a qualquer momento, relatório especificando as metas atingidas, contendo, ainda, prestação de contas quanto à aplicação dos recursos recebidos. Tal relatório será analisado por uma comissão composta por especialistas.

Está a organização social sujeita, ainda, a prestar contas perante o Tribunal de Contas da União ou dos Estados ou Municípios, em conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 70 da CF/88, que determina a obrigatoriedade de prestar contas para qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre bens e valores públicos.

Da mesma forma, pode o Ministério Público exercer fiscalização quanto à concessão do título e execução do contrato de gestão, tendo em vista estar incluída, entre suas funções institucionais, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme art. 129, III, da CF/88.

<sup>20</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, ob. cit., p. 204.

Os responsáveis pela fiscalização das organizações sociais têm o dever, em conformidade com o que determina o art. 9º da Lei 9.637/98, de representar perante o TCU, quando constatada alguma irregularidade, sob pena de responsabilidade solidária. Atribui, ainda, o art. 10 da lei em referência, aos responsáveis pela fiscalização das organizações sociais a obrigação de formular representação ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, para que seja requerida ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos dirigentes, agentes públicos ou terceiros que possam ter enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Poderá, ainda, ser proposta ação popular com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, caso detectadas irregularidades na concessão do título ou na transferência de recursos à organização social.

## **12. Desqualificação**

Determina o art. 16 da Lei 9.637/98 que o Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. Daí a importância de se definir no contrato de gestão elementos capazes de orientar a atuação da organização social na busca do interesse público, sob pena de perda da qualificação e dos benefícios dela decorrentes.

Não se determina o procedimento a ser seguido, mas é assegurado o direito à ampla defesa, o que não poderia ser diferente, por ser este direito previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Prevê-se, ainda, que os dirigentes da entidade responderão individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

Havendo a desqualificação, os bens e valores entregues à organização reverterão ao poder público ou a outra organização social que atue na mesma área, a fim de se garantir a continuidade na prestação dos serviços.

Embora não tenha sido mencionado pela lei, poderá, ainda, haver a desqualificação na hipótese de a entidade deixar de cumprir os requisitos estabelecidos no art. 2º, I, da Lei 9.637/98.

Registre-se, por fim, que apesar de constar no texto legal que o Poder Executivo “poderá” desqualificar a entidade quando descumprido o contrato de gestão, trata-se, na verdade, de medida obrigatória, sob pena de se desvirtuar a atuação das organizações sociais, comprometendo as metas a serem alcançadas e a razão da concessão da titulação.

## **13. Conclusão**

Da análise da Constituição Federal de 1988, verifica-se ter sido prevista a instituição de um Estado social, obrigando-se o Estado a fornecer aos indivíduos determinadas prestações, de forma a eliminar, ou, pelo menos reduzir as desigualdades sociais, defendendo, ainda, interesses difusos e coletivos.

Além da função de defender e implementar estes direitos, o Estado brasileiro assumiu funções empresariais, atuando na atividade econômica por intermédio de suas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Todavia, tem-se defendido uma nova concepção de Estado, promovendo-se a sua reforma, buscando transferir à sociedade o exercício de atividades econômicas, mediante a privatização de empresas públicas, exceto se a prestação de serviços pelo Estado for imprescindível à segurança nacional ou ao interesse público.

Também no que se refere à prestação de serviços de interesse público e defesa de interesses coletivos e difusos, busca o Estado o auxílio da sociedade, incentivando sua atuação paralela para a consecução dos objetivos estatais.

Ainda que o Estado não possa eximir-se de sua responsabilidade na implementação do bem-estar social, é desejável o estabelecimento de parcerias com a sociedade, a fim de reduzir seus gastos com a prestação de serviços e com a defesa de direitos coletivos e difusos, e de viabilizar o atendimento a um maior número de pessoas e a obtenção de melhores resultados, em virtude da pluralidade de prestadores de serviços. Nesse sentido, a Constituição convoca a sociedade à colaborar com a seguridade social, com a saúde, com a educação, com a preservação do meio ambiente.

Para incentivar a atuação da sociedade, por intermédio do denominado Terceiro Setor, formado por pessoas jurídicas sem fins lucrativos, o Estado concede determinados benefícios, em atenção à relevância das atividades por elas desenvolvidas. Assim é que a Constituição Federal/88 concede imunidade às entidades de assistência social em relação aos impostos e contribuições sociais, e possibilita a concessão de subvenções sociais às prestadoras de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, conforme art. 16 da Lei 4.320/64. E, a fim de identificar as entidades que atam em colaboração com o Estado, desde a Lei 91/35, são concedidos títulos de utilidade pública a entidades privadas que preenchem determinados requisitos.

Verificou-se, neste trabalho, que, com a Lei 9.637/98, passou-se a prever a concessão de um novo título às entidades privadas que atuam em parceria com o Estado, possibilitando a sua caracterização como organizações sociais, sendo-lhes destinados, em consequência, vários benefícios tendentes a possibilitar o exercício eficiente de suas atividades.

Para receber o título e os benefícios, devem estas entidades atuar nas atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, e preencher determinados requisitos objetivos. Além disso, sua qualificação submete-se ao juízo de conveniência e oportunidade do Ministro titular do órgão supervisor da área de atuação correspondente a seu objeto social, e do Ministro da Administração.

Uma vez obtida a titulação, está a entidade apta a assinar contrato de gestão com o poder público, no qual são discriminadas as responsabilidades e metas a serem atingidas pela organização social, comprometendo-se o Estado a liberar recursos econômicos, ceder bens públicos e mesmo servidores públicos com ônus para o cedente.

Os requisitos estabelecidos para a titulação podem ser questionados, especialmente no tocante à discricionariedade atribuída a autoridades ministeriais para conceder ou não o título às entidades privadas. Num Estado de Direito não se pode admitir que sejam atribuídos benefícios indiscriminadamente, sem que sejam concedidas as mesmas oportunidades a todos.

Ademais, tendo em vista os benefícios a serem transferidos pelo Estado, deveriam ser exigidas contrapartidas, como a capacidade técnica, ou mesmo patrimônio mínimo, devendo ser previsto percentual de gratuidade, para atingir as camadas mais carentes da população. Por outro lado, a fim de encontrar os melhores parceiros, possibilitando o acesso de todos aos benefícios advindos da titulação como organização social, deveria ser essa titulação precedida de procedimento licitatório, com regras objetivas, que afastasse qualquer discricionariedade na obtenção do título.

Por outro lado, considerando a disponibilização de recursos, bens e servidores públicos, torna-se evidente a necessidade de submeter a entidade a uma fiscalização rigorosa, a fim de verificar se os recursos públicos estão sendo bem investidos e se as metas previstas no contrato de gestão estão sendo alcançadas. Prevê-se, portanto, que será promovida fiscalização pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, que, verificada a existência de irregularidades, poderá representar ao TCU e ao Ministério Público. Vislumbra-se, ademais, a possibilidade de ajuizamento de ação popular, caso detectadas irregularidades lesivas ao patrimônio ou à moralidade pública.

Na hipótese de ser descumprido o avençado no contrato de gestão, deverá ser promovida a desqualificação da entidade, o que implicará na reversão dos bens permitidos e valores entregues à organização social.

A concessão do título de organização social e sua atuação nas atividades especificadas no art. 1º da Lei 9.637/98 podem ser de grande auxílio para o Estado, por possibilitar a redução de suas atividades, por assumirem as pessoas jurídicas de direito privado a iniciativa de prestar os serviços anteriormente executados pelo poder público. A Lei 9.637/98, no afã de reduzir a atuação do Estado, prevê a possibilidade de absorção, pelas organizações sociais, de atividades desenvolvidas por órgãos e entidades públicas, que serão extintos. As organizações sociais que assumirem essas atividades poderão ser beneficiadas com a cessão dos bens das entidades extintas, podendo, ainda, receber seus servidores, com ônus para o Estado, e recursos públicos destinados a viabilizar o desenvolvimento de suas atividades.

O Estado arca, assim, com praticamente todos os ônus do funcionamento destas novas organizações sociais que absorveram atividades de entidades públicas extintas, deixando, apenas, de promover sua administração. Cabe questionar, dessa forma, se esta transferência de administração trará benefícios para o Estado, do ponto de vista econômico.

A mesma pergunta pode ser feita quanto às organizações sociais que não resultam de absorção de atividades de entidades públicas, mas que são financiadas pelo Estado sem que se exijam contraprestações, como a existência de um patrimônio mínimo ou experiência na atividade que pretende exercer.

E, ainda que a organização social apresente contrapartidas, faz-se necessária uma fiscalização eficaz, não se podendo admitir que os recursos públicos sejam mal empregados, ou que a amplitude dos benefícios concedidos se transforme em mecanismo de desvio de dinheiro público, o que poderá trazer irreparáveis prejuízos à credibilidade do Terceiro Setor, cuja atuação é essencial para implementação dos direitos sociais, bem como à preservação dos interesses coletivos e difusos.

Ressalte-se, por fim, que o Estado não pode deixar de exercer as atividades enumeradas no art. 1º da Lei 9.637/98, devendo atuar sempre que a iniciativa privada não for capaz de prestar serviços de forma satisfatória a todos os que deles necessitam.

## BIBLIOGRAFIA

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- FREITAS, Juarez. *Regime peculiar das organizações sociais e o indispensável aperfeiçoamento do modelo federal*. In Revista de Direito Administrativo, vol. 214, p. 99-106.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 1998.
- MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. In Revista de Direito Administrativo, vol. 210, p. 196-211.
- MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Texto da Internet. url: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), 25/09/2000, às 11:47.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração (descentralização social e administração pública não-estatal)*. In Revista de Direito Administrativo, vol. 210, p. 183-195.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

\* Procuradora Federal/INSS.



## DIREITO ADQUIRIDO E OS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR NO DIREITO COMPARADO

*Lenilson Ferreira Morgado \**

### O CONCEITO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

**A**ntes de relacionarmos a intrigante angústia da efetividade do direito adquirido com a amplitude do conceito de reforma constitucional, requer-se uma breve análise, no direito comparado, dos dois institutos.

A questão da reforma, revisão ou emenda de artigos constitucionais está fortemente ligada ao princípio da supremacia da Constituição. Segundo Orlando

Soares<sup>1</sup>, esse princípio decorre da teoria segundo a qual a Constituição ocupa uma posição mais elevada, ou seja, superior, no ordenamento jurídico do Estado, em relação à lei ordinária, a qual não pode modificar ou contrariar o texto constitucional.

Nesse contexto, são leis constitucionais, *stricto sensu*, aquelas que modificam o texto constitucional, cujo processo de alteração se sujeita a um rito especial, formal e solene, podendo assumir a feição de emenda, reforma ou revisão. Há autores que não concordam com esta diferenciação, pois seriam estes termos meros sinônimos. Porém, ainda segundo Orlando Soares, a diferenciação é bem clara. Reforma seria um termo mais amplo, compreendendo qualquer reforma ou alteração na Constituição. Emenda seria uma modificação parcial e pontual. Já a revisão corresponderia à alteração geral da Carta Política. Assim, as Constituições rígidas alteram-se por emendas. As flexíveis, por leis ordinárias.

A atual Carta Política brasileira adotou a terminologia emenda, que poderá ocorrer, mediante proposta, na forma prevista no art. 60, I a III, parágrafo e incisos. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda que desatenda o disposto no § 4º, I a IV, do mencionado art. 60.

No tocante ao *quorum* (número legal mínimo de parlamentares presentes, para deliberar sobre a emenda constitucional em discussão), a Constituição federal de 1969 o fixou em dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional (art. 48), enquanto a nova Carta determinou que a proposta de emenda será votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 60, § 2º).

## Exemplos no Direito Comparado de Sistemas de Reforma Constitucional

O sistema norte-americano de reforma é conhecido pelo termo técnico “constitutional emendments”, havendo forte prevalência do princípio federativo. Com efeito, dispõe o artigo V da Constituição de 17 de setembro de 1787 dos Estados Unidos:

*“O Congresso, sempre que dois terços de ambas as Câmaras julgarem necessário, propará emendas a esta Constituição, ou, por solicitação dos órgãos legislativos de dois terços dos Estados, convocará uma convenção para propor emendas, que em qualquer dos casos serão válidas para todos os efeitos e fins, como parte desta Constituição, depois de ratificadas pelos órgãos legislativos de três quartos de todos os Estados, ou por convenções reunidas em três quartos deles, conforme um ou outro modo de ratificação seja proposto pelo Congresso, desde que nenhuma emenda feita antes do ano de mil oitocentos e oito afete de qualquer maneira a primeira e a quarta cláusulas da seção nove do artigo primeiro, e nenhum Estado, sem o seu consentimento, seja privado de voto igual no Senado.”*

Nota-se que o modelo norte-americano externa certa particularidade no processo de reforma da Constituição, facultando essa aos órgãos do Legislativo

<sup>1</sup> SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, p. 387.

estadual, em pelo menos dois terços dos Estados, iniciar o procedimento. Aprove-se a emenda pelo voto de dois terços do Congresso (Câmara dos Representantes e Senado), mas só serão válidas as emendas se, ao invés de em *referendum*, forem ratificadas pelos Legislativos de três quartos dos Estados.

A única cláusula pétreia expressa na Constituição norte-americana relaciona-se com a isonomia de representação dos Estados no Senado.

A respeito deste sistema, assim se refere Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

*“De nossa parte, preferimos crer que a ratificação pelo referendum, como praticada em vários Estados europeus, reveste-se de maior legitimidade do que a ratificação pelos Legislativos estaduais, só justificável pelo alto nível de preocupação institucional norte-americana na preservação e fortalecimento dos Estados federados. Por outro lado, parece-nos bastante aproveitável, nos Estados federais, a legitimação dos Legislativos estaduais para deflagrar o início do processo de revisão ou emenda da Constituição.”*<sup>2</sup>

Há sistemas que admitem a decisão parlamentar combinada com a votação popular, conforme o previsto nas Constituições da Suíça, Alemanha e França. A Constituição federal da Suíça, por exemplo, de 1874, permite que o seu texto possa ser revisto total ou parcialmente, em qualquer tempo, sendo que a revisão total se realiza como lei federal, entrando em vigor quando aceita pela maioria dos cantões, bem como pela maioria dos cidadãos, que tomem parte na votação, formulando assim a exigência de *referendum* constitucional obrigatório. É uma forma de democracia direta.

O sistema inglês de reforma constitucional possui características únicas, tendo em vista a existência de uma identificação formal entre as leis constitucionais e as leis ordinárias. Porém, como adverte Orlando Soares, citando Pinto Ferreira, que *“a única distinção entre as mencionadas leis constitucionais e as leis ordinárias procede de bases sociais ou empíricas, ou seja, de uma fundamentação extrajurídica, dadas as dificuldades políticas ou os obstáculos interpostos pela Câmara dos Lords, ou ainda pelo monarca, que, em consonância a Laski e Keith, funcionam na prática como verdadeiros guardas políticos da constituição, às exigências reformistas da Câmara dos Comuns.”*<sup>3</sup>

Na Argentina, o artigo 30 da mais antiga Constituição da América do Sul assim dispõe sobre o tema reforma constitucional:

*“A Constituição pode ser reformada no todo ou em qualquer de suas partes. A necessidade de reforma deve ser declarada pelo Congresso com o voto de dois terços, ao menos, de seus membros: mas não se efetuará senão por uma Convenção convocada para esse fim.”*

Embora não exista previsão expressa de participação popular sob qualquer forma, a Constituição argentina ao menos exige para reforma, de qualquer amplitude, a convocação de uma Assembléia com poderes específicos.

A Constituição portuguesa previa uma reforma inicial. Realizada esta reforma, a Assembléia da República (assembléia representativa de todos os cidadãos

<sup>2</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 221.

<sup>3</sup> SOARES, Orlando. *Op. cit.*, p. 391.

portugueses) poderá rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão. Isso, porém, não impede a revisão nos intervalos entre as leis de revisão, que devem guardar uma distância mínima de cinco anos. Dispõe o artigo 286: “A Assembléia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão constitucional por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções.”

À primeira vista, há quem considere tal constituição como flexível, especialmente pelas disposições do artigo 286. Porém, trata-se de uma constituição rígida, como afirma Canotilho, tendo em vista que o que determina o grau de flexibilidade ou rigidez da Constituição é a existência de *quorum* qualificado, em relação ao processo legislativo ordinário, para sua modificação.

No que tange aos limites materiais de revisão da Constituição portuguesa, eles estão expresso no artigo 290. As leis de revisão terão de respeitar, dentre outros institutos, a forma republicana de governo e os direitos, liberdades e garantia dos cidadãos. Como limite circunstancial da revisão desponta a norma do artigo 291, que afirma que não pode ser praticado nenhum ato de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência.<sup>4</sup>

## HISTÓRIA DO DIREITO ADQUIRIDO EM ANÁLISE COMPARATIVA

O tema já é bastante antigo, sendo conhecido desde a antigüidade clássica, vinculando-se a permanência de *facta praeterita*, que a regra do Imperador Teodosio formulou no ano 440. Porém, somente a partir do século XVIII, no tocante ao conflito de leis no tempo, verifica-se o confronto entre a Constituição e o direito adquirido.

A situação preexistente e a lei posterior configuram ou não a existência do direito adquirido. Como vantagem incorporada ao titular, a patrimonialização tornou-se inerente ao direito adquirido, criando situação individual e concreta.

A irretroatividade das leis tornou-se a barreira protetora do direito adquirido, assegurando a permanência e a incompatibilidade entre o direito antigo e o novo direito legislado. O direito adquirido representa a intangibilidade da lei no tempo. A irrevogabilidade da lei é técnica de proteção desse direito, assegurando a indevassabilidade da matéria regulada na lei antiga.

O desconhecimento, durante largo período histórico, da idéia material e documental da Constituição explica a elaboração do direito adquirido no domínio do Direito Civil, com o auxílio das categorias do Direito Privado, para proteção de interesses privados. O conceito de direito adquirido é definido no Direito Privado, e essa definição precede e configura sua introdução na norma posterior do Direito Público.

O princípio do direito adquirido, que a doutrina civilística concebeu como projeção da irretroatividade das leis, não ingressou direta e imediatamente na Constituição. Também na ordem constitucional a primazia coube ao princípio da irretroatividade, que se converteu em regra da Constituição, enquanto o direito adquirido se comportava como princípio reflexo daquele, sem dispor da incorporação ao plano da norma constitucional.

---

<sup>4</sup> *Op. cit.*

Nas constituições dos países ocidentais, a Constituição norte-americana de 1878 exprime o momento inaugural da irretroatividade da lei com alcance hierárquico de norma suprema. O artigo 1º – Seção 9 – em sua cláusula 3, veda ao Congresso aprovar *bill of attainder* ou lei *ex post facto* (*No bill of attainder or ex post fact law shall be passed*). Na lição dos intérpretes da Constituição norte-americana, o *bill of attainder* é o ato legislativo que impõe uma pena sem processo judicial e a lei *ex post facto* a que torna criminoso o ato realizado antes de sua sanção e que era reputado inocente na época de sua prática. Vê, pois, que tal proibição restringisse à parte penal. Essa preferência pela irretroatividade das leis penais, como objeto e matéria da regra constitucional, reproduziu-se no constitucionalismo francês do final do século XVIII, no período da Revolução de 1798.

Na França, perdurando a irretroatividade da lei penal, em norma constitucional, relegou-se a irretroatividade da lei, em sentido amplo, ao plano da lei ordinária, sob o comando do artigo 2º do Código Civil de 1804. Situação idêntica no tocante à irretroatividade restrita à lei penal, é a que se contém na Constituição da República da Itália de 1947. O artigo 25, segundo inciso, da Constituição italiana limitou-se a dispor que *“nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sai entrata in vigore prima del fatto commesso.”*

Estendendo as comparações aos países da América Latina, registramos a posição correspondente ao Direito argentino. A Constituição argentina de 1º de maio de 1853 e as sucessivas reformas de 1860, 1866, 1898 e 1967 contemplam a irretroatividade da lei penal, dispondo que ninguém será penalizado sem processo prévio fundado em lei anterior ao fato, nem julgado por lei inexistente na época do fato. A irretroatividade ampla, para a legislação de caráter não penal, como na França e na Itália, abrigou-se no artigo 3º do Código Civil da República Argentina, de 1º de janeiro de 1871, em redação de idêntico conteúdo à dos Códigos Civis da França e da Itália, na sua primeira parte, *verbis*: *“Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos.”*<sup>5</sup>

Segundo o professor Raul Machado Horta<sup>6</sup>, o constitucionalismo brasileiro, desde o seu texto inicial, em 1824 consagrou o princípio da irretroatividade ampla, desconhecendo a técnica da irretroatividade parcial, preferida nas Constituições dos Estados Unidos de 1787, da Argentina de 1853, da Itália de 1947 e da França de 1958.

A análise da matéria no Direito Brasileiro pode ser destacado em dois períodos. No primeiro, a irretroatividade ampla se localiza na Constituição e a proteção do direito adquirido adviria, inicialmente, daquela irretroatividade, como princípio-reflexo, para, posteriormente, decorrer de regra expressa do direito ordinário, convivendo com o princípio constitucional da irretroatividade. No segundo período, a irretroatividade ampla foi absorvida pelo direito adquirido, que se tornou princípio constitucional, invulnerável pela lei ordinária.

Na vigência da Constituição de 1891, a promulgação do Código Civil, pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, com vigência em igual data do ano seguinte, incorporou ao ordenamento jurídico a definição de direito adquirido, que se tornou princípio legal autônomo, desprendendo-se da condição anterior de princípio-reflexo

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> HORTA, Raul Machado. *Revista de Informação Legislativa*, Nº 112, 1991, p. 78/86.

da irretroatividade da lei. A Introdução ao Código Civil não só definiu como impôs à lei o respeito ao direito adquirido, *verbis*: “A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada.”

Consideram-se adquiridos os direitos, assim, os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem (art. 3º, § 1º).

As Constituições Federais de 1934, 1946, 1967 e 1988 integram o segundo período do constitucionalismo brasileiro, quando o direito adquirido tornou-se princípio constitucional, absorvendo nele a irretroatividade da lei, que deixou de figurar no enunciado da Constituição, por sua absorção na regra do direito adquirido.<sup>7</sup>

## O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DO PODER CONSTITUINTE – ORIGINÁRIO E DERIVADO

Sendo pacífica no Direito Brasileiro a intangibilidade do direito adquirido, quando considerado em relação à lei ordinária, *que não poderá prejudicá-lo*, cabe, finalmente, apurar se a Constituição, que consagra o direito adquirido, poderá dispor contrariamente a ele.

A questão se situa no campo da competência do poder constituinte originário, se for o caso de nova Constituição, e na do poder constituinte de revisão, de emenda ou de reforma, para os casos de alteração do texto constitucional existente.

É consenso na doutrina de que a Constituição, por decisão soberana do constituinte originário, poderá revogar o direito adquirido, da mesma forma que revoga as leis anteriores incompatíveis. Segundo o professor Raul Machado Horta<sup>8</sup>, “*como a sucessão constitucional no Brasil não se opera por mudanças violentas e se faz acompanhar da continuidade no tempo das leis anteriores, os casos de conflito entre a Constituição e o direito adquirido serão reduzidos, quando não raros.*”

A questão começa a ganhar contornos problemáticos quando a ofensa ao direito adquirido advier do Poder Constituinte Derivado. Neste caso, será questionável a emenda que propuser a supressão do direito adquirido assegurado pelo constituinte originário. A emenda ficará exposta a arguição de inconstitucionalidade. Por outro lado, à emenda constitucional é vedado, por cláusula expressa da Constituição, propor a abolição do princípio que protege o direito adquirido contra a lei prejudicial a ele. O mencionado princípio é direito individual, integrando o título dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, que a Constituição deu por irreformável.

Esta é a posição que num trabalho publicado na RDP 21/178, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Mário da Silva Velloso defende, *verbis*: “*Um direito adquirido por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte Instituído, ou de 2º grau, vem que este é limitado, explícita e implicitamente, pela Constituição.*”

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> HORTA, Raul Machado. *Op. cit.*, p. 85.

Posição totalmente diversa está consubstanciada num acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Moreira Alves. Na sua ementa se lê:

*“Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário, ou do Poder Constituinte derivado.” (RE 94414/SP – DJ 19/04/85).*

Vê-se, pois, que a questão ainda é deveras controvertida, tendo em vista a opinião divergente de dois ministros do Supremo Tribunal Federal. A divergência ganhará enfoque mais dramático quando surgirem questionamentos acerca das recentes reformas Administrativa e Previdenciária.

Um caso que tende a ser emblemático é o que se refere à fixação do valor máximo dos subsídios dos membros de Poder, detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais (artigo 39, § 4º, da CF/88, na redação dada pela emenda nº 19/1998). Isto porque o inciso XI do artigo 37 (também na redação da emenda nº 19/1998) determina que 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 agente 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.**

Isto significa que, ao ser regulamento o valor deste subsídio, poderá haver a situação em que algum servidor público (*lato sensu*) venha a ter reduzida sua remuneração, situação em que fatalmente será alegada violação ao princípio constitucional do direito adquirido.

Em caso semelhante já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança nº 6.320/DF (acórdão publicado no DJ de 19/06/2000).

Anistiados políticos aposentados ou viúvas de anistiados impetraram mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro da Previdência e Assistência Social, por este ter reduzido o valor dos benefícios por eles percebidos. Muitos destes anistiados recebem quantias superiores a R\$ 15.000,00, sendo que alguns chegam a receber valores superiores a R\$ 50.000,00, em face de distorcida interpretação de emaranhado de leis de concessão de tais benefícios, no tocante à fixação de seu valor inicial, bem como de seus reajustes.

Os impetrantes alegaram que por meio da Portaria nº 4.883, de 16.12.98, a autoridade coatora determinou que o valor dos benefícios se submeteria ao disposto no artigo 37, XI, da Constituição Federal, como se os anistiados fossem servidores públicos federais, revogando o dispositivo constitucional que assegura aos anistiados o recebimento do valor integral da remuneração a que fariam jus como se em atividade estivessem.

Mesmo não entrando diretamente na questão do poder constituinte derivado em confronto com o direito adquirido, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça denegou a segurança. Utilizou, como embasamento para decidir, parecer da lavra da representante do Ministério Público Federal, Dra. Yedda de Lourdes Pereira, *verbis*:

*“A questão ora posta, erigida em patamar constitucional, não teve assegurada a manutenção do **status quo** no referido Diploma Político e, não se podendo alegar direito adquirido contra a Constituição, salvo quando expressamente ressalvado por ela, resulta que a invocação do artigo 5º, XXXVI, para justificar a isenção da aplicação do disposto nos artigos 37, XI, 248, e 40, II, todos da Carta Política e ainda 17 do ADCT, constitui fato inusitado, sem qualquer amparo, descaracterizador da liquidez e certeza do alegado direito.*

*Absurda, também, a colocação feita no sentido de revestir estas aposentadorias de caráter excepcional e irredutível, pois tal assertiva fere o princípio da isonomia, basilarmente consagrado na Constituição, em seu artigo 5º, principalmente se considerarmos que o privilégio reivindicado decorre de procedimento contrário aos interesses públicos, que levaram ao afastamento desses elementos do local de trabalho.*

*(...)*

*Conseqüentemente não podem invocar direito adquirido à percepção de proventos ou pensões cujo valor exceda ao teto máximo constitucional e com mais razão aqueles que, anistiados, possuíram a condição de servidor militar ou civil, como ocorre entre alguns dos impetrantes...”.*

Por óbvio que esta decisão não é definitiva, passível de recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Com relação à reforma previdenciária, no que tange aos trabalhadores da iniciativa privada filiados ao Regime Geral de Previdência Social, tais discussões dificilmente serão travadas, pois o próprio texto constitucional ressalvou os direitos adquiridos (artigo 3º da EC-20/1998). Além disso, foi mais além, criando regra de transição para beneficiar aqueles que estavam prestes a implementar as condições para percepção das aposentadorias ou que já estavam filiados ao RGPS na data da promulgação da referida emenda, respeitando, com isso, até mesmo as expectativas de direito (artigo 9º da EC-20/1998).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, p. 387.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 221.

HORTA, Raul Machado. *Revista de Informação Legislativa*, Nº 112, 1991, p. 78/86.

\* Procurador Federal – INSS, Mestrando em Direito Internacional pela Universidade Católica de Brasília – UCB.



A FRAUDE À EXECUÇÃO E O CANCELAMENTO  
DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Luís Carlos Fagundes Vianna \*

SUMÁRIO: Prólogo. Princípio da continuidade. O cancelamento da alienação fraudulenta. Conclusão.

## Prólogo

**A** fraude é instituto de variadas manifestações e desdobramentos, daí decorrendo múltiplos e inconfundíveis efeitos: no direito civil há a fraude contra credor, que possibilita a anulação do ato; no comercial, a fraude possibilita a desconsideração da pessoa jurídica fazendo incidir a responsabilidade diretamente sobre o sócio; no penal o estelionato e outras fraudes conduzem à aplicação de sanções; no processo, a caracterização da fraude à execução torna ineficaz, perante o exequente, o ato fraudulento.

Estes efeitos, como já dito, não se confundem, pena de distorcerem outros institutos eventualmente interligados. Tal é o que se dá, *data máxima vênia* aos que esposam entendimento contrário, com a exigência cartorária, na apresentação da carta de arrematação de imóvel alienado pelo executado após a distribuição de execução fiscal<sup>1</sup>, de prévio cancelamento do registro de alienação feita em fraude à execução, sob pena de infração ao princípio da continuidade (já que a carta foi expedida em execução fiscal contra o devedor tributário que alienou o imóvel a terceiro comprador, novo titular da propriedade).

Este entendimento, fincado no princípio da continuidade, encontra apoio doutrinário e jurisprudencial<sup>2</sup>, não sendo demais esclarecer que não se tem a pretensão de buscar novo equacionamento científico para a questão. Não se deve furta o operador do direito, no entanto, de, ao menos, colacionar algumas reflexões, ainda que isoladas, com vistas a colocar o tema sob ampla discussão. E para tal, nada melhor, *in casu*, que se proceder a análise do citado princípio, de forma a verificar se tem extensão e sentido a justificar a precitada exigência.

## O princípio da continuidade

Quem se aventura a tratar da continuidade, alçada a princípio no registro imobiliário, não pode passar ao largo de sucinto histórico.

Nessa toada, é bem de ver que as linhas mestras do registro imobiliário, aí incluídos os princípios, estão previstas no Código Civil. Assim, entretanto, não

<sup>1</sup> A teor do art. 185 do Código Tributário Nacional "Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou o seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

<sup>2</sup> Veja-se, a propósito, os seguintes acórdãos: AC 162029, 8ª Câmara do 2º TAC/SP; AI 501479, 3ª Câmara do 1º TAC/SP.

ocorre com o princípio da continuidade, já que não há no Código Civil qualquer norma relativa ao encadeamento dos registros.

Foi o Decreto nº 1.8542/28 que introduziu no ordenamento nacional, através do art. 206, o princípio da continuidade, nos seguintes termos: “Se o imóvel não estiver lançado em nome do outorgante, o oficial exigirá a transcrição do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.”

A Lei dos Registros Públicos manteve a exigência aludindo ao princípio em diversos dispositivos, devendo-se destacar dois deles: “Art. 195. Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.” “Art. 237. Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro.”

Neste ponto, convém frisar que a transposição do modelo para a realidade requer, em regra, uma visão compreensiva de fatos e valores subjacentes, reveladora, não raro, de certo divórcio entre modelo e realidade. Assim, a compreensão do mencionado princípio passa pela percepção de que o fim por ele visado é o da segurança do registro imobiliário, obstando, desta forma, o surgimento de duplas linhas filiatórias para o mesmo imóvel.

De se considerar, ademais, o fato de que o princípio parece originar-se em relação polar – entre outorgante e outorgado, de eventuais direitos reais – tendo como finalidade evitar manifestações fraudulentas de vontade, que, à evidência, inexistem no apontado ato jurisdicional (carta de arrematação).

Consigne-se, por outro lado, que os princípios não configuram disposições rígidas, inflexíveis, inexoravelmente aplicáveis quando bordejam os fatos. Ao contrário, os princípios de direito constituem-se em verdades fundantes, proposições basilares e informadoras dos sistemas jurídicos que possibilitam um encaixe plástico ao fato para o qual se busca a melhor regulação jurídica.

Destaque-se, para além, que a visão de conjunto, própria da sistematização, possibilita um melhor dimensionamento das partes de forma a ampliar os “ganhos” do conjunto, ainda que à custa de eventual “perda” sofrida em alguma das partes.

Valendo-se da comparação entre os fenômenos jurídicos poder-se-ia ilustrar a afirmação ressaltando que o aumento de tributo por medida provisória não viola o princípio da legalidade tributária, como já decidiu o e. STF na Adin n. 1441-2/DF – medida liminar. De igual forma, o princípio da publicidade, que informa os atos administrativos, cede o passo quando se trata de situações envolvendo a Segurança Nacional ou a vida privada das pessoas. Também o princípio da instância, já na seara registral, não inviabiliza o cancelamento de ofício da matrícula do imóvel, em certas circunstâncias.

Como se pôde observar, os exemplos citados não solapam os princípios jurídicos, antes, evidenciam o bom senso, a prudência e inteligência que devem presidir a aplicação dos mesmos.

## **O cancelamento do registro da alienação fraudulenta**

Na esteira do raciocínio até aqui desenvolvido, importa, para mais, acentuar que a solução alvitrada para o caso em comento (exigência de prévio cancelamento

da alienação para o registro da arrematação) não parece a melhor. É que a precitada alienação, embora fraudulenta, não é nula, mas, tão-somente, ineficaz para o credor. Neste mesmo sentido, assentou a 4ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça no REsp. n. 3.771- GO, de 16.10.90, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, RJSTJ, 3(20)/282: “Na fraude de execução, o ato não é nulo, inválido, mas sim ineficaz em relação ao credor.”

Ademais, a citada alienação, não obstante a ineficácia em relação ao credor, reclama, como todo ato de transferência de domínio, os efeitos normais decorrentes do registro imobiliário, quais sejam, publicidade, segurança e eficácia.

Este entendimento – de registro da arrematação sem prévia anulação da alienação fraudulenta – encontra apoio em Araken de Assis *in* Manual do processo de execução, Editora RT, 1998, p. 355, quando afirma: “Feita a alienação do objeto do pronunciamento declaratório da fraude, competirá ao juiz da execução mandar registrar o título (carta de arrematação ou de adjudicação), independentemente do cancelamento do registro fraudulento, que é somente ineficaz.”

## Conclusão

Com estes argumentos, chega-se às seguintes conclusões: (a) dizer que um princípio informa um sistema, não significa que ele deva, necessariamente, ser aplicado em todas as situações em que os fatos são por ele bafejados; (b) soa razoável, dado que de nulidade não se trata, afirmar a subsistência do registro de alienação de imóvel em fraude à execução.

Se isto é certo, não é menos certo que pode ser registrada a carta de arrematação de imóvel alienado após a distribuição de execução fiscal contra o alienante, sem o prévio cancelamento da alienação em fraude à execução.

\* Procurador Federal / PPS em São José do Rio Preto-SP.



## LEIS PREVIDENCIÁRIAS FISCAIS NO TEMPO

Tânia Mota \*

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

**U**m grande problema verifica-se a muito, relacionado exclusivamente à parte conceitual do direito intertemporal, que observa-se em manifesta confusão na doutrina e na jurisprudência, apesar de que nesta última, em que pese equívocos conceituais em sua fundamentação, têm prevalecido o bom senso e a solução plausível ao caso concreto.

O presente trabalho pretende abandonar a noção clássica, errônea e contraditória, que distingue as leis, apenas, em *retroativas* e *irretroativas* fundada

na teoria do direito adquirido, para, em contrapartida, demonstrar a existência dos três institutos jurídicos que parecem evidenciar com maior eficiência os efeitos da lei no tempo: *retroatividade*, *imediatidade* e *pós-atividade*.

A necessidade desta análise tem seu ponto central, no fato de que “a legislação previdenciária assinala-se pela copiosidade. Em todo o Direito brasileiro, certamente, não ocorre ramo jurídico com maior poder legiferante. Contando-se a partir de 1923, o número de leis ascende a mais de seis centenas e, no mínimo, quadruplicado o número de decretos, sem falar entre os dois e três milhares de atos normativos de hierarquia menor. (...) Essa sucessão infindável de normas definindo, redefinindo, ampliando e às vezes reduzindo conquistas sociais, propicia inúmeros problemas de direito intertemporal (...).”<sup>1</sup>

Analisando o conflito de leis fiscais previdenciárias e jurisprudência correlata, mostrar a real classificação de uma lei previdenciária de natureza fiscal sob o enfoque do Direito intertemporal.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

No que tange ao regime jurídico da contribuição previdenciária criada para o custeio da Previdência Social, ainda que pareça ter indisfarçável caráter de tributo<sup>2</sup>, por sua inteira acomodação ao conceito determinado pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, neste momento, revela-se irrelevante tal discussão. Sendo ou não considerada tributo, rege-se, senão por todas, mas por determinadas regras tributárias, dentre as quais à instituição ou majoração, nos termos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional. Regida, também, pelo princípio da trimestralidade (art. 195, § 6º, da CF), e, especialmente, pelos arts. 116 e 144 do CTN<sup>3</sup>, é obrigatória e exequível pela atividade administrativa vinculada.

Aliás, neste íterim, o Prof. de Direito Tributário e Procurador do INSS Paulo José Leite de Farias, em estudo acerca do regime jurídico das contribuições previdenciárias, concluiu que “o constituinte estabeleceu um regime jurídico

<sup>1</sup> Wladimir Novaez Martinez. *Princípios de Direito Previdenciário*, p. 327/328.

<sup>2</sup> Não há unanimidade na doutrina e jurisprudência quanto a natureza jurídica da contribuição previdenciária. Ainda disperta controvérsias, contudo, deve-se salientar que o entendimento majoritário é no sentido de considerá-la tributo (J. Franklin Alves Felipe, *In* Previdência Social na Prática Forense, p. 99; Sérgio Pinto Martins, *In* Direito da Seguridade Social, p. 116; Aliomar Baleeiro, *In* Direito Tributário Brasileiro, p. 585; Ernesto Flores Zavala, *In* Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas, p. 45; Feijó Coimbra, *in* Direito Previdenciário Brasileiro, p. 274).

<sup>3</sup> “Art. 116. Salvo disposição em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificam as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos da lei aplicável.”

“Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que modificada ou revogada.”

*diferenciado para as contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social. Tal regime jurídico, todavia, não exclui as contribuições sociais do sistema tributário nacional sob cujos princípios, institutos e regras as mesmas devem ser editadas.”<sup>4</sup>*

### 3. PARTE DESCRITIVA E PRESCRITIVA DA LEI PREVIDENCIÁRIA FISCAL

**3.1. Fatispécie.** É a parte descritiva da norma, em que ocorre a caracterização do fato, o suporte fático nos termos de Pontes de Miranda. Nominada, também, de hipótese e de previsão normativa. Assim, reportando o Direito Previdenciário aos conceitos tributários, mostra-se como a hipótese de incidência, ou seja, a estipulação legal de uma situação que quando implementada caracterizará o fato gerador do direito ou obrigação.

**3.2. Estatuição.** É a parte prescritiva da norma, ou seja, a que dita o preceito ou a consequência jurídica gerada pela implementação da situação legalmente prevista.<sup>5</sup>

Em suma, a estatuição causa a incidência de uma consequência jurídica à fatispécie, ou seja, pela implementação fática da hipótese de incidência, ocorrerá o fato gerador, e que por via de consequência constituirá a obrigação prevista na lei.

### 4. LEIS PREVIDENCIÁRIAS FISCAIS E SEUS EFEITOS NO TEMPO

Comenta Wladimir Novaes Martinez, que *“a administração tem consagrado a eficácia da norma vigente à época dos fatos geradores do direito e não a do exercício deste (salvo se esta for mais benéfica e se a lei mais antiga for omissa).”<sup>6</sup>*

**4.1. Retroatividade.** *“Uma lei é retroativa quando vai alterar a consequência jurídica (estatuição) que a norma anterior atribuiu a fatispécie passada.”<sup>7 8</sup>*

**4.2. Imediatidade.** *“Uma lei tem eficácia imediata quando é aplicável aos pressupostos que forem ocorrendo ou se completarem enquanto estiver em vigor,*

<sup>4</sup> Publicado na Revista de Previdência Social (LTR). n. 180, novembro de 1995.

<sup>5</sup> Denominada, também de dispositivo.

<sup>6</sup> *In: Princípios de Direito Previdenciário*, p. 328.

<sup>7</sup> Fernando Noronha. *Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 23, p. 95.

<sup>8</sup> Comenta o Prof. Noronha, baseado nos estudos de Roubier, que na retroatividade existem dois graus:

a) *“retroatividade ordinária, ou comum, quando a lei nova alcança fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor e ainda não definitivamente resolvidos, mudando as consequências jurídicas que já haviam sido determinadas à sombra da lei revogada”;*

b) *“retroatividade agravada – restitutória ou hiper-retroatividade, quando a lei nova alcança mesmo fatos que já estavam definitivamente assentados ao tempo da anterior.”*

Comenta, ainda, que da *hiper-retroatividade*, demandaria outras duas subdivisões, quando a lei nova atingisse ou poupasse situações jurídicas amparadas pela coisa julgada. *In: ob. cit.*, p. 96.

assim determinando as conseqüências jurídicas a serem produzidas (e que constituem a respectiva estatuição).”<sup>9 10</sup>

**4.3. Pós-atividade.** “Uma lei é pos-ativa quando é ela que vai estabelecer os efeitos jurídicos a serem produzidos por fatispécies que só se completarão no domínio temporal de norma posterior.”<sup>11</sup> Assim, comenta o mesmo autor, que uma lei revogada é pós-ativa, sempre que permanece aplicável a pressupostos que se completam posteriormente à sua revogação, mas no decorrer de situações constituídas no tempo em que estava em vigor.<sup>12</sup>

Deve-se ter um grande cuidado para que não haja confusão quanto a *pós-atividade*, que é efeito da lei antiga, com a *retroatividade*, que é efeito da nova lei. No primeiro caso observado é que tem de haver o respeito ao direito adquirido (e/ou coisa julgada neste sentido), que não deve ser confundido com irretroatividade (princípio da irretroatividade da lei), vez que neste caso deve-se respeitar o ato jurídico perfeito e/ou coisa julgada (neste sentido).

A evidência do Direito Penal, há uma exceção a classificação acima, prevista no artigo 106 do Código Tributário Nacional, por sua vez aplicável, também ao Direito Previdenciário, chamada de *retroeficácia benéfica*, em que a norma retroagirá à situações jurídicas passadas, quando houver lei expressamente interpretativa, ou quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, a nova lei, deixe de defini-lo como infração, deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, ou comine pena menor.

Quanto a esta exceção, acentua Hely Lopes Meirelles que “*essa noção se nos afigura da maior importância prática em face do nosso Direito Positivo, que impede a retroatividade da lei quanto ao ‘ato jurídico perfeito’ (CF, art. 5º, XXXVI, e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º). Este ‘ato jurídico perfeito’ outro não é senão o ato eficaz e exequível, isto é, aquele que, além das condições legais da existência (eficácia), se apresenta disponível para produzir seus efeitos (exequibilidade). Tanto isto é exato que a própria norma civil considera ‘ato jurídico perfeito’ o já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou’ (art. 6º, § 1º). E ato ‘consumado’ não é o que apenas completou seu ciclo de formação, mas, sim, o que tem todos os requisitos para produzir seus efeitos finais. Somente estes é que reputam ‘perfeitos’, para fins de intangibilidade e subsistência em face*

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*, p. 95.

<sup>10</sup> Distingue o Prof. Noronha em duas modalidades:

a) “*eficácia imediata normal, ou ordinária, consiste na aplicabilidade desta às fatispécies que forem se verificando enquanto estiver em vigor, para determinar as conseqüências jurídicas que elas vão produzir. Aqui, a lei nova vai reger apenas pressupostos completados após haver entrado em vigor*”;

b) “*eficácia imediata forte consiste em a lei nova considerar fatos surgidos no passado e determinar que estes produzam conseqüências não comportadas pela lei anterior, mas com valor jurídico somente a partir da data de sua entrada em vigor. Na eficácia imediata forte existe retroatividade quanto ao pressuposto da norma, mas não quanto à estatuição.*” (alguns autores chamam de retroatividade mínima, ou temperada). *In: ob. cit.*, p. 97.

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*, p. 95.

<sup>12</sup> *Ob. cit.*, p. 100.

da lei nova, que vinha a extinguir ou modificar situações jurídicas ainda não definidas.”<sup>13</sup>

Paulo de Barros Carvalho, funda este instituto na preservação da segurança jurídica das relações entre a Administração e administrados, garantindo o não agravamento de situação jurídica anteriormente configurada.<sup>14</sup>

## 5. DISCUSSÃO TEÓRICA ACERCA DO DIREITO ADQUIRIDO, DA COISA JULGADA E DO ATO JURÍDICO PERFEITO

A Lei de Introdução ao Código Civil dispõe em seu art. 6º, *in verbis*:

“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”

Nossa atual Carta Política, de igual modo, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, deu magestade constitucional à garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, ao fixar no seu art. 5º, inciso XXXVI, *verbis*:

“A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Vale indagar que alguns autores, ante complexa controvérsia entre os institutos, sobretudo, quanto ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito, defendem a unificação destes, porém divergem a respeito de que qual prevaleceria<sup>15</sup>. Certamente que tais autores vislumbram a teoria formulada por Gabba<sup>16</sup>.

Fernando Noronha<sup>17</sup>, ao que parece, inspirado pela teoria de Roubier<sup>18</sup>, enfatiza que renomados autores que mantêm o entendimento supra referido, estão em grande equívoco, uma vez que as três figuras se referem a realidades diversas.

**5.1. Ato jurídico perfeito.** “O ato jurídico perfeito olha fatos passados, com pressupostos completados ao tempo da lei anterior e que só poderão ser atingidos pela nova lei se esta for aplicada retroativamente.”<sup>19</sup>

**5.2. Direito adquirido.** “O direito adquirido, olha o futuro, considera fatos que só acontecerão, ou melhor, cujos pressupostos só se completarão depois de a lei em vigor ser substituída por outra.”<sup>20</sup>

<sup>13</sup> *In* Direito Administrativo Brasileiro, p. 142.

<sup>14</sup> *In* Curso de Direito Tributário, p. 67.

<sup>15</sup> Rubens Limongi França (*In: Direito Intertemporal*, p. 415; A irretroatividade das leis, p. 219) defende a prevalência do direito adquirido. Pontes de Miranda (*In* Comentários à Constituição de 1967, p. 68 e 72) defende a prevalência do ato jurídico perfeito.

<sup>16</sup> Teoria do direito adquirido. *In: Maria Luiza Vianna Pessoa de mendonça. O princípio Constitucional da Irretroatividade da Lei*, p. 98. (C. F. Gabba. *Teori della retroattività delle leggi*)

<sup>17</sup> Fernando Noronha. *ob. cit.*, p. 102/103.

<sup>18</sup> Teoria da situação jurídica: *retroatividade da lei nova, efeito imediato da lei, e sobrevivência da lei antiga. In: Maria Luiza Vianna Pessoa de mendonça. O princípio Constitucional da Irretroatividade da Lei*, p. 102. (Paul Roubier. *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*).

<sup>19</sup> Fernando Noronha. *ob. cit.*, p. 102.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem.*

**5.3. Coisa julgada.** “Cria um direito específico para o caso concreto decidido, pode considerar umas vezes o passado e outras o futuro, dependendo da circunstância de a decisão que estiver em causa haver reconhecido a existência de um ato jurídico perfeito ou de um direito adquirido.”<sup>21</sup>

A conclusão é simples, ao invés de se defender o princípio da irretroatividade das leis, deve-se, outrossim, argumentar que a lei não pode ter efeito retroativo na existência de ato jurídico perfeito ou coisa julgada (com base neste), e que não poderá ter eficácia imediata quando há um direito adquirido ou coisa julgada (neste instituto baseada), uma vez que a nova lei não poderá reger efeitos futuros ou pós-ativos de situação jurídica passada, gerada por lei pretérita.

## **6. ALGUMAS MANIFESTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS CORRELATAS A PROBLEMÁTICA DA LEI PREVIDENCIÁRIA FISCAL NO TEMPO**

Inicialmente, a respeito da temática estudada, vale enfatizar a SÚMULA nº 359 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ipsis literis*:

“A nova lei não pode alcançar uma situação jurídica constituída de modo definitivo sob vigência da lei anterior, ou seja, nascido o direito com fundamento na lei da época, incorpora-se de imediato e permanentemente ao seu patrimônio, amparado pelo princípio do direito adquirido.”

COMENTÁRIO: Primeiramente, cabe indagar que a Súmula analisada, iparece estar amparada pela teoria de Gabba. Ainda que na prática, pelo uso do bom senso, tente chegar a um mesmo propósito, há necessidade de identificar os efeitos da lei no tempo, e então, estabelecer sua conseqüência jurídica. Fazendo distinção entre os efeitos legais intertemporais: passado, presente e futuro, pode-se concluir que a Súmula deveria dizer que a lei nova não pode alcançar uma situação jurídica constituída de modo definitivo sob a vigência da lei anterior (ou seja, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada com base neste – momento em que não poderá retroagir), tampouco, em relação a situação jurídica ainda não completada, mas nascido o direito com fundamento na lei da época (ou seja, o direito adquirido ou a coisa julgada neste baseada – e, portanto, deve ser resguardada a pós-atividade da lei anterior).

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar a matéria em tela, decidiu, *in verba magistri*:

“EMENTA: Contribuição Previdenciária. Correção Monetária. Irretroatividade. Incidência. A não retroatividade da Lei de correção monetária significa apenas que ela não incide no período anterior a sua vigência. Incidência da correção monetária a partir da Lei que a instituiu.”

(RE 74266/BA – 2ª Turma. STF – DJ 14.09.73)

COMENTÁRIO: Na verdade, neste julgado verifica-se o reconhecimento apenas de eficácia imediata da lei nova, respeitando todas as situações jurídicas definitivas anteriores sob a égide da legislação anterior. Se fosse reconhecida que a sujeição legal valeria também a situações jurídicas pretéritas, estar-se-ia com eficácia imediata acrescida de efeito retroativo.

<sup>21</sup> *Idem. Ibidem.*

Conforme o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO PARA A AUTÔNOMOS, AVULSOS E ADMINISTRADORES. COMPENSAÇÃO COM A CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. POSSIBILIDADE. OBSERVADA A DECADÊNCIA QUINQUENAL. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.212/91.

1. (...).

2. Por tratar-se de ação de repetição, ainda que processada mediante compensação, aplicável a espécie o disposto no art. 168 do CTN, contando-se prazo decadencial da data do pagamento, ainda que sujeito este a condição resolutória de posterior homologação pela autoridade fiscal. *A limitação da compensação a 25% do valor a ser recolhido (art. 89 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.032/95), não se aplica a hipótese, em razão do princípio da irretroatividade das leis. (...).*”

(Acórdão 100002085, 3ª Turma – DJ de 20.06.97, p. 46241)

COMENTÁRIO: Está-se diante do reconhecimento de que a lei anterior tem efeito pós-ativo e, portanto, os regramentos relativos a limitação da compensação pela legislação pretérita, devem ser respeitados, pois gerou o direito adquirido proveniente da legislação passada, tutelado constitucionalmente.

Conforme o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“EMENTA: Constitucional. Tributário. Contribuição Social sobre o lucro. Lei nº 7.689/88. Exigência da exação. Violação ao art. 150, III, “A” da Constituição Federal.

*I – A obrigatoriedade do pagamento da contribuição social sobre o lucro no exercício fiscal referente ao período de 1988, revela-se inconstitucional por afronta ao princípio da irretroatividade, insculpido no art. 150, III, “A” da Constituição Federal. (...).*”

(Ap. Cível 97.0233386-5 – 1ª Turma. – DJ 03.12.98)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“EMENTA: TRIBUTARIO-CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDENCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DA LEI-7689/88 SOBRE O RESULTADO DE 31.12.88. MEDIDA PROVISÓRIA. LEI COMPLEMENTAR. CTN. INCIDÊNCIA CUMULATIVA. LESÃO AO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. ARGÜIÇÃO ACOLHIDA.

1. Apropriada, sob o ponto de vista constitucional, a Medida Provisória a instituição da contribuição social sobre o lucro das empresas. Dispensável, por outro lado, a prévia lei complementar específica a regerar a matéria, bastando que a Medida Provisória e respectiva lei de conversão não contrariem o ordenamento complementar pré-existente, na espécie o Código Tributário Nacional.

2. A arrecadação e a administração da contribuição social em apreço por órgão da administração federal direta não ofendem a Constituição, mas, sim, a sua manutenção e utilização em fins públicos diversos da Seguridade

Social, circunstância a motivar a devida correção, por iniciativa do Ministério Público, fiscal da constituição e das leis.

3. A identidade de fato gerador e base de cálculo com o imposto de renda, em verdade, implica incidência cumulativa, porém com expresse resguardo da ordem constitucional, não havendo, por tal razão, falar-se em inconstitucionalidade.

4. *Inconstitucional se apresenta, entretanto, o art-8 da Medida Provisoria-22/88, e a correspondente disposição da Lei-7.689/88, por lesão ao princípio constitucional da irretroatividade das leis. Isto por três razões:*

*a) A primeira porque, a teor do art-195, paragrafo-6, da Constituição – que traz regra de proteção do cidadão contra a surpresa das imposições – a incidência e a eficácia da lei nova, na espécie, só pode dar-se após o transcurso do lapso temporal de 90 dias, inalcançável por conseguinte, sem retroação, o resultado apurado em 31.12.88;*

*b) A segunda porque o princípio da irretroatividade possui assento constitucional, modo a não poder ser ilidido através de arranjos da lei ordinária, mediante o diferimento da incidência tributária sobre fatos aquisitivos de renda do passado para o tempo da vigência da lei nova;*

*c) Mesmo que possível, juridicamente, a tributação parcial do resultado de 31.12.88, com suporte nos fatos aquisitivos de renda posteriores a vigência da lei, tal se inviabiliza na espécie, seja porque a lei não o quis, seja por aspectos de ordem técnica, porquanto se faria necessário o levantamento de balanço intermediário, precedido da escrituração do registro de inventário com a contagem física e contemporânea dos estoques.*

5. Reconhecida a inconstitucionalidade do artigo-8 da Lei-7689/88. Continuação das obras: 'Limitações...': Tributar, Forense, Segunda ed., Rio, p. 247 a 265. 'Análisis...': 'El Atenes', Buenos Aires, 1968. 'As contribuições sociais na Constituição de 1988, RDT 49/185-190; Autor Heron Arzua. 'Resenha Tributária/IBDT', SP, 1987/88, v. 7/8, p. 1815-1872; autor Gilberto Uchoa Canto. 'O instante do fato gerador do imposto de renda', in 'Resenha Tributaria 1.3', SP, 1971, pags. 115/234; autor Fabio Fanucchi."

(Acórdão 126970, 2ª Turma – DJ 28.08.91, pg. 20263)

COMENTÁRIO: Neste caso, nenhuma legislação havia quanto a matéria, assim envolvido pelo ato jurídico perfeito, com seus pressupostos completados, de existência e validade. Ocorre, ainda, que há imposição constitucional do princípio da trimestralidade ou anterioridade especial, portanto, a Medida Provisória e a Lei que instituíram a contribuição social sobre o lucro das empresas, teriam efeito imediato após a trimestralidade, ou seja, logicamente a partir de sua vigência, mas respeitando situações jurídicas definitivas e anteriores, não podendo pretender retroeficácia, caso contrário, a própria segurança jurídica seria comprometida, vez que, poderíamos ser a todo momento surpreendidos por tributação à fatos ou atos passados, que certamente, se estatuídos na época própria, teríamos a opção de implementá-los ou não.

"EMENTA: (...)

1. O regime contributivo que rege a relação jurídica de custeio é o vigente à época do fato gerador da obrigação. A legislação que rege a escala de

salário-base, assim como os interstícios para a progressão na escala, até a edição da Lei 8.212/91, é o Dec-83081/79, com as alterações introduzidas pela CLPS-84.

2. *A lei superveniente não pode alcançar os efeitos de relação jurídica de custeio consolidada sob a égide da lei anterior, sob pena de ferir o princípio da irretroatividade das leis.*

3. *Possuindo a lei nova aplicação geral e imediata, (...)."*

(Acórdão 4668471, 6ª Turma – DJ 31.12.97, pg. 113364).

COMENTÁRIO: Neste caso, quando o julgador diz que “o regime contributivo que rege a relação jurídica de custeio é o vigente à época do fato gerador da obrigação”, na verdade, está querendo dizer ao ser implementada fatispécie, ou seja, na ocorrência do fato gerador, a lei que lhe comina uma consequência jurídica (estatuição), ocasionará aos fatos ocorridos durante sua vigência, efeitos pós-ativos, mesmo que venham a completar-se posteriormente, na vigência da nova lei.

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE PAGAMENTO A AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES (LEIS 7.787/89, ART. 3º, I, E 8.212/91, ART. 22, I). INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO (L. 8383/91, ART. 66). LIMITES (LEIS 9.032/95, E 9.129/95). 13º SALÁRIO.

I – Inconstitucionais os arts. 3º, I, da Lei nº 7.787/89 (STF, RE 166.772-9/RS; Resolução nº 14/95 do Senado Federal) e 22, I, da Lei nº 8.212/91 (STF, ADIN Nº 1.102-1-DF), no tocante à expressão “administradores e autônomos”, os recolhimentos feitos com base nessas normas foram indevidos e comportam repetição ou compensação (art. 66 da Lei nº 8.383/91).

II – Essa compensação se opera dentro do lançamento por homologação, inexigível prévia autorização ou concordância da autoridade administrativa, que terá o respectivo controle a posteriori (art. 150 do CTN).

III – (...).

IV– *Os limites de 25% e 30% instituídos pelas leis 9.032/95 e 9.129/95 só se aplicarão aos créditos do INSS, a serem compensados com o indébito, relativos a fatos geradores pendentes quando da publicação dessas leis ou a elas futuros.*

V – (...)."

(AMS 97.04.01160-1, 2ª Turma, em 08.05.1997)

COMENTÁRIO: Análise já realizada em caso idêntico, julgado do TRF da 1ª Região.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

“EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. DÉBITOS TRABALHISTAS/ ATUALIZAÇÃO.

Lei nº 8.177/91 não determinou expressamente a revogação dos indexadores anteriormente vigentes.

Sua eficácia prende-se a fatos presentes e futuros em atenção ao princípio da irretroatividade que vigora no nosso ordenamento legal.

A atualização do débito deve ser procedida de conformidade com a legislação aplicável à época de sua formação e não da época em que é concretizada a execução como pretende o agravante. Não provido.

## DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Devem ser autorizados os descontos previdenciários e fiscais, mesmo não tendo constado autorização na sentença, pois decorrentes de imposição legal de norma jurídica de ordem pública e caráter cogente.”

(ACÓRDÃO 01714.008/87-8 AP/RA – 3ª Turma)

“EMENTA: CEEE. VÍNCULO DE EMPREGO. ART. 37, II, DA CF. Configurada a relação de emprego quando a CEEE, sob o aspecto formal de prestação de serviços, contrata pessoal para executar tarefas permanentes e essenciais para a consecução de seus objetivos. Em que pese tratar-se a reclamada de empresa de economia mista, demonstrada a prestação laboral de forma pessoal, direta não eventual e subordinada, não há como negar o vínculo de emprego. Não obstante a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego, o contrato de trabalho é nulo porque desatendida exigência contida no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. Porém, ante a impossibilidade de restituição das partes ao status quo ante e a vedação do enriquecimento sem causa da beneficiária dos serviços prestados, reconhece-se à reclamante o direito às parcelas decorrentes da relação havida.

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. Os descontos previdenciários devem ser efetuados sobre o principal acrescido apenas da correção monetária, excetuados os juros incidentes, observado, ainda, o limite do teto de contribuição mês a mês.

REINTEGRAÇÃO. Em se tratando de reconhecimento de vínculo empregatício em juízo, com a expressa conotação de nulidade do contrato por afronta ao disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal, inadmissível é a pretendida reintegração da demandante com amparo em cláusula de acordo normativo, pois importaria a continuidade do vínculo tido como nulo.”

(ACÓRDÃO 00535.026/96-0 RO – 5ª Turma)

COMENTÁRIOS: Enfim, tratando-se de leis previdenciárias fiscais, o operador do Direito deve ter em mente, que para a instituição ou alteração de alíquota de contribuição previdenciária, a regra é a mesma estabelecida no Direito Tributário, apenas para fatos geradores ocorridos a partir da exigência legal. No caso previdenciário, há uma particularidade, vez que a lei poderá, para conceder algum benefício ou direito ao segurado que no passado não enquadrava-se como obrigatório ou não constava em seu rol, a opção de recolher retroativamente, e com isto conferindo retroeficácia à Lei previdenciária. Mas, deve-se lembrar sempre que, desde que na situação jurídica pretérita não tenha ocorrido a incidência de Lei regulando suas conseqüências jurídicas, gerando efeitos futuros ou pós-ativos.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da problemática atinente ao Direito intertemporal no ramo do Direito Previdenciário, pode-se com o presente estudo, abstrair noções de entendimento conceituais equivocadas, contudo amplamente verificadas na doutrina e jurisprudência.

A necessidade de se abranger uma singela ponderação acerca da natureza jurídica da contribuição previdenciária, principalmente, porque esta análise evidencia

leis previdenciárias fiscais, o que tornou necessário, na medida em que guarda correlação com outras áreas, em especial, com o Direito Tributário, pela característica imperatividade ou sujeição ao custeio da Previdência Social, bastando a implementação do suporte fático, ou fatispécie, ou ainda, fato gerador.

Na verdade, para a própria segurança das relações jurídicas ou mesmo para não haver surpresas de ordem imperativa fiscal voltada a atos ou fatos passados, abrangidos ou não por lei anterior, entre a Administração e administrados, é que o legislador, principalmente em matéria fiscal estabeleceu legalmente determinadas regras de conduta à Fazenda Pública em relação a arrecadação. Portanto, inobstante a importância do esclarecimento destas limitações de ordem constitucional, é absolutamente necessário saber verificar a espécie de efeito que as leis, no caso concreto, demandam, a partir de então poder determinar a conseqüente aplicação.

Importante saber que o comando constitucional proíbe que a lei ordinária tenha aplicação retroativa em hipótese de ato jurídico perfeito e que impõe a pós-eficácia da lei revogada nas hipóteses em que houver direito adquirido a ser resguardado; bem como garante o mesmo efeito à coisa julgada, que dependendo de sua fundamentação<sup>22</sup>, terá garantida constitucionalmente, a proibição da retroatividade, ou a imposição da pós-atividade.

O Prof. Noronha, então, concluiu seu trabalho dizendo que pretendeu demonstrar que *“os direitos adquiridos que a lei nova tem de respeitar parecem ser somente os casos de extinção de direitos anteriormente reconhecidos e os de alteração no valor de prestações, em conseqüência da lei nova ou de circunstâncias supervenientes devidas a esta”*<sup>23</sup>. E continua, que *“a par deles, para serem respeitados também, estarão os atos jurídicos perfeitos e aqueles cobertos pela coisa julgada, igualmente referidos no preceito constitucional e na Lei de Introdução ao Código Civil”*.<sup>24</sup>

Enfim, deve-se lembrar que, a preservação de eventuais direitos adquiridos ocorre justamente pela pós-atividade da lei revogada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Carlos Henrique *et al.* *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol II. Tomo II. São Paulo: Max Limond.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1994.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>22</sup> Se o julgamento foi com base do ato jurídico perfeito ou na coisa julgada.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 107.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem*.

- GABBA, C. F. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Torino: U.T.E.T., 1891-1898, 4. v. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- MARTINEZ, Wladimir Novaez. *Princípios de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva.
- MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O Princípio da Irretroatividade da Lei: A Irretroatividade da Lei Tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- NORONHA, Fernando. *Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal*. In: Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23:91-110 (ano 6, abril-junho 1998).
- ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflicts des lois dans le temps)*. 2. ed. Paris: Dalloz-Sirey, 1960.
- TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

\* Professora de Direito Internacional Público e Privado da Universidade do Extremo Sul Catarinense; Especialista em Direito Processual Civil *Lato Sensu*; Mestranda da Universidade Federal de Santa Catarina.



## ÓBICES AO MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO A COMPENSAÇÃO DE VALORES QUITADOS APLICANDO-SE A TRD COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA

Rubem Aranovich \*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A tese dos contribuintes; 3. A aplicação da correção monetária; 4. A aplicação da TRD não favorece o contribuinte; 5. Do interesse de agir e a necessidade de prova constituída previamente; 6. Conclusão

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo não tem por objetivo tratar da legitimidade da aplicação da TRD como índice de correção monetária<sup>1</sup> nem da sua aplicação retroativa a título de juros moratórios<sup>2</sup>. Visa, porém, tratar da restituição

<sup>1</sup> Afastada pela jurisprudência pacífica do STJ.

<sup>2</sup> Aceita pelo STF na liminar da ADIN 403-DF.

determinada pelo artigo 80 da Lei 8.383/91 e pela Orientação Normativa nº 8, de 21 de março de 1997, através da via do mandado de segurança<sup>3</sup>.

## 2. A TESE DOS CONTRIBUINTES

Dispôs a Lei nº 8.383 – de 30 de dezembro de 1991<sup>4</sup>:

*“Art. 80. Fica autorizada a compensação do valor pago ou recolhido a título de encargo à Taxa Referencial Diária – TRD acumulada entre a data da ocorrência do fato gerador e a do vencimento dos tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, pagos ou recolhidos a partir de 4 de fevereiro de 1991.”*

Internamente, assim preconizou a Orientação Normativa nº 8, de 21 de março de 1997<sup>5</sup>:

*“14. Podem ser restituídas ou compensadas, na forma regulamentada pelo INSS:*

*a) contribuições, acréscimos legais e atualização monetária recolhidos indevidamente;*

*b) salário-família, salário-maternidade e auxílio-natalidade, este devido até 31.12.95, mesmo quando não deduzidos em época própria;*

***c) valores pagos ou recolhidos a título de encargo relativo à Taxa Referencial Diária-TRD, acumulada do primeiro dia do mês subsequente ao da competência até a data do vencimento, no período de 4 de fevereiro de 1991 (Lei nº 8.177, de 30 de julho de 1991) a 30 de julho de 1991 (Lei nº 8.218, de 30 de agosto de 1991), observado o disposto no subitem 14.10.4<sup>6</sup>.”***

Em que pese parecer direito cristalino, a questão comporta análise.

## 3. A APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Destaque-se que a correção monetária em nada acresce e sua aplicação a tributos, mesmo antes do seu vencimento é providência legal acatada pelo STF, conforme demonstra o julgado abaixo<sup>7</sup>:

<sup>3</sup> Sem prejuízo de considerar-se a decadência do direito de repetir parcelas já obstadas pela incidência deste instituto, na forma da jurisprudência dominante.

<sup>4</sup> DOU de 31/12/91.

<sup>5</sup> DOU de 24/03/97

<sup>6</sup> 14.10.4. As contribuições e/ou acréscimos legais e atualização monetária recolhidos indevidamente até 31 de dezembro de 1991 (Lei nº 8.383/91), e os encargos da variação da TRD acumulada recolhidos entre o dia 1º do mês subsequente até a data do vencimento, no período de 4 de fevereiro de 1991 (Lei nº 8.177/91) a 30 de julho de 1991 (Lei nº 8.218/91), somente poderão ser compensados mediante prévia autorização do INSS.

<sup>7</sup> Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Leandro Paulsen, Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 158.

*“EMENTA: Firmou-se o entendimento do STF no sentido da validade dos decretos do Estado de São Paulo que determinaram a correção monetária do débito tributário antes do vencimento da obrigação (RE 172.394, Galvão, DJ 15.9.95) e no de que tal correção deve ser feita com base em índice que não supere o utilizado na atualização dos tributos federais (RE 183.907, Galvão, Pleno, 29.3.2.000)” (STF, RE 179.637/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, 13/06/2.000, Informativo 203 de set./2.000)*

Na época, dada a inflação elevada, necessária, pois, a aplicação de indexador monetário.

#### **4. A APLICAÇÃO DA TRD NÃO FAVORECE O CONTRIBUINTE**

Resta reconhecido pelo Poder Judiciário no período em questão que a aplicação da TR não gera prejuízos ao contribuinte, ao contrário, beneficiando-o, acaso substituída por outro índice (INPC<sup>8</sup>).

Neste sentido:

#### **CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DA TRD E DA UFIR SOBRE OS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS.**

**1. A lei complementar referida pelo ART-146, INC-3, da Constituição, a que faz remissão o art-149 não se destina à instituição de tributos, mas a estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, espalhando de vez quaisquer dúvidas acerca da natureza tributária das contribuições de intervenção no domínio econômico, corporativas ou sociais em sentido amplo, e a sua subsunção às normas gerais relativas aos tributos.**

**2. A TRD constitui taxa de juros aplicável às obrigações fiscais impagas na data do seu vencimento, no período compreendido entre fevereiro e dezembro de 1991 (Lei-8.177/91 e Lei-8.383/91), mantida a sua incidência sobre os débitos tributários porque mais benéfica ao contribuinte que a utilização do INPC. É medida que se impõe para resguardar o valor real das obrigações tributárias, e evitar o enriquecimento ilícito do contribuinte.**

**3. Constituindo, a UFIR, mera reposição da moeda aviltada pela inflação, não configura acréscimo capaz de aumentar o tributo, não se sujeitando, assim, aos princípios da irretroatividade e anterioridade tributária (Origem: TRIBUNAL – QUARTA REGIÃO Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL. Processo: 97.04.17325-3 UF: RS Órgão Julgador: Segunda Turma. Data Da Decisão: 27/08/1998 Documento: Trf4 00063795; Dj Data: 30/09/1998 Página: 401; Juíza Tania Terezinha Cardoso Escobar; Unânime<sup>9</sup>.)**

<sup>8</sup> Segundo a jurisprudência é o índice que deve substituí-la.

<sup>9</sup> No mesmo sentido, entre outros, decisão proferida em sede de **EMBARGOS INFRINGENTES** pelo TRF da 4ª Região (EAIC nº 96.04.09695-8, Rel. Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar.

## 5. DO INTERESSE DE AGIR E A NECESSIDADE DE PROVA CONSTITUÍDA PREVIAMENTE

Para propor ou contestar uma ação é necessário interesse (CPC, art. 3º), bem como necessita o mandado de segurança de prova pré-constituída (art. 6º da Lei 1.533/51).

Desta forma, deve o impetrante, com a petição inicial juntar planilha onde demonstre que a alteração de critério Ihe é mais favorável.

Caso o impetrante não há faça na inicial não poderá produzi-la no “mandamus”.

Esta é a posição dos tribunais:

*“MANDADO DE SEGURANÇA.*

*Em ação de mandado de segurança não se concebe instrução probatória, sendo pressuposto para sua admissibilidade que o impetrante se apresente, desde logo, com toda a prova preconstituída. Segurança denegada.*

*(Mandado de Segurança nº 593116718, Tribunal Pleno do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Clarindo Favretto, 10.10.94). 2.170)”*

*“A estreita via do “writ of mandamus” não se presta a que as partes possam produzir provas (STJ, 1ª seção, MS 462-DF, rel. Min. Pedro Aciole, j.25.09.90)”*

Assim, sendo inviável a mera exclusão da TRD sem qualquer outro índice que a substitua, e não comprovando o contribuinte que o INPC Ihe favorece<sup>10</sup>, cabível a extinção dos mandados de seguranças assim interpostos sem julgamento de mérito.

Ressaltamos que esta tese foi integralmente acolhida pelo Eminentíssimo Juiz Federal Roger Raupp Rios, ao julgar o Mandado de Segurança nº 20017100002174-7, que Companhia Minuano de Alimentos interpôs.

## 6. CONCLUSÃO

O aparente e tranqüilo direito de obter restituição de indébito de valores fruto da incidência da TRD, só ostenta esta característica para os desavisados, eis que:

- a) O contribuinte deve instruir a inicial com prova de que a substituição deste índice pelo INPC Ihe é benéfico;
- b) Impugnada pelo fisco a planilha, o processo merece extinção sem julgamento de mérito, eis que o “mandamus” não comporta dilação probatória;
- c) Mesmo em ação ordinária, é cabível apenas a restituição pela via da compensação de eventual diferença entre a aplicação da TR e o INPC, nunca do valor integral, como pode parecer.

<sup>10</sup> E não cabendo dilação probatória em mandado de segurança, eis que planilha demonstrando tal diferença deveria ter sido juntada com a inicial. Outrossim, inviável que o juiz conceda sentença condicional, julgando procedente a ação para que o autor compense valores acaso apurados.

\* Procurador-Chefe da Seção de Defesa Fiscal da PPS em Porto Alegre-RS.



DA POSSIBILIDADE DE EXAME JURISDICIONAL DO MÉRITO  
DE ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

*Andityas Soares de Moura Costa Matos\**

*Sinopse da monografia apresentada para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, (ênfase curricular em Direito Público), tendo recebido a nota máxima pela Banca Examinadora composta pelos professores Maria Coeli Simões Pires, Antônio Augusto Junho Anastasia e Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva.*

*“Quando tua mão direita  
estiver hábil, pinta com a  
esquerda; quando a  
esquerda ficar hábil, pinta  
com os pés.”*

Paul Gaugin

*“Na porta do Inferno, assim  
como na porta da Ciência,  
deixai cair todos os  
preconceitos.”*

**Dante Alighieri, in**  
*“A Divina Comédia.”*

**I – INTRODUÇÃO: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ESTABELECIMENTO DA NECESSIDADE DE CONTROLE RECÍPROCO ENTRE AS TRÊS FUNÇÕES DO PODER**

**C**om a extinção dos privilégios feudais da nobreza e do clero operada durante o processo revolucionário ocorrido em França a partir de 1789 e a conseqüente instalação de um Estado próximo aos moldes que conhecemos hoje, surgiu a necessidade de controlar o poder exercido por este Estado sobre seus recém-criados cidadãos, antes tratados como meros súditos, sujeitos a um odioso sistema baseado na vontade subjetiva do monarca, que encarnava em sua pessoa real a essência do próprio ordenamento estatal.

Desta forma, com o fim do arbítrio surge o império da lei, a legalidade, que não pode suportar que o poder seja exercido de forma desproporcional e desarrazoada sobre o corpo social.

Este poder exercido pelo Estado é aquele que Max Weber tão bem denominou de racional-legal, já que se baseia em normas gerais e abstratas válidas para todos, porque oriundas da racionalidade humana (Kant e os jusnaturalistas em geral defendem esta idéia de uma validação racional apriorística das normas

de direito positivo, e é neste ponto que Kelsen identifica o extremo conservadorismo destes pensadores). Não nos importam aqui nem os outros dois termos da teoria tripartite weberiana (poder patriarcal e poder tradicional), nem as expressões ideológicas ou econômicas do poder. O poder que deve ser controlado é aquele considerado pela ciência política (e também pela Teoria Geral do Direito) como o único legítimo – o poder político-jurídico (Bobbio), o poder de editar normas (leis) e impor ao grupo social a observância obrigatória de “*conteúdos objetivos de dever-ser*” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 5ª edição – 1997, p. 7 e ss.)

Desde que o parlamento inglês cunhou a célebre máxima segundo a qual “*o poder corrompe, e o poder absoluto corrompe absolutamente*”, juristas e pensadores não cessaram de discutir tão instigante matéria.

Na França da Revolução de 1789 foram adotadas as idéias de Montesquieu, que muito antes de nossos dias já tinha notado uma verdade tão evidente aos olhos do século XX – a necessidade de controle do poder –, século este paradoxalmente tão pleno de arbitrariedades e abusos estatais.

Ora, Montesquieu defendia que o poder deveria ser controlado. Mas por quem? A resposta é tão evidente quanto espetacular: é preciso que o próprio poder controle o poder. E esta tarefa será executada por meio da técnica de limitação não do poder, como pode aparentar, mas sim de suas funções, pois este é uno e indivisível, expressão última da soberania popular. Desta forma, com as funções do poder divididas em três – legislativa, executiva e judiciária – o mesmo se autolimita pelo sistema de “freios e contrapesos” (*check and balances*) de modo que a cada uma das funções cabe fiscalizar continuamente as outras duas, mas sem lhe adentrar a esfera própria, ato este que representaria ofensa imediata e gravíssima ao princípio da separação dos poderes (que, por sua vez se refletiria em ofensa mediata ao próprio Estado de Direito).

O fundamento maior para o controle recíproco entre as funções do poder é o bem estar da sociedade, o interesse coletivo que se consubstancia em uma amarra, em um impedimento à exacerbação dos interesses egoísticos do privatismo individualista, porventura existente no corpo estatal. Há de se resguardar o Estado de tal maneira que não haja possibilidade de qualquer ofensa ao campo onde repousam os interesses de ordem pública.

Figuram então como funções básicas dos poderes do Estado, sendo que tal enumeração não é taxativa, mas antes visa apenas notar as características materiais, ou seja, os traços fundamentais (mas não exclusivos) de cada poder (função): o poder-dever de elaborar normas gerais, abstratas, obrigatórias e inovadoras do ordenamento, expressões de uma conduta de dever-ser objetivo (Kelsen), que ao passar pelo processo legislativo são chamadas de leis (cabe ao poder legislativo); a aplicação destas mesmas leis mediante atos administrativos, além da elaboração da defesa interna e externa do Estado (é tarefa do poder executivo, que cumpre a lei de ofício, segundo a feliz definição de Seabra Fagundes) e finalmente a concretização contenciosa da abstracidade legal na lide, em decorrência da jurisdição estatal, que vem exatamente resolver os conflitos de interesse dos particulares, já que a autotutela e a autocomposição são terminantemente proibidas no Estado de Direito, salvo raríssimas exceções previstas em lei, *v.g.* proteção possessória por desforço físico imediato (constitui a missão

específica do poder judiciário). (cf., para uma análise aprofundada da relação entre as três funções do poder, a excelente monografia de Miguel Seabra Fagundes: *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. rev. e atualizada – 1984)

Resta indubitado da exposição acima que todas as funções têm em vista a satisfação do interesse coletivo; esta é, aliás, a única razão para a existência das mesmas. Mas, e se um destes poderes (funções) exaspera-se e pratica ato que venha a ser contrário ao objetivo primordial? A situação deve ser reordenada para que a exacerbação funcional não surta efeitos, remetendo-a ao *status quo ante*.

Isto somente é possível com a existência de um efetivo controle, que poderá ser exercido pelo próprio poder que ultrapassou seus limites, pela ação de órgãos próprios (autocontrole), ou será realizado por outro poder.

É neste ínterim que se encontra o cerne de nossa reflexão: sendo o ato administrativo discricionário uma das emanações de vontade mais importantes (e comuns) da Administração Pública (que se encontra majoritariamente no âmbito do poder executivo), se este ato discricionário, graças a uma razão qualquer (veremos quais são estas razões mais adiante) torna-se inoportuno ou inconveniente, ferindo assim antes de qualquer coisa o princípio da legalidade (a atuação administrativa deve ser oportuna, conveniente e razoável), e por conseqüência não alcança o interesse coletivo ou alcança-o de forma insatisfatória, poderá tal ato sofrer um controle fundado no argumento de que o princípio da legalidade (artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) não pode ser quebrado e que se o interesse coletivo não for alcançado fere-se este princípio, já que é ele a razão última da Administração, ou, em outras palavras, não alcançar o interesse coletivo é ilegal? Como se processará este controle, caso possa existir, se o poder judiciário não pode adentrar no mérito do ato, sob pena de quebra inaceitável do princípio constitucional da tripartição dos poderes? Será permitido ao judiciário discutir conveniência e oportunidade, ou sua análise deve restringir-se à legalidade do ato? E se não for possível a existência do controle amplo dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário, ficar-se-á na dependência algo duvidosa de um autocontrole que poderá não ocorrer, legitimando assim uma ofensa visceral ao interesse coletivo? São estas e outras questões que nos ocuparão daqui em diante.

## **II – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEI: A TEORIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS**

A fim de facilitar o desenvolvimento do tema, desde logo desejamos fazer constar o sentido plural em que tomamos a expressão “Administração Pública”:

*“Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum.*

*No Direito Público – do qual o Direito Administrativo é um dos ramos – a locução Administração Pública tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a atividade administrativa em si mesma. Assim sendo, pode-se falar de*

administração pública *aludindo aos instrumentos de governo como à gestão dos interesses da coletividade.*

*Como bem acentua Alessi, subjetivamente a Administração Pública é o conjunto de órgãos e serviços do Estado e objetivamente é a expressão do Estado agindo in concreto para satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social.”* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 21ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho – 1996, p.79)

De posse deste conceito basilar, voltamo-nos para o objeto específico de nossa investigação, os atos administrativos discricionários e a análise do mérito pelo poder judiciário. Para tanto, é necessário compreender certos conceitos fundamentais como “fato”, “ato”, “fato jurídico” e “ato jurídico”.

Fato é todo acontecimento independente do querer humano, enquanto ato é todo acontecimento imputável ao homem diretamente. Dizemos então que ato é fato humano voluntário.

O mundo jurídico não é um complexo fechado, onde coexistem normas hipotéticas sem qualquer relação com o homem e suas circunstâncias objetivas e subjetivas (Ortega y Gasset). O Direito é um sistema criado por homens e para homens; desse modo, não podem prescindir de grande importância os atos e fatos no *ordo juris*. Os fatos que interessam ao Direito, que produzem algum efeito do qual cuida o ordenamento, são chamados fatos jurídicos; os atos que visam criar, reconhecer, resguardar, transformar ou extinguir situações ou relações jurídicas são conhecidos como atos jurídicos.

Assim, o Direito necessita das categorias abstratas dos atos e fatos jurídicos para poder apresentar-se e fazer-se sentir de maneira concreta na sociedade. Com a especialização, surgem atos e fatos jurídicos próprios a cada ramo do Direito, que possuem qualidades e elementos que os diferenciam entre si. Aqui cuidaremos apenas dos atos administrativos.

Sem entrarmos em polêmicas, adotamos para nosso estudo o conceito de ato administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello (o professor defende ser o ato sujeito a controle de legitimidade, entendido o termo de forma lata, já que há um conceito amplo de legitimidade – caso no qual engloba também a idéia de legalidade – e há um conceito de legitimidade técnico-político, estrito, que contrapõe legitimidade e legalidade, conforme ensina-nos Bobbio nos verbetes correspondentes do já citado *Dicionário de Política*): “*Ato administrativo é declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes expedida em nível inferior à lei a título de cumpri-la sob regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª edição revista, atualizada e ampliada –1992, p. 271)

Os atos administrativos recebem da doutrina uma imensidão de classificações: quanto às prerrogativas, quanto à função da vontade, quanto à formação, quanto aos efeitos, quanto aos destinatários etc. Mas a classificação que nos importa é aquela que diz respeito à liberdade de escolha do administrador público na prática do ato, segundo a qual os atos administrativos dividem-se em vinculados e discricionários.

Ocorre a primeira hipótese (atos administrativos vinculados) quando a lei não deixa qualquer espaço de subjetividade ao administrador público: com a ocorrência de uma hipótese X, dever-se-á praticar um ato Y, porque assim está expresso em lei. O professor Edimur Ferreira de Faria conjectura que através do ato vinculado “o comportamento da autoridade é regrado pela lei, que estabelece a conduta a ser adotada no momento da ocorrência da hipótese nela prevista”. (FERREIRA DE FARIA, Edimur. *Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997 – p. 219)

José Cretella Júnior afirma que se o ato vinculado não for editado, haverá lesão a direito líquido e certo do interessado que preencher os requisitos legais. A lei determina ao administrador que “*existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo.*” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição – 1992, p.150) E a Constituição Federal de 1988 preceitua que não será excluída da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV).

No direito estrangeiro, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, juristas espanhóis, expõem a mesma idéia com invulgar brilhantismo:

*“O exercício das potestades reguladas [atos vinculados] reduz a Administração à constatação, (ascertainment, no expressivo conceito italiano) da hipótese de fato legalmente definida de maneira completa e a aplicar em presença da mesma o que a própria lei determinou também exhaustivamente. Existe aqui um processo aplicativo da lei que não deixa resquício a julgamento subjetivo algum, salvo à constatação ou verificação da hipótese mesma para contrastá-la com o tipo legal. A decisão em que consista o exercício da potestade é obrigatória em presença de tal hipótese (...). Opera aqui a Administração de uma maneira que poderia chamar-se de automática (...).”* (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti, São Paulo: Revista do Tribunais, 1991, p. 389)

Nada obstante, em várias situações o legislador não terá condições de prever a realidade de forma rígida e fechada nos estritos limites da norma. Nestas situações, faculta-se à Administração Pública liberdade para escolher a melhor conduta diante de certo fato concreto. Em tais hipóteses, fala-se em ato discricionário: o administrador tem uma liberdade condicionada à lei para escolher dentre várias alternativas aquela que lhe parecer mais adequada, atendendo aos critérios de oportunidade e conveniência. (Estudo específico do conceito de discricionariedade foi empreendido por Maria Sylvia Zanella di Pietro na obra *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1ª edição – 1991)

É claro que a discricionariedade não é absoluta: deve submeter-se aos princípios da legalidade e da razoabilidade, dentre outros, sem o quais jamais lograria alcançar a *meta optata* de qualquer ato administrativo: a satisfação do interesse público. Com efeito, a liberdade diz respeito somente ao conteúdo e ao motivo (constituem o aspecto interno, o mérito do ato), permanecendo intocados os elementos vinculados da capacidade, forma e finalidade (elementos externos, que se relacionam à legalidade), conforme a doutrina de Edimur Ferreira de Faria. (FERREIRA DE FARIA, *op. cit.*, p. 220)

Para Garcia de Enterría e Fernández, a discricionariedade pode referir-se à integração última de uma hipótese de fato, ao conteúdo concreto de uma decisão aplicável dentro dos limites da lei ou a ambos os elementos ao mesmo tempo, de sorte que o exercício de um ato discricionário

*“comporta um elemento substancialmente diferente [dos atos vinculados]: a inclusão no processo aplicativo da lei de uma estimativa subjetiva da própria administração com a que se completa o quadro legal que condicionou o exercício da potestade ou seu conteúdo particular. (...) Não é uma hipótese de liberdade da Administração frente à norma; antes porém pelo contrário, a discricionariedade é um caso típico de remissão legal: a norma remete parcialmente, para completar o quadro regulador da potestade e de suas condições de exercício, a uma avaliação administrativa, só que não realizada (...) por via normativa geral, senão analiticamente, caso por caso, mediante uma apreciação de circunstâncias singulares, realizável ao mesmo tempo que se procede ao processo aplicativo.”* (GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 390)

Cumpra citar José Cretella Júnior, para quem ato discricionário é aquele *“(...) que tem existência inequívoca no âmbito do direito e que definimos como manifestação concreta e unilateral da vontade da Administração que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legítima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo pois, neste campo, insuscetível de revisão judiciária.”* (CRETELLA JÚNIOR., *op. cit.*, p. 150)

Dada à sua excelência, não poderíamos deixar de incluir em nossos estudos o conceito formulado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Para ele, a discricionariedade representa:

*“A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica diante do caso concreto, segundo critérios objetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.”* (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 63)

A discricionariedade é vista hoje como uma necessidade da Administração Pública, para que possa cumprir sua tarefa, dado que a lei não pode, como queriam os filósofos e juristas iluministas (ilustrados), conter todas as hipóteses de aplicação, cuidadosa e casuisticamente desenhadas. No passado, a discricionariedade se explicava como resquício do arbítrio dos monarcas absolutistas, mas atualmente não podemos aceitar este entendimento de forma acrítica. Existem limites para o poder discricionário, quais sejam: a legalidade (Queiróz), forma/formalidade/competência (Alessi e Seabra Fagundes), motivos e finalidade (Bandeira de Mello) etc.

Parece-nos correta a visão de Regina Helena Costa, pois

*“genericamente, pode-se dizer que (...) o parâmetro da atuação discricionária reside, exatamente, no respeito ao princípio da razoabilidade da solução adotada. Quando da apreciação dos fatos justificadores do ato, há que se verificar a proporcionalidade entre estes e o ato administrativo a ser praticado. A razoabilidade, com a proporcionalidade nela contida, são medidas em relação*

*ao interesse público específico.”* (COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa* in *Revista de Direito Público*, ano 23, nº 95 – São Paulo: Revista dos Tribunais – 1990, p. 129)

Em relação ao trecho acima, anote-se que examinaremos a questão dos limites da discricionariedade administrativa de forma mais detida quando tratarmos do controle jurisdicional propriamente dito.

Em suma, os atos administrativos discricionários não diferem dos vinculados em essência, já que ambos representam ações da Administração Pública e nenhum dos dois prescinde da existência de lei. A diferença que há entre eles é que os vinculados não prevêm nenhuma margem de subjetivismo em sua aplicação, já que sua “moldura” já está prevista no documento legal, enquanto os discricionários possuem um campo de liberdade mais ou menos amplo no que diz respeito à conveniência e à oportunidade do ato, o que não significa que não estejam obrigados a atender o princípio da legalidade. Eles devem observá-lo, já que o elemento indefinido, o que é discricionário, é sua “moldura interna”; sua “moldura externa” está tão limitada quanto os atos vinculados; o ato administrativo discricionário não pode nunca deixar de ser legal (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988).

Por tais conjecturas, não concordamos com a ilustre opinião de Caio Tácito, para quem os atos vinculados e discricionários confundem-se, já que a prática administrativa demonstra que nenhum ato é totalmente vinculado nem totalmente discricionário. Ora, é a predominância que dita a qual categoria pertence um objeto, não a totalidade. Exigir a “pureza” nas características de certo ato para classificá-lo segundo tal ou qual modelo é desprezar o fato de que o mesmo é formado de aspectos diversos e às vezes até mesmo conflituosos.

Deixamos claro que, *permissa venia*, também não partilharmos da visão do jurista francês Hauriou, que acredita não existirem atos discricionários, mas apenas certo poder discricionário das autoridades administrativas. Talvez esta posição de Hauriou se deva ao fato de os franceses repudiarem qualquer idéia de “liberdade discricionária” em atos estatais, devido ao passado não tão remoto de Louis XIV. (CRETELLA JÚNIOR., *op. cit.*, p.150-153)

É Vítor Nunes Leal quem defende entre nós, juntamente com Caio Tácito, as idéias de Hauriou:

*“Quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do Poder Judiciário, o que se quer dizer é que o poder discricionário está imune da revisão jurisdicional. A imprecisão terminológica – em que já temos incidido – torna-se patente quando se considera que não existe ato algum da Administração que esteja totalmente isento do controle judiciário. Na pior das hipóteses, a competência da autoridade que o praticou é assunto da alçada do Judiciário, cabível no exame de qualquer ato administrativo. (...) Por conseguinte, se nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, em sua integridade, não existe ato discricionário.”* (LEAL, Vítor Nunes. *Poder discricionário e ação arbitrária da administração* in *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 14 – 1948, p. 57-58)

Uma última notícia: se o ato vinculado não for praticado, haverá lesão a direitos líquidos e certos, conforme explicitamos antes (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988). O ato discricionário conta com disciplina

diversa, segundo Cretella Júnior, pois deixar de praticá-lo não significa lesionar ou ameaçar direitos líquidos e certos. Tal porque se fere apenas uma pretensão ou interesse do indivíduo, como é o caso, *verbi gratia*, da concessão de porte de arma pelo poder público, o que é totalmente diferente da admissão de estudantes em uma universidade federal em decorrência da aprovação no vestibular (se estes tiverem completado todo o ciclo de exames e exigências para o ingresso na universidade). Trata-se, neste último exemplo, de hipótese de ato vinculado, para cuja execução descabe consultar oportunidade e conveniência. Não pode ser negado aos estudantes o subsequente deferimento do pedido de matrícula, sob pena de lesão a direito líquido e certo, que ensejará o manejo do mandado de segurança. (CRETELLA JÚNIOR., *op. cit.*, p.148-149)

Anotamos ainda a existência na doutrina de outros entendimentos, não menos importantes, do que seja a discricionariedade. Excelente exemplo é a tese do Professor Florivaldo Dutra de Araújo, na qual o autor defende que todos os atos administrativos são vinculados em última instância pelo princípio da supremacia do interesse público; a discricionariedade somente existiria onde houvesse um indiferente jurídico na escolha – o que ocorre em um número muito reduzido de casos. Entretanto, adotamos as teorias e conceitos supracitados pelo fato de oferecerem-nos maiores possibilidades de estudo do tema especificamente proposto.

Seria interessante, para concluirmos este terceiro capítulo, traçarmos as linhas gerais de uma metáfora extremamente didática, que explicita a natureza da diferença entre os atos administrativos vinculados e discricionários.

Imagine-se, e solicitamos vênia para tanto, que os atos administrativos são como telas artísticas. Sabe-se que toda pintura que se queira realmente completa e acessível à contemplação pública, deve estar acompanhada de uma moldura adequada. Pois bem, o conjunto pintura-moldura confere existência ao objeto quadro, cujo conteúdo é representado pelo desenho (a pintura propriamente dita), enquanto a moldura traça os limites que condicionarão a obra no espaço físico da galeria de arte. Já se disse em filosofia – e voltaremos a este ponto quando tratarmos da teoria da interpretação kelseniana – que não há forma sem matéria e nem matéria sem forma, ou que pelo menos nossa limitada racionalidade não tem o condão de apreender uma pura forma que exista independentemente de um conteúdo ou uma matéria tão absoluta que prescindia dos limites impostos pela forma. Assim é, tanto nos quadros como na teoria dos atos administrativos vinculados e discricionários.

Sem embargo, o ato administrativo (gênero) representa uma pintura que deve acomodar-se a uma moldura predeterminada (os estritos limites da lei). Ocorre que nos atos administrativos vinculados a gravura encaixa-se, amolda-se à perfeição, inexistindo espaços vazios entre a moldura e a pintura: a primeira absorve a segunda por completo. Entretanto, nos atos administrativos discricionários, a pintura a ser encaixada na moldura é composta de uma série de variações, imperfeições e lacunas que não permitem uma acomodação perfeita (tomem-se estas palavras não em sentido técnico-jurídico, mas físico), como se se tratasse de uma antiga gravura já bastante desgastada nas bordas. Estes elementos (variações, imperfeições e lacunas) representam o campo de liberdade facultado ao administrador na aplicação da norma discricionariamente; são os critérios de oportunidade e conveniência. No entanto, as pinturas imperfeitas não podem jamais

extrapolar sua moldura, pois do contrário irão encobri-la, englobá-la, eliminando qualquer possibilidade de encaixe entre a obra e a moldura.

O mesmo fenômeno ocorre com os atos administrativos: quando o administrador não observa os limites legais, ou seja, quando a pintura encobre a moldura que a contém, não estamos diante de um ato administrativo discricionário, mas sim arbitrário, que, como veremos, não é agasalhado pelo Direito.

Demonstramos até aqui que o ato administrativo discricionário possui certas características especiais que exigem uma maior cautela em sua utilização, pois este jamais pode ir além ou contra à lei. Quando a pintura encobre a moldura, na verdade é a lei que está sendo encoberta, superposta pelo arbítrio e pela violência – inimigas do Direito. Se o cânone máximo do Estado Democrático de Direito – a saber, o princípio da legalidade, entendido de forma ampla – for desrespeitado, não estaremos tratando de atos administrativos de qualquer espécie, mas antes de atos arbitrários, que devem ser expurgados do ordenamento jurídico. Do contrário, as conseqüências seriam sua dissolução e extinção.

Como veremos no capítulo que se segue, os atos arbitrários são produtos típicos de uma sociedade composta de monarcas e súditos, não de uma comunidade que tem na lei o padrão (mínimo) de razoabilidade e juridicidade dos atos estatais (função garantidora). Vimos que Chiovenda afirmava que a jurisdição é a promessa de que a lei será cumprida. Ora, e o que é a lei senão a promessa de que o arbítrio será evitado?

Toda dificuldade reside exatamente em diferenciar, no caso concreto, discricionariedade e arbitrariedade.

### **III – DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE: A QUESTÃO DA MOTIVAÇÃO NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA**

Da discussão concernente aos atos administrativos discricionários e vinculados resta sempre dúvida quando se explicita que a liberdade do ato discricionário é limitada, tanto sendo assim que este deve pautar-se pelo princípio da legalidade e da razoabilidade. Mesmo informados de toda a argumentação jurídica referente ao assunto, enxergamos, quase que naturalmente, certo parentesco entre as idéias de discricionariedade e arbitrariedade.

A arbitrariedade configura a liberdade do ser irracional, que tem em mira somente seus interesses egoísticos e usa a força e a violência como únicos e exclusivos recursos para a satisfação de suas paixões, de seus apetites destrutivos e anti-sociais, na maior parte dos casos.

Desta feita, faz-se necessário traçar uma linha nítida entre a arbitrariedade e a discricionariedade, para que os conceitos nunca se confundam.

Consoante lição de Cretella Júnior, a própria etimologia das palavras pode começar a elucidar-lhes o sentido, já que discricionariedade e arbitrariedade são formas derivadas dos vocábulos simples “discrição” e “arbítrio”, respectivamente.

“Discrição” finca raízes no latim: *discricione(m)*, e traz em seu bojo o significado de discernir, distinguir, separar. O dicionarista Moraes defende o sentido de “*discernimento do que é exato, verdadeiro, bom,*” enquanto Caldas Aulete entende o vocábulo como sinônimo dos seguintes termos: “*sensatez, circunspeção,*

*prudência, tino, recato, modéstia, reserva, segredo.*” (CRETELLA JÚNIOR., *op.cit.*, p. 154-155 e notas)

Entretanto, podemos verificar que a carga semântica de “arbitrio” é bem diversa: provém do latim *arbitriu(m)*. Significa fazer algo segundo sua própria vontade, ao seu bel-prazer.

Superada a fase da conceituação etimológica, vejamos como se definem juridicamente os termos acima:

*“denomina-se arbitrio a faculdade de operar sem qualquer limitação, em todos os sentidos, desvinculada de qualquer norma jurídica. (...) Discricção é a faculdade de decidir dentro de certos limites, poder concedido ao agente público de agir ou deixar de agir dentro do âmbito demarcado pela regra jurídica.”* (CRETELLA JÚNIOR., *op.cit.*, p. 154-155 e notas)

Podemos agora traçar, ainda que de maneira provisória, um escalonamento não mais bipartite, mas sim fático-tripartite dos atos administrativos segundo o grau de liberdade do administrador público; vinculados, discricionários e arbitrários, sendo que os últimos são aqueles praticados pelo administrador tendo em vista não o interesse coletivo, mas antes paixões, caprichos e preferências, não possuindo, portanto, fundamento legal (atributo que não é ausente nos atos administrativos discricionários). Graças a estes fatos, o ato administrativo arbitrário constitui contradição em si mesmo, não podendo existir em um Estado de Direito e muito menos no Estado Democrático de Direito. Gabino Fraga identifica o poder arbitrário como aquele apropriado aos déspotas que governam no próprio interesse, desprovidos de qualquer preocupação de ordem legal. A liberdade do administrador na tipologia tripartite que acabamos de apresentar cresce à medida que se passa de um ato a outro, até o momento no qual é atingido um estado de liberdade absoluta (arbitrariedade), que não pode prevalecer. Isto levaria ao caos e à completa impossibilidade de convivência social (lembremo-nos do “terror” de Robespierre, que bem ilustra a experiência do “absolutismo da liberdade”).

Voltando ao problema da distinção essencial entre arbitrariedade e discricionariedade, vê-se que ambos os conceitos guardam similitude com a idéia de liberdade, mas com uma diferença fundamental: discricionariedade é liberdade presa aos limites legais, enquanto arbitrariedade designa a liberdade ilimitada (conceito que é uma *contradictio in adjecto* já que a liberdade pressupõe, por sua própria natureza, limites), sem nenhum elemento que a condicione.

Para convalidar nossas considerações, trazemos à colação excerto da professora Regina Helena Costa: *“Hoje praticamente não mais se argumenta acerca da afirmação de que a discricionariedade administrativa abriga-se dentro da lei, não se confundido com a arbitrariedade, situada fora dos limites daquela.”* (COSTA, *op. cit.*, p.128)

Indubitavelmente, a motivação é o elemento fundamental diferenciador dos conceitos de discricção e arbitrio. Senão, vejamos o que sustenta a abalizada doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando*

*a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprido a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.* (BANDEIRA DE MELLO, *op.cit.*, p. 151)

Deste modo, a lei é o parâmetro à limitação da liberdade que o ato administrativo discricionário concede ao administrador. Porém, para a grande maioria da doutrina administrativista, esta limitação legal só será eficaz se o ato discricionário for motivado, ou seja, se os fatos e circunstâncias que originaram o ato discricionário forem devidamente explicitados, apresentados pelo administrador público de forma clara e eficiente, sob pena de nulidade do ato. Despiciendo afirmar a necessidade de existência de um nexo de causalidade estrita entre a motivação e o ato praticado (ou a ser ainda praticado, sendo certo que o mais correto é motivar o ato concomitantemente à sua prática).

Tenha-se claro que não há confusão entre motivação e motivo (um dos elementos do ato administrativo). Este último é a situação que autoriza ou exige a prática de um ato. Para maior clareza, e sem entrarmos em discussões que muitas vezes representam apenas bizantinices, podemos acolher o conceito de motivação do Professor Florivaldo Dutra de Araújo, que graças à sua agudeza, servirá plenamente aos nossos propósitos:

*“Entre os requisitos procedimentais do ato administrativo está a motivação, também dita fundamentação ou justificação, que é a exposição capaz de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que estes motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal.”* (DUTRA DE ARAÚJO, *op. cit.*, p. 186)

Em complementação, transcrevemos trecho de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

*“‘Motivar’ significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e fundamentos jurídicos que foram considerados (...). Para José Roberto Dromi (Derecho Administrativo, pp. 240 e 869) a motivação é uma exigência do Estado de Direito, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito a uma decisão fundada, motivada, com explicitação dos motivos. Diz ele que esta explicitação dos motivos deve ser prévia ou concomitante à prática do ato (...). Ressalta ele a importância da motivação para o exame da validade dos atos administrativos, especialmente quando praticados no exercício de competência discricionária, pois pela motivação é possível aferir a verdadeira intenção do agente.* (FERRAZ e DALLARI, *op. cit.*, p. 59)

Há uma discussão doutrinária que diz respeito à necessidade de motivação do ato administrativo discricionário, apesar de algumas Constituições Estaduais já consagrarem o dever de motivação expressamente (v.g., a mineira em seu art. 13, § 2º e a paulista no art. 111), e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fazê-lo implicitamente no art. 37 e outros. (FERREIRA DE FARIA, *op. cit.*, p.205)

Atualmente, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (lei de processo administrativo), válida para a Administração Pública Federal, entende a motivação como um dever do administrador público em certas situações processuais:

*“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando:*

*I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*

*II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*

*III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;*

*IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;*

*V – decidam recursos administrativos;*

*VI – decorram de reexame de ofício;*

*VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;*

*VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.”*

Em percuciente comentário ao dispositivo, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari entendem que não andou bem o legislador ao estabelecer hipóteses típicas para a motivação obrigatória. Seria melhor – tendo em vista a pouca consideração que a motivação recebeu por longo tempo por parte dos agentes administrativos e mesmo do poder judiciário –, impor a motivação como regra geral:

*“Não obstante tal enumeração seja realmente bastante abrangente, dados os riscos decorrentes da ausência de motivação, talvez melhor tivesse sido afirmar, de vez, a motivação prévia como regra geral, sempre exigível, estabelecendo-se exemplificativamente algumas exceções, como é o caso de despachos de mero expediente, simples encaminhamentos, juntadas e outros de menor relevância.”* (FERRAZ e DALLARI, *op. cit.*, p. 61)

A maior parte dos autores, como verificamos, diz ser absolutamente necessário o procedimento da motivação nos atos discricionários. Tal expediente torna-se ainda mais indispensável nesta espécie do que nos vinculados, nos quais não se verifica uma situação que autorize ou exija o ato subjetivamente, havendo apenas uma ordem de praticá-lo de uma determinada forma e em um certo tempo, se presente o suporte fático, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal: *“Não se tratando de ato administrativo discricionário, mas vinculado, o exame de sua legalidade importa a indagação da existência do fato que o legitima.”* (Supremo Tribunal Federal, em *Revista de Direito Administrativo*, vol.131, p. 209)

Completando a argumentação pretoriana, apresentamos o texto irrepreensível de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“(…) se de ato discricionário se tratar, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, “fabricar” razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato.”* (BANDEIRA DE MELLO, *op.cit.*, p. 285-286)

No mesmo sentido ensina o professor Florivaldo Dutra de Araújo:

*“O fundamento do dever de motivação dos atos administrativos é o próprio regime jurídico-administrativo a que estão subordinados. O regime jurídico administrativo, tendo como princípios maiores a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, constitui noção*

*abrangente, que abarca vários fundamentos apontados para o dever de motivação, tais como os princípios da legalidade, da moralidade e da razoabilidade dos atos administrativos. Significa, ademais, a tradução jurídica da dignidade que se atribui à motivação no Estado que se pretenda democrático.”* (DUTRA DE ARAÚJO, *op. cit.*, p. 186)

A professora Lúcia Valle de Figueiredo entende que a ausência de motivação viola as garantias constitucionais de acesso ao poder judiciário, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, configurando vício do ato de natureza gravíssima. (FERRAZ e DALLARI, *op. cit.*, p. 59)

A observação de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, sempre exata, reveste-se de enorme importância na análise de tão debatido instituto:

*“No passado, já houve quem sustentasse que a motivação era dispensável no caso da prática de atos discricionários. Atualmente tal entendimento é absolutamente insustentável diante da evolução doutrinária e jurisprudencial quanto ao conceito e significado da discricionariedade. Já se tem claro que discricionariedade não se confunde com arbítrio, pois nunca é absoluta, sendo indiscutivelmente sujeita a controle judicial (...).”* (FERRAZ e DALLARI, *op. cit.*, p. 59)

Edimur Ferreira de Faria não destoa, e arremata:

*“Alguns entendem que a justificação do ato só é necessidade quando a lei o exigir expressamente; outros defendem a motivação apenas para os atos vinculados em geral, excluindo, portanto, os atos decorrentes do poder discricionário; outros, finalmente, sustentam que a motivação é exigida para todos os atos administrativos, tanto os vinculados quanto os discricionários. Esta última corrente é a dominante nos tempos modernos. É inconcebível hodiernamente o entendimento de que os atos decorrentes da discricionariedade não precisam ser motivados, ao argumento de que a lei conferiu ao agente público o poder de escolha no caso concreto e que, por isso, não precisaria justificar o seu comportamento. Todos os atos, sem exceção, estão sujeitos a controles internos e externos; logo a motivação dos atos discricionários, principalmente, é indispensável para que os órgãos de controle tenham condições de verificar a validade do ato quanto ao motivo e à finalidade”.*(FERREIRA DE FARIA, *op.cit.*, p. 205)

No entanto, Hely Lopes Meirelles e José Cretella Júnior representam a parte minoritária da doutrina que defende a desnecessidade de motivação do ato administrativo discricionário: *“para praticá-lo [o ato discricionário], consulta-se apenas a oportunidade e a conveniência da medida. Por isso mesmo o ato discricionário pode dispensar a motivação.”* (CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 149)

Mas mesmo esta parte minoritária da doutrina admite que se o ato administrativo discricionário for motivado (por “benevolência” e excesso de zelo do administrador, por certo), fica-se adstrito à existência, veracidade e exatidão dos fatos apresentados na motivação, por força da chamada teoria dos motivos determinantes. A falta de motivação, neste caso, atrai a nulidade para a esfera de validade do ato.

Cretella Júnior, paradoxalmente, preleciona que o ato discricionário não necessita de motivação, mas que no entanto deve conformar-se à sua finalidade,

tornando-se arbitrário e nulo quando o motivo é ilegal ou inconstitucional, ou quando falta motivação legal (CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 156), o quê, em última análise, equivale a dizer que o ato administrativo discricionário precisa ser motivado.

A jurisprudência pátria mais antiga adota posições tendentes a confirmar a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos discricionários e também em sentido contrário, sendo perceptível certa adesão dos juízes à teoria dos motivos determinantes:

*“A autoridade, ao negar licença para trato de assuntos particulares, age no exercício do poder discricionário e não está obrigada a motivar o ato.”* (TFR, em RDA, vol. 15, p. 112)

*“Se a Administração motiva o ato administrativo, sujeita-o à apreciação judicial.”* (STF, em RDA, vol. 74, p. 142)

*“O ato administrativo discricionário torna-se arbitrário e nulo por falta de motivação legal.”* (STF, em RDA, vol. 108, p. 276)

*“A motivação do ato demissório importa renúncia à prerrogativa de demitir discricionariamente.”* (TA-SP, em RDA, vol. 48, p. 122)

Conclui-se então que se a lei é a razão desprovida de paixões (Aristóteles), sendo compreendida como o divisor de águas entre a arbitrariedade e a discricionariedade, julgamos que ela apenas cumprirá seu papel limitador se o ato administrativo for motivado. Unicamente com a motivação adequada poderá este sofrer alguma espécie de controle – *“a motivação (...) sujeita ao controle jurisdicional”* (CRETELLA JÚNIOR. *op. cit.*, p. 156) –, pois sem a motivação, explicitadora das circunstâncias fáticas que exigiram ou autorizaram o ato, sempre haverá a possibilidade de o administrador público alegar que está cumprindo a lei, quando na realidade não está: pratica-se um ato arbitrário sob o invólucro, o manto da discricionariedade, e ninguém alegará isto, por que só através da análise da motivação poderemos dizer, no caso concreto, se se trata de ato discricionário ou arbitrário.

Frise-se bem: não se trata (pelo menos neste ponto de desenvolvimento dos trabalhos) de julgar a essência da motivação, a oportunidade e a conveniência, mas simplesmente analisar se a justificação *in concreto* é abraçada pela lei. É a legalidade, em sentido amplo, que se perquire aqui. Óbvio nos parece que o procedimento da motivação não separa totalmente os atos discricionários dos arbitrários, isolando-os como que em um passe de mágica, mas é um instrumento de vital importância nesta urgente tarefa.

No sentir de Edimur Ferreira de Faria:

*“A arbitrariedade não é, a rigor, limitação ao poder discricionário, mas a sua constatação caracteriza a atuação administrativa fora do espaço reservado pelo legislador para, nos casos concretos, a autoridade adotar o comportamento adequado, considerando a vontade genérica da lei e o interesse público. A identificação do comportamento arbitrário do agente administrativo implica o reconhecimento do abuso de poder no exercício da faculdade discricionária.”* (FERREIRA DE FARIA, *op. cit.*, p. 224)

Evidentemente, mesmo que sejam utilizadas todas as cautelas, é tormentoso separar o ato discricionário do arbitrário em certas situações. Uma vez mais, valemo-nos de Edimur Ferreira de Faria, e confirmamos que nesta operação o que se examina comumente é o aspecto da legalidade e não o meritório:

*“Os atos praticados com abuso de poder são ilegais, por extrapolar os limites da discricionariedade. Ele manifesta-se no momento em que o agente transgredir os limites da legalidade. A verificação, muitas vezes, é missão bastante complexa. Entre a discricionariedade e o comportamento ilegal há uma zona cinzenta que dificulta reconhecer, no caso concreto, quando ou em que momento o agente transborda os limites da discricionariedade (...). O Conselho de Estado [Francês], ante a dificuldade, vem solucionando a questão através da adoção da teoria dos motivos determinados. Assim, ao invés de examinar a intenção do agente público, verifica-se o fato que constitui fundamento do ato e se o mesmo é suficiente para justificá-lo. Mas para usar tal teoria, o ato deve ser obrigatoriamente motivado”.* (FERREIRA DE FARIA, *op. cit.*, p. 222)

Concluimos por tudo quanto foi exposto, que sem a motivação é muito mais provável que um ato discricionário torne-se arbitrário. A jurisprudência administrativista brasileira atual consagra a necessidade de motivação, sob pena de nulidade.

#### **IV – DISCRICIONARIEDADE E INTERPRETAÇÃO: DISTINÇÕES ELEMENTARES**

O Direito não é obra de um ser superior (ou inferior) que dita normas ao gênero humano. Tampouco é ordem natural, de cuja órbita não há possibilidade de escape. No mundo do ser (natureza), o princípio da causalidade rege os fenômenos de maneira inexorável, fatal, ao contrário do mundo da liberdade, no qual o princípio da imputabilidade traz como corolário lógico a possibilidade de inobservância dos conteúdos objetivos de dever-ser (normas). O Direito é obra de homens, é obra da cultura e como tal precisa ser vislumbrado, ou seja, em termos que dêem conta de sua missão ordenadora. (KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2ª edição – 1998, p. 5 e ss.)

Pois bem, a ciência jurídica vale-se de signos que juntos formam o que vulgarmente se nomeia de linguagem. Sáinz Moreno afirma que há uma vinculação essencial entre Direito e linguagem, pois o primeiro não existe sem o último, assim como não existe pensamento fora da linguagem. Em conclusão, não podemos conceber um conteúdo desvinculado de qualquer forma nem uma forma desapossada de um conteúdo que a preencha. (COSTA, *op. cit.*, p. 125)

Excelente e concisa derivação desta ordem de concepções encontra-se nos recentes escritos de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

*“Esse tipo de consideração avulta particularmente de importância quando lidamos com a ciência jurídica. A ciência do Direito, ao contrário das ciências exatas, não trata com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do cientista. Bem ao contrário, o homem do Direito manipula especulativamente a realidade da vida social. É dizer, por sobre a própria mutabilidade, típica dos fenômenos sociais, faz incidir sua subjetiva (e por isso também mutável) especulação, interpretação e sistematização. E deve transmitir ao grupo social o fruto da sua atividade, quer com o fim de explicá-la, quer com o propósito de ditar padrões, dotados de coercitividade sancionável. Com um agravamento: as palavras do Direito, contrariamente ao registrável com a maior parte das demais ciências, não se dirigem apenas aos iniciados: necessariamente, sob pena de inefetividade (e por vezes de invalidez até),*

*têm de atingir toda a comunidade, indiferentes os graus de conhecimento específico de suas partes individuais componentes. Dessa sorte, a palavra assume, na ciência jurídica, importância idêntica (ou quase) à do pensamento. Como ciência essencialmente relacional, ela fatalmente tem de ser transmitida, e transmitida à coletividade, de iniciados e principiantes.”* (FERRAZ e DALLARI, *op. cit.*, p. 18)

Resta compreendido então que o Direito possui uma sistema característico de se expressar: a linguagem. Porém, nossa compreensão do que seja a linguagem, qualquer linguagem, não se dá de forma automática. É preciso um processo de esclarecimento, conhecimento e compreensão denominado interpretação. Este processo é que dá sentido aos signos, às palavras, às frases. O conceito de interpretação que adotamos provisoriamente pertence ao mestre de Viena, Hans Kelsen: *“A interpretação é portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.”* (KELSEN, *op. cit.*, p. 463)

Kelsen entende que a indeterminação no ato de aplicação do direito pode ser intencional ou não, cabendo à interpretação desvendar o sentido da norma, a *voluntas legis* (e não a vontade do legislador, como queria a velha escola da *voluntas legislatoris*). Bem explicado, a lei pode deixar à inteligência do aplicador a fixação do sentido da norma a ser aplicada, por julgar ser mais conveniente (indeterminação intencional) ou pode usar de conceitos por demais abertos, que dão margem a uma interpretação ampla, múltipla (indeterminação não-intencional). Para Kelsen, o direito a aplicar é uma moldura dentro da qual coexistem várias possibilidades de aplicação: *“Em todos esses casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica.”* (KELSEN, *op. cit.*, p. 466)

A esta altura, o jurista tcheco explica que o sentido emprestado ao termo “interpretação” na teoria pura do direito é bem mais amplo que o da doutrina tradicional, para quem interpretar significa unicamente atingir o sentido da norma a partir de uma simples operação mental, ou seja, é um processo que prescinde do elemento volitivo, postura julgada por Kelsen como inaceitável. Para ele, a interpretação é ao mesmo tempo conhecimento (inteligência – *cognitio*) e escolha (vontade – *voluntas*):

*“Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções.”* (KELSEN, *op. cit.*, p. 467)

Sob o prisma da teoria pura, a interpretação do direito é um ato complexo, porque

*“(…) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognitiva.”* (KELSEN, *op. cit.*, p. 470)

Diante destes argumentos, a dúvida colocada é a seguinte: seria a discricionariedade mera questão interpretativa, na tarefa de aplicação da lei?

Para respondê-la, precisamos ter em mente dois paradigmas diversos: o da escola tradicional, que defende ser a interpretação apenas um ato de conhecimento (inteligência) e o da teoria pura do direito, que ajunta a este elemento o ato da escolha (vontade).

A professora Regina Helena Costa ensina que interpretação e discricionariedade são conceitos diversos, dado que interpretar significa realizar uma operação lógica de conhecimento, de intelecção. Ao contrário

*“(...) no exercício do poder discricionário caberá ao agente após efetivar o processo cognitivo mencionado, interpretar a norma a ser aplicada mediante apreciação própria com o objetivo de atingir a vontade legal. Assim, o exercício da discricionariedade sucede à interpretação da norma cuja aplicação se pretende.”* (COSTA, *op. cit.*, p. 128)

Na mesma linha de raciocínio, a relevante intervenção de André Gonçalves Pereira: *“reduzir a discricionariedade à simples formulação de um juízo é afinal negar o próprio poder discricionário, reconduzir todo o poder à vinculação – e pôr-se em contradição manifesta com o direito positivo.”* (COSTA, *op. cit.*, p. 128)

Emílio Betti, eminente jusfilósofo, pai da moderna hermenêutica jurídica, aponta as características que diferenciam a discricionariedade da interpretação, sendo que tais características são traços exclusivos desta última:

- a) univocidade da solução encontrada (em tese);
- b) previsibilidade; e
- c) rigorosa controlabilidade, por tratar-se de apreciação de caráter vinculado. (COSTA, *op. cit.*, p. 129)

O diferenciador do binômio interpretação/discricionariedade é apenas um para Regina Helena Costa, a saber, a vontade do agente aplicador da norma:

*“Enquanto nesta [interpretação] a vontade do agente é irrelevante, posto que seu objetivo é, utilizando-se de critérios preexistentes, precisar a vontade legal, na discricionariedade a norma declara que a vontade do agente será a vontade da lei, o que justifica, por si só, a multiplicidade de alternativas possíveis in abstrato.”* (COSTA, *op. cit.*, p. 129)

Por outro lado, se adotarmos a teoria kelseniana, podemos dizer que a aplicação da lei por meio de atos discricionários é na realidade verdadeiro processo interpretativo realizado pelo administrador público, de tal forma que o momento da aplicação subdivide-se em outros dois: no primeiro, o administrador toma contato com a norma e conhece-a como uma regra jurídica que lhe dá certa margem de liberdade na escolha entre diversas soluções possíveis, variáveis segundo critérios de oportunidade e conveniência. A escolha propriamente dita consubstanciar-se-á em um segundo momento, isto é, quando o administrador público exercer a discricionariedade de maneira efetiva, selecionando aquela solução que lhe parecer a melhor.

Realmente, é o que Kelsen dá a entender quando ressalva que:

*“A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido no Direito*

*Positivo, não é um problema de Teoria do Direito, mas problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas).” (KELSEN, op. cit., p. 469)*

A consequência de uma tomada de posição acerca da discussão – se discricionariedade e interpretação se referem a um mesmo fenômeno – é enorme: reconhecida a identidade entre ambos os conceitos, não há motivo para que os tribunais deixem de exercer sobre o ato administrativo discricionário um controle no que diz respeito à oportunidade e à conveniência, já que estes elementos não constituiriam o mérito administrativo, mas sim meras bases estruturantes (pressupostos) da interpretação de situações fáticas, o que pode (e deve) ser objeto de controle jurisdicional.

Parte expressiva da doutrina não aceita a tese da identidade conceitual entre discricionariedade e interpretação exatamente pelo fato de que se assim o fizesse, o controle pleno do ato administrativo discricionário seria não só possível, como também necessário. Professora André Gonçalves Ferreira:

*“E a contraprova desta afirmação [de que a discricionariedade seria apenas uma forma especial de interpretação, praticada pelo administrador público] pode encontrar-se na impossibilidade de apreciação jurisdicional de certos elementos do ato discricionário, que se não compreenderia se nele houvesse apenas uma operação intelectual de interpretação do direito e de determinação de seu conteúdo, pois de tudo o que é interpretação e aplicação da norma conhece naturalmente o tribunal.” (COSTA, op. cit., p. 128-129)*

Regina Helena Costa utiliza-se do mesmo argumento para legitimar a não interferência do judiciário no mérito do ato administrativo discricionário: na espécie, não se trata de simples interpretação do agente aplicador, mas exercício de poder discricionário de escolha, expresso em lei. A dita administrativista expressa-se do seguinte modo:

*“Portanto, o exercício do poder discricionário – sujeito à prévia interpretação da norma jurídica em questão, que sempre é revisível, em última análise pelo poder judiciário – não se reduz à concreção de um único resultado, mas à escolha de um diante de uma pluralidade de resultados possíveis em tese, sendo que, nesta opção, se efetuada dentro de seus limites, a ingerência do judiciário não é ilícita [espaço do mérito administrativo].” (COSTA, op. cit., p. 129)*

Mas, se ao contrário da autora, julgarmos mais correta a posição kelseniana e entendermos a aplicação da norma por meio de ato discricionário como um modo de interpretação da regra jurídica – considerado o fato de não tratarmos aqui da mesma interpretação à qual se refere a doutrina clássica, configurando antes uma interpretação especial, que é composta não só de conhecimento (razão), mas também de vontade (escolha), não obstante ser ainda assim uma espécie de interpretação, antes de tudo, mesmo que especial – seremos obrigados, por coerência lógica, a aceitar o controle jurisdicional destes atos, pois se são resultado de uma operação interpretativa dizem respeito, sem dúvida nenhuma, à esfera do poder judiciário, pois *“de tudo o que é interpretação e aplicação da norma conhece naturalmente o tribunal.” (COSTA, op. cit., p. 128-129)*

É apenas uma questão de se tomar posição.

## V – ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: A POSSIBILIDADE DE ESCOLHA COMO CRITÉRIO DISTINTIVO

Quando da análise da interpretação do direito segundo a teoria pura, surgiram a oportunidade de precisar que a linguagem jurídica comporta uma relativa indeterminação, que pode ser intencional ou não. Também foi-nos necessário naquele momento esclarecer que a aplicação da lei de forma discricionária pelo administrador público não é um ato interpretativo para escola tradicional, porque neste procedimento não existe apenas o elemento cognitivo, mas principalmente o volitivo.

Deste modo, com base na doutrina tradicional, não se confundem os atos de interpretar e escolher. Mas existem certos conceitos no mundo jurídico que para serem bem entendidos precisam sofrer um processo de interpretação tão intenso que antes assemelham-se ao resultado de uma escolha dentre várias outras possíveis. São os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, que durante longo tempo confundiram-se com a faculdade discricionária da Administração Pública, fato que acarreta decorrências importantes no que toca ao controle jurisdicional (objeto do próximo capítulo; agora cuida-se apenas de distinguir os dois conceitos. Para uma teoria geral dos conceitos jurídicos indeterminados, cf. FRANCISCO DE SOUSA, António. *“Conceitos indeterminados” no direito administrativo*. Lisboa: Almedina, 1994).

O mérito da sistematização da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados coube à doutrina alemã do direito público contemporânea. Portanto, estudêmo-la.

Primeiramente, é necessário compreender que os conceitos jurídicos diferenciam-se dos demais conceitos em razão da peculiar natureza de seu objeto; este não se liga a uma coisa, mas antes relaciona-se com uma significação. Pois bem, os conceitos jurídicos, como salientamos, podem ser determinados ou indeterminados. Os determinados delimitam o âmbito de realidade ao qual se referem de uma forma precisa, inequívoca, como por exemplo, o conceito de maioria civil, constante em nosso Código Civil. (GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 393)

O conceito jurídico indeterminado, a seu turno, refere-se a uma esfera da realidade cujos limites não estão precisados de forma segura. São conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa, mas que obrigatoriamente devem ser determinados no momento da aplicação. Classificam-se como conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, etc.) ou de valor (boa-fé, justo preço, bom pai de família, mulher honesta etc.). Sem embargo, esta indeterminação não dá margem a várias escolhas para o agente aplicador da norma composta de conceitos jurídicos indeterminados, pois somente uma será adequada para resolver cada caso concreto. Nas memoráveis palavras de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

*“(...) ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa fé ou não há, ou o preço é justo ou não é, ou faltou*

*à probidade ou não se faltou. Tertium non datur. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma “unidade de solução justa” em cada caso.”* (GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 393)

Este é o elemento que diferencia os conceitos jurídicos indeterminados da aplicação discricionária da lei pelo agente público: ao passo em que no primeiro caso não se admitem várias soluções adequadas (somente uma é a correta), no segundo caso existem diversas soluções para o mesmo problema, sendo que nenhuma delas pode dizer-se melhor que as outras *a priori*; caberá ao administrador público escolher a melhor por meio de critérios de oportunidades e conveniência (componentes do mérito administrativo).

Realmente:

*“Se o próprio de todo conceito jurídico indeterminado, em qualquer setor do ordenamento, é que na aplicação só permite uma única solução justa, o exercício de uma potestade discricional permite, pelo contrário, uma pluralidade de soluções justas, ou, em outros termos, optar entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito. (...) A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas (...), a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal (...) umas circunstâncias reais determinadas.”* (GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 394)

Veremos, no capítulo final, como a distinção acima operada entre a discricionariedade e a utilização pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados é pressuposto essencial para a realização do controle jurisdicional do mérito administrativo, pois que o instituto da discricção deve ser reencaminhado à sua significação precípua (cotidianamente há uma relativa identificação entre os dois conceitos), e logo depois, confinado neste recinto.

Ao final, resta analisar a estrutura do conceito jurídico indeterminado, para que saibamos reconhecer a única solução justa em um “mar” de soluções inadequadas/injustas. Participam da estrutura conceitual três zonas, sendo que duas são chamadas “zonas de certeza”: a “zona de certeza positiva” é constituída por dados precisos e seguros que dizem o que o conceito é, enquanto a “zona de certeza negativa” é certa quanto à exclusão – diz o que o conceito não é.

Entre essas duas “zonas de certeza” existe uma terceira, intermediária, denominada “zona de incerteza”, mais ou menos indeterminada e esfumada, que constitui o chamado “halo do conceito.” A díade de certezas positivas e negativas (*begriffkern*) não constitui problema. Este localiza-se no “halo conceitual” (*begriffshof*), sempre incerto, de modo que

*“(...) suposta esta estrutura do conceito jurídico indeterminado, a dificuldade de fixar a solução justa se concretiza na zona de imprecisão ou “halo” conceitual, mas tal dificuldade desaparece nas duas zonas de certeza, positiva e negativa, o qual não é leviano de um ponto de vista de principio.”* (GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 396)

## VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO DE ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS TENDO EM VISTA OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Pressupondo-se a diferenciação existente entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa, fica fácil notar que muitos atos da Administração Pública que se tinham antes como discricionários, não o são na realidade, graças à utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador no corpo da formulação normativa. O efeito deste fato para o administrador público é que na aplicação da lei dita discricionária, não há propriamente escolha entre diversas opções, mas sim interpretação legal. Ora, de toda interpretação cuida o tribunal, e nesta área não é diferente: *“no caso concreto, a autoridade não terá a faculdade de escolha, mas o dever de descobrir na lei a sua vontade para aquela situação fática.”* (FERREIRA DE FARIA, *op. cit.*, p. 223)

É inegável que com o aprofundamento da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, a noção de discricionariedade (e, *a fortiori*, a de inviolabilidade do mérito também) tende a reduzir-se consideravelmente, conforme anotam Garcia de Enterría e Fernández: *“Suas hipóteses tradicionais não são já identificadas com a idéia de isenção de controle; tem passado a ser unicamente hipóteses de ‘dificuldade de controle.’”* (GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 397)

O uso de conceitos jurídicos indeterminados exige a apreciação judiciária, pois sem esta nunca saberemos com certeza se foi alcançada a solução mais justa/adequada para o problema. Atualmente não pode ser aceita a tese que, fundada na “margem de apreciação” do administrador, afirma a impossibilidade jurídica de controle jurisdicional do mérito das decisões discricionárias. O juiz deve revisar a aplicação inicial do conceito jurídico indeterminado feita pelo agente público, apreciando sua adequação à lei, reduzindo assim a “zona de incerteza” e reconduzindo o caso concreto até uma das “zonas de certeza”, como em qualquer outra interpretação judicial.

Em suma, o problema da apreciação do mérito de atos administrativos discricionários resolve-se na maioria dos casos pelo apelo à noção de conceitos jurídicos indeterminados, quase sempre presentes nas leis que facultam liberdade discricionária ao administrador público. Como os conceitos jurídicos indeterminados aceitam uma – e somente uma – solução como correta (legal), não estamos diante de uma série de opções, todas igualmente admissíveis, mas sim da necessidade de encontrar a única solução adequada à situação real.

Muito bem, o que ocorre então é uma simples operação interpretativa, que nada tem a ver com oportunidade e conveniência (mérito), conceitos presentes em um número muito pequeno de casos, nos quais pressupõe-se a existência de várias opções. Sem dúvida, somente será escolhida a opção mais conveniente e mais oportuna quando estejam presentes várias soluções legais. Isto não ocorre na utilização de conceitos jurídicos indeterminados, que entre várias possibilidades aceitam apenas uma como justa, ou seja, legal.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, ao escreverem incidentalmente sobre o tema asseveram o seguinte:

*“Resulta daí uma enorme diferença entre a competência em tese e o exercício dessa competência diante do caso concreto. Em tese é possível afirmar que a*

*lei estaria validando previamente qualquer das condutas possíveis; mas em concreto, diante do caso concreto, sempre haverá uma conduta mais adequada à plena satisfação do interesse público. Por isso, toda vez que se puder demonstrar que a solução adotada não é a melhor, é fatal concluir que houve ilegalidade, violação da vontade da lei.*

*A questão não é simples, pois muitas vezes não haverá como avaliar se a conduta adotada foi, ou não, a mais idônea. Entretanto, não é difícil demonstrar, muitas vezes, que a conduta não era a mais adequada, ou seja, não é impossível demonstrar que o agente público desbordou dos limites da discricionariedade, praticando abuso ou desvio de poder, produzindo um ato nulo. Algumas vezes é difícil identificar a melhor solução ou dizer que uma dada conduta não foi a melhor. Mas há casos em que o comportamento da autoridade é verdadeiramente aberrante, e como tal, flagrantemente violador da lei.”* (FERRAZ e DALLARI, *op. cit.*, p. 56. Grifo nosso)

Por conseguinte, o judiciário poderá julgar se o administrador público apreendeu corretamente o único sentido adequado exigido pelo conceito jurídico indeterminado na solução de um caso concreto. Do contrário, o ato foi ilegal, tanto que a única solução legal não foi tomada. Ora, cumprem ao judiciário como tarefas essenciais a interpretação da lei e a guarda/vigilância do princípio da legalidade, e será exatamente isto que o poder judicante fará ao revisar um ato administrativo que se diz discricionário, mas que na realidade apenas deu cumprimento a uma norma composta de conceitos jurídicos indeterminados. Na ótica de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“(...) a apreensão do significado dos conceitos imprecisos é, sem dúvida um ato de inteligência e ao judiciário assiste praticá-lo para interpretar a lei. As decisões de mérito são, indubitavelmente atos volitivos, decididos segundo critérios de conveniência e oportunidade, que traduzem opção por um dentre dois ou mais comportamentos pela norma a ser aplicada. Daí não se segue entretanto que só nesta segunda hipótese esteja a Administração a exercer atividade discricionária.”* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2ª Edição – 1993, p. 24. Grifo nosso)

E poderíamos completar o pensamento do insigne administrativista: o que sói acontecer na maioria dos casos é que a competência discricionária é exercida em relação a normas que não a autorizam, mas que, outrossim, são compostas por conceitos jurídicos indeterminados. Não é outro o motivo pelo qual Florivaldo Dutra de Araújo recusa-se a enxergar os atos discricionários como são diuturnamente apresentados pela doutrina tradicional, reconduzindo-os quase que de forma total ao poder vinculado. Para ele, a verdadeira discricionariedade é de ocorrência reduzidíssima, pois apenas existe onde há um indiferente jurídico na escolha, o que, forçosamente, não é o caso da maioria das normas jurídicas administrativas, as quais sempre se preocupam não apenas em alcançar o interesse público, mas com os modos de fazê-lo, dado que a prestação satisfatória dos serviços públicos é o móvel maior da Administração. (DUTRA DE ARAÚJO, *op. cit.*, *passim*)

A doutrina alemã no início de suas formulações chegou a reconhecer no “halo conceitual” dos conceitos jurídicos indeterminados uma “margem de apreciação” (*beurteilungsspielraum*) a favor da Administração Pública, mas a supradita margem

não tem o condão de abrigar a livre vontade do administrador, pois a decisão resolve-se em um âmbito meramente cognitivo e interpretativo da lei. O máximo que se outorga à Administração em casos de difícil interpretação é o benefício da dúvida. (GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 396-397)

A professora Regina Helena Costa introduz diferenciação sibilina na disciplina do controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados, conforme sejam de experiência ou de valor: nos primeiros o controle é amplo, e estrito nos segundos, por representarem estes um aspecto propriamente discricionário:

*“Se o legislador optar pela utilização de conceitos de experiência, determináveis mediante interpretação, o controle judicial é amplo, exatamente porque cabe ao judiciário, como função típica, interpretar o alcance das normas jurídicas para sua justa aplicação. Diversa será a situação se se tratar de conceitos de valor, cuja significação é preenchida por meio da apreciação subjetiva do órgão administrativo. Nesse caso, o controle judicial é apenas um controle de contorno, de limites, pois se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.”* (COSTA, *op. cit.*, p. 135-136)

A interpretação jurisdicional constitui um processo de subsunção da categoria do justo em concretes fáticas; é esta a função precípua do poder judiciário. Não pode ser negada no caso de utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Ademais, o próprio conceito de interesse coletivo é um conceito jurídico indeterminado, ou seja, admite uma única solução como justa, legal e razoável. Regina Helena Costa não admite esta radicalização, pois com isso todos os atos administrativos, discricionários ou não, estariam sujeitos à apreciação judicial de mérito, porque o fim último destes atos é exatamente o interesse coletivo.

*Data maxima venia*, não partilhamos da opinião da professora e defendemos que o conceito de interesse coletivo (ou público) é sim indeterminado, talvez o mais indeterminado de todos e que por isso mesmo reclama o controle jurisdicional. É evidente que nesta seara aplica-se com grande propriedade aquele “benefício da dúvida” em favor da Administração Pública, que deve ter primazia na fixação do sentido da expressão “interesse coletivo”. Todavia, sua interpretação será revisível pelo poder judiciário. E é bom recordar a moderníssima lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

*“Fique definitivamente resolvido que é sempre possível, diante do caso concreto, verificar se houve, ou não, real satisfação do interesse público, tanto por meio do processo administrativo quanto, inclusive, pelo Poder Judiciário. A invocação do interesse público não espanta a jurisdição.”* (FERRAZ e DALLARI, *op. cit.*, p. 77. Grifo nosso)

Isto porque o interesse público não se identifica necessariamente com o interesse da Administração, que por vezes se confunde às “razões de Estado” ou mesmo com inclinações particularistas. O assunto é complexo e exige estudo prolongado, o qual não cabe nos estreitos limites desta monografia. Portanto, deixamos a cargo de Celso Antônio Bandeira de Mello esta tarefa; em seu *Elementos*, ele apresenta a conceituação teórica de interesse público, do modo como o entendemos:

*“(...) existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente*

consideradas –, e que, de par com isso, existe também o interesse igualmente **pessoal** destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, *tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão para sucedê-los nas gerações futuras.* (...) Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados **em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem**". (BANDEIRA DE MELLO, *Elementos*, p. 57 e ss.)

Retomando a discussão primordial do capítulo, informamos que preferimos esta posição extremada – qual seja, possibilidade de controle amplo do mérito administrativo tendo em vista o conceito jurídico indeterminado de interesse público – pelo simples fato de que não se deve abrir brechas para a arbitrariedade em um Estado Democrático de Direito, o que estaria configurado na aplicação de uma norma discricionariamente, caso a mesma não contivesse em sua estrutura nenhum conceito jurídico indeterminado justificador do controle jurisdicional. E se, ainda assim, o ato de aplicação fosse desmotivado (como quer uma minoria da doutrina), não haveria nenhuma maneira de exercer qualquer controle jurisdicional (ou mesmo autocontrole) sobre o ato administrativo. Estariam escancaradas as portas para a arbitrariedade, e é isto que queremos evitar.

Fecharemos nosso modesto trabalho com palavras que dão sustentabilidade às nossas teses, que se carecem de conhecimento ou profundidade, plenas estão de indignação e coragem para tentar mudar aquilo que acreditamos ameaçar a essência do Estado Democrático de Direito, (a arbitrariedade) e por conseqüência, destruir toda mínima possibilidade de convivência pacífica e harmônica entre os seres humanos:

*"Sempre que seja possível oferecer ao Tribunal uma crítica séria e fundada a decisão administrativa em causa desde de a perspectiva de um **conceito jurídico indeterminado, explícito ou implícito na lei (em ultimo extremo o de interesse público, de tão amplo "halo")** será juridicamente possível que o tribunal reveja a apreciação do conceito realizado pela Administração de sua função interpretativa e aplicativa da lei. Em ultimo extremo, como notou Sáinz Moreno, a discricionariedade não se justificará já por uma simples razão formal de competência única e exclusiva da Administração, constatada a qual o juiz teria que aceitar qualquer uso que a Administração tenha feito da mesma; justificar-se-á unicamente na presunção de "razoabilidade" (test of reasonableness) com que a Administração a tem utilizado, por seu contato direto com os fatos, por seus meios técnicos, pela multiplicidade de aspectos e valores que teve que integrar na decisão. Porém, essa presunção será juristatum e qualquer recorrente poderá destruí-la, e o juiz apreciá-lo assim, se as circunstâncias e as provas apresentadas justificam que o uso da potestade não tem sido razoável no caso concreto, possibilidade que a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados justifica definitivamente."* (GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 391-398. Grifo nosso.)

Não é discricionário alcançar ou não o interesse coletivo (público). Deixar de fazê-lo é ilegalidade, e sendo o interesse coletivo visto como conceito jurídico indeterminado e ao mesmo tempo configurando o fim ultimo da Administração

Pública, podemos afirmar que todos os atos administrativos, vinculados ou discricionários, em última instância, podem e devem sofrer um salutar controle pelo poder judiciário, mesmo que tal signifique análise profunda do mérito administrativo. Na espécie, inexistente quebra do princípio da tripartição das funções, visto que este busca assegurar o Estado Democrático de Direito, que desprovido de um controle mútuo eficaz entre os poderes (funções) não conseguirá permanecer vivo.

## BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição – 1993.
- BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª edição revista, atualizada e ampliada – 1992.
- BOBBIO**, Norberto, **MATTEUCCI**, Nicola e **GIANFRANCO**, Pasquino (org.) *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale *et al*; coordenação da tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2 vols., 5ª edição – 2000.
- BOBBIO**, Norberto. *O Futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 7ª edição – 2000.
- COSTA**, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa in Revista de Direito Público*. Ano 23, nº 95 – São Paulo: Revista dos Tribunais – 1990.
- CRETELLA JÚNIOR**, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição – 1992.
- CRETELLA JÚNIOR**, José. *Jurisprudência administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição – 1997.
- CRETELLA JÚNIOR**, José. *Sintomas denunciadores do “desvio de poder”*. in São Paulo: *Revista da Faculdade de Direito da U.S.P*, volume 71 – 1976.
- DI PIETRO**, Maria Zanella Sylvia. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1ª edição – 1991.
- DUTRA DE ARAÚJO**, Florivaldo. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1ª edição – 1992.
- FAGUNDES**, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. rev. e atualizada – 1984.
- FAGUNDES**, Miguel Seabra. *Poder discricionário da administração – abuso desse poder – mandado de segurança – direito líquido e certo*. Voto na apelação cível nº 1.422 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte in *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 14 – 1948.
- FERRAZ**, Sérgio e **DALLARI**, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FERREIRA DE FARIA**, Edimur. *Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1ª edição – 1997.
- FRANCISCO DE SOUSA**, António. *“Conceitos indeterminados” no direito administrativo*. Lisboa: Almedina, 1994.
- GARCIA DE ENTERRÍA**, Eduardo e **FERNÁNDEZ**, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- KELSEN**, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2ª edição – 1998.

- KELSEN**, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 5ª edição – 1997.
- KTISTAKI**, Stavroula. *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*. Paris: Bibliothèque de Droit Public, Tome 162 – 1991.
- LEAL**, Vítor Nunes. *Poder discricionário e ação arbitrária da administração* in *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 14 – 1948.
- MEIRELLES, Hely Lopes**. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 21ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho – 1996.
- MORAES**, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- RÉGNIER, João Roberto Santos**. *Discricionariedade administrativa: significação, efeitos e controle*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SOARES DE MOURA, Andityas**. *Da possibilidade de substituição ou reforço da penhora nos executivos fiscais: uma visão administrativista do tema* in *Revista da procuradoria geral do INSS*. Brasília: MPAS/INSS, vol. 8, nº 1, abril/junho de 2001.

Nota: Todos os excertos jurisprudenciais presentes no texto da monografia que não possuem indicação de fonte específica foram colhidos na obra acima discriminada como *Jurisprudência administrativa*.

\* Graduando em Direito pela UFMG, atualmente no 10º período.  
Estagiário da Procuradoria do INSS em Contagem  
E-mail: andityas@bol.com.br



## AÇÃO RESCISÓRIA E TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA EM CASO DE RECURSO PARCIAL NA AÇÃO ORIGINÁRIA

*Arthur Pinheiro Chaves \**

1. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA E DOCTRINA. 2. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS. 3. CONCLUSÃO

### 1. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA E DOCTRINA

**A**ção rescisória é o remédio jurídico que visa reparar a injustiça de uma sentença ou acórdão transitado em julgado. É ela portanto ação de cunho desconstitutivo, visando a extinção da imutabilidade dos efeitos materiais da sentença de mérito, por ocorrência de algum vício de anulabilidade previsto no art. 485 do Código de Processo Civil.

Tais vícios, entretanto, serão considerados sanados sempre que o prazo decadencial de dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença, escoar-se (art. 495 do CPC).

Resulta daí a importância de se saber qual o exato termo inicial para a contagem do prazo decadencial mencionado, questão que tem trazido inúmeras dúvidas, entre as quais a que se segue: **saber se a existência de recurso pendente na instância ordinária ou extraordinária, ainda que em ataque a questão outra que não a discutida na rescisória – esta não impugnada por recurso algum – impede ou não trânsito em julgado do “decisum” na parte não impugnada, e, como consequência, o início do prazo decadencial?**

O STJ solidificou entendimento no sentido de que o recurso parcial não impede o trânsito em julgado da parte da sentença recorrida que não foi impugnada, razão pela qual, não abrangendo a Apelação ou o Recurso Especial interpostos o tema que motiva a Ação Rescisória, o prazo decadencial é contado a partir da sentença ou acórdão “a quo”.

O fundamento de tal entendimento reside no pressuposto de que o pedido da parte e a resposta contida na sentença podem conter partes autônomas, suscetíveis de diferentes prestações jurisdicionais. Se alguma dessas partes em que se pode cindir a sentença transitou em julgado, por ter ficado fora do alcance do recurso, e se é esse o ponto que se pretende desconstituir, ação rescisória deve ser proposta contra a decisão recorrida, contando-se o prazo decadencial a partir de então.

Tal entendimento vem espelhado em precedente contido no REsp 201.668/PR, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma/STJ, DJ 28/06/1999, p. 00143, o qual tem servido de orientação às decisões prolatadas posteriormente pela Corte.

Nos autos do Recurso Especial apontado o INSS figurava como parte e a situação era a seguinte: a pretensão de revisão da RMI do benefício previdenciário do segurado veio a transitar em julgado com a sentença de procedência, a qual somente fora impugnada no que se referia à inclusão de índices expurgados no cálculo de liquidação dos débitos em atraso, e no percentual de honorários advocatícios fixados.

O INSS propôs a rescisória buscando a desconstituição da decisão que garantira ao segurado o direito a revisão da RMI de seu benefício. O Ministro-Relator, adotando o entendimento apontado, não conheceu do Recurso Especial interposto, reconhecendo a decadência do prazo para a propositura da rescisória, uma vez que a questão da revisão da RMI não houvera sido atacada na ação originária. O acórdão restou assim ementado:

**“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. TRÂNSITO MATERIAL DA DECISÃO.**

1. *O prazo decadencial para a propositura da ação rescisória conta-se a partir do trânsito em julgado material da decisão rescidenda, e não do trânsito formal. Aplicação da regra de que o recurso parcial não impede o trânsito em julgado da parte da sentença recorrida que não foi por ele impugnada.*

2. *Não abrangendo a Apelação nem o Recurso Especial interpostos o tema que ora motiva a rescisão, é a partir da sentença de 1º grau que deve correr o biênio legal. Proposta a ação rescisória fora desse prazo, imperioso o reconhecimento da decadência.*

### 3. Recurso não conhecido.”

No corpo do voto o Ministro-Relator expõe as razões do seu entendimento: “Reza o CPC, art. 495:

*‘Art. 495 – O direito de propor ação rescisória se extingue em 02 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.’*

*Muito embora o legislador o tenha tratado como prazo prescricional (CC, art. 178, § 10, VIII), doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que o referido prazo é decadencial; não se suspende, nem se interrompe, e daí a importância de se fixar o momento exato em que começa a correr, questão que ainda traz alguma controvérsia nos Tribunais.*

(...)

*Sustenta a autarquia que enquanto couber recurso, atacando total ou parcialmente a sentença o Acórdão, não se inicia o prazo da rescisória. Esse entendimento, diz ela, está consolidado na Súmula 100/TST, segundo a qual, ‘o prazo de decadência na ação rescisória conta-se do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não.’ Mas sem razão.*

*O pedido deduzido pelo autor, que no juízo de 1ª grau deve ser integralmente decidido, não obsta – aliás impõe – que o Tribunal aprecie apenas a questão apresentada em grau de recurso, com cognição total ou parcial daquele. O pressuposto é que o pedido da parte, e a resposta contida na sentença, contêm parte autônomas, suscetíveis de diferentes prestações jurisdicionais. Daí que podemos extrair a lição também trazida por Barbosa Moreira, para quem ‘se algo da decisão recorrida transitou em julgado – por ter ficado fora do alcance do recurso, ou por dele não haver conhecido, no particular, o órgão ad quem –, e se esse é o ponto que se quer impugnar, a ação rescisória deve ser proposta contra a decisão recorrida.’*

*É nesse sentido que profiro meu voto, para concluir que o prazo bienal para a propositura da ação rescisória deve ser contado do trânsito em julgado material da questão rescidenda, e não do trânsito formal, como quer a recorrente.*

*E nem se alegue o dissídio com a Súmula 100/TST, visto que a expressão ‘seja de mérito ou não’ nela contida, diz respeito à hipótese em que o próprio pedido – mérito propriamente dito, seja impugnado em grau de recurso, mas este não seja conhecido por falta de qualquer pressuposto recursal (p. ex., deserção ou falta de prequestionamento).” (grifos no original)*

Percebe-se, portanto, que o STJ, neste acórdão, argumenta com a diferença entre coisa em julgada formal e coisa em julgada material para concluir que, o que rege a determinação do termo “a quo” da contagem do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória é a coisa julgada material.

Tal posicionamento vem sendo reiterado por diversos outros julgados do Tribunal, embora não se possa considerar o entendimento como absolutamente pacificado, vez que não há precedente da Corte Especial ou Súmula a respeito desta matéria processual. Confirmam-se outros precedentes no mesmo diapasão:

**“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO PARA O AJUIZAMENTO. TERMO INICIAL. DECADÊNCIA. QUESTÕES AUTÔNOMAS EM UMA SÓ DECISÃO. IRRESIGNAÇÃO**

**PARCIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRAZOS DISTINTOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.**

1. *O termo inicial do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória não se conta da última decisão proferida no processo, mas, sim, do trânsito em julgado da que decidiu a questão que a parte pretende rescindir.*

2. *Deliberando o magistrado acerca de questões autônomas, ainda que dentro de uma mesma decisão, e, como na espécie, inconformando-se a parte tão-somente com ponto específico do “decisum”, olvidando-se, é certo, de impugnar, oportunamente, a matéria remanescente, tem-se-na indubitavelmente por trânsita em julgado.*

3. *A interposição de recurso especial parcial não obsta o trânsito em julgado da parte do acórdão federal recorrido que não foi pela insurgência abrangido.*

4. *“Se partes distintas da sentença transitaram em julgado em momentos também distintos, a cada qual corresponderá um prazo decadencial com seu próprio dies a quo: vide PONTES DE MIRANDA, *Trat. da ação resc.*, 5ª ed., p. 353.” (in *Comentários ao Código de Processo Civil*, de José Carlos Barbosa Moreira, volume V, Editora Forense, 7ª Edição, 1998, página 215, nota de rodapé nº 224).*

5. *Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*

6. *Recurso não conhecido.” (Resp 212286/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma – STJ, DJ 29/10/2001, p. 00276)*

**“RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – PRAZO DECADENCIAL – IMPUGNAÇÃO PARCIAL – COISA JULGADA.**

*– Tendo sido parcial a impugnação à sentença, forma-se coisa julgada sobre a parte que não fora objeto do recurso, contando-se desta data o prazo para propor ação rescisória.*

*– Recurso desprovido.” (REsp 278614, Rel. Min. Jorge Scartezini, 5ª Turma – STJ, DJ 08/10/2001, p. 00240)*

**“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA – EXPIRAÇÃO DO BIÊNIO DECADENCIAL – NEGATIVA DE SEGUIMENTO – AGRAVO INTERNO – CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO.**

*I – Segundo a jurisprudência desta Corte, “o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória conta-se a partir do trânsito em julgado material da decisão rescidenda, e não do trânsito formal” (REsp. 201.668-PR).*

*II – Computando-se a data da propositura da ação rescisória (05 de abril de 2001) e o trânsito em julgado do v. acórdão rescidendo (18 de novembro de 1996), falece ao Distrito Federal pressuposto básico e indispensável para o manejo do remédio escolhido. Precedentes: AR’s: 335 e 382.*

*III – Agravo regimental desprovido.” (AGRAR 1623/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção – STJ, DJ 10/09/2001, p. 00272)*

**“Ação rescisória. Termo inicial.**

1. *Transita em julgado a decisão que permaneceu irrecorrida, pouco importando, para efeito da contagem do prazo, que tenha havido recurso sobre parte que não é objeto da ação rescisória, assim, no caso, sobre custas e honorários, interposto pela ora ré.*

2. *Recurso especial conhecido e provido.*” (Resp 267451/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma – STJ, DJ 20/08/2001, p. 00462)

“**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INÍCIO DO PRAZO DECADENCIAL.**

*O recurso ordinário ou extraordinário, desde que em ataque a decisão com partes autônomas, não impede o trânsito em julgado da parte do decisum que não foi impugnada, sendo a partir daí contado o prazo decadencial para propositura da ação rescisória versando sobre o tema não recorrido. Precedente.*

*Recurso especial não conhecido.*” (Resp 293926/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 3ª Turma – STJ, DJ 04/06/2001, p. 00230)

Ressalte-se que, em pesquisa meticulosa junto à jurisprudência do STJ, em todas as suas Turmas, não se encontrou precedente em contrário.

No STF prevalece o mesmo entendimento, servindo como precedente orientador, inclusive adotado pelos acórdãos do STJ acima apontados, decisão rara naquela Corte, por dizer respeito a matéria infraconstitucional, com voto proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves, na qualidade de Revisor no julgamento da Ação Rescisória nº 903/SP, ocorrido em 17 de junho de 1982 pelo Tribunal Pleno, ao qual acabou por aderir, em retificação de voto, o Ministro Relator Cordeiro Guerra, com acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 103, páginas 472 a 485. Confira-se trecho do mencionado voto em que se analisa a questão:

*“Ora, a interposição de embargos de divergência contra o acórdão que conhece do recurso extraordinário e lhe dá provimento para julgar procedente a ação só impede o trânsito em julgado deste se abarca todas as questões da demanda, uma vez que, se abranger apenas algumas delas, com relação às demais ocorre a coisa julgada. Isso se explica pelo fato de que os embargos de divergência não devolvem ao Plenário desta Corte a apreciação de toda a matéria de que tratou o aresto embargado, mas apenas daquelas sobre as quais versa a divergência. Não fora assim, e, dizendo os embargos respeito apenas a, por exemplo, questão relativa a honorários de advogado, a decisão de mérito não transitaria em julgado, embora os embargos não a abrangessem e não houvesse, portanto, possibilidade de modificação dela. É a aplicação do princípio de que o recurso parcial não impede o trânsito em julgado de parte da sentença recorrida que não foi por ela abarcada.”*

Ressalta o precedente a inutilidade de se desconstituir decisão posterior que não abrange a questão versada na rescisória, na medida em que mesmo que aquela reste desconstituída, prevalecerá a parte não impugnada por recurso na ação originária. Desta forma, ainda que se queira levar em conta o trânsito em julgado da última decisão parcial para se iniciar a contar a decadência, a desconstituição dessa não traria o efeito pretendido pelo autor da ação rescisória, vez que prevaleceria a decisão anterior na parte não impugnada, justamente o aspecto que o autor da rescisória desejaria ver reformado.

Observe-se que o voto inicial do Ministro Cordeiro Guerra em nada acresce em termos de argumentação à tese contrária, vez que o mesmo analisou a questão prejudicial, de início, como se o recurso interposto na ação originária não tivesse sido conhecido, hipótese em que o prazo decadencial se contaria da decisão de

não conhecimento, quando na verdade, a situação posta tratava justamente do início da contagem do prazo decadencial em caso de impugnação parcial. Tal equívoco foi corrigido em sede de voto-retificador, após a manifestação do Ministro Moreira Alves. Vale conferir:

#### “VOTO

*Rejeito as preliminares levantadas na contestação. Em primeiro lugar porque já decidiu a Egrégia Segunda Turma, no Re 87.420 – PR:*

*‘Ação Rescisória.*

*Prazo de decadência.*

*O prazo para propor ação rescisória conta-se da passagem em julgado do último recurso interposto do acórdão rescidendo.’ (RTJ 84/864)*

*Ora, na espécie, o último recurso interposto foi o dos ERE 42.205, não conhecidos. Do acórdão neles proferido, há de se contar o prazo decadencial.”* (grifei)

#### “RETIFICAÇÃO DE VOTO

*Sr. Presidente, do exame metucioso que fiz dos autos, eu me convenci da improcedência total da ação. Mas, vejo com satisfação que o eminente Ministro MOREIRA ALVES atentou para a circunstância de que, nos embargos, não se discutiu a integralidade da matéria decidida em grau de recurso extraordinário. E, assim, talvez pelo excesso de preocupações que a própria causa inspirava, não atentei sobre a possibilidade de ser reconhecida a decadência dos temas não questionados no embargos. De modo que não tenho dúvida em retificar, neste ponto, o meu voto, para dar pela decadência, nesta parte. Se tivesse me apercebido disso, eu teria diminuído muito o meu trabalho.”* (grifei)

Percebe-se, portanto, que a posição do STF é no mesmo sentido da adotada pelo STJ, qual seja, de que não tendo havido impugnação de parte da decisão, esta desde logo transita em julgado, independente de recurso interposto relativamente a outro aspecto da decisão.

Doutrina abalizada, retratada em autores de monta como Barbosa Moreira, Pontes de Miranda e Humberto Theodoro Júnior, adota posicionamento idêntico ao dos precedentes até o momento apontados. Confira-se a lição dos autores:

*“A segurança das relações sociais exige que a autoridade da coisa julgada, uma vez estabelecida, não fique demoradamente sujeita à possibilidade de remoção. Ainda quanto às sentenças eivadas de vícios muito graves, subsistência indefinida da impugnabilidade, incompatível com a necessidade da certeza jurídica, não constituiria solução aceitável no plano da política legislativa, por mais que em seu favor se pretendesse argumentar com o mal que decerto representa a eventualidade de um prevailecimento definitivo de erro. O legislador dos tempos modernos, aqui e alhures, tem visto nesse o mal menor. Daí a fixação de prazo para a impugnação: decorrido certo lapso de tempo, a sentença torna-se imune a qualquer ataque. É o que acontece na generalidade dos ordenamentos contemporâneos.*

*(...)*

*No sistema do Código, seja qual for o fundamento da rescisória o prazo é sempre o mesmo. Começa a correr, de acordo com o dispositivo, sob exame, no dia em que a sentença rescindenda (ou a parte rescindenda da sentença) transitou em julgado (não no dia em que ela foi publicada, podendo as datas coincidir ou não): se a res judicata se formou em momentos diferentes para os vários legitimados, tem de apurar-se para cada um deles, em separado, o dies a quo. A identificação de termo inicial na data do trânsito em julgado da sentença rescindenda já era ponto firma sob o direito anterior, se bem que doutrina de grande peso abrisse exceção para a rescisória com base em falsidade de prova declarado no juízo penal, caso em que o termo inicial seria o trânsito em julgado da decisão criminal, salvo se anterior ao da sentença rescindenda (...).” (grifei, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 7ª ed.)*

Da mesma forma Pontes de Miranda:

*“A ação rescisória é proponível desde que transitou em julgado a decisão que se quer rescindir. A relação jurídica processual pode ainda estar pendente de sentença que a faça cessar. A afirmativa de que, pendente a lide, ainda não há coisa julgada formal, é falsa. Se transitou em julgado decisão que não foi a final, coisa julgada formal estabeleceu-se para o pontuou ou os pontes dessa decisão.” (grifei, MIRANDA, Pontes de. Tratado da Ação Rescisória. Campinas: Bookseller. 1998. P.377).*

Percebe-se que o renomado autor despreza a necessidade da formação da coisa julgada formal para nascimento da faculdade de propositura da ação rescisória, no mesmo diapasão do entendimento adotado pela STJ no REsp 201668/PR, enfocado acima.

Não é outro o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

*“O ato decisório sujeito à rescisão é tanto a sentença do juiz como o acórdão do tribunal. No caso de recurso, julgamento do tribunal substitui a sentença recorrida (art. 512). Por isso, a ação rescisória, na espécie, terá como objeto o acórdão e não a sentença, salvo se o recurso não foi conhecido ou se não abrangeu o tema da sentença que motiva a rescisão.” (CPC Anotado. Ed. Forense, 1995)*

## 2. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS

Conforme se vislumbra, a jurisprudência e doutrina são francamente contrárias à tese de que, em caso de recurso parcial, o termo inicial para a contagem do prazo de caducidade se contaria da última decisão, mesmo que a ação rescisória fosse proposta relativamente à matéria que não fora objeto de recurso.

A questão é relevante. Inúmeros são os casos em que, em ações originárias, a parte não impugnou o mérito, resumindo-se a atacar, por exemplo, percentual de condenação em honorários ou índices de correção monetária, onde atualmente são cabíveis ações rescisórias em relação ao mérito.

Desta forma, tendo em vista que, como já asseverado, não se possa considerar o entendimento como absolutamente pacificado, vez que não há precedente da Corte Especial ou Súmula do STJ a respeito desta matéria processual, necessária se faz a busca de alternativas possíveis.

Se o que se pretende é rescindir acórdão prolatado em recurso extraordinário ou recurso especial parcial, as alternativas se restringem. Se o acórdão a ser rescindido tiver sido prolatado em sede de apelação, há maiores possibilidades.

No caso de acórdão prolatado em sede de remessa necessária, por exemplo, não há o que se discutir.

Mesmo que a apelação voluntária interposta pela Fazenda Pública seja apenas parcial, havendo a remessa necessária, não vigora o princípio do “tantum devolutum quantum appellatum”. Devolve-se na inteireza a matéria discutida nos autos para o Tribunal, não havendo que se falar em trânsito em julgado parcial da matéria não impugnada no recurso voluntário.

O prazo decadencial flui a partir do trânsito em julgado do acórdão que resolve a remessa necessária.

Em casos tais, havendo eventual equívoco do Tribunal em extinguir o processo pela decadência da ação rescisória, relativa ao aspecto não impugnado voluntariamente, cabe à Fazenda Pública alegar o privilégio da remessa necessária.

Em situações não abrangidas pelo privilégio da remessa necessária, como ocorre em relação às decisões prolatadas contra as autarquias e fundações públicas anteriormente ao advento do art. 10 da Lei 9.469/1997 (“Art. 10. *Aplica-se às autarquias e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, caput, e no seu inciso II, do Código de Processo Civil*”), não há como negar vigência ao princípio do “tantum devolutum quantum appellatum”.

Nesses casos só se vislumbram duas alternativas.

A primeira diz respeito à hipótese em que se recorreu não do mérito propriamente dito, mas apenas no que concerne à prejudicial de mérito de decadência ou prescrição.

Nessa situação a 1ª, a 2ª, a 4ª e a 5ª Turmas do STJ entendem que, se o Tribunal dá provimento à apelação e rejeita a alegação de prescrição, acolhida na sentença, os autos devem baixar à primeira instância para que o juiz aprecie o mérito da causa (1ª Turma: REsp 6.613-0-SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, deram provimento, v.u., DJU 23.8.93, p. 16.560; 2ª Turma: RSTJ 26/532, 127/234 e REsp 21.008-BA, rel. Min. Ari Pargendler, j. 14.3.96, deram provimento, v.u., DJU 22.4.96, p. 12.556; 4ª Turma: RSTJ 26/445, 33/627, STJ-Bol. AASP 1.742/143; 5ª Turma: REsp 97.251-SP, Rel. Min. José Dantas, j. 24.9.96, deram provimento parcial, v.u., DJU 29.10.96, p. 41.683).

A 3ª Turma é de opinião diferente: *“Acolhida em primeiro grau, a alegação de prescrição, a decisão é de mérito. Superado o óbice, em segundo momento, devem os juízes do recurso prosseguir no exame da causa. Se, todavia, houver necessidade de elucidação dos fatos alegados pelas partes, deve-se ensejar a produção de provas.”* (REsp 198.835-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 2.3.99, deram provimento, v.u., DJU 3.5.99, p. 150)

Em ambas as correntes, o termo inicial, de qualquer forma estaria adiado, não obstante se tenha que chamar a atenção para o fato de que, conforme a corrente que se adote (majoritária que devolve a análise do mérito ao juiz, ou minoritária que defende que o Tribunal, afastada a prejudicial, desde já adentre

no mérito), os termos iniciais, no que concerne à propositura de rescisória em que se discuta o mérito propriamente dito, poderão ser diversos.

Observe-se que, nessa hipótese, não se trataria de recurso parcial, vez que se o juiz na sentença decidiu o mérito em sede de prejudicial, com certeza não terá adentrado no mérito propriamente dito, não havendo, nesse momento pelo menos, “outra parte” que deixou de ser recorrida. Em tais casos, na verdade, o recurso terá sido sempre total.

Outra alternativa ocorre quando, a matéria que dá ensejo à ação rescisória é uma daquelas previstas nos arts. 267, § 3º, e 301, I a VIII e X a XII, todos do CPC, as quais podem ser conhecidas de ofícios e em qualquer grau pelo magistrado.

Nessas hipóteses, que podem abrir ensejo à rescisória com fulcro no art. 485, II, IV ou V, do CPC, não há que se falar em transitório em julgado material parcial.

É o que se deduz, em interpretação em sentido contrário, do trecho do voto do Ministro Moreira Alves, prolatado na já mencionada AR 903/SP. Confira-se:

“(…)

*No caso, nenhuma das questões poderia ter sido apreciada pelo acórdão desta Corte que julgou os embargos de divergência, pois estes se circunscreveram a dois pontos que nada têm que ver com as questões acima aludidas, questões estas que não poderiam ser modificadas, sequer de ofício, pelo Plenário desta Corte, ao julgar os embargos de divergência.” (grifei)*

O prazo se conta do trânsito em julgado da decisão que resolveu o último recurso, mesmo que este se refira a outras questões que não às previstas nos arts. 267, § 3º, e 301, I a VIII e X a XII, todos do CPC. Estas últimas, aliás, não dizem respeito ao mérito e eventual rescisória que fosse interposta de decisão que apenas delas resolvesse não mereceria conhecimento, em face do disposto no art. 485, “caput” do CPC.

### 3. CONCLUSÃO

A posição dominante no STJ, STF e na doutrina é no sentido de que o início de contagem do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória não é uniforme.

É possível que o direito de propor a ação rescisória nasça em momentos diversos para as partes e relativamente às diferentes partes autônomas da decisão, hipótese em que o prazo decadencial para parte que se conformou com o julgado se inicia a partir do trânsito julgado material da decisão final que lhe foi desfavorável.

Diante de tal quadro, necessário se faz que o autor, quando da necessidade da propositura de rescisória, atente para o aspecto de que, se a decisão prolatada na ação originária possui questões autônomas, a interposição de recurso de uma parte da decisão não impede que se inicie a contagem do prazo decadencial para a parte não abrangida pelo recurso, pelo menos para aquele autor que não for beneficiário do privilégio da remessa necessária no processo originário.

A questão, contudo, não é tão simples, em face do volume de ações rescisórias que se encontram na situação apontada. Necessário se faz a busca de soluções possíveis.

As alternativas que se vislumbram, diante do quadro jurisprudencial apontado se referem:

- a) Na hipótese em que o acórdão prolatado em sede de apelação resultou de remessa necessária e de recurso voluntário parcial. Nesse caso, não haveria que se falar em coisa julgada material da parte não impugnada no recurso voluntário, vez que não vige na situação o princípio do “tantum devolutum, quantum appellatum”, devolvendo-se o conhecimento da matéria em sua inteireza ao Tribunal. Em tal situação, a rescisória poderia se fundar na parte que não foi objeto do recurso voluntário parcial. Necessário se faz, portanto, que, caso a parte autora da ação rescisória seja beneficiária do privilégio mencionado, fique atenta para eventual equívoco do Tribunal ao apreciar a rescisória, caso no julgamento desconsidere o efeito da remessa necessária.
- b) Outra alternativa que se vislumbra ocorre quando, o Tribunal, em sede de apelação, afasta prejudicial de mérito reconhecida na sentença. Nesse caso, o prazo para a propositura da rescisória, no que concerne ao mérito propriamente dito, que não fora impugnado em sede de apelação, resta adiado. Essa hipótese, contudo, não se adequa plenamente à situação estudada. Ocorre que se o juiz extinguiu o processo em sede de prejudicial, com certeza não terá adentrado no mérito propriamente dito, não podendo se considerar o recurso que atacou a questão prejudicial como parcial, mas sim como total.
- c) Por último, caso a rescisória se fulcre em uma das hipóteses do art. 485, II, IV e V, do CPC, por ofensa a um dos aspectos elencados nos arts. 267, § 3º, e 301, I a VIII e X a XII, todos do CPC, mesmo que no recurso voluntário da ação originária não se tenha levantado qualquer dessas questões, o prazo decadencial se conta da última decisão, vez que concernem a questões que o magistrado deve conhecer de ofício e em qualquer grau.

Nunca é demais recordar, por fim, que em se tratando de questão processual, a tese jurisprudencial e doutrinária dominante pode ser utilizada por ambas as partes, conforme a posição em que se encontrem no processo. Desta forma, em ações rescisórias contra si propostas deverá o réu ficar atento e sendo o caso alegar, em sede de preliminar de contestação, a decadência do direito da parte autora que tenha impugnado apenas parcialmente a decisão da ação originária, se o que se pretende rescindir é esta parte da decisão e caso já se tenha ultrapassado o duênio decadencial desde o trânsito em julgado da parte da decisão não atacada.

---

\* Procurador Federal/INSS/Subprocuradoria Geral do INSS – Brasília/DF.



A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DO RITO  
ORDINÁRIO NA SINDICÂNCIA PUNITIVA

Vinicius de Carvalho Madeira \*

## 1. A SINDICÂNCIA COMO PROCESSO

Quem quer que se debruce sobre o Título V da Lei 8.112/90, que trata “Do Processo Administrativo Disciplinar”, percebe que a Lei é extremamente descuidada nesta parte e contém diversos erros e incongruências, que levam à perplexidade quem se vê na obrigação de aplicá-la.

O legislador foi especialmente infeliz em relação à sindicância e à sua distinção do processo disciplinar. Este até que vem razoavelmente disciplinado na lei. Em contrapartida, a sindicância aparece em pouquíssimos artigos e a prática a transformou numa panacéia, num remédio que serve para todos os males. Não há definição do que seja sindicância.

A sindicância deveria ser como o inquérito policial. Um procedimento que visasse a instruir a posterior ação penal, *in casu*, o posterior processo administrativo disciplinar. Deveras, essa é a sua origem histórica.

Contudo não é bem assim que funciona. A sindicância pode, por si só, redundar em punição, como permite a Lei 8.112/90, em seu art. 145, inciso II. Isto afasta a semelhança completa entre a sindicância e o inquérito policial, pois neste **jamais haverá punição**.

Assim, o melhor conceito para a sindicância ensejadora de punição é aquele que a confunde com **processo**.

Diogenes Gasparini ensina que: “Na esfera federal, a **sindicância** é, na realidade, processo administrativo disciplinar, dado que, nos termos do art. 143 da lei do regime jurídico único dos servidores da União, presta-se para promover a apuração de irregularidades no serviço público, assegurada ao acusado ampla defesa”<sup>1</sup>.

O que importa para o presente estudo é destacar que quando a sindicância for utilizada como meio de punição – ainda que somente para punições leves – será sempre encarada como **processo**, o que obriga o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

## 2. O RITO DA SINDICÂNCIA

Sempre que estivermos diante de alguma controvérsia, litígio, acusado e acusador o instrumento destinado a pacificar a questão será o **processo**, não importando o nome que se dê a ele nem a complexidade da *quæstio* em discussão.

<sup>1</sup> *Direito administrativo*, 2ª ed., Saraiva, 1992, p. 598.

Por ser processo, haverá sempre de se sujeitar ao contraditório e à ampla defesa, como determina o art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, sendo indiferente se esse processo é judicial ou administrativo.

Criou-se na doutrina dois tipos de sindicância, às quais denominamos sindicância/inquérito (meramente apuratória e instrutória, sem contraditório) e sindicância/processo (instrumento de punição com contraditório e ampla defesa).

Como a lei não diz qual o rito do processo de sindicância, tratando apenas do genérico processo disciplinar, defendemos que quando a sindicância for punitiva, isto é, processo, será ela processo disciplinar e, por isso, seguirá as mesmas regras adotadas pela doutrina e pela prática para o processo administrativo disciplinar *stricto sensu*.

Com efeito, firmamos com a doutrina a assertiva de que as regras para a **sindicância/processo** são as mesmas do **processo administrativo disciplinar** *stricto sensu*.

Indo mais além, afirmamos que **os dois Institutos são, na prática, idênticos** e indistinguíveis. Desnecessária, portanto, a separação entre ambos. Não importa que parte da doutrina assim o queira, a lei não o fez, tornando impossível ao intérprete fazê-lo.

A tentativa de distingui-los com base no art. 145 do RJU, que prevê a possibilidade de a sindicância resultar em aplicação de penalidade leve, esbarra na total ausência legal de separação dos ritos processuais entre os dois.

Falar que a sindicância/processo segue **rito sumário** e o processo administrativo disciplinar *stricto sensu* **ordinário**, não se sustenta porque, na ausência de previsão legal expressa, o administrador não pode restringir direitos e julgar servidores sumariamente, com limitações para a defesa, como a redução de prazos. Isto fere a ampla defesa, princípio constitucional que não comporta exceção em processos punitivos.

A determinação do Estatuto dos Servidores Públicos de que a sindicância terá prazo de 30 dias para ser concluída (metade do tempo dado ao processo administrativo disciplinar *stricto sensu*) não pode significar que os prazos processuais serão diminuídos à metade. Isto afronta ao princípio constitucional da ampla defesa.

O intérprete não pode restringir direitos, mas apenas aplicar a lei. A premissa maior de que a sindicância tem de ser concluída com brevidade, não conduz à premissa menor de necessária redução dos prazos previstos no diploma legal em benefício do acusado. Tal silogismo não pode se sustentar, pois é falacioso.

Por que a ampla defesa na sindicância poderia ser menos ampla do que no processo administrativo disciplinar *stricto sensu*, sem que haja previsão legal para isso? Por acaso o indiciado por falta leve pode ser apenado injustamente porquanto sua punição será branda? Claro que não! Para o bom servidor, mesmo a mera advertência é pena grave, macula sua vida funcional e machuca sua consciência.

Os dez dias para apresentação da defesa escrita, **verbi gratia**, não poderão ser apenas cinco nos casos de sindicância. Sabemos que muitos administradores aplicam tal redução arrimados nessa doutrina, que, *data maxima venia*, entendemos falha e desrespeitosa ao devido processo legal. Mas esperamos que um dia isto não mais se repita.

Há doutrinadores que, apesar de defenderem a necessidade de um rito mais célere para a sindicância (que seria o rito sumário), não concordam em reduzir os prazos deferidos ao sindicado. No caso do aludido prazo para defesa escrita, na festejada obra de JOSÉ ARMANDO DA COSTA há passagem em que aconselha o sindicante – ao concluir que a falta apurada é de natureza leve – a fazer uma síntese das acusações e, em seguida, abrir vistas ao imputado, deferindo-lhe “o prazo de dez dias para oferecer defesa e requerer a realização de diligências reputadas úteis ao esclarecimento dos fatos”<sup>2</sup>. Ou seja, mesmo na sindicância o prazo de 10 dias para a defesa escrita, previsto no § 1º, do art. 161, da Lei 8.112/90, não é reduzido à metade.

Deveras, seria conveniente que a sindicância viesse prevista em lei com prazos mais céleres – desde que justos – e com menos formalidades, seguindo um rito sumário. Contudo isso não foi feito. Não pode, destarte, o administrador, criar normas prejudiciais ao sindicado, pois o legislador assim não o fez.

Por isso não concordamos com aquela parte da doutrina defensora da divisão do processo disciplinar sob o rito ordinário e sob o rito sumário. **Este procedimento sumário não existe na lei**, não há como aplicá-lo ao arrepio dela.

Para não deixar brechas cumpre assentar que a previsão legal de que a sindicância tem prazo para conclusão menor do que o do processo disciplinar, não se aplica à sindicância/processo, mas apenas à sindicância/inquérito. Aquela, por ser processo disciplinar, segue o mesmo prazo do processo disciplinar ensejador de punição grave.

### 3. A AFRONTA À AMPLA DEFESA PELA APLICAÇÃO DE RITO SUMÁRIO NA SINDICÂNCIA ENSEJADORA DE PUNIÇÃO – QUESTÃO PRÁTICA

A doutrina estabeleceu para o desenvolvimento do que ela denomina de sindicância, **as mesmas fases** nas quais se divide o processo disciplinar: instauração, inquérito e julgamento (art. 151 da Lei 8.112/90).

José Armando da Costa vislumbra no processo disciplinar cinco fases: a) a da instauração; b) a da instrução; c) a da defesa; d) a do relatório; e e) a do julgamento<sup>3</sup>.

Como a própria doutrina admite, as fases da sindicância e do processo administrativo disciplinar *stricto sensu* são as mesmas. Então, das duas, uma: ou o processo de sindicância segue estas fases na forma de um rito *sumário*; ou orienta-se exatamente pelos mesmos procedimentos do processo administrativo disciplinar *stricto sensu*.

No último caso, parece óbvio que, se os dois Institutos seguem exatamente o mesmo procedimento, desnecessário distingui-los, ambos são idênticos: processo disciplinar.

<sup>2</sup> *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*, 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p. 87.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 136 e ss.; Sebastião José Lessa acrescenta a este rol a fase da **apuração**, que para outros está contida na própria instrução (*Do processo administrativo disciplinar e da sindicância*, 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p. 49 e ss.).

Já a aplicação da primeira hipótese afronta ao contraditório e à ampla defesa. Vejamos.

Na fase da **instauração** a autoridade competente deverá fazer publicar (pode ser apenas nos murais da repartição) a portaria inaugural do processo disciplinar, designando a comissão processante, indicando o objeto do processo e a **individualização dos acusados**.

Nesse caso, se a administração assim proceder o servidor saberá, desde logo, que está sendo investigado e pode vir a ser punido em decorrência dos trabalhos da *Comissão de Sindicância*. Logo, terá de ser cumprido o art. 156 do RJU, dando ao *sindicado* o direito de acompanhar o processo desde o início, até nos depoimentos das testemunhas.

Contudo, não é assim que funciona. Quando se trata de *mera sindicância* o sindicato normalmente não sabe nem mesmo que cometeu alguma falta disciplinar, o que por si só já anularia o processo<sup>4</sup>.

Na fase da **instrução** a Comissão busca as provas, ouve testemunhas, escuta o futuro acusado e, ao final, elabora o **despacho de instrução e indicição**. Ou seja, pela lei, o processo começa e o acusado somente é indiciado lá adiante. Somente neste ponto é que terá direito a aprestar defesa escrita.

Sebastião José Lessa explica que o **despacho de instrução e indicição** deve conter “*a exposição circunstanciada do fato imputado ao acusado, com a indicação das provas respectivas, e as disposições legais transgredidas*”<sup>5</sup>. Ora, isto equivale à denúncia do processo penal e como tal deveria vir **antes de iniciado o processo**, para que o servidor pudesse exercer plenamente a sua defesa até mesmo durante a fase de recolhimento de testemunhos e provas periciais. Como alguém pode se defender antes de ser-lhe imputada as infrações?

Daí se dizer que a portaria de instauração tem de, necessariamente, indicar, ao menos de maneira sumária, o ilícito administrativo e o seu autor, caso contrário não poderá seguir na forma de processo ensejador de punição.

A defesa tem de ser exercida a todo tempo e desde o início, se não for assim, o processo não será o que o seu nome diz ser, conseqüentemente não poderá servir de base para qualquer punição, nem mesmo a advertência.

Porem, a Comissão de Sindicância, querendo seguir rito *sumário*, espera o despacho de indiciamento para, só aí, conceder ao acusado a defesa, e mesma assim, somente escrita. É como se tudo estivesse pronto, aguardando defesa meramente formal, para, a seguir, vir a reprimenda. Não houve processo contraditório, apenas ao final, quando todas as provas estão produzidas – as vezes de maneira deturpada, pois o acusado não se manifestou durante a produção delas – é que o servidor tentará combatê-las. Isto não é subordinação ao contraditório e à ampla defesa.

<sup>4</sup> Sebastião José Lessa, comentando a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: “*É nula a portaria que determina a instauração de processo administrativo contra funcionário público se a mesma não contém a exposição do fato ou fatos que constituem infração disciplinares ...*” (RT 232/257), afirma que: “*Embora tal decisão se refira expressamente ao processo administrativo tal nulidade pode também ocorrer na sindicância*” (Op. cit., p. 53).

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*, p. 62.

A ampla defesa e o contraditório – já o disse a Jurisprudência – tem de ser total e ilimitada, não se submetendo a caprichos do administrador que quer criar rito sumário de apuração e julgamento não previsto na lei federal.

As duas outras fases não importam muito ao presente estudo. O **relatório** é como se fosse uma sentença da Comissão de Sindicância, a qual irá orientar a autoridade superior a, na fase do **julgamento**, aplicar, entre as penalidades cabíveis, aquela que entender mais justa.

Assim, segundo o inusitado regramento legal do processo em estudo – chamado pela lei de *inquérito* (art. 153) – ele se iniciará pela tomada de depoimentos de testemunhas, denunciante<sup>6</sup>, e efetuação de diligências (art. 155). Somente após a inquirição das testemunhas é que haverá o interrogatório do acusado (art. 159).

Ocorre que muitas vezes – como visto – quando o administrador resolve apurar os fatos e punir o infrator por meio de sindicância, a Comissão, por seguir um procedimento *sumario* e sob ranço pré-processual (visto se tratar de *mera sindicância*) ouve as testemunhas sem avisar ao futuro acusado que ele está sendo objeto de processo disciplinar. As vezes ele próprio é ouvido na condição de testemunha sem saber que será indiciado adiante.

Nesse caso, como lhe garantir o direito à ampla defesa que o art. 143 assegura tanto nos casos de sindicância como nos de processo administrativo disciplinar *stricto sensu*?

Se o processo começa, são ouvidas testemunhas, o próprio acusado é ouvido sem saber da sua condição, efetuam-se diligências etc e só no final vem o indiciamento do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados (art. 161), evidentemente não se lhe permitiu a ampla defesa desde o início do processo.

Não adianta se falar que após o indiciamento o sindicato terá o prazo de 10 dias (ou 5, segundo os mais rigorosos) para apresentar sua defesa escrita e requerer novas diligências e oitiva de testemunhas. Nesta fase as testemunhas já foram ouvidas longe de sua presença e, independentemente de poderem ser reinquiridas, o que foi dito por elas longe da presença do defensor do acusado, que não teve oportunidade de efetuar perguntas no primeiro momento, poderá ser utilizado em desfavor do servidor. Não é justo. Quando estas testemunhas são ouvidas ainda em inquérito, quando do processo aqueles depoimentos não serão utilizados contra o acusado, como o são quando prestados num processo.

E ainda há o caso em que o próprio acusado é ouvido sem saber que está sendo investigado, sem levar consigo advogado que o defenda da sanha de alguma comissão inescrupulosa. Não se pode olvidar que o direito ao silêncio é prerrogativa constitucional. Se o servidor soubesse da acusação talvez se calasse quando da primeira oitiva<sup>7</sup>. Não importa que futuramente seja interrogado na presença do

<sup>6</sup> O art. 144 do RJU se refere à pessoa que informa sobre as irregularidades como *denunciante*, **verbis**: “As **denúncias** sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do **denunciante** e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade”.

<sup>7</sup> cf. Lúcia Valle de Figueiredo (*Procedimento e processo administrativo, in, Perspectivas do direito público*, coordenação de Carmen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 396/399).

advogado, o qual, apesar de não poder se manifestar (como ocorre no processo penal), apenas a sua presença já facilitará o trabalho da defesa e prestará homenagem ao devido processo legal.

Se o processo fosse instaurado na forma de processo administrativo disciplinar *stricto sensu* **desde o início**, a comissão seria obrigada a, cumprindo o art. 156 do RJU, assegurar ao servidor acusado o direito de **acompanhar** o processo pessoalmente. **Na sindicância, como ele não sabe ainda que é acusado** – pois trata-se de mera sindicância, inquérito, fase apuratória – não tem **necessidade** de se defender.

O problema é que a Comissão de Sindicância esquece-se de que o acusado não acompanhou o processo e o indicia, dando-lhe apenas o prazo de, no máximo, 10 dias para defesa escrita. Afronta-se, assim, o contraditório, pois iniciou-se um **processo** apenas com juiz, sem acusador nem acusado.

Algumas e raras Comissões de Sindicância, para evitar isso, já se iniciam proporcionando a ampla defesa desde o início, informando o acusado da sua condição no processo e dos fatos a ele imputados. Mas neste caso, isto não é sindicância, é efetivo processo disciplinar, não se podendo aplicar redução de prazos sob pena de afronta a lei e o princípio constitucional da ampla defesa. Daí a desnecessidade de separação de nomes, ambos os procedimentos são processos disciplinares, devem, por isso, se fundir num único Instituto: o processo disciplinar.

Isso não mata a idéia de se apurar e punir servidores públicos por meio de procedimentos mais simplificados.

O processo disciplinar foi concebido para ser aplicado de forma célere e eficaz. Mesmo a punição disciplinar mais severa será aplicada num processo muito mais rápido do que se o administrador precisasse recorrer ao Judiciário para punir seus servidores.

O respeito ao contraditório e à ampla defesa não é pretexto para a morosidade.

Quando o caso é realmente simples, o processo que dele cuide será rápido por si só, não importa que se denomine sindicância ou processo administrativo disciplinar *stricto sensu*.

#### 4. CONCLUSÃO

Concluímos, então, que a sindicância/processo não se distingue do processo administrativo disciplinar *stricto sensu*, sendo ambos um só: processo administrativo disciplinar, o qual deve respeitar o contraditório e a ampla defesa, devendo seguir o único rito previsto na Lei 8.112/90: o rito ordinário.

Assim, sugerimos ao administrador que, enquanto a Lei 8.112/90 não for corrigida, somente instaure sindicância para apurar autoria e materialidade ainda não definidas, utilizando-a, posteriormente, como peça de informação do processo disciplinar.

Nos casos em que o ilícito já for definido, assim como os prováveis culpados, deve-se instaurar direto o processo disciplinar, mesmo que a irregularidade seja leve. Não se esquecendo de definir o fato, a autoria e o ilícito já na portaria de instauração. Isto evitará problemas futuros com anulações do processo pelo Poder Judiciário por desrespeito ao contraditório e à ampla defesa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*, 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 1996.
- FIGUEREDO, Lúcia Valle. *Processo disciplinar e sindicância*, in *Boletim de direito administrativo*, Editora NDJ, São Paulo, nº 5, 1995, p. 264/272.
- \_\_\_\_\_. *Procedimento e processo administrativo*, in, *Perspectivas do direito público*, coordenação de Carmen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, 2ª ed., Saraiva, 1992.
- LESSA, Sebastião José. *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância*, 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 1996.
- LIMA, J. B. de Menezes. *Sindicância & verdade sabida*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

\* Procurador Federal/INSS.



## BREVE APANHADO SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*Raphael Peixoto de Paula Marques \**

“Desde que não se tirem aos homens os bens nem a honra, vivem estes satisfeitos, e só se deverá combater a ambição de poucos, a qual se pode sofrer de muitos modos e com facilidade. Fã-lo desprezível o ser considerado volúvel, leviano, efeminado, pusilânime, irresoluto. E essas são coisas que devem ser evitadas pelo príncipe como um nauta evita um rochedo. Deve ele procurar que em suas ações se reconheça grandeza, coragem, gravidade e fortaleza, e quanto às ações privadas de seus súditos deve fazer com que a sua sentença seja irrevogável, conduzindo-se de tal forma que a ninguém passe pela mente enganá-lo nem em fazê-lo mudar de idéia.

O príncipe que conseguir formar tal opinião de si adquire grande reputação; e contra quem é reputado dificilmente se conspira e dificilmente é atacado enquanto for tido como excelente e reverenciado pelos seus”.

Maquiavel

## SUMÁRIO

1. Introdução
2. Considerações Preliminares
  - 2.1 Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública
  - 2.2 Moralidade e Probidade
  - 2.3 Histórico da Improbidade Administrativa no ordenamento jurídico brasileiro
  - 2.4 Da inconstitucionalidade da Lei 8.429/92

3. Exame da Lei Federal 8.429/92
  - 3.1 Sujeitos da improbidade administrativa
  - 3.2 Classificação dos atos de improbidade administrativa
  - 3.3 Sanções
  - 3.4 Da declaração de bens
  - 3.5 Do procedimento administrativo e judicial
4. Conclusões

## 1. INTRODUÇÃO

**H**odiernamente é grave a crise por que passa a nossa sociedade. É cada vez mais freqüente o envolvimento de agentes públicos com casos de corrupção, abuso do poder, e outros fatos que desvirtuam a legítima função do administrador público. Já dizia Montesquieu na sua famosa obra intitulada “Espírito das leis”: *“aquele que detém o poder, tende a dele abusar”*.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, tal qual o Brasil, o poder emana unicamente do povo, seu titular legítimo. Quanto a isto, nossa Lei Fundamental é expressa em seu art. 1º, V, parágrafo único.<sup>1</sup>

É a soberania popular fundamento do poder político, e sem ela, este tornar-se-á esvaído de conteúdo. Calha trazer à lume os ensinamentos do mestre Canotilho:

*“A articulação do direito e do poder no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O Estado constitucional carece de legitimidade do poder político e da legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder.”<sup>2</sup>*

Dessarte, cumpre a este mesmo povo, detentor legítimo do poder político, controlá-lo. O bem-estar social tem levado o Estado moderno a editar cada vez mais normas com o intuito de gerar mecanismo para tal mister, pois, o verdadeiro direito é aquele que anda de mãos dadas com a justiça social e com a realidade tão influenciada pelos ventos de justiça, igualdade e democracia.

Neste particular, foi editada a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992<sup>3</sup>, ou melhor dizendo, Lei de Improbidade Administrativa. Esta trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração pública, direta, indireta ou fundacional, tendo base direta na nossa *Lex Mater*, abrangendo o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e o atentado aos princípios da Administração Pública.

<sup>1</sup> Art. 1º. (...)

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999, p. 27.

<sup>3</sup> Doravante tratada por Lei 8.429/92 ou LIA.

Com ela, o Judiciário, o Ministério Público, os cidadãos, os advogados e os Tribunais de Contas têm em suas mãos um forte instrumento para dar um basta nessa onda de corrupção que vem assolando nosso país.

O presente trabalho tem o escopo de estudar a referida lei, traçando-lhe os contornos e dando uma ênfase maior às suas peculiaridades. Inicialmente, esboçar-se-ão algumas considerações preliminares acerca dos princípios reguladores da Administração Pública, dando maior relevo aos da moralidade e probidade, para, a seguir, diferenciá-los no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa.

Logo após, discorrer-se-á sobre o histórico da improbidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio, comentando a possível inconstitucionalidade da Lei 8.429/92.

Por derradeiro, será analisada a Lei de Improbidade Administrativa propriamente dita, nunca esquecendo, e valendo-se da lição de Kyoshi Harada, que *“a improbidade administrativa é um cancro que corrói a administração pública. Pelo seu efeito perverso, que afeta a vida da sociedade causando descrédito e revolta contra a classe dirigente em geral, acaba por minar os princípios basilares que estruturam o Estado Democrático de Direito”*.<sup>4</sup>

## 2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de adentrar o exame propriamente dito da Lei 8.429/92, faz-se mister analisar alguns aspectos introdutórios como os princípios regentes da Administração Pública, a diferença entre moralidade e probidade, o histórico da legislação acerca da improbidade administrativa e tecer um singelo comentário sobre a possível inconstitucionalidade da lei em epígrafe.

### 2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGULADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado Constitucional Democrático de Direito é aquele onde o estado atua através do direito, onde este delimita o poder através de uma lei superior, sendo esta fruto da vontade popular.

Esta lei superior, ou seja, a Constituição Federal, deve ser compreendida como um sistema normativo composto por princípios (implícitos e explícitos) e normas jurídicas.

Nesse viés, todas as instituições públicas e privadas, por conseguinte, a Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder discricionário, têm que estar de acordo com seus princípios reguladores, sejam expressos ou implícitos, e demais normas jurídicas deles decorrentes.

A Constituição de 1988 trouxe, expressamente no *caput* do art. 37<sup>5</sup>, os princípios constitucionais regentes da Administração Pública, quais sejam, legalidade,

<sup>4</sup> HARADA, Kyoshi. *Improbidade Administrativa*. Texto confeccionado em 19 de Setembro de 2000.

<sup>5</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

impessoalidade, moralidade, publicidade e, mais recentemente com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência.

Tais princípios são de basilar importância na atuação administrativa, pois segundo o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada”.*<sup>6</sup>

Mas não só a princípios constitucionais expressos que há violação. Os chamados princípios implícitos também o são, pois eles igualmente possuem carga atributiva, axiológica e vinculativa. Convém trazer à colação magistério do abalizado Roque Antônio Carrazza sobre o assunto em pauta:

*“Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental jurídico teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro e, não, do fato de um estar melhor ou pior desvendado no texto jurídico. Aliás, as normas jurídicas não trazem sequer expressa sua condição de princípios ou de regras. É o jurista que, ao debruçar-se sobre elas, identifica-as e hierarquiza-as”.*<sup>7</sup>

Ademais, e segundo Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, *“no exame dos atos de improbidade administrativa, é crucial que se levem em conta não apenas os princípios informativos explícitos, mas também os implícitos, para que se caracterize a efetiva deformação funcional e reste à calva o intuito final do agente público ímprobo”.*<sup>8</sup>

No tocante ao princípio da legalidade, este vem expresso no art. 5º, II, da nossa Carta Magna, onde *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Entrementes, para a Administração Pública, a legalidade passa a ter feições peculiares, pois, sua atuação resta condicionada ao que a lei determina, sendo permitido ao administrador público realizar somente aquelas condutas legalmente previstas.

Vale observar que, nesse sentido, a acepção lei não é restrita, limitando-se a esta ou aquela norma. Seu significado é muito mais abrangente, pois revela não só a lei em si, mas todo o arcabouço legal e constitucional em que está inserida.

<sup>6</sup> Apud FILHO, Marino Pazzaglini. *Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 17.

<sup>7</sup> Apud FILHO, Marino Pazzaglini. Op. Cit.

<sup>8</sup> *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos na defesa do Patrimônio Público*. São Paulo: Atlas, 1999. p.60.

Nesse sentido nos ensina Marino Pazzagliani Filho:

*“O princípio da legalidade, pois, envolve a sujeição do agente público não só à lei aplicável ao caso concreto, senão também ao regramento jurídico e aos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa. [...] A legalidade é a base matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as atividades administrativas. Os demais princípios constitucionais servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade”.*(grifo nosso)<sup>9</sup>

O princípio da impessoalidade revela-se na finalidade da atuação administrativa, não podendo esta agir em benefício de interesses particulares. A conduta do administrador público deve-se pautar sempre na objetividade e parcialidade, tendo como único propósito a supremacia do interesse público.

Agride o princípio da impessoalidade tanto a promoção pessoal do administrador quanto a promoção do interesse secundário do organismo estatal a que pertence o agente público, quando destoante do interesse público primário, que é o alcance do interesse social.

Para não saturar o leitor, deixar-se-á para comentar o princípio da moralidade no próximo item, quando na ocasião o confrontaremos com o princípio da probidade.

O princípio da publicidade decorre da idéia de transparência da Administração Pública, porquanto não se concebe o trato da *res publica* sem um mínimo de satisfação para a sociedade, afinal o administrador está lidando com uma coisa que não lhe pertence.

É um princípio instrumentalizador do controle externo e interno da gestão administrativa. Ademais, a publicidade é requisito de eficácia dos atos administrativos. Com efeito, a publicidade não se confunde com propaganda ou promoção pessoal dos agentes públicos, porquanto diz respeito às **ações da Administração Pública e não de seus servidores.**

Por fim, o princípio da eficiência, que foi elevado a princípio constitucional pela já referida Emenda Constitucional nº 19/98. Cumpre ressaltar que, malgrado a eficiência ter sido elevada a princípio somente com o advento da supracitada emenda, não se vê atividade administrativa sem o dever de eficiência.

É inerente à atividade administrativa o dever de publicidade, pautando-se pela lei, com vistas ao alcance do fim público (interesse social) e de acordo com os padrões éticos e morais presentes na sociedade, mas também, com o máximo de eficiência, sob pena do ato administrativo não importar nenhum benefício para a sociedade.

Brilhante, a respeito do tema, é o magistério de Alexandre de Moraes:

*“Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a **persecução do bem comum**, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e*

<sup>9</sup> Op. Cit., p. 25-26.

*garantir-se maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum". (grifo nosso)<sup>10</sup>*

Existe, entretanto, outros princípios informadores de uma escorreita atividade administrativa, como o princípio da finalidade, da igualdade, da supremacia do interesse público sobre o privado, da lealdade e boa-fé administrativa, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Dessarte, somente com a observância de todos esses princípios, é que a Administração Pública estará alcançando os fins objetivados pela nossa *Lex Fundamentalis*, conseguindo, assim, pautar-se pelos ditames de um Estado Constitucional Democrático de Direito.

## 2.2 MORALIDADE E PROBIDADE

Há, na questão referente à improbidade administrativa, que se diferenciar os conceitos de moralidade e probidade.

A palavra ímprobo vem do latim *improbus*, exprimindo o sentido de mau, perverso, corrupto, desonesto. Já improbidade vem do latim *improbitas*, que revela o significado de imoralidade, má qualidade, malícia.

Para fins do nosso direito positivo, exteriorizado na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional, administração ímproba é aquela de má qualidade, não se reportando, necessariamente, ao caráter desonesto da atividade administrativa.

Com base nisso, ir-se-á diferenciar os conceitos de probidade e moralidade, sendo esta espécie daquele.

Há, entretanto, aqueles que consideram moralidade e probidade conceitos idênticos. Luiz Alberto Ferracini preleciona: *"entende-se por ato de improbidade má qualidade, imoralidade, malícia. Juridicamente, lega-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter"*.<sup>11</sup>

Existem, por outro lado, aqueles que distinguem os dois conceitos, afirmando, no entanto, que probidade seria espécie de moralidade. É o que ensina Marcelo Figueiredo:

*"Entendemos que a probidade é espécie do gênero moralidade administrativa a que alude, v.g., o art. 37, caput e seu § 4º da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como o faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos*

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 294.

<sup>11</sup> *Apud* FERNANDES, Flávio Sátyro. *Improbidade Administrativa*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 34, n. 136, out/dez, 1997.

*são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa*".<sup>12</sup>

*Data maxima venia*, somos do entendimento contrário. Os dois conceitos não se confundem, contudo, probidade é gênero do qual moralidade é espécie. Nos apegamos à opinião do ilustre Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Flávio Sátyro Fernandes, quando afirma:

*"De nossa parte, divergindo dos que assim pensam, entendemos: a) moralidade e probidade administrativas são noções bem claramente distintas, que se não podem confundir ante os textos legais que, a partir da Constituição Federal, a elas se referem; b) por esses mesmos textos, é forçoso reconhecer, que a probidade é que é gênero, do qual a moralidade é espécie, haja vista a maior amplitude e o maior alcance emprestados à primeira, pela Constituição Federal e pela legislação ordinária*".<sup>13</sup>

O princípio da moralidade norteia a conduta do administrador no sentido de que, embora se paute na legalidade, terá que ser obrigatoriamente uma conduta de acordo com os ditames éticos e morais presentes atualmente na sociedade.

Faz-se mister trazer à colação os ensinamentos de Marino Pazzaglini Filho a respeito do assunto em tela:

*"A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito*".<sup>14</sup>

Ora, o princípio da moralidade nada mais é do que o atendimento do bem comum, observado todos os ditames legais, sem violar a ideologia ética e moral vigente na época. É *"a satisfação do interesse social com legalidade ética"*.<sup>15</sup>

Entrementes, não significa o aludido princípio a mesma coisa do que probidade administrativa. Tanto a nossa *Lex Mater*, quanto a legislação infraconstitucional pertinente à matéria, leva a essa orientação.

Através de uma interpretação sistemática dos arts. 15, V; 37, *caput*, § 4º; 5º, LXXIII; 85, V, da Constituição Federal, e do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, pode-se concluir a posição ora defendida.

Ora, a *mens legislatores* foi colocar o gênero e não a espécie nos dispositivos acima citados. Decorrente disso é que a infração ao princípio da moralidade é apenas uma das modalidades de ato de improbidade administrativa. Isso é óbvio, pois ambas são apenáveis com as sanções previstas nos arts. 15, V, 37, § 4º, e 85, V, entretanto, presente nestes artigos está a expressão improbidade e não moralidade.

<sup>12</sup> *Apud* FERNANDES, Flávio Sátyro. Op. Cit.

<sup>13</sup> Op. Cit.

<sup>14</sup> Op. Cit.

<sup>15</sup> FILHO, Marino Pazzaglini. Op. Cit.

Com relação ao art. 85, V, este reza que é crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na administração. Será que os atos do Presidente que violarem a moralidade não são crime de responsabilidade? Claro que sim. Se probidade fosse espécie de moralidade o dispositivo acima citado restaria diminuído em sua abrangência. À Constituição deve-se dar uma interpretação teleológica, visando a maior aplicabilidade e efetividade de suas normas.

A maior prova de que a moralidade seria espécie de probidade é a Lei 8.429/92, onde a violação àquela é uma das modalidades de configuração de ato de improbidade administrativa.

Nessa esteira, todo ato de imoralidade é ato de improbidade, porém, nem todo ato de improbidade é ato de imoralidade.

Não resta dúvida e, não se pode dar outra interpretação, portanto, de que para fins do nosso ordenamento jurídico positivado, a moralidade e a probidade não se misturam, sendo esta gênero daquela.

### 2.3 HISTÓRICO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Faz-se imperioso frisar o histórico da improbidade para uma melhor compreensão do tema ora estudado.

No tocante à previsão constitucional da improbidade, nenhuma outra constituição ousou abordá-la nos moldes de como se encontra na Carta Política atual. Apenas tratavam do enriquecimento ilícito, modalidade mais incisiva da improbidade administrativa. O art. 146, § 31, *in fine*, da CF de 1946 estatuiu o seguinte: *“a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”*.

Na Constituição de 1967, alterada pelas Emendas 1/69 e 11/78, o art. 153, § 11, previa em sua parte final que *“a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”*.

A Constituição de 1988 inovou no seu art. 37, § 4º, alargando o conceito de improbidade administrativa, passando assim, a sociedade, a contar com mais um instrumento no combate dessa mazela que é a corrupção.

Quanto à legislação infraconstitucional, a atividade legiferante brasileira produziu duas leis nessa área anteriores à Lei nº 8.429/92. Podemos citar a Lei nº 3.164/57 (Lei Pitombo-Godoí Ilha) e a Lei nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto).

A Lei Pitombo-Godoí sujeitava a seqüestro os bens de servidor público, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que aquele tenha ocorrido.

A Lei Bilac Pinto regulava o seqüestro e o perdimento de bens de servidor público da administração direta e indireta, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. Complementava sua antecessora enumerando algumas hipóteses configuradoras do enriquecimento ilícito.

Eram duas leis de pouca aplicação, pois tratavam apenas do enriquecimento ilícito, sendo de rara incidência, máxime no que diz respeito à difícil caracterização daquele.

## 2.4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8.429/92

Cumpra destacar antes de penetrar no estudo da lei em exame, analisar sua possível inconstitucionalidade material e formal.

Analisar-se-á primeiramente a inconstitucionalidade material. Doutrinadores de peso como Toshio Mukai adotam esta opinião. O referido douto tem como fundamento o art. 24 da nossa Lei Fundamental que trata da competência concorrente da União, Estados e Municípios. Entende ele que a Lei 8.429/92 tem caráter administrativo e, por conseguinte, sua edição não seria da competência exclusiva da União. Vejamos seu entendimento:

*“Portanto, a Lei nº 8.429/92 pretende ser, violando o princípio federativo insculpido no art. 18 da Carta Magna, imune até mesmo à emenda constitucional (posto que a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, impede sequer a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado), diploma legal de cogência nacional.*

*E, no caso, inexistente no texto constitucional, dentre as disposições que tratam da distribuição de competências dos entes federados, mormente no art. 24 (que dispõe sobre a competência concorrente), nenhuma autorização à União que lhe outorgue competência legislativa em termos de normas gerais sobre o assunto (improbidade administrativa).*

*Aliás, nem poderia mesmo existir, pois, se se trata de impor sanções aos funcionários e agentes da Administração, a matéria cai inteiramente na competência legislativa em tema de Direito Administrativo, e, portanto, na competência privativa de cada ente político”.*<sup>16</sup>

*Data venia*, não merece acolhida tal entendimento. A Lei de Improbidade Administrativa não tem unicamente caráter administrativo. O ilícito decorrente do cometimento de atos de improbidade é de natureza político-civil. Esse é o magistério de Maria Sylvia Di Pietro:

*“A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter conseqüências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.*

*Note-se que os direitos políticos, que dizem respeito fundamentalmente aos direitos de votar e ser votado, estão assegurados no título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais e só podem ser suspensos ou perdidos nos casos expressos no artigo 15, entre os quais está prevista a*

<sup>16</sup> MUKAI, Toshio. *A inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa*. Boletim de Direito Administrativo. Novembro de 1999

*improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º. Seria inconcebível que cada estado ou cada município pudesse legislar a respeito ou aplicar sanção dessa natureza, mediante processo administrativo. Trata-se de matéria de direito eleitoral (já que afeta fundamentalmente os direitos de votar e de ser votado), de competência privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição”.<sup>17</sup>*

Quanto à inconstitucionalidade formal da Lei 8.429/92, esta é um pouco mais complicada. A sua elaboração e aprovação (da lei) não obedeceu ao sistema legislativo bicameral, instituído pelo art. 65, parágrafo único, da CF/88. Reza o referido artigo, *in verbis*:

*“Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.*

*Parágrafo Único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”.*

Está à espera de julgamento no STF uma ADIn interposta com base no artigo acima transcrito. Resta saber se o Pretório Excelso vai declarar a inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa depois de tanto tempo após a sua entrada em vigor.

### 3. EXAME DA LEI FEDERAL Nº 8.429/92

Passar-se-á, enfim, ao exame da Lei de Improbidade Administrativa, revelando seus sujeitos ativo e passivo, bem como a classificação dos atos de improbidade. Discorrer-se-á, outrossim, acerca das suas sanções, como também seu procedimento administrativo e judicial. Por fim, alguns comentários sobre os instrumentos de combate ao flagelo da improbidade administrativa.

Vejamos o conceito de improbidade administrativa:

*“Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influência nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento da poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos”.<sup>18</sup>*

Com efeito, o objetivo maior da Lei de Improbidade Administrativa é proteger o administrado, e não apenas a Administração Pública, aqui considerada em relação ao seu patrimônio moral e material.

A utilização deste instrumento jurídico deve ser utilizado em função das causas que explicam a presença da corrupção nas sociedades democráticas. São elas:

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

<sup>18</sup> FILHO, Marinho Pazzagli.; ROSA, Márcio Fernando Elias.; JÚNIOR, Waldo Fazzo. *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 39.

*“Causas estas que, podem ser de caráter geral – a citada crise de valores que se repercute necessariamente sobre a integração social que mantém as sociedades vivas –, causas políticas – perda da fé no Estado e no poder político e falta de confiança nos valores legais e sociais que os legitimam – e, por fim, causas econômicas – o espírito da concorrência desenfreada e do enriquecimento sem limites”.<sup>19</sup>*

Vejamos, doravante, os elementos integrantes da Lei 8.429/92.

### 3.1 SUJEITOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade, nos seus artigos 1º, 2º e 3º, define quem são os sujeitos ativo e passivo do ato de improbidade, abaixo analisados:

#### a) Sujeito Passivo

O sujeito passivo do ato de improbidade é qualquer entidade pública ou particular que tenha participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita anual.

Por conseguinte, nesse viés, são sujeitos passivos a administração direta e indireta (autarquias, sociedades de economia mista e fundações); a empresa incorporada ao patrimônio público; entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual; entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual; entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Faz-se importante esclarecer a má redação do art. 1º, quando fala em *“administração direta, indireta ou fundacional de **qualquer dos Poderes...**”*.

Ora, sabemos que apenas o Poder Executivo exerce descentralização (administração indireta e fundacional), enquanto que o Judiciário e o Legislativo, a par de suas funções institucionais, exercem excepcionalmente funções administrativas.

#### b) Sujeito Ativo

É o agente público, assim entendido (conceito dado pelo art. 2º da Lei 8.429/92) como todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º da lei em epígrafe.

Outrossim, é sujeito ativo aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Vale salientar que *“a expressão ‘no que couber’ deixa claro que, ao terceiro, não se aplicará a sanção da perda de função pública, desde que não a tenha”.<sup>20</sup>*

<sup>19</sup> PECES-BARBA. *Sobre la Corrupción. Apud GARCÍA-ALOS, Luís Vacas. Os instrumentos específicos da jurisdição do Tribunal de Contas contra a corrupção.* Revista do Tribunal de Contas de Portugal. Nº 33 – Janeiro a Junho de 2000.

<sup>20</sup> FILHO, Marino Pazzaglini e outros. Op. Cit., p. 45.

Nota-se, entretanto, que o leque de pessoas sujeitas à responsabilidade por atos de improbidade é muito grande, fazendo-se obrigatório o uso do bom senso e a análise do elemento subjetivo do agente na hora de imputação da conduta ilícita.

### 3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 8.429/92 tem em seu corpo três modalidades de atos de improbidade administrativa, quais sejam, os que importam enriquecimento ilícito, os que causam dano ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública. Seria conveniente trazer à baila os casos previstos expressamente na Lei de Improbidade Administrativa, enfatizando, contudo, que são casos *numerus apertus*, isto é, meramente exemplificativos. Essa interpretação decorre da expressão “notadamente” presente no *caput* dos artigos em questão. Essa é a opinião dos doutos:

*“não é rol taxativo ou exaustivo, o que fica claro pela utilização, no caput, do advérbio notadamente para enunciar a dúzia de incisos exemplificativos do enunciado”.*<sup>21</sup> (grifos do autor)

De acordo com o art. 9º os atos que importam enriquecimento ilícito são, *in verbis*:

*“I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;*

*II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;*

*III – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;*

*IV – utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;*

*V – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;*

*VI – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;*

---

<sup>21</sup> Op. Cit., p. 62.

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII – aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX – perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI – incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII – usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

Vê-se, portanto, que o núcleo das condutas tipificadoras do enriquecimento ilícito é a obtenção de vantagem econômica. Seus núcleos verbais resumem-se em receber, perceber, aceitar, utilizar, usar, adquirir e incorporar. Atente-se para o fato de que todas essas modalidades só se caracterizam na forma **dolosa**.

Os atos que importam em dano ao erário estão dispostos no art. 10, *ipsis litteris*:

“I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III – doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV – permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII – conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X – agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII – permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”.

Importante distinguir **erário** de **patrimônio público**. Erário “diz respeito ao econômico-financeiro, ao tesouro, ao fisco, enquanto patrimônio público é noção de espectro muito mais abrangente, sintetizadora não apenas do econômico, mas também do estético, do histórico, do turístico e do artístico”.<sup>22</sup>

Faz-se imperioso frisar a questão do dano. Reza o art. 21 que a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92 não depende da efetiva ocorrência de dano ao **patrimônio público**. Mais uma vez a referida lei peca por má redação, pois, *in casu*, patrimônio público e erário público são usados como sinônimos. Para se configurarem as hipóteses do art. 10 necessitam, obrigatoriamente, da ocorrência do dano, senão vejamos:

*“A importante regra do art. 21 da Lei Federal 8.429/92, segundo a qual a aplicação das sanções que a lei em foco estabelece independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, deve ser entendida com cautela. Leia-se ‘nem todas as sanções’ que prescreve estão vinculadas à ocorrência de dano concreto ao erário, porque, se as espécies dos arts. 9º e 11º realmente não se subordinam ao dano concreto, pecuniariamente mensurável, as modalidades insertas no art. 10 dependem sim, para sua configuração, de efetiva lesão aos cofres públicos e não ao patrimônio público”.*<sup>23</sup>

Merece atenção especial o fato de que responsabilidade do agente público fundada na culpa *stricto sensu* somente é prevista na modalidade dos atos de improbidade que causem prejuízo ao erário. Entretanto, aos agentes políticos em geral, não se aplica a responsabilização civil lastreada nos padrões comuns da culpa, para a caracterização de infração culposa nas hipóteses presentes no art. 10 da Lei 8.429/92. A sua responsabilização somente poderá ser fundamentada na culpa grave.

Com relação aos membros da Magistratura e do Ministério Público, não se aplica a modalidade culposa, inclusive na modalidade de culpa grave, em decorrência de normas específicas que restringem sua responsabilização pessoal e civil somente na hipótese de dolo.

Os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública estão previstos no art. 11, *in verbis*:

<sup>22</sup> Op. Cit., p. 75.

<sup>23</sup> Op. Cit., p. 75.

*I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;*

*II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;*

*III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;*

*IV – negar publicidade aos atos oficiais;*

*V – frustrar a licitude de concurso público;*

*VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;*

*VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço”.*

Tal dispositivo legal atua como regra, como exceção, pois, se a conduta importar em enriquecimento ilícito ou dano ao erário será enquadrada nestas modalidades.

### 3.3 SANÇÕES

A Lei 8.429/92 não se preocupou em tipificar crimes, porquanto as condutas nela descritas constituem em sanções de natureza civil e política.

Os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito estão sujeitos às seguintes penas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos (oito a dez anos), pagamento de multa civil (até três vezes o valor do dano), proibição de contratar com o Poder Público (dez anos).

Os atos de improbidade que causem dano ao erário são apenáveis com: ressarcimento integral do dano, perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda de função pública e suspensão dos direitos políticos (cinco a oito anos), pagamento de multa civil (até duas vezes o valor do dano) e proibição de contratar com o Poder Público (cinco anos).

Por fim, os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública têm como pena: ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos.

### 3.4 DA DECLARAÇÃO DE BENS

Para otimizar a fiscalização efetiva da evolução patrimonial dos gestores públicos, evitando, assim, atos de improbidade, a Lei 8.429/92 prevê a obrigação de todo agente público declarar seus bens e valores que compõem seu patrimônio particular.

### 3.5 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

No tocante ao procedimento administrativo, qualquer cidadão pode representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada a investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. A rejeição, entretantes, não obstará a investigação dos fatos pelo Ministério Público.

O interessado ainda pode representar diretamente ao Ministério Público, bem como, pode este, de ofício, requisitar instauração de inquérito policial e procedimento administrativo.

Instaurado o processo administrativo a comissão processante dará ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, podendo estes, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Entende Flávio Sátyro Fernandes que *“os processos de prestação de contas dos diferentes agentes públicos, cujo julgamento cabe ao Tribunal de Contas, valem como os procedimentos administrativos a que se reporta a Lei 8.429/92”*.<sup>24</sup>

Com relação ao procedimento judicial previsto na lei em comento, poder-se-á resumi-lo nos seguintes pontos: medida cautelar de seqüestro do bens do responsável por lesão ao erário ou enriquecimento ilícito; medida cautelar de bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiros mantidas no exterior, no caso de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário; a ação principal terá o rito ordinário; a pessoa jurídica interessada pode propor a ação ou figurar como litisconsorte do Ministério Público; são vedados o acordo, a transação e a composição; o MP pode propor ação ou funcionar no processo como fiscal da lei; a Fazenda Pública promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público; a sentença de procedência da ação determinará o pagamento à pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, do valor dos danos; a sentença de procedência da ação determinará a reversão dos bens à pessoa jurídica prejudicada, no caso de enriquecimento ilícito.

Deve-se fazer um importante comentário acerca da ação civil pública. Esta é o instrumento idôneo para o Ministério Público combater ferozmente a improbidade administrativa:

*“Ao co-legitimar o Ministério Público para a persecução civil dos atos que maculam o patrimônio público, o legislador constituinte quis reforçar as possibilidades de controle jurisdicional sobre a legalidade e a moralidade dos atos administrativos, minimizando ‘os obstáculos técnicos e econômicos que inibem a participação popular na formação do processo’, suprir a inacessibilidade ao Poder Judiciário e impedir que se reduza ‘a ordem jurídica afirmada a uma ordem não efetivamente garantida’”*.<sup>25</sup>

#### 4. CONCLUSÕES

Procurou-se neste singelo trabalho discorrer sobre a improbidade administrativa, abordando seus principais aspectos e peculiaridades, e enfatizando principalmente a participação da sociedade no combate dessa mazela que é a corrupção administrativa. A referida lei não é um primado legislativo, entretanto, é um forte instrumento para salvaguardar os princípios necessários à manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Faz-se necessário, contudo, um maior exercício por parte da população, da cidadania, não se conformando calada com tais atos. O debate sobre a questão

<sup>24</sup> Op. Cit., p. 107.

<sup>25</sup> FILHO, Marino Pazzaglini e outros. Op. Cit., p. 198.

da cidadania é imprescindível numa sociedade como a nossa, marcada por desigualdades sociais, políticos corruptos, pobreza e violência aguda. Segundo Kyoshi Harada “o exercício da cidadania é a última instância para o efetivo extermínio da improbidade administrativa, que já incorporada na cultura do favorecimento, a qual, tende a ser aceita como algo normal na vida administrativa da nação”<sup>26</sup>. Pois segundo Jô Soares “a corrupção não é uma invenção brasileira, mas a impunidade é uma coisa nossa”.

Portanto, devemos nos conscientizar para acabar de vez com essa onda de corrupção que vem assolando nosso Brasil, para que as gerações futuras possam viver em um país digno e honrado, e para quando olharem para trás, verem o povo que lutou com garra e determinação contra a corrupção, pois esta:

*“é contrária aos princípios de justiça e deslegitima a actividade política e os partidos que a dirigem. Por conseguinte, a Administração e o Estado, bem como todos os cidadãos, devem adoptar uma atitude repressiva para exigir o respeito de regras de ética pública e uma concepção da política que a elimine ou, pelo menos, a reduza a um fenómeno marginal”.*<sup>27</sup>

Por derradeiro, traz-se à baila o eterno Rui Barbosa, um dos maiores combatentes da corrupção, quando dizia **“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, e rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto”**.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### DOCTRINA

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

FILHO, Marino Pazzagliani. *Princípios reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_ e outros. *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos na Defesa do Patrimônio Público*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

### ARTIGOS

FACCIONI, Victor José; RECH, Ruy Remy. *A ética na Administração Pública e os Tribunais de Contas*. RTCE/RS – 2º semestre de 1999.

FERNANDES, Flávio Sátyro. *Improbidade Administrativa*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.34, n. 136. out/dez, 1997.

FREITAZ, Juarez. *Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação*. BDA – Julho de 1996.

<sup>26</sup> HARADA, Kyoshi. Op. Cit.

<sup>27</sup> Citado no relatório da *Fiscalia Especial em Memória de la Fiscalia General Del Estado elevada al Gobierno de la Nacion*. Apud GARCÍA-ALÓS, Luís Vacas. Op.Cit.

GÁRCIA-ALÓS, Luís Vacas. *Os instrumentos específicos da jurisdição do Tribunal de Contas no combate à corrupção*. Revista do Tribunal de Contas de Portugal. Nº 33 – Janeiro a Junho de 2000.

HARADA, Kyoshi. *Improbidade Administrativa*. Texto confeccionado em 19 de Setembro de 2000.

LAZZARINI, Álvaro. *Improbidade Administrativa*. BDA – Outubro de 1997.

MUKAI, Toshio. *A inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa*. BDA – Novembro de 1999.

\* Estudante de Direito da UNIPÊ – João Pessoa/PB. Estagiário do MPJTCE  
E-mail: raphapeixoto@bol.com.br



## O PANORAMA ATUAL DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA NO MERCADO DE TRABALHO

Luiz Claudio Portinho Dias \*

### 1. Introdução

**A** Constituição Federal de 1988, em boa hora, elencou a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho dentre os fundamentos de nosso Estado. E, mais, estabeleceu como um dos pilares de sustentação da ordem econômica nacional a valorização do trabalho, com a finalidade de propiciar existência digna e distribuir justiça social, através da redução das desigualdades sociais.

Restou evidente, também, a intenção do legislador constituinte de assegurar ao deficiente físico – num conjunto sistêmico de normas programáticas – condições mínimas de participação influente na vida ativa da sociedade brasileira. Num avanço sem precedentes, criaram-se as linhas básicas do processo de integração do deficiente físico à sociedade e ao mercado produtivo nacional.

Nosso objetivo, no presente trabalho, é enfatizar o direito de trabalhar das pessoas portadoras de deficiência física. E, nesse ponto, sem dúvida, ainda há muito a ser feito, para que se cumpram os programas constitucionais e se reconheça padrão mínimo de dignidade a essas pessoas.

O direito do trabalho, como se sabe, é um ramo particular da ciência jurídica, com a característica marcante de procurar, nos limites impostos pela organização social, reduzir as desigualdades naturais entre empregados e empregadores, através de um conjunto de normas compensatórias. Mais especificamente, um conjunto de normas compensatórias, que visam equilibrar as relações entre o capital e o trabalho.

Aliás, cumpre aqui abrir um parêntese para lembrar que discriminações legais são instrumentos normativos fundamentais para conferir eficácia plena e real ao princípio da igualdade. Nesse sentido é por demais conhecida, e sempre

moderna, a lição do mestre Rui Barbosa, sobre a necessidade de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem”. É preciso observar, contudo, que só haverá adequação jurídica da norma discriminatória quando existir compatibilidade entre esta e os interesses acolhidos no sistema constitucional. No caso dos interesses da pessoa portadora de deficiência física, por certo, está presente essa hipótese.

Assim, se a tutela das relações laborais exige do legislador providências no sentido de minorar as desigualdades sociais, isso se faz ainda mais presente quando estamos diante das peculiaridades que envolvem o trabalhador portador de alguma deficiência física.

Essas considerações, a nosso ver, são fundamentais para que comecemos a apreciar o panorama atual da pessoa portadora de deficiência física no mercado de trabalho.

## 2. A Incidência do Princípio Isonômico

O princípio da igualdade, sem dúvida, é o esteio de todas as garantias e prerrogativas de que goza a PPD. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa (art. 1º) – repetida, posteriormente, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. I e VI) – o estabelece como pilar das sociedades modernas. Todas as Constituições contemporâneas, por isso, tem feito dele princípio fundamental e indissociável da construção de uma sociedade justa e solidária.

A extensão jurídica do princípio, é preciso dizer, vai muito além daquela interpretação literal que dele se possa fazer. Ela postula que as desigualdades decorram exclusivamente da diferença das aptidões pessoais e não de outros critérios individuais personalíssimos, tais como sexo, raça, credo religioso. E é nessa extensão que se pode sustentar a aplicação de tratamentos desiguais para determinadas pessoas ou situações, sem que isso importe ofensa ao princípio.

O fundamental é que haja uma correlação entre o fator de discriminar e a desequiparação procedida, a justificar o tratamento jurídico discriminatório<sup>1</sup>. Assim, nas relações laborais, pode-se dizer que a PPD deve estar habilitada e capacitada para o desempenho daquela atividade pretendida, para que possa pleitear a incidência da regra isonômica. Não pode, por exemplo, pretender desempenhar funções incompatíveis com a sua deficiência e/ou para as quais não esteja capacitada.

---

<sup>1</sup> “O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discriminar e a discriminação legal decidida em função dele.

(...)

*Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”* (Celso Antonio Bandeira de Mello, “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, 3ª edição, 5ª tiragem, Malheiros Editores, p. 37/38).

Atendidas essas premissas (compatibilidade entre a deficiência e a função e capacitação) haverá campo para a incidência da regra isonômica, visando assegurar iguais oportunidades entre as PPDs e os demais indivíduos, através de normas compensatórias. Aliás, em termos de direito do trabalho, a manifestação mais marcante do cânon constitui-se na igualdade de oportunidades, como bem dispôs a declaração da Filadélfia de 1944, ao indicar que *“todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo têm direito de perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual com liberdade e dignidade, segurança econômica e iguais oportunidades”*.

### 3. Primeiros Passos

Não se pode estudar o tema sem antes fazer uma breve viagem ao passado. A inserção da PPD<sup>2</sup> na comunidade sempre foi tema cujos debates eram restritos a poucas pessoas, em geral envolvidas direta e pessoalmente com a causa. A maior parte da população, com raras exceções, sempre esteve à margem das discussões e preocupações com os problemas vividos por tais pessoas, até mesmo por desconhecerem a causa<sup>3</sup>.

Tanto os atenienses como os romanos já discutiam sobre a política a ser adotada com as PPDs. Questionavam-se sobre a conduta a ser tomada: readaptá-las ou assisti-las?! Qual o caminho traria melhores resultados é a pergunta que, desde aquela época, pairava no ar?!

O assistencialismo foi, por muitas gerações, a resposta encontrada. Políticas governamentais baseavam-se numa visão paternalista, desconsiderando os potenciais das PPDs. Esta visão tinha como grande problema o afastamento destas pessoas da vida em sociedade, o total alijamento da PPD da comunidade e da possibilidade de influenciar nos destinos da comuna.

Com o Renascentismo a política assistencial cedeu lugar à necessidade de integrar a pessoa à comunidade, de fazê-la membro participante e ativo do meio em que habita. A preocupação não mais era proteger e amparar as PPDs; agora, as políticas tinham como meta trazê-las para o convívio, reintegrá-las através de políticas de readaptação.

A revolução industrial<sup>4</sup> e, posteriormente, as duas grandes guerras foram eventos que contribuíram para o despertar desta nova visão. Na Europa e nos

<sup>2</sup> A abreviatura de Pessoa Portadora de Deficiência é sugestão utilizada pelo colega Guilherme José Purvin de Figueiredo, que desde logo acolhemos nesse trabalho (“A Pessoa Portadora de Deficiência Física e o Princípio da Igualdade de Oportunidades no Direito do Trabalho”, in Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, Coleção Advocacia Pública & Sociedade n. 1, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), Max Limonad, p. 45 et seq.).

<sup>3</sup> E não se pode criticar este fato, pois o desconhecimento é o irmão gêmeo da desinformação. Como pretender, pois, que as pessoas sejam informadas sobre um tema que desconhecem?!

<sup>4</sup> “Com o advento da Revolução Industrial, uma nova legião de deficientes viria a surgir: condições inadequadas de trabalho provocariam mutilações, lesões sensoriais e doenças mentais” (Guilherme José Purvin de Figueiredo, Op. Cit., p. 48;

Estados Unidos, foram criadas diversas organizações e entidades preocupadas com a causa. A OIT destinou ao tema as Recomendações ns. 99/55 e 168/83 e também a Convenção n. 159/83<sup>5</sup>.

No Brasil a questão, como de praxe, demorou a preocupar nossos governantes. A PPD, como se pode imaginar, sempre esteve, e continua a estar, à margem da participação desejada e verificada em países desenvolvidos. Ao contrário do que ocorria nos países europeus e na América, a população brasileira não sofreu com nenhum evento de grandes proporções que contribuísse para a elevação da população de PPD. A evolução de nosso parque industrial se deu de forma lenta e somente se notou a partir da década de cinquenta.

Devido a isso, políticas concretas sobre o tema somente começaram a aparecer na segunda metade deste século. Em 17.10.78, o tema adquiriu *status* constitucional, através da Emenda n. 12, de autoria do Deputado Thales Ramalho, *in verbis*:

*“É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante:*

*I – educação especial e gratuita;*

*II – assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;*

*III – proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e salários;*

*IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos”*

Todavia, como se vê, tratava-se de norma eminentemente programática, que poucos efeitos práticos surtiu no cotidiano das PPDs. A regulamentação de tal programa demorou a vir e a efetivação desse belo programa jamais se deu, numa dura demonstração de que, no Brasil, entre a teoria e a prática há um grande buraco negro.

#### **4. Os Avanços da Carta Constitucional de 1988**

O trabalho, por certo, é instrumento de realização econômica, social e psicológica do ser humano, sem o qual não há como se falar em existência digna. Por isso mesmo, tanto se tem procurado estabelecer mecanismos para garanti-lo (estabilidade no emprego e proteção contra despedidas arbitrárias).

<sup>5</sup> *“Confrontando-se os textos da OIT – de um lado a Recomendação n. 99 e, de outro, a Convenção n. 159 e a Recomendação n. 168 – nota-se uma significativa evolução. Com efeito, à época da Recomendação n. 99, a OIT analisava a forma de assistência ao portador de deficiência, para que este se ajustasse às necessidades do mercado de trabalho. Em outras palavras, a OIT ainda não levava em consideração a necessidade de adoção, pela sociedade, de uma atitude de reconhecimento do portador de deficiência como parte da comunidade, com necessidades que devem ser atendidas para que sua participação social se dê de forma isonômica. Os textos subsequentes, adotados pela Conferência Internacional do Trabalho, em 1983, dentro de uma nova perspectiva, passam a enfatizar a necessidade de um desenvolvimento dinâmico da comunidade na busca da promoção de serviços de habilitação e reabilitação profissional, assim como de oportunidades de trabalho para as PPDs.”* (Guilherme José Purvin de Figueiredo, Op. Cit., p. 52);

No Brasil das últimas décadas, salvo raros períodos de aquecimento da economia, a recessão é uma tônica. E para a PPD, que tem de enfrentar barreiras arquitetônicas e culturais à sua aceitação no mercado produtivo, conseguir emprego é um desafio. A superação, sempre, é fruto de muita luta.

Nesse contexto, podemos afirmar que a Constituição de 1988, como norma diretriz que é, representou o início do processo de reversão dessa dura realidade. Em primeiro lugar, pela adjetivação do Estado como “Democrático de Direito”, o que representa a participação de todos os indivíduos na sua concreção diária. De outra parte, pela elevação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho a fundamentos da nação, objetivando o bem comum, através da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigualdades sociais.

Essas diretrizes fundamentais foram ainda cercadas pelos seguintes programas em relação à PPD:

1. proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (arts. 5º, *caput*, e 7º, inc. XXXI, da CF/88);
2. reserva de cargos públicos, a serem preenchidos através de concurso, para pessoas portadoras de deficiência física (art. 37, VII, da CF/88);
3. habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, IV, da CF/88);
4. adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência física (arts. 227, § 2º, e 244 da CF/88).

Tratavam-se, contudo, de normas programáticas, que sem a devida regulamentação, tendiam a permanecer ineficazes e infrutíferas, incapazes de produzir os efeitos aguardados, como já havia ocorrido com a Emenda n. 12/78. A propósito, válida a constatação de Ruy Ruben Ruschel, que apreciando o tema asseverou:

*“Dentre as ‘normas de eficácia limitada’ costumam colocar-se as de ‘princípio programático’, mais curtamente chamadas ‘normas programáticas’. Tratam-se de ‘simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividades dos legisladores ordinários’. A esse tipo de normas correspondem quase sempre os ‘direitos sociais’, assim denominados pelos artigos 6º e seguintes da Carta Magna Brasileira de 1988.*

*É notório que os direitos sociais tendem a ser tratados como meras promessas, postergadas pela omissão do legislador em regulamentá-los e integrá-los. Enquanto as leis regulamentadoras não chegam, os direitos definidos na Carta Magna permanecem ilusórios, já que não podem ser garantidos pelo Poder Judiciário”<sup>6</sup>.*

Carl Lowenstein chegou a classificar tais normas constitucionais como “normas pedagógicas”, que se limitavam a enunciar os meios eficientes para a realização de um ideal. A par disso, mostravam-se eficazes, desde logo, como

<sup>6</sup> Ruy Ruben Ruschel, “Direito Constitucional em Tempos de Crise”, Ed. Sagra Luzzatto, 1ª edição, Porto Alegre-RS, 1997, p. 138;

direitos fundamentais e paradigmas de uma nova visão da PPD, como um norte sócio-cultural a ser obedecido imediatamente por todos os indivíduos<sup>7</sup>.

Dez anos após a promulgação do Texto Constitucional, é possível verificar que ela, de fato, inspirou uma grande transformação em nossa sociedade em todos os domínios nos quais seus tentáculos se fizeram presentes. E na área objeto de nosso estudo a situação não foi outra; a transformação da mentalidade brasileira para o problema aqui tratado é evidente e pode ser averiguado no dia-a-dia.

Os programas traçados na Carta foram regulamentados; o tema passou a ser discutido de forma clara e aberta pela sociedade; novelas enfocaram o assunto, dando-lhe projeção; PPDs foram eleitas para importantes cargos e alcançaram relevantes funções públicas; enfim, muita coisa mudou e fez com que o tema possa atualmente ser analisado com mais otimismo.

## 5. Panorama Atual

### 5.1. Legislação Infraconstitucional. Competência

Como se disse, a Constituição instituiu meros programas, que necessitavam de regulamentação para desencadear seus efeitos concretos.

Nosso sistema é federativo e, como se sabe, todos os entes que compõem a federação estão autorizados a legislar, face à autonomia que lhes é atribuída. Com isso, além da legislação federal – aplicável em todo território nacional –, temos também outros 27 ordenamentos jurídicos estaduais e mais aproximadamente 5.000 municipais.

Assim, é possível a existência de normas relativas à PPD em todas essas legislações, tendo em vista a competência comum e concorrente definida nos arts. 23, II, e 24, XIV, da CF/88, para a proteção, garantia e integração social da PPD. No tema em foco, contudo, deve-se levar em conta a competência privativa da União para legislar sobre matérias relativas ao direito do trabalho (art. 22, I, da CF/88), o que não retira, em nossa opinião, a iniciativa dos demais entes no sentido de estatuir programas em favor das PPDs em matérias trabalhistas. É preciso diferenciar a competência para estabelecer normas de direito do trabalho (privativa da União) da competência para criar mercados e condições de trabalho (comum a todos os entes).

Passemos, pois, sabedores deste quadro, a apreciar os avanços introduzidos no ordenamento jurídico nacional desde a promulgação da Carta da República de 1988.

<sup>7</sup> *“RELAÇÕES DE TRABALHO – DISCRIMINAÇÃO – Uma das grandes contribuições da Constituição de 1988, no que concerne às relações de trabalho, está em mostrar que toda e qualquer discriminação é odiosa e deve ser veementemente combatida. O princípio da isonomia alcançou, com a vigente Carta Política, abrangência que a ordem jurídica brasileira ainda não conhecia. A Carta Constitucional, no art. 5º, proíbe distinções de qualquer natureza, e, no art. 7º, itens XXX e XXXI, veda a discriminação, no tocante a salários, por motivo de sexo, idade, cor, estado civil e deficiência física do trabalhador. Com muito maior razão, é reprovável o comportamento do empregador que deu tratamento diferenciado ao obreiro, sem nenhum motivo aparente. Aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do parágrafo 1º do art. 5º da Carta Maior.”* (TRT 3ª R. – RO 7.574/95 – 3ª T. – Rel. Juiz José Roberto Freire Pimenta – DJMG 03.10.95)

## 5.2. Reserva de Cargos e Empregos

### 5.2.1. No Serviço Público

Num País caracterizado por longos períodos de recessão e por políticas econômicas e sociais desatentas aos crescentes níveis de desemprego, é natural a tendência do ser humano a procurar no serviço público uma oportunidade de trabalho. E no Brasil esta realidade não tem sido diferente, podendo ser facilmente constatada pelo número cada vez maior de candidatos inscritos nos concursos públicos. Em que pese o arrocho sofrido pelos funcionários públicos nos últimos cinco anos, período em que nenhum reajuste foi conferido à categoria, a segurança dos cargos e a certeza do pagamento das remunerações continuam a ser grandes atrativos para a população desempregada.

Nesse horizonte, foi de suma importância a reserva de vagas a serem preenchidas através de concurso público, programada pelo inciso VIII do artigo 37 da Carta Constitucional, verbis: *“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”*. Posteriormente, veio a regulamentação através da edição do Regime Jurídico Único dos Servidores Cíveis da União, Lei 8.112, de 11.12.90, que em seu artigo 5º, § 2º, previu:

*“Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.”*

Em que pese o valor e a importância da norma, é preciso criticá-la, no ponto em que fixa em até 20% a reserva de vagas, por impossibilitar, em certas circunstâncias, o seu cumprimento pleno<sup>8</sup>. Isso ocorre sempre que o número de vagas for inferior a 5, casos em que o percentual de uma eventual vaga reservada resultaria maior do que aquele limite (1 em 4 = 25%; 1 em 2 = 50%).

---

<sup>8</sup> *“Foi um tiro pela culatra, quando se sabe que, se o concurso público tem a validade por prazo certo, de até 2 anos, prorrogável por igual período – pelo menos até a decisão sobre a reforma administrativa em trânsito no Congresso Nacional – todas as vagas que ocorrerem durante esse prazo deverão ser preenchidas pelos aprovados no concurso – vagas que não constarem no edital e, portanto, não foram consideradas para o cálculo dos 20% reservados para os deficientes .*

*Nos concursos públicos para cargos de Magistério, especialmente de Magistério Superior, em que, normalmente o número de vagas é diminuto, em muitos dos casos sendo apenas para o provimento de uma única vaga, de um professor que vem de se afastar definitivamente, na prática não poderá ocorrer, quase nunca, a reserva de vagas para deficientes que, normalmente, tenham deficiência compatível com o exercício do Magistério (ausência de visão, deficiência de locomoção, por exemplo).*

*Assim, fica difícil dar cumprimento à disposição legal que busca assegurar o exercício do amparo constitucional aos deficientes.”* (Palhares Moreira Reis, “Temas Polêmicos no Regime Jurídico Único”, Revista Síntese Trabalhista 83/137)

Por isso, melhor agiria o legislador se retirasse tal vinculação, deixando ao administrador o poder discricionário e a liberdade para deliberar a respeito da necessidade e da conveniência do número de vagas a fixar, caso a caso, concurso a concurso. A lei de regência, a nosso ver, deveria estabelecer apenas o patamar mínimo de vagas, sem que estipulasse um percentual máximo de reserva de vagas, para evitar a incongruência acima denunciada.

De outra parte, pensamos que a norma constitucional, combinada com aquela ordinária que a regulamentou, são cogentes e, portanto, de aplicação obrigatória pelo administrador. Dessa forma, mesmo naqueles concursos em que os editais não prevejam a reserva de quadros para as PPDs, por omissão ou incompetência do administrador, deve-se entender que há o privilégio implicitamente previsto; aliás, por força de lei previsto! Isso porque se a lei exige a reserva, o administrador não possui discricionariedade suficiente para dispensá-la.

Quanto à habilitação para desempenhar o cargo ao qual se candidata, a lei dispõe que *“é assegurado direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras”*. Trata-se de requisito subjetivo, a ser verificado já no momento em que o candidato se inscreve para prestar o concurso. Deferida a inscrição, não poderá o administrador, após superado todo o exaustivo e tormentoso processo seletivo, negar-se a dar posse ao candidato, nem que para isso sejam necessárias adaptações no setor. A prática de tal ato, sem dúvida, será ilegal e arbitrária, sendo passível de correção pela via do mandado de segurança. Eventuais prejuízos sofridos poderão ser pleiteados através de ação ordinária.

Por fim, é preciso deixar registrado que à PPD candidata em concurso público devem ser asseguradas todas as condições para que realize a prova em igualdade de condições com os demais candidatos. E nisso se incluem não só as facilidades necessárias, de acordo com o grau e tipo de deficiência física, como também àquelas relativas ao acesso livre e desimpedido aos locais de realização do certame.

Não havendo tal providência por parte do administrador encarregado, a PPD pode, inclusive, pleitear a anulação da etapa do certame, sem prejuízo de restituição dos cofres públicos contra eventuais despesas efetuadas (art. 37, § 6º, da CF/88). Da mesma forma, o Poder Público poderá buscar, em ação regressiva, a restituição dos gastos efetuados na etapa anulada do certame, contra o administrador responsável pelo ato omissivo, desde que haja comprovação de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da CF/88, *in fine*).

### **5.2.2. Na Iniciativa Privada**

A norma contida no art. 7º, inc. XXXI, *in fine*, da CF/88 vinha se mostrando inócua diante da subjetividade ínsita ao empregador na contratação de seus empregados. É verdade que ao empresário o que interessa é a capacidade produtiva do candidato ao emprego; e, em muitas situações, uma PPD pode revelar maior capacidade para determinada tarefa do que outro candidato que não seja portador de qualquer deficiência. Isso, contudo, é de difícil constatação na prática cotidiana. Tal realidade, a propósito, foi muito bem compreendida por Eduardo Gabriel Saad, que assim concluiu:

*“De modo geral, a empresa não rejeita o deficiente que revela maior capacidade, para determinada tarefa, do que um outro candidato que não seja portador de qualquer defeito físico. O que importa ao empresário é que o rendimento do trabalho e a sua qualidade sejam bons. Em presença da realidade fática, não nos parece fácil provar-se que um empresário deixou de admitir um empregado por ser deficiente”<sup>9</sup>.*

O certo é que prever, simplesmente, a proibição de qualquer procedimento discriminatório na admissão do portador de deficiência física não foi suficiente. Aliás, nem mesmo a tipificação de tal conduta como crime punível com reclusão de 1 a 4 anos, no art. 8º da L. 7.853/89, o foi. Na prática, a discriminação branca, ou seja, aquela natural do preconceito cultural vigente em nossa sociedade, continuava a imperar, sem que houvesse qualquer instrumento hábil para combatê-la.

Veio à lume, então, no bojo da lei de benefícios da previdência social – Lei 8.213, de 24.07.1991 –, norma que introduziu entre nós o sistema de quotas no preenchimento de cargos. Segundo o artigo 93 da LBPS:

*“A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção:*

*I – até 200 empregados: 2%;*

*II – de 201 a 500: 3%;*

*III – de 501 a 1.000: 4%;*

*IV – de 1.001 em diante: 5%”.*

*§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.*

*§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.”* (onde se lê Ministério do Trabalho e da Previdência Social leia-se Ministério da Previdência e Assistencial Social, por força do que dispõe a Lei 9.469/98, em seu artigo 13, inciso XVI)

Sem dúvida, merece elogios o programa aqui traçado, em que pese a impropriedade técnica do meio utilizado. O legislador, a nosso ver, equivocou-se ao inserir dispositivo de índole trabalhista em norma de natureza previdenciária. Mas o lapso está justificado frente à virtude dos fins almejados pela norma.

O valor principal do regramento, sem dúvida, é a abertura de postos de trabalho para as PPDs. Agora, mesmo aqueles empresários que tiverem alguma espécie de preconceito em relação a PPD terão de garantir seus postos de trabalho, face à natureza cogente da norma. O desrespeito ao programa sujeitará o infrator a penalização de multa, em procedimento a cargo do Ministério Público do Trabalho.

<sup>9</sup> Eduardo Gabriel Saad, “Constituição e Direito do Trabalho”, 2ª edição, LTr, 1989, p. 166;

Mas, além deste valor principal, da abertura de novos postos de trabalho, a norma possui outro atributo, qual seja o de incentivar a PPD a sair às ruas, de reintroduzi-la na sociedade, de propiciar o seu aperfeiçoamento sócio-cultural. Como bem observou o Prof. Guilherme José Purvim de Figueiredo, *“não se tratará mais de pensar em ofertar empregos a portadores de deficiência em razão de um duvidoso sentimento de caridade do empresário, mas, simplesmente, porque a lei assim o determina. Essa exigência forçará os empresários a buscar, dentre o universo de PPDs, as de melhor potencial para o cargo oferecido.”*<sup>10</sup>. Sem dúvida, aí está o atributo de excelência da norma em comento: incentivar a PPD a melhorar o seu potencial, a aprimorar suas qualidades, a superar as barreiras que a sociedade lhe impõe.

Como esclarece o Prof. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, *“deve a sociedade propiciar prioritariamente os meios aptos a inserir o portador de deficiência no convívio social, valorizando o seu trabalho e as suas qualidades pessoais”*<sup>11</sup>. Sem dúvida, a norma em comento é um passo importantíssimo no rumo desse caminho.

Mas não se pode nunca esquecer que o mundo atual é marcado pela ideologia capitalista e pela primazia dos interesses econômicos sobre quaisquer outros. E, nesse contexto, como oportunamente alerta o Prof. Guilherme Purvim, ao analisar a adoção do sistema noutros países, e com base em dados da OIT, *“foram constatados casos em que os empregadores pagavam as PPDs para ficar em casa, mantendo-as na folha de pagamento com a finalidade exclusiva de suprirem a sua quota. Em outros casos, o empregador preferia pagar as multas a manter empregados portadores de deficiência”*<sup>12</sup>. Enfim, o interesse econômico à frente do interesse social.

Sem dúvida, é preciso atentar para essa constatação. Não podemos deixar que os interesses econômicos, na hipótese, sobreponham-se ao grande benefício social trazido pela norma. O emprego de todos os esforços necessários para que a norma seja efetivamente cumprida sempre será pouco.

Parece-nos que a penalização resultante do descumprimento da norma, em sua plenitude, além da sanção de multa (que deve ser estipulada em valores altos), deve-se constituir também na perda de privilégios, tais como obter certidão negativa de débitos junto ao INSS, participar de certames de licitação e outros. Se o motivo do descumprimento da norma for o interesse econômico, então é preciso fazer com que esse interesse desapareça, através de sanções pesadas.

### 5.3. Barreiras Arquitetônicas e Culturais

As barreiras arquitetônicas, sem dúvida, representam a grande dificuldade de acesso da PPD não só ao mercado de trabalho, mas a todos os locais procurados no cotidiano. Sobre o tema, discorreu com grande propriedade a arquiteta Adriana Romeiro de Almeida Prado, asseverando que:

<sup>10</sup> Guilherme José Purvim de Figueiredo, Op. Cit., p. 68/69;

<sup>11</sup> “O Trabalho Protegido do Portador de Deficiência”, in Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, Coleção Advocacia Pública & Sociedade n. 1, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), Max Limonad, p. 135;

<sup>12</sup> Guilherme José Purvim de Figueiredo, Op. Cit., p. 69;

*“Barreiras são obstáculos que dificultam, principalmente, a circulação de idosos e de pessoas com deficiência, entendendo-se aquelas que andam em cadeiras de rodas, com muletas ou bengalas que têm dificuldades na marcha, que possuem redução ou perda total da visão ou audição e, até mesmo, os indivíduos que apresentam uma redução na capacidade intelectual.*

*Quando esses obstáculos encontram-se em uma edificação denominam-se de barreiras arquitetônicas, mas essas dificuldades também podem ser observadas nas ruas e praças, nos equipamentos e mobiliários urbanos. Nesses casos, recebem o nome de barreiras urbanísticas ou ambientais.*

*(...)*

*Eliminar barreiras significa iniciar um processo de integração das pessoas com deficiências, pois dessa maneira é possível, entre outras coisas, facilitar a inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, já que tornar os ambientes acessíveis é condição para sua independência e autoconfiança.”<sup>13</sup>.*

E, de fato, não existe nada que oprima mais a vida de uma PPD do que o pesadelo de se deparar com as malfadadas barreiras arquitetônicas. Degraus, portas giratórias ou estreitas, balcões e bilheterias altas, catracas na entrada de espetáculos, são apenas alguns dos obstáculos intransponíveis que retiram a independência da PPD.

As barreiras arquitetônicas, é bom que se diga, não dificultam apenas fisicamente a vida da PPD, mas afetam todo o seu íntimo, o aspecto psicológico de seu cotidiano. Novamente são oportunas as palavras da arquiteta Adriana Prado, quando conclui e ensina que:

*“A acessibilidade, para ser atingida, necessitará de diferentes arranjos do ambiente, de modo a permitir às pessoas usá-los de várias maneiras, tornando-os um espaço que as estimule e que elimine a frustração de vivenciar um espaço que as intimida.*

***A adaptação ao ambiente predispõe a busca a maior confiança em si próprio, contribuindo para que o indivíduo possa afirmar a sua individualidade, passando aos outros um novo referencial de sua imagem. Isso só é possível quando o espaço propõe às pessoas formas alternativas de explorá-lo.***

*(...)*

*A principal preocupação da acessibilidade é a integração dessas pessoas na sociedade. Hoje esse conceito evoluiu para o conceito de desenho universal, que se preocupa com a inclusão das pessoas com deficiência, onde a sociedade se conscientiza que nela existem pessoas com necessidades diferentes e de biotipos variados e que é preciso criar objetos, edifícios, espaços urbanos ou transportes que as levem em conta” (grifamos)<sup>14</sup>.*

O mais surpreendente é que nosso país dispõe de norma expressa no Texto Constitucional determinando que os logradouros e edifícios públicos devem propiciar

<sup>13</sup> “De Barreiras Arquitetônicas ao Desenho Universal”, in Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, Coleção Advocacia Pública & Sociedade n. 1, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), Max Limonad, p. 184 e 186;

<sup>14</sup> Adriana Romeiro de Almeida Prado, Op. Cit., p. 190/191;

o acesso adequado às PPDs. Prevê, inclusive, a adaptação daqueles já existentes à época da promulgação da Carta (arts. 227, § 2º, e 244 da CF/88). E a previsão constitucional está devidamente regulamentada, com a edição da Lei n. 7.853, de 24.10.89, que prevê, em seu artigo 2º, *verbis*:

*“Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.*

*Parágrafo Único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:*

*I a IV – (omissis)*

*V – na área de edificações:*

*a) a adoção e efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meio de transporte”;*

O que surpreende, pois, é o total descaso das autoridades para com a questão e o desrespeito explícito aos mandamentos legais.

Na cidade de Porto Alegre, por exemplo, aonde resido, localizam-se os Tribunais Regional Federal e do Trabalho. Pois, em ambos os prédios públicos, as medidas das portas dos banheiros não permitem o acesso e acomodação de uma cadeira de rodas. O mesmo pode-se dizer do prédio sede do Instituto Nacional do Seguro Social, aonde trabalho, que possui degraus no hall de entrada; degraus no acesso ao posto bancário e banheiros com o mesmo problema verificado nos Tribunais. O moderno prédio do Superior Tribunal de Justiça, na Capital Federal, em suas amplas salas de sessão, não permite acesso dos advogados portadores de deficiência física ao parlatório, caso precisem realizar sustentação oral. E essa lamentável constatação, por certo, se repetirá na maior parte dos prédios públicos que se visitar. Isso, sem dúvida, beira a raia do absurdo! e revela o total descaso dos administradores para com a questão.

O que esperar, então, dos prédios particulares e das instalações das empresas privadas?! Se os administradores públicos oferecem essa realidade à PPD, o que podemos exigir dos empresários?! Difícil enfrentar o problema, enquanto não tivermos pessoas conscientes, aptas e preparadas para enfrentá-lo; enquanto os paradigmas não forem substituídos e as prioridades revistas.

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de se deparar com o exame da questão. Provocado a se manifestar em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança impetrado por parlamentar do Estado de São Paulo, portadora de deficiência física, contra ato do Presidente da Assembléia Legislativa local que não lhe propiciava meios de acesso à tribuna parlamentar, o Tribunal concedeu a segurança. Sob a relatoria do eminente Ministro José Delgado, foi emitindo lapidar precedente, que restou assim ementado:

**“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTAR. DEFICIENTE FÍSICO. UTILIZAÇÃO DA TRIBUNA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ACESSO NEGADO. ILEGALIDADE. IGUALDADE DE TRATAMENTO. VALORIZAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.**

*1. Concessão de mandado de segurança em favor de Deputada Estadual portadora de deficiência física para que sejam criadas condições materiais, com a reforma da Tribuna para lhe permitir fácil acesso, de expor, em situação de igualdade com os seus pares, as idéias pretendidas defender, garantindo-lhe o livre exercício do mandato.*

*2. Odiosa omissão praticada pelo Presidente da Assembléia Legislativa por não tomar providências no sentido de adequar a Tribuna com acesso fácil para a introdução e a permanência da impetrante em seu âmbito, a fim de exercer as prerrogativas do mandato em posição equânime com os demais parlamentares.*

*3. Interpretação do art. 227, da CF/88, e da Lei nº 7.853, de 24/10/89.*

*4. Da Tribuna do Egrégio Plenário Legislativo é que, regimentalmente, serve-se, obrigatoriamente, os parlamentares para fazer uso da palavra e sustentar posicionamentos e condições das diversas proposições apresentadas naquela Casa.*

*5. É a Tribuna o coração do parlamento, a voz, o tratamento democrático e necessário a ser dado à palavra de seus membros, a própria prerrogativa máxima do Poder Legislativo: o exercício da palavra.*

*6. A Carta Magna de 1988, bem como toda a legislação regulamentadora da proteção ao deficiente físico, são claras e contundentes em fixar condições obrigatórias a serem desenvolvidas pelo Poder Público e pela sociedade para a integração dessas pessoas aos fenômenos vivenciados pela sociedade, pelo que há de se construir espaços acessíveis a elas, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, em qualquer ambiente, edifício ou mobiliário, especialmente nas Casas Legislativas.*

*7. A filosofia do desenho universal neste final do século inclina-se por projetar a defesa de que seja feita adaptação de todos os ambientes para que as pessoas com deficiência possam exercer, integralmente, suas atividades.*

*8. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido para reconhecer-se direito líquido e certo da impetrante de utilizar a Tribuna da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, nas mesmas condições dos demais Deputados, determinando-se, portanto, que o Presidente da Casa tome todas as providências necessárias para eliminar barreiras existentes e que impedem o livre exercício do mandato da impetrante.*

*9. Homenagem à Constituição Federal que deve ser prestada para o fortalecimento do regime democrático, com absoluto respeito aos princípios da igualdade e de guarda dos valores protetores da dignidade da pessoa humana e do exercício livre do mandato parlamentar.” (STJ – 1ª Turma – ROMS 9613/SP – Rel. Min. José Delgado – DJ 01.07.1999, p. 119);*

Aliás, o referido precedente é lapidar não só pelo brilhante voto do eminente ministro relator, mas também pelas demais manifestações geradas no curso de seu trâmite. O ilustre representante do Ministério Público paulista, Procurador Washington Epaminondas M. Barra, ofereceu lúcidas respostas, em seu parecer, que tomamos a liberdade de transcrever:

*“Por quanto tempo mais soluções paliativas, tal como a de excetuar a regra disposta no Regimento Interno, permitindo à nobre deputada o uso da palavra através do microfone de apertes continuarão existindo, com clara intenção de ludibriar os ditames constitucionais? Ou se estabelecerá o eterno e vexatório procedimento de carregar as pessoas que se locomovem através de cadeira de rodas nos edifícios de uso público? Será esta forma procedimental o reflexo da melhor interpretação do direito ao acesso adequado?”*

*O interesse público que há de se reconhecer e considerar traduz-se justamente na satisfação do direito das pessoas portadoras de deficiência de ter acesso aos edifícios públicos e de uso público.*

*No caso em exame, mais límpida e inequívoca nos parece a obrigatoriedade de respeito ao direito da ilustre deputada impetrante, de exercer os atos decorrentes da atividade parlamentar da mesma forma como o fazem os demais representantes do Legislativo paulista”.*

De tudo que foi exposto, é possível concluir que, sendo a sociedade moderna plural, é necessário considerar a diferenciação das pessoas na hora de planejar qualquer objeto. Deve-se abandonar a idéia de desenhar projetos para homens perfeitos e adotar a filosofia do desenho universal<sup>15</sup>. O caminho é romper com as barreiras, direcionando os esforços no sentido da integração plena da PPD no meio em que vive.

#### **5.4. Seguridade Social**

A seguridade social é um conjunto de ações estatais que compreende a proteção dos direitos relativos à saúde, previdência e assistência social (art. 194 da Carta Constitucional). Funda-se no princípio da solidariedade, pelo qual aqueles indivíduos detentores de maiores riquezas devem auxiliar os menos abastados. Essa a premissa mestra que deve guiar qualquer iniciativa no sentido de organizar políticas no campo da seguridade social<sup>16</sup>.

Com relação à PPD, alguns aspectos chamam a atenção e diferenciam o tratamento da questão: 1) o direito à habilitação e reabilitação profissional; 2) o direito

<sup>15</sup> “Segundo o Prof. Edward Steinfeld, a filosofia do desenho universal supõe desenhar para a adaptação de toda uma gama de capacidades ou habilidades das pessoas de uma sociedade, ou seja, implica não somente desenhar para a pessoa com deficiência mas também para os idosos e crianças, levando-se em consideração as diferenças entre homens e mulheres, entre destros e sinistros” (Adriana Romeiro de Almeida Prado, Op. Cit., p. 191);

<sup>16</sup> O modelo chileno de seguridade social, por exemplo, tão decantado pelos adeptos do neoliberalismo, abdicou desse elemento de mutualismo. E exatamente por isso já começa a sofrer críticas, de pessoas preocupadas com a falta de solidariedade do sistema, com a ausência de distribuição dos riscos pelo conjunto da sociedade.

à renda mensal vitalícia; 3) o enfoque diferenciado da tutela previdenciária. Passemos, pois, a apreciá-los, à luz da legislação de regência

O artigo 203 da Constituição Federal trouxe duas importantes novidades a respeito da questão. Nos incisos IV e V ficou estabelecido que:

*“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:*

*I a III – (omissis)*

*IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;*

*V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.*

Em que pese as críticas que a seguir vamos expor a respeito de certos aspectos da norma, ela, sem dúvida, representou efetivo avanço em relação ao tema.

Em primeiro lugar, quanto à habilitação e reabilitação das PPD e a promoção de sua integração à vida comunitária, houve importante progresso, tendo em vista que, anteriormente, apenas os segurados da previdência – ou seja, aqueles que contribuíam para o sistema – possuíam tal direito. Com a nova ordem constitucional, o direito se estendeu a toda e qualquer PPD, como um direito de natureza assistencial e não mais exclusivamente previdenciária.

A Lei n. 8.742, de 07.12.93 (LOAS), silenciou a respeito do tema, fazendo-nos concluir pela aplicação, à matéria, das disposições análogas contidas na lei de benefícios da previdência social, que traz os seguintes preceitos:

*Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.*

*Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:*

*a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;*

*b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;*

*c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.*

*Art. 90. A prestação de que trata o artigo anterior é devida em caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados e, na medida das possibilidades do órgão da Previdência Social, aos seus dependentes.*

*Art. 91. Será concedido, no caso de habilitação e reabilitação profissional, auxílio para tratamento ou exame fora do domicílio do beneficiário, conforme dispuser o Regulamento.*

*Art. 92. Concluído o processo de habilitação ou reabilitação social e profissional, a Previdência Social emitirá certificado individual, indicando as atividades que poderão ser exercidas pelo beneficiário, nada impedindo que este exerça outra atividade para a qual se capacitar.*

Em que pese a definição contida no artigo 89, em seu parágrafo único, parece-nos que o benefício tenha um alcance muito mais amplo. A reabilitação, s.m.j., não se resume à concessão de aparelhos e transporte para a PPD; além disso, ela deve englobar um conjunto de providências aptas à reintrodução da pessoa no mercado de trabalho e do contexto em que vive. E isso passa, sem dúvida, por um programa de educação, conscientização e preparação da PPD quanto à nova realidade a ser enfrentada.

Importante anotar que a restrição contida no artigo 90 supra transcrito, que prevê como beneficiários apenas os segurados e dependentes, não se aplica ao caso, tendo em vista que a norma constitucional é clara ao ditar que *“a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição”*. Então, o benefício de habilitação e reabilitação de PPDs, arrolado entre o conjunto de ações assistenciais, é obrigatório para com todos que dele necessitarem, independente da qualidade de segurado ou não da previdência.

No tocante à renda mensal vitalícia, tornou-se ela um direito de toda *“pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 anos ou mais, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família”*. Representou, também, um importante avanço de nossa nova ordem constitucional. Porém, um tímido avanço, devido aos exagerados requisitos e à parca renda concedida.

Primeiramente, deve-se dizer que o benefício é inacumulável com qualquer outro benefício de natureza previdenciária. Salvo engano nosso, não há qualquer justificativa para tal vedação. Aliás, ela contraria o pensamento dominante de que as prestações assistenciais devem primar pela integração do indivíduo à sociedade.

Sobre o tema, é oportuno transcrever passagem de artigo de lavra do Prof. Celso Barroso Leite, no qual faz análise de um estudo sobre *“O problema da assistência social na Alemanha: o dilema da reforma”*, de autoria de Christian Thimann. No referido artigo o professor informa que: *“Daí resulta, segundo Thimann, que ‘o sistema tributário e assistencial desestimula os alemães a aceitar trabalhos de baixa remuneração ou empregos de meio expediente enquanto estiverem recebendo assistência social’; ou seja, a exercer atividade remunerada que lhes dêem direito aos benefícios da previdência social. Isso leva, então, ao que chama de ‘armadilha previdenciária’. Ele considera difícil estabelecer comparações no nível internacional, mas a seu ver ‘o problema do desincentivo ao trabalho é o mesmo em todos os países’”*<sup>17</sup>.

Com a vedação de acumular o benefício, algumas PPDs simplesmente se acomodam com a renda auferida, desistindo da possibilidade de se reintegrar no mercado de trabalho ou, quando o fazem, optando pela clandestinidade, para permanecer fazendo jus à percepção da renda do benefício assistencial. Estamos,

<sup>17</sup> Celso Barroso Leite, “Previdência Social no Canadá e na Alemanha”, Revista de Previdência Social, Editora LTr, agosto de 1998, número 213, p. 660;

sem dúvida, diante do que o alemão Christian Thimann denominou de “armadilha previdenciária”. Por isso, mostra-se equivocada a previsão de que o benefício é inacumulável com qualquer outro.

A garantia de um salário mínimo, também, nos parece por demais aquém das necessidades de uma PPD. É preciso considerar, no ponto, os gastos efetuados por essas pessoas com remédios, aparelhos ortopédicos, deslocamentos e outras necessidades decorrentes da deficiência. A colocação de apenas parte desses gastos numa planilha levará à conclusão de que a renda de um salário mínimo é insuficiente para cobri-los e irrisória para garantir uma existência digna à PPD.

Como ensina o Prof. Celso Barroso Leite, a assistência social “*deve ter como finalidade apenas o atendimento das suas necessidades básicas, proporcionando-lhes o que a legislação considera os mínimos sociais*”<sup>18</sup>. Ora, se o salário mínimo em nosso país, sabidamente, não se presta à garantia de uma vida digna, não pode ele servir de referencial ao cálculo do benefício.

A respeito do requisito da comprovação de que a renda mensal da família, per capita, seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo (art. 20, § 3º, da L. 8.742/93), estamos plenamente de acordo com a Dra. Walküre Lopes Ribeiro da Silva, quando sustenta a sua inconstitucionalidade. Ao analisar a decisão do Plenário da Suprema Corte, que concluiu pela constitucionalidade da referida norma, no julgamento da ADIMC 1232-DF<sup>19</sup>, a professora manifestou-se, de forma corajosa, dizendo que “*a linha de argumentação do Supremo Tribunal Federal é falaciosa, pois reduz a eficácia do dispositivo constitucional sob o pretexto de garantir a sua aplicação.*”<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Celso Barroso Leite, “Considerações sobre a Previdência Social”, Revista de Previdência Social, Editora LTr, setembro de 1998, número 214, p. 726;

<sup>19</sup> *MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE “FAMÍLIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA” DADO PELO PAR.3. DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LEI N. 8.742, DE 07.12.93) PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. .*

1. Arguição de inconstitucionalidade do par. 3º do art. 20 da Lei n. 8.472/93, que prevê o limite máximo de 1/4 do salário mínimo de renda mensal “per capita” da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição.

2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico.

4. *Pedido cautelar indeferido.*” (STF – ADIMC 1232-DF – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 26.05.95, p. 15.154);

<sup>20</sup> “Seguridade Social e a Pessoa Portadora de Deficiência”, in Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, Coleção Advocacia Pública & Sociedade n. 1, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), Max Limonad, p. 179;

De fato, parece-nos que a disposição da LOAS é inconstitucional. A nosso ver, aliás, o deficiente físico deveria fazer jus à percepção do benefício pelo só fato de ser portador de deficiência, sem que houvesse qualquer outro requisito e independentemente da renda que ele ou sua entidade familiar auferisse. Pouco adianta estabelecer/prever um benefício assistencial e depois criar uma série de requisitos que praticamente impossibilitam o seu gozo.

Com relação ao financiamento dos benefícios assistenciais, entendemos que a sua responsabilidade é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme expressa previsão dos artigos 12 e 28 da LOAS. O INSS, no caso, possui apenas a estrutura e os meios físicos e humanos necessários à concreção dos programas. Por isso, a responsabilidade do Instituto Previdenciário diz respeito apenas à operacionalização, na esfera administrativa (art. 43 do Decreto n. 1744/95), sendo todos recursos relativos à concessão dos benefícios repassados pelos entes públicos mencionados.

Todavia, o INSS vem respondendo em demandas aforadas por PPDs, sendo, inclusive, responsabilizado pelo pagamento das despesas relativas aos benefícios. Quanto ao benefício de renda mensal vitalícia, a questão já foi por demais discutida em nossos pretórios, tendo o Superior Tribunal de Justiça uniformizado o entendimento a respeito da matéria, no sentido de que o INSS é parte legítima para figurar no pólo passivo das referidas demandas junto com a União Federal<sup>21</sup>. No mesmo sentido se posicionou o TRF da 4ª Região, através da edição da Súmula de n. 61<sup>22</sup>.

Sobre a tutela previdenciária da PPD, parece-nos que há muito a discutir. O tema ainda não mereceu preocupação por parte da comunidade e, muito menos, do legislador pátrio. Não há como negar que a realidade de uma PPD é diversa, mais desgastante e onerosa, o que enseja, sem dúvida, especial proteção de seus interesses.

Sabemos que a previdência social tem por finalidade precípua a substituição da renda auferida pelos indivíduos em virtude das contingências e condições previstas em lei. Dentre tais contingências enquadram-se aqueles eventos que retiram a capacidade do trabalhador. E a perversa realidade das PPDs, submetidas a esforços físicos e psicológicos brutais durante a sua vida laborativa, sem dúvida, autoriza-nos a sugerir o fomento da discussão de novas perspectivas, como, por exemplo, a redução do período laborativo, com antecipação do direito ao jubileamento.

Com certeza, vários argumentos seriam levantados contra tal proposta, especialmente aquele da necessidade de cuidar do lado econômico do sistema previdenciário, mesmo que isso custe alguns sacrifícios do lado social. A palavra

<sup>21</sup> "PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RENDA MENSAL VITALÍCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. CF ART. 203. LEI Nº 8742/93.

*Embora o art. 12 da Lei nº 8.742/93 atribua à União o encargo de responder pelo pagamento dos benefícios de prestação continuada, à autarquia previdenciária continuou reservado a operacionalização dos mesmos, conforme reza o art. 32, § (sic) único, do Decreto nº 1.744/95. Descabida a alegação de ilegitimidade da autarquia previdenciária para figurar no polo passivo da presente demanda.*

*Embargos de divergência rejeitados.*" (STJ – 3ª Seção – EREsp 197.508-SP – Rel. Min. Felix Fischer – DJ 04.10.1999, p. 44);

<sup>22</sup> "A União e o INSS são litisconsortes passivos necessários nas ações em que seja postulado o benefício assistencial previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, não sendo caso de delegação de jurisdição federal."

do Prof. Celso Barroso Leite, novamente, serve de lição. Comentando este falacioso argumento, o mestre ensina que: *“O empenho de corrigir erros e aperfeiçoar deve ser permanente e é sempre legítimo, na previdência social como em tudo mais. O que não se justifica é pretender subordinar a discutíveis interesses econômicos conquistas sociais que amenizam as agruras da existência humana. Várias delas estão mais uma vez na alça de mira e todo cuidado é pouco.”*<sup>23</sup>. Parece-nos que por esse caminho deve trilhar a discussão, colocando-se em primeiro plano a necessidade de tutelar os interesses sociais.

## 6. Conclusões

Do exposto, é possível concluir que muitos avanços legislativos tivemos em nosso país na última década. Também é possível constatar, na prática, alguns avanços culturais e sociais no trato do problema das PPDs. Mas todas as conquistas, sem dúvida, representam muito pouco na luta pela integração da PPD na sociedade. Ainda há muito a ser feito, pois milhares de pessoas continuam à margem da vida, escondidas atrás de dificuldades e barreiras, que são mínimas e imperceptíveis para alguns, mas que se constituem em obstáculos intransponíveis nas atividades do cotidiano das PPDs.

Como bem observou a Prof<sup>a</sup> Walküre Lopes Ribeiro da Silva, *“o problema que enfrenta o portador de deficiência não é a ausência de leis. Sob o ponto de vista da validade temos leis que seriam perfeitamente aplicáveis aos casos concretos. O grande problema é o da eficácia das normas existentes”*<sup>24</sup>. Estamos plenamente de acordo com essa lúcida e esclarecida opinião. De fato, alcançamos um nível razoável de proteção legal para as PPDs e, como se notou no decorrer da exposição, poucas alterações e inovações legislativas se fazem necessárias. Todavia, a concreção dos programas estabelecidos, a transformação das idéias em realidade, continua a ser um grande desafio de nossa sociedade.

A solução da maioria dos problemas enfrentados, como se disse, passa por mudança do ponto de vista sócio-cultural. E, para que esta solução se viabilize, o engajamento da sociedade civil é fundamental. O desafio, em suma, é de toda a coletividade. Não podemos esperar que o Estado alcance tudo a todos. A sociedade precisa se integrar neste processo; deve sim exigir que o Estado cumpra o seu papel de agente financeiro e regulador; mas deve, também, participar ativamente, transformando ideários em hábitos e práticas cotidianas.

Não basta que tenhamos belas leis securitárias e trabalhistas, um exemplar sistema de compensação das desigualdades, de programas de integração da PPD à comunidade. É preciso que tudo isso seja efetivamente implementado através da participação ativa da sociedade civil.

<sup>23</sup> Celso Barroso Leite, “Considerações sobre a Previdência Social”, Revista de Previdência Social, Editora LTr, setembro de 1998, número 214, p. 730;

<sup>24</sup> “Seguridade Social e a Pessoa Portadora de Deficiência”, Op. Cit., p. 176;



RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO  
POR DÉBITOS TRABALHISTAS – ENUNCIADO 331/TST –  
ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

*Leonardo Jubé de Moura \**

O Tribunal Superior do Trabalho vem entendendo que, quando a Autarquia contrata empresa prestadora de serviços, torna-se subsidiariamente responsável perante os empregados desta, pelos respectivos créditos trabalhistas.

Disponha o Enunciado 331/TST, em sua redação original (Res. 23/93, DJ 21.12.93):

“Enunciado 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6019, de 3.1.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

**IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.”**

(Destaquei.)

Por outro lado, tratando-se de órgão da Administração Pública, como tomador de serviços, há disposição legal específica, **excluindo sua responsabilização: art. 71 da Lei 8.666/93.**

Eis o dispositivo:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º **A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. *(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.1995)*

...

(Destaquei. O trecho em destaque não foi alterado pela L. 9032/95.)

Pois bem, a Justiça do Trabalho vinha registrando julgados que reconheciam a norma específica, direcionada à Administração, eximindo-lhe de responsabilidade subsidiária, na hipótese sob exame.

Entretanto, a questão não era pacífica.

Mesmo o Tribunal Superior do Trabalho apresentava decisões divergentes.

Adveio, então, a Resolução Administrativa nº 96/2000 do TST (DJ 18.9.2000), que deu nova redação ao item IV do Enunciado 331, o qual restou assim redigido:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, **inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (**artigo 71 da Lei nº 8.666/93**).”

(Destaquei as alterações.)

A alteração do Enunciado se deu no bojo do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado no RR-297.751/96.

Do referido julgamento do IUJ-RR-297751/96, pelo Plenário do TST, colhe-se a seguinte passagem, que pretende afastar a aplicação do art. 71 da Lei 8.666/93:

*“Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente.”*

Entretanto, cumpre observar que **o art. 71 da Lei 8.666/93 é bastante claro, no sentido de afastar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública**, enquanto tomadora de serviços contratados por empresa interposta.

Na verdade, o dispositivo **não comporta interpretação em sentido contrário**. Cuida-se de norma de sentido unívoco.

Aliás, o transcrito § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 é expresso em dizer: **a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas... não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**.

Ora, como dizer que a norma somente se aplica “na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades”, se a norma se dirige exatamente à hipótese de inadimplência do contratado?!

Destarte, além da flagrante violação da lei, sustentável a agressão ao princípio constitucional da legalidade – **art. 5º, II, da Carta Magna**.

Na verdade, tratando-se da Administração, ganha corpo o mandamento de estrita legalidade, insculpido no **art. 37, caput, da Lei Maior**.

Afinal, repita-se, a norma – que veda a responsabilização da entidade pública – é muito clara, de sentido unívoco, de modo que não pode a Administração a ela furtar-se.

E mais: a regulamentação legal das licitações públicas – lembrando que contratos como os que compõem o panorama da presente discussão, advêm de procedimentos licitatórios – proveio em obediência ao que preceitua o **inciso XXI do art. 37 da Constituição**.

VIOLAÇÃO AO ART. 114 E 109, I, DA CONSTITUIÇÃO

De outra parte, impende chamar atenção à **incompetência da Justiça do Trabalho**, para impor tal responsabilização.

Com efeito, o E. TST – **reconhecendo a inexistência de vínculo empregatício** – fixa a responsabilidade do ente público na órbita **civil**, cogitando de responsabilidade objetiva do Estado e/ou de culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Ora, é de se reconhecer a incompetência daquela Justiça Especializada para examinar questão de responsabilidade civil do Estado.

Vale insistir: não há, *in casu*, relação trabalhista entre a Autarquia e os empregados da empresa contratada.

Há, isto sim, **contrato de prestação de serviços**, entre empresa e ente público. Mas tal contrato é regido por normas de Direito Administrativo e de Direito Civil – nada que diga com Direito do Trabalho.

Afinal, em que dispositivo da CLT se embasa a responsabilização subsidiária imposta à pessoa jurídica de direito público, nos termos em que vazado o Enunciado 331/TST?!

Na verdade, é naquelas outras órbitas jurídicas – em particular na Lei de Licitações e Contratos da Administração, Lei 8.666/93, além das disposições comuns do Código Civil – que se poderia buscar eventual obrigação fiscalizatória da entidade pública contratante, ou regulação do modo de escolha da contratada.

Da mesma forma, quando se busca enquadrar a questão sob a ótica da responsabilidade extracontratual, em particular, em face da norma que prevê responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da Constituição).

A tanto não se estende a competência da Justiça do Trabalho.

Deveras, tratando-se de autarquia federal, a competência é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Carta Magna.

Acresce considerar – a lição é do Min. Nelson Jobim, no voto proferido no RE 220999/PE, DJ 24.11.00 – que a responsabilidade civil pressupõe o inadimplemento em sentido lato, quer decorrente de contrato, quer decorrente de dever extracontratual. Isto é, o inadimplemento pressupõe a existência de um dever legal ou contratual.

Ora, está claro que eventual dever legal ou contratual, na hipótese sob exame, não adviria de lei trabalhista, nem de relação de emprego entre a Administração e os reclamantes.

A hipótese se aproxima muito da apreciada pela E. Suprema Corte no **RE 140.535-0/SP**, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.6.99, em acórdão assim ementado:

EMENTA: – DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E TRABALHISTA.

AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO, PROPOSTA POR SERVIDORES CELETISTAS APOSENTADOS, DA SABESP, CONTRA O ESTADO DE SÃO PAULO, COM BASE NOS ARTIGOS 159, 879 E 880 DO CÓDIGO CIVIL.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL E NÃO DA TRABALHISTA.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: INOCORRÊNCIA.

1. **Tratando-se de ação proposta por empregados celetistas aposentados da CIA. DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, uma empresa de economia mista, não, porém, contra a ex-empregadora, mas contra terceiro, ou seja, o ESTADO DE SÃO PAULO, porque teria descumprido, durante certo período, obrigação imposta por lei estadual, que os favoreceria (Lei n 4.819/58); fundando-se a pretensão indenizatória, expressamente, nos artigos 159, 879 e 880 do Código Civil – e não na C.L.T. – compete à Justiça comum estadual o processo e julgamento da causa, não, assim, à Justiça do Trabalho.**

2. O acórdão recorrido, que concluiu desse modo, não violou, pois, o art. 114 da C.F./88.

3. Não se aplicam à hipótese, em face das peculiaridades referidas, precedentes do S.T.F., que têm proclamado a competência da Justiça do Trabalho, em Reclamações propostas contra a própria SABESP, por seus ex-servidores celetistas (aposentados).

4. R.E. conhecido e provido.

Oportuno transcrever o seguinte trecho do voto condutor do acórdão:

*“6. É nítido, pois, o caráter indenizatório e civil da pretensão (não, assim, trabalhista). E esta não é deduzida por ex-empregados contra o ex-empregador, mas contra o Estado porque deixou de adotar certas providências previstas em Lei estadual.*

*7. ... aqui não se trata de dissídio ‘entre trabalhadores e empregadores’, nem mesmo enter ‘ex-empregados’ contra ‘ex-empregador’. Nem a pretensão se deduz com base em contrato de trabalho celebrado entre os autores e o Estado. Menos ainda como efeito residual de relação empregatícia com este.*

*O que se pretende é uma indenização, não contra o empregador, ou ex-empregador, mas contra o Estado, porque não adotou a tempo certas providências previstas em Lei, ou seja, porque negligenciou no seu cumprimento.”*

Na hipótese em comento, também **não há relação trabalhista** entre o Estado e os empregados **da empresa contratada**.

O que o TST entende é que a Administração teria **negligenciado** em pretensão de fiscalização da empresa contratada (culpa *in vigilando*) e/ou se furtado à obrigação de escolha diligente da prestadora de serviços (culpa *in eligendo*). Na realidade, parece que se cria presunção de que, ante o não cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, haveria negligência da Autarquia contratante, já que não se tem visto preocupação da Justiça do Trabalho em fixar os pressupostos fáticos da culpa.

Talvez a alusão ao art. 37, § 6º, da Constituição tenha se dado na busca de legitimar tal presunção.

De todo modo – afora o equívoco em ventilar esse dispositivo constitucional, que acaba por violá-lo, como demonstraremos adiante – mostra-se nítida a incompetência da Justiça do Trabalho, para estabelecer a impugnada responsabilização da entidade de direito público federal.

VIOLAÇÃO DO ART. 37, § 6º.

De outra parte, buscando enquadrar a impugnada responsabilização, o TST empolga o art. 37, § 6º, da Constituição.

Assente-se, de logo, a viabilidade do exame da violação à norma em destaque, com empréstimo da lição do Min. Moreira Alves (RE 130764 / PR – DJ 07-08-92):

*“Observe, finalmente, que, como é a esta Corte que cabe, com exclusividade em grau de jurisdição extraordinária, dizer da contrariedade, ou não, de dispositivo constitucional, para se saber se ocorre, ou não, a responsabilidade objetiva do Estado prevista na Constituição, indispensável qualificar juridicamente os fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, para se apurar se se verificam, ou não, os requisitos dessa responsabilidade, e, em consequência, se há, ou não, a incidência da norma constitucional.”*

**Data venia**, não se pode cogitar de responsabilidade objetiva, em nome do **art. 37, § 6º, da Constituição, sob pena de violação desse mesmo dispositivo.**

Com efeito, reza o preceito constitucional:

Art. 37. ...

...

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como se vê, fala-se em responsabilização por danos que os **agentes de pessoas jurídicas de direito público**, ou de direito privado prestadoras de serviços públicos, venham a causar.

Ora, quem causar dano, na hipótese, não é nenhum agente da Autarquia, senão a empresa privada que contratou com a Administração. E, à evidência, a empresa contratada não é prestadora de serviço público.

A propósito, no julgamento do IUJ-RR-297751/96 – donde se imprimiu a nova redação do Enunciado 331 – assentaram-se, no particular, as seguintes alegações:

*“Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária...”*

Vê-se, assim, que o entendimento do TST acaba operando confusão entre os conceitos de responsabilidade objetiva e subjetiva, esta nas modalidades culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Como dissemos acima, parece que a referência à responsabilidade objetiva do Estado configura tentativa de conferir amparo jurídico à verdadeira presunção criada, já que a Justiça do Trabalho sequer tem estabelecido as bases fáticas aptas a caracterizar culpa da Autarquia.

De qualquer sorte, a violação ao § 6º do art. 37 da Constituição se evidencia, na medida em que o nexó de causalidade correspondente pressupõe **dano direto e imediato**.

Nesse sentido, o magistério do E. Supremo Tribunal Federal, como se colhe, *v.g.*, do já referido RE 130764/PR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 7.8.92, assim ementado:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes.

– A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), **não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexó de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.**

– **Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexó de causalidade é a teoria do dano direto e imediato**, também denominada teoria da interrupção do nexó causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.

– No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexó de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexó de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

(Destacamos.)

No mesmo sentido, entre outros: RE-220999 / PE – Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim – DJ 24.11.00; RE-179147 / SP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 27.2.98; RE-140270 / MG – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 18.10.96; RE 170014 / SP – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJ 13.2.98.

Ora, se a responsabilidade imputada à Autarquia deriva de pretensa desídia na fiscalização, isto é, o dano advém de fato de outrem, não se vislumbra nexó de causalidade direto e imediato, entre a omissão do INSS e o dano.

De outra parte, se o que o TST imputa, à Autarquia, é “*comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado*”, não há falar em responsabilidade objetiva.

Deveras, **responsabilização objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, pressupõe ação, comportamento comissivo, e não omissão.**

Tratando-se de omissão, mesmo do Estado, a responsabilização só pode ser mediante culpa.

Assim entende o Excelso Pretório, valendo transcrever o seguinte julgado: RE-179147 / SP

Min. CARLOS VELLOSO

DJ DATA-27-02-98

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA:

FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º.

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) **da ação administrativa**; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.

II – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

III – **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa**, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses.

(...)

(Destacamos.)

Do voto-condutor – que demonstra amplo amparo doutrinário – vale extrair a seguinte passagem:

*“No voto que proferi no RE 204.037-RJ, cuidei do tema: responsabilidade objetiva do poder público por ato omissivo.*

*Destaco do voto que proferi:*

*‘O § 6º do art. 37 da CF dispõe:*

*...*

*Em princípio, pois, a responsabilidade objetiva do poder público, assentada na teoria do risco administrativo, ocorre por ato de seus agentes. Dir-se-ia que o*

*ato do agente público poderá ser omissivo. Neste caso, entretanto, exige-se prova da culpa. É que a omissão é, em essência, culpa, numa de suas três vertentes: negligência, que, de regra, traduz desídia, imprudência, que é temeridade, e imperícia, que resulta da falta de habilidade...”*

Nestes termos, embasar a responsabilização da pessoa jurídica de direito público, *in casu*, no art. 37, § 6º, da Constituição implica afronta a esse dispositivo.  
DA OFENSA AO ART. 37, II.

A constituição exige aprovação em concurso público, como requisito para investidura em cargo ou emprego público.

Portanto, “ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, somente se admite, ante a Carta de 1988, relação de emprego com a Administração Pública mediante prévia habilitação em concurso público.

Pois bem, ao impor responsabilização subsidiária, aqui impugnada, o TST repassa à Autarquia, por completo, os débitos trabalhistas da empresa contratada.

Aí se incluem salários, multa rescisória, depósitos de FGTS, 13º salário, aviso prévio etc.

Ora, caso houvesse relação de emprego com a Administração, outras não seriam as verbas devidas.

Isto é, a responsabilização imposta à entidade pública tem sido integral, como se esta fosse a empregadora, ou ex-empregadora.

Afigura-se, destarte, modalidade de malferimento da exigência constitucional de concurso público para acesso a cargos e empregos públicos.

Tanto assim que, na hipótese de contratação direta de empregados pela Administração sem concurso público, o próprio TST firmou entendimento de que, em face da exigência em destaque, exclui-se das verbas devidas ao contratado (que empregado não é) tudo que não seja a estrita contraprestação pelos dias trabalhados.

O entendimento encontra-se consubstanciado no Enunciado 363/TST:

“Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada.”

Ou seja, o eventual pagamento se restringe ao que se tem chamado “salário *stricto sensu*”, em respeito ao art. 37, II e § 2º, da Constituição.

Assim, *in casu* – em que nem há contratação, sendo, pois, pior que nulo, **inexistente** contrato de trabalho com a Administração –, com maior razão se impõe o respeito aos mesmos postulados.

Ante todo o exposto, conclui-se que a nova redação conferida ao Enunciado 331/TST incorre em flagrante ilegalidade, por afronta a literal dispositivo legal, além de perpetrar agressão a diversos dispositivos constitucionais.

\* Procurador Federal / Subprocuradoria Geral do INSS.



PARECER de

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,**

Professor Emérito da Universidade Mackenzie,  
em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito  
Constitucional e Presidente do Centro de Extensão Universitária.

INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 202, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL  
E DO ARTIGO 5º DA E.C. N. 20/1998 – PARECER.

**CONSULTA**

Formula-me, a empresa consulente, as seguintes questões:

*“Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998, acrescentou ao art. 202 da Constituição Federal, o parágrafo 3º, abaixo transcrito, o qual determina que a contribuição normal da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, enquanto patrocinadoras do regime de previdência privada, em hipótese alguma, poderá exceder a do segurado:*

*“Parágrafo 3º É vedado o aporte de recursos de entidades de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.”*

*2. Trata-se da denominada paridade entre a contribuição da entidade patrocinadora e aquela afeta ao segurado do regime de previdência privada.*

*3. Analisando-se, ainda, o art. 5º da E.C. n. 20/98, o qual destacamos a seguir, constatamos que a exigência da paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado deverá vigorar no prazo de 2 anos a partir da sua publicação, ou, caso ocorra antes, na data da publicação da Lei Complementar a que se refere o § 4º do art. 202 da C.F.*

*“Art. 5º O disposto no art. 202, parágrafo 3º da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de 02 (dois) anos, a contar da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o parágrafo 4º do mesmo artigo”.*

*4. Com vistas a regulamentar as normas constitucionais expressas nos art. 202 e seguintes da Constituição Federal foram publicadas, em 30/05/2001, as Leis Complementares nºs 108 e 109. A lei Complementar nº 108 dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar. A Lei Complementar nº 109 estabelece normas gerais sobre o Regime de Previdência Complementar.*

5. Verifica-se que a data da publicação das Leis Complementares supracitadas deu-se após o prazo de 02 (dois) anos, contados da data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98.

6. Dentro deste contexto, a consulente entende que, a partir de 15/12/2000, ou seja, 02 (dois) anos após a publicação da Emenda Constitucional nº 20, nos estritos termos do que prevê o seu art. 5º, deve ser observada a paridade entre as contribuições da patrocinadora e do segurado.

7. A referida paridade, na proporção de um para um, já que a expressão consta no singular, deve ser observada em cada contribuição efetuada pelo segurado (empregado) e em cada contribuição efetuada pela patrocinadora (empresa).

Dessa forma, a título de exemplo, na contribuição mensal, se o empregado contribuir com R\$ 5,00 (cinco reais), a contribuição da patrocinadora (empresa), deverá, também, ser de R\$ 5,00 (cinco reais).

8. Contudo, a fundação gestora do plano de previdência privada mantém entendimento diverso do aqui esposado. A fundação entende que a paridade ocorre entre os patrocinadores de forma solidária. Fundamenta este argumento no Convênio firmado entre os mesmos, com fundamento na Lei 6.435/77.

9. A entidade de previdência defende a tese da regra generalizada prevista na antiga Lei 6.435/77. Assim, várias empresas poderiam solidarizar-se para instituírem um único plano de benefícios, na modalidade de Benefício Definido – BD – e unificarem as taxas contributivas (empresas/empregados) para a sustentação desse plano comum às respectivas populações empregadas.

10. Alega que, na origem, com a consulente e suas subsidiárias, foi firmado Convênio de Adesão, consubstanciado no art. 34 da Lei 6.435/77, a seguir transcrito:

“Art. 34. ...

Parágrafo 2º – No caso de várias patrocinadoras, será exigida a celebração de convênio de adesão entre estas e a entidade de previdência, no qual se estabeleçam, pormenorizadamente, as condições de solidariedade das partes, inclusive quanto ao fluxo de novas entradas de patrocinadoras”.

11. No Convênio de Adesão firmado em 16/05/1980, entre a fundação, a consulente e suas subsidiárias de então (12) empresas, ficou pactuado na Cláusula Segunda – Da Garantia das Operações:

“2.3 – Comprometem-se, ainda, as patrocinadoras:

a) a contribuir para o custeio dos programas previdenciais adotados pela fundação, nas mesmas bases e condições que forem aprovadas para a Instituidora consulente”.

12. Entende a fundação, que a solidariedade existente no referido Plano não pode abrigar a paridade contributiva. Individualizada por patrocinadora não obstante seja esta rigorosamente observada no conjunto das contribuições patrocinadoras/participantes ativos e assistidos. Dessa forma, a título de exemplo, o empregado poderia contribuir mensalmente com R\$ 5,00, sendo que a empresa poderia mensalmente contribuir com R\$ 8,00. Neste caso, em tese, por interpretação literal na norma constitucional vigente, não haveria paridade. Contudo, a fundação entende que a paridade deve ser verificada da seguinte forma:

*Contribuição das patrocinadoras **igual** à contribuição dos participantes ativos (empregados) + contribuintes participantes assistidos (aposentados).*

13. *Ou seja, a paridade seria verificada no total das contribuições efetuadas pelas patrocinadoras (consulente e demais subsidiárias), que deveria ser igual ao total das contribuições efetuadas pelos empregados e aposentados (da consulente e de suas subsidiárias). Não haveria, no caso, paridade entre a patrocinadora e seu empregado, mas, se verificaria a paridade somando-se a contribuição de todas as patrocinadoras do Plano este valor, deveria ser igual às contribuições de todos os empregados e aposentados do Plano da Fundação.*

14. *A consulente entende que a paridade alegada pela fundação, sob a forma solidária fulcrada em Convênio existente entre os patrocinadores não pode prosperar, em virtude da infringência ao parágrafo 3º, do artigo 202 da C.F. e da L.C. n. 108/2001, não se constituindo em direito adquirido, já que se trata de matéria de ordem pública e de âmbito constitucional.*

15. *Sendo assim, apresentamos as indagações abaixo, para resposta por V.S., nos seguintes termos:*

a) *Analisando a Constituição Federal, a Lei Complementar 108/2001, a Lei 6.435/77 e o Convênio de Adesão, em anexo, e demais normais legais aplicáveis à matéria, V. Exas. entendem que está correta a interpretação de que a paridade deve ser observada de forma unitária entre cada empregado e sua patrocinadora. Ou deve prevalecer o Convênio firmado entre as patrocinadoras e a fundação, com base na Lei 6.435/77, devendo a paridade, ser observada na seguinte equação:*

*Contribuição das patrocinadoras **igual** contribuição dos participantes ativos (empregados) + contribuição dos participantes assistidos (aposentados).*

b) *Solicitamos, por fim, que sejam tecidos os demais comentários pertinentes acerca da matéria que, na percepção do juriconsulto, possam ser aplicáveis à espécie”.*

## RESPOSTA

As indagações formuladas pela consulente estão vinculadas à interpretação de texto constitucional, em seus aspectos de aplicação temporal e material.

Dois são os dispositivos a serem examinados: o § 3º do artigo 202 da Constituição Federal, que impõe clara regra de paridade, e o artigo 5º da E.C. n. 20/98, o qual determina o prazo para sua eficácia.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Celso Ribeiro Bastos escreve: “O parágrafo sub examine é expresso ao declarar que é vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, **em hipótese alguma**, sua contribuição normal poderá exceder à do segurado. **O intuito do legislador constitucional foi o de evitar que as entidades de previdência privada fossem custeadas pelas entidades públicas, pois o Estado já oferece o sistema de previdência social universal e de filiação obrigatória.** Seria um verdadeiro contra-senso

Antes, todavia, de oferecer minha exegese sobre o comando superior, algumas considerações prévias são necessárias, para que se compreenda a técnica de interpretação pertinente às normas constitucionais.

Tal exame preambular deve ser feito em face da interpretação conflitante ofertada ao § 3º do artigo 202 da C.F., na redação decorrente da E.C. n. 20/98, pela consulente e pelo Fundo.<sup>2</sup>

Basicamente, interpreta, a empresa que me consulta, a E.C. n. 20/2001, à luz do direito constitucional, enquanto o Fundo, pelo prisma da legislação ordinária e pretérita, interpreta o novo perfil da lei suprema.

Parece-me, pois, que a primeira indagação a responder é se tal interpretação da Carta Magna, a partir da lei ordinária e do direito anterior, é técnica aceita pelo guardião da Constituição, função que o artigo 102 da “lex maxima” atribui à Suprema Corte. O Ministro Moreira Alves, em duas recentes palestras, colocou um ponto final à discussão sobre essa matéria, ao dizer:

*“Mas o Min. Soares Muñoz não decidiu isso. Ele não estava tratando, aqui, de saber se era lei complementar ou não era lei complementar. Tanto que ele disse o seguinte: “Esse decreto-lei anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado. Porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; **uma restrição que não está no texto constitucional**”. Isso significava dizer o que? Dizer: **“Nem lei complementar, nem lei nenhuma, pode impor uma restrição a uma imunidade que decorre da Constituição”** (grifos meus).<sup>3</sup>*

---

*o Estado arcar com os dois regimes previdenciários, uma vez que, a previdência privada é facultativa e fruto da iniciativa privada. Ademais cumpre dizer também que o artigo 202 da Lei Maior, já por nós comentado, se faz claro ao estabelecer o regime de previdência privada como sendo facultativo e autônomo em relação ao Regime Geral de Previdência Social. **No entanto, a nossa Constituição Federal permite que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista atuem no sistema privado de previdência na qualidade de patrocinadoras e desde que a sua contribuição normal não exceda a do segurado.** Na nossa legislação infraconstitucional encontramos diversos dispositivos legais que instituem restrições à atuação de entes públicos no regime de previdência privada” (grifos meus) (Comentários à Constituição do Brasil, 8º volume, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2000, p. 402).*

<sup>2</sup> No entendimento da fundação, considera esta entidade que deva prevalecer as regras do Convênio de Adesão firmado em 16/5/80: “6. No Convênio de Adesão firmado em 16-05-1980, entre a fundação, a consulente e as suas subsidiárias de então (12 empresas), ficou pactuado na CLÁUSULA SEGUNDA – DA GARANTIA DAS OPERAÇÕES que :

2.3 – Comprometem-se, ainda, as patrocinadoras:

a) **a contribuir para o custeio dos programas previdenciais adotados pela fundação, nas mesmas bases e condições que forem aprovadas para a instituidora consulente;** (grifamos)

7. Assim, evidente é que a solidariedade existente no Plano não pode abrigar a paridade contributiva, individualizada por patrocinadora, não obstante seja esta rigorosamente observada no conjunto das contribuições patrocinadoras/participantes ativos e assistidos”.

<sup>3</sup> Pesquisas Tributárias, Nova Série 5, Processo Administrativo Tributário, co-ed. Centro de Extensão Universitária e Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

e completou:

*“E isto os Srs. observam, inclusive, com um desses problemas que se apresentam hoje nessas nossas quatro questões. Que é justamente aquele problema relativo à definição de certos conceitos de que se utiliza a Constituição, mesmo no terreno tributário. Assim, o questionamento sobre o conteúdo do conceito de renda e, conseqüentemente, sobre seu alcance, é um problema de natureza eminentemente constitucional. E é assim porque isso não pode ser deixado ao intérprete, quer seja o legislador ordinário, quer seja o complementar. **Não se interpreta a Constituição pela lei mas a lei é que é interpretada em face da Constituição.** Esse problema voltou à tona no STF, agora, nesse caso que agitou e quase comoveu as massas no Brasil, que foi o caso do FGTS” (grifos meus).<sup>4</sup>*

Não reafirmou senão a lição de Carlos Maximiliano, ao escrever:

*“O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais freqüente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas relativas à idéia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.*

**A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.**

*Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, afim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional. Quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser a sua linguagem e maior, portanto, a necessidade, e também a dificuldade, de interpretação do respectivo texto” (grifos meus).<sup>5</sup>*

A lei suprema sempre deve ser interpretada pela metodologia própria do direito constitucional.

É ainda atual a lição de Santi Romano:

*“O ponto de partida para o constitucionalista, como para todo jurista, é a análise precisa e objetiva dos elementos mais determinados e mais simples contidos na ordenação ou nas ordenações positivas em cuja base penetram suas investigações. Esta análise leva à distinção dos conceitos fundamentais, isto é,*

<sup>4</sup> Pesquisas Tributárias n. 7, Tributação na Internet, co-ed. Centro de Extensão Universitária e Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 19.

<sup>5</sup> Hermenêutica e aplicação do direito, Forense, 1979, p. 304.

*irreduzíveis um ao outro, ou, segundo comparação de Jhering, mais ou menos como o gramático que inicia com o estabelecer quais são as letras do alfabeto. A este propósito, pode-se ressaltar que às vezes se tem acreditado que, para o direito constitucional geral, fosse particularmente importante o estudo das instituições estatais mais elementares e primitivas, nas quais seriam mais visíveis os elementos mais simples que toda constituição deve possuir e dos quais se desenvolveriam aqueles das Constituições mais evoluídas. **Uma vez determinados estes primeiros conceitos, é necessário em seguida verificar como as várias ordenações operam com eles, ou melhor, os modos com que se aproximam, reagrupam e fundem naquelas manifestações mais complexas e compreensivas, com as quais as ordenações falam, por assim dizer, a própria linguagem, exprimem o próprio pensamento, a própria vontade, a própria vida, traduzindo-os em proposições ou princípios: trata-se, em outros termos, de interpretar tal linguagem**" (grifos meus).<sup>6</sup>*

Não há como pretender condicionar a Constituição à lei ordinária ou a regramento inferior, pois, se aquela dependesse desta, à evidência, haveria uma inversão da pirâmide hierárquica das leis, o que seria um contrasenso.

Nem mesmo quando a Constituição outorga ao legislador ordinário o direito de explicitá-la, pode este ultrapassar os limites da explicitação. Não pode nem alargar o princípio constitucional além do desejado pelo constituinte, nem pode restringi-lo. A vontade do legislador infraconstitucional é nenhuma, nesta matéria, tendo apenas o direito de explicitar, de ordenar, tornando-o aplicável, o princípio constitucional delegado pelo regramento.<sup>7</sup>

Tal primeira consideração leva-me a uma segunda, qual seja, que a intenção do constituinte é mais relevante do que o texto, não prevalecendo a tese kelseniana, no que diz respeito à lei suprema, de que a "lei é mais inteligente do que o legislador". É que, para a legislação ordinária, o antecedente imediato é o sistema e a ordem

<sup>6</sup> *Princípios de Direito Constitucional Geral, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 24/25.*

<sup>7</sup> *Escrevi: "Ora, tornar obrigatória a adoção de um regime que só se legitima se opcional, alterando o perfil constitucional do imposto por lei complementar, é, à evidência, atingir o próprio constitucionalismo. É admitir que a Constituição possa ser modificada sempre que o legislador infraconstitucional deseje fazê-lo, conforme sua conveniência. Não haveria mais, no sistema constitucional tributário, um perfil implícito para cada imposto, pois este perfil seria de exclusiva conformação pela lei complementar.*

*É interessante notar que o Ministro Moreira Alves, ao examinar, em simpósio anterior, a interpretação de textos de lei complementar explicitador da Constituição, esclareceu que a interpretação se dá não à luz da lei complementar, mas dos contornos estabelecidos pela Lei Suprema. Não é porque a lei complementar declare que o princípio constitucional é conformado desta ou daquela maneira que o perfil desse princípio seja esculpido pela lei complementar. A lei complementar regula-o desta ou daquela maneira porque a Constituição assim determina. A interpretação, portanto, da lei complementar não se faz à luz desta, mas da própria Constituição" (Pesquisas Tributárias – Nova Série n. 6, Direitos Fundamentais do Contribuinte, Ed. CEU/Revista dos Tribunais, 2000, p. 63).*

constitucional, mas para a Constituição o antecedente imediato é a vontade do legislador maior.<sup>8</sup>

À evidência, o princípio de que a lei é mais inteligente que o legislador mas a Constituição não é mais inteligente que o constituinte, não é absoluto. Mas a “intention legis”, todavia, na exegese constitucional, exerce papel mais relevante que na interpretação do direito infraconstitucional, subordinado este ao sistema jurídico plasmado na Carta Magna<sup>9</sup>.

Há de se levar sempre em conta a intenção do legislador, lembrando-se que a alegação da “intention legis” foi fatal para o “bloqueio dos cruzados”, durante o Plano Collor. À época, inúmeros juízes liberaram os recursos congelados com o argumento de que o artigo 148 da Constituição não conforma a hipótese do artigo 15, inciso III do CTN – que previa “absorção temporária de poupança popular” para combate à inflação de demanda – porque os constituintes haviam constatado o mau uso

<sup>8</sup> *Kelsen defende a tese de que a norma fundamental é o antecedente imediato: “Il significato della norma fondamentale – La dottrina pura del diritto si vale di questa norma fondamentale come di un fondamento ipotetico. Se si parte dal presupposto che tale norma sia valida, e valido anche l’ordinamento giuridico che si fonda su di essa. La norma fondamentale attribuisce all’atto del primo legislatore e di qui a tutti gli atti dell’ordinamento giuridico che poggiano su di questo, il significato del dovere essere, quello specifico significato per il quale nella proposizione giuridica la condizione e legata alla conseguenza del diritto; e la proposizione giuridica e la forma tipica in cui deve necessariamente presentarsi tutto il materiale del diritto positivo. Nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l’ordinamento giuridico. Soltanto in base al presupposto della norma fondamentale il materiale empirico che si presenta alla determinazione giuridica può essere inteso come diritto, cioè come sistema di norme giuridiche. Secondo la natura di questo materiale, cioè secondo gli atti che debbono essere determinati come atti giuridici, si regola anche il contenuto particolare di quella norma fondamentale che sta alla base di un determinato ordinamento giuridico. Essa è soltanto l’espressione del presupposto necessario per comprendere positivisticamente il materiale giuridico. Essa non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo. Con la formulazione del’1a norma fondamentale la dottrina pura del diritto non vuole assolutamente inaugurare un nuovo metodo scientifico della giurisprudenza. Essa vuol dare soltanto la coscienza di ciò che tutti i giuristi fanno per 10 più incoscientemente quando, nel comprendere il loro oggetto, rifiutano un diritto naturale dal quale potrebbe essere dedotta la validità del’ordinamento giuridico positivo, ma intendono però questo diritto positivo come ordinamento valido, non già come realtà psicologica, ma come norma. Con la teoria del’1a norma fondamentale, la dottrina pura del diritto tenta di rilevare, attraverso all’analisi dei procedimenti effettivi, le condizioni logico-trascendentali del metodo, sinora usato, del’1a conoscenza giuridica positiva” (Lineamenti di dottrina pura del diritto, Piccola Biblioteca Einaudi, p. 98/99).*

<sup>9</sup> *Celso Bastos e eu escrevemos na apresentação de nossos Comentários à Constituição do Brasil: “Conscientes de que a realidade fenomênica constitucional difere, nas técnicas exegéticas, das demais realidades dela decorrentes, entendemos necessária uma amplitude maior em seu exame, uma vez que sua conformação jurídica surge pela apreensão de todos os elementos sociais que pertinem às demais ciências relacionadas ao homem vivendo em sociedade, sendo, pois, o perfil técnico o último estágio desta interação de realidades não jurídicas e o primeiro estágio de toda a realidade mandamental que dela decorrerá.*

daquela faculdade, decidindo eliminá-la do novo texto<sup>10</sup>. Prevaleceu, na exegese pretoriana, a vontade do constituinte, afastando-se a possibilidade de uma “interpretação integrativa” para abranger a referida hipótese (absorção temporária) a partir daquelas enunciadas no artigo 148 da lei maior.<sup>11</sup>

Um último e terceiro aspecto preambular é o que diz respeito a regimes jurídicos. Não há regime jurídico que se possa opor à Constituição, nem há direitos adquiridos a regimes jurídicos.

Exceção feita às cláusulas pétreas – e, estas, apenas enquanto normas imutáveis em si, e não para garantir regimes passados –, o constituinte, legislador primeiro, tem inteira liberdade de alterar as disciplinas legais, muitas vezes podendo – inclusive para efeito de compatibilização de princípios gerais – criar regras transitórias de adaptação de direitos conformados sob regimes anteriores a novas disciplinas.

O constituinte pode mudar o que desejar, na ordem suprema. E se a ordem passada não for adequada à ordem presente, está revogada, a não ser que seja contemplada nas regras de transição.<sup>12</sup>

---

*Não se pode estudar o direito constitucional sem que se estude filosofia, política, economia, sociologia, história, geografia, estudos antecipatórios, psicologia e outras ciências correlatas, visto que todas elas esculpem seu desenho final no texto que ordenará a vida de determinado povo, com território e poder soberano para conduzi-lo” (Comentários à Constituição do Brasil, 1º volume, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2001, p. VII).*

<sup>10</sup> O artigo 15 do CTN tem a seguinte dicção: “Art. 15 Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios: ... III. conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo”, e o artigo 148 da C.F. a que se segue: “Art. 148 A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I. para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II. no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.

*Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição”.*

<sup>11</sup> Escrevi: “O terceiro, não recepcionado pela nova ordem, era de evidente inaplicabilidade à realidade brasileira, visto que a absorção temporária do poder aquisitivo, como forma de combater a inflação de demanda, não se justifica, posto que, nessa técnica de controle monetário, o dinheiro retirado de circulação deve enxugar o mercado, sendo esterilizado nas burras oficiais, hipótese nunca ocorrida e inocorrível, à luz do “deficit” público federal.

*No Brasil, como os empréstimos a este título não tiveram nem caráter de controle, nem foram destinados à absorção temporária do poder aquisitivo, sempre se revestiram de notória inconstitucionalidade, até porque lançados apenas para aumentar a arrecadação de um Tesouro em permanente exaustão, à falta de uma política tributária coerente e de uma lógica político-administrativa.*

*Houve por bem o constituinte eliminar tal tipo de empréstimo, sobre ter sujeitado as espécies de empréstimo previstas no texto à instituição por lei complementar, no que agiu corretamente” (Comentários à Constituição do Brasil, 6º volume, tomo I, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2001, p. 120/2).*

<sup>12</sup> Celso Bastos ensina: “**É cediço também em nossa doutrina e jurisprudência a afirmação de que não pode haver direito adquirido contra a Constituição.**”

Esta é a lição consagrada, tendo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no RE 202.700-DF, por 6 x 4, quanto aos aspectos que vou abordar, decidido que a concepção de assistência social do direito pretérito (E.C. n. 1/69) fora alterada pela nova Constituição, não havendo, pois, direito adquirido ao “status” de que as entidades fechadas de previdência privada gozavam no passado.<sup>13</sup>

Estou convencido – não pelo argumento do direito adquirido a regime jurídico privado, mas por uma interpretação sistemática do texto constitucional – que aquela inteligência pode ser revertida. Vale dizer, à luz, não da permanência pontualizada do direito anterior, mas de uma concepção “stricto sensu” e “lato sensu” do texto atual, que a Suprema Corte, por não ter sido provocada, não examinou.<sup>14</sup>

Em nenhum momento, todavia, a Suprema Corte admitiu que norma constitucional pretérita gere direito adquirido contra norma constitucional presente que disponha diferentemente.

---

*De fato, se não pode haver nem mesmo, como se viu no item anterior, direito adquirido contra a lei, não pode haver, obviamente, direito adquirido em afronta à Constituição. O ato assim praticado é inconstitucional e conseqüentemente passível de anulação” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2001, p. 208/9).*

<sup>13</sup> *Do voto do Ministro Relator leia-se: “Parece-me, nesta linha de raciocínio, que as instituições assistenciais não podem ser confundidas ou comparadas com as entidades fechadas de previdência privada, de gênese contratual, uma vez que somente conferem benefícios aos seus filiados desde que esses recolham as contribuições pactuadas. Essas associações assim constituídas não possuem o caráter de universalidade como o é a assistência social oficial, do que se extrai que os serviços por elas realizados não podem ser entendidos como os de assistência social “stricto sensu”, em cooperação com o Poder Público, conforme decidiu esta Corte nos autos do RE n. 108.120-1, relator Ministro Sidney Sanches, “in” RTJ 125/750” (RE 202.700-DF – Informativo STF 249, nov./2001, p. 4).*

<sup>14</sup> *Escrevi: “Em relação a entidades de assistência social, cujo perfil desenhado pela jurisprudência abrange inclusive as entidades fechadas de previdência privada, o constituinte optou por duas conformações de assistência social. A conformação lato sensu, que abrange previdência, saúde e assistência social propriamente dita, e a stricto sensu, que só hospeda a assistência social, fora das hipóteses previdenciárias e de saúde. O artigo da assistência social stricto sensu está assim redigido, no capítulo da seguridade social:*

*“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:*

*I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;*

*II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;*

*III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;*

*IV – a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;*

*V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.*

*O Tribunal Federal de Recursos já definiu que a imunidade tributária constitucional hospeda o gênero “assistência social”, o que implica o estalajar as diversas formas de seguridade.*

Não há, pois direito adquirido contra norma constitucional que institui ordem diversa da anterior.

Isto posto, passo a responder às questões formuladas pela consulente.

Reza o artigo 202, § 3º, da Constituição Federal que:

*“É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, **em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado**” (grifos meus),*

dispondo, o artigo 5º da E.C. n. 20/1998, o seguinte:

*“Art. 5º O disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo.”<sup>15</sup>*

Em que pese ter o constituinte se referido à “vigência” e não “eficácia”, o dispositivo cuida da “vigência” de um dispositivo sem eficácia, nos primeiros dois anos, e da aquisição desta “eficácia” a partir de 15/12/2000.

Ora, o § 3º do artigo 202, acrescentado pela E.C. n. 20/1998, estabelece uma clara regra.

O primeiro comando estabelece uma vedação relativa. Não permite que:

*União,  
Estados,  
Distrito Federal,  
Municípios,  
respectivas autarquias,  
respectivas fundações  
respectivas empresas públicas  
respectivas sociedades de economia mista  
demais entidades públicas*

---

*A manutenção, no atual, do mesmo texto da Emenda Constitucional n. 1/69, já pacificado pela jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça, permite, pois, aceitar tal exegese, de resto, conforme a interpretação da esmagadora maioria dos juristas brasileiros. Em outras palavras, as instituições, a que se refere o art. 150, VI, são de assistência social lato sensu e não stricto sensu” (Comentários à Constituição do Brasil, 6º volume, tomo I, Ed. Saraiva, 1990, p. 183).*

<sup>15</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve: “Aporte de recursos – Aqui, mais uma vez, o texto autoriza o que finge proibir. Isto é, ele permite que os entes citados no seu corpo patrocinem planos de previdência complementar, contribuindo (o que é enunciado como “aporte de recursos”) para seus servidores sujeitos ao regime geral de previdência. **Mas limita a contribuição deles – o “aporte de recursos” – à contribuição do segurado.** Isso nos termos da lei prevista no parágrafo seguinte” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 2, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1999, p. 239).

possam aportar recursos da “sociedade”, – que representam – para qualquer entidade de previdência privada.<sup>16</sup>

A norma é clara e justificável. As entidades de previdência privada complementam a previdência oficial. Esta última já assegura, ao servidor público, proventos excepcionais. Calcula-se que sejam, em média, 10 vezes maiores do que o percebido pelos aposentados e pensionistas do segmento privado. Parte substancial do “déficit público” federal com a Previdência não é causado pelo segmento privado, mas pelo público.<sup>17</sup>

O mesmo ocorre com a previdência das demais entidades federativas.

Tal “deficit”, na verdade, é coberto pela sociedade como um todo.

Houve por bem, portanto, o constituinte, não permitir que mais dinheiro da “sociedade”, do “contribuinte”, do “povo” seja colocado em entidades complementares, que terminaria por melhorar consideravelmente a já superior garantia previdenciária dos agentes públicos diretos ou indiretos, com novos aportes acrescidos aos proventos mais generosos, exatamente para aqueles que devem servir e não servir-se da sociedade.

Por isto, o comando maior impõe uma vedação a que dinheiro público venha a ser aplicado em benefício exclusivo dos já beneficiados servidores da administração direta ou indireta.

Há, todavia, uma exceção. Se a entidade for patrocinadora, poderá contribuir em até o mesmo valor da contribuição do segurado.

A exceção – todas as exceções só podem ser interpretadas restritivamente, jamais extensivamente – vem conformada em linguagem vedatória máxima à qualquer velevidade de exegese ampliativa.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> A Lei de Responsabilidade Fiscal (101/2000) veio impor limites rígidos à capacidade dispenditiva do Estado, inserindo-se a E.C. n. 20/98 e o referido dispositivo (art. 202, § 3º) entre aqueles capazes de possibilitar o equilíbrio orçamentário.

<sup>17</sup> Fernando Dantas em matéria publicada no dia 27/01/2002 no jornal “O Estado de São Paulo”, p. B-4, lembra que: “No ano passado, o sistema privado (INSS) pagou R\$ 75,3 bilhões a 20 milhões de pessoas. No sistema público, o último dado é de 2000: pagamentos de R\$ 52 bilhões a 2,6 milhões de funcionários públicos federais, estaduais e das capitais municipais. Na média dos gastos da OCDE, pode haver alguma subestimação, relacionada aos dados de alguns países e à exclusão de alguns programas de aposentadoria precoce. Ainda assim, segundo recente relatório da organização, as despesas do “sistema previdenciário brasileiro estão acima da média da OCDE.

*O gasto excessivo com a Previdência Pública no Brasil tem um preço: ele drena recursos de outras áreas, como educação e saúde, o que é observado no relatório da OCDE”.*

<sup>18</sup> No direito francês, admite-se inclusive a interpretação restritiva pelo Judiciário que anula ou neutraliza as leis, em técnica mais severa do que a permitida no Brasil, visto que aqui a lei ou não é constitucional e as interpretações restritivas das normas constitucionais não objetivam nem anular, nem neutralizar a lei. Escreve Thierry di Manno: “Par la technique de l’interprétation restrictive, le juge constitutionnel agit directement sur le contenu de la disposition de loi en en restreignant la portée. Cette technique contentieuse permet, donc, au juge constitutionnel de “purger” en quelque sorte la loi en réduisant sa capacité normative. Cette épuration

Diz, o constituinte, que:

**“em hipótese alguma”**

a contribuição normal poderá superar aquela do segurado. O texto fala por si só. Por outro lado, conforma, de maneira clara, que cada uma das entidades enunciadas não pode contribuir **além** do valor da contribuição de **seus** segurados.

Embora comando colocado, de forma inequívoca, no aspecto material, sua implementação, no aspecto temporal, passou a valer, à falta de lei complementar – estas leis só vieram a ser produzidas em 2001– a partir de 15/2/2000, por força do artigo 5º da E.C. n. 20/98, que repito:

*“Art. 5º O disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo”.*

O artigo 5º, como se observa, impunha um prazo máximo para que adquirisse eficácia plena, ou seja, 2 anos após a promulgação da E.C. n. 20/98, embora pudesse ter essa eficácia antecipada mediante a promulgação de lei complementar antes dessa data, fato que terminou não ocorrendo (as leis 108 e 109 são de 30 de Maio de 2001).<sup>19</sup>

Ora, a conjunção dos dois dispositivos não admite a interpretação de que, para os planos conjugados de um grupo de sociedades de economia mista, algumas delas possam ofertar contribuições mais elevadas que a de seus próprios segurados, para cobrir contribuição menor de outras entidades em dificuldade ou sem condições de pagar, ainda que a somatória de contribuições “oficiais” corresponda à somatória das contribuições pagas pelos “segurados”.

---

*normative de la disposition connait toutefois plusieurs degrés d'intensité. Elle se traduit par deux types de décisions «interprétatives» restrictives : les décisions «interprétatives» annihilantes (Section 1) et les décisions «interprétatives» neutralisantes (Section 2)” (Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” em France et em Italie, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Ed. Econômica, Paris, 1997, p. 131).*

<sup>19</sup> Alexandre de Moraes, ao hospedar a interpretação sobre eficácia das normas constitucionais de José Afonso da Silva esclarece: “Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas “que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados” (por exemplo: art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer).

*Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade” (por exemplo: CF, art. 192, § 3º; as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar)” (Direito Constitucional, Ed. Atlas, São Paulo, 1997, p. 35/6).*

Tal exegese violenta o princípio constitucional, na medida em que o § 3º do artigo 202 é endereçado a **cada entidade em particular**, e não ao conjunto de entidades, não podendo umas cobrir a falta de contribuição das outras, para beneficiar os segurados, num mesmo plano.

A norma maior claramente determinou que a **sociedade patrocinadora** só pode contribuir com contribuição igual a de **seu segurado**, isto é, do segurado que **pertence a seus quadros** e jamais para cobrir, em planos gerais, a insuficiência de contribuições de outras entidades participantes do grupo, visto que o direito passado foi revogado.<sup>20</sup> E tal norma ganhou eficácia em 15 de dezembro de 2000.

No ofício de 7/12/2000 (n. 3472/SPC/CGAT), da Coordenadoria Geral da Atuária da Secretaria da Previdência Complementar, há a seguinte declaração:

*“3. A **Secretaria de Previdência Complementar** na qualidade de órgão do Poder Público responsável por fiscalizar o equilíbrio, solvência e liquidez dos planos de benefícios operados pelas Entidades Fechadas de Previdência Privada – EFPP vem **acompanhando a implementação de medidas por parte das entidades e das respectivas patrocinadoras para a adequação às determinações da Emenda Constitucional n. 20/98**” (grifos meus).*

O ofício é anterior a 15/12/2000 e, portanto, anterior ao prazo de 2 anos de carência, isto é, editado durante a “vacatio” do § 3º do artigo 202 da C.F.

E mesmo assim a nota do Ministério declara que a Secretaria está

*“acompanhando a implantação das medidas por parte das entidades e das **respectivas patrocinadoras para adequação** às determinações da E.C. n. 20/98”.*

Assim sendo, na data em que foi emitido, ainda não ganhara vida, na feliz expressão de Vicente Rao, a norma do artigo 202, § 3º, e a própria nota faz referência a que a Secretaria acompanhava

*“a adequação às determinações da E.C. 20/98”*

por parte das entidades fechadas de previdência privada.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> O artigo 34, § 2º da Lei 6.435/77 tinha a seguinte dicção: “No caso de várias patrocinadoras, será exigida a celebração de convênio de adesão entre estas e a entidade de previdência, no qual se estabeleçam, pormenorizadamente, as condições de solidariedade das partes, inclusive quanto ao fluxo de novas entradas de patrocinadoras”. De rigor, a revogação **sem redação de texto** do referido dispositivo reside no fato de que a celebração do convênio de adesão é possível, desde que cada entidade não ultrapasse a possibilidade de contribuição **de seus próprios segurados**. No que restringiu a Constituição, a faculdade passada foi revogada.

<sup>21</sup> Vicente Rao, sobre a interpretação restritiva, ensina: “Diga-se outro tanto da interpretação restritiva, que tem por efeito o não aplicar a norma aos casos incompatíveis com o seu espírito, embora, na aparência, por ela figurem contemplados, ou nela possam ser incluídos. Num caso e noutro, o intérprete não altera o preceito, para ampliá-lo, ou restringi-lo além ou aquém de seu conteúdo real; apenas amplia ou restringe o seu significado aparente, que se revela insuficiente ou excessivo em relação ao pensamento fiel da disposição.

Ademais, é a natureza da matéria, ou da norma, que, em cada caso, permite, ou não, uma interpretação ou outra” (O direito e a vida dos direitos, vol. I, tomo III, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1977, p. 479/480).

Como se percebe, a Instrução do Ministério da Previdência, que tem sido suscitada pela fundação, é imprestável para os efeitos da E.C. n. 20/98 e do seu artigo 202, § 3º, porque anterior à eficácia do referido dispositivo, que passou a obrigar todas as instituições oficiais, a partir de 15/12/2001.

Alega, todavia, o Fundo, que, no regime jurídico anterior (Convenção de Adesão à luz do artigo 34 da Lei 6.435/77), haveria a possibilidade de um plano de solidariedade, em que o fluxo de contribuições das variadas entidades sustentariam a população segurada do grupo de empresas, conforme exposto no corpo e consulta.

A referida alegação não pode prosperar. De início, porque o regime jurídico anterior foi alterado pela E.C. n. 20/98. Prevalece o novo regime e não o anterior.

Ao depois, porque, hierarquicamente, a lei ordinária (6.435/77) não pode sobrepor-se à Constituição, entendendo, os doutrinadores e a Suprema Corte, que a nova ordem constitucional revoga não só a ordem constitucional anterior, mas todas as leis infraconstitucionais do sistema anterior com ela incompatíveis, usando do vocábulo “revogação” mesmo que diferentes os níveis da norma revogadora e da norma revogada, se a revogadora for de hierarquia superior.<sup>22</sup>

O sistema da Lei 6.437/77 já não mais vigora, neste aspecto de “contribuição solidária”. Como conseqüência, vigorando também não está o Convênio da Adesão, naquilo que se chocou com o disposto no artigo 202, § 3º, sobre as leis complementares 108 e 109 terem dado nova conformação à previdência privada fechada<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> José de Oliveira Ascenção esclarece: “Idêntico problema pode suscitar-se a nível constitucional. Uma nova Constituição pode não atingir matérias contidas na Constituição anterior. A revogação operada por uma Constituição, se não for expressa, e para além dos casos de revogação tácita, é uma revogação global; e dentro da revogação global – é uma revogação por ramo de direito. A pretensão de toda a Constituição é a de compendiar exaustivamente o direito constitucional do país, não podendo, portanto, admitir a concorrência de uma Constituição anterior” (grifos meus) (Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 66, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 321/322).

<sup>23</sup> Os artigos 1º e 6º da L.C. n. 108 estão assim redigidos:

“Art. 1º A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, **a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar**”;

“Art. 6º O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

**§ 1º A contribuição normal do patrocinador para plano de benefícios, em hipótese alguma, excederá a do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.**

§ 2º Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.

§ 3º É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio” (grifos meus).

Por fim, não há que se falar em direito adquirido, na medida em que não há direito adquirido contra a “Constituição”. Se a Constituição veda contribuição superior àquela recolhida pelo segurado, não pode permitir que, à luz do regime jurídico revogado, a norma do artigo 202, § 3º, seja desrespeitada, obrigando que uma instituição contribua com valor superior ao que contribuem seus segurados, por força do regime jurídico superado. O regime jurídico passado está definitivamente revogado, neste aspecto, e a interpretação sistemática, gramatical, lógica e histórica do artigo 202, § 3º, não abre exceções nem cuida de regime transitório após os dois anos de vigência da E.C. n. 20/98.

Em outras palavras, a interpretação da consulente é rigorosamente a interpretação correta, não podendo contribuir com mais do que contribuem os segurados integrantes de seus quadros, risco de poderem, seus dirigentes, ser responsabilizados por administração temerária da sociedade de economia mista, de cuja natureza a consulente se reveste, desde 15 de Dezembro de 2000.

Respondo, portanto, à questão formulada, que a paridade deve ser observada de forma unitária e isolada entre cada segurado e sua patrocinadora, para cumprimento do disposto no artigo 202, § 3º, da Constituição, a partir de 15 de dezembro de 2002, não mais prevalecendo, desde essa data, o princípio da solidariedade grupal em virtude do contrato de adesão de 1980.<sup>24</sup>

S.M.J.

São Paulo, 05 de Fevereiro de 2002.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

---

<sup>24</sup> *Francisco Amaral explica: “O sistema jurídico brasileiro contém as seguintes regras sobre essa matéria: a) são de ordem constitucional os princípios da irretroatividade da lei nova e do respeito ao direito adquirido; b) esses dois princípios obrigam ao legislador e ao juiz; c) a regra, no silêncio da lei, é a irretroatividade; d) pode haver retroatividade expressa, desde que não atinja direito adquirido; e) a lei nova tem efeito imediato, não se aplicando aos fatos anteriores” (Direito Civil, 3ª ed. atualizada, Ed. Renovar, 2000, Rio de Janeiro, p. 102).*



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da 23ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo

**Ref.: Ação de Rito Ordinário nº 2001.61.00.000307-9**

**O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**, por seu Procurador *ex lege*, que esta subscreve, nos autos do processo em epígrafe, que lhe move **LEWISTON IMPORTADORA S/A**, já qualificados nos autos, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 188 e 297 e seguintes, todos do Código de Processo Civil, oferecer **CONTESTAÇÃO**, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

SÍNTESE DOS FATOS

Propôs o autor a ação inicialmente em face da União, com o fim de ver reconhecido suposto crédito decorrente de título emitido na França, por empresa privada, sociedade anônima, denominada **Crédit Foncier du Brésil et de L'Amérique du Sud**, título este de número **1.293.385**, cujo valor atualizado, segundo indica, seria de R\$ 23.288,33. Sustenta a autora tratar-se de título da Dívida Externa Brasileira.

Posteriormente, às fls. 56/59, requereu o aditamento da petição inicial, para fazer incluir três outros títulos, emitidos na Inglaterra pelo **Município de Belém**, no Pará, em 1915. A tais títulos, atribuiu os seguintes valores: Título **17.838**: R\$ 4.046.467,64; Título **31.422**: R\$ 2.023.233,82 e Título **17.852**: R\$ 4.046.467,64.

Por fim, através da petição de fls. 115/118, aditou novamente a petição inicial, **requerendo a inclusão no pólo passivo também do INSS** (eis que pretende o pagamento de contribuições devidas à Seguridade Social utilizando os supostos créditos decorrentes de tais títulos). Requereu, na mesma petição, a inclusão de um quinto título, também emitido pelo Município de Belém, em 1912, título este de número **18.999**, cujo valor atribuído pela autora seria de R\$ 4.339.292,96.

Requereu a antecipação de tutela, a fim de que pudesse desde logo utilizar os supostos créditos para compensação de valores devidos à União e à Autarquia Previdenciária, pedido este corretamente indeferido por este D. Juízo.

PRELIMINARES

**ILEGITIMIDADE PASSIVA**

O INSS é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação, eis que os supostos créditos pleiteados pela autora decorrem de títulos emitidos, respectivamente, por entidade privada, sociedade anônima (Crédit Foncier du Brésil et de L'Amérique du Sud) e pelo Município de Belém, pessoa jurídica de direito público interno distinta da autarquia previdenciária.

Com efeito, o título de número **1.293.385**, acostado à inicial, foi emitido por uma empresa privada, sociedade anônima que tinha sede social em Paris, denominada **Crédit Foncier du Brésil et de L'Amérique du Sud**. Tal empresa não tem qualquer relação com a União e muito menos com o INSS, conforme certificou a Secretaria do Tesouro Nacional em ofício dirigido à Procuradoria da Fazenda Nacional, juntado às fls. 232 dos presentes autos, do qual pedimos vênia para transcrever o seguinte parágrafo:

“À propósito, informamos a V. S<sup>a</sup> que desconhecemos a existência de qualquer bonus emitido pela empresa Credit Foncier Du Bresil Et De Amerique Du Sud, **bem como não temos conhecimento de algum vínculo dessa empresa para com a União.**” (grifos nossos)

Como se pode perceber, não há qualquer fundamento legal para a pretensão da autora de ver compensados débitos desta junto à Previdência Social com supostos créditos decorrentes de títulos emitidos por sociedade anônima com a finalidade de captar recursos no mercado.

Relativamente aos títulos emitidos pelo Município de Belém, no Pará, encontram-se os mesmos regulados pelo Decreto-Lei 6.019, de 23 de novembro de 1944, que traçou “*normas definitivas para o pagamento e serviço dos empréstimos externos realizados em libras e dólares pelos Governos da União, Estados e Municípios*”.

Referido Decreto-Lei foi juntado aos autos pela D. Procuradora da Fazenda Nacional, às fls. 233/242. Em seu anexo, é possível encontrar os títulos cujo recebimento pretende a autora, emitidos pelo Município de Belém em 1912 e 1915.

Conforme disposto no art. 1º do referido Decreto-Lei, o pagamento dos referidos títulos seria feito em conformidade com dois planos, denominados “Plano A” e “Plano B”, à opção dos portadores dos referidos títulos. À luz do § 3º do mesmo artigo, tal opção seria formalizada perante o respectivo agente pagador, anotando-se no título a opção realizada. Pedimos vênia para transcrever o dispositivo:

“Art. 1º A partir de 1º de janeiro de 1944, o pagamento dos juros e a amortização dos títulos dos empréstimos externos realizados em libras e dólares pelos Governos da União, Estados e Municípios, Instituto de Café do Estado de São Paulo e Banco do Estado de São Paulo, **será feito de acordo com um dos Planos A ou B anexos, à opção dos portadores de títulos.**

(...)

§ 3º A opção será feita perante o respectivo agente pagador que, mediante legenda apropriada, consignará no título os termos do plano aceito.” (grifos nossos)

Assim, cabia aos titulares dos títulos ter exercido seu direito de opção, e, à luz do art. 4º do mesmo diploma legal, a opção deveria ser efetivada no período compreendido entre 01 de janeiro de 1944 e 31 de dezembro de 1944 (12 meses, portanto). Nos termos do § 2º do art. 4º, findo o prazo de uma ano, os titulares que não houvessem efetuado expressa opção, seriam incluídos no Plano A, como se pode verificar do dispositivo que se transcreve:

“Art. 4º **O prazo concedido aos portadores de títulos para exercerem a opção a que se refere o art. 1º deste decreto-lei será de doze (12) meses,**

**contados a partir de 1º de janeiro e a terminar em 31 de dezembro de 1944**, podendo o ministro de Estado dos Negócios da Fazenda autorizar a sua prorrogação.

(...)

§ 2º **Se decorrido o prazo estabelecido neste artigo o portador não houver exercido a opção, será automaticamente incluído no “Plano A”**, sendo-lhe assegurado o direito de percepção dos juros vencidos, a contar da data a que se refere o parágrafo anterior.” (grifos nossos)

As regras do “Plano A” determinavam que a responsabilidade pelo pagamento dos títulos é dos devedores originais (art. 5º do Decreto-Lei):

“Art. 5º **No caso dos empréstimos incluídos no “Plano A” a responsabilidade é do devedor original**, sendo pelo órgão competente asseguradas as cambiais, mediante prévio depósito a ser feito, em moeda nacional, pelos respectivos devedores.” (grifos nossos)

Em momento algum a autora fez prova de ter optado pelo denominado “Plano B”, único plano no qual a União (**NOTE-SE: A UNIÃO, NÃO O INSS**) se responsabilizava pelo pagamento dos títulos. Desta forma, decorre inequivocamente do art. 4º, § 2º, a inclusão dos referidos títulos no “Plano A”, permanecendo a responsabilidade pelo seu resgate com o ente que o emitiu (o Município de Belém).

Deste modo, não há fundamento sequer para pretender-se imputar a responsabilidade pelo pagamento de eventuais valores decorrentes de tais títulos à União, quanto mais ao INSS, autarquia federal, pessoa jurídica distinta da União e, evidentemente, do Município de Belém, ao qual cabe o pagamento de eventuais valores.

Assim, deve ser o processo extinto sem o julgamento do mérito, por absoluta falta de uma das condições da ação, qual seja a legitimidade *ad causam* do réu INSS.

## **INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL**

É de se reconhecer, ainda, a inépcia da petição inicial, haja vista a ausência dos requisitos exigidos no art. 282, do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Art. 282. A petição inicial indicará:

I – o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II – os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

**III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;**

IV – o pedido, com as suas especificações;

V – o valor da causa;

VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;”

Com efeito, em sua inicial, o autor se limita a tecer considerações de caráter genérico a respeito da dívida externa brasileira, utilizando-se de expressões de efeito como “denúncia ao Federal Reserve nos Estados Unidos”, “risco Brasil”, entre outras, mas que nenhuma relação têm com o suposto direito que alega decorrer dos títulos de que é portadora.

Deve o autor, à luz do diploma processual, apresentar os argumentos jurídicos e os fatos dos quais se origina seu direito, o que em momento algum fez o autor em sua inicial.

Em momento algum o autor explicitou em sua inicial os fundamentos sob os quais entende que deva o INSS arcar com o pagamento de títulos emitidos por entidade particular (Crédit Foncier) ou por outro ente de direito público (Município de Belém – PA). Aliás, sequer esclareceu o autor a origem de tais créditos, justificou a inexistência de prescrição e decadência, que resultam da legislação em vigor, conforme demonstraremos adiante, ou ainda porque o INSS deve suportar eventual ônus financeiro decorrente do pagamento de títulos que ele não emitiu!

Não há em sua petição uma argumentação estruturada da qual seja possível deduzir a existência de algum direito de crédito contra a autarquia previdenciária.

Assim, nos termos do parágrafo único do art. 295, a petição inicial é inepta, devendo ser indeferida:

“Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I – quando for inepta;

(...)

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;

**II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;**

III – o pedido for juridicamente impossível;

IV – contiver pedidos incompatíveis entre si;”

Impõe-se, portanto, ante a falta dos requisitos mínimos exigidos pela legislação processual, a extinção do processo sem o julgamento do mérito, consoante previsto no art. 267, I, do Código de Processo Civil.

### **VIOLAÇÃO AO ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL**

A petição inicial, além de conter todos os requisitos elencados no art. 182 do Código de Processo Civil, deve vir instruída com todos os documentos indispensáveis à propositura da ação, a teor do disposto no art. 283 do mesmo diploma legal.

A respeito da falta dos requisitos exigidos no art. 282 já nos manifestamos no tópico anterior, pugnando pelo reconhecimento da inépcia da petição inicial. Passemos, agora, ainda em sede de preliminar, a nos manifestar sobre os documentos indispensáveis à propositura da presente ação, quais sejam, os títulos dos quais decorreriam os supostos créditos que pretende a autora receber.

Dispõe o art. 157 do Código de Processo Civil que os documentos redigidos em língua estrangeira só poderão ser juntados aos autos se acompanhados de tradução efetuada por tradutor juramentado:

“Art. 157. Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado.”

A autora não respeitou tal mandamento legal, na medida que juntou aos autos títulos (documentos) redigidos em língua francesa (aqueles emitidos pela Crédit Foncier du Brésil) e em língua inglesa e francesa (os emitidos pelo Município de Belém).

À toda evidência, tais títulos deveriam estar acompanhados de tradução para o vernáculo, efetuada por tradutor juramentado, eis que todas as disposições relativas a prazo de pagamento, juros e demais normas relativas ao seu pagamento estão redigidas em idioma estrangeiro.

Em assim não procedendo, a autora não faz prova de seu direito, eis que trazer documentos sem a regular tradução (art. 157) é o mesmo que não trazê-los, razão pela qual imperioso reconhecer-se, ainda, que a autora descumpre o artigo 283 do Código, por não trazer aos autos documento indispensável a propositura da ação.

Assim, além da já aludida inépcia da petição inicial, de se reconhecer a violação aos arts. 157 e 283 do Código de Processo Civil, a impor também o indeferimento da inicial.

Nem se argumente da possibilidade de emenda da petição inicial após a contestação, eis que esta deve dar-se antes da citação.

Destarte, ainda que não reconhecida a inépcia da petição inicial, o que se admite apenas a título de argumentação, forçoso reconhecer-se a ausência de valor probatório dos documentos carreados aos autos, ante a ausência de tradução juramentada.

## **DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA AUTENTICIDADE DOS TÍTULOS**

Em que pese a juntada de pareceres técnicos pela autora, não está comprovada a autenticidade dos títulos trazidos aos autos pela autora.

Inicialmente, porque a juntada de laudo pericial pela autora não supre a realização de prova pericial, na forma dos arts. 420 e seguintes do Código de Processo Civil, eis que a perícia deve realizar-se em contraditório, com a possibilidade de indicação de assistentes técnicos e de formulação de quesitos pelas partes.

A esse respeito, mui acertadamente decidiu este D. Juízo na decisão que indeferiu a antecipação de tutela (fls. 52):

“Por outro lado, torna-se necessária a realização de perícia técnica judicial para que seja determinada a autenticidade dos títulos, como pressuposto para posterior validação ou não dos mesmos.

**O parecer técnico ofertado com a exordial não supre a prova técnica, que é aquela consubstanciada em laudo pericial elaborado nos termos do art. 420 e seguintes do CPC.**” (grifos nossos).

Também não comprovada a autenticidade dos títulos porque tais pareceres técnicos, muito embora concluindo pela inexistência de falsidade material nos referidos documentos, em razão de adulteração em seu suporte ou em sua impressão, conclusões estas que aqui se transcreve apenas a título de argumentação, não analisou a autenticidade das assinaturas lançadas em tais títulos.

Em outras palavras, não analisaram os pareceres técnicos se as pessoas que subscreveram os títulos eram competentes para tanto, à luz dos estatutos da Sociedade Anônima Crédit Foncier du Brésil et de L'Amérique du Sud e da organização administrativa do Município de Belém, quando da emissão dos títulos.

Assim, ainda que admitida a autenticidade do suporte e da impressão, o que se admite apenas a título de argumentação, não trouxe a autora qualquer prova da autenticidade das assinaturas constantes dos títulos.

De se ressaltar que os pareceres técnicos em momento algum mencionaram a realização de qualquer confronto entre as assinaturas e chancelas mecânicas lançadas nos títulos com outros documentos da época e, em momento algum, analisou sua validade diante dos estatutos societários da empresa emitente e da estrutura administrativa do Município de Belém.

Assim, forçoso reconhecer-se a absoluta falta de comprovação do direito alegado pela autora.

## DA PRESCRIÇÃO DO EVENTUAL CRÉDITO JUNTO À UNIÃO

De toda sorte, os títulos supostamente da dívida externa da União apresentados pelo autor estão prescritos desde longa data.

Os títulos emitidos pela empresa Crédit Foncier du Brésil et de L'Amérique du Sud são títulos privados, que não têm qualquer relação com a dívida pública da União e, muito menos, do INSS, como já demonstrado.

Já os títulos emitidos pelo Município de Belém são títulos públicos e representam um direito obrigacional do Estado (o Município de Belém, como já demonstrado) em relação a seu detentor.

Percebe-se, portanto, que ambos os títulos nenhuma relação têm com a União ou com o INSS, como já manifestado na preliminar relativa à ilegitimidade de parte.

Porém, em atenção ao princípio da eventualidade da defesa, ainda que se entenda haver algum direito de crédito a ser exercido contra o INSS ou contra a União, há de se reconhecer sua prescrição, em atenção ao princípio constitucional e processual da **segurança jurídica**, que impõe um termo a todas as obrigações, sejam elas públicas ou privadas.

O Código Civil Brasileiro, em vigor a partir de 1917, estatui no seu art. 178:

“Art. 178. **Prescreve:**

(...)

§ 10. **Em cinco anos:**

(...)

*VI – as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim, toda e qualquer ação contra a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato que originou a mesma ação.”* (destaque nosso).

Poderia a autora argüir, relativamente aos títulos emitidos pelo Município de Belém, que o atual Código Civil somente vigorou a partir de 1917 e que, em relação

aos títulos em questão, emitidos em 1912 e 1915, o prazo de prescrição quinquenal não poderia ser aplicado.

Ainda assim tal argumento não encontraria sucesso, eis que a legislação imperial também continha dispositivo de mesmo teor. Dispunha o Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, em seu art. 1º:

*“Art. 1º A prescrição de 5 anos posta em vigor pelo art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referência ao capítulo 209 de Regimento da Fazenda, a respeito da dívida passiva da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento dívida, que incorre na mesma prescrição.*

*Art. 2º Esta prescrição compreende:*

*1º O direito que alguém pretende ter a ser declarado credor do Estado, sob qual título seja.*

*2º O direito que alguém tenha a haver pagamento de huma dívida já reconhecida, qualquer que seja a natureza della.”*

Portanto, antes mesmo da emissão de tais títulos, ocorrida em 1912 e 1915 (Município de Belém) e no fim da década de trinta do século passado (Crédit Foncier), a legislação em vigor já estabelecia a prescrição quinquenal para as ações contra a Fazenda Pública.

Posteriormente, veio a ser editado o Decreto nº 20.910/32, que em seu art. 1º estabeleceu de modo genérico que **“as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou do fato do qual se originam.”**

Tal disposição é aplicável ao INSS, na medida que o art. 88 da Lei 8.212/91 estende para o INSS os mesmos prazos prescricionais de que goza a União Federal.

Isto posto, passemos à análise do prazo prescricional de cada título.

Quanto ao título emitido pela empresa Crédit Foncier, não é possível identificar com exatidão qual o prazo em que esta empresa o resgataria, eis que o autor não trouxe aos autos os documentos relativos à sua emissão, documentos estes indispensáveis à comprovação de seu direito.

Porém, é possível verificar pela cópia juntada às fls. 26 que a empresa Crédit Foncier do Brasil et de L'Amérique du Sud era uma sociedade anônima fundada em 1906, com **prazo de duração determinado por 75 anos**. Assim, ainda que considerássemos, apenas por amor à argumentação, que a empresa resgataria os títulos emitidos no ano de sua extinção (1981), eventual ação que visasse ao recebimento destes valores deveria ter sido proposta no prazo de cinco anos contados desta data, ou seja, até 1986.

Quanto ao **título de número 18.999**, emitido pelo Município de Belém, é possível verificar, pelo documento de fls. 134, que o mesmo deveria ser resgatado em 1º de janeiro de 1962, em Londres. Assim, eventual ação deveria ser proposta dentro dos cinco anos seguintes a esta data, ou seja, até 1967.

Já os **demais títulos emitidos pelo Município de Belém (17.838, 31.422 e 17.852)** datam de 1915, devendo seu resgate ocorrer em 1º de janeiro de 1958,

na cidade de Londres ou qualquer outra cidade européia (fls. 161/170). Assim, qualquer ação visando a recebimento de valores deles decorrentes deveria ser proposta até 1963.

Prescritos também estão os juros decorrentes de referidos títulos.

Com efeito, o Código Civil prevê, no art. 178, § 10º, III, que os juros estipulados para períodos de um ano ou inferior a um ano prescrevem no prazo de 5 (cinco) anos, contados do momento em que forem se vencendo:

“Art. 178. **Prescreve:**

(...)

§ 10. **Em cinco anos:**

(...)

III – Os **juros**, ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis **anualmente**, ou em períodos mais curtos.”

Destarte, forçoso reconhecer, também, a prescrição dos supostos créditos cujo recebimento é pretendido pela autora, e também dos juros deles decorrentes, razão pela qual são os mesmos imprestáveis para pagamento de quaisquer dívidas tributárias ou não tributárias da autora junto à União e ao INSS.

## MÉRITO

### **DA AUSÊNCIA DE VALOR DOS TÍTULOS APRESENTADOS**

Como já mencionado, os títulos apresentados pela autora estão prescritos, sendo totalmente desprovidos de qualquer valor como moeda, sendo, portanto, imprestáveis para o pagamento de créditos junto à Previdência Social.

A par de todos os argumentos de direito até aqui expendidos e das considerações que ainda vão ser tecidas, cabe trazer aqui um dado econômico que demonstra inequivocamente a improcedência da tese da autora.

Em pesquisa efetuada na página da Internet da empresa francesa “TOUTITRES.COM” ([www.toutitres.com](http://www.toutitres.com)), especializada no comércio de títulos antigos, encontramos à venda os seguintes títulos:

a) Títulos emitidos pela “Municipality of Para, Belem”, em 1916, com valor de face de £10,00 (mesmo valor de face dos títulos apresentados pela autora), os quais estão sendo vendidos pelo valor de 300 Francos Franceses, equivalentes a aproximadamente R\$ 110,00 (cento e dez reais) – docs. 01 e 02; e,

b) Títulos emitidos pela empresa “Crédit Foncier du Brésil et de l’Amérique du Sud” em 1930, com valor de face de 1.000 Francos Franceses, os quais estão sendo vendidos pelo valor de 80 Francos Franceses, equivalentes a aproximadamente R\$ 30,00 (trinta reais) – doc. 03;

Na página numistoria.free.fr, também especializada no comércio de tais títulos, encontramos o seguinte título à venda:

a) Part Préférentielle (mesma espécie de obrigação trazida aos autos pela autora) emitida pela empresa “Crédit Foncier du Brésil et de l’Amérique du Sud” em 1939, negociada ao valor de 250 Francos Franceses, ou aproximadamente R\$ 90,00 – doc. nº 04.

O que se pode concluir das pesquisas efetuadas é que tais títulos não possuem mais qualquer valor monetário, mas tão-somente valor histórico, sendo verdadeiras “peças de colecionadores” e como tal sendo negociadas no mercado internacional.

**Por mais que procure a autora argumentar com cálculos, laudos etc., os quais serão devidamente atacados no momento apropriado, parece totalmente fora de qualquer critério de razoabilidade que títulos que supostamente valham mais de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), como quer fazer crer a autora, sejam negociados no mercado internacional por algo em torno de R\$ 100,00 (cem reais). É Muita ingenuidade supor que especialistas no comércio de tais títulos desconheçam o “valor gigantesco” de tais títulos e o negociem a menos de 0,000025% de seu suposto valor real!**

Assim, há de ser reconhecida a total ausência de valor monetário de tais títulos, sendo os mesmos imprestáveis ao pagamento de créditos tributários, quer da União, quer do INSS.

### **DA IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO PRETENDIDA**

A autora pretende utilizar os supostos créditos decorrentes de tais títulos “para liquidar contribuições previdenciárias”, através de compensação. Tal pretensão, porém, é juridicamente impossível, como passamos a demonstrar.

A compensação é um instituto de direito privado, doutrinariamente posicionado como modo indireto de extinção de obrigações, que se opera através de um encontro de contas entre pessoas que são reciprocamente credoras e devedoras, nos moldes do que dispõe o art. 1.009 do Código Civil:

“Art. 1.009. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.”

Como ressalta da dicção legal, o pressuposto para o exercício da compensação é a reciprocidade de créditos entre as partes envolvidas, o que não está presente nestes autos, eis que a autora não é, e em momento algum demonstrou ser, credora da Autarquia Previdenciária.

Como já foi argumentado *ad nauseam*, os supostos créditos da autora, se existentes, deverão ser exercidos contra os entes que o emitiram, quais sejam, a empresa Crédit Foncier e o Município de Belém. Não há, portanto, nenhum crédito a ser exercido contra o INSS, ou, ainda, contra a União.

Seguindo adiante, dispõe o art. 1.010 do Código Civil sobre os demais requisitos para a compensação, nos seguintes termos:

“Art. 1.010. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis”.

São requisitos, portanto, para a compensação a liquidez e a exigibilidade do crédito de ambas as partes envolvidas. Não é preciso muito argumentar para constatar que o suposto crédito da autora é absolutamente desprovido de tais atributos.

Não há liquidez na medida que os créditos foram emitidos em moeda estrangeira, tendo a autora encontrando valores absolutamente irrealizáveis através de

cálculos que serão adiante atacados. Tampouco são exigíveis seus créditos, na medida que colhidos pela prescrição há longa data, como já demonstrado.

Especificamente em relação à compensação de créditos de natureza civil ou tributária, com créditos da União, Estados e Municípios, dispõe o Estatuto Civil:

“Art. 1.017. As dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios também não podem ser objeto de compensação, exceto nos casos de encontro entre a administração e o devedor, **autorizados nas Leis e regulamentos da Fazenda.**” (grifos nossos).

Diante deste dispositivo, conclui-se que a compensação de créditos de um particular com créditos da Administração Fazendária não é livremente realizada, mas dependente de autorizativo legal específico.

Tal quadro se afigura compatível com o princípio da legalidade pelo qual se pauta a Administração Pública, em razão do qual o administrador deve poder justificar cada atuação sua em um comando legal.

Buscando no Código Tributário a regulação genérica do instituto da compensação, encontraremos dispositivo semelhante:

“Art. 170. **A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa,** autorizar a compensação de créditos tributários com **créditos líquidos e certos**, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.”

Da regulação constante do Código Tributário resulta inequivocamente:

- a) que qualquer compensação de créditos do sujeito passivo com créditos da Administração depende de autorização legal específica;
- b) os créditos do sujeito passivo devem ser líquidos e certos.

Sobre a liquidez e certeza dos supostos créditos decorrentes dos títulos carreados aos autos já nos manifestamos, concluindo pela inexistência de tais atributos.

Resta indagar se há autorização legal para a compensação pretendida, requisito indispensável, à luz do art. 170 do Código Tributário.

Inicialmente, é de se destacar que os dois diplomas normativos utilizados de modo geral no âmbito tributário devem ser de início afastados. Falamos aqui das Leis 8.383/91 e da Lei 8.212/91.

Ambos os diplomas normativos **tratam da compensação de créditos tributários dos quais é titular o contribuinte** (em razão de recolhimento indevido ou a maior), com créditos tributários da Fazenda Pública.

Com efeito, dispõe o art. 66 da Lei 8.383/91:

“Art. 66. **No caso de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais,** inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação, ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.” (grifos nossos).

A Lei 8.212/91, no art. 89, dispõe:

“**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” (grifos nossos).

Como se percebe, ambos os diplomas normativos tratam e autorizam a compensação de créditos de natureza tributária do sujeito passivo contra a Administração Pública.

Não é esta, certamente, a hipótese dos autos. O crédito da autora, se existente, é de natureza civil, eis que decorrente de títulos emitidos com o fim de captar recursos financeiros no mercado.

Nenhuma destas leis, portanto, atendem à exigência de autorização legal contida nos artigos 1.017 do Código Civil e 170 do Código Tributário Nacional.

Atualmente, a compensação de créditos desta natureza está regulada pela Lei 10.179/01, que “dispõe sobre os títulos da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional, consolidando a legislação em vigor sobre a matéria”. Tal lei é resultado da conversão da Medida Provisória nº 2.096-89/2001. Dispõe esta Lei, em seu art. 6º:

“Art. 6º A partir da data de seu vencimento, os títulos da dívida pública referidos no art. 2º terão poder liberatório para pagamento de qualquer tributo federal, de responsabilidade de seus titulares ou de terceiros, pelo seu valor de resgate.”

Pois bem, esta lei dá aos títulos da dívida pública que relaciona em seu artigo 2º, poder liberatório para pagamento de tributos federais, autorizando sua compensação. Resta ver, então, quais são os títulos dotados de tal poder liberatório. Dispõe o art. 2º da Lei:

“Art. 2º Os títulos de que trata o caput do artigo anterior terão as seguintes denominações:

I – **Letras do Tesouro Nacional – LTN**, emitidas preferencialmente para financiamento de curto e médio prazos;

II – **Letras Financeiras do Tesouro – LFT**, emitidas preferencialmente para financiamento de curto e médio prazos;

III – **Notas do Tesouro Nacional – NTN**, emitidas preferencialmente para financiamento de médio e longo prazos.”

Facilmente se constata que os títulos trazidos aos autos pela autora não estão dentre aqueles para os quais existe autorização legal para compensação, pelo que restam não atendidas as exigências contidas no art. 1.017 do Código Civil e no art. 170 do Código Tributário Nacional.

Assim, há de ser também quanto ao mérito totalmente afastada a pretensão de utilização dos títulos emitidos pela empresa Crédit Foncier du Brésil et de L’Amérique du Sud e pelo Município de Belém para pagamento de contribuições devidas à Seguridade Social e administradas pelo INSS.

## DO LIMITE 30% POR COMPETÊNCIA EM CASO DE EVENTUAL COMPENSAÇÃO

Face à manifesta ilegitimidade de parte e à prescrição dos supostos créditos oriundos de tais títulos, resulta a impossibilidade de utilização dos mesmos para compensação de dívidas da autora junto à Seguridade Social.

De toda sorte, apenas a título de argumentação, é de se ressaltar que na remota hipótese de ter a autora reconhecido algum crédito em decorrência de tais títulos, deverá a compensação a ser efetuada submeter-se ao limite de 30% por competência, em conformidade com o disposto no art. 89, § 3º, da Lei 8.212/91.

Ressalte-se que não há qualquer vedação, inclusive no Código Tributário Nacional, no tocante a tal limitação.

Fosse permitida a compensação de todo o suposto crédito da autora de uma única vez, instaurar-se-ia um verdadeiro caos na Administração, vez que haveria sérias dificuldades na execução do previsto no orçamento.

Além disso, a compensação fora dos estritos limites legais **viola o disposto no artigo 100 da Constituição Federal**.

*In casu*, a ação foi proposta muito depois da Lei nº 9.032/95, de modo a incidir plenamente a limitação do artigo 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91. Nesse sentido, o julgado abaixo, do E. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma:

“TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. REPERCUSSÃO. ART. 89 DA LEI Nº 8.212 DE 1991, NA REDAÇÃO QUE LHE DEU A LEI Nº 9.032, DE 1995.

A lei aplicável, em matéria de compensação, é aquela vigente na data do encontro de créditos e débitos e, por isso, a partir da respectiva publicação, a restrição nela imposta incide e é eficaz; considerando que a sentença é proferida com efeitos a partir da propositura da ação, isso se reflete em relação às demandas ajuizadas antes da Lei nº 9.032 de 1995, do seguinte modo; a) todos os valores compensáveis até a data da respectiva publicação estão a salvo da exigência da prova da não repercussão; b) os créditos remanescentes que, para o efeito da compensação, dependam de débitos a vencer posteriormente, estão sujeitos aos ditames do artigo 89, da Lei nº 8.212, de 1991, na redação que lhe deu a Lei nº 9.032, de 1995 (...)” (REsp. 137.569–RS, Rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 06.10.1997 – grifamos).

As limitações legais à compensação entram em vigor na data de sua publicação, valendo para todos os procedimentos realizados dali para frente, independentemente da data da constituição dos créditos a compensar.

## DA INAPLICABILIDADE DA CORREÇÃO MONETÁRIA AOS TÍTULOS

Os títulos emitidos pelo Município de Belém, juntados por cópia às fls. 134 e 161/170 foram emitidos em moeda estrangeira, **Libras Esterlinas**. Alguns deles têm valor de face de £ 10,00, ao passo que outros têm valor de face de £ 20,00.

Seu pagamento, pelo que consta dos títulos (fls. 162 – Legível apenas com LUPA), seria efetuado em ouro ou em libras esterlinas, sem qualquer cláusula de correção monetária, até porque a Inglaterra segue, na matéria, o princípio do nominalismo monetário.

Em 1943, como já mencionado, houve uma consolidação da dívida externa da União, dos Estados e dos Municípios, operada através do Decreto 6.019/43. Este Decreto, dentre outras disposições, determinou que o pagamento de tais títulos seria efetuado nas respectivas moedas de emissão.

Com efeito, o art. 13 do Decreto dispunha:

**“Art. 13. Os empréstimos emitidos em libras e dólares serão pagos nas respectivas moedas de curso legal.”**

Assim, sem qualquer fundamento a pretensão da autora de ver convertidos os valores dos títulos para a moeda brasileira na data de sua emissão, para então aplicar a correção monetária.

Primeiramente, a conversão, por si mesma, é inviável diante do panorama legislativo. Não só os títulos, nominalmente, quanto o Decreto 6.019/43 determinam que o pagamento se faça na moeda de emissão, qual seja: Libra Esterlina. Destarte, não há que se fazer qualquer conversão para a moeda nacional.

Eventual pagamento, se não estivesse prescrito, deveria ser feito em libras esterlinas, pelo valor de face (£ 10,00 ou £ 20,00), eis que a Inglaterra seguia e segue o princípio do nominalismo monetário. Devidos, além do valor de face, seriam apenas os juros (evidentemente, se também não estivessem prescritos, como já demonstrado).

A dois, é de se ressaltar que, mesmo aceita a conversão para a moeda nacional efetuada pela autora, o que aqui se admite apenas por apego à argumentação, não há que se falar em correção monetária, pois o Brasil também seguia o princípio do nominalismo monetário puro, não havendo qualquer previsão legal de correção monetária até o advento da Lei 6.899/81.

Assim, os cálculos trazidos aos autos pela autora em laudos assinados pela Fundação Getúlio Vargas e pela empresa MFN Consultoria e Negócios, não podem ser de modo algum aceitos, pois não estão amparados por qualquer dispositivo legal. A própria especificação dos índices utilizados por tais laudos já mostra diversas incorreções:

a) **Não foram utilizados índices oficiais** em todo o período, até porque, como já mencionamos, até o advento da Lei 6.899/81, o Brasil adotava o princípio do nominalismo monetário, não havendo correção monetária;

b) Aplicação da **taxa SELIC** para correção dos valores desde **1º de junho de 1986**, quando esta só passou a ser utilizada para correção de créditos tributários pagos a maior ou indevidamente pelo sujeito passivo a partir de janeiro de 1996; e,

c) Aplicação de **juros** de 6% ao ano no período de Janeiro de 1962 a Agosto de 1988, e de 12% ao ano a partir de Agosto de 1988, o que se mostra incompatível com a previsão contida nos títulos, de que são remunerados à taxa de 5% ao ano, sobre o valor de face.

Assim, na eventualidade de ser reconhecido algum crédito da autora, o mesmo deverá ser recalculado, de modo a excluir totalmente a correção monetária (eis que emitidos em moeda estrangeira sem correção monetária) ou, alternativamente, excluir-se a correção monetária em todo o período anterior à Lei 6.899/81, excluindo-se, ainda, a taxa SELIC e reduzindo-se o cálculo dos juros ao percentual constante dos títulos.

## CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, aguarda, ao final, a **improcedência** total do pedido, com a conseqüente atribuição dos encargos da sucumbência à autora, inclusive honorários advocatícios, fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Protesta o réu por provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

São Paulo, 17 de dezembro de 2001.

### **ODILON ROMANO NETO**

Procurador Federal  
OAB/SP nº 169.563  
Matrícula nº 1.286.692



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DES. FEDERAL VICE-PRESIDENTE  
DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

### **RECURSO ESPECIAL**

Processo nº **1998.04.01.086246-0/SC**

Recorrente : **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**

Recorrido : **SADIA CONCÓRDIA S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**

**O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS**, por sua procuradora *ex lege*, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos do processo supramencionado, interpor **Recurso Especial**, na forma do artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, requerendo se digne Vossa Excelência recebê-lo nos efeitos legais, dando encaminhamento com as razões que seguem.

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2001.

### **MARIANA GOMES DE CASTILHOS**

Procuradora-INSS  
Chefe do Serviço de Gerenciamento da  
Dívida Ativa na Procuradoria de Tribunais  
OAB/RS 28215 – Matrícula 1563335

## **EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **DOS FATOS**

Sadia Concórdia S/A – Indústria e Comércio ingressou com ação anulatória fiscal, visando anular notificações fiscais referentes a contribuições sociais sobre o valor de serviços de transporte contratados de terceiros, alegando não haver responsabilidade solidária nem presumida em relação à prestadora de serviços.

A decisão de primeiro grau julgou procedente a ação, o que motivou a interposição de recurso por parte da Autarquia Previdenciária.

A Segunda Turma do TRF da 4ª Região, por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial, em acórdão assim ementado:

**“TRIBUTÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS.**

1. *Embora exista a solidariedade entre a empresa tomadora de serviço e a prestadora, dita solidariedade também tem a natureza de subsidiariedade, no sentido de que previamente haveria de ser lavrada a Notificação de Débito contra o devedor principal e, após mensuradas as contribuições devidas, ser o débito, na eventualidade da inadimplência do devedor principal, cobrado dos devedores solidários.*

2. *A solidariedade do tomador do serviço não abrange as contribuições referidas no artigo 23 da Lei 8212/91, relativas às incidentes sobre o faturamento e o lucro, o que quer dizer, nos termos do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, que restaria apenas em relação às contribuições incidentes sobre a folha de salários.”*

A r. decisão foi objeto de embargos declaratórios, tendo em vista a falta de pronunciamento do Egrégio Tribunal a respeito da condenação em honorários. A Colenda Turma rejeitou os embargos.

### **DO CABIMENTO DO RECURSO**

A Constituição Federal, no art. 105, inciso III, alínea “a”, assim dispõe:

*“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:*

*I – (...);*

*II – (...);*

*III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:*

*a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*

*b) (...);*

*c) (...).”*

Estão presentes, pois, os pressupostos do recurso especial: trata-se de decisão de última instância do TRF da Quarta Região que contraria e/ou nega vigência à lei federal, qual seja, **o artigo 31, da Lei nº 8.212/91 e os artigos 20, § 4º, e 535, ambos do CPC.**

## DO PREQUESTIONAMENTO

As questões federais objeto do presente recurso especial foram devidamente prequestionadas no acórdão recorrido, conforme se constata pela leitura do relatório e voto.

### PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO

Preliminarmente, argui o recorrente a nulidade do acórdão regional, visto que, não obstante a interposição de embargos declaratórios, visando reparar a omissão do acórdão de apelação por não apreciar, em sede de remessa oficial, a condenação da Autarquia Previdenciária em honorários advocatícios, quedou-se silente, rejeitando os embargos.

*Nesse contexto, parece-nos que houve evidente negativa de prestação jurisdicional, com violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil.*

O INSS, no caso, agiu com extremo zelo e preocupação, no intuito de ver a remessa oficial julgada em sua íntegra. Todavia, o Regional deixou de apreciar a questão, em evidente negativa de prestação jurisdicional.

Resulta disso a inequívoca afronta ao magno princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, com violação às regras positivadas nos artigos 535 do CPC e 5º, XXXV, da Carta Constitucional. Nesse sentido a lição de Francisco Urbano Nagib:

*“A parte prejudicada pelo não recebimento de embargos declaratórios opostos com a finalidade de obter o prequestionamento exigido pela Súmula 282 do STF, deve abandonar os argumentos até então desenvolvidos, veiculando no extraordinário somente alegação de ofensa aos princípios constitucionais do acesso ao Poder Judiciário, ou da ampla defesa, ou, se preferir a via especial, contrariedade ao art. 535, II, do CPC, sob pena de, não o fazendo, ver seu recurso inadmitido por falta de prequestionamento” (“Prequestionamento. Análise de uma inovação introduzida pelo STF e pelo STJ”, in Revista do Centro de Estudos da PGE de São Paulo, n. 19, abril/1995, p. 11, Apud. Rodolfo de Camargo Mancuso, “Recurso Extraordinário e Recurso Especial”, 5ª edição, RT, pp. 170/171)*

A jurisprudência iterativa da Corte Especial adota a mesma tese, pelos mesmos argumentos aqui mencionados:

*“Processual Civil. Prequestionamento. Embargos declaratórios (art. 535, I e II, do CPC).*

*1. Embargos declaratórios, a tempo e modo, interpostos, impõem a apreciação dos pontos controvertidos enunciados, objeto da falta que os provocou, pórtico de necessária averiguação para a decisão final que viabiliza o Recurso Especial. Quando o acórdão persiste na omissão de emitir juízo explícito, rejeitando os embargos, negando a prestação jurisdicional legitimamente pedida, malfere o art. 535, I e II, CPC, merecendo ser anulado, para que outro julgado seja constituído.”*

*2. Precedentes jurisprudenciais” (STJ – REsp 79.139-PR, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 21.10.96, p. 40.203);*

*“Viola o art. 535 do CPC o acórdão que rejeita embargos declaratórios em que se pleiteia seja suprida omissão que efetivamente ocorreu” (STJ – REsp 19.489-0/SP – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJ 5.10.92, p. 17.098);*

*“Se o acórdão omitiu ponto sobre que devia pronunciar-se o tribunal, o órgão julgador, quando provocado por embargos de declaração, há de sobre ele emitir pronunciamento, de modo claro. Caso em que se reconhece a nulidade, para que outro acórdão seja proferido, com o esclarecimento da omissão” (STJ – REsp 28.871-3/RJ – Rel. Min. Nilson Naves – DJ 15.2.93, p. 1.686)*

Afigura-se, pois, evidente a ofensa ao art. 535 do CPC.

Assim, não há outra opção senão cassar o acórdão proferido nos declaratórios, já que a parte-recorrente tem direito à prestação jurisdicional em sua totalidade.

Pelo exposto, requer, em preliminar, a decretação da nulidade do acórdão recorrido, para que os autos retornem à Corte “a quo”, aonde deverá haver o enfrentamento do tema proposto.

### **DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Os honorários advocatícios, ora discutidos, foram fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Ocorre que o valor da causa é de R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais), o que importa em condenação de honorários em percentual de 15,8%, excessivamente alto, tendo-se em conta o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Referido dispositivo legal estabelece:

*“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.*

*§ 4º **Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo anterior.**”*

Grifamos

Como no caso em tela, nas causas em que for vencida a Autarquia, ao fixar os honorários, deve o juiz seguir os parâmetros das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo terceiro do artigo 20, levando em conta, assim “o grau de zelo do profissional”, “o lugar de prestação de serviço” e a “natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

Pelo que se depreende da norma em comento, o legislador impôs ao juiz uma apreciação equitativa. Portanto, os honorários advocatícios não têm os parâmetros (mínimo e máximo) fixados na lei, evitando sobrecarregar demais os cofres públicos, mas garantindo uma remuneração digna do advogado.

Assim, considerando a natureza da demanda, o alto valor em discussão, o trabalho realizado e o tempo despendido pelos procuradores, afigura-se excessiva a condenação imposta em R\$ 3.000,00, equivalente a percentual de 15,8% do valor atribuído à causa, violando o artigo 20, § 4º, do CPC.

*A jurisprudência dos tribunais pátrios confirma a tese defendida pela Autarquia Previdenciária, como demonstram as ementas abaixo:*

“A regra do art. 20, § 4º, do CPC não significa que, vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado devam ser, necessariamente, arbitrados em montante inferior a dez por cento do valor da condenação; **o juiz, nesse caso, fixa a verba honorária segundo apreciação eqüitativa, sem outros parâmetros que aqueles definidos nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’**”.

(STJ-2ª Turma, REsp 130.430-SP, rel. Min. Ari Par’gendler, j. 01.12.97, não conheceram, v. u., DJU 15.12.97, p. 66.362)

“O § 3º não incide nos casos excepcionais do § 4º do artigo 20; v.g., quando vencida a Fazenda Pública.”

(STF – RJTJESP 41/101 – Theotônio Negrão, Código de Processo Civil, 30ª ed., Ed. Saraiva, p. 124)

Dessa forma, a decisão atacada viola o parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, devendo, assim, ser reformada, reduzindo-se os honorários para melhor realizar a justiça e preservar o patrimônio público.

#### DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 31 DA LEI 8.212/91

A responsabilidade tributária da recorrida advém de lei expressa, qual seja, a Lei nº 8.212/91, especificamente o artigo 31 que, pela sua redação original, atingindo o período ora discutido (setembro a dezembro de 1993), portanto, antes das alterações introduzidas pelas Leis nº 9.711/98, nº 9.032/95 e nº 9.129/95, assim dispunha:

*“Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação a serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.”*

*§ 1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para garantia do cumprimento das obrigações desta lei, na forma estabelecida em regulamento.*

*§ 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.”*

Sublinhamos.

*O dispositivo legal acima citado refere, expressamente, a existência de solidariedade entre o contratante e o contratado para execução de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra. Assim, ambos são responsáveis pela obrigação tributária, sem qualquer distinção.*

*O Ilustre Doutrinador Luiz Antonio Caldeira Miretti, in Comentários ao Código Tributário Nacional, leciona que “o instituto da solidariedade, no âmbito do direito tributário, atende aos interesses do Fisco para a busca de seu direito de exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação tributária.” (Ed. Saraiva, 1998, Vol. 2, p. 202)*

*A solidariedade pode advir do interesse comum entre pessoas frente a uma “situação que constitua o fato gerador da obrigação principal” ou de disposição expressa de lei (artigo 124 do CTN), como é o caso em tela, eis que o artigo 31 da Lei nº 8.212/91 assim o determina.*

*Pretender que seja primeiramente cobrada a dívida da empresa contratada é desvirtuar o instituto da solidariedade estabelecido na legislação referida, estabelecendo um caso de subsidiariedade. Como de conhecimento geral, subsidiariedade e solidariedade não se confundem, pois são institutos jurídicos diversos, com efeitos distintos.*

É cediço que a lei pode atribuir, como já mencionado, consoante disposições insertas no Capítulo V, Título II, do Código Tributário Nacional, responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao fato gerador. É o que se depreende da leitura do art. 128 c/c art. 121 do citado diploma legal. Exige-se, para tanto, apenas lei no sentido formal, assim como determina o art. 97, CTN.

Nesse sentido ensina Luiz Emygdio Rosa Júnior, Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário, 10ª ed, RJ, Renovar, 1995, p. 468:

*“A atribuição de responsabilidade tributária à terceira pessoa só pode ser por lei formal porque o responsável é espécie de sujeito passivo e esse só pode ser determinado por lei em sentido estrito.”*

Com efeito, denomina-se responsável o sujeito passivo da obrigação tributária que, sem revestir a condição de contribuinte, vale dizer, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador respectivo, tem seu vínculo decorrente de dispositivo expresso de lei, consoante ensinamentos de **Hugo de Brito Machado**, Curso de Direito Tributário, 12ª ed, SP, Malheiros, 1997, p. 106.

A ora recorrida, inegavelmente, contratou a empresa transportadora para realização de serviços de transporte. Impagas as contribuições previdenciárias, a contratante responde solidariamente com a contratada.

Ressalte-se que a responsabilidade solidária do contratante está definida, em linhas gerais, nos artigos 124 e 128 do CTN, norma geral de direito tributário, cabendo à lei ordinária (na hipótese, a Lei 8.212/91), apenas e tão somente a tarefa de explicitar a responsabilidade de outras pessoas que tenham vinculação com o fato gerador.

Como referido, o artigo 31 da Lei nº 8.212/91 estabelece, expressamente, a responsabilidade solidária do **contratante, no caso, a recorrida, por quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.**

*Contudo, a recorrida poderia ter se isentado da responsabilidade caso tivesse obedecido os preceitos do artigo 46 do Decreto 612/92, que estabelece que “a responsabilidade solidária pode ser elidida desde que seja exigido do executor o pagamento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, incluído em nota fiscal ou fatura conforme definido pelo INSS”, fazendo com que o contratado recolhesse previamente o valor fixado pela previdência social urbana. Como não o fez, tanto que não o demonstrou, manteve sua responsabilidade solidária.*

*Assim, deve ser reconhecido ter o v. acórdão recorrido negado vigência ao artigo 31 da Lei 8.212/91.*

## **DO PEDIDO**

Ante o exposto, requer seja o **Recurso Especial** interposto admitido por Vossa Excelência, para que a matéria venha a ser examinada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, declarando, preliminarmente, a nulidade do acórdão. Ultrapassada que seja a preliminar, o que se admite apenas para argumentar, requer a reforma da decisão por violação ao artigo 20, § 4º, do CPC, e ao artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

Porto Alegre, 7 de Junho de 2002.

**MARIANA GOMES DE CASTILHOS**

Procuradora-INSS

Chefe do Serviço de Gerenciamento da  
Dívida Ativa na Procuradoria de Tribunais  
OAB/RS 28215 -Matrícula 1563335



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

EXMO. SR. DR. DES. FEDERAL VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL  
REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

## **RECURSO ESPECIAL “NÃO RETIDO”**

Processo : AI 2001.04.01.008471-3/SC  
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -INSS  
RECORRIDA : MINERAÇÃO NOSSA SENHORA DO CARMO LTDA.

**O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**, por sua Procuradora *ex lege*, nos autos do processo supramencionado, vem, respeitosamente, interpor o *presente RECURSO ESPECIAL*, na forma do artigo 105, III, alínea “a”, da Constituição Federal, requerendo se digne V. Exa. recebê-lo, dando encaminhamento, com as razões inclusas ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

**O presente recurso deve ser processado de imediato, posto que não se enquadra na restrição prevista no § 3º do artigo 542 do CPC, introduzido pela Lei nº 9.756, de 17.12.98.**

Porto Alegre-RS, em 7 de Junho de 2002.

**MARIANA GOMES DE CASTILHOS**

Chefe do Serviço da Dívida Ativa  
na Procuradoria de Tribunais  
OAB/RS 28215 – Matrícula 1563335

## RAZÕES RECURSAIS

### DA NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA DO § 3º DO ART. 542 DO CPC

Inobstante o presente recurso ter origem em recurso de agravo de instrumento, não é o caso de aplicação da restrição prevista no § 3º do artigo 542 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 9.756, de 17.12.98, porque não estamos diante de processo de conhecimento nem de embargos à execução.

Para melhor elucidação da questão transcreveremos as palavras do Ministro aposentado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, **Athos Gusmão Carneiro**, em artigo intitulado *Inovações da Lei nº 9.756, de 17.12.98, no Âmbito do Processo Civil*, publicado no Jornal Síntese, de fevereiro de 1999, páginas 3 a 5:

“... ”

4. Alguns pontos convirá fiquem explicitados:

4.1. A expressão restritiva “em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução” foi introduzida na emenda substitutiva, e visou excluir do sobrestamento os casos de recursos interpostos de decisões interlocutórias proferidas no decorrer de processo de execução propriamente dito.

*Com efeito, nas execuções a sentença ‘final’ é simplesmente extintiva do processo (arts. 794 e 795), e não seria conveniente impedir o processamento, e eventual conhecimento e provimento do recurso extremo (mesmo com seu efeito meramente devolutivo, salvante eventual procedimento cautelar com vistas à sua suspensividade), enquanto se processam os atos executivos conducentes à intervenção efetiva, e freqüentemente irreversível, na esfera patrimonial do executado. O mesmo, todavia, não sucede no processo dos embargos do devedor (rectius, embargos ‘do executado’), que suspendem a própria execução e se inserem como processo incidental de conhecimento, culminante em decisão de mérito.*

...” (Sublinhamos).

Trata-se de decisão na qual a Corte Regional concluiu *que, havendo homologação tácita da Opção pelo REFIS deve ser suspensa a execução fiscal, mesmo sem apresentação de garantias.*

O Instituto entende que tal decisão viola dispositivos legais e por isso o manejo do apelo extremo, com amparo nas letra “a” do inciso III do artigo 105 da Carta Constitucional, pelos fundamentos a seguir expostos.

### DO CABIMENTO DO RECURSO

A Constituição Federal, no art. 105, inciso III, alíneas “a”, assim dispõe:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – (...);

II – (...);

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) *contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*
- b) (...);
- c) (...)."

Estão presentes, pois, os pressupostos do recurso especial: trata-se de decisão de última instância do TRF da Quarta Região que contraria e/ou nega vigência à lei federal, qual seja, artigo 3º, IV, e § 4º, da Lei 9.964/2000.

### **DO PREQUESTIONAMENTO**

As questões federais objeto do presente recurso especial foram devidamente prequestionada no acórdão recorrido, conforme se constata pela leitura do relatório e voto.

### **DO DIREITO APLICÁVEL**

A empresa (uma das “grandes devedoras” do INSS no âmbito de Santa Catarina) parcelou os débitos, optando pelo ingresso no REFIS.

Em determinada execução fiscal, entendeu o magistrado “a quo” que, havendo homologação tácita da Opção pelo REFIS, deve ser suspensa a execução fiscal, mesmo que inexistia qualquer garantia ao débito.

Trata-se de crédito que ultrapassa **R\$ 2.000.000,00 (DOIS MILHÕES DE REAIS)**, conforme documento nº 02 dos autos.

Somente por este motivo já não pode ser suspensa a execução sem garantia integral. Mas tem mais.

### **DAS NORMAS DO PARCELAMENTO (REFIS)**

O REFIS está previsto na Lei 9.964, de 10-04-2000, e no Decreto 3.431, de 24-4-2000.

### **DA NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA PARA A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO**

#### ***DA LEI 9.964/2000, ART. 3, § 4º. DO DECRETO 3.712/2000, ART. 7º QUE ALTEROU O ART. 13 DO DECRETO 3.431/2000***

Equívoca-se a executada quando afirma que a exigibilidade do crédito estaria suspensa por conta da homologação tácita prevista no parágrafo único do art. 13 do Decreto nº 3.431/00.

Nem mesmo a alteração da redação do art. 13 pelo Decreto 3.712/2000 autoriza a suspensão da execução fiscal sem garantia pois o débito é superior a R\$ 500.000,00 e enquadra-se na regra geral da Lei 9.964.

A fim de evitar interpretações equivocadas, importante ressaltar que o artigo 7º do **Decreto nº 3.712/00** (o qual alterou a redação do art. 13 do **Decreto nº 3.431/2000**),

que prevê a homologação tácita da opção como suficiente para suspender a execução, não pode ser analisado isoladamente, devendo ser interpretado em conjunto com os demais dispositivos legais que regulam o programa.

Senão veja-se:

**A Lei nº 9.964/00, dispõe em seu art. 3º, § 4º, que a homologação do REFIS é condicionada à prestação de garantia, sendo que esta exigência é dispensada apenas para os casos de pessoa jurídica optante pelo SIMPLES ou cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (§ 5º do mesmo artigo).**

Ou seja, há a regra e a exceção.

Assim, a homologação da opção para o caso da impetrante, cujo crédito é superior, e muito, a R\$ 500.000,00, somente será feita quando integralmente garantido o débito consolidado, na forma do art. 3º, § 4º da Lei do REFIS.

O art. 13 do Decreto nº 3.431/00, portanto, deve ser lido em conjunto com o § 4º do art. 3º da Lei nº 9.964/00. Ou seja, somente haverá homologação tácita para o caso de débitos consolidados inferiores a R\$ 500.000,00 ou para empresas optantes pelo SIMPLES, vez que para estes casos a garantia é prescindível, *ex vi* do art. 3º, § 5º da Lei nº 9.964/00.

**Para os débitos superiores a R\$ 500.000,00 não se aplica a regra insculpida no art. 13 do Decreto nº 3.431/00, na extensão pretendida pela executada, haja vista que a homologação tácita ou expressa somente ocorrerá se integralmente garantido o crédito ajuizado.**

Esta conclusão deflui da seguinte premissa: se a opção ao REFIS não poderá ser homologada expressamente, pois inexistente a garantia, também não poderá sê-lo tacitamente, afora os casos em que a empresa comprove estar o crédito totalmente garantido.

A interpretação do Decreto não pode afrontar a Lei, de acordo com os princípios basilares do Estado de Direito Brasileiro.

Temos o art. 84 da Carta Magna que assim dispõe: *“Compete privativamente ao Presidente da República:*

...

*IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução:*

...”.

(Sublinhamos).

Frise-se, ainda, que a inexistência de garantia suficiente no decorrer do parcelamento é causa de exclusão do programa, consoante se denota do § 2º do art. 11 do Decreto nº 3.431/00. Assim, não se pode conceber a homologação tácita de opção formulada por empresa que estará sujeita, até mesmo, à exclusão do referido programa.

Destarte, a tentativa de a empresa ver a execução suspensa sem a prestação das garantias prevista na legislação do REFIS, vai de encontro aos seus próprios interesses.

E mais, se o artigo 4º, § 4º, inc. II, do atual Decreto regulamentador da lei do REFIS é expresso no sentido de que **“há suspensão de exigibilidade pela**

**opção do REFIS quando os débitos estiverem ajuizados e com garantia integral**". (Sublinhamos).

Por decorrência lógica, **não há a suspensão da exigibilidade e portanto a suspensão da execução fiscal se não há garantia integral.**

A decisão que ora se recorre se opõe ao comando legal por afastar a necessidade de garantia porque haveria "suspensão de exigibilidade".

Pelo artigo 3º, IV, da Lei 9.964/2000, a pessoa jurídica deve aceitar **todas as condições** impostas aos optantes pelo REFIS e estamos diante de uma delas, qual seja, a suspensão da execução fiscal se dá somente quando a dívida está totalmente garantida.

Em abono à tese da autarquia temos a decisão do Juiz **JOSÉ GERMANO DA SILVA**, integrante da Primeira Turma do TRF da Quarta Região, que assim julgou questão idêntica, em processo de outra empresa grande devedora (**TEKA TECELAGEM KUENNRICH**), AI 2000.04.01.145068-0/SC, DJ 23-01-2001:

*"Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que suspendeu processo de execução fiscal, ao fundamento de que ocorreu a homologação tácita prevista no art. 13 § único, da Lei nº 9.964/2000. Fundamentou a decisão asseverando que o art. 4º, § 5º, do Decreto nº 3.341/2000, prevê que "A suspensão da exigibilidade dos débitos ajuizados, quando não garantidos, dar-se-á quando da homologação da opção."*

*Alega o agravante que a homologação do REFIS é condicionada à prestação de garantia, sendo dispensada esta exigência no caso do optante pelo SIMPLES ou contribuinte cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (art. 3º, § 4º, da 9.964/2000). Portanto, a homologação da opção no caso da agravada, somente pode ocorrer quando integralmente garantido o débito, porque a dívida é superior a R\$ 500.000,00.*

*Vejo relevância na fundamentação, pois não pode ser aplicado ao caso o art. 13 do Decreto nº 3.341/00, que prevê a homologação tácita da opção pelo REFIS, isto porque o débito da agravada para com o INSS perfaz total superior a R\$ 500.000,00, (R\$ 24.880.808,85 – doc. fl. 17), o que afasta a incidência daquele dispositivo legal, em face do que preconiza o art. 3º, inc VI, § 5º, da Lei nº 9.964/00, in verbis: "São dispensadas das exigências referidas no § 4º as pessoas jurídicas optantes pelo Simples e aquelas cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)", situação em que não se enquadra a agravada.*

*O perigo de grave lesão se configura na própria suspensão do processo executivo fiscal, sem qualquer garantia.*

*Assim, defiro o efeito suspensivo requerido."*

(Sublinhamos).

E no AI Nº: 2001.04.01.008474-9/SC, também do TRF da Quarta Região, AGRAVADO: **CERÂMICA RAINHA LTDA** (Grande Devedora), decidiu a Juíza **TANIA ESCOBAR**:

"...

*Desse modo, a empresa optante necessariamente deve prestar a garantia, porquanto regra específica do programa assim dispõe.*

*Contudo, algumas empresas, após optar pelo Refis, insistem em continuar litigando contra a Fazenda Pública, o que é incompatível com a confissão dos débitos. Qual a solução para esses casos? Como resguardar o direito da Fazenda Pública de obter a garantia condicionante da homologação da opção se a empresa nega-se a prestá-la?*

...

*Portanto, não prestada a garantia, a empresa será excluída do programa e assim poderá a Fazenda Pública prosseguir com a cobrança não só do débito referente às execuções fiscais ajuizadas contra aquela, mas de todo o seu débito confessado e consolidado.*

*Por isso, entendo que não há incompatibilidade entre o parágrafo único do art. 13 do Decreto nº 3.431/2000 e o § 2º do art. 10 do mesmo regulamento. Este último tem a sua razão de ser. A exigência nele contida, vale repetir e frisar, se não cumprida, opera a exclusão da empresa do programa.*

..."

(Sublinhamos).

O instituto da penhora, que é forma de garantia de um débito, para realmente surtir o efeito de **garantia** só pode ser admitida se "cobrir" o débito.

Essa é a posição externada pelo ilustre Magistrado **RAFAEL CASTEGNARO TREVISAN**, na obra CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO, Editora Livraria do Advogado, 1999, que nas páginas 248/252 desenvolve o tema sob o título **Certidão positiva com efeitos de negativa mesmo na ausência de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 206 do CTN)**, assim dizendo:

"(...)

*A regularidade fiscal do contribuinte no caso de penhora, assim, advém não da provisória inexigibilidade do crédito, mas, sim, do fato de estar o juízo da execução devidamente garantido, na forma da lei.*

(...)

*Sendo suficiente a garantia consubstanciada na penhora, tem o executado direito subjetivo de comprovar a sua regularidade fiscal perante terceiros, na forma do art. 206 do CTN. Não bastasse a clareza da lei, o extinto Tribunal Federa de Recursos cristalizou sua jurisprudência em idêntico sentido, como se vê na Súmula nº 38 da daquela Corte: "os Certificados de Quitação e de Regularidade de Situação não podem ser negados, se o débito estiver garantido por penhora regular (CTN, art. 206)" (DJU de 02.07.80, p. 5.035).*

(...)

*A penhora tem-se por efetivada, na execução fiscal, com a lavratura do auto ou termo próprio, no qual já deverá constar, na forma do art. 13 da Lei número 6.830/80, a avaliação dos bens penhorados. Se, por qualquer razão, não for realizada essa avaliação, é inviável o fornecimento da certidão, pois não é possível, ainda, avaliar a suficiência da garantia.*

**Certamente que se exige, por outro lado, para a expedição da certidão positiva com efeitos de negativa, a suficiência da penhora. É que o fundamento, a razão de ser da disposição contida no artigo 206 do CTN é a presunção de que, garantido o crédito tributário, não há motivo para**

**negar ao contribuinte a possibilidade de comprovação da regularidade fiscal, como se nada devesse. Ora, se a penhora não é suficiente, não se tem por completa e efetiva a garantia do juízo da execução. Mesmo que a causa da insuficiência seja a inexistência de outros bens disponíveis, não há como pretender o contribuinte comprovar regularidade fiscal que na verdade não existe.**

**A suficiência da penhora se avalia comparando o valor atualizado do crédito com o valor da avaliação dos bens penhorados. Sendo esta superior, há suficiência de penhora, e é devida a emissão da certidão prevista no art. 206 do CTN.**

(...)

*Daí a conclusão no sentido de que, na pendência de impugnação à avaliação (Lei nº 6.830/80, art. 13, §§ 1º a 3º), prevalece a presunção de suficiência da penhora, se o valor atribuído aos bens objeto da constrição forem superiores ao valor dos créditos exequendos*

(...)”

(Grifamos e sublinhamos).

Muito recentemente a Turma do TRF4 firmou a seguinte jurisprudência: **AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REFIS. HOMOLOGAÇÃO. DÉBITO SUPERIOR A R\$ 500.000,00. GARANTIA. RECURSO PROVIDO.**

1. *Se o débito da empresa executada é superior a R\$ 500.000,00, não pode haver homologação da adesão ao programa, seja tácita ou expressa, sem que haja a devida garantia (Lei nº 9.964/00).*

2. *Não preenchidos os requisitos legais, não há homologação e, pois, inviável a suspensão da execução fiscal.*

3. *Agravo de instrumento provido.*

*(Agravo de instrumento Nº: 20010401008446-4/SC, RELATOR: JUIZ LUIZ GERMANO DA SILVA, AGRAVANTE: INSS, DJ 11-7-2001,Primeira Turma, TRF da 4ª Região, unânime, deu provimento ao agravo de instrumento, prejudicado o regimental).*

Por isso, entendemos absolutamente legal a exigência de garantia suficiente para que se considere homologada a opção pelo REFIS, com as conseqüentes benesses previstas pelo Programa de Recuperação Fiscal.

## **DO PEDIDO**

Ante o exposto, demonstrado o cabimento do presente RECURSO ESPECIAL, requer o Instituto Nacional do Seguro Social seja o presente regularmente processado para que dele conheça o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com provimento, ao final.

Porto Alegre, em 7 de Junho de 2002.

**MARIANA GOMES DE CASTILHOS**

Chefe do Serviço da Dívida Ativa  
na Procuradoria de Tribunais  
OAB/RS 28215 – Matrícula 1563335



PROCURADORIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO RIO DE JANEIRO  
DIVISÃO DA DÍVIDA ATIVA

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA 27ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

**MANDADO DE SEGURANÇA nº 2001.51.01.020435-2**  
**IMPETRANTE : CIA/DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO-CEG**  
**IMPETRADO : GERENTE EXECUTIVO CENTRO INSS – RJ.**

**DOS FATOS**

Pretende a Impetrante que não lhe seja negada a Certidão Negativa de Débitos ou, Certidão Positiva com efeito de Certidão Negativa de Débito, em razão das NFLDs de nºs 35.264.601-0 e 35.264.601-0, impedindo também que o Impetrado volte lavrar NFLDs sobre os auxílio-excepcionais que venham a ser pagos pela Impetrante aos pais de filhos excepcionais, nos termos do acordo coletivo.

**DA INCLUSÃO DAS PARCELAS EM ANÁLISE NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR**

A constituição do crédito tributário, através do lançamento, observará, a teor do disposto no art. 144 do CTN, a legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador.

Desta forma, o deslinde da questão posta em juízo iniciará a partir da análise da definição legal de salário-de-contribuição, vigente durante o período a que se referem as NFLDs em discussão acostadas aos autos, qual seja, **de novembro de 1995 a agosto de 2000**. Conforme a seguir se transcreve:

**“Lei 8.212/91**

*Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:*

*l. para o empregado ou trabalhador avulso: a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês, em um a ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 9º e respeitados os limites dos §§ 3º, 4º e 5º deste artigo;*

...

*§ 9º Não integram o salário-de-contribuição:*

- a) as cotas do salário família recebidas nos termos da lei;*
- b) as ajudas de custo e adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;*
- c) a parcela “in natura” recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;*

- d) os abonos de férias não excedentes aos limites da legislação trabalhista;
- e) a importância prevista no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
- f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria
- g) a ajuda de custo recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado;
- h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;
- i) a importância recebida a título de bolsa de complementação de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;
- j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com a lei específica”.

Portanto, à época da ocorrência dos fatos geradores do crédito previdenciário, os valores a que se refere compreendiam auxílio-excepcional, ganhos habituais sob a forma de utilidade e não constavam nas exclusões prevista no 9º, o art. 28, da Lei 8.212/91.

O art. 28, § 9º, da Lei 8.212/91, supracitada define taxativamente as parcelas que não integram o salário-de-contribuição, não elencando entre elas o pagamento do auxílio-excepcional.

Estando a contribuição previdenciária subordinada ao princípio da legalidade, em razão de sua indiscutível natureza tributária, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as hipóteses de afastamento de sua incidência são estritamente às previstas em lei.

Razão pela qual não nos é permitida adotar uma interpretação diversa da literal quanto a tipicidade tributária, em termos outros, a interpretação extensiva da legislação tributária não é concebível tanto para criar hipótese de incidência quanto para afastá-la.

## DA NATUREZA SALARIAL DAS PARCELAS EM QUESTÃO

A necessidade de haver exclusão expressa de tais valores da composição do salário-de-contribuição, deve-se ao fato de que os mesmos têm natureza salarial.

Tais valores enquadram-se no conceito de salário utilidade, apresentado-se dentre as novas formas do mesmo, como leciona Amauri Mascaro Nascimento, *in* *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 19ª edição, p. 302:

*“O salário em utilidades é a forma mais antiga de salário. Aliás, a palavra salário vem de sal, forma de remuneração das legiões romanas. Os antigos pagavam o trabalho em animais, óleo, alimentos etc. Atualmente, os salários em utilidades e mantêm, em especial a habitação e a alimentação. Formas sofisticadas surgiram, como o pagamento das mensalidades escolares dos filhos do executivo, o automóvel, os cartões de crédito etc., criando problemas jurídicos cujas soluções não são previstas em lei.”*

A toda evidencia, o reembolso habitual de tais valores configuram um ganho salarial, na medida que na hipótese de inexistência dos mesmos, os próprios trabalhadores destinariam parcela de seus salários para tal despesa.

E, no sentido que tais parcelas não de integra o salário-de-contribuição, tem-se a decisão a seguir transcrita, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 286/DF – 1989/0013130-3, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 21.05.90 – p. 04420:

*Tributário. Previdenciário. Contribuições. Salário-de-contribuição. Salário Utilidade ou prestação “in natura” que integra o salário. Habitualidade*

*I – a contribuição incide sobre o salário-de-contribuição, que é a remuneração efetivamente recebida, a qualquer título, pelo empregado, até o limite máximo, nos termos do art. 135, I, CLPS/84. Qualquer importância, pois, que o segurado-empregado perceber, a título de remuneração, integra o seu salário-de-contribuição, buscando-se, na CLT, artigos 457 e 458, o conceito de remuneração.*

***II – A prestação “in natura”, ou salário utilidade constitui salário quando fornecida habitualmente pelo empregador, por força de ajuste expresso ou tácito, configurando-se este pela habitualidade no fornecimento da utilidade.***

*III – Controvérsia dos fatos. Inocorrência de direito líquido e certo. Mandado de segurança indeferido.”*

Portanto, inexistindo, à época da ocorrência dos fatos geradores do crédito previdenciário em questão, previsão legal que excluía tais parcelas da composição do salário-de-contribuição, impõe-se a cobrança das contribuições em relação as mesmas.

Por outro lado, o salário é elemento remuneratório do trabalho e se a Lei Básica da Previdência Social não exclui o pagamento de determinada parcela remuneratória, que se originou em decorrência única e exclusiva do vínculo laboral entre empregado e empregador, esta não deve ser excluída da base de cálculo da contribuição.

Assim, o pagamento do auxílio-excepcional faz parte da remuneração do empregado para os fins previdenciários e tributários, sendo, portanto, integrante da base de cálculo da contribuição social incidente sobre a folha de salários.

Inobstante a importância do pagamento da verba auxílio a filho excepcional a empregados da impetrante, é de salientar que a atividade fiscal é vinculada à lei, não cabendo ao autor do lançamento qualquer discricionariedade em sua aplicação, como determina o art. 142, par. único do Código Tributário Nacional.

A impetrante alega que através de acordo coletivo foi estabelecido a natureza não salarial da verba paga, o que a eximiria o recolhimento de tal contribuição. Insta registrar que a norma criada entre empregado e empregador não tem força para modificar a previsão legal preconizada na Lei 8.212/91 acerca do sujeito passivo da obrigação previdenciária.

A base de cálculo da contribuição social é a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título ao empregado, de acordo com o art. 22, I c/c art. 28, caput, da Lei 8.212/91.

Portanto, em não havendo na legislação previdenciária dispositivo que fundamente a não incidência de contribuição previdenciária sobre essa vantagem econômica, **ela deve integrar a base de cálculo das contribuições.**

## CONCLUSÃO

Incabível a segurança pleiteada, porquanto os argumentos carreados aos autos são inteiramente desfavoráveis à Impetrante.

Assim, inexistindo direito a ser amparado por este *writ* e, julgando haver prestado as informações solicitadas, confia o Impetrado na própria denegação da segurança.

Respeitosamente,

GERENTE EXECUTIVO INSS CENTRO/RJ

**MANOEL CARDOSO DE ARAUJO NETO**

Procurador Federal

Matr. 0917264/RJ



## JUSTIÇA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VIGÉSIMA SÉTIMA VARA FEDERAL

PROCESSO Nº 2001.5101020435-2

## MANDADO DE SEGURANÇA

Impetrante : CIA. DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO-CEG

Impetrado : GERENTE REGIONAL DE ARRECADAÇÃO E COBRANÇA DO  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL NO RIO DE JANEIRO

JUIZ : Dr. Marcelo Pereira da Silva

## SENTENÇA

Vistos etc.

CIA. Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro – CEG, qualificada nos autos, impetra o presente mandado de segurança contra ato do Gerente Regional de Arrecadação e Cobrança do Instituto Nacional do Seguro Social no Rio de Janeiro, visando à concessão de liminar, a fim impedir que lhe seja negada a Certidão Negativa de Débito, ou a Certidão Positiva com efeito de Negativa em razão dos débitos existentes nas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito nºs 35.264.601-2 e 35.264.602-0, bem como que a autoridade impetrada lavra outras NFLDs sobre os auxílios-excepcionais que venham a ser pagos pela Impetrante, devendo, ao final, ser concedida a segurança para anular os débitos previdenciários constantes nas NFLDs mencionadas.

Como causa de pedir alega, em síntese, que concede aos empregados cujos filhos sofrem de grave deficiência “auxílio a filho excepcional”, decorrente de acordo coletivo de trabalho, visando a atender a função social da propriedade, contemplada

no inciso XXIII do art. 5º da Constituição Federal. Sustenta que tal benefício não compõem salário-de-contribuição, haja vista seu caráter assistencial, motivo pelo qual não deve compor a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Juntos documentos e recolheu custas devidas (Darf à fl.12).

Emenda à inicial à fl. 327.

Indeferida a liminar, através de decisão de fl. 330, por ausência do risco de ineficácia da decisão final.

Interposto Agravo de Instrumento às fls. 334/339.

Notificada a autoridade coatora, prestou informações às fls.346/350, defendendo, em suma, a improcedência do pedido, posto que à época da ocorrência dos fatos geradores do crédito previdenciário, os valores em questão correspondiam a ganhos habituais sob a forma de utilidade e não constavam nas exclusões previstas no § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91.

Parecer do MPF às fls. 352/355, opinando pela denegação da segurança. É o relatório. Passo a decidir.

## FUNDAMENTAÇÃO

Pretende a Impetrante obter a anulação das Notificações Fiscais de Lançamento de Débito nºs 35.264.601-2 e 35.264.602-0, por entender que os valores do “auxílio a filho excepcional” pagos por ela aos empregados que fazem jus àquele não deve integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Aos argumentos da parte impetrante se sobrepõem, com larga vantagem, os expendidos pela parte Impetrada.

O art. 28, da Lei 8.212/91, abaixo transcrito, define o que é salário-de-contribuição:

“Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I – para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 8º e respeitados os limites dos §§ 3º, 4º e 5º deste artigo; (...)” (redação original)

Após a edição da Lei nº 9.528, de 10.12.97, o artigo passou a ter a seguinte redação

“Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I – para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97)”

Da leitura da redação original, bem como da redação atual dada pela Lei nº 9.528/97, não há como excluir o benefício do “auxílio a filho excepcional” da base de cálculo da contribuição previdenciária, sob a alegação de que o mesmo não teria natureza salarial.

Esta alegação não procede, visto que a base de cálculo da contribuição social é a remuneração recebida, devida ou creditada **a qualquer título** ao empregado.

Sendo o auxílio pago em decorrência do vínculo laboral entre o empregado e empregador, o mesmo faz parte da remuneração do empregado para fins previdenciários.

Não importa se através de acordo coletivo tenha sido estabelecido que o auxílio em questão não teria natureza salarial, já que tal entendimento não pode prevalecer sobre o que está disposto na lei e é através dela que se pode instituir qualquer tipo de isenção.

E de fato a lei assim o fez. O § 9º, do art. 28, da Lei 8.212/91 definiu, de forma taxativa, quais as parcelas recebidas pelo empregado que não integram o salário-de-contribuição.

Veja-se que, a princípio, tais parcelas deveriam integrar o salário-de-contribuição, mas por expressa previsão legal, foram excluídas.

Todavia, mesmo após as alterações sofridas pelo § 9º, não há qualquer previsão que exclua o pagamento de auxílio a filhos excepcionais da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Observe-se que a interpretação dos dispositivos legais acima descritos deve ser restrita e literal, já que se trata de outorga de uma isenção.

Com efeito, o auxílio-excepcional compõe o salário-de-contribuição, devendo, por conseguinte, ser incluído na base de cálculo da contribuição previdenciária.

Nesse sentido, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

## DISPOSITIVO

Ex positis, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**, denegando a segurança.

Custas pela Impetrante. Descabem honorários advocatícios (Súmula nº 512 do Eg. STF).

P.R.I. e Oficie-se, dando-se ciência ao Ministério Público.

Oficie-se à E. Turma do TRF-2ª Região, competente para julgamento do agravo de instrumento interposto, encaminhando cópia desta decisão, porque o mesmo, salvo melhor juízo, perdeu o objeto.

Rio de Janeiro, 28 de janeiro de 2002.

**MARCELO PEREIRA DA SILVA**  
Juiz Federal da 27ª Vara



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

**EXMO. SR. MINISTRO RELATOR  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ref : **RESP 192.524 – RS**  
RECTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
RECD0 : COOPERATIVA AGRÍCOLA PATRULHENSE LTDA.

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, por seu procurador *ex lege* infra-assinado, em face do v. acórdão de fls. 108/124, integrado pelo de fls. 134/138, vem, respeitosamente, interpor

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA**

Nos termos dos arts. 266/267 do RISTJ e arts. 496, VIII, e 596 do CPC; esperando, com base nas razões que seguem em anexo, a reforma do v. acórdão recorrido, após o devido processamento, na forma regimental.

Brasília, 25 de março de 2002.

**LEONARDO JUBÉ DE MOURA**  
PROCURADOR FEDERAL  
Mat. 1.311.324 OAB-DF Nº 15.228

EXMO. SR. MINISTRO RELATOR  
C. 1ª SEÇÃO

**Embargos de Divergência em Recurso Especial**  
Razões do Embargante  
Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

**SÍNTESE DOS FATOS**

Trata-se de discussão acerca da incidência de contribuição previdenciária, devida à Previdência Social Rural (arts. 76 e 77 do Dec. 83.081/79), sobre as chamadas “sobras líquidas” das cooperativas, previstas pelo art. 44 da Lei 5.764/71.

A E. 2ª Turma, no v. acórdão ora embargado, decidiu que “*não resta configurada uma adequação típica autorizadora da cobrança da contribuição previdenciária das sobras líquidas, pois que o diploma normativo prevê que a única fase em que ocorre a hipótese de incidência se dá com “base no valor creditado ou pago aos associados pelo recebimento dos seus produtos, observados na fixação desse valor os preços correntes de venda pelo produtor” (art. 77, III, do Decreto n. 83.081/79)*” (fls. 123/124).

Assim julgando, divergiu frontalmente de arestos proferidos pela E. 1ª Turma – REsp 365.849 – Rel. Min. José Delgado – DJ 18.3.2002; REsp 191.424 – Rel. Min. Garcia Vieira – DJ 15.3.99 – nos quais se decidiu que “As sobras de caixa, previstas pelo artigo 44 da Lei nº 5.764/71, estão sujeitas à contribuição previdenciária devida à Previdência Social Rural”.

## CARACTERIZAÇÃO DA DIVERGÊNCIA

Em atenção às exigências regimentais, procedemos ao cotejo analítico entre os julgados.

O v. acórdão embargado encontra-se assim ementado (fls. 123/124):

**“TRIBUTÁRIO – COOPERATIVA – DEVOLUÇÃO DAS SOBRES LÍQUIDAS AOS COOPERADOS – PRETENDIDA INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA RURAL – ALEGADA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR (DEC. 83.081/79 – ARTS. 76, I E II E 77, I E III) – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.**

*Não se insere dentre as características da sociedade cooperativa o intuito lucrativo, razão pela qual é correto afirmar que se não confunde com as denominadas sociedades comerciais; ao contrário, o traço marcante que a diferencia é a “cooperação, com o objetivo de trazer para os cooperados as vantagens que terceiros obteriam se os interessados não ‘se cooperassem’ “ (cf. Milton Paulo de Carvalho, in “Enciclopédia Saraiva do Direito”, coordenação Prof. R. Limongi França, vol. 20, p. 412).*

*Evidenciado que, na relação que circunda a cooperativa e os cooperados não ocorre lucro, cabe à sociedade cooperativa, ao término do exercício social, elaborar o balanço com o fito de confrontar as receitas que auferiu e as despesas que experimentou, ambas decorrentes do liame existente com seus associados.*

*Daí poderão ser constatadas duas situações distintas: 1) resultado negativo originário de contribuições insuficientes para cobertura das despesas da cooperativa; 2) resultado positivo, tendo em vista o associado ter suportado um excesso no custeio.*

*Da sistemática operacional que ocorre na sociedade cooperativa denota-se que esta, ao receber o produto do associado, verifica o preço corrente e estima, também, as despesas que o cooperado estará sujeito a suportar, em vista da circunstância de tornar o produto mais atrativo para a comercialização, como, por exemplo, a secagem e o empacotamento. Nesse momento são emitidas 02 (duas) notas fiscais, ou seja, uma de produtor, em vista do produto entregue — com o valor corrente, descontadas as mencionadas despesas —, e outra pela cooperativa, decorrente da entrada, em confirmação ao recebimento do produto. Observa-se que preço de mercado ou corrente está ligado à comercialização, enquanto que as despesas para efetivar a venda estão atreladas à prática de ato cooperativo, razão por que se não confundem.*

*Em vista dessa relação, não resta configurada uma adequação típica autorizadora da cobrança da contribuição previdenciária das sobras líquidas, pois que o diploma normativo prevê que a única fase em que ocorre a hipótese*

*de incidência se dá com “base no valor creditado ou pago aos associados pelo recebimento dos seus produtos, observados na fixação desse valor os preços correntes de venda pelo produtor” (art. 77, III, do Decreto n. 83.081/79).*

*– Recurso especial não conhecido. Decisão unânime.”*

Colhe-se do relatório (fls. 108):

*“Trata-se de recurso especial ajuizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com esboço no artigo 105, inciso III, letra ‘a’, da Constituição da República, tendo por objeto desconstituir v. julgado oriundo do colendo Tribunal Regional da 4ª Região.*

*Alega a recorrente, em síntese, que o v. julgado impugnado, ao excluir a incidência da contribuição previdenciária rural sobre as denominadas sobras líquidas devolvidas pela Cooperativa aos cooperados, acabou por vulnerar o artigo 76, incisos I e II, c.c o artigo 77, incisos I e III, todos do Decreto n. 83.081, de 24 de janeiro de 1979. Aduz que a distribuição das referidas sobras ‘ocorria quando do encerramento do balanço, constituindo um verdadeiro complemento do preço inicial estimado quando da entrega do produto na cooperativa, que é fato gerador da contribuição em comento’ (fl. 96). Assim, o montante a ser computado pelo INSS, para efeito de aferição da base de cálculo da contribuição, somente será possível após a comercialização do produto pela cooperativa. Obtempera, ainda, a impertinência do fundamento no sentido da violação ao princípio da isonomia. Remata que a contribuição exigida está acobertada pela legalidade.”*

Com efeito, nos termos do voto-condutor (fls. 115):

*“O INSS, na defesa do procedimento fiscal adotado, entende tributável” (sic) “as sobras líquidas ou retornos, tendo em vista se tratarem” (sic) “de complemento do valor comercial do produto, razão pela qual compõem a base de cálculo da contribuição para custeio da previdência social do trabalhador rural.”*

A seu turno, no **REsp 365.849-PR**, Rel. Min. José Delgado, a E. PRIMEIRA TURMA analisou questão idêntica, como se colhe da ementa correspondente (em anexo):

RESP 365849/PR

DJ DATA: 18/03/2002 PG: 00187

Relator Min. JOSÉ DELGADO – PRIMEIRA TURMA

Data da Decisão 05/02/2002

Ementa

PREVIDÊNCIA RURAL. COOPERATIVAS. “SOBRAS LÍQUIDAS” DE CORRENTES DE RECEITAS RESULTANTES DA PRÁTICA DE ATOS COOPERATIVOS.

1. “As sobras de caixa previstas pelo artigo 44, da Lei nº 5.764/71 estão sujeitas à contribuição previdenciária devida à Previdência Social Rural. Para a arrecadação destas contribuições, o cálculo deve ser feito pela cooperativa com base no valor pago ou creditado por ela a seus associados pelo recebimento de seus produtos.” (REsp 191.424-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 15.03.99).

**2. Interpretação do Decreto 83.081/79, arts. 76, I e II, e 77, I e III, em c/c o art. 79, da Lei nº 5.764, de 16.12.1971, que define ato cooperativo.**

3. O favorecimento fiscal previsto no art. 79, da Lei nº 5.764, de 16.12.1971, não admite interpretação extensiva.

4. Recurso provido. Inversão dos ônus sucumbenciais.

Como se vê, trata-se de interpretação do Decreto 83.081/79, arts. 76, I e II, e 77, I e III, em c/c o art. 79, da Lei nº 5.764, de 16.12.1971, que define ato cooperativo.

Ora, também no presente caso sustenta-se que o Tribunal *a quo* “*acabou por vulnerar o artigo 76, incisos I e II, c.c o artigo 77, incisos I e III, todos do Decreto n. 83.081, de 24 de janeiro de 1979*”, sendo a questão analisada, ainda, à luz da Lei 5.764/71, em particular seu art. 44, que rege as sobras líquidas das cooperativas.

Oportuno transcrever, ainda, o seguinte trecho do relatório do julgado paradigma (REsp 365849-PR):

“Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL com fulcro no art. 105, III, ‘a’ e ‘c’, da Carta Magna, contra v. Acórdão segundo o qual as receitas resultantes da prática de atos cooperativos, definidas como ‘sobras líquidas’, estão isentas de pagamento de tributos, aí incluída a contribuição social para o custeio da previdência e assistência do trabalhador rural.”

O **outro acórdão paradigma (REsp 191.424-RS)**, do mesmo modo, examina hipótese idêntica.

A propósito, eis o seguinte trecho de seu relatório:

“O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, lastreado na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, letra ‘a’, interpõe recurso especial ...

Aduz que a ‘fiscalização previdenciária verificou que a distribuição das ‘sobras líquidas’ ocorria quando do encerramento do balanço, constituindo verdadeiro complemento do preço inicial estimado quando da entrega do produto na cooperativa, que é fato gerador da contribuição em comento.

Argumenta que como as ‘sobras’ compõem o preço da venda do produto, sobre elas deve incidir a contribuição previdenciária...”

Oportuna, ainda, a seguinte passagem do douto voto-condutor (Min. GARCIA VIEIRA, REsp 191424-RS):

“Aponta o recorrente, como violados, os artigos 76, incisos I e II, e 77, inciso I e III do Decreto nº 83.081/79 ...

...

Entendeu o venerando acórdão recorrido ... que as contribuições previdenciárias devidas à Previdência Social Rural não incidem sobre o saldo ou sobras líquidas que retornam aos cooperados no final do exercício.”

Evidencia-se, pois, que, assim no presente caso, como nos julgados paradigmas, trata-se de definir se os arts. 76, I e II, e 77, I e III, do Dec. 83.081/79, em cotejo com dispositivos da Lei 5.764/71, determinam incidência de contribuição previdenciária sobre as sobras líquidas distribuídas, aos cooperados, por cooperativa de produtores rurais.

Decidiu a E. SEGUNDA TURMA, no acórdão embargado, que não incide contribuição previdenciária na hipótese, não conhecendo do recurso especial do INSS.

Pertinente a seguinte passagem do voto-condutor (fls. 117/118), bem sintetizada na ementa (fls. 123/124):

*“Evidenciado que, na relação que circunda a cooperativa e os cooperados não ocorre lucro, cabe à sociedade cooperativa, ao término do exercício social, elaborar o balanço com o fito de confrontar as receitas que auferiu e as despesas que experimentou, ambas decorrentes do liame existente com seus associados.*

*Daí poderão ser constatadas duas situações distintas: 1) resultado negativo originário de contribuições insuficientes para cobertura das despesas da cooperativa; 2) resultado positivo, tendo em vista o associado ter suportado um excesso no custeio.*

*Da sistemática operacional que ocorre na sociedade cooperativa denota-se que esta, ao receber o produto do associado, verifica o preço corrente e estima, também, as despesas que o cooperado estará sujeito a suportar, em vista da circunstância de tornar o produto mais atrativo para a comercialização, como, por exemplo, a secagem e o empacotamento. Nesse momento são emitidas 02 (duas) notas fiscais, ou seja, uma de produtor, em vista do produto entregue — com o valor corrente, descontadas as mencionadas despesas —, e outra pela cooperativa, decorrente da entrada, em confirmação ao recebimento do produto. Observa-se que preço de mercado ou corrente está ligado à comercialização, enquanto que as despesas para efetivar a venda estão atreladas à prática de ato cooperativo, razão por que se não confundem.*

*Em vista dessa relação, não resta configurada uma adequação típica autorizadora da cobrança da contribuição previdenciária das sobras líquidas, pois que o diploma normativo prevê que a única fase em que ocorre a hipótese de incidência se dá com “base no valor creditado ou pago aos associados pelo recebimento dos seus produtos, observados na fixação desse valor os preços correntes de venda pelo produtor” (art. 77, III, do Decreto n. 83.081/79).”*

Solução divergente a dos julgados trazidos a confronto.

Deveras, no **REsp 365.849 – PR**, Rel. Min. José Delgado, decidiu-se:

“Quanto ao mérito, dou provimento ao recurso.

Esta 1ª Turma, ... ao apreciar o Resp 191.424/RS, relatado pelo eminente ministro Garcia Vieira, acolheu a tese da autarquia recorrente. Naquela ocasião, o voto-condutor desenvolveu fundamentação que tenho como harmônica com o ordenamento jurídico a respeito do tema. Transcrevo, por apoiar, integralmente, as razões postas no referido voto, o seu inteiro teor:”

Tais razões, como se vê, foram emprestadas do outro julgado paradigma, **REsp 191.424/RS**, Rel. Min. Garcia Vieira, que podem ser sintetizadas pela seguinte passagem:

“As sobras, previstas pelo artigo 44 da Lei nº 5.764/71, estão sujeitas à contribuição previdenciária devida à Previdência Social Rural (art. 76, inciso I e II, do Decreto nº 83.081/79). Ela incide sobre estas sobras líquidas,

distribuídas pela cooperativa a seus associados. Diz referido dispositivo legal que o custeio da Previdência Social do Trabalhador Rural é atendido pelas contribuições mensais pelo adquirente consignatário ou cooperativa, que ficam sub-rogados, para esse fim, nas obrigações do produtor. Para a arrecadação destas contribuições o cálculo deve ser feito pela cooperativa com base no valor pago ou creditado por ela a seus associados pelo recebimento de seus produtos (artigo 77, inciso III, do Decreto n. 83.081/79).”

## DAS RAZÕES DE REFORMA DO V. ACÓRDÃO RECORRIDO

Caracterizada, *quantus satis*, a divergência em relação aos julgados da PRIMEIRA TURMA, cumpre dar provimento aos presentes embargos, para que prevaleça a orientação fixada pelos arestos trazidos a confronto.

Com efeito, consoante endossado pela E. 1ª Turma, no REsp 365.849/PR, as “sobras constituem sobrepreço obtido pela cooperativa, revertendo-se em benefício do produtor rural, em razão de que as mesmas complementam o preço do produto rural quando da sua entrega à cooperativa”.

Outrossim, nos termos das razões albergadas pela 1ª Turma no REsp 191.424/RS, resta “claro que o artigo 76, I e II, do Dec. 84.081/79 prevê a cobrança de uma contribuição para o custeio da previdência social rural, cuja responsabilidade é do produtor rural, tendo como fato gerador a venda de produtos rurais, na linha do art. 78 do mesmo diploma legal, com alíquota de 2% mais 0,5% sobre o valor comercial do produto, portanto, sua base de cálculo é o valor comercial. Ora, as ‘sobras’ ou ‘retornos’ ... nada mais são do que um complemento do valor comercial do produto, por isso, evidentemente, compõem a base de cálculo da referida contribuição”.

Ora, “os adiantamentos realizados por conta da mercadoria depositada na cooperativa não podem ser definidos como pagamento por aquisição, porque o produtor permanece como legítimo proprietário do produto rural, e, sendo assim, agregam-se ao preço todas as vantagens obtidas pela cooperativa, no momento de sua comercialização”.

Os dispositivos pertinentes, do Dec. 83.081/79, deixam claro que não pode prevalecer a solução adotada pelo v. acórdão ora embargado:

**Art. 76.** O custeio da previdência social do trabalhador rural é atendida pelas contribuições mensais seguintes:

I – do produtor rural, de 2% (dois por cento) do valor comercial dos produtos rurais, recolhida:

a) pelo adquirente, consignatário ou cooperativa, que ficam subrogados, para esse fim, nas obrigações do produtor;

b) pelo produtor, quando ele próprio industrializa os seus produtos ou os vende diretamente ao consumidor ou a adquirente domiciliado no Exterior;

II – do produtor rural, de mais 0,5% (cinco décimos por cento) do valor comercial dos produtos rurais, como adicional à contribuição do item I, para custeio das prestações por acidentes do trabalho e recolhida nos termos das letras *a* e *b* do mesmo item;

...

§ 3º Entende-se, como, produto rural aquele que, não tendo sofrido qualquer processo de industrialização, provenha de origem vegetal ou animal, inclusive as espécies aquáticas, ainda que tenha sido submetido a beneficiamento, assim compreendidos os processos primários de preparação do produto para consumo imediato ou posterior industrialização, como descaroçamento, pilagem, descascamento, limpeza, abate e seccionamento de árvores, pasteurização, resfriamento, secagem, aferventação e outros análogos, bem como o subproduto e o resíduo obtidos através dessas operações.

## Seção II Arrecadação

Art. 77. Para a arrecadação das contribuições dos itens I e II do artigo 76, compreendendo o seu desconto ou cobrança e o seu recolhimento, o cálculo, deve ser feito:

I – pelo adquirente, com base no valor de compra;

II – pelo consignatário e pelo produtor que vender os seus produtos no varejo, diretamente ao consumidor, com base no valor de venda;

III – pela cooperativa, com base no valor creditado ou pago aos associados pelo recebimento dos seus produtos, observados na fixação desse valor os preços correntes de venda pelo produtor;

IV – pelo produtor, quando ele próprio industrializa os seus produtos, com base nos preços correntes do mercado;

V – pelo produtor que exporta os seus produtos, com base no preço da venda;

...

Art. 78. O recolhimento das contribuições dos itens I e II do artigo 76 deve ser feito até o último dia do mês seguinte ao da operação de venda pelo produtor, pelo consignatário ou pela cooperativa, ou da transformação industrial pelo próprio produtor.

Deveras, o art. 76, I, “a”, desse Decreto fala em incidência da contribuição sobre o **valor comercial dos produtos rurais**, a ser recolhida, *in casu*, pela cooperativa, sub-rogada, para esse fim, nas obrigações do produtor.

Já o art. 77 estabelece que, para a arrecadação das contribuições, a cooperativa deve efetuar o cálculo com base no valor creditado ou pago aos associados pelo recebimento dos seus produtos, **observados na fixação desse valor os preços correntes de venda pelo produtor**.

Ora, preço corrente de venda pelo produtor, por óbvio, é o valor de mercado, valor comercial, o que somente é aferido quando efetivamente ocorre a venda do produto, pela cooperativa, a qual redistribui o saldo aos cooperados (diferença entre o que lhes havia adiantado, e o preço obtido no mercado).

O art. 78, já transcrito, deixa clara essa sistemática:

**Art. 78. O recolhimento das contribuições dos itens I e II do art. 76 deve ser feito até o último dia do mês seguinte ao da operação de venda pelo produtor, pelo consignatário ou pela cooperativa, ou da transferência industrial pelo proprietário produtor.**

(Destacamos.)

Esse dispositivo não deixa dúvida.

O exame das normas transcritas revela que, o que se considera, para incidência da contribuição em comento, é **o valor percebido pelo produtor rural**.

Tanto assim, que quando se trata de *adquirente* (entenda-se, intermediário, em oposição a consumidor), o valor a considerar-se é o da compra (art. 77, I), isto é, da compra efetuada pelo adquirente, do produtor rural.

Quando o produtor vende seus produtos no varejo, o valor dessa venda (inciso II do art. 77).

De modo que, tratando-se de cooperativa, a questão se resume a admitir que o valor efetivamente percebido pelo produtor engloba as sobras líquidas.

**A cooperativa não opera como intermediário, vale dizer, *adquirente***, justamente porque não objetiva lucro, não retém o valor da venda, ou melhor, o saldo (diferença em relação ao que antecipou ao produtor).

O produtor acaba percebendo o valor da venda, abatido, é claro, dos custos operacionais.

Por isso se harmoniza à lógica do sistema a incidência da contribuição sobre as sobras líquidas, que vêm a ser redistribuídas aos produtores.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, deve prevalecer a solução adotada pelos vv. acórdãos paradigmas, esperando a Previdência Social o provimento dos presentes embargos de divergência, para que, reformando-se o acórdão recorrido, reste conhecido e provido o recurso especial.

Brasília, 25 de março de 2002.

**LEONARDO JUBÉ DE MOURA**  
Procurador Federal  
Mat. 1.311.324 OAB-DF Nº 15.228



STJ – Primeira Seção

DJ de 04.MAR.2002

**CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO Nº 79 – SC (1999/0070019-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS**  
**R.P/ACÓRDÃO** : **MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA**  
**AUTOR** : WILMAR ALBERTO STADNICK JUNIOR  
**RÉU** : MIND MONTAGENS E MANUTENÇÃO INDUSTRIAL LTDA  
**SUSCITANTE** : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
**ADVOGADO** : HELDER TEIXEIRA DE OLIVEIRA E OUTROS  
**SUSCITADO** : SEGUNDA JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE TUBARÃO-SC

**EMENTA**

Constitucional. Processual Civil. Conflito de Atribuições (art. 105, I, f, C.F). Emenda Constitucional 20/98.

1. A EC nº 20/98 estabeleceu a competência da Justiça do Trabalho para promover a execução dos débitos constituídos em sentenças proferidas nos seus julgamentos.
2. Precedentes iterativos.
3. Declaração da competência da Justiça do Trabalho.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, “Proseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins (Relator) e José Delgado, conheceu do conflito e declarou competente a Segunda Junta de Conciliação e Julgamento de Tubarão-SC, nos termos do voto do Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, que lavrará o acórdão. “Votaram com o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e Castro Filho.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão e Garcia Vieira.

Brasília (DF), 24 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro **HUMBERTO GOMES DE BARROS**  
Presidente

Ministro **MILTON LUIZ PEREIRA**  
Relator

**CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES Nº 79 – SANTA CATARINA**

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS:** – Cuida-se de conflito negativo de atribuições instituído entre o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (suscitante) e a Segunda Junta de Conciliação e Julgamento de

Tubarão-SC (suscitado), nos autos da Reclamatória Trabalhista ajuizada por Wilmar Alberto Stadinick Júnior em face de Mind Montagens e Manutenção Industrial Ltda.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS suscitou o presente conflito com base no art. 105, I, “g” c/c o art. 114, § 3º, ambos da CF, ao argumento de que cabe à Justiça do Trabalho a execução de ofício das contribuições sociais e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, à teor do Provimento C.R. 02/99 – TRT, sendo esta competente para promover o feito.

Afirma que, após o trâmite normal da Ação Reclamatória Trabalhista, O MM. Juiz da 2ª JCC de Tubarão-SC, com base no Provimento C.R. nº 02/99-TRT, enviou à agência do INSS local o ofício nº 546/99, informando não haver comprovação dos recolhimentos das contribuições previdenciárias relativas aos valores pagos por força de acordo firmado em Juízo; e encaminhando cópia de tal acordo e sua homologação para que a autarquia tomasse as providências necessárias, objetivando a execução contra o réu.

Alega, no entanto, que o art. 3º, § 1º, do Provimento nº 02/99 é inconstitucional por alterar a legitimação para a execução, atribuindo ao INSS providência cabível à Justiça Trabalhista; alterando também a natureza do título que a fundamenta, visto que “a execução, que deveria ser “ex officio”, com base em título judicial, é transformada em execução promovida pelo credor, com base em título extrajudicial. E ressalta que a exigência da lavratura de Certidão de Dívida Ativa inviabiliza a celeridade na cobrança do crédito previdenciário.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do conflito.

É o relatório.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS:** – O parecer do Ministério Público Federal reflete a pacífica orientação jurisprudencial sobre a questão.

Transcrevo parte do parecer do “Parquet”, por elucidativo:

***A jurisprudência é pacífica no sentido de que não há conflito de atribuições entre entidade administrativa e autoridade judiciária, quando esta estiver no exercício pleno de sua função jurisdicional.***

***Assim, somente se configura o conflito de atribuições, quando a autoridade judiciária, no exercício de sua função administrativa e a autoridade administrativa propriamente dita, divergem acerca da competência para a prática do ato.***

***Não é caso caracterizado pelos autos.***

***De um lado tem-se a autoridade administrativa. Do outro a autoridade judiciária, ou seja, a Junta de Conciliação e Julgamento promovendo a execução “ex officio”, encontrando-se no exercício pleno de sua função jurisdicional”. (fls. 23/24).***

Não conheço do conflito.

## CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES Nº 79 – SANTA CATARINA – (1999/0070019-8)

**RELATOR** : **MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA**  
**SUSCTE** : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL  
**SUSCTO** : SEGUNDA JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE TUBARÃO-SC

### VOTO (VISTA)

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira: decorrente do voto proferido pelo emitente Relator “não conheço do conflito”, solicitei vista para examinar diretamente as peças informativas do processo.

Concluído o mister, facilitando a compreensão, pontua-se que, originariamente, cuida-se de contribuições previdenciárias não recolhidas, provocando o presente conflito, cônsono o relatório elaborado pelo Senhor Ministro Relator, *verbis*:

“O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS suscitou o presente conflito com base no art. 105, I, “g” c/c o art. 114, § 3º, ambos da CF, ao argumento de que cabe à Justiça do Trabalho a execução de ofício das contribuições sociais e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, à teor do Provimento C.R. 02/99 – TRT, sendo esta competente para promover o feito.

Afirma que, após o trâmite normal da Ação Reclamatória Trabalhista, O MM. Juiz da 2ª JCC de Tubarão-SC, com base no Provimento C.R. nº 02/99-TRT, enviou à agência do INSS local o ofício nº 546/99, informando não haver comprovação dos recolhimentos das contribuições previdenciárias relativas aos valores pagos por força de acordo firmado em Juízo; e encaminhando cópia de tal acordo e sua homologação para que a autarquia tomasse as providências necessárias, objetivando a execução contra o réu.

Alega, no entanto, que o art. 3º, § 1º, do Provimento nº 02/99 é inconstitucional por alterar a legitimação para a execução, atribuindo ao INSS providência cabível à Justiça Trabalhista; alterando também a natureza do título que a fundamenta, visto que “a execução, que deveria ser “ex officio”, com base em título judicial, é transformada em execução promovida pelo credor, com base em título extrajudicial.” E ressalta que a exigência da lavratura de Certidão de Dívida Ativa inviabiliza a celeridade na cobrança do crédito previdenciário.” Nesse contexto, ao fim e cabo, registre-se que o assunto não é inédito e gerou iterativos precedentes assoalhando o conhecimento e a competência da Justiça do Trabalho. Deveras, entre outros julgados, confira-se:

“Processual Civil E Constitucional – Contribuições Previdenciárias Oriundas de Sentenças Trabalhistas: Cobrança (Art. 114, § 3º da CF/88. Acrescentado pela EC nº 20/98”.

1. A EC nº 20/98 ampliou a competência da Justiça do Trabalho, outorgando-lhe o poder de cobrar débitos para com a Previdência, desde que oriundos de suas próprias sentenças.

2. Cobrança automática do título judicial, independentemente de inscrição na dívida ativa.

3. Improriedade do provimento que devolve à PROCURADORIA do Órgão a iniciativa da execução.

4. Conflito conhecido, para declarar competente a Junta Trabalhista.” (CAT 81/SC – Rel. Min. Eliana Calmon – *in* DJU DE 22.5.2000)

No mesmo sentido: CAT 86/SC – Rel. Eliana Calmon – *in* DJU de 21.8.2000 –; CAT 84/SC – Rel. Min. José Delgado – *in* DJU de 1º.3.2000 –; CAT 80/SC julgado na sessão de 6.12.99.

Logo se vê que, na espécie, o entendimento prevalecente finca o conhecimento e declara a competência da Justiça do Trabalho.

Assim sendo, pedindo escusas, ao eminente Relator, divergindo, **voto conhecendo do conflito e declarando a competência da Segunda Junta de Conciliação e Julgamento de Tubarão/SC**, suscitada.

É o voto-vista.



STJ – Quinta Turma

DJ de 05.NOV.2001

### RECURSO ESPECIAL Nº 326.711 – PI (2001/0077201-0)

**RELATOR** : **MINISTRO GILSON DIPP**  
**RECORRENTE** : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
**PROCURADOR** : LÍGIA MARIA S. AZEVEDO NOGUEIRA E OUTROS  
**RECORRIDO** : MARIA DE JESUS SILVA E OUTROS  
**ADVOGADO** : FRANCINETTI RIBEIRO DO CARMO E OUTROS

#### EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. MATÉRIA NOVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DIFERENÇAS PAGAS ADMINISTRATIVAMENTE. PORTARIA 714/93. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

I – A questão de respeito à interrupção da prescrição pela Portaria 714/93 carece de prequestionamento. Súmulas 282/STF e 211/STJ.

II – Com a edição da Portaria 714/MTPS, de 09.12.93, que reconheceu o direito ao pagamento das diferenças de meio para um salário mínimo do art. 201, §§ 5º e 6º, da CF/88, de forma atualizada monetariamente, surgiu o direito do segurado reclamar, em Juízo, o não pagamento de qualquer parcela de correção monetária. A ação proposta, portanto, até 5 (cinco) anos após a referida portaria, isto é, 08.12.98, não está alcançada pela prescrição. Precedentes.

III – Descabe incidência de “expurgos inflacionários” expressos em IPC, no § 6º, da Lei nº 8.213/91 ter previsto o INPC.

IV – Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.  
Brasília (DF), 04 de outubro de 2001 (Data do julgamento).

Ministro **FELIX FISCHER**  
Presidente

Ministro **GILSON DIPP**  
Relator

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):** – Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

*“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CARÁTER INFRINGENTE QUE LHE PRETENDE EMPRESTAR A AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA.*

*1. O recurso de declaração somente é admissível quando seu escopo é o de ver sanada omissão, obscuridade ou contradição no julgado, intentada mediante os mecanismos processuais próprios.*

*2. Embargos rejeitados.” (fl. 73)*

Alega o recorrente ofensa aos artigos 9º do Decreto 20.910/32, 3º do Decreto-lei 4.597/42, 97, § 2º, do Código Tributário Nacional, 41, § 7º, da Lei 8.213/91, bem como divergência jurisprudencial.

É o relatório.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):** – A matéria relativa à violação dos arts. 97, § 2º do CTN, 9º do Decreto nº 20.910/32 e 3º do Decreto-Lei nº 4.597/42 não foi ventilada na contestação e nem na apelação, tratando-se de matéria nova, somente suscitada nos embargos de declaração, mas rejeitada.

A jurisprudência do STJ e a do STF estão firmadas no sentido de que a oposição dos embargos de declaração não supre a falta de prequestionamento, se o acórdão embargado não incidiu em omissão relativamente à matéria. A ementa do acórdão deste Tribunal no EDREsp 73.710/SP, DJ de 07/08/2000, Rel. Min. Edson Vidigal, assim resume esta orientação:

*“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. MANIFESTO ERRO MATERIAL.*

*1. (omissis)*

*2. O prequestionamento da matéria tratada no Recurso Especial constitui requisito essencial ao seu conhecimento. Não ventilada a matéria no Tribunal de origem não pode esta Corte conhecê-la sob pena de supressão de instância. Súmula 282 STF.*

*3. Embargos de Declaração acolhidos.”*

No Agravo Regimental nº 181.567/RS, decidiu, por igual, o STF (Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 04/04/97):

**“AGRAVO REGIMENTAL.**

*– Falta de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário, não bastando para tanto que elas tenham sido originariamente levantadas em embargos de declaração, sem que houvesse, portanto, omissão por parte do aresto embargado.*

*– Um dos fundamentos em que se estribou o despacho ora agravado – o de que a petição de agravo não atacou o fundamento da falta de prequestionamento em que se fundou o despacho que não admitiu o recurso extraordinário – não foi atacado pelo agravo regimental.*

*– Agravo a que se nega provimento.”*

Não comporta conhecimento, portanto o recurso especial pela alegada violação destes dispositivos, por ausência de prequestionamento (Súmula 282/STF).

Aliás, a matéria tem foro sumular, haja vista o verbete nº 211, deste teor:

*“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”*

Acresce notar que a orientação desta Corte sobre o termo inicial de contagem do prazo quinquenal coincide com a tese adotada no acórdão embargado.

Com a edição da Portaria 714/MPAS, de 09.12.93, foi mandado pagar as diferenças resultantes da integralidade do salário mínimo do art. 201, §§ 5º e 6º, da CF/88, de forma atualizada monetariamente. Daí, portanto, surgiu o direito do segurado de reclamar em Juízo qualquer parcela de correção monetária.

O prazo prescricional de cinco (5) anos, assim, teve início com a referida portaria e findou em 08.12.98. Até esta data, descabe falar-se em prescrição da ação e muito menos de parcelas de correção.

Podem ser referidos, a propósito, os seguintes precedentes:

**“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO EM VALOR NÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. CF. ART. 201, § 5º, AUTO-APLICABILIDADE. PAGAMENTO PARCELADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO RESÍDUO. PRESCRIÇÃO.**

*1. Determinado pela Portaria nº 714/93/MPAS, o pagamento da complementação instituída pela CF, Art. 201, § 5º de forma parcelada, em 30 (trinta) meses, somente a partir desse momento restou caracterizada a lesão ao direito dos segurados de terem esses valores corrigidos monetariamente, fazendo correr a prescrição; proposta a ação antes do lustro legal, deve ser afastada a alegada prescrição.*

*2. Recurso não conhecido.”*

*(REsp 250.352, DJ de 01.08.2000, Rel. Min. Edson Vidigal)*

**“PREVIDENCIÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PAGAMENTO PARCELADO. DIFERENÇAS. TERMO INICIAL PARA CÔMPUTO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PORTARIA Nº 724/93. INTERRUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.**

*I – A Portaria nº 714/93, do Ministério da Previdência Social, não reconheceu o direito dos segurados à atualização monetária dos valores resultantes das parcelas previdenciárias pagas em atraso, de modo a interromper o prazo prescricional e fazê-lo correr pela metade, ou seja, dois anos e meio.*

II – Não há que se falar em prescrição no que tange à correção monetária dos valores pagos em atraso, pois, somente com a edição da Portaria Ministerial nº 714, de 10.12.93, restou caracterizada a lesão ao direito dos segurados em terem seus benefícios atualizados monetariamente, o que deu início à contagem do lapso prescricional quinquenal.

Recurso provido.” (grifei)

(REsp 250.286, DJ de 01.08.2000, Rel. Min. Felix Fischer)

Quanto à questão, todavia, de respeito aos chamados “expurgos inflacionários”, razão assiste à recorrente, porquanto o índice a aplicar na atualização das parcelas pagas com atraso é inicialmente o INPC até 12.92 (art. 41, § 6º, da Lei 8.213/91) e, em seguida, o IRSM, de 01.93 a 02.94 (Lei 8.542/92 e 8.700/93), exatamente como determinado pela Port. 714/93.

Com efeito, reza a Lei 8.213/91, na sua redação original:

“Art. 41. *omissis*.

§ 6º *O pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado de acordo com a variação do Índice de Preços ao Consumidor – INPC, verificado no período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento.*”

Daí que, estando os chamados “índices expurgados” (01.98, 03, 04 e 05.90 e 02.91) dentro do período em que vigorava o INPC, como o índice legal aplicável, não há que se falar em incidência do IPC.

Note-se que a questão não deve ser confundida com a atualização monetária da Lei 6.899/81 que se refere à correção monetária de dívida resultante de decisão judicial e que a jurisprudência, à mingua da continuidade dos índices ORTN/OTN, fixou para o período do 01.89 a 01.91 o IPC e após o INPC, como se pode conferir pelo acórdãos no EREsp 24.168, DJ de 06.03.95, Rel. Min. Torreão Braz e REsp 191.031, DJ de 11.10.99, Rel. Min. Gilson Dipp. com estas ementas:

“CORREÇÃO MONETÁRIA RELATIVA AO MÊS DE JANEIRO DE 1989.

– *De acordo com a orientação da Corte Especial, é de 42,72% o índice da correção monetária a ser adotado para o mês de janeiro de 1989.*

– *Embargos conhecidos e recebidos em parte.*”

“PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REAJUSTES DA SÚMULA 260-TRF. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES APLICÁVEIS.

*Consoante a jurisprudência do STJ, os índices aplicáveis na correção monetária, segundo a Lei 6.988/81, são os da variação das ORTN/OTN até 12.88, o IPC de 01.89 (42,72%) a 01.91, e de 02.91 em diante o INPC (IBGE).*

*Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.*”

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nesta extensão, dou-lhe provimento, para excluir os “índices expurgados” em IPC.

É como voto.



## CALENDÁRIO PERMANENTE (1901 - 2092)

A = Anos			B = Meses															
1901 - 2000			2001 - 2092			J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	
25	53	81	09	37	65	4	0	0	3	5	1	3	6	2	4	0	2	
26	54	82	10	38	66	5	1	1	4	6	2	4	0	3	5	1	3	
27	55	83	11	39	67	6	2	2	5	0	3	5	1	4	6	2	4	
28	56	84	12	40	68	0	3	4	0	2	5	0	3	6	1	4	6	
01	29	57	85	13	41	69	2	5	5	1	3	6	1	4	0	2	5	0
02	30	58	86	14	42	70	3	6	6	2	4	0	2	5	1	3	6	1
03	31	59	87	15	43	71	4	0	0	3	5	1	3	6	2	4	0	2
04	32	60	88	16	44	72	5	1	2	5	0	3	5	1	4	6	2	4
05	33	61	89	17	45	73	0	3	3	6	1	4	6	2	5	0	3	5
06	34	62	90	18	46	74	1	4	4	0	2	5	0	3	6	1	4	6
07	35	63	91	19	47	75	2	5	5	1	3	6	1	4	0	2	5	0
08	36	64	92	20	48	76	3	6	0	3	5	1	3	6	2	4	0	2
09	37	65	93	21	49	77	5	1	1	4	6	2	4	0	3	5	1	3
10	38	66	94	22	50	78	6	2	2	5	0	3	5	1	4	6	2	4
11	39	67	95	23	51	79	0	3	3	6	1	4	6	2	5	0	3	5
12	40	68	96	24	52	80	1	4	5	1	3	6	1	4	0	2	5	0
13	41	69	97	25	53	81	3	6	6	2	4	0	2	5	1	3	6	1
14	42	70	98	26	54	82	4	0	0	3	5	1	3	6	2	4	0	2
15	43	71	99	27	55	83	5	1	1	4	6	2	4	0	3	5	1	3
16	44	72	00	28	56	84	6	2	3	6	1	4	6	2	5	0	3	5
17	45	73	01	29	57	85	1	4	4	0	2	5	0	3	6	1	4	6
18	46	74	02	30	58	86	2	5	5	1	3	6	1	4	0	2	5	0
19	47	75	03	31	59	87	3	6	6	2	4	0	2	5	1	3	6	1
20	48	76	04	32	60	88	4	0	1	4	6	2	4	0	3	5	1	3
21	49	77	05	33	61	89	6	2	2	5	0	3	5	1	4	6	2	4
22	50	78	06	34	62	90	0	3	3	6	1	4	6	2	5	0	3	5
23	51	79	07	35	63	91	1	4	4	0	2	5	0	3	6	1	4	6
24	52	80	08	36	64	92	2	5	6	2	4	0	2	5	1	3	6	1
<b>C = Dias/Semana</b>			<p><i>Exemplo de como utilizar:</i> Em que dia da semana caiu o dia 29 de janeiro de 1977? Foi num sábado.</p> <p>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.</p>															
<b>D</b>	1	8	15	22	29	36												
<b>S</b>	2	9	16	23	30	37												
<b>T</b>	3	10	17	24	31													
<b>Q</b>	4	11	18	25	32													
<b>Q</b>	5	12	19	26	33													
<b>S</b>	6	13	20	27	34													
<b>S</b>	7	14	21	28	35													

---

---

---

---

**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**