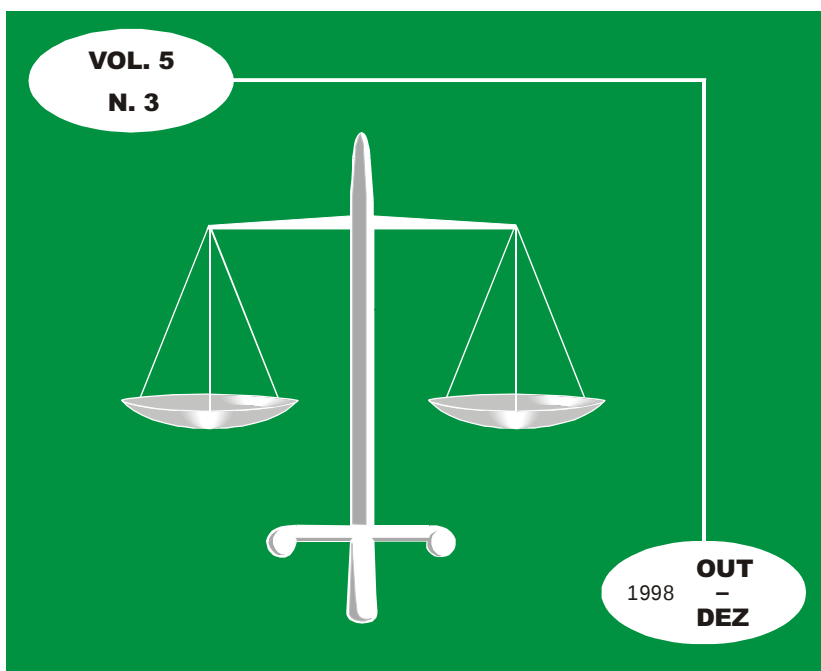


REVISTA DA **P**ROCURADORIA **G**ERAL DO **INSS**



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

EXPEDIENTE

Publicação trimestral da Procuradoria Geral do INSS

Editor Responsável

José Weber Holanda Alves

Diretora

Guilhermina Guilherme Martorelli

Secretário Editorial

João M. de L. Kuze

Conselho Editorial

Titulares

José Weber Holanda Alves

Maria Helena J. Carvalho

Wagner Sampaio Palhares

Guilhermina Guilherme Martorelli

Ivan Ferreira de Souza

Cláudio Renato do Canto Farag

Milton Alves Sousa

Suplentes

Ayres Lourenço de Almeida Filho

Ligia Maria Azevedo Nogueira

Regina Célia dos Santos Alves

Adriana Maria de Freitas Tapety

Editoração Eletrônica

Assessoria de Comunicação Social/MPAS

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

REVISTA DA **P**ROCURADORIA **G**ERAL DO **INSS**

Volume **5** — Número **3**

1998 : OUT / DEZ

Brasília
Janeiro/1999

© 1998 – Ministério da Previdência e Assistência Social

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

Tiragem: 8.000 exemplares

Edição: Procuradoria Geral do INSS
SAS Quadra 2, Bloco “O”, 5º andar
Tel.: (061) 226-7449 / 226-0837 / 313-4814
Fax: (061) 313-4740
CEP: 70070-907 – Brasília–DF

e-mail: pgeral@insstelecom.gov.br

Informações: Secretário Editorial
Fone: (061) 313-4814

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

Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

V. Trimestral

Revista da Procuradoria Geral do INSS

Órgão Oficial da Procuradoria Geral do INSS

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

R454 Revista da Procuradoria Geral do INSS. 1993
– Trimestral. Brasília, MPAS/INSS,
1998.
186 p.
1. Previdência social. 2. Previdência
social – Jurisprudência.

CDD–341.67

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
DÍVIDA ATIVA	6
PÁGINA LIVRE	7
ARTIGOS	
— “DELITOS E INFRAÇÕES EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE” ★ <i>Geraldo Brindeiro</i>	9
— DA CONSTITUIÇÃO DA INGLATERRA — POR MONTESQUIEU ★ <i>Gerson Luiz Carlos Branco</i>	18
— DA ACUMULAÇÃO DA PENSÃO MILITAR DE EX-COMBATENTE CRIADA PELA LEI 4.242/63 — ALTERADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART. 53 E REGULAMENTADA PELA LEI 8.059/90 E A APOSENTADORIA DE EX-COMBATENTE (espécie 43) ★ <i>Renato Rabe</i>	38
— O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÓRIO EM FORO TRABALHISTA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS OBRIGA O INSS? ★ <i>Bento Adeodato Porto</i>	43
— LITIGÂNCIA DE MÃ-FÉ ★ <i>Caroline Maciel da Costa</i>	46
— PRISÃO CIVIL ★ <i>Luiz Vicente Cernicchiaro</i>	53
— REFORMA ADMINISTRATIVA ★ <i>Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira</i>	55
— ALGUMAS INCONSTITUCIONALIDADES DAS NORMAS RELATIVAS À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA ★ <i>Cláudio Renato do Canto Farág</i>	57
— LIQUIDEZ E CERTEZA NA COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS ★ <i>Bruno Mattos e Silva</i>	60
— PALESTRA — COMBATE À SONEGAÇÃO, ÀS FRAUDES E À EVASÃO FISCAL — SEMINÁRIO: ETAPA DE RECIFE ★ <i>João Spencer Ferreira da Costa</i>	70
— RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA — Tributário/previdenciário ★ <i>Milton Luiz Gazaniga de Oliveira</i>	73
— AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO: ASPECTOS DA COISA JULGADA ★ <i>Patrícia Gomes Teixeira</i>	82
PEÇAS PROCESSUAIS	
— AGRAVO DE INSTRUMENTO (TRF-3ª R.) em ação condenatória em concessão de benefício previdenciário, cumulada com pedido liminar de antecipação de tutela (... vírus da AIDS...), interposto pelo INSS, firmado pelo DR. GIAN PAOLO PELICCIARI SARDINI, credenciado pelo Instituto em Franca/SP.	89

— Contestação em Ação Ordinária de Nulidade c/c Ação Declaratória de Regularidade Fiscal, subscrita pelo Procurador do INSS/Juiz de Fora-MG HÉLDER ADENIAS DE SOUZA, objetivando, em preliminar, a declaração de incompetência absoluta do Juízo Estadual e a ilegitimidade ativa da Prefeitura (Município de Faria Lemos) e, no mérito, seja reconhecida a legitimidade e legalidade dos atos praticados pela Fiscalização do Instituto (contribuições devidas à seguridade social).	110
— SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO. Sentença do DR. JULIO BEREZOSKI SCHATTSCHNEIDER, Juiz Federal da Vara de Chapecó-SC	131
— AGRAVO DE PETIÇÃO dirigido ao Juiz Presidente da JCJ de São José do Rio Pardo-SP, assinado pelo DR. BRUNO MATTOS E SILVA, Procurador do INSS, com pedido de retificação de conta de liquidação homologada (URP/etc)	137
— ACÓRDÃO da Quinta Turma do TRT da 15ª Região/Campinas-SP dando parcial provimento ao Agravo de Petição do INSS (Procurador Bruno Mattos e Silva) para o efeito de ser efetuada a retificação de cálculos (URP fev/89 e gatilho de jun/87)	141
— Benefício Previdenciário. Ação Revisional. Apelação Cível. TRF da 3ª Região: Votos do Exmos. Juizes TÂNIA MARANGONI (Relatora) e ANDRÉ NABARRETE	144
— AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. Sentença do EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO ELOI ESTEVÃO TROLY, da 2ª Vara Cível da Comarca de Americana-SP	146
— Recebimento sem precatório de parte de valores referentes às diferenças de reajustes de benefícios previdenciários. Mandado de Segurança contra autoridades do INSS. Decisão do EXMO. SR. JUIZ FEDERAL da 16ª Vara DR. FRANCISCO NEVES DA CUNHA denegando a segurança	149

JURISPRUDÊNCIA

— Correção monetária. Benefício previdenciário. Salário-mínimo. Equivalência inexistente. STF — Segunda Turma	151
— Exportação de café. Quota de contribuição. DL nº 2.295/86. Art. 25, I, do ADCT/88. STJ — Primeira Turma	154
— Enquadramento funcional. Recurso especial. Administrativo. Prescrição do fundo de direito. STJ — Quinta Turma	156
— Processual Civil. Embargos de divergência. Dissídio jurisprudencial. Tema pacificado. Súmula 168/STJ. STJ — Terceira Seção	159
— Processual civil. Execução. Honorários advocatícios. Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC. STJ — Terceira Seção	162
— Processual e Previdenciário. Pensão. Revisão. Lei 8.213/91. STJ — Quinta Turma	165
— Tributário. Compensação: 1) Tributos lançados por homologação. Ação Judicial. 2) Contribuição previdenciária. STJ — Segunda Turma	166
— Previdenciário. Reajuste de benefício. Súmula nº 260/TRF. Prescrição. TRF — 1ª Região	167
— Processual civil. Agravo de instrumento. Custas processuais. Pagamento imediato. Inviabilidade. Precatório. ADIn nº 1252-5. TRF — 4ª Região	170

ATOS NORMATIVOS

— Ordem de Serviço INSS/PG Nº 43, de 27.01.99, dispondo sobre parcelamento da Dívida Ativa	172
--	-----

Editorial

Nossos leitores devem ter constatado na edição anterior duas modificações básicas na apresentação da Revista, relacionadas com o *lay-out* da capa e o corpo das letras, que foi reduzido de 10 para 9.

A primeira deveu-se ao fato da troca do logotipo do INSS que passou a ser o mesmo do Ministério da Previdência e Assistência Social. A outra foi promovida pela imperiosa necessidade de se economizar o máximo de recursos com a impressão da Revista, devido às imposições decorrentes das medidas tomadas pelo governo federal para contenção dos seus gastos. A isto associa-se o fato de o quantitativo de matérias oferecidas pelos nossos colaboradores vir aumentando expressivamente nos últimos tempos.

Além disso, nossos leitores puderam perceber que a circulação da edição citada ocorreu alguns meses após àquele que normalmente deveria ter se verificado — novembro de 1998. Este fato deu-se em razão de a impressão da Revista, que era da responsabilidade da gráfica do Ministério do Trabalho, ter passado a ser da gráfica da Imprensa Nacional, o que obrigou a contratação dos serviços da mesma para essa finalidade, cujo pacto demandou um tempo considerável para sua efetivação.

Até a presente edição sempre tivemos a preocupação de não efetuarmos cortes em artigos muitos extensos dos nossos colaboradores. Doravante, devido à necessidade de se reduzir o número de páginas da Revista, somos compelidos a solicitar aos nossos articulistas que procurem não remeter trabalhos que ocupem, em corpo 9, mais de 8 páginas.

— • —

A partir da próxima edição serão veiculados uma série de artigos da autoria do DR. REIS FRIEDE (Juiz Federal e Professor da UNESA/RJ), dos quais destacamos os títulos seguintes: *Natureza Jurídica da Medida Liminar, Origem Ampla e Remota da Providência Cautelar, Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Distinções Fundamentais, Dos Recursos em Matéria Cautelar (Liminar) (Recursos em Medidas Acautelatórias), Da Organização dos Poderes.*

DÍVIDA ATIVA DO INSS. ARRECAÇÃO. As UFs contribuíram (R\$), individualmente, no 4^o trimestre de 98, com os quantitativos seguintes:

AC	620.992,11	AL	24.131.469,36	AM	2.826.934,60	BA	11.645.208,91
CE	5.478.482,70	DF	5.486.701,38	ES	3.588.406,71	GO	5.637.239,78
MA	3.568.714,82	MG	26.390.167,84	MS	2.551.507,00	MT	4.627.754,40
PA	5.162.220,22	PB	2.904.505,67	PE	6.486.917,60	PI	1.502.862,00
PR	15.142.188,32	RJ	160.573.643,24	RN	4.229.723,45	RO	2.032.770,83
RS	25.098.883,13	SC	11.967.532,64	SE	1.326.920,31	SP	57.847.702,10
TO	1.043.901,19						

Total arrecadado = R\$ **391.873.350,31**

— • —

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

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

OBS.: Foram excluídas as fases de Parcelamento e as seguintes fases: 511, 512, 517, 542, 543, 560, 578, 608, 610, 616, 721, 748, 756 e 991.

TESTE DE CONHECIMENTOS. Respostas às questões do Teste da edição anterior (Vol. 5/N. 2): 1 = França. 2 = João Sem Terra. 3 = 3 meses. 4 = LC 73/93. 5 = Habeas Corpus (1891) e Habeas Data (1988). 6 = Não. 7 = Aristóteles. 8 = 1804. 9 = Jean Etienne Marie PORTALIS. 10 = Iluminismo.

— • —

TESTE DE CONHECIMENTOS.

1. Um filósofo que nasceu em 1724, em Königsberg, Prússia, quando tinha 42 anos idade, escreveu: “Tenho a felicidade de ser um amante da metafísica; mas a minha amante me concedeu poucos favores até agora”. Como se chamava esse filósofo?

2. Qual o filósofo que, ao argumentar contra as idéias de Platão sobre uma república comunista, disse: “Quando todos são donos de tudo, ninguém cuidará de coisa alguma”?

3. Em que obra Immanuel KANT disse: “Moralidade não é propriamente a doutrina de como podemos nos fazer felizes, mas de como podemos nos tornar dignos da felicidade”?

4. No Brasil, qual o primeiro texto constitucional a adotar a expressão “seguridade social”?

5. É correto afirmar-se que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social?

6. Hans KELSEN lecionava que as normas jurídicas diferem conforme a sua situação nos diversos âmbitos de validez. Ensinava, também, que são quatro os âmbitos de validez das normas. Os três primeiros são: espacial, temporal, e pessoal. Qual é o quarto?
-
7. Sabendo-se que as normas quanto ao âmbito de validez espacial são gerais ou especiais, é correto afirmar-se que as normas penais brasileiras são normas especiais porque se aplicam a todo o território nacional?
-
8. As constituições e leis estaduais são normas gerais ou especiais, quanto ao seu âmbito de validez espacial?
-
9. Quando ouvimos que uma norma tem vigência determinada ou vigência indeterminada, devemos associar essas expressões a que âmbito de validez das normas jurídicas?
-
10. É correto afirmar-se que o âmbito de validez pessoal faz distinguir as normas jurídicas em gerais e individualizadas?
-

- NR:** 1ª) As questões foram formuladas pelo Secretário Editorial da Revista.
- 2ª) Os leitores que desejarem formular questões devem remetê-las ao Secretário Editorial até o início do último mês do trimestre correspondente à edição da Revista. O autor deve, obrigatoriamente, se identificar e assinar as questões, bem como fornecer seu endereço completo e telefone(s) para contato.

“DELITOS E INFRAÇÕES EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE”

Geraldo Brindeiro *

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República do México,
Dr. Jorge Madrazo Cuéllar,

Excelentíssimo Senhor Presidente da Associação Interamericana
do Ministério Público, Dr. Iván Darío Badell,

Caros colegas fiscais, procuradores-gerais,

Caros colegas do Ministério Público Interamericano,

Senhoras e Senhores,

Coube-me falar sobre o tema delitos o infrações em matéria de meio ambiente. Creio que é possível estabelecer, quando se fala em globalização e em interdependência, uma conexão, uma analogia com a questão de combate ao crime organizado transnacional e ao narcotráfico internacional com a proteção ambiental, tendo em vista os interesses comuns não só das Américas, mas os interesses comuns da humanidade, ambas as causas, tanto a causa do combate ao crime organizado transnacional, com a causa da proteção ambiental, são causas verdadeiramente da humanidade.

Desejo destacar as palavras do Presidente da República Federativa do Brasil, Professor Fernando Henrique Cardoso, em conferência proferida no Colégio do México, em fevereiro de 1996, sobre os riscos e as oportunidades dos países em desenvolvimento diante do impacto da globalização da economia. Sua Excelência assinalou a obsolescência das teorias, convidando a todos para realizar uma nova Renascença, para construir o futuro transformando a História, conferindo uma dimensão humana ao progresso, fortalecendo a ética da solidariedade no plano nacional como internacional e revitalizando os valores do Humanismo.

A globalização da economia enfatiza a necessidade urgente da integração latino-americana e da formação de um bloco — análogo ao NAFTA — *North American Free Trade Agreement*, à CEE — Comunidade Econômica Européia, ao Japão e Tigres Asiáticos — visando a promover e defender os interesses comuns. É importante que o jurista contemporâneo, às vésperas do 3º milênio, tenha uma visão interdisciplinar do fenômeno jurídico, perspectiva internacional e de direito comparado. É evidente que, no mundo em que vivemos hoje, determinadas teorias jurídicas não podem sobreviver e enfrentar problemas contemporâneos tão grandes como são os de combate ao crime organizado transnacional e a proteção ambiental, ambas verdadeiramente causas da humanidade.

Destaco ainda trecho do discurso proferido pelo Presidente da República, Professor Fernando Henrique Cardoso, em Sessão Solene do Congresso Venezuelano, por ocasião de sua visita a Caracas, em 4 de julho de 1995, Disse, então, Sua Excelência:

“O Mercosul começa a identificar nossos parceiros na América do Sul, onde estamos negociando formas de aproximação com a Venezuela, o Chile e a Bolívia, além do conjunto inteiro do Pacto Andino. Entre essas áreas, com sentido de prioridade dada pela vizinhança e pela intensidade da agenda, a aproximação com a Venezuela é natural. No passado não muito distante, pensava-se que a floresta amazônica seria uma barreira que separava nossos povos, dificultava os contatos fronteiriços, impedia a integração, justificava a indiferença. Hoje sabemos que a floresta não é uma barreira. Ao contrário, ela é o cenário para novas formas de integração, que aliam a cooperação entre povos dos dois lados da fronteira ao conceito de desenvolvimento ecologicamente sustentável.”

Um dos conceitos mais difundidos nos anos 80 e 90 tem sido o da interdependência. É um conceito fácil de se entender, em matéria de meio ambiente, quando se observa, por exemplo, que um dos objetivos da criação no século passado das Comissões do Reno e do Danúbio foi — ao lado da liberdade de navegação — o de evitar a poluição no interesse dos países da Europa por onde passam aqueles rios. A não poluição dos Grandes Lagos interessa tanto aos Estados Unidos como ao Canadá. A cessação das experiências atômicas americanas ou francesas no Pacífico, objeto de decisões da Corte Internacional de Justiça, interessa, não apenas à Austrália, mas a todo o mundo. Finalmente, a preservação da flora e da fauna em nível universal, bem como a diminuição da emissão de gases poluentes na atmosfera — provocadores do chamado efeito-estufa —, transformou-se em interesse comum da humanidade.

Pode-se dizer sobre a interdependência algo análogo em relação ao desenvolvimento econômico das nações, também objeto da Conferência das Nações Unidas no Rio, a causa ambiental, e, como disse anteriormente, o combate ao crime organizado transnacional: todas são causas da humanidade.

A Comunidade Econômica Européia, criada com o Tratado de Roma de 1960, alcançou praticamente sua completa integração econômica no final do ano de 1992, atendendo aos objetivos dos diversos países que a compõem, à luz da interdependência e dos interesses comuns. Experiências análogas iniciam-se nas Américas, entre os EUA, o Canadá e o México, com o NAFTA, e entre o Brasil, a Argentina, o Uruguai e o Paraguai, com a criação do Mercado do Cone Sul (Mercosul).

Devo dizer inicialmente que considero que, no Brasil, houve grande avanço relativamente a normas de Direito Ambiental, em recentes anos, especialmente a partir de 1985. O simples fato do aparecimento de legislação apropriada, capaz de permitir, com maior eficiência, a proteção do meio ambiente, por via judicial ou extrajudicial, já é em si mesmo extremamente relevante. Antes de 1985, havia — é verdade — alguns instrumentos administrativos e processuais para implementar regras de proteção ambiental do Código Penal, da Lei das Contravenções Penais, do Código Florestal, da Lei de Proteção à Fauna e da Lei Federal que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. São exemplos de tais instrumentos administrativos e processuais de defesa ambiental as multas, a perda de incentivos fiscais, a perda de linhas de financiamento em estabelecimentos de crédito oficial e, em último caso, a suspensão da atividade através de ação ordinária, e ainda a ação popular, a ação de desapropriação e a ação penal para os crimes ecológicos, nos casos do poluidor

que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, com penas de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. É preciso salientar, no entanto, que a ação popular e a ação de desapropriação para fins de tombamento somente adquiriram maior relevância na questão ambiental com a vigência da Constituição Brasileira de 1988. O art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que “vise anular ato lesivo ... ao meio ambiente”. E o art. 216, inciso V, também da Constituição, define como “patrimônio cultural os bens de natureza material” dentre eles “os sítios de valor ... ecológico”, permitindo, assim, a desapropriação para fins de interesse social, mediante justa e prévia indenização, nos termos do seu art. 5º, inciso XXIV. Mas é com a vigência da Lei Federal nº 7.347/95 que aparecem os inquéritos civis públicos e as ações civis públicas, instrumentos adequados que passaram a permitir aos Membros do Ministério Público, Procuradores Federais e Estaduais, a agir, judicial e extrajudicialmente, em defesa do meio ambiente. Na verdade, pode-se afirmar hoje, com segurança, que os mais atuantes agentes da implementação do Direito Ambiental do Brasil, perante os Juízes e Tribunais em todo o País, têm sido os membros do Ministério Público Federal e Estadual.

É óbvio que é necessário existir, senhoras e senhores, princípios e normas em vigor, bem elaborados, técnica e cientificamente, para permitir a eficiência na proteção do meio ambiente, se postos em prática tais princípios e normas. O que se visa não é impedir o desenvolvimento econômico e social do País, mas sim, assegurar o “desenvolvimento sustentável”, protegendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservando os recursos naturais para as presentes e futuras gerações.

A Constituição Federal de 1988, que consolidou no Brasil o Estado Democrático de Direito, significa o momento culminante da normatização da questão ambiental no País. A Constituição Brasileira dedica todo um capítulo relativo a princípios e normas sobre a proteção do meio ambiente, inovando no Direito Constitucional Comparado. O princípio do “desenvolvimento sustentável” antes mesmo do Conferência do Rio — a Eco 92 — já estava de certa forma estabelecido no **caput** do artigo 225, da Constituição Brasileira. “O Direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer as necessidades relativas ao desenvolvimento e ao meio-ambiente das gerações presentes e futuras”. Por isso, observa-se que praticamente todos os demais princípios gerais do Direito Ambiental, estabelecidos na Eco 92 no Rio — como os da prevenção, da precaução, da informação, da educação ambiental, da participação, da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com cooperação internacional, da responsabilidade da pessoa física e jurídica, o princípio poluidor-pagador e o princípio da eliminação de determinados meios de produção e consumo e da política demográfica adequada — todos diretamente relacionados com o princípio do “desenvolvimento sustentável”, (o direito ambiental intergerações), já haviam também sido prestigiados nos diversos parágrafos e incisos da citada norma da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Senhoras e senhores, meus caros colegas,

A Constituição Brasileira, na questão ambiental, privilegia expressamente determinadas áreas do País: a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato Grossense e a Zona Costeira e diz a Constituição — “são

patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto a recursos naturais”.

Quanto ao princípio da prevenção, estabelecido na Conferência do Rio, em 1992, no sentido de inibir ou limitar a margem de perigo de possível criação de danos ambientais, isto é, reduzir ao mínimo o risco residual para a população e para o meio ambiente, a Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu a exigência de estudo prévio de impacto ambiental. Para a realização de “obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, deverá existir, para obter o licenciamento, estudo prévio de impacto ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, realizados com o apoio técnico e científico dos Institutos Estaduais do Meio Ambiente e sujeitos a supervisão e homologação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis — IBAMA, autarquia vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal (Ministério criado recentemente no País, a partir da Constituição de 1988).

Acrescento ainda que as usinas nucleares, de acordo com norma expressa da Constituição, deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. E a Constituição estabelece ainda ações discriminatórias destinadas a arrecadar terras devolutas pelos Estados da Federação necessárias à proteção de ecossistemas naturais.

O princípio da precaução, segundo o qual, a ausência de certeza científica absoluta — também estabelecido na ECO 92 — não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a evitar a degradação do meio ambiente, é também este princípio estabelecido na Constituição Brasileira, antes mesmo da ECO 92, que exige o controle “da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. A defesa do meio ambiente, aliás, está incluída também entre os princípios gerais da atividade econômica estabelecidos na Constituição Brasileira de 1988.

Os princípios da informação e da educação ambiental, senhoras e senhores, também estabelecidos na ECO 92 no Rio, significando o dever do Estado de repassar às pessoas as informações sobre o meio ambiente e de promover a educação sobre questões ambientais das novas gerações como dos adultos, também estão previstos na Constituição Brasileira de 1988. E têm efetivamente sido postos em prática contribuindo para a conscientização pública sobre a necessidade da proteção do meio ambiente e da preservação dos recursos naturais. E o princípio da participação, estabelecido também na ECO 92, garantindo a todos os cidadãos o acesso às vias judiciais e administrativas está assegurado pela ação popular, anteriormente citada. Tais princípios têm estimulado, no Brasil, a criação de um número, ainda reduzido, mas cada vez maior de organizações e associações privadas e organizações não-governamentais destinadas à proteção do meio ambiente.

O princípio da soberania nacional, também estabelecido na ECO 92 no Rio, para estabelecer a política ambiental e de desenvolvimento, com cooperação internacional, está também claramente estabelecido na Constituição Brasileira de 1988. Enquanto o art. 1º estabelece a soberania como fundamento do Estado

Brasileiro e o art. 3º, inciso II, define como objetivos fundamentais do País "o desenvolvimento nacional", o art. 4º, inciso IX, estabelece como princípio nas suas relações internacionais a "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade". E certamente uma das áreas de interdependência entre as nações é a relativa à proteção ambiental, considerando fundamentalmente o novo princípio estabelecido na ECO 92, o princípio do desenvolvimento ecologicamente sustentável.

O princípio da eliminação de modos de produção e de consumo não viáveis do ponto de vista ecológico e do estabelecimento de políticas demográficas adequadas estão também, já antecipadamente, antes mesmo da ECO 92, estabelecidos nas regras constitucionais sobre precaução e nos princípios gerais da atividade econômica mencionados na Constituição Brasileira que inclui a defesa do meio ambiente, e nas normas de política urbana, visando a garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e o bem-estar de seus habitantes.

E, finalmente, o princípio poluidor-pagador — segundo o qual deve o responsável assumir o custo da poluição — e princípio da responsabilidade da pessoa física ou jurídica pelos danos ambientais, estabelecido na ECO 92 no Rio, estão previstos também claramente na Constituição Brasileira de 1988.

Meus caros colegas, senhoras e senhores,

A Constituição Brasileira de 1988, além de privilegiar a proteção ambiental da Floresta Amazônica, dentre outras regiões, prevê normas expressas quanto à biodiversidade. Estabelece como princípios "preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; e proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

Devo observar ainda que a Constituição Brasileira de 1988, introduziu o conceito de crimes ecológicos de pessoas jurídicas, conceito controvertido e discutido, porém, a meu ver, são eles importantes ao estabelecer que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, não apenas as pessoas físicas, mas também pessoas jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, no Brasil, trouxe, caros colegas, resultados importantíssimos para a causa ambiental, além da Declaração dos princípios já mencionados, a A Convenção sobre a Biodiversidade, em vigor desde junho de 1992 e ratificada pelo Congresso Nacional em 28 de fevereiro de 1993, e ainda a famosa Agenda 21.

A expressão "Agenda 21", como todos percebemos, refere-se ao 3º Milênio, ao Século XXI. A Agenda 21 representa a agenda consensual da Comunidade das Nações às vésperas do Século XXI, estabelecendo objetivos, programas, bases para ação, atividades e meios de implementação, com plena observância de todos os princípios contidos na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. A Agenda, constituída de cerca de seiscentas páginas distribuídas em quarenta

capítulos, abrange, dentre inúmeros outros itens, a cooperação internacional para acelerar o desenvolvimento ecologicamente sustentável dos Países em desenvolvimento; o combate à pobreza; a mudança dos padrões de consumo; a proteção e promoção das condições da saúde humana; a proteção da atmosfera; o planejamento e o gerenciamento dos recursos terrestres; o combate ao desflorestamento; o gerenciamento e o manejo e ecossistemas frágeis; a luta contra a desertificação e a seca; a conservação da diversidade biológica; o manejo ambientalmente saudável da biotecnologia; a proteção dos oceanos e dos mares e o uso racional e o desenvolvimento os seus recursos vivos; a proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos; o manejo ecologicamente saudável das substâncias químicas tóxicas e de resíduos perigosos e a prevenção do tráfico internacional ilícito destas substâncias e resíduos; o manejo ambientalmente saudável e seguro dos resíduos sólidos e radioativos e das questões relacionadas com os esgotos.

A Agenda 21 procura estimular iniciativas das autoridades nacionais e locais em apoio aos seus programas; fortalecer o papel das organizações não-governamentais; convocar a comunidade científica e tecnológica para uso da ciência para o desenvolvimento ecologicamente sustentável; direcionar recursos e mecanismos de financiamento para projetos de proteção ao meio ambiente e preservação de recursos naturais; viabilizar transferência de tecnologia ambientalmente saudável; promover o ensino, a conscientização e o treinamento sobre problemas da proteção do meio ambiente; fornecer informações para tomada de decisões das autoridades e instituições responsáveis; e desenvolver instrumentos e mecanismos jurídicos internacionais para a solução das questões ambientais e a promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável.

A “Nossa Própria Agenda” (*Our Own Agenda*), caros colegas das Américas, é o relatório preparado em 1990 pela Comissão Latino-Americana e Caribenha sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente, sob os auspícios do Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, a fim de desenvolver uma visão regional da questão ambiental, ligada ao desenvolvimento econômico e social, à democracia e ao respeito aos direitos humanos. O relatório observa que “nossa região tem experimentado um processo de democratização que deveria ser sustentado”. E acrescenta que será “impossível ultrapassar as barreiras que se encontram no caminho do desenvolvimento econômico, social e ecologicamente sustentável... sem uma democracia que permita maior participação da sociedade”.

A “Nossa Própria Agenda” identificou como estratégias para fortalecer o Estado Democrático, dentre outras, o desenvolvimento de legislação ambiental adequada e a introdução de reformas no Judiciário. E estabeleceu um vínculo entre o regime democrático, a busca do desenvolvimento ecologicamente sustentável e o fortalecimento dos direitos humanos, especialmente os econômicos e sociais.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece que “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. E a Constituição Brasileira deve ser cumprida.

O Tratado de Assunção, assinado em 1991, “para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil,

a República do Paraguai e a República do Uruguai”, o Mercado Comum do Sul — MERCOSUL, define no seu preâmbulo, como objetivo central “a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração”, e considera que tal fim deve ser alcançado, dentre outras condições, “mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis e a preservação do meio ambiente”. E estabelece, no seu artigo 1º, o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

A Declaração de Canela (Brasil), de 1992, subscrita pelos países signatários do Tratado de Assunção e ainda o Chile, afirma que “os programas ambientais multilaterais têm de definir adequadamente as responsabilidades, respeitar as soberanias nacionais no quadro do Direito Internacional e tornar realidade uma interdependência que garanta benefícios equitativos às partes”.

E o Protocolo de Ouro Preto (Brasil), de 1994, adicional ao Tratado de Assunção, veio a criar a estrutura institucional do MERCOSUL.

Para promover a integração latino-americana e o desenvolvimento ecologicamente sustentável é necessário, pois, não apenas buscar a harmonização da legislação ambiental dos vários países, mas também desenvolver um futuro direito comunitário, da comunidade latino-americana de nações.

O patrimônio ambiental na América do Sul, especialmente na região amazônica, é comum de vários países. É preciso compreender, assim, claramente, o conceito de “fronteiras ecológicas”, de forma a compatibilizá-lo com a soberania nacional, as interdependências e os interesses comuns dos países daquela região, entre os quais se destaca o Brasil. Há ecossistemas — como naquela região — que abrangem mais de um país, transcendendo as fronteiras políticas e exigindo monitoramento ambiental através da atuação integrada dos vários países interessados. Como adverte o ilustre ambientalista uruguaio, professor Margarinos de Mello, em artigo publicado em 1992, em Amsterdan, na obra *Biodiversity and International Law*, sob o título “A General Theory of Environmental Law”: “... o sistema normativo deve ser coordenado e baseado em fronteiras ecossistêmicas, mais do que nas nacionais ou políticas”. E acrescenta: “...na ordem legal ambiental, tal fato ainda não é reconhecido.”

Devo agora falar mais especificamente, tendo com vista toda esta estrutura jurídica e legal, nacional e internacional, sobre a defesa judicial do meio ambiente pelo Ministério Público no Brasil. Ela tem sido realizada quase exclusivamente no País pelo Ministério Público Federal e Estadual e pelos órgãos administrativos através do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente do Brasil. Gostaria de enfatizar o importante papel destas Instituições que têm exercido na proteção do meio ambiente e na preservação dos recursos naturais no Brasil, a partir especialmente de 1988. Nos últimos anos a ação destes órgãos do Poder Executivo e do Ministério Público em todo o País tem sido marcante no cumprimento dos princípios constitucionais e legais e dos tratados internacionais em matéria de proteção ambiental. É preciso destacar ainda a atuação do Congresso Nacional Brasileiro na questão ambiental, através da ação eficaz da Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor, do Meio Ambiente e das Minorias, da Câmara dos Deputados, realizando discussões e debates visando à adoção de medidas para a solução de

problemas ambientais e para o aperfeiçoamento da legislação ambiental. É importante ainda mencionar o apoio dado ao Ministério Público pelos institutos e secretarias estaduais do meio ambiente nos diversos Estados da Federação. Algumas vezes, todavia, o Ministério Público tem de se opor, por meio de medidas judiciais, a empreendimentos do próprio Estado, especialmente na região amazônica, no sentido de proteger o meio ambiente e preservar os recursos naturais.

O Ministério Público tem instaurado inquéritos civis públicos e promovido ações civis públicas em todo o país visando à proteção do meio ambiente, contra a poluição das águas e do ar, por resíduos industriais sólidos, líquidos ou gasosos, ou resultantes de emissão de veículos e de esgotos sanitários sem tratamento adequado, agrotóxicos e por rejeitos perigosos; e ainda para a preservação dos recursos naturais, da fauna e da flora. Há muitos casos em tramitação na justiça federal e na justiça estadual de primeira instância em todo o país, vários já decididos e outros em grau de recurso perante os Tribunais. É importante observar que as florestas tropicais — e a maior delas é a Floresta Amazônica — são os ecossistemas que detêm a maior diversidade de espécies dentre os demais em todo o planeta. Na região amazônica destacamos várias ações judiciais do Ministério Público brasileiro para evitar o desmatamento das florestas, inclusive em áreas indígenas, para promover o reflorestamento ou ainda para coibir a prática de crimes contra a fauna, através da caça e captura ilegais de animais e aves silvestres, especialmente nos Estados de Rondônia, Roraima, Amapá, Acre e Pará. No Estado do Amazonas, por ter maior dimensão territorial e população mais escassa, a atuação do Ministério Público tem sido menos intensa por dificuldades materiais e de pessoal. Algumas vezes a devastação ocorre em função da necessidade de inundação de áreas para criação de lagos na instalação de usinas hidroelétricas. O Ministério Público tem movido também ações civis e penais em casos de furto de madeira em reservas florestais. As ações judiciais têm caráter preventivo ou repressivo, para impor neste último caso, sanções civis ou penais, como multas, indenizações ou prisões, em casos de crimes ecológicos.

A atuação do Ministério Público brasileiro muitas vezes é provocada diretamente pela população local, especialmente por representantes dos seringueiros, pequenos agricultores e comunidades indígenas. A solução dos problemas ambientais tem requerido algumas vezes medidas judiciais para o fechamento de estradas e a destruição de pontes e aeroportos em áreas indígenas, construídas para a exploração de madeira. Muitas vezes há extração e transporte ilegal de madeira e queimadas para produzir carvão a ser utilizado em usinas siderúrgicas. O Ministério Público tem obtido medidas judiciais liminares para evitar a devastação em muitos casos, bem como a condenação, e prisão dos culpados, com a apreensão de caminhões carregados de madeira e de vários equipamentos utilizados na operação ilegal, em casos de furtos de madeira de reservas biológicas e florestais. A ação do Ministério Público alcança ainda a declaração judicial de nulidade de contratos com empresas madeireiras para exploração de madeira em áreas indígenas, bem como a indenização pelos danos causados ao meio ambiente.

As ações judiciais e extrajudiciais do Ministério Público Federal e Estadual do Brasil também existem para impedir invasões de posseiros, grileiros e madeireiros nas reservas florestais e extrativistas, bem como atividades empresariais ilegais

dentro destas áreas. O Ministério Público tem ainda se empenhado, por meio de medidas judiciais, no sentido de impedir a mineração ilegal e a garimpagem de ouro em vários rios da bacia amazônica com o objetivo de evitar a poluição da água por mercúrio. Em alguns casos, o Ministério Público tem atuado no sentido de não ser permitido o armazenamento irregular de produtos químicos e fontes radioativas em áreas de risco ecológico, bem como para proibir loteamentos, sem a devida autorização dos órgãos ambientais, comprometendo ecossistemas e a proteção da fauna e da flora.

Meus caros colegas do Ministério Público das Américas e de todo o Mundo,

O Ministério Público Federal e Estadual do Brasil, tem contribuído ainda, por meio de medidas judiciais e extrajudiciais, para a demarcação das áreas indígenas, visando também à proteção do meio ambiente, segundo estabelece a Constituição Brasileira ao definir as funções institucionais do Ministério Público. É preciso salientar ainda que a Constituição Federal do Brasil estabelece como norma “a preservação dos recursos ambientais necessários” ao bem-estar das comunidades indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições. Finalmente, a ação do Ministério Público brasileiro tem procurado impedir, através de ações junto ao Judiciário, o funcionamento de usinas nucleares de energia elétrica — como as de Angra dos Reis no Estado do Rio de Janeiro, entre outras — sem a adoção das medidas de segurança, técnicas e científicas, indispensáveis à proteção do meio ambiente e da sadia qualidade de vida da população.

E, devo, finalmente, reconhecer as dificuldades e limitações existentes para implementar, de maneira mais eficiente e rápida, as normas constitucionais e legais do direito ambiental no Brasil, especialmente na região amazônica, por alta de meios materiais e de pessoal mais amplos, tanto no Ministério Público como nas áreas executivas e nas agências governamentais para realizar tão grande tarefa. A região amazônica no Brasil ressen-te-se da inexistência até o momento de um sistema de controle por radares e satélites capaz de indicar a ocorrência naquela área de práticas criminosas de contrabando, tráfico de drogas, desmatamento e outros danos ambientais. Há sistema em vias de instalação, objeto de licitação internacional, já autorizada pelo Senado da República. É preciso ainda aperfeiçoar a legislação ambiental e obter maior rapidez e eficácia na prestação jurisdicional, o que deverá ocorrer, esperamos todos no Brasil, através da reforma constitucional do Judiciário, que está em pleno andamento.

Devo reafirmar, no entanto, senhoras e senhores, meus caros colegas e amigos, com entusiasmo, que houve grande avanço no delineamento e na formulação de soluções para as questões ambientais a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento no Rio, a Eco-92, inovando significativamente em relação à reunião de Estocolmo realizada vinte anos antes, em 1972. O princípio do “desenvolvimento sustentável” — o mais importante estabelecido na Conferência do Rio em 1992 — significa, a meu ver, grande progresso na causa da proteção do meio ambiente e da preservação dos recursos naturais, sem prejuízo para o desenvolvimento econômico e social de todas as nações do globo.

Desejo finalizar minhas palavras, invocando mais uma vez a memória e prestando sincera homenagem a um brasileiro, Cândido Mariano da Silva Rondon, defensor da causa indígena e desbravador da floresta amazônica; ao escritor e

naturalista norte-americano, Henry David Thoreau (1817-1862), um dos primeiros no mundo a defender, já em meados do Século XIX, na Nova Inglaterra, nos Estados Unidos da América, a causa da proteção do meio ambiente e da preservação dos recursos naturais.

Penso que o Ministério Público interamericano deve ter e tem unidade de propósitos e de ação, para assegurar o desenvolvimento ecologicamente sustentável, protegendo o equilíbrio ambiental e preservando os recursos naturais para as presentes e futuras gerações.

E repito o que disse em Caracas no ano passado: estamos sonhando juntos o sonho da integração do Ministério Público Interamericano (e, na verdade, de todo o mundo) — defensores da Justiça e do Direito e das causas da humanidade: o combate ao crime organizado transnacional e a proteção ambiental. E, como diz o poeta: “quando sonhamos sozinhos, é apenas um sonho. Mas quando sonhamos juntos é o começo de uma nova realidade”.

Muito obrigado.

* Doutor em Direito pela Universidade de Yale (EUA) e Professor da Universidade de Brasília, é o Procurador-Geral da República Federativa do Brasil e Presidente Eleito da Associação interamericana do Ministério Público.

** Palestra proferida por ocasião da reunião extraordinária da Associação Interamericana do Ministério Público, realizada na Cidade do México, em novembro de 1997.



DA CONSTITUIÇÃO DA INGLATERRA — POR MONTESQUIEU

Gerson Luiz Carlos Branco *

RESUMO

O texto é um ensaio que busca recuperar o texto original do capítulo VI do Livro XI de Montesquieu, para a partir de sua leitura, compreender a concepção de separação de poderes e das funções do Estado no âmbito da ciência política e do Direito Constitucional, apresentando conclusões que questionam a interpretação que tradicionalmente é realizada sobre a obra do nobre Charles Louis de Secondat, Senhor de La Brède e Barão de Montesquieu.

ABSTRACT

This paper is an essay which tries to recover the original text of chapter VI from Book XI by Montesquieu so that, based on its reading, one may be able

to understand the conception of the separation of the powers and functions of the State in the esphere of political science and of Constitutional Rights, presenting conclusions which question the interpretation which is traditionally accepted about the work of the nobleman Charles Louis de Secondat, Sieur De La Brède and Baron de Montesquieu.

INTRODUÇÃO

Montesquieu, no capítulo VI do Livro XI, denominado *Da Constituição da Inglaterra*, de sua obra *O espírito das leis*, tratou sobre um tema que até os dias de hoje lhe é atual: o princípio da divisão das funções do Estado. Mais do que isto, até hoje é atribuída à responsabilidade de Montesquieu a transformação de um princípio político em realidade.

Sem contestar o que é dito no parágrafo anterior, há alguns anos que o autor deste ensaio não se conforma com a desinformação e com a distorção sobre o que realmente escreveu Montesquieu.

Embora seja uma realidade, é difícil aceitar a reprodução de idéias de um autor sem que ele seja lido. Por essa razão, o título deste trabalho é *Da Constituição da Inglaterra — por Montesquieu*, e o seu conteúdo é meramente descritivo, ao menos na primeira parte, para tentar reproduzir, em breves linhas, a concepção de alguém que, embora sempre tenha sido lembrado, pouco foi lido.

Embora a leitura desse capítulo não seja suficiente para compreender o nobre, o senhor feudal Charles Louis de Secondat, Senhor de La Brède e Barão de Montesquieu, é o mínimo para que se possa falar do princípio da separação dos poderes e para que se deixe de chamar Montesquieu de burguês.

Numa Segunda parte, apresenta-se uma breve conclusão a respeito da leitura efetuada na primeira parte, uma conclusão que não é nova, mas que somente pode ser formulada a partir da obra *Da Constituição da Inglaterra, por Montesquieu*.

Da Constituição da Inglaterra — Primeira Parte

Este capítulo tão famoso foi lido diversas vezes por inúmeros críticos da Filosofia Política, do Direito Constitucional e de várias outras áreas do conhecimento, cada um reportando-se nos seus escritos a trechos determinados do texto para afirmar determinada tese.

Não se pretende aqui defender alguma tese, mas simplesmente refazer a leitura de capítulo tão importante com novos olhos, sem apegos à doutrina tradicional: “voltar a beber água da fonte”.

A) Do objetivo dos Estados

A introdução ao capítulo VI do Livro XI se dá no capítulo V (1973, p. 156), com a afirmação de que cada Estado tem um objetivo: a guerra, a glória, a religião, o comércio, entre outros.¹

¹ “A expansão era o objetivo de Roma; a guerra, o da Lacedemônia; a religião, o das leis judaicas; o comércio, o de Marselha; a tranqüilidade pública, o das leis da China; a navega-

A Inglaterra tem como objetivo a liberdade, a liberdade política. E é para análise da Constituição deste país, que preserva a liberdade, que Montesquieu dedica o capítulo seguinte, no qual examina todos os seus princípios.

1 — Os três poderes

No início do capítulo *Da constituição da Inglaterra*, Montesquieu afirma que existem três espécies de poderes: o legislativo; o executivo relativo ao Direito das gentes; e o executivo relativo ao Direito Civil. O legislativo cria as leis; o executivo do direito das gentes determina a paz, a guerra e a segurança, evita invasões e envia embaixadas; e o outro executivo que também denomina “poder de julgar” pune os crimes e julga questões particulares.

A liberdade² política do cidadão é a tranquilidade de sua segurança e de que um cidadão não tema o outro. Sua existência depende de o julgador e o legislador não serem um só, nem tampouco unidos com o executivo, que sendo também juiz, terá a força de um opressor. A reunião dos três gera o despotismo.

Nesta ordem de coisas, Montesquieu parece referir que os poderes representam as funções do Estado. Porém, o parágrafo seguinte muda esta perspectiva:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (1973, p. 157)

Neste trecho, a noção de poder sai da mera noção de função do Estado e passa para as forças sociais: o corpo dos principais (os nobres) e do povo, algo que já destoa dos tradicionais ensinamentos sobre Montesquieu e sobre a separação dos poderes.

Tal noção é reforçada nos dois parágrafos seguintes do texto, em que se refere à França³ e à Itália respectivamente, afirmando que naquela o príncipe tem os poderes legislativos e executivos, constituindo um governo moderado, e nesta os poderes estão reunidos, pelo que “há menos liberdade do que em nossas monarquias”. Da mesma forma, descreve que entre os turcos, o poder está concentrado nas mãos de um sultão, e nem por isso os italianos, nas suas repúblicas, precisam usar menos da violência do que tal sultão.

Nas repúblicas italianas em que o governo era exercido por uma aristocracia, através de vários órgãos para as distintas funções estatais, formados por vários magistrados, na essência não se distinguia do governo dos despotismos asiáticos,

ção, os das leis dos ródios; a liberdade natural é o objetivo do modo e vida dos selvagens; as delícias dos príncipes, o dos estados despóticos; (...)” (Montesquieu, 1973, p. 156).

² “Apesar de todos os Estados possuírem, em geral, um mesmo objetivo, que é manter-se, cada Estado possui, entretanto, um que lhe é particular. (...) Há também uma nação no mundo que tem por objetivo direto de sua constituição a liberdade política. Examinaremos os princípios sobre os quais ela a baseia” (Montesquieu, 1973, p. 156).

³ Neste ponto, apesar de pretender referir-se à França, refere-se à “maior parte dos reinos da Europa” (Montesquieu, 1973, p. 157).

por sua composição ser extraída do mesmo corpo social, impedindo que se visualizasse mais de um poder.⁴

2. O governo inglês

Em seguida começa a abordar diretamente a problemática do governo inglês, enfrentando o tema conforme a realidade institucional inglesa, apesar de não explicar isto.

A forma de representação e constituição do legislativo ligado ao povo é semelhante à configuração da Câmara dos Comuns, bem como a parte do legislativo que compete aos nobres tem sua significação semelhante à Câmara dos Lordes.⁵ Isto se depreende da forma de representação, da hereditariedade e do poder de veto (Chevallier, 1989, p. 139 e seguintes).

A partir da revolução 1688, o regime de governo inglês era o misto, e é sobre ele que em grande parte do capítulo VI do livro XI, Montesquieu se debruça, desenhando-o nos seus traços como se apresentava por volta de 1730, no qual participavam o povo, a nobreza e a monarquia.

3. O governo francês — a comparação

Em seguida, Montesquieu refere que, na maior parte dos reinos da Europa, os governos são moderados, porque apesar de o príncipe deter os poderes executivo e legislativo (Montesquieu, 1973, p. 43; Piçarra, 1989, p. 119), o de julgar é exercido pelo povo. Ao contrário, não existe esta moderação na Turquia que está nas mãos de um sultão, e nas repúblicas da Itália, onde os três poderes estão reunidos, reinando o despotismo e a falta de liberdade.⁶

Neste ponto, Montesquieu volta a se referir às funções do Estado, porém interligadas com a posição das forças sociais e sua posição no governo. Afirma que se os poderes executivos e legislativos podem ser reunidos numa só mão, apesar de não ser o ideal. Um governo assim composto não deixa de ser moderado, pois o que não pode haver é a reunião dos poderes-funções de legislar ou executar as leis com o poder-função de julgar.

Para compreender que, mesmo concentrando os poderes legislativo e executivo nas mãos do monarca, tal monarquia pode ser moderada, deve-se entender que este era o regime da França absolutista, a quem Montesquieu não

⁴ Explica que há diversos tribunais que se moderam, “mas o mal é que esses tribunais diferentes são formados por magistrados do mesmo corpo, o que quase faz com que componham um mesmo poder” (Montesquieu, 1973, p. 157).

⁵ “Deste modo, o poder legislativo será confiado tanto à nobreza como ao corpo escolhido para representar o povo, cada qual com suas assembléias e deliberações à parte e objetivos e interesses separados. (...) O corpo dos nobres deve ser hereditário. Ele o é, primeiramente, por sua natureza e, além disso, cumpre que tenha interesse muito forte para conservar suas prerrogativas, odiosas por si mesmas, e que, num Estado livre, devem estar sempre ameaçadas” (Montesquieu, 1973, p. 159).

⁶ “O mesmo corpo de magistratura tem, como executor das leis, todo o poder que, como legislador, ele se atribuiu. Pode devastar o Estado com suas vontades gerais e, como possui também o poder de julgar, pode destruir cada cidadão por suas vontades particulares” (Montesquieu, 1973, p. 157).

poderia se confrontar diretamente, mas, por outro lado, a moderação deste governo condicionava a existência de uma nobreza forte, que se constituísse em um poder intermediário e mediador.

Os poderes intermediários, subordinados e dependentes, constituem a natureza do governo monárquico, isto é, daquele em que uma só pessoa governa baseada em leis fundamentais. (...) Essa leis fundamentais supõem necessariamente canais médios por onde o poder se manifesta, pois se no Estado apenas existe a vontade momentânea e arbitrária de uma só pessoa, nada pode ser fixo. Conseqüentemente, também não o poderá ser nenhuma lei fundamental.

O poder intermediário subordinado mais natural é o da nobreza. De certo modo, ela faz parte da essência da monarquia, cuja máxima fundamental é: “sem monarca não há nobreza, sem nobreza não há monarca”. Mas há um déspotas (Montesquieu, 1973, p. 43).

Isto deixa claro que, não obstante a detenção de tal poder nas mãos do monarca, a nobreza determina a moderação na execução das leis, pois, na realidade feudal, o executivo compete ao rei e aos corpos intermediários. Aqui, ao se referir às monarquias moderadas, Montesquieu inclui entre elas a França, onde o executivo compete aos corpos intermediários, pois cada nobre tem uma área de seu domínio, seu feudo, no qual é o responsável pela aplicação das leis.

4. A reunião dos poderes — o perigo do despotismo

Além do despotismo surgir pela reunião de “todos os grandes cargos e as magistraturas do Estado” numa só pessoa, degenerando monarquias moderadas, uma república pode se degenerar pelo fato de todos os seus poderes se concentrarem num só corpo social. Nas repúblicas, surge o despotismo, e para isso, Montesquieu exemplifica com as repúblicas italianas da época, onde cabia um grande conselho a função de legislar, aos *pregadi*, a execução, e aos *quaranties*, o poder de julgar. Mas pelo fato de que o mesmo corpo social integra todos estes órgãos, é estabelecida a hegemonia de um poder sobre outro, entendido poder aqui enquanto corpo social, gerando o despotismo.

Neste trecho, novamente fica clara a preocupação essencial de Montesquieu: o fato de que o poder não pode ficar concentrado; ele deve ser distribuído entre, no mínimo, mais de um dos corpos que compõem a sociedade (monarquia, nobres e povo).

A noção de povo é ainda muito primitiva, não se efetuando qualquer distinção entre a burguesia e os demais estratos sociais, pois na época ainda não existia um espírito burguês que garantisse tratamento diferenciado a essa classe, ainda que sob o ponto de vista econômico já ocupasse um espaço significativo.

B) O poder de julgar

Quando Montesquieu se refere ao poder de julgar, volta a se referir às funções do Estado, porém, conjuntamente com a análise estrutural do governo, levando em consideração as classes que o compõem.

Veja-se como Montesquieu compreende o poder de julgar: o poder de julgar não deve ser do senado (lugar da nobreza), mas do povo, por um período de tempo necessário, mas limitado, pois é o mais terrível dos poderes. “Não estando ligado

nem a um certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo” (Montesquieu, 1973, p. 157).

Aqui, ele expressa a condição significativa de que o povo deve julgar, o que normalmente não é levado em conta na teoria da separação das funções do Estado. O lugar do povo no governo está num **judiciário invisível e nulo**, com provisoriade de seus integrantes como garantia de que não sejam cometidas injustiças individuais e violação da legalidade.

Acrescenta, ainda, que nos grandes processos, o acusado deve poder escolher seus juizes, ou pelo menos deve poder recusar um grande número deles, que devem ser escolhidos dentre seus pares. Os juizes não devem ser fixos, e as decisões devem ser ao ponto de que “nunca sejam mais do que um texto exato da lei” (Montesquieu, 1973, p. 158).

Isto já leva, preliminarmente, a duas conclusões: o povo deve participar do governo como responsável pela resolução de conflitos individuais, garantindo a legalidade; e a participação do povo é, ao mesmo tempo, nula, no que tange ao gerenciamento dos interesses coletivos — aquilo que se entende nos dias de hoje como os atos de governo.

Montesquieu admite que o executivo possa prender os indivíduos diante de uma acusação que a lei tornou capital e, com autorização do legislativo, quando há perigo de inimigos externos por período curto e limitado. São exceções restritas e limitadas em vista da manutenção do próprio governo.⁷

Um governo moderado, para Montesquieu, admite instrumentos de repressão que relativizem certas garantias, desde que seja para a manutenção do próprio regime, sem prejuízo da perda da liberdade.

C) O executivo e o legislativo

Diferentemente do judiciário, o executivo e legislativo devem ser formados por magistrados permanentes, pois, eles não são exercidos diretamente sobre os indivíduos, mas sobre a vontade geral do Estado, para a execução desta vontade geral.⁸

⁷ “Porém, se o poder legislativo se julgasse em perigo, em virtude de alguma conjuração secreta contra o Estado ou algum acordo com os inimigos externos, poderia, por um prazo curto e limitado, permitir ao poder executivo mandar prender os cidadãos suspeitos, que só perderiam momentaneamente a liberdade, a fim de poder conservá-la para sempre. (...) Tratar-se-ia do *habeas corpus* que, desde 1679, proibia, na Inglaterra, deter por mais de vinte e quatro horas um prisioneiro, sem que um juiz se pronunciasse sobre a detenção. Somente o parlamento podia decidir dessa suspensão” (Montesquieu, 1973, p. 158).

⁸ Pode-se ler aqui, nas entrelinhas, que a lei é vontade geral, mas a contrário de Rousseau, que a coloca no povo, Montesquieu a atribui ao Estado, com significados distintos, representando em Montesquieu nada mais do que uma ação voltada para a generalidade: “Os outros dois poderes poderiam, preferivelmente, ser outorgados a magistrados ou a corpos permanentes, porque não se exercem sobre nenhum indivíduo, sendo um somente a vontade geral do Estado e outro somente a execução desta vontade geral” (Montesquieu, 1973, p. 158).

1 — O legislativo

Como está a dissertar sobre um Estado que tem por objetivo a liberdade, Montesquieu entende que, neste, o homem tem a liberdade de governar a si próprio, razão pela qual ao povo compete o poder legislativo.⁹ Só que aqui a noção de povo é distinta daquela em que o “povo” deve ter o poder de julgar. Não conceitualmente, mas objetivamente naqueles em que falam pelo povo, o que é vislumbado quando Montesquieu trata da representação. Para julgar, o povo exerce este poder diretamente, mas para legislar, exerce tal poder por seus representantes.

Pela dimensão dos Estados, o povo deve ser representado por alguém. Este não deve necessariamente ser escolhido dentre o povo, mas “convém que, cada localidade principal, os habitantes elejam entre si um representante” (Montesquieu, 1973, p. 158), cuja vantagem é sua capacidade de discutir os negócios públicos, o que o povo é incapaz de fazer: **inconveniente maior da democracia.**

Tais representantes, os deputados, devem ser senhores de sua opinião, não devendo receber instruções de seus eleitores para cada decisão a ser tomada, pois isto poderia paralisar a força da nação.¹⁰

Esta concepção de representação e de participação popular leva a conclusões maiores do que a simples “divisão dos poderes”, pois Montesquieu de forma explícita determina os papéis e as posições no governo de cada grupo social, atribuindo ao povo, num primeiro momento, um “papel nulo” que é o poder de julgar, nulidade esta devida à simples garantia da legalidade, vista como defesa do próprio estado de coisas vigentes, e, por outro lado, o papel de eleger os legisladores, os quais não são escolhidos dentre os do povo, mas dentre os líderes de uma localidade.¹¹

A consequência imediata é lembrar da estrutura feudal da época, na qual o poder era exercício de forma descentralizada pelos senhores feudais, com ampla e completa hegemonia política nos seus feudos, sobre os quais exerciam a liderança necessária para serem eleitos a qualquer cargo.¹²

⁹ Novamente aqui surge a questão referente à divisão do poder: ao povo compete a função legislativa.

¹⁰ “Não é necessário que os representantes, que receberam dos que os elegeram uma instrução geral, recebam outra particular para cada questão, tal como se procede nas dietas da Alemanha. É verdade que, deste modo, a palavra dos deputados expressaria melhor a voz do povo, mas isso ocasionaria infinitas delongas, tornaria cada deputado senhor de todos os demais e, nas ocasiões mais urgentes, um capricho paralisaria toda a força da nação” (Montesquieu, 1973, p.158).

¹¹ “Não é necessário, portanto, que os membros do corpo legislativo sejam escolhidos geralmente do corpo da nação; mas convém que, em cada localidade principal, os habitantes elejam entre si um representante” (Montesquieu, 1973, p. 158).

¹² Veja-se aqui a afirmação quanto à representação, que não se refere a uma lei positiva, mas a uma lei enquanto “relação necessária”, para que exista liberdade. Ou seja, esta deve ser a lei positiva de um governo moderado.

1.1 — A representação e os censores

Além deste aspecto, Montesquieu abre espaço para o voto censitário quando afirma que todos devem ter o direito de votar, “exceto os que estão em tal estado de baixa, que são considerados sem vontade própria”. O povo não pode tomar decisões ativas, porque é incapaz. Sua participação no governo deve ser somente para escolher seus representantes, pois se pouco se conhece sobre a capacidade dos homens, é certo que “cada um, contudo, é capaz de saber, em geral, se quem escolheu é mais lúcido do que a maioria dos outros” (1973, p. 158-159).

O papel destes representantes não é “tomar qualquer resolução ativa”, mas fazer leis e verificar se são bem executadas.

Além dos censores, há outro elemento em Montesquieu que visa afastar o “baixo povo” da participação na tomada de decisões, demonstrando sua ligação aos princípios feudais, pois ele demonstra sua compreensão desigualitária dos homens frente aos homens e à sociedade, que corresponde à divisão entre povo e nobreza, com reflexo no legislativo.

1.2 — A Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns

Num estado, há sempre pessoas dignificadas pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honrarias; mas, se se confundissem com o povo e só tivessem, como os outros, um voto, a liberdade comum seria sua escravidão e não teriam nenhum interesse em defendê-la, porque a maioria das resoluções será contra elas. (...) Deste modo, o poder legislativo será confiado tanto à nobreza como ao corpo escolhido para representar o povo, cada qual com suas assembleias e deliberações à parte e objetivos e interesses separados. (Montesquieu, 1973, p. 159).

Aqui deve-se salientar três elementos importantes:

- a) a concepção desigualitária da sociedade, que retira Montesquieu do enquadramento tradicional de liberal, face ao seu comprometimento com os valores do feudalismo;
- b) a compreensão de divisão social dualista, pois se anteriormente refere que todos os homens devem se governar, e agora afirma que apenas a nobreza e o povo devem legislar, considera a existência de somente estas duas forças sociais como integrantes do **corpo social**;
- c) a dualidade de órgãos para formar o legislativo, cada um com a respectiva força social (a característica da representação é elemento constitutivo somente da assembleia popular e não da nobreza, pois, “o poder legislativo será confiado à nobreza e ao corpo de representantes do povo”).

2. A faculdade de estatuir e de impedir

Para moderar os poderes executivo (monarca) e legislativo (povo), a parte do corpo legislativo composta dos nobres (Câmara dos Lordes) será a encarregada de sustar as iniciativas de ambos, quando contrariarem a Constituição.¹³

¹³ Para que não ocorram equívocos graves, deve-se esclarecer que o termo “constituição”, na primeira metade do século XVIII, não tinha o sentido atualmente atribuído, principalmente

Os membros da Câmara dos Lordes devem ser hereditários, e por isso, nas questões que buscam corrompê-los, não podem ter a faculdade de estatuir; mas somente a de impedir, como, por exemplo, nas questões referentes a dinheiro. “Chamo **faculdade de estatuir** o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo **faculdade de impedir** o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro”.¹⁴ A faculdade de estatuir é a própria atividade legislante, enquanto a de impedir é a que conhecemos como poder de veto.

Apesar de este ponto chamar a atenção pela técnica legislativa, seu significado mais importante é o político, pois, compreendendo-se que o poder político central de uma realidade feudal está nas mãos dos nobres, um órgão político dos nobres é o que deve moderar e controlar os outros poderes políticos, no caso, o monarca e a parte do legislativo que constituía a representação popular. Entendendo-se que o monarca é apenas mais um senhor feudal, esta possibilidade de veto da câmara alta¹⁵ é uma reserva à possibilidade de o absolutismo se degenerar numa forma despótica de poder, tendente sempre ao conflito e à revolução.

O poder executivo deve ficar nas mãos ágeis e prontas de um monarca, ao passo que o legislativo deve ficar nas mãos de muitos. Não pode jamais, sob pena da perda da liberdade, o executivo ficar nas mãos de alguns membros do legislativo, pois os dois poderes estariam unidos nas mesmas pessoas (Montesquieu, 1973, p. 159).

Nesta passagem, o autor faz crítica ao sistema parlamentarista de governo, não admitindo a possibilidade de reunião dos poderes legislativo e executivo nas mãos das mesmas pessoas, provenientes de legislativo,¹⁶ o que é uma pequena

em Montesquieu, que não era adepto da Teoria do Contrato Social. Dentro do vocabulário da época, significava genericamente uma forma de governo: “Os dois termos, ‘constituição’ e ‘forma de governo’, são, nos séculos XVII e XVIII, perfeitamente sinônimos. (...) Ela não é apenas um instrumento jurídico de regulação do Estado ou da sociedade. Ela é a própria organização social” (Troper, 1993). Aqui, apesar de concordarmos com a citação de Troper, ele vai mais longe, afirmando que “o governo da Inglaterra é, portanto, a quarta forma de governo. Sabendo que ela tem como objeto a liberdade política, é preciso descobrir sua natureza, quer dizer, é preciso pesquisar a quem pertence o poder. É aqui que intervém o que se chama, conseqüentemente, de a teoria da separação dos poderes” (Troper, 1993, p. 850 e 854).

¹⁴ Esta é uma das partes mais significativas deste capítulo, no que se refere à separação de poderes como é concebida hoje, permite a compreensão, já em Montesquieu, da necessidade de integração dos poderes para a tomada de decisões políticas, inclusive no que tange a um possível germe do controle da constitucionalidade, se forem tomados como parâmetro os poderes enquanto executivo, legislativo e judiciário. Porém, se forem compreendidos os poderes que Montesquieu refere como as forças sociais que integravam o corpo social, esta análise perde sentido jurídico e ganha importância política, frente à necessidade de consenso para a tomada de decisões.

¹⁵ Tenha-se em mente a Câmara dos Lordes inglesa.

¹⁶ Este legislativo, originariamente, é formado pela representação popular, pois a parte do legislativo referente aos nobres tem, pela sua natureza, participação como um poder moderador, pela sua faculdade de impedir.

contradição frente à possibilidade de reunião do executivo e legislativo nas mãos do monarca, sem perigo para a liberdade.

Entretanto, esta contradição é apenas aparente, se houver a compreensão de que Montesquieu estava comprometido com o modo de produção feudal e com seu regime político, pois a reunião de executivo e legislativo no monarca não significa a exclusão total de todos os outros corpos sociais, em vista de que a nobreza é poder intermediário essencial na monarquia, o que, porém, não ocorre se houver reunião de executivo e legislativo, mesmo em órgãos distintos, nas pessoas provenientes do legislativo, porque estas provêm das camadas populares.¹⁷

3 — Da convocação do legislativo

O legislativo deve se reunir quando convocado pelo executivo, pois se ficar muito tempo sem o fazer, o Estado carecerá de resoluções, sendo levado à anarquia ou ao fato de o executivo ter que realizá-las, tornando-o absoluto. Se, por outro lado, ficasse continuamente reunido, ele se corromperia.¹⁸ Além disso, o corpo legislativo só tem vontade quando reunido e, se por unanimidade puder ser convocado, poderia ele conspirar contra o executivo e nunca o fazer. Assim, quem deve regular a convocação e duração das assembleias deve ser executivo, que dever ter o direito de vetar¹⁹ os empreendimentos do legislativo sob o risco deste se transformar em tirano, “porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes” (Montesquieu, 1973, p. 160).

4 — Da execução das leis

O contrário não é verdadeiro, pois “tendo a execução limites por sua natureza, é inútil limitá-la, considerando-se também que o poder executivo se exerce sempre sobre coisas momentâneas” (Montesquieu, 1973, p.160).

Deve, porém, o legislativo, examinar como as leis devem ser executadas; em exames que “não deve ter o direito de julgar a pessoa e, por conseguinte, a conduta de quem executa”. A pessoa do monarca deve ser sagrada, sob pena de

¹⁷ Não se pode confundir o conceito de povo de Montesquieu com o que temos hoje. Povo, para ele, era toda a população, exceto a nobreza e o monarca, incluindo nesta categoria o baixo povo, formado de artesãos, camponeses, servos, etc., e a burguesia, que normalmente ocupava as posições mais destacadas, principalmente nos parlamentos. Apesar de, na época, a burguesia não ser dotada de uma consciência de classe, ceder a ela posições privilegiadas de governo era algo extremamente perigoso.

¹⁸ Atuais as palavras de Montesquieu quanto ao comportamento popular frente ao legislativo: “Quando diversos corpos legislativos se sucedem mutuamente, o povo que tem má opinião do corpo legislativo atual transfere, com razão, suas esperanças para o que virá depois. Mas, tratando-se sempre do mesmo corpo, o povo vendo-o uma vez corrompido, nada mais esperaria de suas leis: tornar-se-ia furioso ou cairia na indolência” (Montesquieu, 1973, p. 159).

¹⁹ “Reconheceu-se o **veto** real, que permitia ao monarca inglês rejeitar um *bill* votado pelas duas câmaras. Mas desde 1707, em que ainda o utilizara a rainha Ana, estava morto o veto: **morto como a rainha Ana**. Montesquieu ignora o fato ou não o leva em conta” (Chevallier, 1989, p. 143; Loewenstein, 1976, p. 60).

perda de liberdade e tirania do legislativo, como uma república não livre. Quem responde pelos atos do monarca são os ministros, os conselheiros.^{20 e 21}

Uma das leis (enquanto relação necessária para a liberdade) de Montesquieu era a impossibilidade de o poder legislativo deter poderes suficientes para alterar a ordem política vigente, face à participação popular que lhe integra e a sua concepção de Estado. Montesquieu compreendia que o rei era inviolável pelo seu poder divino, ainda que não estivesse submetido às idéias teológicas da igreja católica.

Pelo contrário, Montesquieu percebeu nitidamente o papel político da igreja, mas era um teórico, um dos poucos daquele século, que não aceitava as teses contratualistas, além de compreender o verdadeiro papel do monarca na realidade feudal nas épocas do mercantilismo e das grandes descobertas.

5 — Os legisladores que julgam

Como “os juizes de uma nação são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças de lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (Montesquieu, 1973, p.160), cabe à parte do legislativo constituída pela nobreza ser a magistratura que vai moderar a lei em seu rigor, se for excessivo.²²

Em regra, o poder de julgar não deve ser ligado ao legislativo. Porém, há três exceções, baseadas no interesse particular de quem deve ser julgado: a) “cabe à sua autoridade suprema²³ moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela” (Ibid, p. 160); b) os nobres devem ter o direito de serem julgados por seus pares, pela parte do legislativo que lhes corresponde, podendo o povo realizar a acusação através dos seus representantes legisladores;²⁴ c) os cidadãos que violarem os direitos do povo nos negócios públicos, notadamente os ministros, também devem ser julgados pelos nobres e acusados pelos deputados.²⁵

²⁰ Isto ocorre nas monarquias modernas, com a diferença de que os atos do rei são referendados pelos ministros antes de serem executados. Como exemplo, artigo 64 da Constituição Espanhola de 1978.

²¹ Estas observações sobre a inviolabilidade do rei tinham em vista o processo de julgamento de Carlos I Stuart e suas conseqüências, que vai esclarecer antecipadamente o processo de Luís XVI e suas conseqüências (Chevallier, 1989, p. 143).

²² Vislumbra-se, nesta parte do texto, que novamente há elementos de controle e equilíbrio de poder, algo completamente diferente da separação dos poderes apregoada tradicionalmente.

²³ Refere-se, aqui, à parte do legislativo que compete aos nobres, com seu papel de moderação.

²⁴ Esta é outra regra de Montesquieu que é presente na vida constitucional moderna. Como exemplo, o processo de impedimento do presidente da república no Direito brasileiro, no qual a Câmara dos Deputados realiza a acusação e o Senado se transforma em julgador.

²⁵ É um privilégio de foro especial para o julgamento dos ministros e outras autoridades governamentais que, por ventura, venham a lesar o patrimônio e os interesses públicos.

O julgamento dos ministros, a que Montesquieu pouco se refere (provavelmente de forma intencional), tem grande ligação com a realidade inglesa da época, na qual os ministros governam em nome do Rei, sendo acusados, nos casos de *impeachment*, pela Câmara dos Comuns perante os Lordes. Este modelo, apesar de ser ideal para Montesquieu, aproxima-se muito daquele governo que o próprio Montesquieu mais teme: o governo parlamentar.

6 — Harmonia e paralisação dos poderes (o segredo das potências)

O monarca só deve participar do legislativo através da faculdade de impedir, não podendo estatuir por colocar em risco a liberdade: poderá participar da legislação apenas para se defender dos ataques dos legisladores através do veto.²⁶

Já por outro lado,

O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo legislativo. Estas três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo. (Montesquieu, 1973, p. 161)

Com esta afirmação, Montesquieu prevê a possibilidade de estes três poderes, abstratos de início, mas aqui “potências sociais”, frearem-se reciprocamente a ponto de bloquear a máquina governamental.

Chevallier (1989) entende que a resposta ao problema está cheia de um “vago otimismo”, porque ainda era cego para Montesquieu descobrir o elemento que faltava para o relógio inglês, que era o primeiro ministro, chefe de sua maioria e da maioria do rei. Tal observação é perspicaz, mas menospreza a inteligência de Montesquieu, pois o rei, diferentemente do que compreende Chevallier, não era um “poder intermediário”, mas apenas uma peça, que, se possuía no Estado papel mediador, intermediário, na realidade social era um aliado da nobreza, pois sua existência dependia dela.

O ponto central do problema é que não se pode entender a obstinada luta de limitação do poder do rei por Montesquieu como oposição a ele, mas sim como garantia de existência da monarquia, única forma de governo que proporcionava às requeridas regalias da nobreza, à qual pertencia.

7 — Os limites do legislativo ao executivo: o orçamento e o exército

Quanto à arrecadação do dinheiro público, o legislativo estatui, mas não para sempre, devendo decidir anualmente, para que o executivo dependa do legislativo no ponto mais importante da legislação.²⁷

²⁶ “A causa da mudança do governo em Roma foi que o senado, que tinha uma parte do poder executivo, e os magistrados, que possuíam a outra, não tinham, como o povo, a faculdade de impedir” (Montesquieu, 1973, p. 161).

²⁷ Outra forma de controle do legislativo sobre o executivo.

Quanto ao exército, há duas soluções: que seus membros sejam convocados por um só ano e possuam bens para responder por sua conduta perante os outros cidadãos; ou, se existir um corpo permanente de soldados, por ser a parte mais vil da sociedade, o poder legislativo deve poder destituí-lo quando desejar, sendo que convivam com os cidadãos e não tenham casernas, praças de guerra nem campos separados. Sua dependência de ordens deve ser, porém, do executivo, pois não obedecerão ordens de um corpo colegiado, mas de seus oficiais.²⁸

Esta votação anual do orçamento e da aprovação anual de um exército permanente é a garantia do legislativo contra o executivo. É a garantia de que ele vai, obrigatoriamente, ser convocado, evitando, como fizeram os Stuarts, governar sem parlamento. A contrapartida é a possibilidade de o monarca vetar as decisões do parlamento.

Neste trecho do texto, apesar de se ter sempre presente as potências sociais por detrás das funções do Estado, é sobre estas que Montesquieu trata: elementos e atividades próprias de cada função, e não necessariamente das forças sociais que os compõem.

D) A conclusão do capítulo

Por fim, Montesquieu afirma que os ingleses extraíram a idéia do governo político da liberdade dos germanos, recomendando a leitura da obra de Tácito *Sobre os costumes dos germanos*, e que “não me cabe examinar se atualmente os ingleses gozam ou não dessa liberdade. É-me suficiente dizer que ela é estabelecida pelas leis, e eu nada mais procuro” (1973, p.162).

Neste trecho, Montesquieu revela seu verdadeiro intento, que não é descrever um conjunto de leis positivas, mas sim o espírito das leis, ou melhor, a lei das leis, as leis pelas quais as leis positivas devem ser construídas para governo moderado.

As leis, no seu sentido amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis; a divindade possui suas leis; as inteligências superiores ao homem possuem suas leis; os animais possuem suas leis; o homem possui suas leis. (Montesquieu, 1973, p.33)

Acrescenta, no capítulo III do mesmo livro, que:

A lei, em geral, é a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas os casos particulares em que se aplica essa razão humana. (Ibid, p. 36)

²⁸ “O exército desprezará sempre o senado e respeitará seus oficiais. Não dará atenção às ordens que lhe serão enviadas de um corpo composto de gente que crê tímida e, por isso, indigna de comandar. Assim, tão logo dependa o exército unicamente do corpo legislativo, o governo tornar-se-á militar”, e nos casos em que isto não ocorrer, “será necessário que o exército destrua o governo, ou que o governo enfraqueça o exército” (Montesquieu, 1973, p. 162).

Tais conceitos de leis correspondem às leis em geral, que são relações necessárias que derivam da natureza das coisas, um conceito de lei proveniente das ciências exatas. O segundo conceito de lei corresponde ao conceito de lei positiva, de lei humana. Esta tem um sentido significativo por não corresponder à forma, mas a um determinado conteúdo, na medida que só será lei aquele comando que for adequado para reger os fatos sociais de acordo com uma razão justa, ou seja, há neste conceito de lei uma chamada para a necessidade de vinculação entre um conteúdo material e a realidade histórica que reflete o primeiro conceito de lei, que é o de relação necessária entre os seres.

Assim, apesar de a lei positiva ser uma lei deontica, sua formulação, para que seja materialmente lei, deve corresponder a uma lei física ou natural. Corresponde, assim, ao Estado, através de uma lei positiva, enunciar uma lei “que deriva da natureza das coisas”, de acordo com a natureza e o princípio de governo, ganhando o Estado um papel normativo. Este elemento contribui para a construção do princípio da legalidade e do Estado de Direito.

Quanto ao conceito de lei como “relação necessária que deriva da natureza das coisas”, dele podem-se derivar duas afirmativas: a) todos os seres do mundo são governados por leis (inclusive Deus); b) é possível enunciar uma lei sempre que há relações entre os seres, remetendo-se à questão de que o mundo não é governado por “cega fatalidade” (Bobbio, 1985, p.128).

Assim, o homem obedece a leis naturais que são comuns a todos, e a leis positivas que se auto-impõem para assegurar o respeito às naturais. Tal auto-imposição deriva de sua inteligência, que lhe permite desobedecer às leis da natureza, e inclusive às positivas. Esta desobediência não significa uma debilidade humana, mas que, diferente das físicas, as leis sociais não obedecem a um determinismo.

Antes desta concepção de lei, a que existia era uma lei mandamental; eram as ordens de Deus comandando todo o universo, inclusive em Descartes e Newton, que colocavam a lei divina como fundamento superior de validade de todo o sistema. Com Montesquieu, Deus desce ao campo da razão, submetendo-se às leis que ele próprio criou. Com isto, torna-se possível deduzir instituições humanas por si mesmo, por uma lei que, em vez de mandamento, é relação imanente aos fenômenos.

Esta lei não serve para julgar os fatos. Parte-se deles para descobrir a lei, numa relação não mais de autoridade, mas de racionalidade necessária.

Assim, as leis que regem a sociedade, a lei das leis e o espírito das leis são relações necessárias como as leis físicas, mas, ao contrário delas, estas podem ser desobedecidas.

A Constituição da Inglaterra é apenas um paradigma sobre o qual se debruçou, uma experiência que racionalizou, um conjunto de idéias dirigidas a determinado fim. Para afastar as possíveis críticas que por ventura surgiriam pela divulgação de suas idéias em relação à Constituição Inglesa, Montesquieu termina pedindo perdão à sua pátria mãe:

Não pretendo com isso depreciar os demais governos, nem afirmar que esta liberdade política extremada deve mortificar os que apenas possuem uma liberdade limitada. (1973, p.162)

A comparação com a França, não obstante este trecho, aparece em outros dois lugares do texto, no qual considera os dois governos como moderados, mas com o alerta de que a liberdade corre o risco de ser descoberta apenas após a sua perda.²⁹

Esta preocupação é vã, porque apesar de parecer uma admiração à Inglaterra, Montesquieu sonha é com o renascimento das monarquias primitivas da Europa germânica, em que os reis eram eleitos entre os nobres e tinham seu poder limitado por eles.

RELEITURA DO CAPÍTULO VI DO LIVRO XI

DA OBRA *O ESPÍRITO DAS LEIS* — SEGUNDA PARTE

Como foi anunciado inicialmente, a segunda parte deste ensaio é constituída de algumas conclusões que podem ser derivadas diretamente do texto de Montesquieu, se considerada sua redação na época própria, fora das discussões constitucionais a respeito das divisões das funções do Estado.

A) A censura como primeira revelação

A primeira conclusão é que *O espírito das leis*, como um todo, provoca admiração. Para os contemporâneos de Montesquieu não houve admiração, mas sim um choque. Esse choque resultou na censura do século XVIII.

Montesquieu não tinha medo da censura sobre seu livro, pois se tivesse, não o tinha escrito. Mexeu com várias forças sociais e políticas da França ao elogiar a Constituição inglesa, ao submeter a divindade a leis e ao subverter uma série de princípios que inclusive afetavam seus próprios pares.

Mas uma grande cautela, próxima ao medo, pode ser observada pelo cuidado quando se refere a França. Isso pode ser observado no prefácio de seu

²⁹ Esta referência à França é nítida no próprio capítulo VI do livro XI, onde ele afirma que “na maior parte dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que tem os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro”. No livro II, capítulo IV (p. 43), faz um apelo a que a monarquia francesa preserve a nobreza: “Há pessoas que imaginaram, na Europa, em alguns anos, abolir toda justiça dos senhores. Não percebiam que pretendiam fazer o que fez o parlamento inglês. Aboli numa monarquia as prerrogativas dos senhores, do clero, da nobreza e das cidades e teréis um Estado popular ou um Estado despótico. Os tribunais de um grande Estado europeu golpeiam incessantemente, há muitos séculos, a jurisdição patrimonial dos senhores e a eclesiástica. Não desejamos censurar tão sábios magistrados, mas deixamos, ainda, para ser decidido, até que ponto a constituição, nesse caso, pode ser mudada”. Lembre-se que mudança de constituição significa mudança na própria ordem e estrutura social.

No capítulo VII do Livro XI, Montesquieu refere que “as monarquias que conhecemos não têm, como aquela a que acabamos de nos referir, a liberdade como seu objetivo direto; buscam somente a glória dos cidadãos, do Estado e do príncipe. Mas desta glória resulta um espírito de liberdade que, nesses Estados, pode também construir grandes coisas e talvez contribuir tanto para a felicidade como a própria liberdade”, mas estas monarquias se aproximam, em parte, da inglesa, “e, se dela não se aproximassem, a monarquia degeneraria em despotismo”. O aviso para o perigo está no final do Livro XI, capítulo VI: “Harrington, em seu *Oceana*, também examinou qual era o mais alto grau de liberdade que se poderia atingir. Porém, podemos dizer que ele só procurou esta liberdade depois de tê-la desprezado, e que construiu Calcedônia tendo a costa de Bizâncio diante dos olhos” (Montesquieu, 1973, p.162).

livro e pelo fato de ter publicado a obra anonimamente, demonstrando a todos os momentos um cuidado nas palavras. Cuidado demais necessário, pela profundidade das mudanças que poderiam surgir de suas idéias.

A profundidade é óbvia, pois sequer foram necessárias todas as suas idéias, mas somente as que estavam num só capítulo, com poucas páginas, para provocar uma das mais profundas influências sobre a política e o direito constitucional ocidental.

Habermas (1984) avaliza isto ao afirmar que até a metade do século XVIII, na França, os filósofos só se ocupavam de religião, literatura e arte, numa sociedade extremamente despolitizada pelo governo absolutista, na qual desde 1614 os Estados gerais não se reuniam.

O público que raciocinava politicamente era muito pequeno, só que sem institucionalizar suas tendências críticas, como já ocorrera na Inglaterra um século antes: “sem aprovação da censura, nenhuma linha podia ser impressa” (Habermas, 1984, p.86). Por sinal, o único jornal era oficial e não contava com mais de 1.600 assinantes no ano em 1763, poucos anos antes da Revolução. As únicas informações de melhor qualidade eram as provenientes de jornais impressos na Holanda, que entravam na França clandestinamente.

Ainda há informação de que denúncias entre o clero francês levaram a colocação da obra no *index* dos livros proibidos da Igreja em Roma, no ano de 1751 (Piçarra, 1989, p.110).

B) O quarto poder — a impotência

A segunda conclusão é que havia um quarto poder: o povo.

O povo é parte do terceiro Estado, que era constituído dos burgueses ricos, advogados, professores, assalariados e pequenos proprietários.

Parte deste povo, que era a burguesia rica, durante muito tempo buscou ascender à nobreza, através da compra de títulos e de terras, notadamente a partir de 1661, quando Jean Baptiste Colbert, ministro das finanças de Luiz XIV e filho de uma família de ricos comerciantes, “começou a mudar o velho padrão de formação de fortunas burguesas — do comércio para a posse de terras e daí para a nobreza em três gerações” (Tigar e Levy, s.d., p. 235). Porém, com o aguçamento dos conflitos entre aqueles que estavam na ponta da baioneta feudal e na nobreza, este setor da burguesia começou a mudar de estratégia, ao perceber que as instituições feudais estavam a perigo. É esta parte rica do terceiro Estado que Montesquieu considera como povo. O resto não entra em suas considerações.

Este resto eram as massas submetidas à exploração feudal, junto à qual havia um conflito de proporções gigantescas. Conflito este que não é enfrentado pelos teóricos da época, que quase nada referiam. O conflito entre o rei, a nobreza e a burguesia era ideológico e político, mas entre a massa de explorados (campe sinos, pequenos artesãos, tendeiros, oficiais baixos) e a ordem feudal era de **violência e silêncio**, numa luta entre o poder e a miséria, com submissão intercalada por períodos de motins e armas, constituindo numerosas rebeliões no campo e na cidade, com uma repressão impiedosa. Para isso servia o rei, o poder absoluto e o aparato de Estado.

Na visão de Althusser (1968, p. 99) esta quarta potência, que vivia no pensamento das outras três, teve o desprivilégio de não ser representada na literatura política da época. Só aparecera pelo testamento de Meslier por Voltaire e Rousseau nos panfletos, em primeiro lugar, e depois na teoria política. Sua ausência nos contratos acontecia porque essas outras três detinham o objetivo de mantê-la ausente, na servidão.

Montesquieu propôs reformas liberais (no Direito Penal, crítica à guerra, etc.), assim como a própria câmara baixa, mas

lo que ha parecido situar Montesquieu en el partido de la burguesia creo que fue concebido por él, en parte como sentencias de buen sentido que se atrevia a hacer publicas, y en parte como una medida bastante hábil para su causa, engordando la oposicion feudal con el apoyo de los descontentes de esta 'burguesia'. (Althusser, 1968, p.100)

Isto era fácil, uma vez que a burguesia não tinha objetivos próprios, apenas aspirava ser nobre. Esta era sua forma de chegar ao poder, de ascender social e politicamente.

Ocorre que, a partir de 1730, a Revolução Industrial começa a dar seus primeiros sinais com o acréscimo da produção e uma conjuntura favorável ao lucro, mudando os próprios integrantes da burguesia, que antes tinha origem mercantil e estava a serviço das grandes descobertas, num processo plenamente integrado com o sistema feudal.

Essa burguesia, então, começa a perceber que é mais interessante unir-se e liderar o Terceiro Estado, pois o feudalismo começa a prejudicá-la com seu intervencionismo estatal, com os regimes de guildas e corporações.

E é justamente esta a preocupação de Montesquieu: que a manutenção do absolutismo monárquico não permitia espaço político para uma burguesia extremamente forte economicamente, e que ela venha a promover uma revolução popular, como a que efetivamente ocorreu.³⁰

O que Montesquieu fez foi mostrar o caminho pelo qual se poderia adequar as instituições da monarquia e da nobreza, com as avassaladoras mudanças econômicas que estavam surgindo, ou perdê-las para os agentes destas mudanças. A questão se transformava em entregar os anéis para preservar os dedos; ceder terreno para que não se fosse esbulhado dele.

Althusser (1968) percebe que esta manobra teve um efeito contrário, que consistiu no erro de avaliação de atacar o despotismo e se aliar à burguesia, pois seu real inimigo era esta. Ao atacar o rei, quebrava o aparato estatal do Estado feudal, que era a força dos nobres: "Poco importa de donde vienen los golpes, si alcanzan el mismo punto" (p. 101).

Porém, a manobra de Montesquieu acaba por construir uma monarquia muito distinta das que se apresentavam na época, que eram despreparadas para conter o despotismo. Seu regime é tão inovador que a representação popular³¹

³⁰ Talvez ele, se tivesse sobrevivido à revolução, não teria ficado tão descontente com os resultados, pois após esta, o que se viu foi, nos seus conceitos, a implantação de uma aristocracia.

³¹ Algo completamente inexistente na história da monarquia.

era tomada como se Montesquieu fosse adepto da república e tomasse partido do Terceiro Estado (Althusser, 1968, p. 89-90), enquanto que para ele, ela era a instituição do espírito da monarquia como mecanismo de bloquear o próprio avanço burguês.

A grande questão de Montesquieu não é jurídica, mas política, e assim como muitos de sua época, ele considerava como potências sociais o rei, a nobreza e a burguesia, afirmando a existência de um conflito entre o rei e a burguesia. Porém este conflito é falso, porque o verdadeiro estava entre os senhores feudais e a burguesia ou o povo, desmascarado por duas soluções distintas: a) o conflito das duas classes (cada uma impotente para ser a hegemônica) leva o rei a ser árbitro, pelo medo de luta total na sociedade, usando isto para jogar uma classe contra a outra e se manter com os privilégios e a arbitrariedade do absolutismo; b) a monarquia absoluta não vai contra o regime de exploração feudal; é transformação política indispensável, sucessora de uma monarquia primitiva em que os nobres eram pares do rei; é necessária para manutenção do feudalismo frente às novas condições da atividade econômica (mercantilismo, mercado nacional, etc.: “el régimen político de la monarquia absoluta no es más que la nueva forma política requerida para mantener la dominación y la explotación feudales en el período del desarrollo de la economía mercantil” (Althusser, 1968, p. 97).

Nada mais justificado aos olhos dos senhores feudais, despojados de seu poder individual e prerrogativas políticas, que se tratava de uma usurpação e não passava de uma idéia fixa falseadora da realidade e de um mal entendido histórico que os fazia confundir as antigas prerrogativas políticas com o seu interesses gerais de classe. Assim, se o rei era árbitro, o era dos conflitos internos do feudalismo, e representava-os, apesar da nostalgia e cegueira dos feudais que protestavam quando se decidia contra um dos seus, mesmo que fosse para garantir o futuro de uma classe e sua dominação.

C) A astúcia de Montesquieu

Caso se pergunte o porquê desta auspiciosa e inteligente manobra político-intelectual de Montesquieu e o que a inspirou, certamente a resposta não se irá encontrar no seu livro (apesar de existirem alguns indícios que podem indicar o caminho), mas sim na leitura de sua participação no processo econômico.

Montesquieu era um nobre que, ao perceber as mudanças, começou a integrar-se nelas, constituindo-se num dos grandes representantes dos interesses comerciais e manufatureiros da época, somente não se contentando como posto de senhor feudal. Em certa medida, o que Montesquieu fez foi propor que os burgueses fossem institucionalizados no poder estatal, como já o eram na Inglaterra e como de fato já estava presente na França. Só que a burguesia ascendia ao poder pelo único canal possível: a infiltração entre os quadros da nobreza pela compra de títulos e de terras.

A nobreza de Montesquieu nasceu, por parte de pai, da ascensão burguesa, pois herdou o título de Barão de seu tio, sendo que seu pai era militar.

O Barão de Montesquieu, entres outros negócios, era acionista da Companhia das Índias, “o monopólio real que explorava as plantações de cana-de-açúcar e

café na zona francesa do Caribe e administrava o tráfico de escravos, necessário para fornecer-lhe trabalho” (Tigar e Levy, s.d., p. 238).

Para concluir, pode-se afirmar que Montesquieu agiu com o espírito da Monarquia:

Y para acabar refiriéndome a las primeras palabras, yo diría que esta hombre que partió solo y descubrió verdaderamente las tierras nuevas de la história, sólo tenia en su cabeza la idea de regresar a casa. He fingido olvidar que la tierra prometida saludada por Montesquieu en sus últimas páginas, era la del regreso. Ha hecho un recorrido semejante para volver al punto de partida. Para volver a ideias viejas después de tantas ideas nuevas. Al pasado después de tanto porvenir. Como si este viajero, que partió un día hacia la lejanía, que pasó tantos anos en lo desconocido, ubiera creído, al volver a casa, que el tiempo estaba detenido. Y, sin embargo, había despejado el camino. (Althusser, 1968, p. 102)

Porém, apesar de dualidades, de desencontros e ‘leituras apressadas, Montesquieu foi decisivo para a determinação das funções do Estado, pois não se limitou a examinar as funções objetivas do Estado conforme as contribuições existentes, mas atribuiu a elas órgãos separados entre si: legislativo, executivo e judiciário.

CONCLUSÃO

Apesar da afirmação genérica dos manuais de ciência política de que Montesquieu é meramente é um repetidor de pontos de vista estranhos, nem Locke, nem Bolingbroke, nem qualquer outro autor dos séculos passados conceberam uma obra com tantos elementos históricos e filosóficos sobre a organização dos governos e da sociedade, principalmente no que diz respeito à divisão e à repartição do poder (que entendemos ser fundamental para a compreensão do que deve ser fundamental para a compreensão do que deve ser o princípio da “separação dos poderes” nos dias de hoje).

De fato, Montesquieu, no capítulo VI do Livro XI, fornece subsídios para a ciência política e também para o Direito Constitucional.³² Para este, pode-se resgatar a idéia de que a divisão dos poderes proposta não passava de uma distribuição de competência em um governo montado a partir de uma hegemonia, mas calcado sobre um grande lastro social, com condições de legitimidade para a continuação do próprio regime.

Transportando a problemática para os dias de hoje e deixando de lado a ciência política, deve-se ver o princípio de separação de poderes como uma divisão de competências internas do próprio Estado, de forma horizontal, do

³² Sua perspicácia e capacidade de observação eram enormes em vários aspectos do conhecimento humano, inclusive na economia. No Livro XXI, capítulo XXII, refere-se ao fenômeno dos valores do ouro e da prata, criticando que os espanhóis não entendiam que quanto mais ouro trouxessem da América, mais seu valor diminuiria, ou os preços dos outros bens aumentariam. E é justamente nesta passagem que se refere ao Brasil: “Os portugueses encontraram tanto ouro no Brasil, que será forçoso que o lucro dos espanhóis diminua consideravelmente dentro em breve, e o dos portugueses também” (Montesquieu, 1973, p. 328-329).

mesmo modo que verticalmente são divididas competências entre União, estados e municípios.

Ora, sem dúvidas, o estabelecimento normativo de competências para cada autoridade do Estado (e é isto que Montesquieu faz) é uma forma extremamente eficaz para controlar o exercício do poder estatal.

Assim, não há como olhar tal princípio com os olhos “absolutos”, como se cada órgão tivesse uma única função, dividindo, estanquemente, executivo, legislativo e judiciário, mas é preciso visualizar que os órgãos possuem áreas de atuação predominantes conforme o texto constitucional, que o determina com ampla liberdade, inclusive instituindo outras figuras para além daquelas clássicas, como o “Defensor del Pueblo”, espanhol, o “Ombudsmen”, suíço, e, em certa medida, o nosso Ministério Público, bem como uma série de atividades próprias de Estados interventores e de Estados em que há processo de substituição do instituto de representação por formas diretas de participação e decisão popular, no gerenciamento dos interesses públicos, seja para decidir a forma e regime de governo ou por meio do orçamento participativo, que hoje está sendo implantado em algumas capitais brasileiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTHUSSER, L. **Montesquieu, la politica y la história**. Madrid: Ciencia Nueva, 1968.
- ARON, R. **Estudos políticos**. 2ª ed. Brasília: UNB, 1985.
- BARACHO, J. A. O. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. **Revista de informação Legislativa**, Brasília, n. 76, 1982, p. 97-124.
- BOBBIO, N. **A teoria das formas de Governo**. 4ª ed. Brasília: UNB, 1985.
- CHEVALLIER, J.-J. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1989.
- HABERMAS, J. **Mudança estrutural na esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. **O federalista**. Brasília: UNB, 1984.
- JELLINEK, G. **Teoria general del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- JUCÁ, G. N. M. Liberalismo e divisão de poderes em Montesquieu. **Revista de Ciências Humanas**, João Pessoa, 1980.
- KESLEN, H. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes; Universidade de Brasília, 1990.
- LOEWENSTEIN, K. **Teoria de La Constitución**. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- Miranda, J. **Ciência política – formas de governo**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1992.
- MONTESQUIEU, C. S. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- NOVAIS, J. R. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1987.
- PIÇARRA, N. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.

- SOUZA JÚNIOR, J. G. Reflexos sobre o princípio da separação de poderes: o *parti pris*. de Montesquieu. **Revista de Informação Legislativa**, n. 68, Brasília, 1980.
- TIGAR, M. E., LEVY, M. R. **O Direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, s.d.
- TROPER, M. Montesquieu. In: CHÂTELET, F. **Dicionário das obras políticas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.
- WRIGHT, B. F. Introdução. In: HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. **O federalista**. Brasília: UNB, 1984.

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



DA ACUMULAÇÃO DA PENSÃO MILITAR DE EX-COMBATENTE CRIADA PELA LEI 4.242/63 — ALTERADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART. 53 E REGULAMENTADA PELA LEI 8.059/90 E A APOSENTADORIA DE EX-COMBATENTE (ESPÉCIE 43)

*Renato Rabe **

A aposentadoria instituída pela Lei 4.242/63 foi um prêmio dado aos ex-combatentes para atender a um problema social dos guerreiros da nação que não possuíam outra fonte de renda para subsistir e que não recebiam qualquer aposentadoria dos cofres públicos.

A referida lei diz respeito aos vencimentos dos servidores do Poder Executivo e institui empréstimo compulsório. No art. 30, da Lei, institui a aposentadoria para os ex-combatentes que não possuem meios de subsistência, *verbis*:

“Art. 30: É concedida aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, da FEB, FAB e da Marinha, que participaram ativamente das operações de guerra e se encontram incapacitados, sem prover os próprios meios de subsistência e não percebem qualquer importância dos cofres públicos, bem como a seus herdeiros, pensão a estipulada no art. 26, da Lei 3.756, de 04 de maio de 1960”. (grifos nossos)

A Lei 3.756/60 dispõe sobre as pensões militares e o art. 30 e 31 dispõe sobre o critério de reajuste, que pouco são relevantes para o deslinde da questão da acumulabilidade ou não com outro benefício espécie 43.

Como se depreende da leitura do artigo, somente fazem jus a tal benefício aqueles que:

- a) tenham participado de combates na segunda guerra;
- b) se encontrem incapacitados;
- c) não possam prover sua subsistência;
- d) **NÃO PERCEBEM QUALQUER IMPORTÂNCIA DOS COFRES PÚBLICOS.**

Ora, é da natureza do benefício que ele seja recebido unicamente para aquele ex-combatente que não possui qualquer ajuda dos cofres públicos, a fim de amenizar um problema social que existia à época dos ex-combatentes que ficaram na miséria por terem lutado na guerra. Saliente-se que tal benefício não possui natureza previdenciária, mas sim assistencial ou mesmo indenizatória.

À época, o extinto TRF analisou a questão de forma precisa cotejando a pensão da Lei 4.242 com a pensão instituída pela Lei 6.592/78. Ambas as pensões são pensões indenizatórias, pagas a ex-combatentes que não tenham condição de manter-se.

O Tribunal entendeu acertadamente que as pensões não poderiam acumular-se, nos termos da primeira súmula, a de número 228, que possuía a seguinte redação, *verbis*:

“Súmula 228: É vedada a acumulação de pensão especial concedida pelo art. 30, da Lei 4.242, de 1963, com qualquer renda dos cofres públicos, inclusive benefício da previdência social, ressalvando o direito de opção, assegurado pela Lei 6.592, de 1978.”

Como se vê, o Tribunal Federal de Recursos entendeu que o benefício assegurado pela Lei 4.242 não poderia se acumular com qualquer outro benefício, mesmo que seja de natureza previdenciária. Ora, a explicação é simples: a pensão criada foi no sentido de amparar ex-combatentes que não possuem meios de subsistência, se ele percebe uma pensão (mesmo previdenciária) deixa de ter direito a pensão militar da 4.242.

Transcreve-se trecho do Voto Vencedor do Incidente de Uniformização de Jurisprudência na AMS 107.876-RN que deu origem a súmula 228, *verbis*:

“O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: (...) Donde me parece que a pensão não se dá a qualquer a ex-combatente mas, **exclusivamente, ao ex-combatente desamparado, ao ex-combatente “miserável”, segundo a douta terminologia mais antiga, isto é, à pessoa sem condições de prover a sua própria subsistência. Logo, aquele que tem a seu favor os proventos previdenciários, ainda que seja por oportuna contribuição específica e recebida a título de contraprestação; ainda que assim seja, não se remove o pressuposto básico da pensão dada aos carentes.**

(...)

Daí por que, uniformizo a Jurisprudência no mesmo sentido em que se pôs o Sr. Ministro Relator, em dizendo inacumuláveis as duas provisões, ressalvada evidentemente a opção.”

Posteriormente, o Tribunal Regional Federal alterou a súmula 228 e editou a súmula 243, no seguinte sentido:

“É vedada a acumulação da pensão especial concedida pelo art. 30, da Lei 4.242, de 1963, com qualquer renda dos cofres públicos, **inclusive benefício da previdência social**, ressalvando o direito de opção, revogada a Súmula 228.”

Posteriormente, o art. 53 do ADCT legislou a questão, alterando diametralmente o entendimento do TRF, abrindo a possibilidade de acumulação de aposentadoria especial com as aposentadorias previdenciárias, *verbis*:

“Art. 53. ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a segunda guerra mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

I — (omissis);

II — pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das forças armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, **exceto os benefícios previdenciários**, ressalvado o direito de opção.”

É a Lei 8.059/90 regulamentou o artigo da Constituição, e no art. 4º repetiu a norma Constitucional, *verbis*:

Art. 4º A pensão é inacumulável com quaisquer rendimentos percebidos pelos cofres públicos, **exceto os benefícios previdenciários**.

Par. 1º O ex-combatente ou dependente legalmente habilitado, que passar a receber importância dos cofres públicos perderá o direito à pensão especial pelo tempo em que permanecer nessa situação, não podendo a sua cota parte ser transferida a outros dependentes”.

A Constituição da República, regulamentada pela Lei 8.059/90, alterou radicalmente a orientação do antigo TRF, e aonde a súmula falava em “... inclusive benefício da previdência...” o ADCT fala em “...exceto os benefícios previdenciários...”, abrindo espaço para a acumulação da pensão militar com outro benefício previdenciário. A intenção do legislador constituinte foi bastante clara.

Assim, se ex-combatente possuir uma pensão militar e uma aposentadoria por tempo de serviço (espécie 42) nada obsta que estas aposentadorias sejam recebidas concomitantemente, pois assim foi a vontade do Constituinte, e ilegal qualquer “termo de opção” que obriguem o ex-combatente a assinar.

A dúvida ocorre quando o benefício que se quer acumular é o benefício de ex-combatente (espécie 43). Tal benefício é impossível de ser acumulado com a pensão militar de ex-combatente porque possui NATUREZA PREVIDENCIÁRIA, (conforme item a seguir), e a permissão constitucional de acumulação de pensões diz respeito a uma aposentadoria indenizatória e outra aposentadoria de natureza previdenciária, não de duas indenizatórias.

DO BENEFÍCIO DE EX-COMBATENTE — ESPÉCIE 43 — NATUREZA INDENIZATÓRIA OU ASSISTENCIAL — IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO COM A PENSÃO MILITAR

A espécie 43 é regulada pela Lei 4.297/63 que institui a Pensão para ex-combatentes. Paga-se ao cidadão que lutou durante a segunda grande guerra uma pensão vitalícia com base no salário que o ex-combatente recebia na ativa, desde que apresentasse as seguintes condições:

- 1 – vinte e cinco anos de tempo de serviço;
- 2 – 36 contribuições; e
- 3 – prova da condição de ex-combatente (certidão fornecida pelo exército).

A seguir se transcreve os artigos da mencionada lei:

“Art. 1º Será concedida, após 25 anos de serviço, a aposentadoria sob a forma de renda mensal vitalícia, igual a média do salário integral realmente percebido, durante 12 meses anteriores à respectiva concessão, ao segurado

ex-combatente de qualquer instituto de aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria e Pensões, com qualquer idade, que tenha servido, como convocado ou não, no teatro de operações da Itália — no período de 1944-1945 — ou que tenha integrado a Força Aérea Brasileira ou a Marinha de Guerra ou a Marinha Mercante e tendo nesta última participado de comboios e patrulhamento.

§ 1º Os segurados, ex-combatentes, que desejarem beneficiar-se desta aposentadoria, deverão requerê-la, para contribuírem até o salário que perceberem e que venham a perceber. Essa aposentadoria só poderá ser concedida após decorridos 36 meses de contribuições sobre o salário integral.

§ 2º (*omissis*)

Art. 2º O ex-combatente, aposentado de Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria e Pensões, terá seus proventos reajustados ao salário integral, na base dos salários atuais e futuros, de idêntico cargo, classe, função ou categoria da atividade a que pertencia ou na impossibilidade dessa atualização na base dos aumentos de seu salário integral teria, se permanecesse em atividade em consequência de todos os dissídios coletivos ou acordos entre empregados e empregadores posteriores à sua aposentadoria. Tal reajuste também se dará todas as vezes que ocorrerem aumentos salariais, consequentes a dissídios coletivos ou a acordos entre empregados e empregadores, que puderem beneficiar ao segurado se em atividade.”

Como se vê, o benefício possui dois momentos diferentes, qual sejam:

- a) **concessão**: pega-se os últimos 36 salários de contribuições (que neste caso é igual ao salário da ativa, sem limites ou “tetos”) e concede-se um benefício neste valor.
- b) **manutenção**: o benefício é mantido e reajustado com base nas atualizações e dissídios que o beneficiário teria na ativa. Observe-se que todos os ganhos salariais da categoria são incorporados ao benefício.

Tal tratamento vigorou no direito brasileiro para os benefícios que foram concedidos até a data de 31 de agosto de 1971, data em que entrou em vigor a Lei 5.698/71.

Note-se claramente uma situação: o benefício de ex-combatente não possui teto de benefício (recentemente o Dec. 2.172/97 estabeleceu um teto de R\$ 8.000,00), e assim, não existe custeio suficiente para tal benefício. E, para a concessão do benefício, bastam 36 contribuições com a base de cálculo do salário da ativa o que claramente NÃO CUSTEIA BENEFÍCIO ALGUM.

Como estes benefícios não possuem custeio, apenas requisitos de aposentadoria, PERDE A SUA CARACTERÍSTICA DE APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA, PASSANDO A SER UMA APOSENTADORIA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA.

Os benefícios previdenciários estão inseridos dentro de um sistema e de um cálculo atuarial, ou seja, os segurados contribuem para um sistema para terem direito a um benefício quando ocorrer o “sinistro” determinado na Lei, que pode ser a aposentadoria, acidente de trabalho, etc.. Já o benefício de ex-combatente é concedido ao militar que lutou na Segunda Grande Guerra para compensar o

fato de ter lutado na Guerra, não porque está inserido dentro de um sistema previdenciário. Logo, tal aposentadoria possui a natureza de indenizar o beneficiário e não de retribuir a sua contribuição.

O fato do benefício possuir requisitos para a sua concessão (36 contribuições e 25 anos de serviço) não retira a sua característica de benefício indenizatório ou assistencial, pois para benefícios sem teto (ou com teto de R\$ 8.000,00 – criado pelo Dec. 2.172/97) não existe custeio suficiente, sequer existe um sistema previdenciário próprio.

Ora, em sendo natureza indenizatória, existe a impossibilidade de acumulação com a pensão militar do art. 53 do ADCT.

DO *BIS IN IDEM* DAS APOSENTADORIAS

Ambas as pensões são concedidas sem função do Instituidor ter lutado na Segunda Grande Guerra, o que por si só constitui um *bis in idem*, ou seja, se o beneficiário quisesse acumular a pensão militar com um benefício (p. ex.) de aposentadoria de tempo de serviço, não existiria óbice alguma, uma vez que possuem natureza diversa e fundamentos diversos. A primeira no fato do Instituidor ter lutado na Guerra e a Segunda no fato de ter contribuído para o sistema previdenciário.

Mas não é o que ocorre, ambas as aposentadorias pretendidas possuem o mesmo fato como fundamento: o fato do Instituidor ter lutado na Segunda Grande Guerra, o que impossibilita a percepção de ambas as aposentadorias.

Um único fato não pode gerar dois benefícios com a mesma natureza, impossibilitando a concessão de ambos os benefícios, ressaltando, naturalmente, o direito de opção dos beneficiários.

DA CONCLUSÃO

1 – A pensão militar pode ser acumulada com qualquer outro benefício previdenciário.

2 – A pensão militar de ex-combatente concedida pela União Federal não pode ser acumulada com a aposentadoria militar de ex-combatente concedida pelo INSS, porque: a) ambas as pensões possuem natureza indenizatória, quando a permissão constitucional diz respeito somente a aposentadorias previdenciárias; não podendo serem pagas cumulativamente e; b) ambas as aposentadorias possuem como fundamento o fato dos beneficiários terem sido ex-combatentes, sendo verdadeiro *bis in idem* a acumulação dos benefícios.

3 – Em caso de requerimento de ambas as aposentadorias (pensão militar e aposentadoria de ex-combatente), é ressaltado o direito de opção ao beneficiário.

4 – A União Federal não pode exigir termo de opção de um beneficiário que esteja acumulando um benefício previdenciário com a pensão militar.

Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1998.

O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÓRIO EM FORO TRABALHISTA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS OBRIGA O INSS?

Bento Adeodato Porto *

Questão muito comum no cotidiano das diversas Procuradorias do Instituto espalhadas pelo País são as notificações emanadas da Justiça do Trabalho para “cientificar” o INSS do processamento de ações trabalhistas em que o reclamante almeja reconhecer o vínculo empregatício relativo a determinado período, visando à averbação do referido tempo para fins previdenciários. Tentaremos, nestas poucas linhas, contribuir para o debate.

1. O ponto central da discussão, a nosso ver, reside em aferirmos a existência, ou não, de COMPETÊNCIA da Justiça do Trabalho para que suas decisões confirmatórias de vínculo trabalhista obriguem ao Instituto. O ponto de partida, sem dúvida, deve ser a Constituição da República, em cuja sede residem os princípios balizadores da Competência das Justiças especializadas.

2. Com efeito, o art. 114, **caput**, reserva à Justiça do Trabalho a competência para *“conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho...”*. Pela exegese do texto constitucional, vê-se que a competência da Justiça Obreira é definida em razão da matéria, quaisquer que sejam as qualidades das partes envolvidas (Pessoa Física ou Pessoa Jurídica de direito público ou privado).

3. Por outro lado, as questões que envolvem o Instituto, por força do art. 109, I, da Carta da República, devem ser dirimidas na Justiça Federal “Comum de Primeira Instância”. Neste caso, a Constituição alberga a competência em razão da pessoa, incluindo-se, aí, a Autarquia Previdenciária.

4. O raciocínio prático para identificar o foro competente para processar um feito que envolva questão de interesse jurídico para o Instituto, deve partir do objeto da lide, o qual será definido pelo direito material envolvido. Aqui, não cabe confusão: tratando-se de deslindar a natureza jurídica da relação de trabalho e suas consequências para as partes envolvidas, competente é a Justiça do Trabalho, ainda que qualquer das partes seja uma das pessoas citadas no inciso I, do art. 109, da Constituição Republicana de 1988.

5. Esta é a conclusão a que chegamos, ao constataremos que, na definição da competência (em razão da pessoa) prevista neste inciso, foram expressamente excetuadas as causas que (em razão da matéria) sejam da seara trabalhista, bem assim outras como falência, as de acidentes de trabalho e aquelas sujeitas à Justiça Eleitoral. A lógica, então: parte-se da exceção para a generalidade.

6. Portanto, as causas que interessem juridicamente ao Instituto, somente, serão processadas na Justiça do Trabalho, quando este compareça como empregador ou, naqueles casos em que este seja chamado a responder como devedor solidário ou subsidiário, como vem ocorrendo em algumas decisões trabalhistas, referentes a atividades terceirizadas pela Autarquia, a despeito do art. 70 da Lei 8.666/93 e suas alterações.

7. Ora, não são estes os casos polêmicos a que nos referimos no parágrafo inicial. A questão da competência da Justiça Laboral surge naquelas lides em que um trabalhador propõe Reclamatória trabalhista em face de pessoa física ou de pessoa jurídica, visando a obter o reconhecimento de um vínculo trabalhista, na maioria das vezes, pretérito, a fim de utilizá-lo perante a Previdência Social, para alcançar a qualidade de segurado, esposada no art. 11, inciso I, alíneas “a” a “f”, e inciso II, da Lei nº 8.213/91, almejando sempre os benefícios dispostos no art. 18, do Plano de Benefícios da Previdência Social.

8. Para que não se perca o rumo da questão, deve-se retomá-la a partir da matéria *sub júdice* que, em sendo de natureza previdenciária afeita ao INSS, jamais poderá ser decidida pelo Juízo Trabalhista. De fato, esta confusão que se instala no procedimento de algumas Juntas de Conciliação e Julgamento, que se auto proclamam competentes para, em suas decisões, vincular a Autarquia Previdenciária, decorre do fato de a Legislação Previdenciária ter-se utilizado de expressão cunhada pelo direito laboral, o termo “empregado”.

9. Todavia, quadra reconhecer que o termo “empregado”, para fins de caracterização de segurado da Previdência Social, está definido na Lei de Benefícios — Lei nº 8.213/91, em seu art. 11, inciso I, com a variante dos domésticos prevista no Inciso II, enquanto a definição de “empregado”, para fins de reconhecimento de vínculo empregatício, assiste no art. 3º da CLT.

10. É oportuno ressaltarmos que a conceituação de “empregado”, para fins previdenciários, é muito mais abrangente que a definição consignada no estatuto celetizado, basta que se observem as diversas situações elencadas nas alíneas do inciso I, art. 11, da Lei 8.213/91, que, em nenhuma hipótese, se subsumem ao art. 3º, da CLT, vide os exemplos das alíneas “g” e “h”.

11. Se a análise do direito material já revela a clara distinção entre a caracterização do “empregado” para fins previdenciários daquela figura esculpida pelo Direito do Trabalho, nenhuma dúvida resta, quando, no aspecto processual comparamos as matérias em discussão. É fato que o reconhecimento do tempo de serviço prestado como “empregado”, somente será possível, se obedecidas as prescrições probatórias insertas no parágrafo terceiro do art. 55, do Plano de Benefícios da Previdência Social — Lei nº 8.213/91. Outrossim, no que concerne ao Direito Laboral, outro é o procedimento, haja vista que o interessado pode provar sua condição de ser, ou ter sido, “empregado”, valendo-se, única e exclusivamente, da prova testemunhal, por mais frágil que seja, porquanto autorizado pelo **caput** do art. 456, CLT, *“in fine”*, que permite a **substituição** da prova documental específica para a relação de emprego, a CTPS ou instrumento escrito, por quaisquer outros meios admitidos em direito.

12. Desnecessárias maiores dilações quanto à inaplicabilidade de tal procedimento à matéria previdenciária.

13. Para corroborar a tese por nós defendida, lançamos mão dos estudos referentes às condições da ação, especialmente, sobre o “interesse de agir”, sob a vertente da **adequação** da via eleita pelo autor da ação. Na lição ímpar de Antonio Carlos Cintra, Ada Pellegrini e Candido Dinamarco, na sua obra clássica “TEORIA GERAL DO PROCESSO”, *“...Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir ao juízo e o procedimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser*

apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser...”. Ora, se o que pretende o trabalhador é ver reconhecido pela Previdência Social um período em que laborou sob as características de “empregado”, não lhe poderá ser útil a escolha da Reclamação Trabalhista, processada pela Justiça do Trabalho, como caminho para a obtenção do reconhecimento, pela Previdência, do tempo de serviço laborado naquela qualidade, não apenas por incompetência *ratione materiae* daquela Justiça Especializada, todavia pela prescrição legal específica da via processual adequada ao caso, consignada no art. 108, da Lei 8.213/91.

14. Na tentativa de contornar a situação, na prática, algumas Juntas de Conciliação têm notificado o INSS do processamento de tais Reclamações, para que a Autarquia, “querendo”, participe da lide. Decerto, este procedimento revela a incerteza do juízo laboral quanto à sua competência para decidir a questão proposta nos termos a que vimos referindo. Buscam, nessa empreitada, vincular o Instituto pela força da **coisa julgada**. Ocorre que, este procedimento, não amplia a competência do Juízo Trabalhista, fixada em sede constitucional. Por conseguinte, ainda que o Instituto integre a lide, não haverá coisa julgada, porquanto ausente o requisito da competência do juízo que, nesse caso, é vício intransponível, porque absoluta.

15. Outra “saída” muitas vezes buscada pelo Reclamante para contornar as exigências contidas no parágrafo 3º, do art. 55, da Lei nº 8.213/91, é apresentar documentos ou indícios de prova material perante o Juízo trabalhista, ou, sem tais documentos – fundado, apenas, em prova testemunhal, obter Sentença de mérito reconhecendo o vínculo empregatício e utilizá-la como início de prova material em processo de Justificação a ser acionado na Justiça Federal Comum.

16. Data vênia, tamanho estelionato processual não resiste às evidências da ilegalidade. Quanto à primeira alternativa, de nada adiantaria o Juízo Trabalhista valer-se do procedimento determinado na legislação previdenciária, pois não afastaria a sua incompetência originária em razão da matéria debatida.

17. No que tange à utilização, em Processo de Justificação apresentado à Justiça Federal, de Sentença trabalhista reconhecedora do vínculo empregatício, obtida exclusivamente a partir de prova testemunhal, a fim de cumprir-se a exigência do parágrafo terceiro, art. 55 c/c art. 108, ambos da Lei 8.213/91, somente será possível, caso a referida Decisão laboral seja contemporânea ao período que se queira justificar em face da Previdência. Do contrário, nenhuma força probante terá a decisão trabalhista, em face da Previdência, ainda que, posteriormente, trazida perante o Juízo Federal, competente para processar a justificação. É lógico que não estamos nos referindo às exceções de caso fortuito ou força maior previstas no art. 55, parágrafo terceiro, de Lei de Benefícios.

18. Por derradeiro, vencidas as indagações jurídicas, é conveniente frisarmos que reconhecer, o Instituto, o tempo de serviço fixado na Justiça Laboral, além de incorrer em inconstitucionalidade e ilegalidade, abre flanco para o inchaço de seu quadro de segurados — sem a devida contrapartida em contribuição pecuniária — patrocinado, em alguns casos, pela ampla possibilidade de conluio entre as partes envolvidas, leia-se, supostos empregador e empregado, além de testemunhas,

haja vista que, na maioria das vezes, o tempo de serviço que o Reclamante busca reconhecer refere-se a período já alcançado pela prescrição ou decadência tributária, e, por conseguinte, também pelo biênio prescricional trabalhista, razão porque não haverá qualquer ônus para o empregador, ainda que revel.

Vitória-ES, 01 de outubro de 1998.

* Procurador Autárquico do INSS no ES



LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

*Caroline Maciel da Costa **

Sumário: 1. Introdução. 2. Aplicação no processo brasileiro. 3. Aplicação no processo do trabalho. 4. Dos deveres das partes e dos procuradores. 5. Responsáveis pela litigância de má-fé. Responsabilização do advogado. 6. Caracterização da litigância de má-fé. 7. Natureza jurídica da sanção imposta ao litigante de má-fé. 8. Momento da condenação. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva propiciar uma visão do instituto da litigância de má-fé, da qual resulta a responsabilidade das partes por dano processual.

No decorrer do trabalho, analisar-se-á, ainda que sinteticamente, a aplicação do mencionado instituto no direito pátrio, os deveres das partes e dos procuradores envolvidos na relação processual, as consequências advindas da não observância desses deveres, as condutas caracterizadoras da litigância de má-fé, além da sua natureza jurídica e do momento em que deve ser proferida a condenação nas penalidades previstas para a parte causadora do dano.

Com essa exposição, procura-se trazer esse tão esquecido instituto à baila, a fim de que se amplie sua utilização, através da aplicação dos meios concedidos pelo próprio Código de Processo Civil para combater a má-fé, a improbidade, a malícia e a deslealdade no processo, compelindo as partes a respeitarem os direitos processuais da parte adversária, bem como a absterem-se da prática de atos que embarcem a realização da justiça.

2. APLICAÇÃO NO PROCESSO BRASILEIRO

Litigante de má-fé é a parte que age de forma maldosa, causando dano processual à parte contrária; é aquele que se utiliza de procedimentos escusos para vencer a demanda ou, sabendo ser difícil ou impossível vencer, tenta de todas as formas prolongar o andamento do processo, procrastinando o feito.

No capítulo II, do Código de Processo Civil, são disciplinados os deveres das partes e dos seus procuradores. A consolidação das Leis do Trabalho – CLT,

não obstante a seção IV, do Capítulo II, do Título X, seja denominada **“DAS PARTES E DOS PROCURADORES”**, não faz nenhuma referência à litigância de má-fé, devendo-se aplicar, portanto, a princípio, o que dispõe a respeito o Ordenamento Processual Civil.

Apenas para lembrar, o Código de Processo Penal, de igual forma, também não contempla o dever de lealdade pelas partes, o que impõe, pelo menos em tese, o entendimento de que, subsidiariamente, é lícito se socorrer do plasmado no Estatuto Civil. No entanto, a questão é bem mais complexa, pois tal dever, com relação ao acusado, entraria em confronto com algumas garantias fundamentais, como por exemplo, a do direito ao silêncio e da obrigatoriedade de defesa.

3. APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Deixando de lado a discussão quanto à aplicação subsidiária, no Processo Penal, da litigância de má-fé inserta no Processo Civil, importa considerar introdutoriamente que divergências haviam, no passado, quanto à admissibilidade de se imputar ao reclamante, no processo trabalhista, esse instituto, com a conseqüente imposição de sanção.

Sustentava-se que o caráter eminentemente reivindicatório da justiça do trabalho, com a chancela da capacidade postulatória à própria parte interessada, sem necessidade de se fazer representar por advogado, consistia em óbice à aplicação subsidiária.

COQUEIRO COSTA, no entanto, sempre defendeu que, embora a legislação específica do processo do trabalho seja absolutamente omissa a respeito, não há de se negar que as partes detêm o **dever de lealdade**, sendo, portanto, plenamente admissível a sanção pela litigância de má-fé, nos termos do Código de Processo Civil, sendo necessário, todavia, levar em consideração que o **“Empregado ou empregador, como leigos, podem, de boa-fé, alegar defesa sem fundamento por falta de ciência jurídica quanto ao ponto, ou provocar incidentes manifestamente infundados sem terem noção do que fazem (art. 17, I e VII).”**

A divergência quanto à aplicação do dever de lealdade ao processo trabalhista ganhou os tribunais, havendo na jurisprudência obreira decisões contraditórias, valendo salientar, no entanto, que em 02 de agosto de 1996, publicou-se no Diário da Justiça da União acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, subfragado por maioria de votos — o que denota ainda não ser pacífica a matéria —, reconhecendo que os preceitos do Código de Processo Civil referentes à litigância de má-fé são aplicáveis na justiça do trabalho.

WAGNER D. GIGLIO, em elucidativo artigo publicado no Repertório IOB de jurisprudência, com acerto, concorda que **“A exigência da lealdade processual na atuação de partes e advogados, nos processos trabalhistas, parece inquestionável”**, após considerar que as peculiaridades das demandas trabalhistas justificam pedidos excessivos, irreais, claramente incabíveis e até absurdos.

4. DOS DEVERES DAS PARTES E DOS PROCURADORES

O legislador, preocupado com os deveres das partes e dos procuradores, disciplina, no artigo 14, do Código de Processo Civil, o comportamento ético

daqueles que participaram da relação processual, procurando impor um certo nível ao debate jurídico. Certamente que os litigantes devem apresentar os elementos e argumentos que lhes são favoráveis, não podendo se exigir deles fornecer, também, os que lhe são desfavoráveis e que beneficiem a parte contrária.

Entretanto, ainda que deva se utilizar da sagacidade e da habilidade, a parte, na defesa do seu direito, não pode ultrapassar os limites da ética. Não pode se servir do processo para pretender obter aquilo que não lhe é devido, nem transformar a relação processual em palco para a defesa intransigente de interesses que não merecem proteção jurídica.

Por isso mesmo, nada obstante se assegure, enquanto dogma constitucional, o acesso à justiça, são explicitados determinados deveres enquanto decorrência lógica não só do princípio da lealdade processual. A falta processual a ser sancionada com a litigância de má-fé pode ser cometida em decorrência de procedimento desleal da parte, ou mesmo, em alguns casos, em razão de inabilidade do advogado, da pouca experiência profissional, ou menor conhecimento da profissão.

Por conseguinte, a litigância de má-fé, como elemento subjetivo, não só o dolo, como também, em alguns casos, apenas a culpa grave, sendo irrelevante a culpa leve. Esse pensamento é sufragado pela doutrina e pela jurisprudência.

5. RESPONSÁVEIS PELA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO

No art. 16 do Estatuto Processual Civil, o legislador atribui a responsabilização pela litigância de má-fé ao autor, réu ou interveniente, o que o fez merecer crítica por parte da doutrina, porquanto, em interpretação superficial pode-se chegar à conclusão de que o litisconsorte, por exemplo, não poderia ser penalizado por eventual conduta irregular na relação processual, em afronta aos deveres previstos para os litigantes.

Contudo, a Doutrina e a Jurisprudência têm entendido que os litisconsortes, assistentes e até mesmo o terceiro prejudicado que recorra — o que é razoável —, também fazem parte daqueles que são responsáveis para fins de sanção no caso de litigância de má-fé.

Ainda assim, surge indagação quanto ao Ministério Público, nos casos em que ele atua no processo na qualidade de parte. A esse respeito, em que pese o silêncio da doutrina, há julgado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, penalizando o representante do Ministério Público pela litigância de má-fé, quando, participando da relação processual como parte, transgredir os deveres processuais elencados.

Com relação ao advogado, que não pode ser confundido com a figura da parte, porquanto aquele apenas representa os interesses desta na relação processual, em razão da capacidade postulatória ser reservada, em nosso ordenamento jurídico, ao bacharel em direito, também existe controvérsia a respeito da sua responsabilização pela litigância de má-fé, uma vez que o legislador, a despeito de ter imposto os deveres previstos no art. 14, do CPC, às partes e aos seus procuradores, no art. 16, ao indicar os responsáveis pela litigância de má-fé, não mencionou os procuradores das partes.

Assim, em rigor, os advogados, na categoria de procuradores das partes, embora vinculados em relação aos deveres preceituados pelo legislador, em caso de transgressão, não seriam responsáveis, mas apenas a parte por ele representada.

Nesse sentido, há acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, entendendo que o disposto nos artigos 16 e 18, do Código de Processo Civil, não se aplica ao advogado, mas somente à parte. Esse entendimento, aliás, é defendido por **ARRUDA ALVIM**.

CARREIRA ALVIM assume posição diversa, entendendo que se deve aplicar a sanção pela litigância de má-fé nos termos do § 1º, do art. 18, condenando, por conseguinte, tanto a parte quanto o seu advogado, tratando-os como responsáveis solidários. Deduz, ainda, que a parte pode, em ação própria, comprovar a sua inocência, pleiteando indenização pelos danos que a conduta de má-fé de seu advogado lhe ocasionou.

6. CARACTERIZAÇÃO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O legislador do Código de Processo Civil, no art. 17, tratou de tipificar os casos em que a conduta da parte ou de seu procurador, no processo, enseja a caracterização da má-fé, a saber:

a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer;

Aqui, exige-se, para a tipificação da litigância de má-fé, apenas a culpa em sentido estrito. A doutrina diz que, nesse caso, pune-se a título de culpa grave, abstraindo-se a real intenção da parte em ocasionar prejuízo.

Interessante observar, como o faz JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que “Não basta a falta de fundamento da pretensão ou da defesa; nem é preciso que se comprove o efetivo conhecimento dessa falta pelo litigante. É necessário e suficiente que, ao ver do juiz, não pudesse aquele “razoavelmente” desconhecê-la”.

Os fundamentos, da ação ou da contestação, podem dizer respeito aos fatos ou ao direito. A falta de fundamentos de um ou de outro pode caracterizar a litigância de má-fé. Diz-se que a falta de fundamento de fato se manifesta quando eles forem notórios, de conhecimento geral, mas a parte afirmar o contrário.

A questão ganha realce quanto à falta de fundamento de direito, pois a tese, ainda que contrária a súmula do Supremo, por exemplo, não caracteriza, em si, litigância de má-fé por culpa grave, já que pode haver reformulação do pensamento.

b) alterar intencionalmente a verdade dos fatos;

Nesse caso, claramente, reclama-se o dolo, a intenção de alterar a verdade dos fatos, para lograr êxito na demanda. Não se permite à parte, na defesa de seu direito, modificar, ao seu talante, a versão dos fatos, pois, assim agindo, estará com o propósito de conduzir o Judiciário a uma falsa percepção da realidade. A parte pode, e deve, discutir os efeitos jurídicos dos fatos ocorridos; nunca, porém, distorcer as verdades dos fatos.

c) omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa;

A litigância de má-fé, nesse caso, só se pune a título de dolo. Tem de se perquirir, no âmbito subjetivo, se a parte omitiu, deliberadamente, fatos essenciais, visando, com isso, a lograr êxito.

É a hipótese mais polêmica, porquanto, em nome do dever de lealdade processual, impõe-se à parte o dever de levar a conhecimento do Juízo elementos que lhe são desfavoráveis.

De qualquer forma, só caracteriza a litigância de má-fé a omissão de fatos essenciais, de modo que fatos secundários são irrelevantes para esse fim.

d) usar do processo com o fim de conseguir objetivo ilegal;

Nesse caso, reclama-se o dolo, não se punindo o agir a título de culpa grave. A hipótese, aqui, não se confunde com aquela em que ambos, autor e réu, em conluio, procuram se servir do processo para obter fim ilícito, sancionado no art. 129, do Código de Processo Civil. Veda-se a utilização do processo para a satisfação de interesses escusos, que não estão contemplados pelo ordenamento jurídico.

e) opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

Exige-se o dolo, a vontade deliberada em colocar empecilhos, podendo a resistência injustificada ser praticada pela parte autora, ou pela ré. Tem que haver a intenção.

f) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

Não é preciso a intenção. Não se trata da ação temerária, em que se sabe que a pretensão é destituída de fundamentação, pois esta hipótese está inserida no item I. A temeridade por culpa ocorre quando a parte não pondera sobre as razões de sua pretensão, agindo de forma atécnica.

g) provocar incidentes manifestamente infundados;

Não reclama a intenção, porém apenas a culpa grave, que pode consistir em provocar incidentes, criando discussões acerca de matérias irrelevantes, alongando, de forma desnecessária e desarrazoada, a relação processual.

7. NATUREZA JURÍDICA DA SANÇÃO IMPOSTA AO LITIGANTE DE MÁ-FÉ

A Jurisprudência dominante do egrégio Superior Tribunal de Justiça se inclina no sentido de que a sanção em razão da responsabilização pela litigância de má-fé não é multa. **CÂNDIDO RANGEL DINARMACO**, por sua vez, entende que a natureza jurídica da sanção é de multa.

O certo porém, como adverte **CARREIRA ALVIM**, é que por prejuízos indenizáveis com a sanção da litigância de má-fé não se deve entender como tudo aquilo que a parte perdeu ou deixou de ganhar. O alcance da sanção se restringe ao **fato do processo**, pelo que ficam excluídos os prejuízos indiretos, que deverão ser objeto de ação própria.

Não se deve olvidar, porém, que o Código de Processo Civil prevê hipóteses de multa para o descumprimento dos deveres processuais, como no caso do artigo 538, parágrafo único, o qual determina que, no caso dos embargos de declaração serem manifestamente protelatórios, o juiz ou tribunal condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa. É bom frisar, no entanto, que nesse caso estar-se-á diante de uma hipótese de litigância de má-fé entendida em sentido amplo, de forma a compreender não somente as hipóteses previstas no artigo 17, do Estatuto Processual, mas qualquer espécie de infração aos deveres processuais à qual a lei comine expressamente penalidade.

Portanto, sob esta ótica, pode-se concluir que a natureza jurídica da condenação por descumprimento dos deveres processuais irá variar de acordo com a hipótese: se se tratar de imposição de sanção pela simples inobservância de um dever, independentemente de prejuízo causado à parte contrária, tratar-se-á de multa; por outro lado, na hipótese de imposição, ao transgressor, da obrigação de reparar, com prestação pecuniária, os prejuízos causados pelo comportamento incorreto à outra parte — prejuízo este que deverá ser efetivamente comprovado —, estar-se-á diante de uma indenização.

8. MOMENTO DA CONDENAÇÃO

A sentença é o momento mais adequado, até para se fazer a compensação no pagamento das custas e honorários advocatícios, havendo quem entenda que, se na sentença não houver pronunciamento, pode o Tribunal conhecer da litigância de má-fé independentemente de provocação. Outros, porém, concluem que o Tribunal, não tendo havido discussão a respeito no juízo de primeiro grau, só pode conhecer de litigância de má-fé por fato ocorrido na relação processual prolongada em virtude do recurso interposto, pois do contrário haveria “reformatio in pejus”.

O Superior Tribunal de Justiça se inclinou a esse entendimento, valendo salientar, no entanto, que o acórdão proferido nesse sentido foi publicado antes da vigência da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, a qual introduziu de forma expressa no Código de Processo Civil a possibilidade de o juiz condenar de ofício, ou seja, independentemente de provocação, o litigante de má-fé a indenizar a parte prejudicada.

CÂNDIDO RANGEL DINARMACO entende que a norma é endereçada a todas as instâncias, podendo o Tribunal impor a condenação, ainda que não haja pronunciamento do juiz de primeiro grau, só não podendo assim proceder quando, tendo sido rejeitada a litigância de má-fé na sentença, o recurso não pedir o reexame dessa matéria.

9. CONCLUSÃO

O dever de lealdade se impõe aos litigantes. Seja no processo civil, seja no trabalhista, as partes podem ser responsabilizadas pelo dano causado à parte contrária em virtude da não observância dos deveres processuais.

Embora o Estatuto Processual Civil atribua a responsabilização pela litigância de má-fé apenas ao autor, réu ou interveniente, deve-se aplicar o artigo 16 do referido Diploma Legal de reforma extensiva, de modo a se admitir que sejam

penalizados por eventual conduta irregular na relação processual os litisconsortes, o assistente e o terceiro prejudicado que recorra. Pode, ainda, o representante do Ministério Público, ser responsabilizado por eventual conduta evada de má-fé, nas hipóteses em que atue no processo na qualidade de parte.

No tocante à responsabilização do advogado pela litigância de má-fé, embora ele esteja vinculado aos deveres preceituados pelo legislador no artigo 14, do Código de Processo Civil, em caso de transgressão, não será condenado a responder pelas perdas e danos, mas apenas a parte por ele representada, a qual pode, em ação própria, provar que a má-fé adveio exclusivamente da conduta do seu advogado e pleitear desta indenização.

A natureza jurídica da responsabilização pelo descumprimento dos deveres de lealdade e probidade irá variar de acordo com a necessidade de se comprovar o prejuízo causado à parte adversa: na hipótese de ser dispensável a caracterização do dano, a condenação terá natureza de multa e dependerá de expressa previsão legal; por outro lado, no caso em que a condenação tenha como pressuposto a efetiva existência do prejuízo, ter-se-á a responsabilidade por dano processual propriamente dita, consubstanciada nos artigos 16 a 18, do Código de Processo Civil, com caráter indenizatório.

Para finalizar, necessário se registrar a necessidade de uma maior utilização do instituto da litigância de má-fé. A alteração introduzida no *caput* do artigo 18, do Código de Processo Civil, pela Lei 8.952/94, deixou claro que o destinatário primeiro da norma é o juiz, que tem o dever de condenar o litigante de má-fé, independentemente de requerimento da parte prejudicada.

Reclama-se que o nosso sistema processual prevê um número infundável de recursos, postos à disposição da parte vencida, os quais normalmente são utilizados com o único objetivo de prolongar o andamento do processo. No entanto, a própria lei impõe penalidades àqueles que agem com má-fé, embora, curiosamente, sejam raros os casos em que se constata a efetiva aplicação desses preceitos.

Com efeito, sendo o magistrado o responsável pela direção do processo, deve utilizar todos os meios que a lei coloca à sua disposição, a fim de evitar que as partes, no afã de se saírem vencedoras na demanda, falem conscientemente com a verdade, utilizem-se de armas desleais ou manobras ardilosas no intuito de induzir o julgador a erro ou procrastinem o andamento do feito, embaraçando, desse modo, a atuação do órgão jurisdicional e, de forma imediata, frustando a realização da justiça.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil – 2ª ed., refundida, do “Código de Processo Civil Comentado”, v. II.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil, v. I, tomo I.* Rio – São Paulo: Forense, 1975.
- COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho.* Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DINARMACO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 1995.

- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1986.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Acesso às seções: [Artigos](#) — [Acórdãos](#) — [Editorial](#)

* Advogada em Natal-RN



PRISÃO CIVIL

Luiz Vicente Cernicchiaro *

A sanção jurídica confere eficácia à norma. Há de ser, por isso, materialmente considerada, supressão de direito (pena de morte), restrição ao exercício de direito de liberdade (prisão), ou patrimonial (multa). Repetem-se nas várias áreas do Direito, embora, em consequência das características do respectivo setor dogmático, predominar em uma, mais do que em outras.

A prisão civil é prevista em nossa Constituição para os casos de depositário, infiel e injustificado não pagamento de prestação alimentícia. A segunda hipótese, aliás, é contemplada também na Convenção de San José de Costa Rica, subscrita pelo Brasil e promulgada pelo Congresso Nacional. Não registra a restrição quanto ao depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, não obstante, mantém a vigência da norma da lei sobre alienação fiduciária, autorizadora da prisão.

No Brasil, quando o obrigado ao pagamento de alimentos deixa de fazê-lo, injustificadamente, autoriza a prisão civil por três meses, que se interrompe com o cumprimento da obrigação. Evidencia, por isso, forma coativa de proteção do alimentando. Dada a sua natureza, sem dúvida, precisa ser analisada diferentemente quando evidencia meio para obrigar alguém, sob ameaça de prisão, a cumprir algum contrato. O tema merece acurado estudo a fim de desatualizar, para sempre, a narração de Shakespeare, no Mercador de Veneza. O credor, como reação ao inadimplemento do devedor, exigira parte da carne da perna do devedor.

O Direito, como unidade, não encerra contradição lógica. A observação merece ser repetida, ponto de partida que é para solucionar os conflitos de normas jurídicas. Pouco importa em que setor do Direito se encontrem. Notadamente quando o mesmo instituto interessa, é disciplinado em mais de uma área. É o que acontece com o inadimplemento da obrigação de prestar alimentos. Fazem-se presentes o Direito Civil e o Direito Penal. Disciplinam-se, por isso, as relações entre ascendentes e descendentes e cônjuges. O vínculo entre tais pessoas impõe o dever de assistência mútua. É também mais um contato do Direito com a Moral.

A Constituição veda a prisão civil por dívida, “salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” (art. 5º, LXVIII).

A sanção será a prisão civil até noventa dias.

O Código Penal, por seu turno, define o crime de Abandono Material (art. 244). Tipo de conteúdo variado, contempla também “Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário... faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada...”.

Dessa forma, Direito Civil e Direito Penal se unem. Até aí, tudo bem. Não é a primeira e única vez que acontece. Não se pode esquecer, entretanto: a sanção penal é mais rigorosa do que a sanção civil. Diga-se o mesmo da prisão penal confrontada com a prisão civil. Logicamente, situação menos grave deve gerar sanção menos grave, relativamente à mais grave. Imperativo do princípio da proporcionalidade.

O Código Penal, para o cumprimento da pena, considerando a qualidade e a quantidade da sanção, distingue três regimes: fechado, semi-aberto e aberto, conforme os requisitos objetivo e subjetivos. O primeiro leva em conta a pena aplicada.

O regime aberto é contemplado ao “condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos.”(art. 33, § 2º, C)

A pena cominada ao crime de Abandono Material (CP. art. 244) é de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

O máximo da sanção, resultante do princípio da proporcionalidade, só se aplica excepcionalmente, salvo se circunstâncias especialíssimas recomendarem pena tão elevada. Ademais, não é imposta a réu primário.

O condenado, por isso, terá direito ao regime aberto.

Cumpr, então, ponderar, mais uma vez, a severidade maior da sanção penal em confronto com a sanção civil.

A sanção civil não pode ser mais rigorosa do que a sanção penal. Se esta enseja o regime aberto, a pena é cumprida “em casa de albergado ou estabelecimento adequado” (CP. art. 33, § 1º, c). O condenado, com isso, resgata a sanção fora de estabelecimento de segurança máxima ou média, próprio do regime fechado, e de colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, adequado ao regime semi-aberto.

Daí, uma conclusão se impõe: o cumprimento da prisão será, necessariamente, menos rigoroso do que a sanção penal. O inadimplente de obrigação civil, certo, não pode ser trancafiado no estabelecimento prisional comum. Caso contrário, ocorrerá contradição lógica, o que será contra-senso jurídico.

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, professor titular da Universidade de Brasília e autor do livro “Questões Penais”.



REFORMA ADMINISTRATIVA

*Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira **

Tenho acompanhado as várias notícias que têm sido divulgadas a respeito da Reforma Administrativa, definitivamente aprovada no Congresso Nacional, após mais de dois anos de longa discussão. Três delas, pelo menos, causaram-se inquietação, as quais passo a discorrer, sem qualquer avaliação sobre o mérito das alterações ocorridas.

A primeira delas refere-se à afirmação de que é incabível o concurso público nos chamados contratos de gestão. A questão envolve estudos amplos, mas que, em síntese apertada, passa pelo conhecimento do Plano Diretor de Reforma do Estado, que dividiu a Administração em quatro núcleos. A controvérsia repousa nos 2º e 3º Núcleos, aquele de serviços exclusivos do Estado, prevendo-se a criação ou a qualificação de autarquias e fundações em Agências Executivas (Lei nº 9.649/98) e este, de serviços não-exclusivos, campo de atuação das chamadas Organizações Sociais, entes privados, que, em parceria com o Estado, porque dele receberão recursos, participarão da promoção de serviços, como a educação, a saúde, o meio ambiente e outros (Lei nº 9.637/98). Ambas as figuras jurídicas recém-criadas estão autorizadas a celebrar contratos de gestão, previstos no novo art. 37, § 8º, da Constituição Federal, autorização essa que engloba, além da Administração Pública Indireta, a Administração Pública Direta, nos termos como propôs o substitutivo oferecido pelo deputado Moreira Franco, que em agravo, previu, ainda, regras específicas de contratação temporária de pessoal via contrato de gestão (art. 37, § 8º, “d”). No entanto, ao argumento de que tal implicaria na possibilidade de admissão sem concurso público, o deputado retirou, ele próprio, a mencionada alínea “d”. Isso quer dizer que, pelo menos em termos de interpretação histórica, é possível concluir que não se quis afastar a moral admissão nas hipóteses em que a mão-de-obra vier a ser recrutada, quer pela Administração Pública Direta e Indireta e aqui pelas Agências Executivas, quer pelas Organizações Sociais, por meio de contrato de gestão. No entanto, a redação do art. 37, inciso II, da Constituição, ainda mantém a previsão do concurso público apenas para os cargos, empregos e funções, o que certamente ensejará maiores polêmicas.

A segunda questão trata dos agentes políticos ou membros de poder que perceberão subsídio, parcela única, não fazendo mais jus às suas eventuais vantagens pessoais, nos termos da redação do art. 39, § 4º, da CF. No entanto, outra interpretação tem ido colhida, de que o art. 37, XI, da CF, ao qual o anterior dispositivo faz remissão, alude ao teto, incluídas, textualmente, às “vantagens pessoais”. Ora, sendo assim, o agente político que percebesse vantagem pessoal, mas que não atingisse o teto, teria o seu direito preservado. É, contudo, necessário ressaltar que o art. 37, XI, refere-se ao termo “vantagens pessoais”, porque trata também dos servidores públicos, que efetivamente as podem ter, desde que se submetam ao teto. Sendo assim, o agente político não poderia validamente utilizar o termo grafado no art. 37, XI, pois entra em contradição direta com o que diz ser o subsídio parcela única. Fora isso, questiona-se, pelos mesmos motivos, se esses e outros que receberão subsídio poderão perceber, na nova sistemática, 13º

salário e férias, já que parlamentares, magistrado e promotores percebem os dois, sendo que apenas o presidente da República não percebe férias. Já se argumenta, assim, que esses valores seriam devidos, a título de subsídio-extra.

Finalmente, questiona-se o art. 39, § 5º, realmente tratou do subteto, ao argumento de que o art. 37, inciso XII do substitutivo adotado pela Câmara previa a hipótese de leis locais estipularem limite remuneratório inferior ao teto nacional. Como referido dispositivo não passou, tendo sido mantido apenas o citado parágrafo 5º (na redação anterior, § 7º) sem remissão ao tal inciso XII, é porque o subteto não mais encontraria previsão. Referida tese não prevaleceu, tanto que a recente Lei nº 9.624/98 estimulou o novo limite remuneratório para o Poder Executivo Federal que passou a ser de 80% (oitenta por cento) do cargo de Ministro de Estado. O certo, a meu ver, é que diversamente do que se disse, o dispositivo constitucional, tal como está redigido, permite o subteto, pois utiliza a expressão “em qualquer caso, observado o art. 37, inciso XI”, e também não se limita a essa ou aquela carreira, mas aos “servidores públicos”, em geral.

Resta saber se é possível perceber valores acima do subteto, mas abaixo do teto nacional. Os que defendem essa possibilidade admitem o subteto, mas entendem que a percepção é devida porque a irredutibilidade só cederá em relação ao teto. Apesar de respeitável, considero o argumento frágil, porque também o art. 39, § 5º, manda observar o art. 37, XI, de tal sorte que, se assim fosse, não haveria nem mesmo o subteto.

Em conclusão, só é possível um teto em nível local e todos lhe devem obediência, salvo direito adquirido, já que lei local não poderá prejudicar referido direito, nem mesmo lei reclamada em texto constitucional. Então, o servidor que estiver percebendo acima do subteto e abaixo do teto nacional poderá, validamente, opor-se à redução, se invocar direito adquirido. Com efeito, não é todo o excesso que se inclui nessa condição.

De qualquer modo, é sempre válido lembrar que a discussão deverá chegar ao STF, pois os dispositivos questionados, inclusive o próprio art. 37, XI, (que manda incluir as vantagens pessoais no teto para efeito de corte) é fruto de um poder constituinte derivado, que não poderia suprimir um direito individual (art. 60, § 4º, IV, da CF), como é a hipótese do direito adquirido.

* Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal e autora do livro “Reforma Administrativa — O Estado, o Serviço Público e o Servidor”.



ALGUMAS INCONSTITUCIONALIDADES DAS NORMAS RELATIVAS À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

*Cláudio Renato do Canto Farág **

O Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade de parte do art. 128, da Lei 8.213/91, determinou que todos os valores devidos pelo INSS, em matéria de benefícios previdenciários, concedidos em virtude de condenação judicial, fossem pagos via precatório, nos termos do **art. 100, da CF/88**.

A referida decisão levou-nos a certeza de que as normas relativas à compensação tributária são inconstitucionais por constituírem uma forma oblíqua de pagamento de débitos, em virtude de decisão judicial, sem a observância do **art. 100, da CF/88**.

Ressaltamos que não faltam críticos à existência da compensação como forma de extinção de obrigações. Orlando Gomes ensina acerca da compensação como forma de extinção de obrigações¹: “Trata-se de modo extintivo tão aberrante, quando legalmente imposto, que chega a ser considerado anormal”. (grifamos)

Com vista nessas aberrações, várias legislações não admitem esta espécie de extinção de obrigações, principalmente aquelas que se filiam ao direito romano. A legislação brasileira a contempla seguindo o direito francês, tudo isso, conforme ensina o mestre já citado.

A essência desta forma de extinção de obrigações é encurtar o caminho, eliminar vias inúteis. Sendo assim, temos que **o “circuito inútil” que se quer eliminar com a compensação tributária é o precatório**.

Se a existência da compensação legalmente instituída, de *per si*, já é objeto de críticas, o fato de existir compensação das dívidas públicas nos parece ainda mais absurda. Conclui Orlando Gomes²: “**Não podem ser objeto de compensação as dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios**. Trata-se de privilégio concedido à Fazenda Pública em razão da natureza especial de seus créditos e da finalidade a que se destina as contribuições que exige dos cidadãos”. (grifamos)

Apesar deste ensinamento, atualmente não se submetem a esta forma de execução as empresas que, em virtude de decisão judicial, têm o direito de terem restituídos os pagamentos de tributos indevidos pois, **através da compensação, pode-se retirar a observância do artigo 100, da CF/88**. Salientamos que não se trata de emitir juízo de valor acerca da justiça ou injustiça do precatório, pois este tem fundamento em questões outras, mas tão somente no fato de que em este sendo **obrigatório para uns (aposentados, pensionistas), tem que o ser para todos**, inclusive pessoas jurídicas. Se não se pode admitir exceção nem para verba alimentar, não se pode admitir para verba oriunda do pagamento indevido de tributos, sob pena de vilipêndio também ao **art. 5º, da CF/88**.

¹ Gomes, Orlando – OBRIGAÇÕES – 8ª – Ed. Forense – 1994, p. 156.

² Op. Cit. p. 161

É de se notar que toda a declaração de inconstitucionalidade de lei tributária deve ser feita pelo Poder Judiciário. A partir desta decisão, quer no controle difuso de constitucionalidade, quer no concentrado, surge, pelas normas atuais, excluídos os casos de pagamento à maior em que o reconhecimento é da própria Administração Tributária, o direito de compensação dos valores pagos indevidamente, ou seja, **o pretensão direito subjetivo ao recebimento dos valores nasce em decorrência de decisão judicial**. Sendo assim, concluímos que deve ser observado o **art. 100, da CF/88**, incorrendo em inconstitucionalidade a norma que dispuser diferente, tal qual foi decidido pelo STF em relação a parte do art. 128, da Lei 8.213/91.

Persistindo na análise do tema, chegamos a seguinte reflexão: como pode ser declarada inconstitucional norma que beneficiava a parte mais necessitada do povo, qual seja, os segurados do INSS, sob a argumentação de que o pagamento de decisões judiciais deve observar a ordem cronológica dos precatórios, sem se fazer o mesmo com normas que somente beneficiam as empresas, seus sócios e acionistas, que, comparativamente, podem esperar, sem privação de suas necessidades básicas, o longo percurso do precatório? A resposta que temos é a seguinte: ou há, na nossa legislação, normas inconstitucionais que concedem maiores privilégios às pessoas jurídicas, em afronta ao **artigo 5º e artigo 100, ambos da CF/88**, ou as referidas normas são constitucionais, pois é o caso de se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, no sentido de aqueles que têm fome devem esperar até 5 anos para receber os valores devidos pelo INSS e aqueles que estão com as necessidades básicas supridas, **a partir de reconhecimento judicial de inconstitucionalidade de norma tributária**, podem imediatamente compensarem os valores, ou seja, **recebê-los, via extinção das obrigações recíprocas, sem ter que se submeter ao precatório**. Entre as duas, optamos pela primeira.

Além deste vício, existem outros que corroboram a tese da inconstitucionalidade da existência em nosso direito de normas autorizativas da compensação tributária, as quais passamos a alinhar.

Outra faceta da compensação, que ao nosso juízo apresenta contornos de inconstitucionalidade, é o fato de que as normas atuais retiram a estabilidade das previsões orçamentárias. **O art. 165 e seguintes, da CF/88** estabelece acerca das leis orçamentárias, que, apesar de alguns as acharem irrelevantes, são a pedra de toque dos objetivos e metas do Estado, precisando os gastos e receitas, alinhando as fontes de custeio, origem e destino das verbas. Neste diapasão, com base no disposto na Lei Orçamentária, se sabe que a Previdência Social, por exemplo, vai gastar com pagamento de segurados um valor $\underline{X}$, que terá que ser custeado por contribuições que, conquanto não se possa ter seu valor exato, podem ser mensuradas. **Com as atuais normas de compensação, as previsões orçamentárias estão comprometidas, pois uma decisão em sede de liminar, mesmo no controle difuso, pode retirar imediatamente parcela significativa da arrecadação**. Temos casos concretos de liminares que, por autorizarem a compensação de valores relativos ao salário-educação, estão retirando alguns **milhões mês** da fonte de custeio dos programas de educação oficial. Indagamos: será que é razoável norma que permite que as maiores empresas do país deixem de recolher aos cofres públicos, no meio do ano fiscal, valores que já estavam comprometidos com o pagamento, *v.g.*, de professores? Entendemos que não,

dizendo, ainda, que a presente norma ofende o devido processo legal no seu aspecto substantivo. Ou seja, em um país que adota o *substantive process of law*, previsto no **artigo art. 5º, LIV, da CF/88**: “ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal”, a compensação de tributos é inconstitucional. Por isso, entendemos que as normas de compensação afligem o **artigo 5º, LIV, o artigo 165 e o artigo 167, VI, todos da CF/88**.

Levanto ainda a seguinte questão: o Sistema Tributário Nacional, artigo 145 e seguintes, da CF/88, é conhecido como Estatuto do Contribuinte. Esse nome se deve ao fato de naquelas normas estarem a previsão das garantias individuais em face ao Poder de Tributar. Neste mesmo estatuto há a previsão do princípio da anterioridade, art. 150, III, b, CF/88; e ainda o princípio da anterioridade mitigada para contribuições, art. 195, § 6º, CF/88. Todos esses princípios são corolários de um outro princípio, mais importante por ser a origem e menos sensível por ser implícito, que é o princípio da Não-Surpresa. Em vista disso, concluímos que **se de um lado o contribuinte não pode ser surpreendido com o aumento da carga tributária, de outro lado, o Estado também não pode ser surpreendido com uma brusca queda de arrecadação por conta do deferimento de compensações**, muita das vezes, concedida em sede de liminares ou antecipações de tutela, em meio ao exercício fiscal. Sendo assim, a compensação tributária ofende o princípio da não-surpresa.

Cabe ainda discutir o fato de que, ao nosso entender, a compensação tributária dificulta o trabalho de levantamento de créditos fiscais, pois a fiscalização, além de todos os dados normais, deve ainda analisar o limite e a observância de decisões judiciais que autorizaram a compensação. Sendo assim, entendemos que a compensação tributária possibilita uma maior ocorrência de fraudes por dificultar o trabalho da fiscalização e permitir novos ardis. Com isso, concluímos que a boa atuação da fiscalização deve ser o objetivo de toda e qualquer lei tributária; somente com uma fiscalização ágil e dotada de meios materiais e humanos realizaremos Justiça Fiscal, combatendo a sonegação fiscal. Sendo assim, qualquer norma que vá de encontro ao princípio da Justiça Fiscal e propicie a sonegação deve ser revista e questionada.

Isto posto, reportando-nos ao que foi aqui defendido, concluímos que as normas atuais relativas à compensação tributária são inconstitucionais, estando, inclusive, o art. 170, do CTN, não recepcionado pela CF/88. Entendemos ainda, ser mister o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional para que, eliminando distorções, que geram privilégios aos mais abastados em detrimento aos famélicos, sejam revogadas as disposições relativas à compensação tributária. Esperamos ainda que os Tribunais apreciem a inconstitucionalidade das normas que dispõem sobre compensação tributária, em vista da decisão do STF na declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 128, da Lei 8.213/91. Outrossim, por importante, salientamos que o aqui defendido não se aplica à compensação prevista no Código Civil por se tratar esta de norma relativa a direito privado.

* Procurador do INSS

LIQUIDEZ E CERTEZA NA COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS

Bruno Mattos e Silva *

1. A previsão legal da questão

A compensação de tributos devidos com créditos do particular em face do fisco é permitida em nossa legislação, desde que satisfeitos certos requisitos para tanto.

Inicialmente, é interessante lembrar que a matéria está prevista no Código Tributário Nacional, no *caput* do art. 170:

“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.”

Desde logo se verifica que o CTN é expresso ao afirmar que a lei poderá permitir a compensação, desde que seja ela feita com a utilização de créditos líquidos e certos. Não basta, assim, que existam hipotéticos pagamentos de um tributo posteriormente julgado indevido: é preciso que exista a certeza do pagamento, bem como o valor atualizado do seu montante.

Por via de conseqüência, qualquer decisão judicial que autorize a compensação de créditos ilíquidos ou incertos estará violando o art. 170, do CTN.

Interessante observar que o dispositivo transcrito acima não condiciona a compensação a uma necessária intervenção do Poder Judiciário. Não exige o CTN, assim, que somente possa compensar créditos aquele que tenha uma autorização judicial (“alvará”) para tanto.

O *caput* do art. 66, da Lei nº 8.383, de 30/12/91, autoriza a compensação prevista no art. 170, do CTN:

“Art. 66. Os casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, 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 períodos subseqüentes.”

Expressamente se verifica, inicialmente, que há de haver pagamento indevido ou a maior de tributos para que possa surgir o direito à compensação.

Além disso, como mencionado acima, os créditos precisam ser líquidos e certos.

Assim, se inexistir pagamento indevido ou a maior, não é possível compensar (art. 66, da Lei nº 8.383/91). Nessa toada, se não há a certeza da existência dos pagamentos devidos, ou se estes não são líquidos, não é possível compensar (art. 170, do CTN).

Presentes esses requisitos, tem o contribuinte o direito à compensação. Se não estão presentes esses requisitos, não tem o contribuinte o direito à compensação. É o óbvio.

Calha à fiveleta lembrar como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:
“É desarrazoado entender-se que a lei tributária possa ser interpretada, isoladamente, inobservados os princípios gerais do direito tributário inscritos no CTN e na Constituição Federal.

(...)

Efetivamente, o crédito do contribuinte, para ensejar a compensação há de se revestir dos atributos de liquidez e certeza. Esse requisito constitui exigência do art. 170, do CTN e que não foi afastado pela Lei 8.383/91, em face da hierarquia das leis.

(...)

Ademais, o crédito para se revestir dos atributos de liquidez e certeza, há, de antemão, de ser quantificado, com a especificação ou indicação da quantia exata, da importância certa e determinada. Não são compensáveis créditos indicados aleatoriamente, sob alegação de que o tributo (ou a contribuição) foi pago indevidamente, em determinado período. Considera-se líquida, afiançam os juristas, ‘a dívida que se determina pela natureza, qualidade e quantidade, a que se expressa através de número certo ou de uma cifra. Se a obrigação depende de prévia apuração ou liquidação (ou verificação pelos meios regulares de direito) deixará de ser líquida e não autorizará a compensação.’ (Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, p. 309).

Assim, para haver compensação, em qualquer de suas modalidades, o contribuinte deve indicar o crédito em quantia certa e determinada, sendo imprestável para tal fim pretender o benefício sob color de haver, em determinado período, efetuado recolhimentos indevidos.”

(STJ, 1ª Turma, Resp nº 108.619/SC, j. em 20/02/97, v.u., extratos do voto do Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO. O acórdão foi publicado no DJ de 24/03/97)

2. A liquidez e a certeza jurídica do crédito: requisitos para a compensação

Como se verifica a existência do apontado “crédito” do particular em face do fisco? Mediante um provimento, administrativo ou judicial, que reconheça a efetiva ocorrência de pagamento indevido, por óbvio.

Apenas a título de exemplo, como é até intuitivo, não basta a existência “em tese” de uma declaração de inconstitucionalidade de lei instituidora de um tributo para que surja um direito de crédito. Há de se verificar, primeiramente, se o pagamento — reputado posteriormente como indevido em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei — realmente existiu. E, se existiu, quanto foi pago a maior, assim como quais serão os índices de correção para que se possa aferir qual é o montante desse crédito, que possa ser numericamente expresso em moeda corrente.

Que existe um direito objetivo e “em tese” à compensação não se discute: a lei fala por si. Contudo, o exercício desse direito somente se incorpora ao patrimônio jurídico do contribuinte após a certeza da existência jurídica dos

aspectos levantados no parágrafo anterior, nos termos dos dispositivos legais acima transcritos.

Há de existir, assim, um *provimento* que apure tudo isso. De se lembrar que o próprio lançamento é um procedimento que objetiva “verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo” (art. 142, do CTN).

De se lembrar que esse *provimento* deve ser tecnicamente útil, para apurar numericamente um crédito, compensando-o com outro. Não exige a lei, vamos insistir, a existência de um “alvará judicial” para a compensação: exige a liquidez e certeza dos créditos.

Pergunta-se: se o próprio fisco precisa instaurar um procedimento administrativo para que se reconheça (frisemos: para que se *reconheça*) a existência do fato gerador, por que poderia o particular ter um “crédito” em face do fisco apenas em razão de hipotéticos pagamentos?

Lembramos que o fato gerador, *de per si*, dá origem à obrigação principal do pagamento do tributo (art. 113, § 1º, do CTN). Com a ocorrência do procedimento de *lançamento*, por meio do qual se reconhece a existência de um fato gerador de uma obrigação, o crédito tributário é constituído e se tornará exigível pelo fisco.

Com o crédito do particular em face do fisco ocorre o mesmo. Para essa apuração, há de haver um procedimento, tal como ocorre na hipótese do art. 142 do CTN. Como se vê, o art. 170 é bastante coerente!

Pode a Administração Pública reconhecer a efetiva existência de pagamento indevido e autorizar a compensação. Vale dizer que, nesta hipótese, a Administração estará reconhecendo um fato (pagamento de tributo) e um direito objetivo (o tributo não era devido) e, por via de consequência, estará reconhecendo que esse contribuinte específico tem direito (subjetivo) à compensação do que foi pago indevidamente. Para que seja efetivada a compensação, há de se verificar qual o montante que foi pago a maior e quais os índices de correção aplicáveis. Há de se proceder à *liquidação* do crédito.

Tudo isso é um procedimento. Aliás, a Administração Pública somente pode agir assim.

Na hipótese da Administração Pública recusar-se à prática dos atos mencionados, surge ao contribuinte o direito de obter do Poder Judiciário um provimento de mérito (art. 3º, do CPC), de modo a suprir todos os atos que a Administração Pública não praticou.

3. “Alvará judicial” e compensação de tributos

Na prática, porém, o que vemos não é isso. Muito pelo contrário, o que normalmente ocorre é tecnicamente um “festival de inutilidades” e, o que é pior, com flagrante violação do art. 170, do CTN.

Infelizmente, o que ocorre é isso mesmo: tem sido comum a pretensão de obtenção de provimento judicial para que possa ser o art. 170, do CTN, violado.

Com efeito, por meio de mandado de segurança, de ação ordinária, ou de ação cautelar, via de regra os contribuintes afirmam que têm direito a um crédito,

às vezes nem mesmo especificam quanto ele seria, juntam vários recibos e, afirmando que têm direito à compensação, pedem que o juiz determine ao fisco que não os autue por esta razão. Pedem liminar ou tutela antecipada.

Muitas vezes eles obtêm esse provimento, seja *ab ovo*, seja ao final. Queiram ou não, a verdade é que esse provimento constitui uma autorização para compensar, ou seja, um “alvará”, de modo a proteger de autuações o contribuinte que, ao arripio do art. 170, do CTN, compensará créditos que nem a Administração e nem o próprio Judiciário afirmaram a sua certeza (para o caso concreto) e nem estabeleceram o seu montante (liquidez).

O agente fiscal, posteriormente, dirige-se à empresa e verifica que o alegado crédito inexistente, pois pagamento não houve. Ou verifica-se que o crédito não era suficiente para compensar com todos os débitos pretendidos, ou seja, o contribuinte deixou de pagar algumas competências, dada a efetiva inexistência de crédito. E, assim, o agente fiscal levanta o débito e emite a NFLD.

À toda evidência, essa conduta do fiscal foi totalmente lícita e não desrespeitou a decisão judicial. Afinal de contas, se o provimento jurisdicional obtido não declarou a efetiva existência do crédito, seu montante e a forma em que a compensação poderia ser feita, há de se reconhecer sua completa inutilidade, posto que apenas afirmou a existência de um direito “em tese”!

Bem se vê, assim, como tende a ser processualmente (frisemos: *processualmente, tecnicamente*) inútil qualquer provimento judicial que se limite a afirmar um abstrato direito à compensação, sem dizer qual é o montante atualizado do crédito a compensar, que pode até inexistir.

Por que, então, buscam os contribuintes essa “autorização judicial” para compensação? A razão é simples: apenas como forma de se obter uma “proteção judicial” contra a fiscalização, de modo a poderem violar o art. 170, do CTN, sem sofrer qualquer ônus por isso.

Toda essa matéria fica mais clara quando temos em mente que a compensação implica em extinção do crédito tributário (art. 156, II, do CTN). Vale dizer, nos termos do que dispõe o CTN, uma vez efetivada a compensação, estará extinto o crédito tributário. Como é possível, assim, extinguir um crédito líquido e certo com um crédito que não é nem líquido nem certo? Como se pode bem observar, o CTN é bastante coerente, estando as exigências do art. 170 em perfeita sintonia com o art. 156, II.

Como se vê, ou o juiz, reconhecendo a liquidez e certeza do crédito do contribuinte (art. 170), o que bastará para que ele passe a ter o direito à compensação e à extinção do crédito tributário (art. 156, II), ou, se ilíquidos forem os créditos do contribuinte, o juiz somente poderia “afirmar” a existência do direito “em tese” à compensação, o que é tecnicamente inócuo. Se o juiz, ao revés, “autorizar” uma “compensação” de créditos ilíquidos, estará sendo o art. 170, do CTN, frontalmente violado, o que não pode ser admitido.

3.1. “Alvará judicial” liminarmente concedido

Se a “concessão” do direito à compensação, ao final do processo, para as hipóteses em que não foram atendidos os requisitos do art. 170 do CTN já é um absurdo, imagine-se essa concessão sem contraditório...

Inicialmente, é bom lembrar que os juízes tecnicamente mais preparados já não estão “concedendo” o “direito” à compensação liminarmente ou como provimento antecipado:

“I — Agrava [nome da empresa] do r. despacho monocrático que, em sede de Ação Ordinária, objetivando a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de Contribuição Social ao Salário Educação no período de março de 1989 a março de 1997, com débitos vincendos da mesma contribuição, na forma do disposto no art. 170 do CTN, combinado com o art. 66 da Lei nº 8.383/91, com a redação que lhe deu o art. 58 da Lei nº 9.069/95, indeferiu o pleito de tutela antecipada.

Pede, de plano, o provimento denegado em primeiro grau.

II — Despicienda a requisição de informações ao MM. Juiz “a quo” ante a clareza da decisão arrostada.

III — Nesta fase de cognição sumária, do exame que faço do despacho agravado, não vislumbro eventual ilegalidade e ou abuso de poder a contaminá-lo, tampouco se evidenciando situação de irreversibilidade de prejuízo à parte.

(...)

Ademais, dispõe a Súmula nº 45 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Descabe a concessão de liminar ou de antecipação de tutela para a compensação de tributos”.

IV — Isto posto, mantendo “si e in quantum” a decisão singular, determino o processamento do presente independentemente da providência requerida.

(...)”

(TRF-3ª Região, 6ª Turma, Agravo nº 98.03.052527-1, Relatora Juíza SALETTE NASCIMENTO, DJ, seção 2, 07/07/98, pp.177-178)

“(...) 2 – Descabe à parte pretender obter a compensação de tributos, através do instituto da antecipação de tutela, uma vez que, em tal caso não se justifica o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (STJ, RESP nº 97.153.611/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 25.02.98, pág. 33; RESP nº 121.133/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 29.09.97, p. 48131). Além do mais, inexistindo liquidez e certeza no crédito, não há que se falar em compensação “initio litis” (STJ, RESP nº 96.113.368/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 19.05.97, p. 20593). Consequentemente, encontrando-se a autora, ora agravante, ao desabrigo dessas considerações, indefiro o pleiteado efeito suspensivo com eficácia ativa. (...)”

(TRF-3ª Região, 4ª Turma, Agravo nº 98.03.048972-0, Relator Juiz SOUZA PIRES, DJ, seção 2, 07/07/98, p. 157)

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU TUTELA ANTECIPADA PARA COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES AO SALÁRIO EDUCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO “DECISUM” AGRAVADO.

I. A Natureza satisfativa da tutela antecipada afasta sua admissão, pois faticamente, concretiza o direito pretendido, oferecendo à agravante o próprio objeto do pedido jurisdicional, donde o óbice da irreversibilidade.

II. Decisões que concedem liminares em casos tais, às vezes podem ter o efeito de um bumerangue, voltando-se contra a própria parte que as obteve provisoriamente. Sem uma análise minuciosa e bem depurada do direito alegado e de extensão da violação afirmada, bem como da possibilidade de se ter em conta o que compensar-se com o quê, não é de boa natureza antecipar-se a tutela.”

(TRF – 3ª Região, Agravo de Instrumento nº 51.602, Registro nº 97.03.032375-8, Relator Juiz BAPTISTA PEREIRA, 3ª Turma, v.u., publicado no DJ em 29/07/98, Seção 2, pp. 252/253)

“Processual – Compensação Tributária – Antecipação de Tutela – Impossibilidade.

Não é lícito ao Poder Judiciário, em antecipação de tutela, efetivar compensação tributária, negando ao Fisco a possibilidade de rever o lançamento.”

(STJ, Resp nº 113.647/PR, 1ª Turma, unânime; Relator Ministro Humberto Gomes de Barros; DJU 15.09.97)

Várias são as razões pelas quais a compensação não pode ser antecipadamente concedida, tal como se vê acima. Costuma-se destacar, no mais das vezes, que o pagamento ocorrido há anos não comprometeu a vida da empresa e não será a impossibilidade de restituição ou compensação imediata que terá o condão de levá-la à falência. Não há, assim, o perigo da demora. Evidentemente, isso está correto.

Porém, tão importante quanto esses fundamentos para a denegação da liminar ou antecipação de tutela é, justamente, a total impossibilidade de declaração da efetiva existência de um crédito e do direito à compensação dele decorrente (art. 66 da Lei nº 8.383/91) em uma cognição sumária sem contraditório!

É preciso, pois, ouvir o fisco. Após, poderá o juiz reconhecer ou não a liquidez e certeza do crédito, de modo que terá o contribuinte, por via de consequência, o direito à compensação dos créditos.

Como vimos, se autoriza o juiz a compensação, estará autorizando também a extinção do crédito tributário (art. 156, II). Por essa razão exige o art. 170 do CTN a liquidez e certeza dos créditos para que seja feita a compensação. E, por óbvio, deve o fisco ser ouvido, sob pena de ser extinto o crédito tributário, sem a oitiva do seu titular, o que é um gigantesco absurdo, que atenta de forma violenta contra o princípio do contraditório.

É essa razão a mais forte para impedir seja concedida a compensação de créditos antes do final do processo, embora as demais também o façam.

Felizmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo a orientação que já estava sendo trilhada pela melhor jurisprudência, firmou entendimento no sentido de não ser cabível a compensação liminar de tributos, o que gerou a Súmula nº 212:

“Súmula nº 212. A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.”

4. A ação declaratória e a compensação de tributos

A ação declaratória, movida pelo contribuinte contra o fisco, não se presta nem à singela declaração da existência de um fato, nem tampouco da existência um direito à compensação “em tese”. Muito ao revés, a ação declaratória (e aí incluímos também as condenatórias, posto que têm sempre alguma carga declaratória) somente se presta a declarar a existência ou inexistência de relação jurídica entre as partes litigantes.

À toda evidência, para que essa declaração ocorra, há de se verificar o efetivo pagamento do tributo (mediante produção de provas), se esse pagamento foi indevido, quais os índices de correção a ser aplicados, se existem e quais são os limites para a compensação mensal. Feito isso, a declaração da relação jurídica, entre as partes, pode ser concedida.

Sustenta-se que a singela e lacônica “declaração” (em seu sentido não-técnico) do direito à compensação, sem especificar os montantes e limites, seria possível nas hipóteses de lançamento por homologação, haja vista que, por essa modalidade, deve o contribuinte recolher o tributo por sua conta e risco, ressaltado-se ao fisco o poder-dever da conferência.

Com a devida *venia*, esse entendimento está incorreto, e não se sustenta mediante análise um pouco mais aprofundada da questão. Com efeito, inexistente qualquer norma a determinar que o art. 170 do CTN não se aplica ao lançamento por homologação. Na realidade, somente após obtida a declaração de liquidez e certeza da existência de crédito oponível ao fisco é que poderá o contribuinte proceder à sua compensação (art. 170 do CTN) e, nas hipóteses de lançamento por homologação, o fará por sua própria conta e risco. Frisemos: *após* obtida a declaração de liquidez e certeza, fará o contribuinte a compensação por sua conta e risco.

Afinal de contas, se pudesse o contribuinte compensar por sua conta e risco, sem a declaração de certeza e liquidez do crédito, sem sua específica apuração, para que serviria o provimento jurisdicional?

Ninguém em sã consciência pode afirmar que um processo entre contribuinte e fisco servirá apenas para dizer qual é o direito “em tese”... Ou o processo serve apenas para conceder ao contribuinte “alvará” para a compensação? A lei não prevê, para a compensação, a necessidade de obtenção de um “alvará judicial”; exige, muito ao revés, que os créditos sejam líquidos e certos!

Nessa toada, é forçosa a conclusão de que qualquer “declaração” que não contemple esses aspectos, tende à inutilidade, afrontando, assim, a nossa teoria geral do processo, que exige seja o provimento jurisdicional tecnicamente útil. O processo judicial, entre contribuinte e fisco, deve culminar com um provimento específico para o caso concreto e não pela lacônica afirmação de qual seja o direito objetivo, vale dizer, de que a compensação “em tese” é permitida pela lei.

Nessa medida, somente para os casos em que o contribuinte demonstra o efetivo recolhimento do tributo indevido, assim como demonstra seu montante, atendido o princípio do contraditório, pode o Judiciário conceder, ao final do processo, o provimento almejado, na forma acima exposta, o que inclusive dará grande segurança jurídica para as partes, se ficar delimitado se existem e quais são os limites da compensação para o caso concreto.

Porém, nas hipóteses em que a petição inicial nem mesmo traz a informação do montante pago, não poderá Judiciário declarar o montante do efetivo crédito, mas apenas poderia “declarar” um suposto direito (objetivo e “em tese”) à compensação, vale dizer, repetindo o que diz a lei, o que não irá configurar a *declaração de relação jurídica*, prevista no art. 4º, I, do CPC, não podendo ser admitido.

A declaração que alude o art. 4º, I, do CPC, dentro do tema em análise, pode ser usada como forma de configuração da certeza jurídica de que o autor não devia um determinado tributo, em determinada época. Se já existe qualquer provimento *erga omnes* nesse sentido, há flagrante carência de ação, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito. Por essa razão, o pedido deve ser mais específico, de modo compor o litígio que o tributo, além de *abstratamente indevido*, foi *efetivamente pago*, em montante determinado.

Se pretende o contribuinte ver “declarado” um direito à compensação, será o caso de improcedência do pedido, se os requisitos legais (art. 170 do CTN) não estiverem presentes. Não tem direito à compensação aquele que não tem créditos líquidos e certos.

5. O mandado de segurança e a compensação de tributos.

Oportuno lembrar que o mandado de segurança somente pode ser usado para efeito de compensação de créditos tributários na hipótese do contribuinte ter obtido, por via administrativa ou judicial, a declaração de liquidez e certeza de seu crédito e, cumulativamente, tenha o fisco praticado qualquer ato visando impedir o contribuinte de compensar esses créditos na forma estabelecida.

Nessa mesma medida, cabe o mandado de segurança preventivo se existe justo receio desse ato vir a ser praticado.

O direito à segurança surge nesses casos exatamente porque há um ato ilegal praticado ou a ser praticado por agente público. Portanto, fora dessas hipóteses, não há espaço para o mandado de segurança, exatamente em razão desta medida somente ser cabível contra ato ilegal e abusivo de autoridade pública (art. 1º da Lei nº 1.533, de 31/12/51).

Com a devida *venia*, é um crasso equívoco a concessão da segurança para efeito de impedir o agente fiscal de cumprir o que a lei lhe manda (autuação e levantamento de débitos não pagos).

Efetivamente, não é possível a utilização de mandado de segurança para fins meramente declaratórios, dado o caráter mandamental dessa medida, que exige a liquidez e a certeza do direito pré-constituídas pelo impetrante. Se pretende o contribuinte a “declaração” do quer que seja, o meio cabível é a ação declaratória.

O que não é nem um pouco razoável é a utilização do mandado de segurança como forma de, sem a existência de provimento reconhecendo a existência de créditos oponíveis contra o fisco, efetuar a compensação de créditos, em flagrante ofensa ao que dispõe o art. 170, do CTN, impedindo que o fiscal faça o que a lei lhe determina! Qual é o “ato ilegal ou abusivo”? Até que seja o art. 170, do CTN, julgado inconstitucional, têm os agentes fiscais o *dever* de não reconhecer como válidas as “compensações” efetuadas sem a sua observância.

Nessa toada, *data venia*, a concessão da segurança para que esse agente público permita uma “compensação” de créditos ilíquidos ou incertos, configura uma astronômica e inadmissível heresia jurídica.

O mandado de segurança, portanto, somente pode ser usado, em sede de compensação de tributos, na hipótese do contribuinte já ter obtido provimento no sentido de reconhecer a liquidez e certeza de créditos oponíveis contra o fisco, caso venha o contribuinte a ser autuado ou tenha justo receio de vir a sê-lo.

5.1. A Súmula nº 213 do STJ

A questão da compensação de tributos em sede de mandado de segurança foi objeto de súmula do Superior Tribunal de Justiça:

“Súmula nº 213. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

Salta aos olhos que essa súmula não afirma que créditos ilíquidos ou incertos podem ser compensados. Ademais, também não diz essa súmula quais são os créditos que podem ser compensados.

Afirma ela, singelamente, que o mandado de segurança pode ser usado para a *declaração* do direito à compensação.

Que o mandado de segurança *declare* o direito, não é nenhuma novidade. Afinal de contas, exatamente por ter essa ação o caráter *mandamental*, é óbvio que é necessário dizer (*declarar*) o direito, para, em seguida, determinar (*mandar*) à autoridade impetrada que faça ou deixe de fazer algo.

Por outro lado, o direito à compensação, abstratamente considerado, já existe, nos termos da lei (art. 170, do CTN). De modo que o mandado de segurança realmente pode servir para a declaração do direito à compensação tributária...

... Desde que tenha o contribuinte esse direito, é claro.

Assim, bem se vê que a súmula em nada esclarece a controvérsia, existente nos tribunais, a respeito da necessidade da existência de créditos líquidos e certos para efeito de compensação tributária.

Portanto, toda vez que tenha o contribuinte o direito à compensação tributária, pode ele usar o mandado de segurança para protegê-lo.

À toda evidência, o mandado de segurança não tem nenhuma carga constitutiva, de modo que a existência do direito à compensação deve ser sempre antecedente à impetração do mandado de segurança. Com a devida *venia*, pretender que o mandado de segurança possa alterar o direito é uma heresia jurídica.

Portanto, o alcance da Súmula nº 213, do STJ, a teor de sua redação, só pode ser restrito às hipóteses em que, efetivamente, já dispõe o contribuinte do direito à compensação, o que só ocorre se tem ele créditos líquidos e certos oponíveis ao fisco, nos termos do art. 170, do CTN, sob pena de se transformar o mandado de segurança em uma ação constitutiva. Vale dizer: caso o contribuinte tenha obtido a declaração de certeza e liquidez dos seus créditos, poderá ele impetrar mandado de segurança na hipótese do fisco desrespeitar seu direito ou de haver justo receio de que isso possa ocorrer.

Frise-se, finalmente: a Súmula nº 213 não diz que créditos ilíquidos ou incertos podem ser objeto de compensação tributária. Se dissesse, estaria violando a lei e os mais comezinhos princípios do direito processual que regem o mandado de segurança, o que, felizmente, incorreu.

6. Conclusão: o provimento correto para a compensação de tributos

Por todas as razões expostas, percebe-se que qualquer decisão judicial que “autorize” uma compensação de créditos ilíquidos ou incertos estará violando o art. 170, do CTN. Além disso, essa autorização, em última análise, consistirá em um mero “alvará judicial”, não previsto por qualquer norma, servindo unicamente para que possa o contribuinte, contra texto expresso de lei, proceder à compensação, sem sofrer penalidade alguma, o que não pode ser admitido.

Diante da negativa da Administração em reconhecer a existência de créditos oponíveis contra si, tem o contribuinte o direito processual à propositura de ação judicial para esse reconhecimento.

Por meio dessa ação, deve ele, necessariamente, afirmar quanto pagou e produzir a prova pertinente, fundamentando a pretensão de ver seu pagamento indevido convertido em crédito a ser compensado.

Nessa hipótese, poderá a ação, se for o caso, ser julgada procedente. Inclusive poderá a sentença estabelecer a forma de atualização do crédito do contribuinte e as condições e limites da compensação, se estas questões forem objeto da lide.

Obtendo o contribuinte esse provimento, nos exatos termos do art. 170, do CTN, tem ele o direito de compensar os créditos. E é bom frisar que na hipótese de lançamento por homologação (agora sim!), será a compensação efetuada pelo contribuinte, por sua própria conta e risco, sem a participação inicial da Administração Pública, desde que obtida a declaração de liquidez e certeza, nos termos do disposto no art. 170, do CTN, que expressamente lhe confere esse direito.

Finalmente, se apesar de obtido o provimento que apure a certeza e liquidez dos pagamentos indevidos, for o contribuinte atuado pelo fisco em decorrência do não reconhecimento de uma compensação de créditos efetuada nos termos desse provimento, terá ele o direito processual de ver protegido o seu direito subjetivo por via de mandado de segurança, o que está de acordo com a Súmula nº 213, do STJ.

* O autor é Bacharel em Direito pela USP e Procurador Autárquico do INSS em Brasília (DF), onde atua junto aos Tribunais Superiores.



PALESTRA — COMBATE À SONEGAÇÃO, ÀS FRAUDES E À EVASÃO FISCAL — SEMINÁRIO: ETAPA DE RECIFE

*João Spencer Ferreira da Costa **

I — Introdução

Defrontando-me com essa plêiade de autoridades e servidores públicos, peço licença para evocar dois momentos que considero marcantes em minha curta e apagada trajetória no universo previdenciário.

— **06 de setembro de 1979**, data da assinatura do **Decreto nº 83.936**, o qual, a pretexto de simplificar a vida do cidadão, passou a ser instrumento a serviço dos fraudadores, dando ensejo ao **EXTRATO DE DOCUMENTOS — RURAL**, que deveria conter resumo de dados extraídos dos documentos exibidos ou supostamente apresentados às antigas Representações do ex-FUNRURAL. Evidenciava-se naquela época que à Administração da Previdência não convinha emitir **notícia-crime** relativamente aos delitos definidos nos artigos 86 e 155, da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960;

— **21 de maio de 1996**, quando estive em Recife o insigne Secretário-Executivo do MPAS — **Dr. JOSÉ CECILIN**, autoridade que fez ressurgir meu combatido ideal de lutar contra a corrupção na Previdência Social — o que para mim até aquele instante não passara de uma quixotada, porquanto imaginava eu ter sido apenas um lutador solitário, com muitos adversários e nenhuma vitória a contar.

Permitam-me, agora, ler algumas palavras pronunciadas pelo Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, após a nomeação do eminente jurista — Dr. Maurício Corrêa — para o cargo de Ministro do STF, às quais certamente hão de estimular aqueles que continuam acreditando na moralização do nosso serviço público:

“Quem quiser ter vida plácida e passar incólume da crítica, das adversidades, dos ciúmes e das idiosincrasias políticas, jamais mova um grão de areia no mundo físico. Recolha-se à redoma de um gabinete, ganhe nediez epidérmica, por não se expor ao sol. Porque assim não se encontrarão críticas, nem adversários.

Mas aquele que ousa bem desincumbir-se de suas funções e que ergue o gládio contra a iniquidade, contra o arbítrio, contra a corrupção, fatalmente terá poderosos inimigos, a quem suas atitudes sempre desagradarão.”

II — Procedimentos administrativos — dificuldades verificadas

- a) inobservância do MANUAL DE COMUNICAÇÕES ADMINISTRATIVAS, aprovado pela Portaria nº 91, de 23.12.77, do então Diretor-Geral do Departamento de Administração do MPAS, da RESOLUÇÃO Nº 279, de 28.06.95, do Sr. Presidente do INSS, e da CIRCULAR-CONJUNTA SEPE/PE Nº 001/96, de 15.04.96, na instrução dos processos

- administrativos que são enviados à Procuradoria Estadual do INSS em Pernambuco, para emissão da **notícia-crime**;
- b) falta da juntada aos referidos processos de documentos essenciais à prova da materialidade e autoria do delito, por ser de quem alega o ônus da prova (Código de Processo Penal, art. 156);
 - c) inclusão descabida da expressão **APROPRIAÇÃO INDÉBITA** no **RELATÓRIO FISCAL** que trata dos ilícitos descritos nas alíneas “d”, “e” e “f”, do art. 95, da Lei nº 8.212/91, pelos motivos expostos a seguir.

III — Crimes praticados em detrimento do patrimônio ou interesses da Previdência Social — Legislação aplicável

A tipificação das condutas atentatórias aos bens ou interesses do Sistema Previdenciário já merecera a atenção do legislador pátrio, quando elaborava a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. Mencionado diploma legal, em seus artigos 86 e 155, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, elencava os comportamento considerados delituosos.

O legislado da época tomou por empréstimo definição de condutas e cominação de penas já existentes no ordenamento jurídico, **tipificação** denominada **equiparativa**.

Assim, o citado artigo 155, em seu inciso I, enumerava determinados atos e os equiparava ao delito de **sonegação fiscal**, previsto na Lei nº 4.729/65; no inciso II, como já fizera no artigo 86, mencionava conduta equiparada à de **apropriação indébita**, definida no art. 168, do Código Penal brasileiro; em seu inciso III, arrolava uma série de comportamentos equiparados ao delito de **falsidade ideológica**, descrito no art. 299 de nosso diploma penal; e, finalmente, no inciso IV, contemplava ações equiparadas ao **estelionato**, tipificado no art. 171, do CP.

Ao legislador de 1960 pareceu mais fácil a enumeração de delitos previdenciários por assemelhação, renunciando à sua prerrogativa de criar tipos penais autônomos e próprios, destinados a proteger o patrimônio e o interesse da Previdência Social.

Com o advento da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, conseguiram acomodar no seu art. 95 e respectivas alíneas as diversas condutas típicas constantes dos artigos 86 e 155, da então revogada Lei nº 3.807/60, porém cometeram graves equívocos, a saber:

- a) ao invés de cominarem penas para todas as condutas tipificadas, o fizeram, no seu § 1º, apenas em relação às mencionadas nas alíneas “d”, “e” e “f”, prescrevendo que a pena seria aquela estabelecida no art. 5º, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, sendo aplicáveis àqueles crimes as disposições constantes dos artigos 26, 27, 30, 31 e 33 do último diploma legal citado;
- b) colocaram uma regra genérica no § 2º, o que é tecnicamente reprovável.

Entendemos que, **a partir da vigência da Lei nº 8.212/91**, não se poderia denominar de **apropriação indébita** as condutas descritas nas alíneas “d”, “e” e “f” de seu **artigo 95**, visto que se trata de **CRIME OMISSIVO PRÓPRIO**, para o

qual achou mais fácil o legislador se valer da **cominação prevista no art. 5º, da Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional.**

Tentando descaracterizar o supracitado **delito omissivo próprio**, advogados dos infratores estão **usando de sofisma vário**, dizendo versar sobre “**dívida civil (C.F., art. 5º, inciso LXVII)**”, “**inexigibilidade de conduta diversa**”, “**apropriação indébita**”, ou exculpando os responsáveis pela omissão, “**porque o contribuinte paga os salários líquidos, empregando todos os seus recursos financeiros disponíveis ...**”.

Segundo o **entendimento** do excelso **Supremo Tribunal Federal**, citado por Celso Delmanto (Código Penal comentado — 3ª edição — RENOVAR — p. 21):

“Omitir não é non fere nulla, mas, sim, não desenvolver uma determinada atividade, contrariando uma norma jurídica em que se contém um comando de agir.”

(STF, RHC 67.286, DJU 5.5.89, p. 7162).

O representante legal da empresa **tem o dever jurídico de recolher ao INSS, no prazo fixado em lei, as quantias descontadas dos segurados empregados, etc.**

É dada oportunidade ao interessado para regularizar a situação da empresa ou **provar o recolhimento recente** das importâncias constatadas pela Fiscalização do INSS, antes da remessa da **notícia-crime** ao **MPF/PE**.

IV — Medida cautelar fiscal

De conformidade com a Lei nº 8.397, de 06 de janeiro de 1992, o procedimento cautelar fiscal pode ser instaurado antes ou no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias e dessa execução é sempre dependente.

Para reforço da tese daqueles que, acompanhando a antiga interpretação do Supremo Tribunal Federal, consideram as contribuições previdenciárias como sendo de natureza estritamente social, a mencionada Lei nº 8.397, no seu art. 18, estabelecia: “As disposições desta Lei aplicam-se, também, ao crédito proveniente das contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal”.

V — Concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público

Não obstante a vedação legal, contida no § 3º, do art. 1º, da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, é grande o número de liminares concedidas a empresas devedoras e até fraudadoras da Previdência Social, compelindo o INSS a fornecer-lhes **Certidão Negativa de Débito — CND**, antes mesmo que a autoridade tida como coatora tenha prestado suas informações, no prazo de lei. É irreparável o prejuízo da Autarquia, porquanto as empresas preparam adredemente todos os atos que pretendem praticar, após recebida a CND.

Felizmente, alguns Magistrados, mais cautelosos, optam por despachar o pedido de liminar, somente depois de recebidas as informações da autoridade impetrada.

Sobre o tema, ressalta-se a respeitável decisão do hoje eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça — **Dr. JOSÉ AUGUSTO DELGADO**, na época Juiz

Presidente do TRF da 5ª Região, quando apreciou o pedido de **SUPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 1170 — CE:**

“Vistos, etc.....

Entendo que a expedição da Certidão Negativa de Débito, tal como solicitada pela impetrante, na peça exordial do **writ**, representa uma antecipação da tutela jurisdicional, incompatível com a garantia constitucional do devido processo legal **(due process of law)**.

O deferimento da liminar simplesmente esgota o objeto do **writ**, em despreço do trâmite processual regular legal, com as informações da autoridade impetrada e a emissão do parecer pelo duto representante do Ministério Público. Destaco que já apreciei questão similar, ao analisar a Suspensão de Segurança nº 672 — CE.

Isto posto, defiro o requerimento da suspensão da execução da liminar, por entendê-la atentatória à ordem pública, nos termos do art. 4º, da Lei nº 4.348/64.

Recife, 03 de fevereiro de 1993....”.

* João Spencer Ferreira da Costa — Procurador do INSS, Mat. 1.307.363 — OAB/PE 4.023.

Seminário — Combate à Sonegação, às Fraudes e à Evasão Fiscal — Etapa Recife

Data do evento: 30 de outubro de 1997 — Promoção: **ANFIP/ASFIPE**



RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Tributário/previdenciário

*Milton Luiz Gazaniga de Oliveira **

Introduzindo o tema, efetuiremos algumas considerações de ordem prática com relação à matéria acima intitulada, em função de localizarmos profunda contradição entre a norma positivada, que determina irrestritamente a aplicação da responsabilidade solidária aos sujeitos passivos do fato gerador da contribuição social, regras estampadas tanto no Código Tributário Nacional, art. 124, quanto na Lei de Custeio e Lei 8.620. Por outro lado, a restrição estabelecida na jurisprudência, especialmente a fixada na súmula 126 do então TFR (beneficiando esses mesmos sujeitos imputados pela norma), que lhes aplica apenas a responsabilidade subsidiária. Ocorre que a vigência da aludida súmula, mesmo que superada pela lei posterior, ainda está sendo aplicada ao caso concreto pelo Tribunal Regional Federal 4ª R. e em decisões locais. Assim, um caso fácil, com solução normativa (regras claras) advindo de um poder competente, tornou-se polêmico no âmbito do direito tributário/previdenciário, oportunizando a elaboração destas reflexões e posições.

Digo posições assumidas, porque esse breve estudo, deixou patente a existência de duas responsabilidades solidárias distintas, uma de ordem geral, art. 124, I, do CTN a qual, segundo Bobbio, pode ser aplicada na ausência de norma específica e, obviamente, a de ordem legal ou específica estabelecidas pelas leis ordinárias, com base no art. 124, II, da aludida Lei Complementar (CTN). Evidentemente que a aplicação dessas duas modalidades por não apresentarem lacunas, antinomias, textura aberta nas expressões lingüísticas, não poderiam provocar a busca do judiciário para interpretar ou decidir o caso em desfavor da norma.

Desse modo, para atacar a posição do judiciário, pretendemos abordar a questão buscando fundamentação teórica, trabalhando no método lingüístico apregoado por Bobbio, concluindo pela aplicação da norma dentro de uma perspectiva Kelseniana do Direito, por considerar que o caso deve ser resolvido pelo modelo de função judicial da espécie silogística (caso fácil ou seja, subsunção lógico-mecânica dos fatos à norma). Para tanto, primeiramente nos socorremos de alguns conceitos e métodos interpretativos fixados nas leis civis e tributárias, dicionários e manuais de direitos. Finalizaremos com conclusões não definitivas, porém tendentes a iniciar um debate que se rebelará contra a desconsideração do direito estatal positivado. Assim, passamos a analisar a matéria começando pelos conceitos básicos.

1. Conceito solidariedade

Na solidariedade, o devedor solidário responde juntamente com o devedor principal, em pé de igualdade, podendo a dívida ser cobrada indiferentemente de um ou de outro, no todo ou em parte, à escolha do credor (CC, art. 904).

“Art. 904. O credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum.”

2. Interpretação das leis tributárias (interpretação civilística e autêntica)

Pergunta-se, as normas de direito civil podem servir de fonte interpretativa do direito tributário?

Pois bem, o art. 107 e seguintes do CTN limitam a liberdade hermenêutica no direito tributário. No entanto, em outros dispositivos, do suso diploma, fixam parâmetros em que o legislador tributário deve seguir sob pena de causar ilegalidade da norma ordinária. Como por exemplo, o conteúdo fixado no art. 110 do CTN, que proíbe a alteração de institutos jurídicos, conceitos e formas de direito privado para definir ou delimitar competências tributárias. Mais adiante o art. 111 enumera taxativamente os casos em que deve ser aplicada a interpretação literal (gramatical).

Assim, por dedução lógica, a solidariedade, sendo um instituto de direito privado, que não delimita competências tributárias nem está enquadrada no aludido art. 111, é perfeitamente aplicável e definida ou interpretada de acordo com as regras de direito privado e as acima enumeradas, estabelecidas pelo próprio legislador numa espécie de interpretação autêntica antevista pelo CTN (art. 111).

Mas, como se não bastasse, a Lei de Execuções Fiscais, acaba por permitir a utilização das regras de direito privado relativamente à responsabilidade, com o seguinte conteúdo, Lei 6.820/80:

“Art. 4º ...

§ 2º À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.”

Portanto, fica perfeitamente definido que é possível aplicar o mesmo conceito civilístico de responsabilidade solidária ao tema em comento numa visão integralista do direito. Se o caso fosse de difícil resolução. Porém, a matéria encontra-se muldurada na norma e são essas regras que visualizaremos a seguir, desmistificando-as numa visão positivista do direito.

Como noticiado preambularmente, faremos distinção das duas espécies de responsabilidades, a solidária com base na norma geral (CTN) e na norma específica (Lei 8.212), bem como, procurar distinguir essas espécies (uma de ordem geral, dita solidariedade natural e a outra de ordem legal fixada na legislação ordinária), cujas origens convergem do art. 124, do CTN, como abaixo segue.

3. A responsabilidade solidária no âmbito da Previdência

A responsabilidade solidária, (no esquema Kelseniano e que nos propomos), tem suporte legal no art. 124, do CTN; e, historicamente, no Decreto 90.817/85, Lei 8.212/91, art. 30, VI, esta com o mesmo teor do art. 139, § 2º, da CLPS, Decreto 89.312/84 e no art. 13, da Lei 8.620/93. Abaixo transcritos:

Art. 124 – São solidariamente obrigadas:

I — as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II — as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único — A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Na Lei 8.212, o art. 30, inciso VI, assim define:

“VI – o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou o condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações;

VII – exclui-se da responsabilidade solidária perante a Seguridade Social o adquirente de prédio ou unidade imobiliária que realizar a operação com empresa de comercialização ou incorporador de imóveis, ficando estes solidariamente responsáveis com o construtor;”

Também nesse diapasão estão incluídos os sócios das empresas limitadas, isso é, com o advento da Lei 8.620/93, em seu art. 13, mais uma inovação legislativa a respeito da solidariedade legal. A aludida regra não exclui responsabilidade dos sócios cotistas mesmo no caso de possuírem suas cotas integralizadas no momento da ocorrência do fato gerador, com o seguinte teor:

“Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.”

No plano prático estas afirmações incipientes têm relevância, como exemplo a citação dos sócios quotistas em sede de execução fiscal, pois, a relação de solidariedade pode ser de ordem legal, como acima descrito na norma (art.13, da Lei 8.620/93), estando sujeito a constrição judicial “ab initio”, sem benefício de ordem, fato que muitas vezes não encontra ressonância em determinadas instâncias judiciais.

Portanto, desde já podemos chegar a conclusões preliminares de que essas regras possuem clareza na linguagem normativa e podem ser chamadas de “regras de condutas claras” e então afirmar a sua validade porque são normas jurídicas estatais, através das quais, chamadas de “dever ser”, se observará o mundo do “ser” (o fato impondível). Todavia, o poder judiciário ao julgar os fatos, fugiu ou se demonstrou aleatório ao mundo normativo, infringindo um critério claro de validade da norma, ou seja, a produção dessas normas pelo poder competente ou, como quiser, sua recepção no caso do CTN pela Constituição anterior.

Passamos então a algumas afirmativas. Primeiramente focalizamos a solidariedade de ordem legal para, após, distinguirmos da solidariedade natural:

Desse modo, pedimos a gentileza do leitor se fixar no art. 124, do CTN, regra essa que contém dupla validade como dito, uma aplicabilidade de ordem geral e outra específica, da qual serve de parâmetro legal, como adiante avançaremos esses tópicos.

“En passant” responsabilidade solidária definida na Lei 8.212 é de ordem normativa, cuja pirâmide legal tem base no inciso II, do art. 124, do CTN. Assim, na Solidariedade legal as pessoas são expressamente designadas por Lei, mesmo que não tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador do tributo. Ou seja, **“A solidariedade no Direito Tributário é a passiva e resulta sempre da lei: – não se presume nem pode nascer da vontade das partes.”** (in Direito Tributário Brasileiro, Aliomar Baleeiro, 10ª ed. p. 471). “Ad argumentandum tantum”, as convenções particulares não podem ser opostas contra a Fazenda Pública, art. 123, CTN.

4. O que é benefício de ordem?

A responsabilidade solidária decorrente das leis supra, permite que a Fazenda Pública execute o responsável, dando a este o direito de regresso nos termos da lei civil. Todavia, a responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem. Benefício que a doutrina assim define:

“III. BENEFÍCIO DE ORDEM. — como no código civil, não há benefício de ordem, isto é, a exigência pode ser feita a qualquer dos co-obrigados ou a todos, não podendo os indicados no art. 124 exigir que, em primeiro lugar, se convoque ou execute o contribuinte definido no art. 121, § único, I.” (Aliomar Baleeiro na obra supra citada, p. 472). É o que diz textualmente o parágrafo único do art. 124, do CTN.

Assim, se o parágrafo único do art. 124, do CTN afirma que não haverá benefício de ordem, não pode o judiciário criar, inovar, legislando positivamente.

Para provocarmos o debate, verificamos contradição a respeito do acima dito com a Súmula 126, do TRF:

“Súmula 126. Na cobrança de crédito previdenciário, proveniente da execução de contrato de construção de obra, o proprietário, dono da obra ou condômino de unidade imobiliária, somente será acionado quando não for possível lograr do construtor, através de execução contra ele intentada, a respectiva liquidação”.

Veja que o aplicador do direito criou um benefício de ordem contra a fazenda pública. Portanto, entre outras indagações pergunta-se: A súmula 126, do TFR, teria negado vigência a atual redação do art. 30, VI, da Lei 8.212/91?

Então o poder judiciário ao continuar aplicando a malsinada súmula contra a lei, agiu: 1- de modo discricionário? 2. Entendeu que haviam antinomias reais? 3. Aplicou a justiça de sua consciência subjetiva? 4. Valorizou o sistema do “common law” em detrimento do “civil law”?

Essas indagações devem ser clareadas, após os aspectos práticos que relataremos, para que o texto não se torne sem o valor a que nos propusemos a defender.

No âmbito previdenciário, ou seja, para os operadores do direito acostumados com a prática fiscal, diríamos que em tese a súmula 126, máxime poderia ser aplicável se o fisco tivesse constituído o débito (crédito tributário) e emitido a CDA somente contra o construtor. Nesse caso estaria obrigado a acionar em primeiro lugar a pessoa contra qual o débito foi constituído (no caso o construtor), para após, o dono da obra. Tudo isso para não causar cerceamento de defesa na esfera administrativa, vide art. 5º, LV, CF/88, como adiante opinaremos.

Ao contrário, a súmula paradigma não tem aplicabilidade no âmbito de vigência do dispositivo fixado no art. 30, VI, da Lei 8.212/91, se o procedimento administrativo for corretamente conduzido.

Ora, como lembrete necessário, a norma previdenciária (Lei 8.212, art. 30, VI) teve embasamento no CTN (art. 124, II) no que se refere a solidariedade e não na responsabilidade tributária, art. 128, do CTN, a qual daria, se fosse o caso, apenas responsabilidade supletiva. Coisa completamente diversa com tratamento jurídico plenamente distinto.

5. As decisões judiciais negando vigência às normas supra apontadas.

É neste momento que esclareço a utilidade deste trabalho para as causas previdenciárias de ordem tributárias. Ocorre que já tivemos oportunidade de nos depararmos com sentença em que textualmente afirmava a expressão “solidariedade subsidiária”. Ao nosso ver um absurdo jurídico ou afirmação desprovida de conteúdo lingüístico plausível. Digo isso porque está fora do que se pode chamar de linguagem científica. Isto é, aquela em que todas as palavras estão definidas e o uso das palavras definidas não contrariem as regras que têm servido para sua definição (as regras de direito privado donde nasceu a palavra “**solidária**”). É Bobbio que assim pensa “*El conjunto de las reglas que establecen el uso de una palabra. El concepto de propiedad, de mandato, de mutuo y semejantes viene dado por el conjunto de las reglas que establecen el uso de la palabra mandato, propiedad, mutuo y semejantes.*” e

prossegue: *“Hemos visto que un estudio se puede llamar científico cuando usa un language científico: el language científico es aquel en el que todas las palabras están definidas y uso de las palabras definidas no contraviene las reglas que han servido para su definicion, es decir, consta de un conjunto de reglas y de un conjunto de operaciones conformes com estas reglas.”* (in, contribuição a la teoria del derecho, p. 188).

Porém o judiciário negou vigência exatamente porque desconsiderou a literalidade da expressão “solidária” normativamente fixada, validando súmula anterior (diríamos, superada pela nova ordem jurídica vigente).

Veja, de modo algum poderia decidir discricionariamente porque não há falar em lacunas nas leis sob exame. Mais que isso, se fosse caso, o certame legal ofereceria, como de fato oferece, duas soluções, uma de ordem geral e outra específica (art. 124, CTN, I e II) e com essas alternativas resolveria ainda, se eventualmente ocorresse, os casos de antinomias. Nem acreditamos que tenha aplicado a justiça de sua consciência subjetiva porque invadiria o princípio da separação dos poderes. Acreditamos sim, que valorizou a jurisprudência (commom law – precedentes judiciais – sistema inglês), em detrimento ao direito estatal o qual adotamos.

Em homenagem ao direito pátrio, mais uma vez retomamos a tarefa de definir perfeitamente a solidariedades legal e a geral (ou natural como alguns costumam a chamar).

Pois bem, nos propusemos a apresentar o tema e dissemos que o mesmo se divide em duas modalidades de solidariedade e até então focalizamos apenas a solidariedade legal. Todavia, para que possamos distingui-las bastará nos fixarmos adiante o que diz os manuais sobre a solidariedade. Antes disso devemos reafirmar a existência de três hipóteses de transferência tributária: a solidariedade, sucessão e responsabilidade de terceiros, para que o sistema tributário não seja perdido em alhures, pois estamos apenas nos referindo a transferência por solidariedade.

Se fomos incumbidos de falar sobre a Solidariedade Tributária – então, em direito Tributário, esse gênero se divide em espécies. Passamos a repetir um pouco dos conceitos acima ditos, para rememorizá-los, isso é, da mesma sorte que no Direito Civil e Comercial, existe solidariedade sempre que duas ou mais pessoas estejam simultaneamente obrigadas pela mesma situação jurídica (abrange obrigações acessórias e o principal). Assim, mais adiante, verificamos que a doutrina se encarregará de desdobrar os dois momentos: A **Solidariedade natural** (as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, vide inciso I, do art. 124, do CTN) e a **Solidariedade legal** (como já foi visto, em que são as pessoas expressamente designadas por Lei, mesmo que não tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador do tributo)

Hugo de Brito Machado assim distingue:

“Diz o CTN que são solidariamente obrigados as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 124, I) e também as pessoas expressamente designadas por lei (art. 124, item II).

As pessoas com interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação de pagar um tributo são solidariamente obrigadas a esse pagamento, mesmo que a lei específica do tributo em questão não o diga. É uma norma geral, aplicável a todos os tributos.” (in Curso de Direito Tributário, 10ª ed, p. 99).

Aí reside a solidariedade natural.

Mais adiante o mesmo Autor afirma: “**Também são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas em lei, isto é, a lei pode estabelecer a solidariedade entre pessoas que não tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador do tributo.**”

Nesse momento o autor conceituou a solidariedade legal, e prosseguiu:

“Se há interesse comum, a solidariedade decorre do próprio Código Tributário Nacional.” (p. 99).

Haverá, por exemplo, solidariedade no caso de os sócios de uma sociedade vierem a ficar responsáveis pelos impostos devidos pela sociedade, em caso de falência. Outro exemplo de solidariedade é aquela relacionada com a cobrança o IPTU, de um prédio em condomínio, em que o Município pode fixar em qualquer um dos condôminos para efetuar a cobrança do tributo devido pelo valor total.

Repise-se, a solidariedade não comporta benefício de ordem. O Fisco pode, desde logo, se fixar em qualquer dos co-obrigados, sem obedecer a nenhuma escala preferencial entre eles.

Para que não esqueçamos, salvo disposição de lei em contrário, também para a solidariedade natural, aplica-se os mesmos efeitos, isso é:

- a) O pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita os demais;
- b) A isenção ou remissão do crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;
- c) A interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

6. Para demonstrar a dissidência jurisprudencial, transcrevemos decisões:

Origem: TRIBUNAL: TR4 ACORDÃO RIP: 04031753 DECISÃO: 03-02-1994 Tribunal — TR4 NUM: 0403175 ANO: 93 UF: PR TURMA: 01 REGIÃO: 04 APELAÇÃO CIVEL Fonte: Publicação: DJ DATA: 16-03-94 PG: 09975

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIARIAS. EDIFICAÇÃO.

A EMPRESA QUE REQUER A MATRICULA DA OBRA E A RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIARIAS RESULTANTES DO EMPREGO DA MÃO-DE-OBRA, DELA NÃO SE DESONERANDO SEM QUE AS ALTERAÇÕES DO CONTRATO DE CONSTRUÇÃO SEJAM NOTIFICADAS A FISCALIZAÇÃO DA PREVIDENCIA SOCIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DO PROPRIETARIO DAS OBRAS. APELAÇÃO E REMESSA “EX OFFICIO” PROVIDAS.

Informações da Origem: TRIBUNAL: TR4 ACORDÃO RIP: 04031753 DECISÃO: 03-02-1994 PROC: AC NUM: 0403175 ANO: 93 UF: PR TURMA: 01 REGIÃO: 04 Relator: JUIZ ARI PARGENDLER.

Origem: TRIBUNAL: TR4 ACORDÃO RIP: 04126459 DECISÃO: 01-09-1994
Tribuna – TR4 UF: RS TURMA: 02 REGIÃO: 04 APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA

Fonte: Publicação: DJ DATA: 19-10-94 PG: 59882.

Ementa: PREVIDENCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÕES. RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR E DONO DE OBRA.

1. A RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR E DO DONO DA OBRA EM RELAÇÃO AS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS POR SUB-EMPREITEIRO, É **SOLIDARIA MAS SUBSIDIARIA** (CLPS — DECRETO N. 89.312/84, ART. 139, PAR. 2 E 3 — SUMULA 126 — TFR). NÃO E CABIVEL EXIGIR-SE O RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PELO CONSTRUTOR, COM BASE NOS VALORES DE MÃO-DE-OBRA FORNECIDA DE PESSOAS JURIDICAS CONTRATADAS, SEM PREVIA DEMONSTRAÇÃO DO INADIMPLEMENTO DESSAS E DE SUA INCAPACIDADE ECONOMICA PARA SUPORTAR A OBRIGAÇÃO. 2. RECURSO PROVIDO.

Informações da Origem: TRIBUNAL: TR4 ACORDÃO RIP: 04126459
DECISÃO:01-09-1994 PROC: AMS NUM:0412645 ANO: 91 UF: RS
TURMA: 02 REGIÃO: 04 Relator: JUIZ: 414 — JUIZ TEORI ALBINO
ZAVASCKI.

7. Procedimentos que devem ser seguidos para boa aplicação da responsabilidade solidária.

É bom lembrar, ainda, para que possamos encontrar respaldo no fundamento de validade das normas estatais, necessário se faz acontecer plena subsunção dos fatos à norma. Para tanto, a conformidade do mundo fático com o jurídico, para a ciência positiva, deve ser visto sob a ótica da lei. Assim, a Lei Suprema garante o direito de defesa. Diante dessa ordem imperativa, para que o INSS tenha sucesso, na cobrança dos créditos fiscais em que figurem sujeitos passivos solidários, se faz necessário seguir rigorosamente os passos da norma, conformando essa realidade com o que descreve a lei.

Em outras palavras, estabelecer o pleno direito de defesa, isso é, para o plano da realidade nada mais é do que notificar todos os devedores solidários, disponibilizando os elementos obtidos junto a contabilidade do originariamente sujeito passivo (contribuinte, art. 121, I, CTN).

Portanto, solidariedade deve nascer já no momento do lançamento do débito, sob pena de escolha posterior esbarrar no princípio da ampla defesa e esse vício de origem (esfera administrativa) contaminar os procedimentos posteriores e aí ocorrer o vício mais grave para o operador do direito, a inconstitucionalidade do ato administrativo.

Não encontramos outra justificativa, senão a acima apontada, para a edição e aplicação a normas posteriores da prefalada Súmula 126, do TFR. Todavia, não tivemos acesso à integralidade do excerto no que se refere aos seus argumentos e elementos ensejadores da decisão.

Em suma, temos a consciência de que a legislação nova superou a súmula em questão, porque expressamente atribuiu a solidariedade legal no âmbito das contribuições previdenciárias, sem quaisquer reservas de benefício de ordem ou

subsidiariedade, mesmo que o judiciário, em algumas decisões, adote posições que afrontam as aludidas normas válidas.

Destarte, do conflito acima narrado, entendemos que somente se resolverá mediante prequestionamento da matéria para que em grau de recurso especial o STJ fixe novo entendimento, afastando ou convalidando a súmula, pois, como se vê, há forte tendência do TRF 4ª R. em adotar o entendimento sumulado em desprezo da norma previdenciária, cuja validade é inquestionável.

Conclusões

- 1- Aplica-se irrestritamente as regras ou fontes de interpretação fixadas no direito civil e tributário à responsabilidade solidária.
- 2- Existem duas espécies de responsabilidade solidária, a de ordem geral, aplicável a qualquer tributo, também chamada de solidariedade natural estampada no art. 124, I, do CTN, mesmo que a lei impositiva do tributo assim não o diga. E a legal, onde a legislação ordinária tributária impositiva expressamente identifica a pessoa solidária. (art. 124, II, CTN).
- 3- Para que o INSS possa usufruir do instituto da solidariedade, deve se precaver ainda na fase de constituição do crédito previdenciário, dando oportunidade de defesa aos solidários quando da notificação.
- 4- O tema da responsabilidade solidária merece maior atenção dos Procuradores em face de o poder judiciário deste Estado e no TRF 4ª R. possuírem entendimento conflitante com as normas jurídicas apontadas, principalmente em decorrência da Súmula 126, do TFR. Portanto, o tema deve ser prequestionado até o STJ, sustentando a validade da norma numa visão kelseniana do direito, adotando como fundamento a obra de “Hans Kelsen, teoria pura do direito”, tendo em vista que a sustentação meramente normativa prescinde de qualquer análise fenomenológica ou valorativa transcendental.
- 5- Com relação aos sócios cotistas, também merece tratamento especial, no que se refere a isenção da responsabilidade, em face do art. 13, da Lei 8.620/93, não ter excluído mesmo aqueles sócios com capital integralizados, portanto, podem ser chamados à execução judicial imediatamente todo e qualquer espécie de sócio, porque do mesmo modo, trata-se de norma clara em que o aplicador dispensa os métodos interpretativos sofisticados senão o mais simples, “o gramatical”.

Portanto, esta contribuição fará com que as normas estatais infra realçadas, mereçam maiores cuidados, para a preservação dos princípios fundamentais da nação, que se alicerça no direito positivo, cuja essência é a separação dos poderes como paradigma aceitável, onde o monopólio da produção normativa concentra-se no poder legislativo.

* Procurador Regional do INSS/SC/Chapecó. Pós-graduado em Direito Processual — UFESC. Pós-graduado em Ciências Jurídicas — UFESC. Pós-graduado instituições Jurídico-Políticas — UFESC. Professor Licenciado da Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina — UNOESC. Mestrando em Direito pela UFESC.



ACÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO: ASPECTOS DA COISA JULGADA

Patrícia Gomes Teixeira *

Ex^{ma} Sr^a Presidente, Desembargadora Federal Tânia Heine, a quem desde já agradeço o prestigioso convite para vir participar deste Painel.

Exm^{os} Srs. Desembargador e Juízes Federais com quem tenho a imensa honra de partilhar esta mesa de debates.

Demais ilustres autoridades aqui presentes, senhores e senhoras.

Quando veio a mim o convite para participar de um painel sobre temas polémicos de Direito Previdenciário, de pronto me ocorreu falar sobre um assunto que não raras vezes aflora do diuturno compulsar de autos nas dependências do INSS e da Justiça: a extensão do julgado na acção revisional de benefício, quando a sentença proferida no processo de conhecimento condena o INSS a proceder ao reajuste pleiteado, sem fixar expressamente a data limite de atuação do critério revisional que enuncia para o caso concreto.

Inicialmente, faz-se mister assentar as premissas desta nossa digressão.

A relação jurídica de benefício entre o segurado e a Previdência Social tem por objeto a concessão e a manutenção das prestações previdenciárias.

No plano da concessão, a Administração autárquica verifica se o segurado preenche os requisitos legais para a fruição do benefício. Uma vez atendidos estes, o benefício é concedido e sua renda mensal inicial calculada.

A partir daí, o benefício concedido entra em manutenção, e o INSS tem o dever jurídico de manter o seu valor real¹, isto é, a RMI (renda mensal inicial) originalmente fixada deve ser preservada das perdas advindas com a inflação, através de reajustamentos periódicos.

Pois bem, esta relação jurídica de benefício é de direito público e institucional², o que significa dizer que é regida por lei. Tanto a concessão como a manutenção do benefício observam a lei vigente. A Constituição Federal, em seu art. 201, § 2º, exige que os índices de reajustamento de benefícios previdenciários sejam fixados por lei ordinária.

Assim, estamos diante de uma relação jurídica continuativa que se caracteriza pela longa duração e dinamismo, uma vez considerada a sucessão das leis no tempo a reger a manutenção do benefício. Cada lei promulgada para determinar o reajustamento do benefício importa em modificação da relação jurídica, no aspecto quantitativo da prestação.

¹ CF/88, art. 201, § 2º: "É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei".

² Vide a respeito a excelente doutrina de João Antônio G. Pereira Leite, *Curso elementar de Direito Previdenciário*, p. 59-67.

O grande número de ações propostas contra o INSS consiste justamente naquelas que impugnem a manutenção do benefício; são as chamadas ações revisionais.

Quando o segurado propõe uma ação revisional contra o INSS, em regra, de duas uma: ou alega que os índices legais de reajuste não foram corretamente aplicados pela Autarquia, como, por exemplo, no caso das ações pautadas na Súmula nº 260, do TFR³; ou então manifesta o seu inconformismo com os próprios índices legais, reputados por ele inaptos à preservação do valor real do benefício, tal como preconizado pela CF/88. Nesta última hipótese estão as ações revisionais que buscam afastar os critérios legais ordinários de reajustamento, sob o fundamento de inconstitucionalidade material, para, por exemplo, aplicar-se o critério da equivalência salarial⁴.

Destarte, a causa de pedir nas ações revisionais de benefício está insitadamente relacionada à existência e vigência de uma lei ordinária que fixa índices de reajuste, lei esta ou que se reputa descumprida, ou, cuja aplicação se quer afastada, sob o fundamento de inconstitucionalidade material.

Nas ações revisionais, infelizmente, convencionou-se pela generalidade, e daí os tormentosos problemas que surgem no processo de execução. Diz-se que o pedido é o de revisão e que a causa de pedir é a defasagem, pura e simplesmente. *Data maxima venia*, penso que ações assim propostas não podem ser admitidas, devendo a petição inicial, acaso não emendada, ser indeferida por falta de especificação do pedido e da causa de pedir. Isto porque a defasagem deve ser demonstrada e contextualizada. De igual maneira, o pedido deve ser certo e determinado. Mesmo que a parte não possa desde logo especificar todas as diferenças que lhe são devidas pelo fato de o pedido englobar diferenças vincendas, nem por isso se exime de indicar, quanto ao índice, a diferença de reajuste que almeja e a partir de que competência. A parte deve dirigir-se ao Juiz e dizer: "Sr. Juiz, em tal data o INSS reajustou o meu benefício em x%, contudo, a inflação do período foi de x+y%, pelo que existe uma diferença de y% a ser incorporada ao meu benefício a partir da referida data".

Não se pode olvidar que para propor ação a parte deve ter legítimo interesse e, ao pretender um provimento condenatório, não se exime de apontar e demonstrar uma efetiva lesão a direito seu.

Neste mesmo situar, não posso deixar de falar sobre uma espécie de pedido, por sinal muito corriqueira: quando o segurado propugna pela condenação do INSS a reajustar o seu benefício previdenciário pelos índices integrais do aumento verificado no salário mínimo *ad infinitum*, ou seja, mantendo o benefício indexado ao salário mínimo enquanto durar a relação. Como é de sabença geral, existe

³ A Súmula nº 260 do ex-TFR cristalizou o entendimento jurisprudencial acerca da interpretação da legislação federal de regência dos reajustamentos de benefícios previdenciários anteriormente à CF/88; o INSS interpretava equivocadamente a referida legislação, o que importava em decréscimo dos índices legais a serem aplicados nos reajustamentos periódicos, e consequente defasagem no valor mensal dos benefícios de prestação continuada.

⁴ Traduz a adoção dos índices integrais do aumento verificado no salário mínimo.

expressa vedação constitucional à indexação de obrigações ao salário mínimo⁵. Todavia, mesmo fosse esta inexistente, entendo que o pedido de aplicação de determinado critério de reajuste *ad futurum*, seja ele qual for, é juridicamente impossível.

Primeiramente porque, como já foi dito, para propor ação que não seja meramente declaratória, é necessária a existência de lesão atual ou iminente a direito subjetivo.

Em segundo lugar porque o Poder Judiciário não possui poderes divinatórios. Não pode prever o futuro. Adroaldo Furtado Fabrício, eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao discorrer sobre a doutrina da 'exceção eqüidosa' à imutabilidade⁶, fala da "idéia de uma injustiça manifesta e superveniente, resultante de haver a sentença projetado sua eficácia para um futuro então ainda desconhecido quanto aos dados fáticos nele situados. Segundo essa visão do problema, a perspectiva do juiz ao proferir o julgamento capaz de alcançar fatos ignorados, contém a virtualidade de uma injustiça, que se materializa no porvir (...)."

Por outro lado, o Poder Judiciário atua onde a tarefa do legislador se esgotou⁷, não podendo se antecipar a este. Ou, em outras palavras, vedado está legislar positivamente, apenas podendo atuar como legislador negativo. Ao estabelecer um critério para o futuro e todo o sempre, está legislando positivamente, e não se limitando a reparar uma lesão já ocorrida.

Pois bem, considerando que a relação jurídica de benefício é continuativa e institucional e assente que a causa de pedir nas ações revisionais está contextualmente relacionada à existência de uma lei ordinária que fixa os índices de reajustamento, ou que se quer aplicada, ou que se quer afastada, conclui-se que, quando a sentença proferida não fixar expressamente em seu dispositivo até quando é de ser observado, no caso concreto, o critério revisional que enuncia⁸, o seu conteúdo condenatório e sua eficácia executiva relacionar-se-ão ao período de vigência da lei ordinária que se quis aplicada ou afastada, posto que os limites objetivos da coisa julgada nela encontram os seus parâmetros, as suas balizas.

Conquanto não façam coisa julgada os motivos da decisão, são eles importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (art. 469, I, do CPC, a *contrario sensu*).

A par disso, a sentença é a norma jurídica concreta enquanto referida a uma determinada situação.⁹

⁵ CF/88, art. 7º, IV.

⁶ Adroaldo Furtado Fabrício, *A coisa julgada na ação de alimentos*, p. 19-20.

⁷ Cf. Adroaldo Furtado Fabrício, ob. cit., p. 10: "O Juiz faz o Direito tanto quanto o legislador, ainda que em plano distinto e com outros instrumentos, retomando a tarefa onde a deste se esgotou".

⁸ Como, por exemplo, sentença com o seguinte dispositivo: "Isto posto, condeno o INSS a reajustar o benefício previdenciário do autor pelos índices integrais do aumento verificado no salário mínimo, pagando-se-lhe as diferenças daí advindas ..."

⁹ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, p. 109: "Na sentença, reitere-se, formula o juiz a norma jurídica concreta que deve disciplinar a

E, nas ações revisionais, a situação a que se refere a norma jurídica concreta é a parte da relação continuativa levada à apreciação do Poder Judiciário, isto é, o período da relação continuativa sobre o qual o Juiz realiza atividade de conhecimento e profere decisão.

É como se num determinado momento processual a relação jurídica continuativa fosse imobilizada numa fotografia¹⁰, estrategicamente colocada no rosto dos autos. Toda vez que o juiz pegasse os autos se defrontaria com a fotografia que delimita o objeto litigioso do processo, a lembrar-lhe que é apenas sobre a parte retratada da relação continuativa que recai a decisão. Tudo o mais que sobrevier àquele momento processual refoge aos lindes do julgamento.¹¹

Portanto, em sobrevindo lei nova, esta passa a reger, a partir de sua vigência, a manutenção do benefício, sem que isto importe em ofensa à coisa julgada formada em processo anterior.

Consoante já decidiu o STF, inexistente ofensa à coisa julgada quando lei nova, sem lhe afetar a eficácia já produzida e respeitada, passa a reger, para o futuro, as relações jurídicas por ela reguladas (R.E. 100781/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, 1ª Turma STF, unân., DJ 15/04/88, p. 08400). Ou, de outro modo, a coisa julgada não impede que lei nova passe a reger diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência (R.E. 90.518/PR, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, 1ª Turma STF, unân., RTJ 89:344).

Destarte, a superveniência de lei nova demarca a extensão do julgado nas ações revisionais de benefício.

Exemplificando, suponhamos que uma determinada ação tenha sido proposta em janeiro de 1989 e o pedido seja o de reajuste do benefício previdenciário consoante critério preconizado na Súmula nº 260, do TFR. O juiz julga procedente o pedido e condena o INSS a reajustar o benefício previdenciário do autor

situação levada ao seu conhecimento. Essa norma jurídica concreta, enquanto referida *àquela* situação, sem dúvida se destina, desde que a sentença passe em julgado, a perdurar indefinidamente, excluídas a possibilidade de vir a emitir-se outra norma concreta e a relevância jurídica de qualquer eventual contestação ou dúvida."

¹⁰ A metáfora foi retirada do seguinte trecho do artigo de Adroaldo Furtado Fabrício, ob. cit., p. 24: "O processo e a sentença apanham sempre, como se fotografassem, imobilizando, determinado momento da relação jurídica (momento que pode ser o da propositura da demanda, o da *litiscontestatio*, o do saneamento, o da própria sentença ou outro, segundo variáveis que não cabe analisar aqui e de todo modo estarão cristalizadas em disposição legislativa). Tudo o que venha a ocorrer depois desse momento — visto que do Juiz não se pode esperar poderes divinatorios — está fora do alcance da sentença e da coisa julgada, por tratar-se de dados a cujo respeito, por hipótese, não se exerceu *cognitio* e ainda menos *iudicium*".

¹¹ É muito comum nas ações revisionais de benefício ter-se o objeto litigioso do processo alargado com o seu transcorrer. Por exemplo, uma ação é proposta em janeiro de 1989 objetivando apenas o reajuste do benefício pelo critério da Súmula nº 260 do TFR, sob o argumento de violação dos critérios legais de reajustes vigentes anteriormente ao art. 58 do ADCT/88 e, quando do esgotamento das vias recursais ordinárias, vemos que o *thema decidendum* foi ampliado para abarcar os critérios de reajustamento após a edição da Lei nº 8.213/91. Como sói ocorrer nas decisões *ultra petita*, trata-se de caso de nulidade.

aplicando-se no primeiro reajuste o índice integral do aumento verificado, considerando, nos subseqüentes, o salário mínimo então atualizado. Sabemos que a Súmula nº 260 do TFR cristalizou a interpretação das leis federais que regulavam o reajustamento de benefícios previdenciários anteriormente à promulgação da CF/88. Ora, ainda que o dispositivo da sentença não faça referência expressa a um limite temporal de atuação daquele critério revisional, temos que este se encontra implícito, a saber: março de 1989, posto que em abril seguinte passou a vigor o art. 58, do ADCT/88 estabelecendo novo critério de reajuste, e o INSS, então, promoveu uma revisão ampla e geral de todos os benefícios de prestação continuada.¹²

Suponhamos agora uma outra ação proposta em 1994, propugnando o autor pela condenação do INSS a rever o seu benefício previdenciário pelos índices integrais do aumento verificado no salário mínimo, sob o argumento de que em setembro de 1992 a Autarquia dele desvinculou o reajuste dos benefícios previdenciários e que as Leis nºs 8.213/91, 8.542/92 e 8.700/93 fixaram índices que não foram aptos à manutenção do valor real. Mais uma vez o pedido é julgado procedente, reconhecida *incidenter tantum* a inconstitucionalidade material das leis referidas. Ora, penso que há um limite temporal implícito para a aplicação do critério da equivalência salarial que é a primeira alteração legislativa subseqüente. Veja-se bem, apenas as leis citadas na decisão é que tiveram a sua aplicação afastada. E, como já foi dito, os motivos são importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (art. 469, I, do CPC, a *contrario sensu*).

Os exemplos são os mais variados dentro da casuística processual de forma que não tenho a pretensão de esgotá-los.

Para robustecer esta minha exposição, trago à colação doutrina alemã acerca dos limites temporais da coisa julgada. Justamente pela preocupação em se precisar o momento ao qual a formação e eficácia da coisa julgada estão relacionadas¹³, tendo em vista a variabilidade das relações jurídicas, buscou-se definir os limites temporais, a coexistir com os já conhecidos limites objetivos e subjetivos.

Eis as palavras de Savigny: “Uma sentença não pretende nem pode jamais decidir senão com respeito à época em que foi pronunciada. Todas as modificações que as relações jurídicas possam sofrer posteriormente estão fora de sua abrangência; não exerce ela, pois, influência alguma sobre a ação que tenha por objeto uma dessas modificações”.¹⁴

Escreve Lent que “o julgamento, como declaração de uma situação jurídica, tem sentido somente se referido a um determinado momento”, e que “a existência de um direito não pode ser reconhecida para sempre”.¹⁵

¹² Vale conferir *Débitos posteriores à prolação da sentença revisional de benefício previdenciário*, trabalho da autoria do admirável Juiz Federal Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, p. 528.

¹³ Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada*, p. 199.

¹⁴ *Apud* Moniz de Aragão, ob.cit., p. 199.

¹⁵ *Apud* Moniz de Aragão, ob. cit., p. 198-199.

E Pontes de Miranda, na doutrina nacional, assevera: “A sentença reflete estado jurídico e de fato que existia em certo momento.”¹⁶

Por outro lado não posso deixar de mencionar o art. 471, I, do CPC, que estatui que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito.

Este artigo é deveras criticado pela doutrina eis que, em sobrevindo modificação no estado de fato e de direito, a lide não é a mesma, pois diversa, ao menos, a causa de pedir. Contudo, trata-se de importante referência legal que demonstra a preocupação do legislador com as sentenças que versam sobre relações continuativas, posto que nestas é mais visível a cláusula *rebus sic standibus*, em verdade implícita em todas as sentenças.¹⁷

Induidoso que nas relações jurídicas continuativas institucionais de que estamos a tratar, a superveniência de lei nova provoca uma modificação na situação de fato e altera os dados do silogismo. Assim, passa a reger a relação *ex novo*, inexistente o obstáculo da coisa julgada.

Concluindo, pensamos que a questão que aqui se coloca é facilmente resolvida levando-se em consideração os limites objetivos da coisa julgada: é intuitiva a inextensão da coisa julgada a situações novas e pretensões futuras.

A coisa julgada atinge apenas o que o juiz julgou, ou seja, a norma jurídica concreta enquanto referida a uma determinada situação sobre a qual exerceu a atividade de conhecimento.¹⁸

Assim, termino essas minhas digressões citando José Carlos Barbosa Moreira, o mais festejado de todos os processualistas pátrios, orgulho de nós cariocas: “A imutabilidade (ainda ilimitada) do conteúdo da sentença não importa, é óbvio, na imutabilidade da situação jurídica concreta sobre a qual versou o pronunciamento judicial. (...) Tal circunstância em nada afeta a autoridade de coisa julgada que a sentença porventura haja adquirido. A norma sentencial permanece imutável, enquanto norma jurídica concreta referida a uma determinada situação.”¹⁹

Muito obrigada pela atenção.

¹⁶ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, p. 64.

¹⁷ Consoante esclarece Adroaldo Furtado Fabrício, ob. cit., p. 25-26, “rigorosamente, todas as sentenças contêm implícita a cláusula *rebus sic standibus* (31), pelas razões que vêm de ser expostas quanto à superveniência de fatos novos e até mesmo por simples aplicação dos critérios de identificação das demandas.”

¹⁸ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, vide nota 9.

¹⁹ Barbosa Moreira, *Ainda e sempre a coisa julgada*, Revista dos Tribunais, v. 416, p. 15.

BIBLIOGRAFIA:

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada: Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. In: Revista da AJURIS, Porto Alegre: s/e, v. 52, p. 5-33, jul. 1991.
- LEITE, João Antônio G. Pereira. *Curso elementar de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 1977.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, t. V, 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In: Temas de Direito Processual, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, p. 99-113, 1984.
- . *Ainda e sempre a coisa julgada*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 416, p. 9-17, jul. 1970.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Débitos posteriores à prolação da sentença revisional de benefício previdenciário*. In: Revista de Previdência Social, v. 164, ano XVIII, p. 527-528, jul. 1994.

* Procuradora do INSS junto à Terceira Turma do TRF da 2ª Região.

Palestra proferida em 21/09/98 no Painel *Temas Polêmicos de Direito Previdenciário*, promovido pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região e pelo TRF da 2ª Região. Para a presente publicação o texto recebeu o acréscimo das referências bibliográficas.



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ-PRESIDENTE DO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

PROC de origem nº 98.1401057-0

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL – INSS, autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social – MPAS, por meio de seu advogado, com escritório a Rua Francisco Branquinho, 120, no município de Franca, Estado de São Paulo, inconformado com os termos da respeitável decisão de fl.31/32, proferida nos autos do processo de número supra referido, ação de condenatória em concessão de benefício previdenciário, cumulada com pedido de tutela antecipada, que concedeu pedido de tutela antecipada ao autor, vem, recorrer da decisão “a quo”, com fulcro no caput do art. 522 e seguintes, por meio do **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, para uma das Turmas do Egrégio Tribunal Regional Federal, com amparo nas minutas anexas, requerendo o seu recebimento pelo Tribunal “ad quem”, bem como a juntada das minutas e do instrumento aos autos e a intimação do agravado para contraminutar.

Nestes termos,
Pede-se e aguarda deferimento.

Franca, 25 de março de 1998

GIAN PAOLO PELICIARI SARDINI
OAB/SP nº 130.964

- Visando dar cumprimento ao art. 524, inc. III do CPC, requer-se que seja a agravada intimada no seu endereço: Rua General Osório, 2294, no município de Franca, Estado de São Paulo, CEP 14.405.356, local onde se localiza o escritório de seu advogado.

— • —

AGRAVANTE : **INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**
AGRAVADO : **OSMAR ANTONIO MÁXIMO**
JUÍZO AGRAVADO : **JUÍZO DA 1ª VARA FEDERAL DE FRANCA – SEÇÃO SÃO PAULO**

MINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Egrégio tribunal!

Colenda Turma!

Ínclitos Julgadores!

I. A EXPOSIÇÃO DOS FATOS

O agravado propôs ação condenatória em concessão de benefício previdenciário, cumulada com pedido liminar de antecipação de tutela, sob o fundamento de que ele é portador do vírus da AIDS, está em tratamento de uma infecção pulmonar desde maio de 1997 e não vem apresentando condições físicas para o trabalho, em razão da mesma. Alega que será difícil conseguir um emprego, tendo em vista o seu estado de saúde e por ser portador do vírus da AIDS. Apesar de ter contribuído para plano público de previdência social até 11.10.94, ele pretende que a agravante seja condenada a lhe pagar o benefício de aposentadoria por invalidez ou o benefício de prestação continuada, posto que a doença que ele porta é mortal. Alega ele que a AIDS se encontra entre as doenças que independem de carência, nos termos do art. 26, combinado com art. 151, ambos da L. 8.213/91 e que ele contraiu o vírus depois de se filiar ao sistema público de previdência, sem contudo demonstrar o alegado. Pediu a concessão de tutela antecipada, cujo o pedido se limita a “...CONCEDER O RECEBIMENTO MENSAL DE 01 SALÁRIO MÍNIMO com a finalidade de garantir a sobrevivência do agravado,...” em face do seu estado clínico agravado.

O MM. Juízo ‘a quo’ concedeu o pedido de antecipação de tutela com a seguinte fundamentação:

“... II.

O requerente comprovou que está acometido da AIDS, com os documentos que acompanham a inicial, o que, ao meu ver, constitui prova inequívoca dos fatos alegados.

Por outro lado, penso que suas alegações estão plenamente dotadas de juridicidade, uma vez que, sem dúvida nenhuma, há anos tal doença vem provocando consequências nefastas em todo o mundo, sendo notório que exaure as forças daqueles que atinge, quando não leva à morte, a ponto de ser considerada o maior desafio de medicina, atualmente.

O legislador ordinário não ficou insensível a isso e reconheceu a AIDS como justa causa para aposentadoria de trabalhadores comuns (Lei 8.213/91, art. 151, caput), de servidores públicos federais (8.112/90, art. 186, § 1º) ou reforma do servidor militar (Lei n. 7.670/88, art. 1º, I, c).

Destarte, ainda que por analogia, não há como deixar de reconhecer que este mal é causa justa para a concessão, também do benefício de prestação continuada, pretendido pela requerente.

Existe, portanto, verossimilhança das alegações.

De outra parte, não há como negar a irreparabilidade do dano, a que estará sujeito o autor, caso não lhe seja concedido tal benefício de forma antecipada, uma vez que as pessoas que sofrem de AIDS, mormente as que são pobres, veem-se praticamente relegadas à própria sorte.

É cediço, inclusive, que são vítimas de discriminação, em razão da população em geral, a respeito da doença.

São conhecidas das dificuldades dos aidéticos em conseguirem um emprego, ou, até mesmo, conservarem os que já têm.

Assim, mesmo que o autor não tenha, ainda, todos os requisitos legais para a concessão do benefício — o que deverá fazer no decorrer da ação, penso que justifica-se a antecipação de tutela jurisdicional, nos moldes do art. 273 e parágrafos, do Código de Processo Civil, até porque a medida é reversível.

III.

Diante dos fundamentos, **concedo a tutela antecipada** e determino ao INSS que conceda ao autor, imediatamente, o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, segundo o previsto no art. 29 da Lei 8742/93.

Oficie-se

Cite-se

Int.

Franca, 04 de março de 1997.
mm. Juiz Federal" (grifos nossos)

Relatados fatos, cabe ao agravante demonstrar os fundamentos jurídicos pelos quais servem de embasamento para a reforma da decisão guerreada.

II. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

A decisão a quo atacada que deferiu tutela antecipada sem conter todos os pressupostos do art. 273 do CPC, além de inobservar o que dispõe a Lei 9.494/97, na qual veda a concessão de liminares em antecipação de tutela contra o Poder Público nos termos do art. 1º da citada lei.

A tutela jurisdicional antecipada tem como pressupostos para a sua concessão, à luz do art. 273 do CPC, a existência de prova inequívoca, que as alegações do autor ou do réu sejam verossímeis e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Não se concederá a tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

A lei processual básica ainda determina, conforme o § 3º do art. 273, CPC, que quando houver condenação para pagamento em dinheiro, posto que antecipar a tutela nada mais é do que conceder de plano a própria tutela pretendida pelo qual o autor veio a juízo pedir, deverá seguir o rito nos arts. 588 e incisos I e II, ou seja, o autor deverá prestar caução a fim de reparar eventuais danos ocorridos na cassação da tutela concedida.

No caso em tela, os requisitos de verossimilhança da alegações e de existência de prova inequívoca, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a irreversibilidade do provimento antecipado e a necessidade de prestação de caução não foram rigorosamente atendidos pela decisão a quo guerreada.

A verossimilhança das alegações e prova inequívoca, segundo o Professor Cândido Rangel Dinamarco são:

“106. verossimilhança e provisoriedade – instrução sumária

O art. 273 condiciona a antecipação de tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz “se convença da verossimilhança da alegação.” A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como descreve o autor.

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art.273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais sobre negativas, ele é improvável. (Malatesta). A probabilidade, assim, conceituada, é menos que a certeza porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar. (grifos nossos, A Reforma do Código de Processo Civil, 3ª edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.145-146)

No caso discutido nos autos da ação proposta pelo agravado, nós apenas temos os exames laboratoriais, confirmando que o agravado porta o vírus da AIDS, mas não há nos autos prova inequívoca sobre o real e atual quadro de saúde do agravado, ou seja, se quadro da saúde do agravado é demanda sérios cuidados a ponto de a concessão da tutela jurisdicional pedida pelo agravado ao final, torne-se ineficaz havendo, portanto, o dano irreparável.

Na verdade não há nada neste sentido e nem agravado mencionou o seu real estado de saúde. É, aliás, no mínimo, muito estranho.

Logo, a agravante entende que falta à decisão liminar de tutela antecipada o requisito da prova inequívoca e o requisito da probabilidade das alegações do agravado, posto que o próprio juízo a quo diz que:

“...Assim, mesmo que o autor não tenha, ainda, todos os requisitos legais para a concessão do benefício — o que deverá fazer no decorrer da ação —, penso que justifica-se a antecipação de tutela jurisdicional, nos moldes do art.273 e parágrafos, do Código de Processo Civil, até porque a medida é reversível” (Grifos nossos)

Atente-se que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já reformou descisão antecipatória, posto que faltava a certeza do direito alegado:

79352 TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PARA CONCESSÃO

— A Tutela Antecipada só pode ser concedida quando haja quase certeza da

procedência da ação. Não se trata de medida cautelar, mas sim de providência que acode aqueles que demonstram de pronto a quase certeza de seu direito, e buscam protegê-lo da resistência indevida da parte contrária em satisfazê-lo. Agravo provido para arredar sua concessão. (TJ-SP — AC. unân. da 5a. Cam. de 15.5.97 — Al. 47.639-4/4 — Rel. Des. Marco César — ABN Amro Arrendamento Mercantil S/A x Nelson Antonio de Oliveira) (COAD-Nossos Tribunais no. 31, p. 646).

Ainda quanto ao requisito da verossimilhança, o agravante entende que o MM. Julgador de primeira instância se enganou ao fundamentar a decisão contestada pelo presente meio recursal. Explica-se melhor. A decisão acatada disse que:

“...II.

O requerente comprovou que está acometido da AIDS, com os documentos que acompanham a inicial, o que, ao meu ver, constituí prova inequívoca dos fatos alegados.

Por outro lado, penso que suas alegações estão plenamente dotadas de juridicidade, uma vez que, sem dúvida nenhuma, há anos tal doença vem provocando consequências nefastas em todo o mundo, sendo notório que exaure as forças daqueles que atinge, quando não leva à morte, a ponto de ser considerada o maior desafio da medicina, atualmente.

O legislador ordinário não ficou insensível a isso e reconheceu a AIDS como justa causa para aposentadoria de trabalhadores comuns (Lei 8213/91, art.151, caput), de servidores públicos federais (8112/90, art. 186, § 1º ou reforma do servidor militar (Lei n. 7.670/88, art. 1º, I, c).

Destarte, ainda que por analogia, não há como deixar de reconhecer que este mal é causa justa para a concessão, também do benefício de prestação continuada, pretendido pela requerente.

Existe, portanto, verossimilhança das alegações.” (grifos e destaques nos-
sos)

Com o devido respeito ao emérito julgador de primeira instância, o agravante entende que o MM. juiz não buscou demonstrar a verossimilhança das alegações, mas fundamentar a presença do fumus boni juris, requisito típico das medidas cautelares. O conceito de verossimilhança, na forma exposta na fundamentação da decisão que concedeu a tutela antecipada, salvo melhor juízo, foi confundido com o requisito da aparência do direito, ou do fumus boni juris, que é típico das medidas cautelares. Ocorre que o requisito da aparência do direito alegado pelo autor não é o mesmo requisito da verossimilhança das alegações do autor, no tocante à concessão da tutela antecipada, conforme observa Cândido Rangel Dinamarco:

O grau de probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o fumus boni juris exigido na tutela cautelar.

Isso significa que o juiz deve buscar um equilíbrio entre os interesses dos litigantes. Não se legitima a conceder a antecipação da tutela ao

autor quando dela possam resultar danos ao réu, sem relação de proporcionalidade com a situação lamentada.” (grifos nossos, idem)

E, também, vem decidindo os tribunais:

“78479 TUTELA ANTECIPADA — PRESSUPOSTOS PARA A SUA CONCESSÃO

— No exame do pedido de tutela antecipada, o juiz não averiguará vestígios de bom direito e perigo na demora, o que seria próprio em medida cautelar; será mais que isso, a constatação quase certa do bom direito, a verossimilhança deste. Diante de situação fático-jurídica complexa e controversa, correta decisão indeferitória. (TJ-DF — Ac. unân. da 2ª T. Cív. publ. em 12.3.97 — Al. 6.095/96 — Rel. Des. Getúlio Moraes — Antonio Candido de Moura x Rhtron Informática Ltda — Adv. Jair Pereira dos Santos) (COAD-Nossos Tribunais nº 21, p. 441).

78732 TUTELA ANTECIPADA E MEDIDA CAUTELAR — DISTINÇÃO

— Tutela antecipada não se confunde com medida liminar, eis que nesta providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido da ação. Provimento do recurso, para cassar a decisão recorrida que, rotulada de tutela antecipada, concedeu medida cautelar, incabível em ação ordinária. Provimento do agravo. (TJ-RJ-AC unân. da 5ª. Cam. Cív., reg. em 24.2.97-Al. 4.266/96 — Rel. Des. Miguel Pachá — Município do Rio de Janeiro x Sebastião Barbosa Rego) (COAD-Nossos Tribunais nº 24, p. 506).

O perigo de dano irreversível no caso em questão é muito relativo, posto o que o agravado pode muito bem se curar da infecção pulmonar e ter uma sobrevida de até QUINZE ANOS ou até mais, dependendo dos progressos da medicina. Aliás, os jornais e periódicos especializados em medicina dizem que os pacientes de AIDS, que tomam o coquetel de remédios contra o vírus HIV, podem viver por muito tempo, levando, inclusive uma vida completamente normal. Ora, qual seria então o perigo de dano irreparável no presente caso, tendo em vista o exposto acima, se o agravado pode sobreviver por tanto tempo, podendo, assim, esperar pelo resultado final da ação ordinária por ele proposta? Há de se ressaltar que o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, bem como o TRF-2ª Região, já julgaram a favor da não concessão da medida antecipatória, pois faltava o requisito do perigo de dano irreparável:

77658 TUTELA ANTECIPADA — REQUISITOS — INDEFERIMENTO

Afora a hipótese da manifesta ilegalidade, aí se compreendendo o abuso de poder, ou afronta às provas colhidas, é de se manter o despacho que rejeita pedido de antecipação de tutela, porque inserto tal ato dentre os próprios do poder discricionário de que se investe o juiz na condução do processo. Para deferimento da antecipação da tutela, além da verossimilhança é necessário o cotejo dos demais requisitos legais como o periculum in mora (TA-MG — Ac unân. da 4ª Cam Cív., publ. em 26.2.97 — Al. 225.630-8 — Rel. Juiz Ferreira Esteves

— Alcimar Ladeia de Almeida x Volkswagen do Brasil Ltda) (COAD-Nossos Tribunais nº 12, p. 257).

77576 TUTELA ANTECIPADA — PRESSUPOSTOS

— A antecipação da tutela pressupõe, além da prova inequívoca do direito pleiteado, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou então o abuso do direito de defesa. Inexistindo os dois últimos pressupostos, não se justifica a antecipação de tutela, sobretudo, tendo por objeto a parte controvertida do litígio (TRF 2ª R. — Ac. unân. da 4ª T., publ. em 17.10.96 — Al. 96.02.08646-7-RJ — Rel. Juiz Clélio Erthal — Companhia Siderúrgica Nacional x Banco de La Nacion Argentina — Advs. José Carlos Torres Neves Osório, Any Ávila Assunção e Paulo Borgeth Teixeira) (COAD-Nossos Tribunais nº 11, p. 237).

Não obstante a exposição supra, a decisão a quo deixou de observar o que dispõe o § 3º do art. 373, CPC, que determina a aplicação do art. 558 e incisos, quando há condenação em dinheiro, como ocorre no caso em tela. Ou seja, o autor deveria prestar caução para que pudesse receber o benefício concedido pela decisão de primeira, tendo em vista que as prestações recebidas pelo agravado terão certamente natureza alimentícia.

Logo, quem é que arcará com o ressarcimento do que o agravante vier a pagar ao agravado, caso ele venha a ser vencedor na ação proposta pelo agravado ou ser vitorioso no presente agravo de instrumento, dada a natureza alimentar do benefício previdenciário concedido pela decisão decorrida ao agravado?

Cumpra sublinhar que a jurisprudência desta Egrégia Corte de Justiça, por sua vez, posiciona-se no sentido de que os valores pagos indevidamente pelo INSS à beneficiários não são restituíveis:

“APELAÇÃO CÍVEL Nº 94.03.006639-3-SP

RELATORA: A EXMA. SRA. JUÍZA EVA REGINA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL – INSS

APELADOS: BENEDITO MACEDO E OUTROS

ADVOGADOS: DRS. ELAINE CATARINA BLUMTRITT E HAMILTON CARNEIRO E OUTRO

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL: SENTENÇA EXTINTIVA DA EXECUÇÃO

I — O agravo de instrumento não obsta o regular andamento do processo, nem a prolação da sentença.

II — Tratando-se in casu de prestações de natureza alimentar, incabível a devolução da quantia já levantada pelos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por votação unânime negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Senhora Juíza Relatora, e na conformidade da

ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

São Paulo, 26 de setembro de 1995 (data de julgamento)”

DJ, Seção 2, 18 de Outubro de 1995, p. 71360

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.03.02125-8-8

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADVOGADO: LUIZ FERNANDO MAISTRELLO GAUYA

AGRAVADO: IRMO FAUSTINO

ADVOGADO: EDUARDO TEIXEIRA

RELATOR: JUIZ PEDRO ROTTA — PRIMEIRA TURMA

EMENTA:

AGRAVO. PROCESSO CIVIL: PREVIDENCIÁRIO

I — Levantado pelo agravado o depósito em Banco relativo a valor devido pelo Instituto, o agravo perdeu seu objeto.

II — Agravo prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas. ACORDAM os Juízes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos em julgar prejudicado o agravo, nos termos do voto do Juiz Relator.

Custas, como de lei.

São Paulo, 11 de abril de 1995 (data de julgamento)”

DJ, Seção 2, 29 de agosto de 1995, p. 55273.

Note-se, por isso, que a medida antecipatória criou uma situação irreversível, com a concessão analógica do benefício da prestação continuada, em virtude do entendimento deste Colendo Tribunal. Logo, a medida antecipatória não deveria ser concedida, conforme anota Dinamarco:

“A irreversibilidade da situação criada, como fator impeditivo da antecipação, é um dado a ser influente mas não exaure o quadro dos elementos a considerar.

Para chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o juiz precisa proceder a uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato. Não é o caso de chegar às profundezas de uma instrução exauriente, pois esta se destina a propiciar graus de certeza necessários para julgamentos definitivos, não provisórios como na antecipação da tutela. Tratar-se-á de uma cognição sumária, dimensionada segundo o binômio representado (a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva e (b) pelas repercussões que ela terá na vida e patrimônio dos litigantes.

É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, prola da antecipação do exercício “de outro que pareça provável”. O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O direito improvável é direito que talvez exista e, se existir, é porque na realidade inexistia entre o princípio da probabilidade e o da proporcionalidade, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso.

O mesmo com essa atenuante, não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos expor o réu aos males da irreversibilidade expressamente vetado pela lei vigente (art. 273, § 2º).

O reduzido nível de imunidade das decisões concessivas de cautela antecipada (sua provisoriedade) não é motivo para descuidar das atividades instrutórias inerentes à indispensável cognição sumária. A probabilidade exigida pela lei ao falar em prova inequívoca significa que até a algum grau de investigações o juiz deve chegar. Decidirá à luz de documentos que estejam nos autos e, fazendo valer seus poderes instrutórios, de ofício ou a requerimento determinará a realização das atividades probatórias que em cada caso sejam convenientes. Aplicam-se as regras ordinárias sobre distribuição de ônus da prova (art. 333), embora não precise o autor levar o juiz a níveis absolutos de convicção sobre os fatos constitutivos” (ibidem)

Além disso, a concessão da medida antecipatória da tutela jurisdicional violou o preceito do art. 100 da Constituição Federal, porque determinou ao réu a concessão imediata do benefício da prestação continuada, bem como o seu pagamento:

“Diante dos fundamentos, concedo a tutela antecipada e determino ao INSS que conceda ao autor, imediatamente, o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, segundo o previsto no art. 29 da Lei 8.742/93.”

Ora, as condenações em dinheiro devem ser pagas através do sistema de precatórios e segundo os dispositivos dos arts. 730 e 731 do CPC. Houve, desse modo, uma afronta aos dispositivos retro-mencionados. O Colendo STJ já adotou a tese aqui defendida, mas em sede cautelar:

**“PROCESSO: RESP 0127283 UF: RJ ANO. 97 RIP: 00024892
RECURSO ESPECIAL**

EMENTA:

RESP — PREVIDENCIÁRIO — MEDIDA CAUTELAR — PENSÃO — REAJUSTAMENTO — A MEDIDA CAUTELAR VISA A CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O REAJUSTAMENTO DE PENSÃO, TODAVIA, PORQUE PAGA POR AUTARQUIA, ESTA SUJEITA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (ACOLHIDA EM RECURSO, OU REFERENDADA EM REMESSA DE OFÍCIO) E A EXPEDIÇÃO DE PRECATORIA, POR IMPERATIVO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INADEQUADA PARA ATUALIZAR O BENEFÍCIO.

ORIGEM: TRIBUNAL:STJ ACÓRDÃO

JULGADOR: SEXTA TURMA

DECISÃO: 16-09-1997

FONTE: DJ DATA:17/11/1997 PG:59620

RELATOR: MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

DECISÃO: POR MAIORIA, CONHECER DO RECURSO. VENCIDOS OS SRS. MINISTROS VICENTE LEAL E FERNANDO GONÇALVES.

REFERÊNCIA LEGISLATIVA:

LEG.: FED LEI: 005869 ANO:1973

*******CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART: 00798.**

LEG: FED CFD: 000000 ANO: 1988 *** CF-88 CONSTITUIÇÃO**

FEDERAL ART: 00100."

Ademais, a decisão a quo inobservou o art. 1º da Lei 9.494/97, que impede a concessão de liminares em antecipação de tutela contra o Poder Público:

"Art. 1º — Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 373 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos art. 5º e seu Parágrafo único da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art.1º e § 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992."

O STJ se pronunciou sobre a legalidade da Medida Provisória 1.570, convertida na Lei 9.494/97:

**"PROCESSO: AGRMC 0000908 UF: PE ANO: 97 RIP: 00057184
AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR**

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA AUTARQUIA FEDERAL. REAJUSTES DE 28,86%. MP 1.570/1997, CONVERTIDA NA LEI 9.474/1997 INAPLICABILIDADE. 1. A MP 1.570/1997, CONVERTIDA NA LEI 9.474/1997, POR SER UMA NORMA DE EXCEÇÃO QUANTO A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA NACIONAL, DEVE SER INTERPRETADA DE FORMA RESTRITIVA. 2. CONFORME A INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF, BEM COMO PELOS PRECEDENTES DESTA CORTE, O REAJUSTE DE 28,86%, RELATIVO AS LEIS 8.622 E 8.627/1993, REFERE-SE A REVISÃO GERAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. PELO QUE, NÃO SE ENQUADRANDO A HIPÓTESE DOS AUTOS DENTRE AQUELAS ESTIPULADAS PELA LEI 9.474/1997, HA QUE SE RECONHECER A SUA INAPLICABILIDADE. 3. RECURSO IMPROVIDO.

ORIGEM:TRIBUNAL: STJ ACÓRDÃO

JULGADOR: QUINTA TURMA

DECISÃO: 22-09-1997

FONTE: DJ DATA:13/10/1997 PG:51610

RELATOR: MINISTRO EDSON VIDIGAL

DECISÃO: POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO AGRADO REGIMENTAL. VEJA: RESP 113368-PR, ROMS 6818, RESP 113872-MG, AGA 132569-MG, (STJ) ROMS 22307, (STF)

REFERÊNCIA LEGISLATIVA:

LEG: FED LEI: 008622 ANO: 1993.

LEG: FED LEI: 008627 ANO: 1993.

LEG: FED LEI. 004348 ANO: 1964 ART: 00004.

LEG: FED MPR: 001570 ANO: 1997 ART: 00001 ART. 00005

PAR: ÚNICO.

LEG. FED LEI: 005869 ANO: 1973 *** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART: 00273.**

LEG. FED LEI: 008950 ANO: 1994.

LEG. FED CFD: 000000 ANO: 1988

******* CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART: 00100.**

LEG: FED LEI: 004384 ANO: 1964 ART: 00007.

SUCESSIVOS:

AGRMC NUM: 0001030 UF: PE REG: 97/0072973-7

DECISÃO. 18/11/1997

DJ DATA: 15/12/1997 PG: 66459 AGRMC NUM: 0000979 UF: PE REG. 97/0064176-7 DECISÃO: 14/10/1997 DJ DATA: 10/11/1997 PG. 57811

AGRMC NUM: 0000963 UF: PE REG: 97/0063219-9

DECISÃO: 14/10/1997 DJ DATA: 10/11/1997 PG: 57811

AGRMC NUM: 0000953 UF: PE REG: 97/0063206-7

DECISÃO: 14/10/1997 DJ DATA: 10/11/1997 PG: 57811

AGRMC NUM. 0000901 UF: PE REG: 97/0056839-3

DECISÃO: 14/10/1997 DJ DATA: 10/11/1997 PG: 57811

AGRMC NUM: 0000891 UF: PE REG: 97/0056819-9

DECISÃO: 14/10/1997 DJ DATA: 10/11/1997 PG: 57811

DOCTRINA:

OBRA: CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO, ED. RT., 2ª ED., PAG. 689 AUTOR: NELSON NERY"

O Supremo Tribunal Federal também já analisou a constitucionalidade do MP 1.570 e da Lei 9.494/97, por meio de Ação Indireta de Inconstitucionalidade, de nº 1.570-DF, bem como por meio de Ação Declaratória de Constitucionalidade, de nº 4-DF, sendo que, em ambas as oportunidades, o STF decidiu pela constitucionalidade da Medida Provisória 1.570, bem como da lei na qual foi convertida. Observe-se a ementa da ADC de nº 4-DF, publicada no Diário da Justiça de 13.02.98:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N.4-6

PROCED: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MINISTRO SYDNEY SANCHES

REQUERENTE. PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERENTE. MESA DO SENADO

REQUERENTE. MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Decisão: Depois dos votos dos Ministros Sydney Sanches (Relator), Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Que conheciam o pedido de medida cautelar, por admitirem possível o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, do poder geral de cautela, o julgamento foi suspenso, em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Velloso. Plenário, 10.12.97.

Decisão: O Tribunal, por entender possível o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, do poder geral de cautela, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que dele não conheciam. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento do pedido de medida cautelar foi adiado a pedido do Ministro-Relator. Plenário 05.02.98.

Decisão: O tribunal, por votação majoritária, deferiu em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre o pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que indeferiram. Votou o Presidente, Plenário. 11.02.98.”

Portanto, a medida antecipatória de tutela concedida pelo MM. Juiz de primeira instância, violou o disposto no art. 1º da citada lei e inobservou o julgamento do ADC de nº 4, cuja a decisão tem efeito vinculante, nos termos do art.101, § 2º da CF:

“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

É como votou o Sr. Ministro Sydney Sanches, Ministro-Relator da ADC de nº 4-DF, cujo voto passo a transcrever, quanto ao efeito vinculante e à eficácia erga omnes:

“Voto

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES (Relator):

1 — A admissibilidade e a procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade e o cabimento da medida cautelar foram assim sustentadas na petição inicial (fls 3/21):...”

“...2-A Constituição Federal, no art. 102, I, “p” confere ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.

E silencia sobre o poder, ou não, a Corte, conceder medida cautelar nas ações diretas de constitucionalidade.

3 — É de se relembrar, porém, que o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988, em seu texto originário, somente atribuía ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Foi a Emenda nº 3/93 que lhe atribuiu, também, competência para processar a julgar, originariamente, ação direta de consitucionalidade de lei ou ato normativo federal, e ainda acrescentou o § 2º ao mesmo art. 102, nestes termos:

“§ 2º — As decisões definitivas do mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

Mas a Emenda, como ficou dito, silenciou sobre a possibilidade, ou não, de concessão de medida cautalar ao Ação Direta de Constitucionalidade.

4 — Adotado, pura a simplesmente, o raciocínio “**a contrario sensu**” não há dúvida de que restou afastada a possibilidade dessa concessão.

5 — Mas, como é sabido, a interpretação “**a contrario sensu**” tem sido constantemente repudiada pela doutrina a pela jurisprudência, quando outros métodos de hermenêutica justifiquem entendimento diverso.

6 — **Surge aqui a indagação: é razoável afastar-se o poder cautelar do Supremo Tribunal Federal justamente nas hipóteses em que suas eventuais decisões de mérito, pela procedência de ação, terão não só “eficácia contra todos”, mas e principalmente, efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo”, como estabelece o § 2º do art. 102?**

Ou terá ocorrido mera inadvertência do legislador constituinte derivado ao instituir a ação de constitucionalidade, sem cuidar do poder cautelar do Supremo Tribunal Federal, em processo dessa natureza?

A falta de previsão expressa do poder cautelar significa, necessariamente que ele inexistia?

7 — **Na inicial foi relembrado que “... o Supremo Tribunal Federal admitiu a utilização de liminar no processo de controle abstrato de normas, mesmo na ausência de norma autorizativa, por entender, fundamentalmente, que o poder de cautela seria inerente à própria atividade jurisdicional (RISTF, art. 175 c/c art. 22, IX)”. (RP nº 933 (liminar) – Relator Ministro THOMPSON FLORES, RTJ 76:342 (343))**. (A época não se previa, ainda, o poder do Supremo Tribunal Federal de conceder medida cautelar, em Representação de inconstitucionalidade e, no entanto, a Corte exerceu).

8 — **Relembro, ainda, que a medida cautelar, nesse precedente, foi requerida, pelo então Procurador-Geral da República JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, hoje Decano desta Corte.**

E restou deferida, por decisão unânime do Plenário, embora quanto ao cabimento da medida ficassem vencidos os eminentes Ministros XAVIER DE ALBUQUERQUE, BILAC PINTO E ELOY DA ROCHA (RTJ 76/342-353).

9 — “Mutatis mutandis”, as razões ali expendidas, quanto ao cabimento da medida cautelar, podem ser aqui adotadas, para sua admissão, também, na Ação Direta de Constitucionalidade, mesmo sem previsão expressa do legislador constituinte derivado, que a instituiu.

10 — Aliás, se se entender inadmissível a medida cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade, estará o Supremo Tribunal Federal impedido de adotar providências para prevenir efeitos contrários exatamente a possíveis decisões de mérito com eficácia “erga omnes” e força vinculante para órgãos do Judiciário e do Poder Executivo. E isso não me parece razoável, pois não é compreensível que não possa a Corte acautelar a eficácia de suas decisões de mérito.

11 — Diante de todo o exposto, considero admissível, em tese, em Ação Direta de Constitucionalidade, a concessão de medida cautelar, que assegure a eficácia do futuro julgamento de mérito, na conformidade do disposto no § 2º do art. 102 da Constituição Federal, pelo qual “as decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

12 — Resta verificar se estão presentes os requisitos para concessão de medida e qual a extensão desta.

13 — A plausibilidade jurídica da ação está, ao meu ver, bem evidenciada nas petição inicial, inclusive com a indicação de precedente do Plenário, na apreciação do requerimento de Medida Cautelar na ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.576-1, promovida pelo PARTIDO LIBERAL, PL, contra a Medida Provisória nº 570, de 26.03.1997, quando admitindo, “prima facie”, sua constitucionalidade, indeferiu a suspensão cautelar do art. 1º, que tinha a mesma redação adotada, posteriormente, no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.9.1997, que, na presente ADC nº 04, os autores também consideram constitucional a saber:

“Art. 1º — Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de Junho de 1992.”

O acórdão, relatado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO no ponto que aqui interessa o seguinte resumo (j. 16.04.1997):

“TUTELA ANTECIPADA — SERVIDORES — VENCIMENTOS E VANTAGENS — SUSPENSÃO DA MEDIDA — PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ao primeiro exame, inexistente relevância jurídica inexistente suficiente a respaldar a concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresa duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do

ato que a tenha formalizado pelo Presidente do Tribunal a quem competir o julgamento deste último”.

14 — Ora, se o Plenário naquela Ação Direta de Inconstitucionalidade, ao menos ao ensejo do exame do requerimento de medida cautelar, teve por constitucional o dispositivo e por isso indeferiu, a medida pela mesma razão deve reputá-lo constitucional aqui, até o julgamento final da presente Ação Direta de Constitucionalidade, que trata do mesmo texto agora constante do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997.

15 — Enfim, está preenchido aqui, o requisito da plausibilidade jurídica da ação (“fumus bonis iuris”), para concessão da medida cautelar.

16 — Está igualmente atendido o requisito do “periculum in mora”, ao face da alta conveniência de Administração Pública, pressionada por liminares que determinam a incorporação imediata, de acréscimo de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores a até o de pagamento imediato de diferenças atrasadas. E sem precatório e sob as ameaças noticiadas na inicial a demonstradas com os documentos que a instruíram.

17 — E a cautelar, como pretendida na inicial, não me parece ultrapassar os limites da razoabilidade, em se tratando de Ação Direta de Constitucionalidade.

Com efeito, assim se deduziu tal pedido na inicial:

“50. Isto posto, evidenciada a presença do fumus boni iuris. e do periculum in mora, REQUEREM a concessão de medida cautelar, a vigorar até a decisão do meritum causae, assecuratória de que fiquem suspensas, com eficácia ex tunc, as execuções de todas as decisões judiciais deferitórias de pedidos de antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública, que determinem incorporações em folha de pagamento ou imediato pagamento de atrasados sob o fundamento de serem devidos aumentos de vencimentos, ou reclassificações ou equiparações de servidores públicos, vedados pelas disposições legais a que faz remissão o art. 1º da Lei nº 9. 494, de 10 de setembro de 1997.”

18 — Na verdade, para que a medida cautelar assegure a eficácia da futura decisão de mérito, com observância do § 2º do art. 102 da Constituição Federal (eficácia “erga omnes” e força vinculante), não deve abranger apenas as decisões já proferidas, mas obstar que outras se profiram, até que tal julgamento se opere.

19 — Aliás, diga-se de passagem, o Código de Processo Civil, em situação que guarda certa semelhança no art. 265, inc. IV, até prevê a suspensão do processo, quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

20 — No caso, a sentença de mérito, nas causas em que ocorrida a antecipação da tutela, tem como questão prejudicial aquela relativa à constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, das restrições contidas no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997.

E é essa questão prejudicial exatamente objeto principal do presente processo de Ação Direta de Constitucionalidade.

21 — De sorte que a suspensão de processos em tais circunstâncias, não é estranha ao ordenamento jurídico nacional, mesmo o de caráter estritamente processual.

22 — Ademais, em face do que dispõem o inciso I, alínea “a” e “p”, e o § 2º, todos do art. 102 da Constituição Federal, não se pode conceber o descabimento de medida cautelar que assegure a plena eficácia de eventual sentença de mérito na presente Ação Direta de Constitucionalidade.

23 — Penso, porém que medida cautelar não pode ser concedida com eficácia “ex tunc” como pleiteado na inicial, mas, sim, “ex nunc”, com tem sido a orientação da Corte, na grande maioria dos julgados, não ocorrendo aqui qualquer das hipóteses excepcionais que justificaram entendimento diverso.

24 — Isto posto, defiro, em parte, a medida cautelar, ou seja, com eficácia “ex nunc” e força vinculante, para sustar até o julgamento definitivo da presente Ação Direta da Constitucionalidade, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública que tenha por pressuposto a afirmação de constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, assim, como os efeitos futuros das decisões de antecipação de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública.

25 — Na Ação Direta de Constitucionalidade não há necessidade de manifestação de Advocacia Geral da União, mas é indispensável a da Procuradoria Geral da República, como aliás, decidido na ADC nº 1-DF, de que foi Relator o eminente Ministro MOREIRA ALVES (RTJ 157/371).

Sendo assim, os autos deverão ser encaminhados à Procuradoria Geral da República, para parecer final.

26 — Nesse sentido, é meu voto.” (grifos nossos)

Ressalte-se que a Lei 9.494/97 não traz nada de diferente das outras leis existentes no nosso ordenamento jurídico que proíbem a concessão de liminares contra o Poder Público. Destarte, nós encontramos no ordenamento jurídico as seguintes leis, nas quais algumas foram mencionadas pela Lei 9.494/97:

1. Lei 2.270, 04.05.56, art.1º
2. Lei 4.348, de 26.06.64, art. 5º
3. Lei 5.021, de 09.06.66, art. 1º
4. A MP de nº 118, que se converteu na Lei nº 7.969, de 22.12.89
5. A MP de nº 173, que se converteu na Lei nº 8.437, de 30.06.90
6. E, a atual MP nº 1.570, que se converteu na Lei nº 9.994, de 1997

O Supremo Tribunal Federal versou sobre constitucionalidade destas limitações à concessão de liminares pela primeira vez em 1961, cuja a decisão levou a formulação da Súmula 262:

“Súmula: 262

Decisão: 16/12/1963

Publicação: SUDIN VOL:00001-01 PG:00121

Texto:

“NÃO CABE MEDIDA POSSESSÓRIA LIMINAR PARA LIBERAÇÃO ALFAN-DEGÁRIA DE AUTOMÓVEL.”

Legislação: LEG: FED LEI: 002770 ANO: 1956 ART. 00001

Precedentes: PROC: ERE NUM: 0038070 ANO: 61 UF: SP

TURMA: TP MIN: 107 AUD: 29-11-61 DJ DATA: 30-11-61

PG: 02716 EMENTA: VOL: 00486-01 PG: 00291 RTJ VOL: 00020-01 PG: 00170”

Posteriormente, a Suprema Corte pátria foi novamente provocada para julgar a constitucionalidade de outras limitações ao poder jurisdicional de concessão de medidas liminares, no tocante a MP 173/90, tendo decidido pela sua constitucionalidade:

“Supremo Tribunal Federal

Identificação: ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
(MED. LIMINAR) 259 – 7

Origem: DISTRITO FEDERAL

Relator: MINISTRO MOREIRA ALVES

Partes:

Requerente: PARTIDO DOS TRABALHADORES

Requerido :PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Interessado

Dispositivo Legal Questionado:

Das Medidas Provisórias nºs 148; 149; 150; 151; 152, 153; 154, 156; 157; 158; 159; 160; 161; 162; 163, 167; 168; 169 de 15/março/90; e 173 de 18/março/90.

DISPÕEM SOBRE O PLANO BRASIL NOVO. — Dispõe: sobre a alienação de bens imóveis da união situados em Brasília; sobre alienação de bens imóveis residenciais de propriedade da União e dos vinculados ou incorporados do FRHB, situados no Distrito Federal; sobre a organização da Presidência da república e dos Ministérios; sobre a extinção e dissolução (Sudeco, Sudesul, DNOS IAA, IBC, Funarte, Fundacen, Fundação do Cinema Brasileiro, Fundação Cultural Palmares, Pró-Memória, Pró-Leitura, Educar, Fundação Museu do Café, Portobrás, EBTU, Embrater, CAEEB, BNCC, Interbrás, Petromisa, Siderbrás, Embrafilme, Cobrapi, INFAZ) de entidades da Administração Pública Federal, sobre as relações entre as entidades fechadas de previdência privada e suas Patrocinadoras no âmbito da Administração Pública Federal; sobre criação de Certificados de Privatização; sobre a isenção ou redução de impostos de importação, sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas; sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos ganhos líquidos obtidos em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados, sobre a aplicação da pena de demissão a funcionário público.

Define: crimes de abuso do poder econômico; crimes contra a Fazenda Pública, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendeiros e terceiros que os pratiquem.

Institui: nova sistemática para reajuste de preços e salários em geral, o cruzeiro e dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros.

Altera: a legislação do imposto sobre operações financeiras, instituindo incidências de carretar transitório; legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas; legislação do imposto de renda sobre o resultado da atividade rural. Autoriza o Poder Executivo a ceder a título oneroso e mediante licitação, créditos inscritos como Dívida Ativa da União. Impede a concessão de medida liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das Medidas Provisórias números 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168.

Fundamentação Constitucional

Decisão:

Resultado da Liminar

Decisão da Liminar

Data de Julgamento da Liminar

Data de Publicação da Liminar

Resultado do Mérito: Não Conhecido

Decisão do Mérito: O Tribunal não conheceu da ação por inépcia da inicial, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente.

Data de Julgamento do Mérito 1991

Data de Publicação do Mérito Ano 1993

Incidentes:

ASSUNTO CITAÇÃO Requerida pelo autor da ação ENTENDIMENTO — Não ocorrendo, no caso, hipótese de litisconsórcio ativo necessário ou de intervenção obrigatória de terceiro, indefiro o pedido de citação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil feito pelo autor às fls. 39. Despacho publicado em 30.05.90. MEDIDA PROVISÓRIA — “...quanto às que foram convertidas em lei, ficou prejudicado o pedido de liminar ... embora não o esteja a própria ação, no que diz respeito aos seus dispositivos que não foram modificados pelas leis de conversão (...)

Igual solução é de ser dada quanto às medidas provisórias que, não apreciadas, foram reeditadas sem solução de continuidade, pois essa reedição faz que os efeitos concretos das reeditadas persistam, mas a eficácia para o futuro (ex nunc) dos dispositivos reproduzidos passa a decorrer das medidas provisórias que as reeditaram. Já as medidas provisórias que não foram apreciadas pelo Congresso no prazo constitucional, nem foram reeditadas sem solução de continuidade, perderam eficácia desde a sua edição nos termos do parágrafo único do artigo 062 da Constituição Federal, o que implica dizer que, quanto a elas, não só está prejudicado o pedido de liminar, mas também a própria ação o está, uma vez que esse efeito retroativo.”

“Supremo Tribunal Federal

Identificação: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

(Med. Liminar) 223 – 6

Origem: DISTRITO FEDERAL

Relator: MINISTRO MAURICIO CORREA

Partes:

Requerente: PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA – PDT

Requerido: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Interessado

Dispositivo Legal Questionado:

— Artigo 001º da Medida Provisória nº 173 de 18 de março de 1990.

— Impede a concessão de medida liminar em Mandados de Segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das Medidas Provisórias nºs 151, 154, 158, 160,161, 162, 164, 165, 167, 168.

Fundamentação Constitucional: Artigo 005º, incisos XXXIX, XXXV, LXIX, LIV.

Decisão: Resultado da Liminar: Indeferida

Decisão da Liminar: Por maioria o Tribunal indeferiu o pedido de liminar vencido o Sr. Ministro Celso de Mello, que a deferia integralmente para suspender a eficácia do art. 001º da Medida Provisória nº 173, e vencido, em parte, o Sr. Ministro-Relator que concedia parcialmente a Cautelar, nos termos do voto que proferiu.

Votou o Presidente. — Plenário, 05.04.90.

— Acórdão, DJ 29.06.90.

Data de Julgamento da Liminar 1990

Data de Publicação da Liminar Ano 1990

Resultado do Mérito: Prejudicado

Decisão do Mérito

Data de Julgamento do Mérito: 1996”

Logo, diante de todo o exposto, o agravante espera ter provado que a decisão “a quo” da qual se recorre não observou o que dispõe a lei processual civil e dissentiu da doutrina e jurisprudência dominante.

III. O PEDIDO DE SUSPENSÃO LIMINAR DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA CONCEDIDA

Por conseguinte, o agravante pede ao Excelentíssimo Senhor Juiz-Relator deste recurso que seja concedida LIMINARMENTE a suspensão dos efeitos da decisão atacada até o julgamento do presente recurso agravo de instrumento, nos termos do art. 558 do CPC, posto que a situação criada pela concessão do benefício através da decisão guerreada é irreversível e traz sérios prejuízos ao Erário Público, visto que o pagamento do benefício indevidamente não é restituível, conforme posição jurisprudencial desta Egrégia Corte. Há de se ressaltar que o agravante entende que não é o pagamento de um salário mínimo ao agravado, que lhe trará prejuízos à economia pública, mas sim as

repercussões que a decisão *a quo* pode também acarretar, pois outros portadores do vírus da HIV poderão requerer do mesmo modo o pagamento do benefício concedido antecipadamente na decisão *a quo*, trazendo, aí, sim sério prejuízo ao Erário Público. É este o posicionamento do STF e do TRF-2ª Região, nos quais determinaram a suspensão do pagamento de salários e de benefício previdenciário:

“Supremo Tribunal Federal

Classe / Origem: RPMC-1514 / MG

MEDIDA CAUTELAR EM REPRESENTAÇÃO.

Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO

Publicação: DJ DATA-29-04-88 PG-09845 EMENT VOL-01499-01 PG-00068

Julgamento: “24/03/1988 – TRIBUNAL PLENO

Ementa

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16 DA LEI N. 9.414, DE 3.7.87, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. URP. MEDIDA LIMINAR CONCESSÃO.

A REPRESENTAÇÃO VEIO A SER OFERECIDA PARA QUE FOSSE DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16, DA LEI 9.414, DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PELO QUAL, FOI DETERMINADO O REAJUSTAMENTO AUTOMÁTICO DOS VENCIMENTOS DOS, CIVIS E MILITARES ESTADUAIS, TENDO COMO ÍNDICE DE REAJUSTAMENTO A URP – UNIDADE DE REFERÊNCIA DE PREÇOS. DEFERE-SE O PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR PARA SUSPENDER OS EFEITOS DE TAL DISPOSITIVO, ATÉ JULGAMENTO DA REPRESENTAÇÃO, ACOLHENDO-SE OS ARGUMENTOS, PARA JUSTIFICAR A PROVIDÊNCIA, DO GRANDE AUMENTO DA DESPESA PÚBLICA, DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, E A RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO JURÍDICO DE QUE AQUELE ARTIGO NÃO FOI DE INICIATIVA DO GOVERNO DO ESTADO, COM O QUE TERIAM SIDO FERIDOS OS ARTS. 57, II E V, E O PARÁGRAFO ÚNICO, LETRA ‘A’, C/C O ART 13, INCISOS III E V, TUDO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Observação: VOTAÇÃO UNÂNIME. RESULTADO: CONCEDIDA. REC6PP.

ANO: 88 AUD: 29-04-88”

“Supremo Tribunal Federal

Classe Origem: ADIMC-391/DF

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR.

Relator: Ministro PAULO BROSSARD

Publicação: DJ DATA-05-04-91 PP-03659 EMENT VOL-01614-01 PP-00033

Julgamento: 15/12/1990 – TRIBUNAL PLENO

Ementa

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 6. “caput” (parte), PARS. 1. (parte), 2. e 3. do art. 7. e incisos I e III, ART. 15 – da Lei n. 11. 712/90 do Estado do Ceará.

Plausibilidade do direito decorrente da jurisprudência reiterada, hoje unânime, da Suprema Corte. Repercussão imediata a administração e a economia do Estado na aplicação das normas ARGUIDAS, contrapondo-se a inexistência de maiores inconvenientes para os beneficiários das vantagens por elas outorgadas. Medida liminar. Concessão. Conveniência.

Observação: VOTAÇÃO: UNÂNIME

RESULTADO: DEFERIDA.

N. PP.: (8). REVISÃO: (NCS).

ALTERAÇÃO: 17.11.93 (MK).

Partes

Requerente. GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

Requerido: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

“Registro: TRF200011822

Origem: TRIBUNAL: TRF2

Registro inicial do processo (RIP): Decisão: 22-06-1992

PROC: MS NUM: 0220301 ANO: 1991 UF: RJ TURMA: 1

MANDADO DE SEGURANÇA

Fonte (Publicação):

DJ DATA (mes-dia-ano): 08-18-1992 PG: 24548

Ementa:

I — MANDADO DE SEGURANÇA — IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO EFEITO SUSPENSIVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO — LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CAUTELAR, DETERMINANDO O PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA DE 5 (CINCO) SALÁRIOS MÍNIMOS E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS — AUTORA PORTADORA DO VIRUS “HIV”, CUJA ORIGEM ATRIBUI A TRANSFUSÃO DE SANGUE REALIZADA EM HOSPITAL DO IMPETRANTE — HÁ QUE SE CONCEDER, NA HIPÓTESE, EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, APENAS NO CONCERNENTE A PRESTAÇÃO ALIMENTAR, QUE É ATO DE NATUREZA TÍPICAMENTE SATISFATIVA, RECONHECENDO QUE O TRATAMENTO DA AUTORA É DEVER DO ESTADO. II — SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE.

Relator: JUIZ: 208 – JUIZ FREDERICO GUEIROS

Decisão: POR UNANIMIDADE, CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA.

Além disso, a decisão proferida pelo STF na ADC de nº 4-DF determina suspensão imediata de todas as decisões proferidas em tutela antecipada, conforme foi dito acima. Cumpre sublinhar que decisão recorrida foi proferida após a publicação no Diário da Justiça do acórdão do STF que concedeu a medida cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade anteriormente mencionada.

Portanto, fica demonstrada a presença da ameaça de lesão ao direito da agravante que poderá ser efetivada, se houver demora na prestação jurisdicional em segunda instância e do *fumus boni iuris*.

IV. O PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO ATACADA

Do mesmo modo, pede a Vossas Excelências que a decisão guerreada seja reformada ao final de acordo com os fundamentos esplanados neste recurso, aguardando o conhecimento e o total provimento deste recurso de agravo por se tratar de medida da mais alta JUSTIÇA!

De Franca para São Paulo, 24 de março de 1998

GIAN PAOLO PELICIARI SARDINI
OAB/SP nº 130.964



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA
COMARCA DE CARANGOLA – MINAS GERAIS

Processo 3963/97

Ação Ordinária de Nulidade c/c Ação Declaratória de Regularidade Fiscal

Autor: Prefeitura Municipal de Faria Lemos/MG

Réu: INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, Autarquia Federal, vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social, criada, na forma do estabelecido pela autorização legislativa contida no art. 14, da Lei nº 8.029/90, por meio do Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990 e reestruturada, à vista da determinação contida no art. 11, parágrafo único, da Lei nº 8.422, de 13 de maio de 1992 e Decreto nº 569, de 16 de junho de 1992, vem, respeitosamente, por seu representante legal, *ex lege*, infra-assinado (art. 12, Inciso I, do CPC e art. 17, inciso I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993), nos autos acima declinados, com todo acatamento e respeito, no prazo legal, apresentar

CONTESTAÇÃO

pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

**PRELIMINARMENTE
INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL**

Inicialmente, há que se ressaltar, por importante, sobre a INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL para apreciar a matéria, ventilada nos autos, vez que “A Constituição Federal não determina a **competência da Justiça Estadual, senão por exclusão, ou seja, a competência não atribuída às demais justiças.**

A seu turno, **a competência da Justiça Federal é determinada (art 109 da CF/88) ou pela qualidade das pessoas ou pela matéria.**

Assim, pelo artigo 109, inc. I, da CF/88, tem-se que **competete à Justiça Federal “as causas em que a União, entidade autárquica, ou empresa pública federal forem *interessadas na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes.*”**

Por sua vez, ficam excluídas da competência dos juízes federais (artigo 109, parte final do inciso I) as ações:

- a) de competência da Justiça Eleitoral e do Trabalho;
- b) de falência e de acidente do trabalho.

Todavia, prescreve a Carta Magna que, na comarca em que não existir Vara de Justiça Federal, incumbe ao Juiz de Direito Estadual decidir causas de competência da Justiça Federal, dentre outras situações, **quando o litígio se der entre instituição de previdência social e segurado (inciso III, § 3º, art. 109, da CF/88).**

Ora, *in casu*, o litígio se dá entre o Município e Autarquia Federal denominada INSS, **e não entre segurados e o Instituto de Previdência.**

Com isso, tem aplicação o inciso I do artigo 109 da Constituição Federal que determina a competência da Justiça Federal para apreciar o feito.

Tal **competência é absoluta**, podendo e devendo **ser reconhecida “ex officio.”** (excertos do parecer do Dr. Galba Cotta de Miranda Chaves, Promotor de Justiça de Minas Gerais, junto a 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova, nos autos da ação cautelar movida pelo Município de Piedade de Ponte Nova, processo nº 6.397/97).

A jurisprudência dos Tribunais, notadamente do STJ, é pacífica quanto a incompetência absoluta da Justiça Estadual bem como da competência da Justiça Federal para apreciar e julgar a causa em comento.

No julgamento de conflito de competência nº 7.799/MG (Reg. 94/0005613-3), tendo como **Suscitante** o Juízo de Direito da 1ª Vara de Viçosa e **Suscitado** o Juízo Federal da 9ª Vara da SJ/MG, **Relator** o Exmo. Sr. Ministro **Cid Flaquer Scartezzini** – Terceira S do STJ), **publicado no DJU**, seção 1, nº 93, de 19.05.97, p. 20547 e 20548, o STJ assim se pronunciou, *verbis*:

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA — CRIME PRATICADO CONTRA ENTIDADE DE ENSINO SUPERIOR — ART. 109, I, DA CF/88.

— Compete à Justiça Federal o julgamento de crime praticado em detrimento de bens de Universidade instituída e mantida pela União como Fundação de Direito Público, posto que equiparadas às Autarquias ou mesmo Empresas Públicas Federais.

— Aplicação do artigo 109, I, da CF/88.

— Competência, *in casu*, do Juízo Federal, suscitado.”

Para deixar consignado de forma irrefutável sobre a INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO ESTADUAL, transcreve-se, as jurisprudências abaixo:

“REMESSA ‘EX OFFICIO’ Nº 89.04.06961-0-RS; RELATOR: JUIZ SILVIO DOBROWOLSKI; PARTE A: LOURENÇO AMADOR DOS REIS; ADVOGADO: DR. INDIO BRASILEIRO CÉZAR; PARTE R: INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDENCIA SOCIAL – INPS; ADVOGADO: DR. CARLOS DE JESUS RABELLO; REMETENTE: JUIZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE TAQUARA-RS

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

Compete aos Juízes Federais processar e julgar o mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade previdenciária ainda que sediada em comarca do interior onde não haja Vara Federal.

Sobrevivência da Súmula número 216 do TFR face à Constituição de 1988. Distinção no texto constitucional (artigo 109, I e VIII e seu parágrafo 3º) entre mandados de segurança e causas, com vistas a excluir aqueles da delegação prevista no artigo 109, parágrafo 3º, da Lei Maior.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, entre as partes acima indicadas, decide a 3ª Turma deste Tribunal Regional Federal da Quarta Região, por unanimidade, preliminarmente, anular a sentença, por incompetência absoluta do Juízo e determinar a remessa do feito ao Juiz Federal competente, nos termos do voto do Juiz Relator.

Porto Alegre, 16 de outubro de 1990 (data do julgamento).”

E mais,

“APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.01.16062-5-BAHIA

RELATOR: SENHOR JUIZ EUCLYDES AGUIAR
**APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL-
INPS**
APELADO: JOSE ALVES DE BARROS
REMETENTE: JUIZO DE DIREITO DE ITABUNA-BA
**ADVOGADOS: DR. VANILSON ALVES PEREIRA E DR. CARLOS
ANTONIO FIGUEIREDO NICACIO**

EMENTA

**PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGU-
RANÇA.**

Conquanto delegada pela Constituição competência á Justiça Estadual para julgamento de questões que envolvam matéria de benefício previdenciário, em mandado de segurança, a competência permanece com a Justiça Federal, mesmo que o ato provenha de autoridade sediada no interior – Súmula 216 do extinto TFR.

Recurso provido. Sentença anulada.

ACORDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, a unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei.

Brasília, 12 de junho de 1990. (data do julgamento)."

95.0101023-6 / MG – MS

IMPTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS

PROCUR: DIMAS ROBERTO BIANCO DA SILVA

IMPDO: JUÍZO DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA CÍVEL DA
COMARCA DE VIÇOSA-MG

INTERES: JOSÉ AFONSO DOS REIS

ADV: BENTO ESUTÁUQUIO DE ABREU CHIAQUETA

No processo acima relacionado, o Exm^o Sr. juiz relator exarou, à fl. 60, o seguinte despacho:

Cuida-se de hipótese de sentença nula, por incompetência absoluta do juízo prolator da decisão. Assim sendo, defiro a liminar para atribuir efeito suspensivo à apelação. Cite-se o litisconsorte passivo necessário, beneficiário da sentença nula. Cumpra-se, por telex, a concessão da presente liminar. Publique-se" Brasília, 1º.02.95 a) Juiz HÉRCULES QUASÍMODO, Relator, TRF/1º Região.

Emissor: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Relator: SRA. JUÍZA SELENE ALMEIDA (CONVOCADA)
Data de Referência: 00.00.00

Resumo:

AMS Nº 92.01.09662-3/MG (CF) INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS REMETENTE: JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE MUZAMBINHO JOSÉ LUIZ GONÇALVES SEGUNDA TURMA. JULGAMENTO EM 10-06-93. SENTENÇA ANULADA. UNÂNIME.

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL — MANDADO DE SEGURANÇA — COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAR WRIT CONTRA AUTORIDADE FEDERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

I — Compete aos juízes federais conhecer e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade federal da Previdência Social, mesmo que a autoridade tenha sede em comarca do interior onde não haja Vara Federal.

II — Aplicação da Súmula 216 do extinto TRF face Constituição de 1988.

III — Sentença anulada.

Emissor: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Relator: EXMO. SR. JUIZ OSMAR TOGNOLO
Data de Referência: 02.02.95

Resumo:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 93.01.23505-6-MG (PC) PARTE A: CASA DE SAÚDE ESPERANÇA S/A E OUTROS. SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA-MG PARTE R: UNIÃO FEDERAL SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DE JUIZ DE FORA PLENÁRIO. JULGAMENTO EM 10.09.94 DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA/MG. 3205

PROCESSUAL CIVIL — CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA — AÇÃO AJUIZADA CONTRA O INAMPS – VARAS FEDERAIS DO INTERIOR — COMPETÊNCIA FUNCIONAL ABSOLUTA — DECLINAÇÃO DE OFÍCIO — POSSIBILIDADE.

1. Nos termos do Provimento 331/87, do Conselho de Justiça Federal, as varas localizadas no interior dos Estados foi atribuída competência funcional absoluta, o que permite ao Juiz dela declinar de ofício.

2. Não tendo o INAMPS agência ou sucursal em Juiz de Fora, mas em Belo Horizonte e de prevalecer a regra de competência prevista no art. 100, IV, “b”, do Código de Processo Civil, em respeito, ainda, ao foro eleito no contrato.

3. Conflito conhecido para se declarar competente o MM. Juiz suscitante.

Emissor: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Relator: JUIZ NELSON GOMES DA SILVA
Data de Referência: 03.03.94

Resumo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 93.01.26594-0-BA (PC) UNIÃO FEDERAL MUNICÍPIO DE CANAVIEIRAS QUARTA TURMA. JULGAMENTO EM 02.02.94. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. 7379

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IBAMA. ASSISTÊNCIA DA UNIÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I, CF, 88 E LEI 8.078/90.

A competência da Justiça Federal nos termos do art. 109, I da CF 88 e improrrogável e absoluta.

Editada a Lei 8.078/90, que ressalvou a competência da Justiça Federal para o julgamento de Ação Civil Pública, restou superada a controvérsia em torno do art. 2º da Lei 7.347/85, por aquela alterada nesse aspecto.

Agravo provido.

Emissor: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Relator: EXMA. SRA. JUÍZA ELIANA CALMON
Data de Referência: 04.11.93

Resumo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 93.01.28390-5-MA (PC) SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO ESTADO DO MARANHÃO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DO MARANHÃO – CRF/MA 4ª TURMA. JULGAMENTO EM 04.11.93. RECURSO IMPRÓVIDO. UNÂNIME. 46869

PROCESSO CIVIL — COMPETÊNCIA — JUÍZO ESTADUAL — JURISDIÇÃO FEDERAL. 1- A jurisdição federal, outorgada excepcionalmente a Justiça Estadual, restringe-se as hipóteses enunciadas na lei. 2- A execução fiscal não é ação conexa a declaratória, tanto que, proposta a ação de conhecimento, não está a Fazenda inibida de propor a execução. 3- O mero caráter de prejudicialidade da declaratória para com a execução não leva a prorrogação de competência. 4- Recurso impróvido.

Emissor: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Relator: O EXMO.SR. JUIZ HÉRCULES QUASIMODO
Data de Referência: 04.04.94

Resumo:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 94.01.03394-3-MT (CF) PARTE A: ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA PARTE R: INSTITUTO NACI-

ONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA-MT SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA-DF PLENÁRIO. JULGAMENTO EM 17.03.94. DECLARADO COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE. UNÂNIME. 13774

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE AUTORIDADE PREVIDENCIÁRIA LOCALIZADA EM COMARCA DO INTERIOR. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUIZ FEDERAL: ART. 109, VIII, CF/88. Compete a Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança contra ato de autoridade previdenciária localizada em comarca do interior, ainda que a comarca não seja de vara federal. O § 3º do art. 109 da CF/88 não se aplica ao mandado de segurança, que tem regramento outro, no Inciso VIII do mesmo artigo. Conflito julgado procedente para afirmação da competência do juízo federal suscitante, da 2ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso.

Sendo a competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso I, da CF/88, **improrrogável e absoluta**, tem-se que a Autoridade Judiciária Estadual não está investida da competência necessária para conhecer e julgar o presente feito, razão pela qual **requer o acolhimento da preliminar de incompetência absoluta** deste Juízo, **remetendo os autos para o Juízo Federal Competente**, uma das Varas Federais da SJ/MG.

PRELIMINARMENTE, AINDA

ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – CAPACIDADE POSTULATÓRIA

A ação foi proposta pela **Prefeitura Municipal de Faria Lemos**, nos exatos termos da procuração e pelo que se vê no preâmbulo da peça exordial.

Contudo, apesar dos termos contidos na procuração, a **Prefeitura Municipal de Faria Lemos não é pessoa jurídica de direito público** — ou de direito privado.

Não é a Prefeitura pessoa jurídica. É mero órgão, integrante da organização administrativa do **MUNICÍPIO DE FARIA LEMOS**.

As Prefeituras dos Municípios são as estruturas administrativas do Poder Executivo Municipal.

A Prefeitura não possui personalidade jurídica e muito menos capacidade postulatória.

Por outro lado, ainda que se admita capacidade postulatória ao órgão **Prefeitura Municipal**, verifica-se que o **notificado do lançamento do débito fiscal** foi o **MUNICÍPIO DE FARIA LEMOS**, pessoa jurídica de direito público, representado judicialmente pelo **Prefeito Municipal**.

Evidencia-se, deste modo, a **ilegitimidade passiva *ad causam*** ou, se assim entender este Juízo, a **incapacidade postulatória da Prefeitura por não possuir personalidade jurídica própria**.

Requer, pois, o acolhimento da preliminar argüida.

MÉRITO

AB INITIO, DESTACA-SE O ESTATUÍDO NA SÚMULA 112 DO STJ: O DEPÓSITO SOMENTE SUSPENDE A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SE FOR INTEGRAL E EM DINHEIRO.

O Autor, em razão de levantamento fiscal realizado pelo INSS, recorreu administrativamente da Notificação Fiscal, **transitando em julgado o levantamento fiscal**, constituindo-se definitivamente o **crédito do Instituto**.

Inconformado, o Autor ingressou, perante o Juízo Estadual, com a presente ação, aduzindo que indevidas são as contribuições cobradas através das Notificações Fiscais de lançamento de débito, incidindo sobre vencimento de seus servidores, **exercentes de função pública**, não amparado pelo seu Regime de Previdência e que **as contribuições para autônomos estão suspensas**.

Em síntese apertada, pode-se resumir a demanda no argumento do Município de que a Lei Municipal instituiu o Regime Jurídico Único para os servidores Municipais e que o Município mantém convênio com o IPSEMG, razão pela qual o INSS não poderia levantar o débito hostilizado na presente ação, já que cabe ao Município diretamente ou através de convênio o pagamento de benefícios previdenciários. Destarte, não sendo o INSS, como supostamente crê o Município, quem paga os benefícios previdenciários, não pode a Autarquia levantar o débito. **Quanto ao levantamento dos Autônomos, argumenta que está suspensa a sua cobrança.**

Equivoca-se, *data venia*, O Autor em suas alegações, sendo improcedentes todos os seus argumentos, como se demonstrará.

Inicialmente, cumpre destacar que créditos hostilizados através da presente ação são dois, a saber:

**Primeiro, a NFLD Nº 32.507.119-7,
PERÍODO DE 05/96 A 02/97;**

**Segundo, a NFLD Nº 32.507.117-9, período
de 11/93, 08/95 a 12/96.**

Quanto ao primeiro crédito (NFLD 32.507.119-7

Trata-se de débito levantado com base em verificação efetuada pelo Fiscal do INSS nas Notas de Empenho e seus anexos.

Pelo Relatório Fiscal se vê que:

“O débito objeto da presente NFLD, refere-se a contribuições devidas à Seguridade Social, do período de 05/96 a 03/97, **relativas a pagamentos efetuadas à AUTÔNOMOS**, conforme discriminativo no anexo I.

“O presente débito tem como **FUNDAMENTOS LEGAIS**:

Lei Complementar nº 84, de 18.01.96, regulamentada pelo Decreto nº 1.826, de 29.02.96.

Pela leitura da exordial, constata-se que em nenhum momento o Autor contestou a validade do presente débito.

Em um único momento, às fls. 04 da peça de ingresso, **afirma** que “as contribuições para autônomos estão suspensas, não tendo o INSS, direito a proceder qualquer levantamento a esse título, conclui-se que o levantamento está com certeza totalmente **NULO** ...”

Ora, *data maxima venia*, não tem o mínimo de amparo legal a sobredita afirmação.

O levantamento das contribuições previdenciárias se deu em razão dos pagamentos efetuados aos Autônomos com base na **Lei Complementar nº 84 de 18.01.96 e não com base na Lei nº 7.787/89.**

Basta verificar o Relatório Fiscal e CDA para se ter a certeza de tais fatos, bem como do período cobrado (05/96 a 02/97).

A constitucionalidade da sobredita Lei Complementar nº 84 já está pacificada nos Tribunais, como se vê a seguir:

**TRIBUTÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 84/96.
CONSTITUCIONALIDADE.**

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais a expressão “autônomos e administradores” e o termo “avulso”, contidos no inc. I, do art. 3º. da Lei nº 7.787/89, assim como das expressões “empresários” e “autônomos”, contidas no inciso I, do art. 22, da Lei nº 8.212/91.

A Lei Complementar nº 84/96, que veio em substituição às referidas normas, não padece de inconstitucionalidade, porque atendidos os requisitos do inc. I do art. 154 da CF (não-comulatividade, peculiaridade do fato gerador e da base de cálculo), incorrendo violação a princípios constitucionais outros.

Apelação Cível nº 97.04.60261-8 – PR, Relator: JUIZ GILSON DIPP, Apelante: Agritec S/A – 1ª T. TRF 4ª Região – DJU, S.2, de 14.01.98, p. 338).

O plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, indeferiu unanimemente o pedido de liminar requerido pela Confederação Nacional da Indústria proposta no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 1432-3-DF) no julgamento realizado em 18 de abril de 1996, publicado no D.J. de 26.04.96, Seção I, p. 13078.

“A Lei Complementar nº 84/96 materializa o exercício da competência residual na medida em que a contribuição previdenciária por ela criada não diz, por exemplo, com o faturamento, com o lucro ou com a folha de salários. Não tem ligação, também, com os incisos II e III do artigo 195 da Constituição Federal”.

Em recente julgamento, apreciando liminarmente o pedido de suspensão de decisão liminar que, em mandado de segurança, outorgou a impetrante, o direito de não pagar a contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga a empregados autônomos e administradores, por considerar inconstitucional a Lei Complementar no 84/96, assim decidiu **a Exma. Juíza desse Egrégio Tribunal Federal, Dra Eliana Calmon**, Relatora, nos Autos do Agravo de Instrumento 96.01.27795-1/MG, sendo agravante o INSS e agravado Industria Metalúrgica Moratori Ltda e outros.

“A contribuição sobre o ‘pro-labore’, se a princípio foi rechaçada pelo judiciário, com a correção legislativa, via Lei Complementar, em exame perfunctório, apresenta-se compatível com a não relevância do fundamento central da demanda, com impossibilidade de suspensão de pagamento ‘in limine’.”

3. Comunique-se ao Juízo ‘a quo’ a concessão do efeito suspensivo dado a este recurso.”

Não há que se falar, quanto a esta NFLD, da polêmica de existência ou não de Regime próprio de Previdência, vez que o levantamento se deu, repita-se, com fundamento na Lei Complementar nº 84, de 18.01.96.

Destarte, é pacífica a legalidade e constitucionalidade do levantamento fiscal efetivado pelo INSS, IMPROCEDENTE TOTALMENTE O PEDIDO CONSUBSTANCIADO NA PEÇA DE INGRESSO, O QUE DESDE JÁ SE REQUER.

Quanto ao segundo Crédito:

NFLD Nº 32.507.117-9, período de 11/93, 08/95 a 12/96.

Pela leitura do Relatório Fiscal tem-se que trata-se de:

“Débito Normal, levantado com base em verificação efetuadas nas Folhas de Pagamento de Salários, Recibos de Férias e de Rescisões de Contratos de Trabalho, Acordo da JCJ de nº 969/93, de 10.01.93 e Notas de Empenho e seus anexos.

“O débito, objeto da presente NFLD, refere-se a contribuições devidas à seguridade social do período de 11/93, 08/95 a 12/96, contribuições relativas aos salários pagos aos empregados, cujo vínculo de origem é o RGPS e os que foram contratados no período. Contribuições devidas,

porque os empregados não foram excluídos do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, embora tenha sido implantado o Regime Jurídico Único Estatutário, **não excluiu os empregados do RGPS, pois isto só ocorre quando o servidor estiver sujeito a Sistema próprio de Previdência Social que assegure, pelo menos, os direitos previdenciários contidos no art. 40 da Constituição Federal, ou seja, aposentadoria e pensão.**”

Confunde o Município-Autor criação de Regime Jurídico Único e criação de Regime Próprio de Previdência Social, que são coisas totalmente distintas.

O Município parte de uma premissa falsa, ou seja, de que tendo criado um Regime Jurídico Único para os seus servidores estaria, portanto desobrigado das contribuições sociais para custear os benefícios previdenciários.

A seguridade social, técnica de proteção social que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência se realiza sob o signo da solidariedade social, porquanto será financiada por toda a sociedade, direta e indiretamente, bem como das contribuições dos orçamentos públicos, dos empregadores, dos trabalhadores e de concursos de prognósticos, por força do disposto no artigo 195 e incisos da Carta Política de 1988.

A par do princípio fundamental da **solidariedade social**, a **seguridade social**, em sua organização, a qual **competete ao Poder Público**, deve se dar com base, principalmente, no **princípio da universalidade da cobertura e do atendimento**, como se vê no inciso I do parágrafo único do artigo 194 da referida Carta.

Cuida-se de princípio dividido em duas vertentes: objetiva (**cobertura**) e subjetiva (**atendimento**).

Objetivamente, a idéia de seguridade social deve generalizar-se em escala nacional e, em alguns casos, internacional, para cobertura de todos os riscos com satisfação de todas as necessidades essenciais. Sob outra angulação, ainda, na vertente objetiva, a seguridade social deve manifestar-se no sentido da redução dos riscos indutores das referidas necessidades essenciais, desse modo prevenindo o surgimento das mesmas.

Na outra vertente, **subjetiva**, tem-se que a seguridade social deve assegurar a **todos os brasileiros** e aos estrangeiros, mesmo os não residentes no País, os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Deve, pois, inclusive no que diz com os direitos relativos à **previdência social**, abarcar, em regra, todos as pessoas exercentes de atividade remunerada, seja na iniciativa privada, seja no âmbito das diversas **esferas governamentais**.

Contudo, o princípio em questão, **subjetivamente** considerado, deve ser abrandado no que diz com o seu âmbito de aplicação, bastando, para tanto, cotejá-lo com o **princípio da essencialidade**, insculpido no inciso III do parágrafo único do artigo 194 da CF/88.

Com efeito, por esse princípio (**da essencialidade**), o legislador ordinário deve organizar a seguridade social prescrevendo benefícios e serviços na medida exata das necessidades essenciais. Destarte, harmonizando-se os dois princípios (**universalidade e seletividade**), decorre que, se determinada pessoa estiver

filiada a **regime próprio** de previdência, estará, por via de consequência, **excluída** do âmbito de aplicação do Regime Geral de Previdência Social (**RGPS**), instituído pela Lei nº 8.213/91, por imposição das normas constitucionais ora examinadas. Obviamente, em casos tais, a **proteção social** necessária **terá sido dispensada** pelo respectivo regime de previdência.

Assim, não paira dúvida de que o servidor civil ou militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos **Municípios**, bem como o das respectivas Autarquias e Fundações, **é excluído do** Regime Geral de Previdência Social (RGPS), instituído pela Lei n. 8.213/91, **desde que esteja sujeito a regime próprio de previdência**. Esta é a **redação** tanto do artigo 12, *caput* desta Lei quanto do artigo 13, *caput* da Lei n. 8.212/91, **dispositivos consonantes com os cânones constitucionais**.

Contudo, repita-se, constitui **pressuposto para exclusão do RGPS a existência de regime próprio de previdência no âmbito da União, Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios**.

Primordialmente, **não há confundir** regime próprio de previdência com regime jurídico único. Este decorre do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal em vigor, que requer a instituição de planos de carreira para os servidores da Administração Pública Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas no âmbito de cada uma das entidades da Federação. **A idéia de regime jurídico único e planos de carreira se correlacionam. Mas, nem uma, nem outra, traduz a idéia de regime de previdência, como se verá.**

A **unidade** de que cogita o texto constitucional, segundo a melhor doutrina, pode ser jurídica, intelectual e administrativa.

A propósito da **unidade jurídica**, que, no caso *sub examine*, é a que interessa mais de perto, ensina **JOSÉ AFONSO DA SILVA, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, Malheiros, p. 587, verbis:**

“A unidade jurídica importa em que todos os servidores da Administração direta, das autarquias e das fundações sejam submetidos a idênticos critérios de recrutamento, de provimento, de progressão na carreira, de retribuição, de auferimento de vantagens e direitos, de submissão a deveres, responsabilidade e processos administrativos, sem embargos da possibilidade da existência de carreiras diversificadas em função da complexidade das várias áreas de atuação administrativa.”

Como dito, regime jurídico único e planos de carreiras são idéias correlacionadas, circunstância que emerge, tanto do texto do artigo 39, *caput*, da CF/88, quanto do ensinamento deste festejado constitucionalista, **Ob. Cit., p. 588, verbis:**

“O regime jurídico único requer que o funcionalismo nessas administrações, em cada esfera governamental, seja estruturado com base num plano de carreiras fundadas num sistema de cargos classificados segundo suas tarefas, a fim de se colocarem, na mesma classe, os que se assemelhem, de modo que cada carreira se constitua de uma série de classes escalonadas em função da maior complexidade dos cargos que as integrem.”

Vê-se, então, que **regime jurídico único**, seja do ponto de vista da literalidade do texto constitucional, seja do ponto de vista da melhor doutrina, **correlaciona-se com planos de carreiras, mas não necessariamente com o sentido de regime próprio de previdência.**

Portanto, **não basta a só existência** de regime jurídico único, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos **Municípios** para a **exclusão** dos servidores do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), pois aquele *ad argumentandum tantum*, **pode ser celetista**, hipótese em que seus servidores serão, **necessariamente, filiados a este**. Quanto a possibilidade de que o regime jurídico único seja celetista convém trazer à baila a lúcida lição da professora **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in Direito Administrativo, 7ª edição, Atlas, p. 360, verbis:**

“... cada pessoa política (União Estados e Municípios) tem liberdade de optar pelo regime que lhe parecer mais conveniente; uns poderão adotar o regime estatutário e, outros, o regime CLT, ou ainda, regime contratual específico para os servidores públicos.”

De outra parte, nada impede que a União, os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios**, em cumprimento ao comando do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal de 1988, instituíam, no âmbito de sua competência, regime jurídico único, neste contemplando um regime próprio de previdência. Aliás, na **esfera federal** a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que instituiu o regime jurídico único para os servidores da administração direta, autárquica e fundacional, **adotou um regime próprio de previdência**, em sede do Título VI – Da Seguridade Social do Servidor (**artigos 183 a 231**) e somente **eximiu das contribuições previdenciárias para o INSS, após a instituição do regime próprio de previdência e da sua respectiva fonte de custeio. Transcreve-se os artigos pertinentes para exemplificação:**

Art. 243

“Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos poderes da União, dos ex-territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1962 — Estatuto dos Funcionários Cíveis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943, exceto de contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação”.

O legislador fez inserir no artigo 183 do referido diploma legal, o preceito que segue *“in verbis”*:

Art. 183

“A União manterá Plano de Seguridade Social para o servidor e sua família”.

Por sua vez, dispõe o artigo 231 da Lei nº 8.112, já citada, *“verbi gratia”*:

Art. 231

“O Plano da Seguridade Social do Servidor será custeado com o produto da arrecadação de contribuições sociais obrigatórias dos servidores dos três Poderes da União, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1º

A contribuição do servidor, diferenciada em função da remuneração mensal, bem como dos órgãos e entidades, será fixada em Lei" (grifo nosso).

Com a edição da Lei nº 8.162, de 08.01.91, o seu artigo 8 fixou o prazo inicial para que fossem recolhidas as contribuições para o Plano de Seguridade Social dos servidores Públicos amparados pelo artigo 243, da Lei nº 8.112/90, como se vê, "*verbis*":

Art. 8º

"A partir de 01 de abril de 1992, os servidores qualificados no artigo 243 da Lei nº 8.112, de 1990, passam a contribuir mensalmente para o Plano de Seguridade do Servidor, instituído pelo artigo 183 da mesma Lei. (grifo nosso).

12. Dispondo, ainda, a Lei nº 8.162, de 08.01.91, nos seus artigos 9 e 10, "*verbi gratia*":

Art. 9º

A contribuição mensal a que se refere o artigo 231 da Lei nº 8.112, de 1990, incidirá sobre a remuneração mensal do servidor e será calculada mediante aplicação da seguinte Tabela:

Art. 10

"A contribuição de que trata o artigo anterior será recolhida ao Tesouro Nacional nos prazos e condições estabelecidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

Por seu turno, **Regime de previdência**, é o conjunto de regras, harmônicas e sistematizadas, que regulamentam o direito positivo a propósito da proteção social, diante de riscos sociais verificados, a uma determinada clientela protegida.

Com efeito, no Brasil, na órbita da Previdência Social, a par de um sistema nacional de Previdência Social, existem o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de que cuida a Lei n. 8.213/91, o qual protege, em geral, os trabalhadores vinculados à iniciativa privada, e os regimes próprios, quais sejam, o dos servidores públicos (civis e militares) e o dos parlamentares. Cada qual circunscrito ao seu âmbito, dispensando proteção social, respectivamente, às aludidas clientelas. Tem-se, ainda, o Regime Facultativo Complementar de Previdência Social (RFCPS), que deverá ser objeto de lei específica.

O regime próprio de previdência, para ser considerado como tal, deve, necessariamente, preencher a condição mínima de conferir aos seus filiados as prestações consagradas na Constituição Federal de 1988, notadamente os benefícios de *aposentadoria* — *várias espécies* — e *pensão por morte*.

Outro não é o posicionamento doutrinário, emergente das lições previdenciárias de **WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, in Comentários à Lei Básica da Previdência Social, Tomo I, 2ª Edição, LTr, p. 100, *verbis*:**

"Definição de regime próprio é construção doutrinária. Partindo de uma antiga decisão do DNPS, deve ser a instituição capaz de propiciar aposentadorias e pensões, e a partir de 05.10.88, oferecer os benefícios elencados no art. 40 da Lei Maior."

Desta forma, emerge, como **pressuposto** para o regime próprio de previdência, a **existência, na lei federal, estadual, distrital ou municipal, dos benefícios de aposentadoria** (integral e proporcional) por tempo de serviço, por idade, invalidez, especial e compulsória, **além**, evidentemente, do benefício de **pensão por morte**. (arts. 5º, 6º, 40, 149, 153 § 2º, II, 201 e 202 da Constituição Cidadã de 1988).

Aliás, averbe-se que as garantias fundamentais do servidor, previstas nos artigos 37 a 41 da Constituição Federal de 1988, terão que ser observadas pelas pessoas políticas competentes, quando da adoção de regime jurídico único. Corolário disso, o regime de previdência adotado, no âmbito de sua competência, pela União, os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios**, não pode prescindir dos benefícios adotados pela Carta Magna, mencionados alhures, sob pena de eiva de inconstitucionalidade com a descaracterização do pretense regime próprio de previdência.

De conformidade com o raciocínio ora desenvolvido, tem-se, ainda, o que dispõe o artigo 12, § 2º, do Decreto nº 2.173/97, (Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social), *verbo ad verbum*:

“Entende-se por regime próprio de previdência social o que assegura pelo menos aposentadoria e pensão por morte.”

É cediço, na espécie, que o sobredito Decreto, editado pelo Presidente da República, é ato válido, por ter sido praticado por agente competente (artigo 84, inciso IV, da CF/88) e realizado dentro do limite previsto no referido preceptivo constitucional, não invadindo reserva absoluta de lei.

Mas não é só: um **regime próprio de previdência pressupõe**, para a sua existência, além de um plano de benefícios, uma **base contributiva**.

O aspecto financeiro — **caráter contributivo** — é de tal monta indispensável que o artigo 149 da CF/88, após estabelecer a **competência exclusiva** da União para **instituir contribuições sociais**, **autoriza** os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios instituir contribuições previdenciárias**, no âmbito de sua competência, para o **financiamento do regime próprio de previdência**.

Diz o artigo 149, parágrafo único, da CF/88:

“Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuições, cobradas de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência social.”

Emerge do comando do supratranscrito preceptivo constitucional que, se os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios não instituírem contribuições previdenciárias**, cobradas de seus servidores, para **financiamento de regime próprio de previdência**, estes serão obrigatoriamente, filiados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), instituído pela Lei n. 8.213/91 e, de outra parte, **contribuirão** na forma da Lei n. 8.212/91, sendo que as aludidas entidades governamentais, neste caso, **serão consideradas empresas, contribuindo, também, na forma deste último diploma legal**.

Pode-se reafirmar com certeza absoluta, pois, que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, **somente estarão excluídos do Regime Geral da Previdência Social, os servidores públicos estatutários, amparados por sistema próprio de Previdência**, “a teor dos arts. 13 e 15”, da Lei nº 8.212/91, cabendo ao Estados e **Municípios**, para efeito de vinculação a Previdência Estadual ou Municipal, **instituir o regime jurídico único para todos os seus servidores, bem como o SISTEMA PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA**, na forma do comando constitucional inserido nos arts. 39 e art. 24 do ADCT e, principalmente, instituindo, conseqüentemente, **contribuição social para custeio do programa, não podendo ter efeitos** retroativos face as vedações constitucionais.

“É finalidade da Legislação Previdenciária fazer com que todos os trabalhadores estejam amparados pela Previdência Social. Caso o Município mantenha a seu serviço trabalhadores **não amparados por Regime Próprio** de Previdência, sejam eles celetistas, autônomos ou ocupantes de cargo em comissão, **são estes obrigatoriamente filiados ao Regime Geral** de Previdência Social, e deve o **Município arcar com os respectivos encargos previdenciários**.

A prerrogativa constitucional concedida aos Municípios para elaborar o Regime Único dos Servidores e criar cargos públicos municipais **não os exime das obrigações decorrentes da sua condição de empregador**, uma vez satisfeitos os requisitos do artigo 3º da CLT para a configuração do vínculo empregatício.

De acordo com o contido no artigo 37, II, combinado com o seu parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, é condição para a investidura em cargos ou empregos públicos a prévia aprovação em concurso público, ou de prova de títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarada em lei de livre nomeação e exoneração.”

O Município, segundo se vê pela exordial e pelos documentos ora juntados (**levantamento fiscal**), **não dispõe de sistema próprio de Previdência Social PARA TODOS OS SEUS SERVIDORES**, e, por isso, os servidores desabrighados da proteção municipal foram incluídos no Regime Geral de Previdência Social, devendo contribuir para o INSS.

REAL SITUAÇÃO DO MUNICÍPIO DE FARIA LEMOS

Alega o Município de Faria Lemos que o benefício da aposentadoria é concedido e mantido pelo próprio Município e que o benefício da pensão é mantido pelo **IPSEMG**.

“...o regime Jurídico Único do Município de Faria Lemos é ESTATUTÁRIO, e se todos os direitos e deveres são estabelecidos pelo Estatuto, e sabendo-se que o regime previdenciário está vinculado ao IPSEMG para benefício da Pensão, e vinculado ao próprio Município para efeito de aposentadoria...”

Os argumentos não são procedentes.

Inicialmente deve se verificar que o Autor, apesar da previsão legal para concessão da aposentadoria, **não demonstra a existência, de fato**, deste benefício. **Previsão legal não implica em execução, em implantação de fato.**

A documentação acostada pelo Autor se relaciona a um convênio com o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – **IPSEMG**, que não prevê a concessão do benefício de pensão por morte, disponibilizada após a assinatura do convênio.

O convênio foi firmado em 18 de maio de 1993. Logo, conclui-se que, até aquela data nem mesmo formalmente havia um regime de previdência próprio. Isto se admitindo que de fato havia o benefício de aposentadoria.

A alegação do Autor de que o convênio foi na verdade uma renovação, uma vez que a Lei nº 69, de 24 de dezembro de 1960, já previa a inscrição dos servidores municipais junto ao IPSEMG, igualmente não procede, pelos seguintes motivos:

- a) a existência de lei autorizativa não implica em realização factual da inscrição e o Autor não comprova em momento algum a inscrição de fato dos servidores do município junto ao IPSEMG;
- b) a CF/88 disciplinou como direito fundamental o direito à previdência social, estatuidando condições mínimas para a sua fruição e outorgando aos Municípios a competência para a criação de seu próprio Regime de Previdência, como também para criação do seu próprio regime Jurídico Único, na órbita municipal. Contudo, as disposições legais existentes até a promulgação da CF/88 não foram recepcionadas, vez que **não copatíveis** com as Carta Política, tais como: arrecadação e custeio, requisitos para a fruição do benefício, forma de cálculo das prestações, etc. ...

Deve-se, ainda, observar que a Lei Municipal nº 564, de 15 de dezembro de 1992, **revogou** a Lei nº 69/60. Como o Convênio firmado com o IPSEMG se deu em 18 de maio de 1993, **durante este interregno de cinco meses não houve qualquer previsão legal para concessão de pensão por morte.**

Entretanto, a questão se revela mais evidente na análise do **benefício de aposentadoria.**

O Autor **instituiu apenas** o Regime Jurídico Único, não instituindo um Sistema Próprio de Previdência Social.

Os dois sistemas não se confundem. **Um** regulamenta o **vínculo** entre a pessoa jurídica de direito público interno e os seus servidores; o **outro** deve prever o custeio, gerência e pagamento de benefícios.

A alegação do Autor de que só é devida taxa de custeio quando existente um contraprestação, **ignora o previsto no artigo 195 da CF/88** que prevê o **financiamento** da Seguridade Social por toda a sociedade, **inclusive os Municípios.**

Importa observar que a **inclusão do servidor público**, de qualquer esfera de governo (federal, estadual e municipal), no Regime Geral de Previdência Social (R.G.P.S.) **não está adstrita ao seu regime jurídico, mas, a circunstância de não estar sujeito a regime próprio de Previdência Social**, segundo estatui o art. 13 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A adoção do regime legal chamado (impropriamente, na boa técnica jurídica) de estatutário, pela Prefeitura, **somente excluía** a filiação de seus servidores ao Regime Geral de Previdência Social se ela mantivesse sistema próprio de Previdência Social para todos, assim considerando, em conceituação do antigo DNPS **e prevista nos artigos 40 e 153, § 2º, inciso II, da CF/88, quando o sistema instituído assegura, pelo menos, dois benefícios básicos: aposentadoria e pensão**.

Para não deixar dúvida da improcedência do presente pedido, consubstanciado na presente ação, basta analisar os fundamentos contidos no levantamento fiscal, **na oportunidade juntado com a contestação**, a saber: **relatório fiscal, análise do recurso, decisão — notificação**.

Em outros levantamentos fiscais de Prefeituras, em grau de recurso, o **CRPS (Conselho de Recurso da Previdência Social)**, **tem se manifestado, no mesmo sentido, verbis:**

“A Constituição Federal de 1988 estabelece que a previdência é um direito social, competindo ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a Seguridade Social, tendo como objetivo, dentre outros, a universalidade da cobertura e do atendimento.

Dispõe, ainda, a Constituição Federal que a Seguridade Social, será financiada por toda a sociedade, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das seguintes contribuições sociais:

I — dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

II — dos trabalhadores;

III — sobre a receita de concursos de prognósticos.

A Constituição Federal, determina, ainda, que nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.

No caso específico dos servidores públicos, o artigo 40 estabelece os benefícios básicos que lhe são assegurados, ou seja, a aposentadoria e a pensão.”

No âmbito previdenciário a Lei nº 8.212/91, organizadora da Seguridade Social e instituidora de seu Plano de Custeio, prescreve no seu artigo 13 as condições para que o servidor civil ou militar do Município é excluído do RGPS.

“Observa-se que a lei do Regime Geral, é clara e objetiva, estabelecendo que o servidor somente será excluído se estiver sujeito a Sistema Próprio, ou seja se estiverem amparado por legislação que lhe assegure os benefícios da aposentadoria e pensão. (artigo 40 da Constituição Federal e parágrafo 5º do artigo 6º do Decreto 611/92).”

“Releva lembrar, ainda, que, para que a Legislação Municipal, institua o Sistema Próprio de Previdência, não basta consignar na lei a garantia dos benefícios básicos, sendo imprescindível, ainda, a determinação da correspondente fonte de Custeio, conforme dispõe o parágrafo 5º do artigo 195 da Constituição Federal.

Constata-se, em diversos processos já analisados nesta Câmara, que em alguns casos, em que pese a implementação do Regime Jurídico Único e conste desta lei os benefícios básicos, somente após a criação do Plano de Seguridade, é que os servidores deixaram de se apresentar e habilitar aos benefícios do Regime Geral.

De igual forma, mesmo cogitando-se destes benefícios no RJU, e, decorridos alguns anos, sem a instituição de Plano de Seguridade, como recomenda a lei, tais dispositivos que asseguram os mencionados benefícios, são revogados, e os servidores retornam ao Regime Geral.”

“Assim, no caso em análise, não foram especificadas as fontes de custeio para o benefício da aposentadoria, em dissonância com a determinação constitucional contida no parágrafo 5º do artigo 195. Desta forma, considerando ainda que não existe nos autos comprovação da publicação da legislação municipal; Pelo exposto, Voto no sentido de CONHECER DO RECURSO, para no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.”

“Cala-se a Lei municipal quanto a Regime de Previdência, assim entendido aquele que viesse a substituir o RGPS, e ao qual se submeteriam seus servidores, estando o INSS, pois, obrigado, por Lei, a amparar aqueles que não se encontram sujeitos a Regime Próprio de Previdência, assim considerado o sistema que provê o segurado, pelo menos, dos benefícios de aposentadorias e pensão.

Inexistindo contribuições a qualquer Fundo que, por instrumento legal, dê a TODOS os servidores municipais as aposentadorias e pensões, cabe ao INSS, compulsoriamente, prestar assistência previdenciária, como Órgão gestor do RGPS, sendo também, devidas as contribuições.

A filiação ao RGPS independe da vontade do empregado, do servidor público, do funcionário, do ocupante de cargo em comissão. É ato simultâneo à admissão. E não estando os servidores municipais sujeitos à regime próprio de previdência, filiam-se ao INSS a partir de 01.11.91, na forma do artigo 13 da Lei nº 8.212/91 e artigo 12 do Decreto nº 612/91 e por último pelo artigo 12, § 2º do Decreto nº 2.173/97.

Ressalta-se, por pertinente, que a mudança de regime jurídico se dá na data da publicação da Lei que o instituiu, sendo que seus efeitos repercutem apenas na relação de trabalho e não na filiação previdenciária.

Ademais, não basta para caracterizar um sistema próprio de previdência, o oferecimento em tese dos benefícios de pensão e aposentadorias, ou ainda, a previsão legal da sua existência. Um regime de previdência pressupõe, para seu funcionamento, um plano de seguridade, um estatuto, uma base atuarial, uma base contributiva, um endereço, um corpo gestor (incumbido de arrecadar, gerir, conceder e pagar os benefícios), uma personalidade jurídica.

A mera previsão legal não implica em existência de fato de um regime próprio de previdência.

A consequência prática da inexistência fática de um regime próprio, como comumente tem acontecido e até porque este é um direito constitucionalmente assegurado, é a concessão do benefício (aposentadoria e/ou pensão) pelo INSS, Regime Geral de Previdência Social, apesar da ausência de contribuição ou arrecadação.

Conclui-se, pois, que na falta de um Regime próprio de previdência, como acima dito, o Órgão Público, é equiparado à empresa, na forma do art. 15, I, da Lei nº 8.212/91 e artigo 25 do Decreto nº 356/91.

Se é verdade a existência de contribuição ao IPSEMG mediante convênio, não menos verídico é o fato de que o convênio não preenche os requisitos estabelecidos no art. 40 da CF/88, não podendo ser considerado plenamente um regime capaz de substituir o RGPS; além do que, referido convênio prevê a denúncia unilateral quando interrompidas as contribuições por mais de 12 meses. Ao contrário, o RGPS é pleno, universal, compulsório.

Importante destacar que o Governo Federal, com fincas na Carta Política em vigor, visando tutelar o hipossuficiente, no caso, o trabalhador, garantiu regime de previdência para aqueles legalmente não amparados por regime previdenciário completo.

No caso, em comento, não estando todos os servidores e os comissionados do Município-Autor protegidos plenamente quanto aos direitos previdenciários

—deve o INSS, fazer-se presente para corrigir tão errônea discriminação, estendendo-lhe o direito CONSTITUCIONAL DE QUE SÃO TITULARES TODOS OS TRABALHADORES (CF/69: ART. 165, XVI, XIX; CF/88: ART. 6º, ART. 7º XXIV; ART.149, ART. 153, § 2º, II, 201, V E ART. 202), DEVENDO A PREVIDÊNCIA CUMPRIR O SEU PAPEL PRIMORDIAL: O DE PROTEGER O TRABALHADOR E PROMOVER A JUSTIÇA SOCIAL.

Nada adianta o Município afirmar que concede a aposentadoria aos seus servidores que exercem função pública sem que ela esteja prevista em lei municipal, porque só pode a Administração fazer o que a lei prevê.

Assim, se concede benefícios, na prática, sem previsão legal, não que dizer que o fará sempre, nem que seus atos não venham a ser revistos pelo Tribunal de Contas do Estado, ou por outros meios, como a ação civil pública ou ação popular. A ilegalidade, no caso, não se convalida ou traz segurança, vale dizer, seguridade, aos servidores municipais.

Assim, com fulcro no art. 13, da Lei 8.212/91, bem como na Lei 8.213/91 e no Dec. 611, agiu corretamente a D. Fiscalização do INSS, vez que o regime previdenciário deve ser instituído totalmente.

Douto Julgador, se faz algumas indagações que irão ilustrar melhor a situação do Município e **demonstrar a ausência de um Regime próprio de Previdência**:

- a) os recursos para o sistema próprio de previdência do Autor, são geridos por quem? Mediante que lei autorizativa?
- b) em que(quais) estabelecimento(s) bancário(s) estão depositados os recursos necessários para o pagamento dos benefícios — ao menos a aposentadoria? — Ou ainda, como estão investidos os recursos necessários para garantir a concessão do benefício aos servidores municipais?
- c) cálculos atuariais demonstram a suficiência do sistema próprio de previdência Municipal? Existem tais cálculos e um setor encarregado desse estudo?
- d) se hoje 30 servidores municipais, com os mais variados vínculos com o Município requererem a aposentadoria, como esta será concedida e como será mantida (paga)?
- e) houve a previsão da aposentadoria na Lei que estabeleceu o RJU, **previsão geral** na qual se traçou o regramento básico deste benefício. Que lei ou dispositivo prevê a regra para a concessão e manutenção deste benefício?
- f) O artigo 190 do Regime Jurídico Único do Município-Autor prevê que os **funcionários interinos ou contratados não poderão ser aposentados**, exceto se estáveis. Quem arcará com a aposentadoria desses servidores, já que o Município não lhes reconhece este direito?

A verdade é que:

Não há no Município sistema próprio de Previdência Social;

O benefício de pensão por morte é concedido pelo IPSEMG SOMENTE APÓS 18 DE MAIO DE 1993 e assim mesmo com as sobreditas ressalvas;

Há a previsão legal de concessão de aposentadoria pelo Município, mas não foi criado e implantado um sistema próprio de previdência, além da restrição odiosa, que veda o benefício aos ocupantes de cargo em comissão com menos de 15 anos ininterruptos.

Por último, porém não menos importante, destaca-se que **é do Autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito**, o que não aconteceu no presente processo.

Informa, o INSS, que goza esta Autarquia de isenção do pagamento de quaisquer custas judiciais, nos termos do artigo 10, inciso I, da Lei nº 12.427, de 27 de dezembro de 1996, publicada no Diário do Executivo — Minas Gerais, de 2/12/1996, e artigo 8º da Lei nº 8.620/93.

Esclarece, ainda, que nos termos da Lei Estadual nº 6.763/75, com a redação dada pela Lei Estadual nº 12.425, de 17 de janeiro de 1996, o INSS, Órgão Público Interno, goza de isenção de Taxa Judiciária.

Destaca, por importante, que “as pessoas jurídicas de direito público são dispensadas de autenticar as cópias reprográficas de quaisquer documentos que apresentem em juízo”, nos termos do artigo 24 da Medida Provisória nº 1.542-23, publicada no DOU nº 109 de 11/06/97, p. 11.941/11.944.

ISTO POSTO, REQUER O INSS:

- a) o acolhimento das preliminares argüidas, para declarar a **incompetência absoluta do Juízo Estadual** e a ilegitimidade ativa da Prefeitura;
- b) se ultrapassada a preliminar, o que não se espera, no **mérito** seja reconhecida a legitimidade e legalidade dos atos praticados pela Fiscalização do Instituto, **JULGANDO IMPROCEDENTE IN TOTUM OS PEDIDOS CONSTANTES DA EXORDIAL**, pelos sobreditos motivos, condenando o Autor nos consectários legais, inclusive honorários de sucumbência.

Protesta por todos os meios de prova admitidas no direito e necessárias à comprovação do alegado, notadamente a documental.

Nestes Termos,

Pede J. Deferimento.

Juiz de Fora, 4 de Novembro de 1998

Hélder Adenias de Souza

Procurador Autárquico Federal (DOU 12/06/89)

OAB/MG nº 50.921 — Matrícula nº 0895908



SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO

**SENTENÇA PROFERIDA PELO DOUTOR JULIO BEREZOSKI
SCHATTSCHNEIDER, JUIZ FEDERAL DE CHAPECÓ, SC.**

**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTA CATARINA
VARA DE CHAPECÓ**

Mandado de segurança nº 98.6000187-1

IMPETRANTE : TV O ESTADO LTDA

**IMPETRADO : CHEFE DO POSTO DE ARRECADAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO
INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL — INSS EM
CHAPECÓ E FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA
EDUCAÇÃO — FNDE (LITISCONSORTE NECESSÁRIO)**

JUIZ : JULIO BEREZOSKI SCHATTSCHNEIDER

SENTENÇA: A impetrante pleiteia a concessão de ordem que a autorize a proceder à compensação de parcelas recolhidas a título de salário-educação, pois, em face de diversos fundamentos arrolados na petição inicial: **a)** o Decreto-Lei n. 1.422/75 não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988; **b)** tendo incidido o inciso I do artigo 25 do ADCT, a alíquota da contribuição, prevista no Decreto n. 87.043/82, foi revogada após os primeiros cento e oitenta dias da promulgação da Carta, e, **c)** as normas editadas a partir da Medida Provisória nº 1.518/96 não poderiam ser aplicadas, pois não houve respeito, entre outros, ao princípio nonagesimal (§ 6º do artigo 195) e da anterioridade (alínea **b** do inciso III do artigo 150).

Foram prestadas informações. A autoridade sustentou a sua ilegitimidade e, no mérito, a recepção da legislação relativa ao salário-educação vigente quando da promulgação da Constituição da República de 1988. O FNDE, litisconsorte necessário, quanto à questão de fundo, seguiu na mesma linha.

O Ministério Público Federal, mediante parecer do Procurador CLÁUDIO DUTRA FONTELLA, opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

I

No mandado de segurança, o que se discute é a legalidade de ato praticado por autoridade pública. É evidente que a coação, se existente, parte do agente público que, representando o INSS, exige a contribuição cuja constitucionalidade é questionada, independentemente do órgão que irá se beneficiar dos recursos ou gerenciar sua aplicação.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, no particular, afirma (**"A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança"**, p. 29, RT, 1991):

No caso, "autoridade", que provocará a constrição, será sempre a fiscalizadora e não a fonte, que está a ocupar posição de mero retentor de tributo devido. Entretanto, há pontos a serem considerados.

Autoridade, sem dúvida, é a fiscal, com competência legal para prática dos atos que levarão à constrição. Destarte, a que procede à fiscalização e, posteriormente, ao lançamento.

É o caso. Se a arrecadação — que pressupõe o lançamento, inscrição em dívida ativa e cobrança — está a cargo do INSS, é tão-só o agente responsável por tal ato que deve figurar no pólo passivo do mandado de segurança.

II

O salário-educação — ainda na vigência do ordenamento constitucional promulgado em 1946 — foi criado pela Lei n. 4.440, de 27 de outubro de 1964. Posteriormente, o artigo 178, da Constituição de 17 de outubro de 1969, disciplinou que *"as empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter o ensino primário gratuito de seus empregados e o ensino dos filhos destes entre os 7 e 14 anos ou a concorrerem para aquele fim mediante a contribuição do salário-educação, na forma que a lei disciplinar"*.

A norma exigida pelo texto constitucional surgiu com o Decreto-Lei nº 1.422/75, cujo artigo 1º, especificamente o § 2º, veiculava o seguinte texto:

A alíquota prevista neste artigo será fixada por ato do Poder Executivo, que poderá alterá-la mediante demonstração, pelo Ministério da Educação e Cultura, da efetiva variação do custo real unitário do ensino de 1º Grau.

Era exatamente esta legislação que vigorava quando, em 5-10-88, promulgou-se a Constituição da República. A respeito do salário-educação, estava previsto, originariamente, no § 5º do artigo 212:

O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes.

III

Não comungo da idéia de que o Decreto-Lei n. 1.422/75 já era incompatível com a Constituição de 1969. O Supremo Tribunal Federal o analisou, por diversas vezes, sob a ótica da Lei Fundamental revogada. No RE n. 83.662-RS (RTJ 83/444), por exemplo, o plenário daquela Corte, a pretexto de justificar a natureza não-tributária da contribuição, se apegou ao fato de que ela não trazia a marca da compulsoriedade exigida pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional. Eis o teor, neste ponto, do voto do Ministro MOREIRA ALVES:

A contribuição representada pelo salário-educação não é tributo, mas, sim, uma das prestações com que as empresas podem cumprir a obrigação constitucional de auxiliarem o Estado no setor da educação.

O ser faculdade do devedor – a empresa – optar pela prestação que lhe for mais conveniente afasta o caráter de tributo com referência ao salário-educação. Porquanto o tributo, por sua natureza, é prestação pecuniária compulsória, como acentua o art. 3º do Código Tributário Nacional, o que não sucede na obrigação alternativa com opção do devedor, a qual – segundo a doutrina largamente dominante – é obrigação unitária, com prestações opcionais até a sua fixação.

A sua natureza não-tributária, portanto, justificava a possibilidade de que a alíquota respectiva fosse fixada por ato do Poder Executivo, de acordo com a previsão expressa do Decreto-Lei n. 1.422/75. Nesse sentido, a opinião de JOSÉ MORSCHBACHER ("**Considerações em Torno do Salário-Educação**", Dialética, v. 24, p. 69):

*A obrigação financeira prevista em lei, enfim, não era compulsoriamente imposta ao universo de empresas, mas somente àquelas que, **livremente**, houvessem **optado** por essa forma alternativa de extinguir a obrigação de prestar o ensino.*

Assemelhava-se, deste modo, a uma espécie de preço ou tarifa, já que a Constituição sujeitara as empresas a uma **obrigação de fazer** – manter o ensino primário gratuito de seus empregados e o ensino primário dos filhos destes. Para

que pudessem se desincumbir do ônus é que se pôs à disposição a alternativa de sujeição, **espontânea**, a uma obrigação de dar.

Não se cogita, com isso, de ofensa ao princípio da legalidade, ao contrário do que sustenta MANOEL EUGÊNIO MARQUES MUNHOZ ("**Salário-Educação e os Princípios da Legalidade e da Anterioridade**", Dialética, n. 23, p. 64). É óbvio que — como já definia o § 2º do artigo 153 da Constituição revogada — não há **obrigação** de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa a não ser em virtude de lei. Todavia, repito, não havia obrigação compulsória, senão mera **opção** pela prestação pecuniária, cuja veiculação por ato normativo do Executivo não ofendia — assim como hoje não ofenderia-o princípio da reserva legal.

IV

O § 5º do artigo 212 da Constituição da República (*O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes*) recepcionou ou revogou as normas relativas ao salário-educação editadas antes da sua vigência? Os que, como JOSÉ MORSCHBACHER (op. cit., p. 71), optam pela segunda assertiva, aduzem:

Inobstante a nova Constituição de 1988 tenha batizado essa contribuição social, também, com o nome salário-educação, trata-se, como antes já se disse, de mera designação formal, mas que, conforme antes já se afirmou, não pode possuir força ou o poder de aproximar a natureza jurídica da anterior obrigação financeira alternativa com a atual contribuição social.

Não há, por conseguinte, como e porque se perquerir ou se falar na possível recepção, pela Constituição de 1988, do ordenamento infraconstitucional anterior relativo ao salário-educação: é que, com a promulgação da Constituição de 1988, as normas infraconstitucionais que estabeleciam o dever de prestar ensino e correspectiva forma alternativa de extinção deixaram simplesmente de existir, enfim, foram revogadas pela nova ordem constitucional, ao revogar as disposições pertinentes à obrigatoriedade das empresas de prestarem o ensino fundamental a seus empregados e respectivos filhos.

Todavia, como afirmou em seu voto o Ministro MARCO AURÉLIO, no julgamento do RE nº 166.772-9-RS, relativo à contribuição social incidente sobre a folha de salários (inciso I do artigo 3º da Lei nº 7.787/89), "*o conteúdo político de uma Constituição não pode levar quer ao desprezo do sentido vernacular das palavras utilizadas pelo legislador constituinte, quer ao técnico, considerados institutos consagrados pelo direito*". Não creio, por isso, que o Constituinte tenha se utilizado, na redação do § 5º do artigo 212, da expressão "*a contribuição social do salário-educação*" por mero diletantismo, sem que disso pudesse decorrer efeito prático. O voto proferido pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no RE nº 170.764-PE (RTJ 147/1030) — caso FINSOCIAL — ilustra este ponto de vista:

*22. Essa, a recepção, resulta, em princípio, da simples relação de **compatibilidade material** entre o direito ordinário pré-constitucional e a Constituição nova e independe, por isso, de disposição permanente ou transitória desta, que lhe prescreva a continuidade da vigência: ao contrário, norma*

*constitucional neste sentido, **sob pena de ser inócua**, é indicativo de que, **não fora ela**, a lei anterior, cuja vigência mantém, estaria revogada por inconstitucionalidade superveniente. (grifo)*

Não fosse esse o intento da Assembléia Constituinte – ou seja, manter o salário-educação da forma como vigorava em 5-10-88 – a redação do § 5º do artigo 212 da Constituição teria sido, simplesmente: *O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento **contribuição social**, recolhida, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes.*

Em suma, pouco importa que a alíquota da contribuição estivesse fixada em Decreto ou que, pelo sistema constitucional revogado ela fosse prestação alternativa. A Constituição a recepcionou **expressamente**, com suas virtudes ou defeitos, não obstante tenha lhe atribuído a natureza jurídica de Contribuição Social. Em face exatamente disso é que não se admitiria, agora sim, que fossem alteradas as suas características, após 5-10-88, mediante simples ato normativo unipessoal do Presidente da República.

V

De qualquer modo, o artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.422/75 determinava que *“O salário-educação previsto no artigo 178 da Constituição, será calculado com base em alíquota incidente sobre a folha do salário de contribuição (...)”. Já o seu § 1º veiculava o seguinte texto: “O salário-educação será estipulado pelo sistema de compensação do custo atuarial, cabendo a todas empresas recolher, para este fim, em relação aos seus titulares, sócios e diretores e aos empregados independentemente da idade, do estado civil e do número de filhos, a contribuição que for fixada em correspondência com o valor da alíquota respectiva.*

Não há qualquer previsão de alternatividade nestes dispositivos. O dever da empresa é único, pois a citada opção era prevista tão-só pelo texto constitucional revogado. Deste modo, entre a Carta vigente e as disposições do Decreto-Lei nº 1.422/75 não há qualquer **incompatibilidade material**. E nem entre aquela e o Decreto nº 87.043/82, que fixou a sua alíquota em 2,5% (dois e meio por cento), que não sofreu qualquer alteração após a Constituição de 1988.

Em nada altera estas conclusões o artigo 25, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — ADCT — *(Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ação normativa)*, visto que, frente ao texto expresso do § 5º do artigo 212 do corpo permanente da Carta, aquela outra norma não incide, em razão do princípio da especialidade.

VI

O Supremo Tribunal Federal, conhecendo de Recurso Extraordinário relatado pelo Ministro CARLOS VELLOSO (RTJ 143/320), expôs argumento suficiente para justificar a improcedência da tese de que há obrigatoriedade da veiculação de contribuições sociais mediante lei complementar:

*“Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao CTN (art. 146, III, **ex vi** do disposto no artigo 149). Isto não quer dizer que a instituição dessas contribuições exige lei complementar; porque não são impostos, não há a exigência no sentido de que os seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes estejam definidos na lei complementar (art. 146, III, **a**)”.*

De igual sorte, inexistente vedação a que se utilize, como se fez, de base-de-cálculo própria das contribuições previstas no *caput* do artigo 195 da Constituição, pois o § 5º do artigo 212 da Constituição conferiu ao legislador ordinário — respeitados os demais princípios constitucionais aplicáveis às Contribuições Sociais Gerais — **absoluta liberdade** na escolha do fato tributável.

VII

Nem a Medida Provisória nº 1.518/96 ou a Lei nº 9.424/96 criaram um **novo** Salário-Educação, pois houve mera **alteração** da legislação vigente e expressamente recepcionada. Não se aplica, portanto, a regra do § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (*a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*). Da mesma forma, de nada vale argumentar acerca do princípio nonagesimal (§ 6º do artigo 195) — não se trata de contribuição prevista no inciso I do artigo 195 da Constituição — ou da incidência da alínea **b** do inciso III do artigo 150, pois não houve criação de tributo diverso ou majoração de sua alíquota.

Mas, ainda que de inconstitucionalidade fosse o caso, não vislumbro qualquer interesse prático no reconhecimento da nulidade das normas questionadas, pois, ainda assim, seria aplicada a legislação precedente, ou seja, o Decreto-Lei nº 1.422/75 e o Decreto nº 87.043/82, e o recolhimento da contribuição estaria legalmente justificado.

VIII

Com exame do mérito, denego a segurança. Sem honorários (Súmula nº 105 do STJ).

Chapécó, 22 de junho de 1998.

Julio Berezoski Schattschneider
Juiz Federal



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADORIA REGIONAL EM SÃO JOÃO DA BOA VISTA

EXMO. SR. DR. JUIZ PRESIDENTE DA JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO
DE SÃO JOSÉ DO RIO PARDO

Proc. 625/91 (Precatório VP 68/94-PF)

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, por seu procurador autárquico, com mandato *ex lege*, vem, mui respeitosamente, à presença de V. Ex^ª, nos autos do processo em epígrafe, que lhe move **CARMEM RITA PANSANI BAGODI e OUTROS**, não se conformando com a r. decisão de fls. 427, que manteve os cálculos anteriormente homologados, interpor o presente **AGRAVO DE PETIÇÃO**, com fundamento no art. 897, letra “a”, da CLT, pelas razões expostas na peça anexa, requerendo, assim, o seu recebimento e a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15^ª Região, para o reexame da “quaestio”.

São João da Boa Vista, 09 de dezembro de 1997.

Bruno Mattos e Silva
Procurador Autárquico
OAB/SP 130.438 — matr. 1.218.738

RAZÕES DO RECURSO

Agravante : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Agravados : CARMEM RITA PANSANI BAGODI e OUTROS
Proc. : 625/91

Preliminarmente: do cabimento do presente recurso

1. O art. 897, “a”, da CLT, expressamente prescreve o Agravo de Petição como sendo o recurso cabível contra decisões exaradas em sede de execução.

2. O presente processo se encontra em face de execução. Portanto, é o Agravo de Petição o recurso cabível contra a decisão ora agravada.

3. Em obediência ao disposto no art. 897, § 1º, da CLT, apresenta o AGRAVANTE, neste ato, os cálculos corretos, relativos à parte incontroversa (diferenças do Plano Bresser até 10/89, diferenças das URPs de 04 e 05/88 e diferenças da URP de 02/89 até 12/89), que atigem o montante de R\$ 222.495,72.

3.1. Assim, está o AGRAVANTE providenciando a alocação de recursos para o pagamento da parte incontroversa ainda neste exercício de 1997.

Da decisão agravada

4. Não se conforma o AGRAVANTE com a seguinte decisão, exarada em 26/11/97 e remetida notificação via postal ao AGRAVANTE no dia 05/12/97:

“Vistos, etc. Observado, por fim, que os cálculos homologados encontram-se, pois, em consonância com o julgado, mantenho-os. Reitero a fundamentação de fls. 422, determinando o prosseguimento do feito pelo procedimento específico relativo ao Precatório. I. SJRP 26/11/97”

5. Com a devida *venia*, essa decisão deve ser reformada.

6. Com efeito, é pacífico que a alegação de erro material pode ser efetuada a qualquer tempo.

6.1. Nesse sentido está a orientação da jurisprudência:

“ERRO DE CÁLCULO”

1 — O erro de cálculo não afeta a coisa julgada, pois pode ser corrigido até de ofício.

2 — O prazo reaberto para a executada se manifestar-se sobre os cálculos homologados na sentença que julgou os embargos à execução não fere direito líquido e certo.

3 — Recurso desprovido.”

“RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO MINISTRO CORREGEDOR-GERAL. PRECATÓRIO. MULTA. PRECLUSÃO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA.

O juiz da execução não está subordinado aos cálculos das partes, competindo-lhe verificar se as contas oferecidas guardam conformidade com os limites objetivos da coisa julgada exequenda, **principalmente quando umas das partes é ente público. Por essa razão, desde que o valor executado ultrapasse o limite da razoabilidade, autorizando que se presuma a ocorrência de graves equívocos na sua elaboração, não há falar em preclusão, devendo prevalecer o princípio constitucional da moralidade administrativa, que visa a proteção, entre outras coisas, da república, ainda que esteja ameaçada pela incúria de Procuradores do Estado.** Determinação pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho da realização de novos cálculos... “Agravos Regimentais conhecidos e providos.

Relator: Ministro Wagner Pimenta. (TST-AG-RC-239.61396.5 – destaques meus).

“O erro de cálculo, que nunca transita em julgado, é erro aritmético ou com se admite, a inclusão de parcelas indevidas ou a exclusão de parcelas devidas, por omissão ou equívoco”(STF-RTJ 74/510)”.

“Pode ser feita a correção material a qualquer tempo, **mesmo depois da coisa julgada**” (Pontes de Miranda, Comentários ao CPC, Tomo V. p. 102 – destaques meus).

“O Juiz não é mero homologador de cálculos e se estes são homologados, sem qualquer revisão, é direito e dever da parte atacar a decisão homologatória, não se operando, na hipótese a preclusão, nos termos do artigo 473, do CPC” (TRT 1ª Região, AP 390/95, Juíza Amélia Valadão Lopes. Ac 2ª T).

6.2. Bem como da doutrina:

“Se, eventualmente o executado não aceitar o cálculo do credor, terá de impugná-lo em seus embargos, invocando excesso de execução. **Sendo material o erro ocorrido, mesmo sem os embargos, poderá ser corrigido a qualquer tempo, já que a respeito de tais lapsos não se opera a preclusão**, ainda que tivesse havido homologação judicial, providência hoje totalmente dispensada pela lei.”

(Humberto Theodoro Junior, Curso de Direito Processual Civil, Volume II, 17ª edição, 1996, Editora Forense, p. 95. Original sem grifo)

6.3. Aliás, também é essa a opinião do o ilustre **Presidente do Tribunal Regional Federal da 15ª Região**, Exmo. Dr. **José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza**, que em corretíssima decisão exarada em 07/07/97, se manifestou nesse sentido em caso semelhante que transcorreu perante a 2ª JCJ de Ribeirão Preto, Proc. 1.068/89 (Precatório GP-113/97-0-S):

“(…)

Não bastasse tudo isso, constato que os cálculos não observaram o advento da Lei 8.112/90, pois as diferenças foram apuradas até o mês de setembro de 1994, o que, ao meu ver, não se revela jurídico.

O Presidente do Tribunal, entretanto, na condução e observância do cumprimento dos precatórios, exerce função meramente administrativa, motivo pelo qual não tem competência para anular a sentença de liquidação ou mesmo fixar o ‘quantum debeatur’.

Em assim sendo, determino a baixa dos autos à JCJ de origem, a fim de que o Sr. Juiz Presidente da Junta determine as providências que o caso requer, como entender de direito.

(…)”

7. Portando, vejamos agora quais são os erros que a conta apresentada contém:

a) DA URP DE 02/89

8. Com efeito, no tocante à **URP de 02/89**, constata-se que a conta de liquidação não cessou na data-base da categoria (01/90).

8.1. Por oportuno, ressalte-se que é entendimento já pacificado que as diferenças decorrentes de planos econômicos devem cessar na data-base da categoria, o que gerou o Enunciado nº 322 do C. TST.

“Diferenças salariais. Planos econômicos. Limite. Os reajustes salariais decorrentes dos chamados “Gatilhos” e URPs, previstos legalmente como antecipação, são devidos tão-somente até a data-base de cada categoria.”

8.2. Na verdade, o **IPC** acumulado de janeiro a dezembro de 1989, foi de **1.935,18%**.

8.3. Como prova certidã já juntada aos presentes autos por ocasião de manifestação anterior, em 1.989 o RECLAMADO concedeu aos RECLAMANTES os seguintes reajustes:

Maio de 1989	30%	(antecipação)
Julho de 1989	37,24%	(antecipação)
Agosto de 1989	22,63%	(antecipação)
Setembro de 1989	23,18%	(antecipação)
Outubro de 1989	49,88%	(antecipação)
Novembro de 1989	65,22%	(antecipação)
Dezembro de 1989	49,10%	(antecipação)
Janeiro de 1990	89,18%	(data-base),

totalizando o acumulado de **2.250,79%**, bem superior ao IPC do período correspondente à data-base.

8.4. Tendo sido reposta na data-base toda a inflação do ano imediatamente anterior, além de razoável aumento real de salário, não pode o cálculo ter reflexos posteriores a 31/12/89, sob pena de enriquecimento ilícito dos RECLAMANTES.

8.5. Ademais, a URP constituía mera **ANTECIPAÇÃO**, de sorte que na data-base, independentemente de disposição expressa na r. sentença ou no v. acórdão, precisa ser compensada na data-base da categoria, **pois que antecipação não se incorpora**. Isto é o óbvio ululante até, data vênha.

b) DO GATILHO DE 06/87

9. No tocante ao **gatilho de 06/87**, a simples leitura do v. acórdão é suficiente para constatar que ficou decidido que somente existiriam diferenças a pagar relativas a período **até 31/10/89**. Vale dizer, assim, que não poderia constar da conta de liquidação, diferenças posteriores a tal data.

c) DA IMPLANTAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO

10. De qualquer modo, ainda que V. Ex^a entenda de forma diferente, a conta de liquidação homologada apresenta diferenças que ultrapassam o período de regime celetista dos RECLAMANTES.

11. Assim, deveria a conta de liquidação ter se limitado a apresentar diferenças até o advento do Regime Jurídico Único, posto que a partir da vigência do novo Regime a relação contratual regida pela CLT foi extinta, dando lugar a outra.

12. Portanto, é indevida a inclusão de “reflexos” para período sob vigência do RJU, posto que a partir de então, a relação jurídica que, a teor do julgado, geraria as diferenças (CLT), não mais existia.

13. É de meridiana clareza, portanto, que em período onde não existia a relação jurídica apreciada pelo julgado não pode haver pagamento de diferenças.

14. Nesse passo, a conta de liquidação deve ser retificada, excluindo-se as diferenças apuradas relativas a período de vigência do Regime Jurídico Único, a teor da decisão proferida pelo ilustre Presidente desse E. Tribunal em processo análogo supra transcrito.

15. Portanto, caso V. Ex^a, por qualquer razão, não acolha as razões expostas nos itens “a” e “b” desta peça, resta evidente que as diferenças devem cessar na data da implantação do Regime Jurídico Único.

ANTE O EXPOSTO, requer o RECLAMADO seja a r. decisão agravada reformada, para que seja a conta de liquidação homologada retificada para que dela sejam excluídas:

- a) no tocante à URP de 02/89, as diferenças posteriores à data-base da categoria ocorrida em 01/90;
- b) quanto ao gatilho de 06/87, as diferenças posteriores a 31/10/89.

Caso V. Ex^a não acolha totalmente o pedido das letras “a” e “b” do item precedente, requer que a r. decisão atacada seja reformada para:

- c) que sejam excluídas todas as diferenças apuradas após a data de vigência do Regime Jurídico Único (12.12.90).

P. deferimento.

São João da Boa Vista, 09 de dezembro de 1997.

Bruno Mattos e Silva
Procurador Autárquico
OAB/SP 130.438 — matr. 1.218.738



JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Proc.: 003967/1998-AP-2

Acórdão Nº :018109/98

AGRAVO DE PETIÇÃO da JCJ SÃO JOSÉ DO RIO PARDO

AGVTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
ADV : BRUNO MATTOS E SILVA
AGVDO : CARMEM RITA PANSANI BAGODI E OUTROS
ADV : JOÃO ANTONIO FACCIOLI

ACORDAM os juízes da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, por maioria, dar parcial provimento ao agravo de petição para o efeito de ser efetuada a retificação dos cálculos, nos termos da fundamentação, vencido o MM Juiz Revisor.

Campinas, 28 de abril de 1998.

GUILHERME FIVETI NETO
Juiz Presidente

HELENA ROSA MONACO DA SILVA LINS COELHO
Juiz Relator

JOSÉ ANTONIO VIEIRA DE FREITAS FILHO
Procurador (Ciente).

Acórdão nº: 018109/98
AGRAVO DE PETIÇÃO Nº: 3.967/1998-AP-2

AGRAVANTE : INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL – INSS
AGRAVADOS : CARMEM RITA PANSANI BAGODI E OUTROS
ORIGEM : JCM SÃO JOSÉ DO RIO PARDO

Insurge-se o agravante (fls. 430/438) contra o r. decisório de fl. 427 por discordar dos cálculos homologados no tocante à URP de fevereiro/89 e gatilho de junho/87.

Contraminutado o agravo pela parte contrária às fls. 477/481, arguindo, preliminarmente, o não cabimento do apelo.

Parecer da D. Procuradoria do Trabalho opinando pelo conhecimento do agravo e seu provimento conforme fls. 484/487.

O agravante encartou ao agravo os documentos de fls. 439/474.

É o Relatório

Voto

Conheço do Recurso por tempestivo e regular.

Dos documentos

Conheço dos documentos juntados porque destinam-se a reforçar a tese recursal.

Da preliminar argüida em contraminuta de não conhecimento do agravo

Aduzem os agravados ser incabível o agravo interposto, porque a decisão de fl. 427 não importou em modificação do cálculo devidamente homologado, sob pena de perpetuação da lide.

Rejeito a preliminar em apreço, porque a decisão agravada poderá acarretar prejuízo à parte, encerrando autorização e fixação de valor de crédito complementar, que invade questão de fundo, abrindo possibilidade de demonstração do inconformismo mediante a presente peça recursal.

É oportuno lembrar que o processo trabalhista não possui remédio processual específico contra despachos interlocutórios e ordinatórios, ao contrário do que ocorre com a Justiça Comum, razão pela qual, na fase de execução, o agravo de petição funciona como verdadeiro agravo de instrumento.

Segundo a lição do Mestre Amauri lembrado pelo Ilustre Juiz Francisco A. Oliveira (A execução na Justiça do Trabalho – 2ª Ed. RT – fl. 292) *“O agravo de petição é, em primeiro lugar, recurso do processo de execução... Porém há vários tipos de decisões na execução, as decisões interlocutórias, as interlocutórias mistas ou terminativas e as decisões definitivas... a lei abre campo para que outras decisões de execução também sejam agraváveis, já que não faz essa restrição.*

Assim, o despacho que determina o levantamento dos depósitos da execução é agravável. Também o despacho que negar o levantamento, é passível de agravo. A única restrição natural ao agravo de petição, refere-se, portanto, aos despachos interlocutórios simples, que são de mera rotina e andamento do processo, e que, se agraváveis, seria impraticável o desenvolvimento do processo, truncado que ficaria com sucessivos recursos impedindo a sua marcha para frente. De qualquer modo, a amplitude do texto legal não é um mal, porque permite sempre um policiamento da 2ª instância sobre os atos praticados pela instância ordinária nas execuções de sentença.”

Diante do explanado, conheço do agravo de petição por tempestivo e regular

Dos cálculos

I — Da URP de fevereiro/89

Sustenta o agravante que as diferenças salariais decorrentes da URP de fevereiro/89 deveriam ser limitadas à data-base da categoria, invocando para tanto o Enunciado 322 do C. TST¹.

Assiste-lhe razão. O Decreto-Lei nº 2.335/87, no parágrafo único do seu artigo 9º², deixa patente a necessidade da compensação das antecipações e a URP, evidentemente, tem natureza de antecipação salarial. Ademais, o mencionado Enunciado elucida a questão, espancando qualquer dúvida.

II — Do gatilho de junho/87

Neste ponto também merece guarida o apelo, pois o mandamento condenatório sofreu a limitação invocada, ou seja, as diferenças somente seriam devidas até 31/10/89.

III — Da implantação do regime jurídico único

A guisa de argumentação, requer o agravante, caso não acolhidas suas razões, a limitação da condenação até o período em que os agravados estiveram submetidos ao regime celetista.

¹ Enunciado 322 do C. TST. Os reajustes salariais decorrentes dos chamados “gatilhos” e o URPs, previstos legalmente como antecipação, são devidas tão-somente até a data-base de cada categoria.

² Decreto-Lei nº 2.335/87

Art. 9º

Parágrafo único. Nas revisões salariais ocorridas nas datas-base, serão compensadas as antecipações, referidas no art. 8º, recebidas no período de 12 meses que lhes sejam imediatamente anteriores.

Prejudicada a matéria, face ao provimento do apelo. No entanto, cumpre registrar que a mencionada alegação tem razão de ser, posto que o comando sentencial não poderia ultrapassar a data de implantação do regime jurídico único estabelecido pela Lei 8.112/90.

Do exposto, dou provimento ao agravo de petição para efeito de ser efetuada a retificação dos cálculos, nos termos da fundamentação.

Helena Rosa Monaco S. L. Coelho
Juíza Relatora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.03.098904-5

VOTO

A EXM^a SR^a JUIZA TÂNIA MARANGONI:

Preliminarmente, quanto à alegação de que houve cerceamento de defesa, observo que a matéria versada na lide é meramente de direito, não comportando dilação probatória, presente a hipótese do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

No mérito, é notória a insustentabilidade do critério da proporcionalidade estabelecido pelo Réu, para o reajuste inicial dos benefícios.

Outrossim, a Jurisprudência cristalizada no enunciado da Súmula nº 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos, estatui que:

“No primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerando nos reajustes subsequentes, o salário mínimo, então atualizado”.

No mesmo sentido vem decidindo esta Corte Regional, que em várias oportunidades concluiu pela legalidade do critério estabelecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social para o primeiro reajuste do benefício, ao deixar de aplicar o índice integral de aumento a ser observado, fazendo-o proporcionalmente, em função dos meses decorridos desde a concessão.

Por outro lado, já restou consignado que a legislação aplicável, o artigo 153 do Decreto nº 83080/79, determinou ser o mês básico do reajustamento o do início da vigência do novo salário-mínimo.

Esse entendimento já esta firmado nesta Colenda Corte, conforme se vê de recente julgado, que ora transcrevo:

“PREVIDENCIÁRIO — REVISÃO DE BENEFÍCIOS — JUROS DE MORA — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — SÚMULA 260 DO EXTINTO TRF — ART. 58 ADCT.

.....
3. Ilegalidade do critério estabelecido pelo INSS para o primeiro reajuste do benefício, adotando índice proporcional ao invés do integral, em função dos meses decorridos desde a respectiva concessão.

4. Aplicação do salário mínimo vigente na data-base do reajustamento do benefício (Lei nº 6708/79 e Decreto-Lei nº 84560/80, art. 3º, Inciso I).
.....

8. Apelo parcialmente provido”.

(AC nº 94.03.013037-7, Relator Juiz DOMINGOS BRAUNE, julgado 06/06/95, publicado em 28/06/95, p. 41038)

No caso dos autos, a ação foi ajuizada em 05 de fevereiro de 1996. A teor do parágrafo 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil, a contagem do quinquênio prescricional inicia-se na data da postulação judicial, o que nos remete a 05 de fevereiro de 1991.

Assim, como os efeitos da aplicação da Súmula nº 260 nos proventos do Autor se extinguiram a contar de 5 de abril de 1989, é de se reconhecer a ocorrência da prescrição quanto à percepção das parcelas vencidas e não reclamadas por ele, devidas anteriormente a 05 de fevereiro de 1991.

Diante do exposto e por tudo o mais que dos autos consta, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa e DOU PROVIMENTO ao recurso, para acolher a preliminar de prescrição e julgar extinto o processo, a teor do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil. Sem condenação em custas e honorários advocatícios, vez que o Autor é beneficiário da Justiça Gratuita.

É COMO VOTO.

Juiza TÂNIA MARANGONI
Relatora

Apelação Cível nº 96.03.098904-5

Relator : **JUIZA TÂNIA MARANGONI**

Apelante : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Apelado : ALTAIR BRASILIENCIO

VOTO-VISTA

Em ação de revisão de benefício previdenciário, que objetiva o índice integral no primeiro reajuste e, nos demais, a aplicação de fatores de escalonamento salarial elaborados com base no salário mínimo vigente à época dos respectivos reajustes, o INSS apela contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido. Argúi preliminar de cerceamento de defesa por ofensa ao artigo 333, inciso I, do CPC. No mérito, alega que:

- a) a Súmula nº 260 do extinto TRF se aplica somente aos benefícios deferidos antes da edição do Decreto-Lei nº 2.171/84;

- b) a correção monetária deve obedecer à Lei nº 6.899/91 por se tratar de débito vencido e cobrado em juízo após sua vigência;
- c) a sentença determinou o pagamento das diferenças devidas, respeitada a prescrição quinquenal, mas não esclareceu se esta se conta retroatividade à data da citação ou do ajuizamento;
- d) é isento de custas.

A eminente Juíza Relatora Tânia Marangoni, em seu voto, rejeitou a preliminar de cerceamento de defesa e deu provimento ao recurso, para reconhecer a ocorrência de prescrição e julgar extinto o processo, a teor do artigo 269, inciso IV, do CPC. Concordo com esse entendimento, uma vez que a referida súmula teve sua vigência limitada a abril de 1989, a partir de quando passou a ser aplicada a regra do artigo 58 do ADCT, que determina a equivalência do benefício a número de salários mínimos que tinha na data da concessão, considerado, para tanto, o valor originário da renda mensal. Assim, o prazo prescricional, *in casu*, começou a fluir em abril de 1989 e expirou em abril de 1994. A ação foi ajuizada em 05.02.96. Logo, a pretensão do segurado foi alcançada pela prescrição.

Ante o exposto, acompanho a Sr^a Juíza Relatora.

É meu voto

ANDRÉ NABARRETE
JUIZ DO TRF – 3ª REGIÃO



COMARCA DE AMERICANA
(Autos nº 271/98 — 2ª Vara Cível) 1

VISTOS ETC...

I

FRANZ KADLEC qualificado nos autos, propôs a presente ação ordinária, em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), também qualificado nos autos, e alegou, em síntese, que, desde março de 1994, tem sofrido redução de seu benefício, em razão, em primeiro lugar, da inadmissibilidade do redutor mensal de 10%, definido pela Lei 8.700/93, e, em segundo, pela conversão para o Real com base na média dos últimos quatro meses (novembro a dezembro de 1993, janeiro e fevereiro de 1994), com cumulação daqueles redutores e utilização do valor da URV do último dia da competência final. A perda decorrente dessas ilegalidades tornou-se perene, de maneira que infringe os dispositivos constitucionais que garantem a irredutibilidade dos valores dos benefícios previdenciários com base nisso, pleiteou a procedência (.....) agosto de 1993 a fevereiro de 1994; b) recálculo, de acordo com esse valor resultante, para apuração do número de URV; c) pagamento das diferenças, a partir de março de 1994, em URV e depois em REAL, vencidas, com acréscimos de juros e correção monetária; d) diferenças de gratificação natalina, a partir de dezembro de 1994, com os acréscimos legais; f) honorários advocatícios e mais verbas de sucumbência;

protestou pela produção de provas e instruiu o pedido inicial com os documentos de fls. 14/19.

Regularmente citado, o réu ofereceu contestação e sustentou, em síntese, a regular aplicação dos índices legais de reajuste, sem infringência do princípio constitucional da irredutibilidade dos benefícios previdenciários, inicialmente pela variação do INPC, seguido pelo critério de aumento quadrimestral com antecipação bimestral, instituído pela Lei 8.542/92, depois alterado pela Lei 8.700/93, para adoção de antecipação mensal (com menos 10%, para compensação no final do período), até colimar com a instituição do REAL, pela Lei 8.830/94, a qual não tratou de reajustes de benefícios previdenciários, mas tão-somente da alteração do padrão monetário e das respectivas regras de conversão, cujas consequências devem ser suportadas por todas as pessoas, em face do princípio da igualdade; além disso, as reposições naquele trimestre, especificamente em janeiro de 1994, descontadas as antecipações, significaram os aumentos integrais dos benefícios; por consequência, refutou as pretendidas diferenças sobre gratificação natalina e, na hipótese contrária, propugnou a aplicação de juros de mora somente em relação às parcelas vincendas, a contar do trânsito em julgado da decisão, e de honorários sem vinculação aos limites de 10 a 20%; requereu o julgamento imediato e, alternativamente, a produção de provas (fls. 20/25).

Em seguida, o autor apresentou a réplica de fls. 29/30, anexou os documentos de fls. 31/43 e reiterou o pedido inicial.

Por fim, instadas a nova manifestação, o réu reiterou os termos da contestação (fls. 50vº), e o réu o prosseguimento do processo (fls. 52).

É O RELATÓRIO

DECIDO

II

Impõe-se, *in casu*, o julgamento antecipação da lide, com fundamento no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, porquanto versa exclusivamente sobre matéria de direito.

A ação é improcedente.

No período de agosto de 1993 a fevereiro de 1994, os reajustes dos benefícios previdenciários eram quadrimestrais e, em face da inflação então existente, a antecipação mensal, de acordo com o artigo 9º, da Lei 8.542/98, segundo a nova redação dada pela Lei 8.700/93, não caracterizou aplicação de redutor, uma vez que, por ocasião das majorações periódicas posteriores, houve abatimento de tais antecipações.

A jurisprudência tem reafirmado esse entendimento, a exemplo dos acórdãos mencionados pelo réu, dentre os quais merece transcrição o seguinte, pelo seu caráter explicativo:

“REAJUSTAMENTO DE BENEFÍCIOS. DIREITO À INCORPORAÇÃO INTEGRAL DA ACUMULAÇÃO DO INPC, IRSM E IPC'r.

— Previdenciário. Reajuste dos benefícios posteriores à Lei 8.213/91. Lei 8.700/93.

— (...) Instituição do regime quadrimestral de reajuste com antecipações mensais. Distinção entre antecipação e redutor. Recurso improvido.

(...) De outra parte, o apelante sustenta que o redutor da Lei nº 8.700/93 constitui metodologia que afronta princípio garantido na Constituição e na lei, mas é patente a impropriedade da assertiva. Com efeito, a redação do parágrafo primeiro do artigo 9º, da Lei nº 8.542/92 ficou com o seguinte teor pela Lei nº 8.700/93 (fl. 20):

‘São assegurados, ainda, aos benefícios de prestação continuada da Previdência Social, a partir de agosto de 1993, inclusive, antecipados em percentual correspondente à parte da variação do IRSM que exceder a 10% (dez por cento) no mês anterior ao de sua concessão...’

Ora, o reajuste, à época era quadrimestral (art. 9º, Lei nº 8.542/92) servindo as antecipações estabelecidas (art. 10, Lei nº 8.542/92) — menos os 10% discutidos (Lei n. 8.700/93) — de amortização da desatualização do período, compensáveis no primeiro reajuste. Assim, em agosto de 1993, o IRSM alcançou 29,26% e a antecipação do mês 19,26%, de modo que em setembro de 93 (os reajustes se deram em janeiro, maio e setembro) seria abatida a antecipação. É preciso ver, então, que, pelo sistema da lei, na verdade não se trata de um ‘redutor’ de 10%, mas, ao contrário, de uma antecipação do que exceder a 10%. A leitura que o apelante fez da lei no particular é manifestamente distorcida, pois se o reajuste é quadrimestral — para benefícios e salários — o que se recebe antes, é antecipação” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº 95.0412970-6-RS, in DJU 28.06.95, Rel Juiz Volkmer de Castilho) — citado às fls. 24/25.

Por conseguinte, não há ilegalidade na apuração da média aritmética para conversão do benefício em URV em 1º de março de 1994, a partir de quando o critério de aumento passou a ser definido pelo novo sistema legal instituído pelo Plano Real.

No que se refere ao valor da URV adotado — o vigente no último dia de cada mês do período quadrimestral — também não há inconstitucionalidade, pois o valor do benefício compreende todo o período da respectiva competência. Em outras palavras, a correção monetária não é diária nem aplicável desta forma no respectivo período mensal. Não importa a data do recebimento, se no terceiro, quarto ou quinto dia útil do mês subsequente; relevante é o fato de que o valor do benefício de determinada competência mantém-se igual até o último dia do período mensal.

Em conseqüência, se não há inconstitucionalidade na aplicação daquelas antecipações de aumento e na forma de conversão do benefício para URV, não há necessidade de recálculo do benefício nem existem diferenças a serem pagas.

III

DIANTE DO EXPOSTO e do mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE À PRESENTE AÇÃO, proposta por Franz Kadlec em face do Instituto Nacional do Seguro Social. Outrossim, condeno o autor sucumbente a pagar os honorários advocatícios em quantia equivalente a 15% do valor atualizado da

causa, com fundamento no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil; entretanto, fica isento do pagamento das custas processuais, nos termos do artigo 128, da Lei 8.213/91.

P.R.I.C.

Americana, 28 de maio de 1998.

Elói Estevão Trolly

Juiz de Direito



PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

SENTENÇA Nº 251/98

MANDADO DE SEGURANÇA (2100) Nº 97.28041-1

IMPTE. : FRANCISCO ZUCARELI E OUTROS

IMPDO. : PROCURADOR GERAL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO
SOCIAL – INSS E OUTROS

Vistos, etc.

FRANCISCO ZUCARELI E OUTROS impetram mandado de segurança contra o ato do Procurador Geral do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, do Diretor de Administração Financeira do INSS e do Coordenador de Administração Financeira do INSS.

Os impetrantes requerem o recebimento, sem precatório, de parte de valores referentes às diferenças de reajustes de benefícios previdenciários, havidos através de decisões judiciais transitadas em julgado, com fundamento no art. 128 da Lei nº 8.213 de 24.07.91.

A liminar foi indeferida (fls. 569).

Notificadas, as autoridades impetradas prestaram suas informações, argüindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva **ad causam**. No mérito, sustentam que o dispositivo legal sobre o qual se assenta a pretensão dos impetrantes foi declarado inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn-1252-5.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança.

É o relatório.

DECIDO.

A presente impetração não merece prosperar.

Os créditos a que têm direito os impetrantes terão que ser liquidados na forma prescrita no art. 100 da Constituição Federal, ainda que de natureza

alimentar, como bem ressaltou o d. Representante do Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 577/578, o qual adoto como razão de decidir:

“O Supremo Tribunal Federal já julgou o mérito da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do dispositivo em que se fundam os impetrantes.

O Tribunal, por unanimidade, não conheceu da ação com relação à Resolução nº 005, de 25.03.93, do Conselho Nacional de Previdência Social, referentemente ao art. 128, da Lei Federal nº 8.213, de 24.07.91, decidiu, por maioria, julgar em parte procedente a ação para **declarar a inconstitucionalidade da expressão “e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil”**, vencido, no ponto, o Sr. Ministro Carlos Velloso. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente, e, neste julgamento, o Sr. Ministro Sydney Sanches — Plenário, 28.05.97.

O Supremo Tribunal Federal, como se vê, impôs a submissão de tais pagamentos aos artigos do Código de Processo Civil, em especial os que dizem respeito ao pagamento por meio de precatórios judiciais.

Os impetrantes tentam dar uma interpretação bissexta ao dispositivo da lei depois do julgamento de inconstitucionalidade.

O presente mandado de segurança se presta a verificar se há abuso ou não da Administração. Não é objetivo desde prestar-se a ser embargos de declaração de ação direta de inconstitucionalidade.

O comportamento da Administração é correto em face do artigo 100 da Constituição.

Pagamento da Fazenda Pública, mesmo crédito alimentar, é feito com base em precatório judicial.

A Constituição não dita à autoridade coatora outro comportamento que não aquele que foi adotado.

Inexiste direito líquido e certo a recebimento de condenação judicial de autarquia sem precatório judicial”.

DISPOSITIVO

Em face das razões expostas, **DENEGO** a segurança busca, à míngua do alegado direito líquido e certo.

Custas **ex lege**.

Sem verba honorária, nos termos das Súmulas 512/STF e 105/STJ.

P.R.I.

Brasília-DF, 24 de abril de 1998.

FRANCISCO NEVES DA CUNHA

Juiz Federal da 16ª Vara



STF — Segunda Turma

DJ de 28.NOV.97

AGRAVO REG. EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 192.786-7
RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
AGRAVANTE : JOÃO CARLOS MOREIRA LEITE
ADVOGADO : WALDIR FRANCESCHETO E OUTRO
AGRAVADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO : LINO DALMOLIN

CORREÇÃO MONETÁRIA — BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO — SALÁRIO-MÍNIMO — EQUIVALÊNCIA INEXISTENTE. A ordem jurídica constitucional não encerra o direito à equivalência do benefício a um certo número de salários-mínimos. Enquanto o quantitativo menor assegurado é reajustado com base na unidade de tempo ano, o benefício previdenciário o é, considerado o período entre a data da concessão e a do reajuste do salário-mínimo, ou seja, 1^o de maio, fato que provoca o descompasso do valor em número de salários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental.

Brasília, 29 de setembro de 1997.

NÉRI DA SILVEIRA – PRESIDENTE
MARCO AURÉLIO – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Mediante a decisão de folha 71 à 73, neguei acolhida ao pedido formulado no agravo pelas seguintes fundamentos:

Iniludivelmente, com a Carta de 1998 visou-se no campo previdenciário, a colocar ponto final em nefasto quadro. Com a passagem do tempo, os benefícios Previdenciários perdiam, de forma substancial, o poder aquisitivo. Por isso mesmo, veio à balha o artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no sentido de que “os benefícios de prestação continuada, mantidos pela Previdência Social na data da promulgação, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data da sua concessão, obedecendo-se a este critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte”. Com o preceito objetivou-se cobrir o espaço de tempo até a vigência de nova legislação previdenciária a ser editada em harmonia com os princípios insculpidos no artigo 201 do corpo permanente da

Constituição. Ora, constata-se que o 2º do mencionado artigo é categórico ao assegurar o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, remetendo à lei, enquanto o § 3º dispõe sobre a atualização dos salários de contribuição computados no cálculo do benefício. Evidentemente, a manutenção do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários fez-se, em primeiro lugar e relativamente ao período que antecede a data da aquisição do direito, de acordo com a atualização dos salários de contribuição e, em segundo, relativamente ao tempo posterior, considerada a inflação, havendo, portanto, data-base própria. Em momento algum cuida a Constituição Federal de equivalência entre o quantitativo do benefício e o salário mínimo, mesmo porque, na hipótese de benefício concedido às vésperas da majoração do salário mínimo, ocorreria, se assim não fossem, um verdadeiro acréscimo ao valor real representado por aquele. Serve ao reforço desta tese o fato de o artigo 58 supra referido, norma iniludivelmente de transição, somente haver previsto a tomada de empréstimo do salário mínimo como fator de atualização de forma limitada no tempo, ou seja, até “a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte”. Em síntese: há um marco para aferição da defasagem e esse não coincide, necessariamente, com o referente ao salário mínimo. Vale dizer: enquanto este último, tradicionalmente, em como data-base 1º de maio, o benefício é norteado, nesse campo, ou seja, da manutenção do valor real, pela data em que concedido.

Sobre o verbete 260 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, certamente, à época, outros eram os parâmetros legais e constitucionais.

Daí o agravo regimental de folha 75 à 77, com o qual o Agravante sustenta que não persegue a equivalência do valor do benefício em salários-mínimos, considerada a data de início da aposentadoria, tendo sido usada a referência apenas para demonstrar a defasagem que em ocorrendo na sistemática de reajuste adotado mediante lei ordinária. Prossegue defendendo a diferença entre a forma de cálculo do benefício e o reajustamento respectivo, sendo que o primeiro determina a atualização dos salários-de-contribuição, a fim de evitar-se a defasagem entre as contribuições recolhidas e o valor da renda inicial. Discorre sobre o tema.

Recebi os autos em 29 de abril de 1997 e liberei-o para julgamento em 10 de julho, tendo sido ultrapassado o prazo regimental para exame do recurso em virtude da atuação simultânea nesta Corte e na Presidência do Tribunal Superior Eleitoral.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) — Na interposição deste agravo foram atendidos os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. A peça, subscrita por advogado constituído pelo documento de folha 04, foi protocolada em 11 de abril de 1997, Sexta-feira (folha 75), e, portanto, dentro do quinqüídio, vez que a decisão atacada restou publicada no Diário de 7 de abril, segunda-feira (folha 74). Dele conheço.

Em primeiro lugar, não procede a articulação do Agravante no sentido de as razões do extraordinário estarem distanciadas da equivalência salarial. Em última análise, o que se sustenta é que o benefício inicialmente deferido deve manter a equivalência de acordo com um determinado número de salários-mínimos da época da concessão. Conforme ressaltado na decisão monocrática, olvida-se a circunstância de o sistema constitucional não dispor a respeito da equivalência, que foi inserta, de forma transitória, a regra do artigo 58, do Ato das Disposições Constitucional Transitórias:

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

Ora, com a edição da Lei nº 8.213/91, passou-se a ter a observância do disposto nos §§ 2º e 3º do artigo 201 do corpo permanente da Carta:

“§ 2º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

§ 3º Todos os salários de contribuição consideradas no cálculo de benefícios serão corrigidos monetariamente.”

Verifica-se, portanto, que a correção precede o recebimento do benefício. A partir da concessão deste tem-se o reajustamento pela inflação do período. Vale dizer: enquanto o salário-mínimo é corrigido na data-base própria, hoje situada em 1º de maio, o benefício previdenciário tem a primeira correção implementada em face de período inferior, quase sempre, a um ano, ou seja, o relativo à data em que reconhecido o direito e iniciados os pagamentos e a data em si do reajustamento, isto diante da coincidência prevista na Lei nº 8.213/91, do salário-mínimo:

“II — os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC... nas épocas em que o salário-mínimo for alterado...”.

Logo, dá-se o descompasso apontado nas razões de extraordinário. Surge o benefício em certa época representado um determinado número de salários-mínimos. Como a atualização é feita de modo proporcional ao decurso do tempo, a partir da concessão até 1º de maio seguinte, tem-se, como resultado da diversidade dos períodos sopesados — o primeiro para a correção do benefício previdenciário e o segundo para a correção do salário-mínimo — a diferença notada. Todavia, esta está autorizada pelo arcabouço normativo constitucional.

Por tais razões, nego provimento a este regimental.

É o meu voto.



STJ — Primeira Turma

DJ de 13.SET.96

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 191229-4 SÃO PAULO

RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL

RECORRIDO : STOCKLER — COMERCIAL E EXPORTADORA DE CAFÉ S/A

EMENTA: EXPORTAÇÃO DE CAFÉ. QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO. DL Nº 2.295/86. ART. 25, I, DO ADCT/88.

Trata-se de exigência fiscal legitimamente instituída pela União, sob o regime da EC 01/69, para intervenção no domínio econômico, por meio de decreto-lei que foi recebido pela nova Carta, com ressalva apenas da delegação nele contida, em favor do extinto Instituto Brasileiro do Café, para fim de fixação da respectiva alíquota (art. 25, I, do ADCT), de resto, impossível de ser exercida, em face da extinção da autarquia. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 04 de junho de 1996.

MOREIRA ALVES – PRESIDENTE

ILMAR GALVÃO – RELATOR

STJ — Primeira Turma

DJ de 13.SET.96

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 191.229-4 SÃO PAULO

RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL

RECORRIDO : STOCKLER – COMERCIAL E EXPORTADORA DE CAFÉ S/A

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário que, fundado no art. 102, III, b, da Constituição, foi interposto pela União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região que concluiu pela inexigibilidade da quota de contribuição sobre a exportação de café, instituída pelo DL nº 2.295/86, ao fundamento de não haver sido este recebido pela nova Constituição e tendo em vista, ainda, o disposto no art. 25, I, do ADCT.

Sustenta a recorrente haver o acórdão ofendido o princípio da recepção, pela nova Carta, da legislação anterior que se revele incompatível com os princípios nela instituídos.

O recurso, admitido na origem, foi regulamentemente processado, havendo a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da Dr^a Yedda de Lourdes Pereira, opinado no sentido do seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR): O acórdão recorrido está assim fundamentado (fls. 344/5):

“O Decreto-lei nº 2.295/86, reavivando a Instrução Normativa nº 205/61, da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito, instituiu a incidência da quota de contribuição nas exportações de café.

Por força do art. 40, do citado Decreto-Lei nº 2.295/86, a competência para a fixação do valor da quota de contribuição foi delegada ao Presidente do Instituto Brasileiro ao Café, o qual, através da Resolução nº 28, de 06.07.89 (DJU 12.07.89), fixou em 6% (seis por cento) do preço mínimo registrado por saca de 60,5 kg (sessenta quilos e meio) de café em grão ou seu equivalente, sendo a forma do recolhimento regulada pelo art. 2º da aludida Resolução.

A Carta Constitucional precedente, em seu art. 21, § 2º, inciso II, facultava ao Poder Executivo a alteração das alíquotas ou das bases de cálculo das Contribuições.

No entanto, com o advento da Constituição da República/88, a competência para instituição de contribuições sociais passou a ser exclusiva da União (art. 149), disciplinando o art. 146, inciso III, que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Patente, pois, o descompasso da exigência instituída pelo Decreto-Lei nº 2.295/86, com a nova Ordem Constitucional.

Todavia, existe uma questão que se me afigura de maior relevância.

De fato, estabeleceu o art. 25, inciso I, do ato das Disposições Constitucionais Transitórias que:

“Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I — ação normativa;” (grifei)

Ora, a exigência aqui questionada se encontra embasada em Resolução expedida pelo Sr. Presidente do Instituto Brasileiro do Café que, além de fixar o valor e forma da quota a ser recolhida, impôs sanções em sendo verificado o seu descumprimento.

Em face dos expressos termos do art. 25, inciso I, do Ato das Disposições Constituições Transitórias, tenho que o Decreto-Lei nº 2.295/86 não foi recepcionado pela nova Constituição, restando indevido, assim, o recolhimento da quota de contribuição incidente na exportação de café, com regulamentação disposta no Decreto-Lei nº 2.295/86 e Resolução nº 28/89-IBC.”

Trata-se de fundamentação manifestamente inconsistente.

Com efeito, a nova Constituição encontrou em vigor a exigência fiscal denominada “quota de contribuição”, incidente sobre a exportação de café, que fora legitimamente instituída pelo Decreto-Lei nº 2.295/86, à base da alíquota de 6% fixada pelo extinto Instituto Brasileiro do Café, no exercício de delegação contida no mencionado diploma normativo.

A nova Carta, portanto, ao manter o tributo na esfera de competência da União, contrariamente ao que entendeu o acórdão, não inovou, porquanto fora dele obviamente instituído por esta.

De outra parte, a norma do art. 25, caput e inc. I, do ADCT limitou-se a revogar a delegação. Como, no caso, o que foi delegado ao IBC foi o poder de alterar a alíquota, teve ela por consequência tão-somente impedir que novas alterações de alíquota fossem efetuadas pelo IBC, o que, de resto, a esta altura, já não seria possível, pela singela razão de que a autarquia, há tempo, foi extinta.

O acórdão recorrido, por não se haver advertido dessas circunstâncias, incidiu em equívoco, não podendo subsistir.

Meu voto, portanto, é no sentido de conhecer do recurso, para o fim de dar-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência.



STJ — Quinta Turma

DJ de 10.MAR.97

RECURSO ESPECIAL Nº 55.435-RJ
(REG. nº 94.0031142-7)

RELATOR : O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO
RECORRENTE(S) : ANTÔNIO GIL ALVES
RECORRIDO(S) : UNIÃO
ADVOGADO(S) : DR. ANTÔNIO DE SOUZA DUTRA E OUTRO

EMENTA

— RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. REENQUADRAMENTO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.

— Cuidando-se a pretensão de retificação de enquadramento funcional, a prescrição atinge o próprio fundo de direito. No caso, mais de 14 anos se passaram entre o ato de enquadramento e a propositura da respectivação.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da **QUINTA TURMA** do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Voltaram com o Relator os Srs. Ministros EDSON VIDIGAL, JOSÉ DANTAS E CID FLAQUER SCARTEZZINI.

Brasília, 03 de dezembro de 1996 (data de julgamento).

MINISTRO EDSON VIDIGAL
Presidente

MINISTRO JOSÉ ARNALDO
Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (RELATOR):

Antônio Gil Alves interpõe o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas “a” e “c”, inciso III, art. 105, CF, de decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em embargos infringentes, cuja ementa é do seguinte teor (fls. 143):

“Administrativo: Enquadramento funcional ocorrido em 1965. Ação tendente a alterá-lo, ajuizada em 89. Prescrição acolhida.

I — Havendo ato concreto da Administração, consistente em incluir o Embargante no PCC (L. 5.645/70), o ajuizamento de ação, tendente a modificá-lo, cerca de 14 anos após, redundando em sua prescrição, devidamente argüida, tal como prevê o Dec. 20.910/32, e não apenas das diferenças de remuneração delimitadas no quinquênio.

II — A consequência, que consistiria no direito às diferenças, pressupõe a alteração do respectivo ato administrativo, o que não é mais possível, em virtude da prejudicial em foco.

III — Embargos Infringentes conhecidos, mas rejeitados, nos termos do voto condutor.”

Alega-se que o citado **decisum** negou eficácia ao art. 20 do ADCT, bem como ao Decreto 20.910/32, trazendo decisões em alento à sua pretensão de que o que prescreve são somente as prestações vencidas antes do quinquênio da propositura da ação, em conformidade com a Súmula 163/TFR.

A União ofereceu contra-razões.

O recurso foi admitido pelo Tribunal **a quo**.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (RELATOR):

Inicialmente cumpre salientar que o recurso não tem condições de prosseguir em relação ao alegado dissenso pretoriano, uma vez que o recorrente não obedeceu as disposições do art. 255 do RISTJ na sua comprovação, limitando-se a citar a espécie e número do processo (fl. 149).

Também não merece seguimento o recurso com base na alegação de violação constitucional, que, como já sabido, em seu exame vetado em sede de recurso especial.

Resta-nos a alegação de contrariedade ao Decreto 20.910/32, a qual passo a examinar.

Estava assim consubstanciado o pedido do recorrente quando da propositura da ação ordinária:

“...retificar o enquadramento do SUPPLICANTE...

...processar as promoções, por antigüidade;

...pagar os atrasados...”

(fl. 06)

Não há dúvidas de que o recorrente visava modificação do seu enquadramento, e seus consectários legais. Tendo o referido enquadramento ocorrido em 01.11.74, e a ação ajuizada somente em setembro de 1988, a prescrição atingiu o próprio fundo de direito sim, e não as prestações.

Bem andou o acórdão recorrido quando argumentou:

“...A consequência, que consistiria no direito às diferenças, pressupõe a alteração do respectivo ao administrativo, o que não é mais possível, em virtude da prejudicial em foco.”

Esta Corte já decidiu:

“ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. ENQUADRAMENTO. PRESCRIÇÃO. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA.

— A jurisprudência pretoriana admite a ocorrência prescricional do direito quando se cogita de enquadramento funcional.

...”

(REsp 47.422/RJ,DJ 18.12.95)

Assim, meu voto é pelo não conhecimento do presente recurso.



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 120.444/RS
(REG. 97.0060843-3)**

RELATOR : EXM^o SR. MINISTRO VICENTE LEAL
EMABRGANTE : DELCI KONRATH REINHARDT
EMBARGADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADOS : WALDIR FRANCESCHETO E OUTROS
: AYRES LOURENÇO DE ALMEIDA FILHO E OUTROS

EMENTA

**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESSU-
POSTO. DISSÍDIO. JURISPRUDENCIAL. TEMA PACIFICADO.
SÚMULA Nº 168/STJ.**

— Em tema de reajuste de benefícios de prestação continuada, a egrégia Terceira Seção consolidou o entendimento jurisprudencial de que o primeiro reajustamento da renda mensal inicial deve observar o critério da proporcionalidade, segundo a data de concessão do benefício, na forma estabelecida pelo artigo 41, II, da Lei nº 8.213/91.

— Em consonância com tal orientação, deve prevalecer a tese de que após a promulgação da nova Carta Magna, já foram considerados no cálculo da renda mensal inicial todos os salários-de-contribuição atualizados, restando ultrapassado o pensamento expresso na Súmula nº 260/TRF, que preconiza a aplicação do reajuste integral.

— A jurisprudência deste Superior Tribunal consolidou, por meio da Súmula nº 168, o entendimento de que, incorrem os pressupostos de admissibilidade dos embargos de divergência quando a jurisprudência da Corte se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

— Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos embargos, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros José Arnaldo, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, José Dantas, William Patterson e Cid Flaquer Scartezzini. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Mins. Edson Vidigal e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília-DF, 08 de outubro de 1997 (data do julgamento).

MINISTRO ANSELMO SANTIAGO, Presidente

MINISTRO VICENTE LEAL, Relator

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR): A eg. Quinta Turma deste Tribunal, apreciando recurso especial interposto por Delci Konrath Reinhardt, no qual se postulava o reajustamento de proventos de aposentadoria pelo índice de variação integral, nos termos da Súmula nº 260, do extinto Tribunal Federal de Recursos, não conheceu do apelo nobre, consoante acórdão assim ementado:

“PREVIDENCIÁRIO — REVISÃO DE PROVENTOS — REAJUSTE — LEI 8.213/91 — SÚMULA Nº 260/TRF — INAPLICABILIDADE.

— O critério de revisão previsto na Súmula nº 260/TRF, não se aplica aos benefícios previdenciários concedidos após o advento da Constituição Federal de 1988.

— Recurso não conhecido.” (fls. 91).

Irresignada, a recorrente opõe os presentes embargos de divergência, alegando que o acórdão em destaque do pensamento consagrado por esta Seção. Indica como paradigma para demonstrar o dissenso o acórdão proferido no julgamento do RESP nº 60.587-3/SP, do qual fui relator.

Admitidos os embargos por decisão de fl. 111, o embargado ofereceu impugnação (fls. 114/115), postulando pela manutenção do v. acórdão embargado.

É o relatório.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTO. DISSÍDIO. JURISPRUDENCIAL. TEMA PACIFICADO. SÚMULA Nº 168/STJ.

— Em tema de reajuste de benefícios de prestação continuada, a egrégia Terceira Seção consolidou o entendimento jurisprudencial de que o primeiro reajustamento da renda mensal inicial deve observar o critério da proporcionalidade, segundo a data de concessão do benefício, na forma estabelecida pelo artigo 41, II, da Lei nº 8.213/91.

— Em consonância com tal orientação, deve prevalecer a tese de que após a promulgação da nova Carta Magna, já foram considerados no cálculo da renda mensal inicial todos os salários-de-contribuição atualizados, restando ultrapassado o pensamento expresso na Súmula nº 260/TRF, que preconiza a aplicação do reajuste integral.

— A jurisprudência deste Superior Tribunal consolidou, por meio da Súmula nº 168, o entendimento de que, incorrem os pressupostos de admissibilidade dos embargos de divergência quando a jurisprudência da Corte se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

— Embargos de divergência não conhecidos.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR): A questão emoldurada nos presentes embargos de divergência diz respeito a aplicação do reajustamento integral dos benefícios previdenciários de prestação continuada.

Todavia, o recurso não tem cabimento, à míngua de pressupostos de admissibilidade.

No caso **sub judice**, o acórdão embargado decidiu o tema consoante orientação firmada na jurisprudência deste Tribunal, que, após submetido a longos e repetidos debates no âmbito das duas turmas que formam a Terceira Seção, restou o mesmo pacificado, construindo-se o pensamento de que o primeiro reajuste do benefício previdenciário deve observar o critério da proporcionalidade, segundo a data da concessão do benefício, na forma estabelecida pelo artigo 41, da nova Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social – Lei nº 8.213/91 — que assim estatui:

*“O reajustamento dos valores de benefício obedecerá às seguintes normas;
I — é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real da data de sua concessão;
II — os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, **de acordo com suas respectivas datas de início**, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual.”*

O tema encontra-se pacificado em repetidos julgamentos nesta Corte, firmando-se a orientação do Tribunal no mesmo sentido da decisão embargada, ao entendimento de que o critério de revisão previsto na Súmula nº 260/TRF não se aplica aos benefícios previdenciários concedidos após a vigência da Constituição Federal de 1988, de vez que, com o advento da Lei nº 8.213/91, restou assegurado o reajustamento do benefício de modo a preservar, em caráter permanente, o valor real da data de sua concessão (art. 41, I e II).

Em face disso, os embargos de divergência são incabíveis, nos termos da Súmula nº 168, do seguinte teor:

“Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”

Isto posto, não conheço dos embargos de divergência.

É o voto.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL Nº 141.761-RS
(98/0014019-0)

RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES
EMBARGANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADOS : DR. AYRES LOURENÇO DE ALMEIDA FILHO E OUTROS
EMBARGADO : ANTÔNIO JOSÉ TRASEL
ADVOGADO : DR. BERNARDO PROFES

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 20, § 4º, DO CPC.

1 — Os honorários advocatícios são devidos pelo fato objetivo da sucumbência, razão pela qual a melhor interpretação ao art. 20, § 4º, do CPC é no sentido de que, inexistindo embargos à execução, descabe impor condenação naquela verba.

2 — Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer dos embargos. Votaram de acordo os Ministros Felix Fischer, José Dantas, Vicente Cernicchiaro, Anselmo Santiago e José Arnaldo. Ausentes, justificadamente, os Ministros William Patterson e Vicente Leal.

Brasília, 27 de maio de 1998 (data de julgamento).

MINISTRO EDSON VIDIGAL (Presidente)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator)

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Trata-se de embargos de divergência opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, contra acórdão proferido pela Egrégia 5ª Turma desta Corte (divergente), assim ementado, **verbis**:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO JUDICIAL.

— Honorários de advogado. Segundo a melhor interpretação da nova letra do § 4º do art. 20 do CPC, são devidos honorários também na execução de título judicial, ainda que não embargada.” (fls. 88)

Alega o embargante não poder subsistir o julgado em tela, visto que a melhor interpretação ao art. 20, § 4º, do CPC, com redação dada pela Lei nº 8.952/94, é no sentido de que, se não houve embargos à execução, inexistiu sucumbência capaz de ensejar a condenação em honorários advocatícios.

Afirma que há divergência com julgados da Sexta Turma (paradigmas), assim ementados:

"RESP — PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO — HONORÁRIOS DO ADVOGADO — Se a execução de título judicial não for embargado, não faz sentido acrescê-lo da verba honorária. Está já foi incluída no processo de conhecimento." (fls. 102)

"PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS DO DEVEDOR.

— São devidos honorários advocatícios nos embargos do devedor, em processo de execução, fundada em título judicial.

— Precedentes do STJ.

— Recurso Especial não conhecido." (fls. 106)

Configurada a divergência e admitidos (fls. 115) os embargos, foram eles impugnados (fls. 117/118), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

Consoante já expandido no relatório, insurge-se o embargante contra a tese adotada pela 5ª Turma desta Corte que, interpretando o art. 20, § 4º, do CPC, com redação dada pela Lei nº 8.952/94, entendeu devidos honorários advocatícios nas execuções ainda que não embargadas.

No contexto assinalado, tenho que a razão está com o embargante.

Com efeito, ao julgar o Resp nº 147.515/RS, cuja ementa foi publicada no DJU de 15/12/97, fixei tese contrária ao assentado pelo aresto embargado, nestes termos:

"Por fim, quanto à possibilidade de, em execução de sentença, sem embargos do devedor, promover o juiz nova fixação de honorários de advogado, além daqueles já devidamente estabelecidos no processo de conhecimento, não merece prosperar o suscitado dissenso de julgados.

É que, a liquidação dos valores devidos foi feita por simples cálculo do contador (fls. 36/37), sendo, portanto, desarrazoada a tese da necessidade de fixação de novos honorários. Nas execuções por título judicial, como a presente, somente serão devidos honorários de advogado, no caso de embargos. Fora desta hipótese a presunção reinante é a de que foram atendidos no momento próprio. Além do mais, do que se extrai da sentença homologatória dos cálculos (38/39), ambas as partes, inclusive a recorrente, concordaram com a conta.

*Os honorários de advogado, conforme melhor doutrina, são devidos em função do fato objetivo da sucumbência, circunstância inexistente na execução de sentença por simples cálculo do contador. O acréscimo do § 4º, do art. 20, do CPC, promovido pela Lei 8.952/94, se refere apenas às execuções por título extrajudicial, ou, segundo a jurisprudência, no caso de embargos à execução, quando acolhidos ou rejeitados – **ut** THEOTONIO NEGRÃO – CPC e legislação processual em vigor – 26ª ed. – p. 96.”*

Outro não é o entendimento consolidado pela 6ª Turma:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO DE SENTENÇA — HONORÁRIOS DE ADVOGADO — NOVA COBRANÇA — RECURSO ESPECIAL — DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E OFENSA AO ART. 20, PAR. 4º, DA LEI PROCESSUAL CIVIL.

1. Em casos de execução de título judicial sem a oposição de embargos, não há se falar em novos honorários de advogado. A verba deferida na fase cognitiva do processo já remunera a previsível fase executória.

2. Recurso conhecido, mas improvido.” (REsp nº 141.829/RS, DJ 16.02.1998, p. 149, Rel. Min. ANSELMO SANTIAGO)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. HIPÓTESE.

— O processo de execução por título judicial, ainda que de natureza distinta e autônoma do processo de conhecimento, consubstancia autêntico prosseguimento da atividade jurisdicional com vistas à efetiva satisfação da pretensão deduzida e acolhida pelo Estado — Juiz.

— Dentro dessa linha de visão, este STJ, interpretando o par. 4º do art. 20 do CPC, tem decidido que nas execuções fundadas em título judicial, quando não embargadas, não comportam condenação em verba de patrocínio.

— Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 158.883/RS, DJ 06.04.1998, p. 181, Rel. Min. VICENTE LEAL)

Ante o exposto, acolho os embargos.



STJ — Quinta Turma

DJ DE 08.SET.98

RECURSO ESPECIAL Nº 155.531 – PE – (97.0082482-9)

RELATOR : O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADOS : DRS. ROSA MARIA CARDOSO DA PAZ E OUTROS
RECORRIDOS : MARGARIDA NUNES DE OLIVEIRA E OUTROS
ADVOGADOS : DRS. MARIA RUTH FERRAZ TEIXEIRA E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. REVISÃO. LEI 8.213/91.

— Art. 75. Aplicação restrita às pensões concedidas após a sua vigência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Ministros FELIX FISCHER, GILSON DIPP e JOSÉ ARNALDO. Ausente, ocasionalmente, o Ministro EDSON VIDIGAL.

Brasília, 04 de agosto de 1998 (Data do Julgamento).

MINISTRO JOSÉ ARNALDO, Presidente

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS:

Cuida-se de recurso especial com fincas na alínea “a” do permissivo, interposto contra acórdão que reformou parcialmente sentença, para reconhecer às pensionistas-autoras, com pensões com DIB e 08.85, 05.75 e 07.77, o direito à revisão de seus benefícios, de conformidade com o art. 75, alínea “a”, da Lei 8.213/91.

Alega a autarquia ofensa aos arts. 6º, § 1º, do Código Civil, 48 do Dec. 89.312/84 e 144 da Lei 8.213/91, na medida em que as pensões concedidas antes da CF/88, o foram segundo a lei do tempo, com parcela familiar de 50% e até 5 cotas de 10% e não de parcela familiar de 80% e até 2 cotas de 10%, da lei atual. Aduz que o art. 144 determinou a revisão apenas dos benefícios concedidos após a CF/88, sendo que essas pensões foram reajustadas em números de salários mínimos a contar de 04.89 e até 12.91, de acordo com o art. 58 do ADCT/88.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (RELATOR): Senhor Presidente, a questão parece nova na Turma, constituindo-se, em síntese, se se devem aplicar às pensões por morte concedidas antes da Lei 8.213/91 as disposições do seu art. 75, alínea a, que elevou de 50% para 80% a parcela familiar, reduzindo a quantidade de cotas de cinco para duas.

Tenho para mim que não, porquanto é sabido que os benefícios previdenciários são concedidos segundo a lei de regência da época (**tempus regit actum**),

a não ser que a lei expressamente determine essa abrangência retroativa, como se vê nos arts. 144 e 145 daquela lei.

Em abono dessa assertiva, confira-se o teor **futurista** deste artigo e alínea.

“Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será:

a) constituído de uma parcela, relativa à família, de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2 (duas).”

Pelo exposto, conheço do recurso e o provejo, para reformar o acórdão recorrido no ponto da incidência do art. 75 da Lei 8.213.



STJ — Segunda Turma

DJ de 27.ABR.98

RECURSO ESPECIAL Nº 166.064 — SÃO PAULO (9815006-4)

RELATOR : EXM^o SR. MINISTRO ARI PARGENDLER
RECORRENTE : COMPANHIA LUZ E FORÇA DE MOCOCA – CLFM
ADVOGADOS : DRS. LUIZ OLIVEIRA DA SILVEIRA FILHO E OUTRO
RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADOS : DRS. VERA MONTEIRO DOS SANTOS FERIN E OUTROS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. 1. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL.

Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a compensação prevista no artigo 66 da Lei nº 8.373, de 1991, constitui um incidente desse procedimento, no qual o contribuinte, ao invés de antecipar o pagamento, registra na escrita fiscal o crédito oponível à Fazenda, que tem cinco anos, contados do fato gerador, para a respectiva homologação (CTN, art. 150, § 4º); esse procedimento tem natureza administrativa, mas o juiz pode, independentemente do tipo da ação, declarar que o crédito é compensável, decidindo desde logo os critérios da compensação (v.g., data do início da correção monetária).

2 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. A contribuição previdenciária para autônomos e administradores, instituída pela Lei nº 7.787/89 e modificada pela Lei nº 8.212/91, foi declarada inconstitucional (RE 166.772-RS e ADIn 1.102-DF); os valores recolhidos a esse título são compensáveis com contribuição previdenciária sobre a folha de salários. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Adhemar Maciel.

Brasília, 04 de junho de 1998. (data de julgamento)



TRF — 1ª Região

DJ de 04.MAI.98

APELÇÃO CÍVEL Nº 1997.01.00.048050-9 – DF

RELATOR : O EXMº SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR
 APELANTE : INSTITUTE NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
 APELADOS : MARIA TEREZINHA CARPANEDA MARQUES E OUTROS(AS)
 PROCURADOR : DR. LUÍS FELIPE DA CUNHA NEVES GONZAGA
 ADVOGADOS : DRS. MARIA DE LOURDES AZEVEDO SILVA E OUTROS(AS)
 REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA — DF

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTE DE BENEFÍCIO. SÚMULA Nº 260-TRF. PRESCRIÇÃO.

I. Uma vez determinada pela r. sentença monocrática a incidência da prescrição, tal comando resulta, na prática, na improcedência da ação, eis que tardiamente ajuizado o feito em maio de 1996, após ultrapassados mais de cinco anos do vencimento da última parcela que seria devida em decorrência da aplicação da Súmula nº 260, do C.TFR.

II. Apelação provida, prejudicada a remessa oficial.

ACÓRDÃO

Decide a Turma dar provimento à apelação, prejudicada a remessa oficial, à unanimidade.

1ª Turma do TRF — 1ª Região — 03.02.98.

JUIZ ALOÍSIO PALMEIRA LIMA (Presidente)

JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator)

RELATÓRIO

O EXM^o SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR: — Adoto o relatório que integra a r. decisão de 1^o grau, **verbis** (fls. 99/100):

“MARIA TEREZINHA CARPANEDA MARQUES E OUTROS, qualificados nos autos, ajuizaram a presente ação contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, objetivando:

a) Revisão da Renda Mensal Inicial, calculando-se o salário-de-benefício sobre a média dos 36 últimos salários-de-contribuição, corridos monetariamente mês a mês, conforme art. 202 da CF/88;

b) Reajustamento do benefício para manter a relação entre a contribuição e o valor inicial do benefício, aplicando-se:

b.1) No primeiro reajuste, o índice integral previsto para o salário mínimo vigente na data respectiva, conforme súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos;

b.2) No mês de junho de 1989, quando os benefícios previdenciários foram atrelados ao salário mínimo (Lei 7.789, de 03.07.89), o reajuste correspondente a CR\$ 150,00, valor esse fixado pelo Governo com atraso, sendo que o reajustamento realizado pelo INSS levou em conta o valor de CR\$ 120,00;

Sustentaram que o INSS, na fixação da Renda Mensal Inicial, utilizou-se de índices inflacionários desconhecidos nem levou em conta o valor real das contribuições recolhidas, e que os reajustamentos efetuados resultaram na defasagem do valor aos benefícios, já que não observados os critérios de atualização do salário mínimo vigentes às épocas próprias.

Regularmente citado, o INSS contestou a ação, alegando que a norma inserta no art. 202 da CF não é auto-aplicável, sendo viável a fixação da RMI pelos critérios postulados somente após a edição da Lei 8.213, de 1991, que regulamentou a matéria. Disse, ainda, que o reajustamento dos proventos segundo a variação integral do salário mínimo lhe foi imposto a partir do Decreto-Lei nº 2.171/84, e que a contar da vigência da Lei nº 7.604, de 26 de maio de 1987, os benefícios previdenciários sofreram reajustes, quando foi alterada a renda mensal e efetuado o pagamento das diferenças atrasadas. Aduziu que os aposentados antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não têm direito à retificação da RMI, e que a aplicação dos critérios de atualização dos proventos fixados pela Súmula 260 está adstrita ao período anterior a março de 1989, respeitada a prescrição quinquenal. Requereu, afinal, a improcedência da ação, com as cominações legais e ônus da sucumbência.

Os autores ofereceram réplica à contestação do INSS.

Convertido o julgamento em diligência, foram os autos encaminhados à Contadoria desta Seção Judiciária para esclarecer contradições entre os valores das contribuições recolhidas e os cálculos realizados pelo INSS, quando da fixação da RMI.

Instada a se manifestar a respeito, o INSS esclareceu que não consideração de todos os valores efetivamente recolhidos pela autora MARIA

TEREZINHA CARPANEDA MARQUES deveu-se ao fato de que ela, em alguns meses, contribuiu com valores acima daqueles permitidos, fazendo com que tais valores fossem enquadrados na escala de salários-base previsto na lei.

Sem mais provas e tratando-se de matéria de direito vieram os autos conclusos para sentença."

Sentenciando, o MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara do Distrito Federal, Dr. Cesar Antônio Ramos, julgou procedente **em parte** a ação, condenando o INSS a pagar à litisconsorte Maria Pereira Campos as diferenças resultantes da aplicação da Súmula nº 260, do TRF, até março de 1989, observada a prescrição quinquenal (fl. 106).

Inconformado, apela o INSS às fls. 108/114, com contra-razões de fls. 120/124.

Não houve recurso dos autores.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR (RELATOR): — Como visto do relatório, de todos os pedidos formulados pelos autores, a r. sentença monocrática, proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara do Distrito Federal, Dr. Cesar Antonio Ramos, acolheu apenas um, qual seja, a aplicação da Súmula nº 260, do extinto TRF, em relação à litisconsorte Maria Pereira Campos, cujo benefício iniciou-se antes da vigência da Constituição Federal de 1988.

A r. decisão monocrática, registre-se a propósito, clara, precisa e judiciosa, merece, apenas, leve reparo e exclusivamente para adequar o resultado prático da ação aos próprios termos da decisão.

É que, como acentuado na sentença e de acordo com a Súmula nº 21 desta Corte, as parcelas decorrentes da aplicação da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos somente são devidas até o mês de março de 1989. Destarte, a prescrição, igualmente acolhida no julgado **a quo**, terminou por atingir a integralidade das diferenças, posto que a ação foi tardiamente ajuizada em 07 de maio de 1996, muito após ultrapassado o lapso quinquenal.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do INSS para julgar improcedente a ação, em face da prescrição da condenação imposta pela r. sentença singular, prejudicada a remessa oficial.

Sem condenação, por se acharem os autores sob o pálio da justiça gratuita. É como voto.



AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 97.04.64629-1/RS

RELATORA : JUÍZA MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
AGRAVANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO – INSS
AGRAVADO : MARIA DA CONCEIÇÃO FLORES
ADVOGADOS : FLAVIO JOSE GOMES DE SOUZA
: ANTONIO VALDENIR LORENÇO DE BARCELOS

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTAS PROCESSUAIS. PAGAMENTO IMEDIATO. INVIABILIDADE. PRECATÓRIO. ADIn Nº 1252-5. 1- Após o julgamento da ADIn nº 1252-5, em 06.06.97, onde o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando os artigos 730 e 731 do CPC”, constante no artigo 128 da Lei nº 8.213/91, não mais poderá a Fazenda Pública proceder de imediato o depósito. 2- O pagamento das custas processuais deve ser efetuada mediante precatório. 3- Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Turma de Férias Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo, vencida a Juíza Virginia Scheibe, nos termos do voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de janeiro de 1998.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão que indeferiu de pagamento de custas processuais através de precatório.

Argumenta o Agravante que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn nº 1252-5 decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 128 da Lei nº 8.213/91, sustentando qualquer pagamento sem precatório.

Devidamente intimado, o agravado não respondeu ao recurso.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada foi proferida nestes termos, verbis:

“Indefiro o pedido de fls., uma vez que entendo que as custas é verba pública e não se enquadra na hipótese objeto da ADIN 1252-5.

Extraia-se certidão, remetendo-se a Fazenda Estadual.

Após, archive-se com baixa.

Intime-se”

A decisão guerreada não pode ser mantida. Com efeito, após o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1252-5 (Rel. Min. Maurício Correa, DJU de 06.06.1997, p. 24864) que declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil”, constante do artigo 128 da Lei 8.213/91, não mais pode a Fazenda Pública proceder ao depósito imediato. Assim as custas processuais em questão deverão ser pagas mediante expedição de precatório.

Voto, por isso, no sentido de dar provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

VOTO

A Sra. Juíza Virgínia Scheibe:

Sra. Presidente

Trata-se de Agravo de Instrumento tirado contra decisão monocrática que indeferiu pedido formulado pelo INSS no sentido de que o pagamento das custas processuais se dê mediante Precatório.

A ilustre Relatora, atacando as razões da Autarquia, entendeu por dar provimento ao presente recurso.

Todavia, peço vênica para divergir.

De acordo com o disposto no art. 20, § 2º, do CPC, incluem-se dentre as despesas do processo as custas dos atos respectivos. Logo, a argumentação do Agravante, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade das disposições finais do art. 128 da Lei nº 8.213/91 pela ADIn 1.252-5 obsta a cobrança direta dos valores das custas devidas pela Autarquia sucumbente à Fazenda Pública dos Estados, não prospera. É que, resulta claramente da redação daquele dispositivo da lei ordinária, o que se remetia à quitação imediata pela redação da referida norma resultante da Lei nº 9.032/95, eram as execuções que por autor não superassem dado valor, o que evidencia que a importância para tal considerada era daquela que reverteria ao segurado vencedor da ação, o que não é o caso das custas devidas ao erário público pela movimentação do aparelho judiciário. Assim, tenho que a resistência da Autarquia não merece acolhida.

Em tal sentido, invoco precedente desta mesma Turma, conforme Agravo no Agravo de Instrumento nº 97.04.58003-7, Rel. Juiz Elcio Pinheiro de Castro, julgado na sessão de 27-11-97, em que apreciando hipótese de pagamento de honorários periciais, rubrica igualmente considerada despesa, entendeu a Turma de negar provimento à insurgência da Autarquia.

Ante tais considerações, lamentando divergir, voto, pois, pelo improvimento do presente recurso.



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGUROS SOCIAL – INSS
PROCURADORIA GERAL

ORDEM DE SERVIÇO INSS/PG Nº 43, de 27 de janeiro de 1999 (Publicado no DOU Nº 22-E, de 2.2.99. O Anexo V foi publ. no DOU nº 23-E, de 3.2.99).

ASSUNTO: *Dispõe sobre parcelamento da Dívida Ativa e dá outras providências*

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

Decreto nº 2.173, de 05 de março de 1997.

O PROCURADOR-GERAL do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 175, inciso III, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria MPS nº 458, de 24 de setembro de 1992,

CONSIDERANDO a necessidade de uniformizar, no âmbito da Procuradoria, procedimentos com vistas à aplicação prática das normas referentes a parcelamento da Dívida Ativa;

CONSIDERANDO a conveniência de se compatibilizarem os procedimentos administrativos relacionados a parcelamento com as rotinas do sistema informatizado;

CONSIDERANDO as disposições específicas do art. 38 e §§, da Lei nº 8.212/91 e do Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social – ROCSS, aprovado pelo art. 63, do Decreto nº 2.173/97,

Resolve estabelecer os seguintes procedimentos e rotinas a serem observados na formalização de acordo de parcelamento da Dívida Ativa:

DO PARCELAMENTO

1 – Independentemente de ter sido parcelado o crédito que lhe deu origem, a Dívida Ativa, ajuizada ou não, poderá ser objeto de acordo para parcelamento, em até sessenta prestações mensais, iguais e sucessivas.

1.1 – A Dívida Ativa não previdenciária, ajuizada ou não, poderá também ser objeto de acordo de parcelamento, nos termos do item 1, desde que não seja decorrente de fraude objeto de sentença transitada em julgado.

1.1.1 – Admitir-se-á o parcelamento na hipótese de fraude apenas quando os responsáveis ou co-responsáveis pela dívida não possuírem, comprovadamente, bens suficientes para garantir o ressarcimento.

DO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES

2 – Os valores das prestações serão quitados mediante débito automático em conta bancária do devedor, que para tanto deverá firmar, com base nos procedimentos padrões disciplinados pela FEBRABAN, o respectivo termo de compromisso com a instituição financeira de sua opção, dentre as indicadas pelo INSS, como condição imprescindível à formalização do acordo.

2.1 – Caso a instituição financeira deixe de efetuar o débito automático em conta na data prevista, a despeito de saldo disponível, arcará ela com a responsabilidade pelo pagamento da diferença de acréscimos legais resultantes da mora, entre o vencimento da prestação e seu efetivo pagamento, a ser feito através de GRPS-3 emitida pelo órgão local da Procuradoria, com os dados do contribuinte-devedor.

2.2 – As prestações do acordo firmado vencerão no dia 20 (vinte) de cada mês.

3 – O valor mínimo de cada prestação será de R\$ 200,00 (duzentos reais), observado o limite de 4 (quatro) prestações por competência.

3.1 – Não se aplica o critério de quatro prestações por competência, e sim, o de valor mínimo de R\$ 200, 00 de cada parcela para os casos de:

- a) Auto de Infração – AI;*
- b) Notificação Para Pagamento – NPP;*
- c) Obra de Construção Civil, pessoa física ou jurídica.*

3.2 – A Dívida Ativa poderá ser reparcelada por uma única vez.

3.3 – Exceto quando não houver ocorrido, de forma comprovada, o respectivo desconto e a retenção da contribuição, ou, ainda, nas hipóteses previstas em legislação especial, o acordo de parcelamento não incluirá Dívida Ativa oriunda de:

I) contribuições descontadas dos empregados, inclusive domésticos e trabalhadores avulsos, a partir da competência 07/91;

II) contribuições decorrentes de sub-rogação de que tratam os artigos 30, IV, e 31, da Lei 8.212/91, a saber:

a) art. 30, IV – comercialização de produtos rurais, a partir da competência 07/91;

b) art. 31 – prestação de serviços, a partir da competência 02/99.

3.4 – O parcelamento da Dívida Ativa independe do recolhimento das contribuições previstas no subitem 3.3;

3.5 – Para fins de parcelamento ou reparcelamento, não se levará em consideração o fato de a correspondente Dívida Ativa ter sido objeto de parcelamento excepcional.

3.6 – Os honorários advocatícios integram o montante da Dívida Ativa para efeito de parcelamento.

3.6.1 – Não incidirão honorários advocatícios na Dívida Ativa não ajuizada, quando for esta objeto de pagamento total ou parcelado.

3.6.2 – A requerimento do contribuinte-devedor, e mediante despacho fundamentado do Procurador Estadual/Regional/Chefe da Dívida Ativa, os honorários incidentes sobre a dívida ajuizada poderão ser reduzidos até o limite de 5%, para pagamento total ou parcelado.

3.6.2.1 – Caso o Procurador Estadual/Regional/Chefe da Dívida Ativa entenda existirem razões para redução maior do percentual de honorários, encaminhará, em cada caso, expediente motivado ao Procurador-Geral solicitando autorização.

4 – A empresa cujo representante legal tenha sido condenado por sentença penal transitada em julgado, em decorrência de infração cometida contra a Previdência Social, não poderá, nos cinco anos seguintes, obter parcelamento de suas dívidas.

5 – É facultado ao contribuinte-devedor optar pelo parcelamento de apenas um ou mais de um dos créditos inscritos em Dívida Ativa, compreendendo, inclusive, eventuais saldos de parcelamentos existentes, independentemente de estar ou não em dia com o pagamento das prestações na data do pedido de parcelamento.

5.1 – Os créditos objeto de saldo de parcelamento incluídos em um novo acordo são considerados reparcelamento para todos os efeitos.

6 – A Dívida Ativa objeto de execução fiscal, em que foram interpostos embargos do devedor ou outro recurso, ou que esteja sendo discutida em outra ação judicial, só poderá ser parcelada se o contribuinte-devedor desistir formalmente dos embargos, do recurso ou da outra ação.

6.1 – A desistência será formalizada mediante termo específico a ser apresentado à PE/PR, em que se especificarão os embargos do devedor, outros recursos ou ações, e será anexado por cópia ao pedido de parcelamento, sob pena de indeferimento deste.

DO PEDIDO E DA CONCESSÃO DO PARCELAMENTO

7 – O Pedido de Parcelamento será feito à PE/PR com jurisdição sobre o domicílio do contribuinte-devedor, ou junto àquela em cuja jurisdição estiver tramitando processo judicial que venha a ser objeto de parcelamento.

7.1 – O Termo de Parcelamento de Dívida Ativa – TPDA será assinado em quatro vias, que terão a seguinte destinação:

- a) 1ª via – processo de parcelamento;*
- b) 2ª via – dossiê da execução fiscal;*
- c) 3ª via – processo judicial da execução fiscal, instruindo o pedido de suspensão;*
- d) 4ª via – contribuinte-devedor.*

7.2 – O devedor deverá comprovar o pagamento do valor correspondente à primeira prestação do parcelamento, no prazo máximo de cinco dias contados da data de emissão da correspondente GRPS, sob pena de indeferimento.

7.3 – As dívidas de vários estabelecimentos de uma mesma empresa podem ser parceladas englobadamente, incluídas em um único pedido, feito por intermédio do estabelecimento-sede ou daquele em que mantenha ela seu centralizador-contábil.

8 – O processo de parcelamento será instruído com os seguintes formulários devidamente preenchidos:

- a) Pedido de Parcelamento – PP (Anexo I e II);*
- b) Termo de Acordo de Parcelamento (Anexo III);*
- c) cópia do Contrato Social ou Estatuto e alterações posteriores que identifiquem os representantes legais da empresa;*
- d) cópia do comprovante de inscrição do devedor no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, ou no Cadastro de Pessoas Físicas–CPF, do Ministério da Fazenda, e cópia da Cédula de Identidade de seus representantes legais;*
- e) documento que indique o representante legal do Estado, do Distrito Federal ou do Município;*
- f) cópia do comprovante de domicílio/endereço;*
- g) nos casos em que um ou mais créditos, estando parcelados, sejam objeto de cobrança judicial, o devedor assinará declaração de inexistência de embargos opostos ou de outra ação, ou, havendo-os, firmará termo de desistência formalizado na forma do subitem 6.1 (anexo VI);*
- h) autorização de débito em conta (anexo IV);*
- i) termo de compromisso (anexo V).*

9 – O pedido de parcelamento – PP será analisado e decidido no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados da data do seu recebimento.

9.1 – Cabe ao Chefe da Dívida Ativa/Procurador Regional, ou ao Procurador Autárquico com delegação expressa do Procurador Estadual, a concessão do parcelamento a que se refere esta Ordem de Serviço.

9.2 – Logo após deferido o parcelamento de Dívida Ativa ajuizada, o Procurador vinculado ao feito requererá ao respectivo Juízo a suspensão do curso da execução fiscal, pelo prazo do acordo, que será juntado por cópia à petição.

DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PARCELAMENTO

10 – O pedido de parcelamento será indeferido quando:

- a) não houver pagamento da primeira prestação, nos termos do item 7.2 desta Ordem de Serviço;*
- b) o Termo de Parcelamento de Dívida Ativa – TPDA não estiver devidamente assinado;*
- c) a autorização de débito em conta (anexo IV) não estiver assinada e ratificada pelo banco;*
- d) o termo de compromisso (anexo V) não estiver firmado;*

10.1 – No caso de indeferimento, deverá o parcelamento ser cancelado no Sistema através da função ACANPAR.

10.2 – Os parcelamentos indeferidos não serão considerados para os efeitos do reparcèlement de que trata o subitem 3.2 desta Ordem de Serviço.

DO VALOR DAS PRESTAÇÕES – PRINCIPAL E ACESSÓRIOS

11 – Caso a Dívida Ativa a ser parcelada decorra de agrupamento de vários créditos referentes a uma mesma competência, desdobrar-se-á esta em tantas competências quantas forem os créditos, para efeito do cálculo de número de prestações do parcelamento.

11.1 – A Dívida Ativa será consolidada para a data da concessão do parcelamento, de acordo com a legislação de regência de cada competência abrangida pelo crédito constituído que lhe deu causa.

11.2 – Sobre o valor total de cada prestação serão acrescidos, por ocasião do pagamento, juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC a que se refere o art. 13, da Lei nº 9.065/95, acumulada mensalmente, calculada a partir do mês da concessão do parcelamento até o mês anterior ao do pagamento.

11.3 – As prestações do acordo firmado vencerão no dia 20 (vinte) de cada mês e a cobrança dar-se-á por meio de débito em conta.

11.4 – O acordo celebrado com o Estado, o Distrito Federal ou o Município conterá cláusula em que estes autorizem a retenção do FPE ou do FPM e o repasse ao INSS do valor correspondente a cada prestação mensal, por ocasião do vencimento desta.

11.5 – O atraso no pagamento das prestações ocasionará a cobrança de juros de mora de 1% ao mês ou fração, calculado sobre o valor total da prestação;

DA GARANTIA E DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO

12 – Caso o contribuinte-devedor necessite de expedição de CND plena, será dele exigida a constituição de garantia de 120% (cento e vinte por cento) do montante do parcelamento ou do saldo, na forma dos arts. 85 a 87, do Decreto nº 2.173/97.

12.1 – Quando a garantia se der por penhora, não se aplica a regra dos 120% de que trata este item, e sim a de valor correspondente ao montante atualizado da dívida objeto de execução fiscal.

12.2 – Caso apenas parte da dívida parcelada seja objeto de execução fiscal, a garantia em relação a esta poderá ser constituída por penhora suficiente, e por outra modalidade em relação ao restante.

12.3 – A garantia de que trata este item será formalizada nos termos da OS/INSS/CONJUNTA DAF/PG nº 18, de 9.06.94.

DA RESCISÃO E DO CANCELAMENTO

13 – Constituem motivos para a rescisão do acordo de parcelamento:

- a) falta de pagamento de qualquer das prestações, nos termos acordados;
- b) decretação de falência do devedor;

13.1 – A rescisão de parcelamento dar-se-á através da função ARESPAR.

14 – A critério do Procurador Estadual/Regional/Chefe da Dívida Ativa, o parcelamento será cancelado sempre que ocorrerem falhas formais ou erros de fato na sua concessão.

15 – A concessão e o cancelamento de parcelamento dar-se-ão, respectivamente, através das funções ACONPAR e ACANPAR.

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

16 – Por ocasião da celebração do acordo de parcelamento, o contribuinte-devedor será instruído a retornar à Procuradoria para obtenção da GRPS-3, sempre que ocorrer a hipótese do subitem 2.1.

17 – A Procuradoria poderá aceitar pagamento parcial de Dívida Ativa oriunda da constituição de crédito de qualquer natureza, que não esteja incluído

em acordo de parcelamento, hipótese em que emitirá uma GRPS-3 para cada importância objeto do pagamento parcial, solicitando cópia quitada dessa guia ao contribuinte-devedor, para a confirmação de sua autenticidade.

17.1 – Quando o pagamento parcial for de Dívida Ativa ajuizada, o Procurador responsável informará ao juiz do feito o valor correspondente, instruindo a petição com o respectivo comprovante e planilha de cálculo demonstrativo do valor remanescente da dívida, não implicando o pagamento parcial em substituição ou alteração da CDA respectiva.

17.1.1 – Para o caso de pagamento parcial previsto neste item, a GRPS-3 deverá ser preenchida com todos os códigos, inclusive honorários referentes à Dívida Ativa ajuizada, para que se possibilite a correta apropriação no Sistema.

17.2 – O pagamento parcial será comandado através da função CDPAGPAR do Sistema DÍVIDA, reemitindo-se, se for o caso, as peças necessárias ao ajuizamento.

17.3 – A confirmação do pagamento da GRPS-3 dar-se-á através da função CPAG do DÍVIDA, ou através do aplicativo AGUIA.

18 – Quando o pedido de parcelamento incluir dívida objeto de execução judicial com leilão já designado, a suspensão deste só poderá ser requerida se o devedor, como condição prévia, pagar, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor consolidado da Dívida Ativa cobrada na execução fiscal e a primeira prestação do parcelamento.

18.1 – Demonstrados os motivos e a conveniência do ato, poderá o Procurador Estadual/Regional/Chefe da Dívida Ativa, através de despacho fundamentado, suspender o leilão sem a exigência do pagamento de 10% da dívida.

19 – Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data de sua publicação, revogada a OS INSS/PG Nº 34, de 22 de abril de 1997, a OS INSS/PG Nº 41, de 3 de novembro de 1998 e demais disposições em contrário.

JOSÉ WEBER HOLANDA ALVES
Procurador-Geral

ANEXO I da OS/INSS/PG nº 43 /99

PEDIDO DE PARCELAMENTO – PP

EMPRESA EM GERAL

ILMO.SR. _____

EMPRESA _____

com sede _____

CGC nº _____, representada neste ato por seu Sócio (Diretor, Presidente, etc.) o Sr. _____ SOLICITA, com base na Lei nº 8212/91, regulamentada pelo Decreto nº 2173/97, PARCELAMENTO de seus débitos abaixo discriminados em _____ (_____) prestações mensais, iguais e sucessivas:

Nº DO DÉBITO	PERÍODO DA DÍVIDA	VALOR TOTAL (R\$)

TOTAL
DE DÉBITOS =

VALOR TOTAL
A SER PARCELADO =

TELEFONE P/CONTATO: _____

LOCAL E DATA

ASSINATURA DO REPRES. LEGAL

ANEXO II da OS/INSS/PG nº 43 /99

PEDIDO DE PARCELAMENTO – PP

ENTIDADES DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ILMO. SR. _____
O ESTADO/MUNICÍPIO de _____ com sede
_____ CGC nº _____, por
seu representante legal, solicita com base no § 9º, do art. 38, da Lei nº 8.212/91,
PARCELAMENTO de seus débitos abaixo discriminados em _____
(_____) prestações mensais, iguais e sucessivas:

Nº DO DÉBITO	PERÍODO DA DÍVIDA	VALOR TOTAL (R\$)

TOTAL
DE DÉBITOS =

VALOR TOTAL
A SER PARCELADO =

TELEFONE P/CONTATO: _____

LOCAL E DATA

ASSINATURA DO REPRES. LEGAL

ANEXO III da OS/INSS/PG nº 43 /99

TERMO DE PARCELAMENTO DE DÍVIDA Nº

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, criado por autorização da Lei nº 8.029, de 12.04.90, com sede no Setor de Autarquias Sul, Quadra 2, Bloco “O”, em Brasília-DF, inscrito no CGC/MF sob nº 29.979.036/0001-40, daqui por diante denominado simplesmente INSS, representado, neste ato, por sua Procuradoria Estadual/Regional, na pessoa do(a) Procurador(a),

Dr(a) _____; e a EMPRESA _____, CGC/MF _____, doravante denominada simplesmente DEVEDOR, neste ato representada por seu sócio-diretor, Sr. _____, resolvem celebrar o presente TERMO DE PARCELAMENTO DE DÍVIDA ATIVA, mediante as cláusulas e condições seguintes:

PRIMEIRA: O DEVEDOR, sem contestação quanto ao valor e procedência, confessa, em caráter irretratável, e assume integral responsabilidade de pagamento da Dívida Ativa inscrita conforme CDA nº _____, no valor consolidado de R\$ _____ (_____), apurada de acordo com a legislação aplicável, como abaixo discriminado, ficando, entretanto, ressalvado ao INSS o direito de apurar, observado o prazo legal, a existência de outras importâncias devidas e não incluídas neste instrumento, ainda que relativas ao mesmo período:

RUBRICAS

VALOR CONSOLIDADO EM R\$

Principal atualizado

T.R (período: 02/91 a 01/92)

Juros (1%)

Juros de Lei 8.981/95 (SELIC)

Multa

Honorários advocatícios

TOTAL

SEGUNDA: Tendo o DEVEDOR requerido o pagamento parcelado da dívida previdenciária especificada no item anterior, com fundamento no art. 38, da Lei nº 8.212/91 e no art. 63, do Decreto nº 2.173/97, e comprovado o pagamento da 1ª prestação, o INSS lhe concede este parcelamento, em _____ (_____) prestações mensais, iguais e sucessivas.

TERCEIRA: A dívida previdenciária objeto deste Termo foi consolidada em _____ de _____ de _____, sendo que o valor da primeira prestação do parcelamento concedido e aqui acertado, fica definido conforme o quadro abaixo, e na conformidade do valor da UFIR vigente na data da consolidação:

RUBRICAS

VALOR CONSOLIDADO EM R\$

Principal atualizado

T.R (período: 02/91 a 01/92)

Juros (1%)

Juros de Lei 8.981/95 (SELIC)

Multa

Honorários advocatícios

TOTAL

QUARTA: Sobre o valor de cada prestação, com vencimento para o dia 20 de cada mês, serão acrescidas, por ocasião do pagamento, juros equivalentes à taxa do referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, a que se refere o art. 13, da Lei nº 9.065/95, para títulos federais acumulada mensalmente, calculados a partir do mês da concessão do parcelamento até o mês anterior ao do pagamento e de 1% (um por cento) no mês do pagamento, sendo que estes critérios poderão ser alterados, de acordo com a legislação superveniente.

QUINTA: Para efeito desse acordo de parcelamento, a Dívida Ativa nele incluída teve seus valores atualizados monetariamente até a data da consolidação, de acordo com a legislação de regência de cada competência a que se referem os créditos constituídos que lhe deram causa.

SEXTA: O DEVEDOR compromete-se a pagar as prestações nos respectivos vencimentos, através da rede bancária, mediante débito automático em sua conta bancária, conforme Termo de Compromisso apresentado como condição à formalização do parcelamento a que se refere este Termo.

SÉTIMA: O DEVEDOR está ciente de que, caso a instituição financeira deixe de efetuar o débito automático em conta na data prevista, a despeito de saldo disponível, a responsabilidade pelo pagamento da diferença de acréscimos legais resultantes da mora, entre o vencimento da prestação e seu efetivo pagamento, a ser feito através de guia emitida pelo Órgão local da Procuradoria.

OITAVA: O INSS compromete-se a suspender o curso da cobrança judicial da Dívida Ativa objeto deste Termo, enquanto estiverem sendo cumpridas todas as obrigações nele assumidas.

NONA: O DEVEDOR está ciente de que a celebração deste acordo, por si só, não lhe assegura o direito à obtenção de Certidão Negativa de Débito – CND, cuja expedição é sempre dependente do oferecimento de garantia, na forma dos arts. 85 a 87, do Decreto nº 2.173/97.

DÉCIMA: O DEVEDOR compromete-se a retornar ao INSS sempre que deixar de receber o bloqueto de cobrança até o dia 18 de cada mês, no endereço indicado, para obtenção de 2ª via ou GRPS-3 equivalente, sob pena dos efeitos decorrentes do atraso no pagamento das prestações.

DÉCIMA PRIMEIRA: O presente acordo de parcelamento será rescindido de pleno direito, independentemente de prévia notificação ou interpelação, nas seguintes hipóteses:

- a) atraso superior a trinta dias no pagamento de uma prestação;
- b) atraso superior a trinta dias no cumprimento das obrigações previdenciárias correntes;
- c) perecimento, deterioração ou depreciação da garantia oferecida, se, quando for o caso, cientificado o devedor este não promover sua substituição ou reforço no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da notificação;
- d) decretação de falência do DEVEDOR.

DÉCIMA SEGUNDA: O DEVEDOR declara-se ciente de que a rescisão do presente acordo implicará no vencimento antecipado de todas as prestações vincendas, com a imediata apuração do saldo devedor, para fins de interposição ou de retomada de curso de execução fiscal, com restabelecimento dos juros de mora e demais acréscimos e cominações legais, apurados na forma da legislação pertinente.

E, por estarem assim de acordo, firmam o presente Termo de Parcelamento, em quatro vias de igual teor e forma, todas assinadas e rubricadas, para um só efeito, na presença das testemunhas abaixo.

_____, _____ de _____ de 199 ____

Instituto Nacional do Seguro Social
Procurador/Chefe da Dívida Ativa

Devedor

TESTEMUNHAS

1 – Nome _____
Ci: _____ (SSP ____) – CPF _____
Endereço: _____

2 – Nome _____
Ci: _____ CPF: _____
Endereço _____

ANEXO IV da OS/INSS/PG nº 43 /99

DECLARAÇÃO

Declaro, sob pena de indeferimento do parcelamento ora requerido, que não foram opostos embargos do devedor, nem qualquer outra ação que tenha por causa a discussão da Dívida Ativa objeto dos autos de execução nº _____, em trâmite pela _____ Vara da Seção Judiciária Federal de _____.

_____, ____ de _____ de _____

Assinatura do devedor ou de seu representante legal

ANEXO V DA OS/INSS/PG nº 43/99

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO
PARCELADO EM CONTAS

I - DADOS DO DEVEDOR		
01 - NOME/RAZÃO SOCIAL		
02 - CGC/CPF	03 - TELEFONE	
04 - NOME DO RESPONSÁVEL PELA EMPRESA		
II - DADOS DO PROCESSO (preenchido pelo Posto de Arrecadação e Fiscalização - PAF)		
05 - Nº DO PROCESSO	06- QTDE.PREST.PARA DÉBITO EM CONTA	07 - VENCIMENTO. 1ª PREST. A SER DEBITADA
III - IDENTIFICAÇÃO BANCÁRIA		
8-COMP. - 9-CÓDIGO BANCO - 10-CÓD.AGÊNCIA	11-Nº DA CONTA	
12 - NOME DO BANCO	13 - NOME DA AGENCIA	
14 - ENDEREÇO DO BANCO	15 - TELEFONE	16 - CEP
IV - AUTORIZAÇÃO		
AUTORIZO O BANCO ACIMA A DEBITAR NA CONTA-CORRENTE INDICADA, NOS RESPECTIVOS VENCIMENTOS, O VALOR DE CADA PRESTAÇÃO DO PARCELAMENTO CONCEDIDO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, REFERENTE AO PROCESSO ACIMA IDENTIFICADO. DATA _____ ASSINATURA DO DEVEDOR OU RESP. PELA EMPRESA (Autorizado a movimentar a conta bancária)		
V - ABONO BANCÁRIO		
☐ NÃO ABONADO ☐ ABONADO DATA _____	MOTIVO (COMPLEMENTAR NO VERSO, SE NECESSÁRIO) CERTIFICO QUE OS DADOS INSERIDOS NOS CAMPOS I,II E IV ESTÃO CORRETOS. (ASSINATURA E CARIMBO DO RESPONSÁVEL PELA INFORMAÇÃO)	
VI - CONSIDERAÇÕES GERAIS		
1 - A presente autorização é válida até que ocorra a liquidação da última prestação do processo; 2 - O débito em conta será efetuado na data de vencimento de cada prestação. 3 - Os dados do campo III devem ser transcritos da identificação constante da parte superior da folha do talão de cheques da conta indicada.		

ANEXO VI da OS/INSS/PG nº 43 /99

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
TERMO DE COMPROMISSO
(PARCELA ANTECIPADA, AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO PARCELADO EM CONTA
E ASSINATURA DO TPD)

NOME DA EMPRESA /CONTRIBUINTE:

CGC/CEI/CPF:

ENDEREÇO:

TELEFONE:

RESPONSÁVEL:

DATA PROTOCOLO:

DATA DO VENCIMENTO DA PARCELA ANTECIPADA:

DATA LIMITE PARA APRESENTAÇÃO DA GRPS QUITADA:

Recebi, nesta data, o formulário “Termo de Parcelamento de Dívida – TPD “ para assinatura do (s) representante (s) legal (is) e testemunhas, “Autorização de Débito Parcelado em Conta – ADPC” para ser abonada pelo banco e GRPS relativa ao pagamento antecipado da 1ª parcela, referente ao pedido de parcelamento apresentado junto ao INSS.

Estou ciente que a data limite para apresentação da GRPS quitada, da ADPC e do TPD devidamente assinado é no dia ____/____/____, sob pena do indeferimento do pedido e conseqüente cobrança judicial da dívida, bem como inclusão no CADIN.

_____, ____ de _____ de ____.

Assinatura do Responsável



1998

MARÇO						
S	T	Q	Q	S	S	D
						1
2	3	4	5	6	7	8
9	10	11	12	13	14	15
16	17	18	19	20	21	22
23	24	25	26	27	28	29
30	31					

JUNHO							
S	T	Q	Q	S	S	D	
1	2	3	4	5	6	7	
8	9	10	11	12	13	14	
15	16	17	18	19	20	21	
22	23	24	25	26	27	28	
29	30						

SETEMBRO						
S	T	Q	Q	S	S	D
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30				

DEZEMBRO						
S	T	Q	Q	S	S	D
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			



Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradoria Geral do INSS
SAS Quadra 2, Bloco 'O', 5ª andar
Tels: (061) 226-7449/224-0837/313-4814
Fax: (061) 313-4740
CEP: 70070-907 – Brasília-DF
