

**VOL. 4**

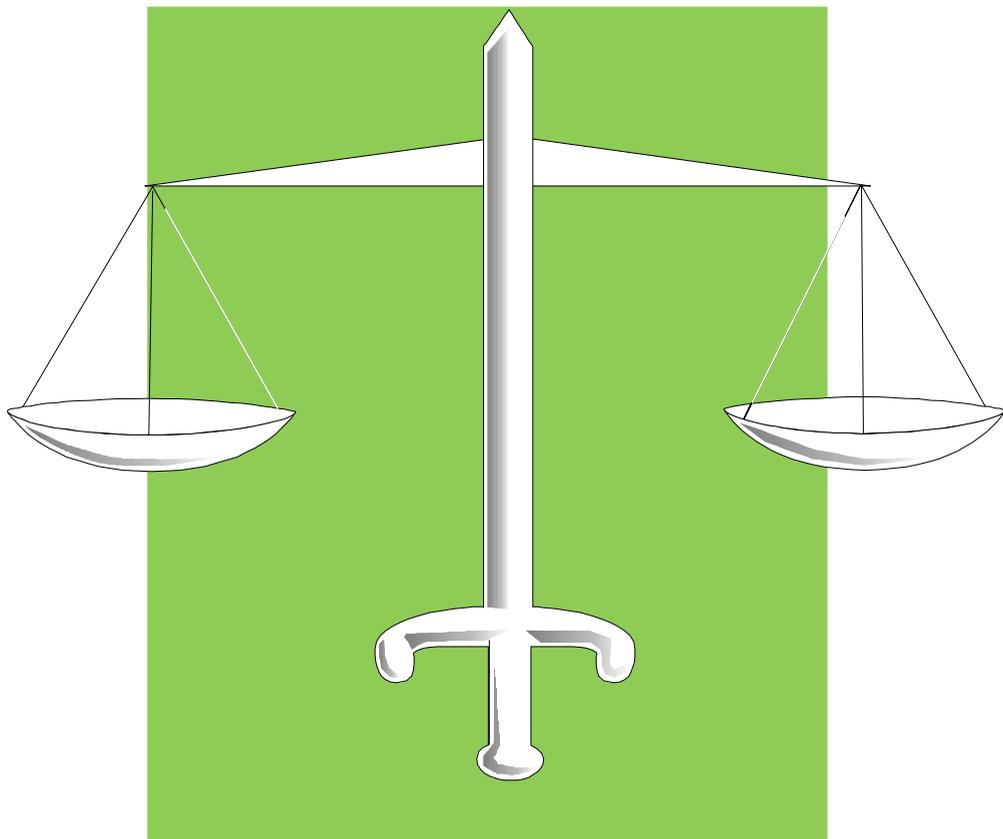
**N. 3**

 **INSS**

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ISSN 0104-9607

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS



**1997**

**OUT./**

**DEZ.**

---

**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

Maria Aline S. Portela

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 Procuradoria Geral do INSS**

Brasília  
Janeiro/1998



© 1997 – Ministério da Previdência e Assistência Social

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

Tiragem: 7.500 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

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,  
1997.

183 p.

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

CDD–341.67

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	5
<b>DÍVIDA ATIVA</b> .....	6
<b>PÁGINA LIVRE</b> .....	7
<b>ARTIGOS</b>	
— CRIMES FUNCIONAIS	
★ <i>Agapito Machado</i> .....	9
— HARMONIZAR A JURISPRUDÊNCIA	
★ <i>Ronaldo Cunha Lima</i> .....	10
— COMPENSAÇÃO COM CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL ARRECADADAS PELO INSS	
★ <i>Marcelo Leonardo Tavares</i> .....	12
— EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO	
★ <i>Eustáquio Nunes Silveira</i> .....	17
— LIMINAR, FAÇA DE DOIS GUMES	
★ <i>Celso Ribeiro Bastos</i> .....	20
— PRECLUSÃO <i>PRO JUDICATO</i>	
★ <i>Renata Barbosa Fontes</i> .....	24
— UMA ANÁLISE DO RISCO ACIDENTE DO TRABALHO SOB A ÓTICA HISTÓRICA, DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL, COM ÊNFASE NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA	
★ <i>Miguel Horvath Júnior</i> .....	29
— CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO: LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS E POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM OUTRAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS	
★ <i>Eduardo Rocha Dias</i> .....	50
— CONFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS	
★ <i>Hélio Silvio Ourem Campos</i> .....	62
— DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA	
★ <i>Francisco José de Campos Amaral</i> .....	80
— O RECURSO DE AGRAVO E A REFORMA DO CPC	
★ <i>Anamaria Reys Resende</i> .....	82
— A FAZENDA PÚBLICA E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	
★ <i>Angela Cristina Pelicioli</i> .....	97
<b>PARECERES</b>	
— Designação de dependente feita anteriormente à vigência da Lei 9.032/95. Parecer PE/PI nº 93/96 da lavra da Procuradora do INSS ALZIRA MADEIRA REIS, com Nota Técnica (nº 187) da DRª CELEIDA MÁRCIA DOS SANTOS, da Consultoria da PG .....	113

— Menor na condição de dependente de segurado, cuja guarda judicial tenha sido concedida antes da MP 1.523/96. Parecer PE/PI nº 112/96 da lavra da Procuradora do INSS ALZIRA MADEIRA REIS .....	117
— Contratação de Prestadores de Serviço. Parecer da lavra do Procurador do INSS LUÍS ALBERTO CARDOSO GAMA .....	124
— Resposta à consulta sobre prazo para propositura de Ação Rescisória, com manifestação da Procuradora do INSS ANAMARIA REYS RESENDE, da Coordenação Judicial, e Nota Técnica (PG/CCAR nº 204/97) da Procuradora-Chefe da Divisão de Consultoria e Contratos, ADRIANA MARIA DE FREITAS TAPETY .....	127
— Mandado de Segurança objetivando a irredutibilidade do valor de benefício percebido por anistiado em razão do Decreto nº 2.172/97. Requerimento do Procurador da República DANIEL DE ALCÂNTARA PRAZERES chamando a União Federal como litisconsorte necessário .....	133
— Mandado de Segurança objetivando recebimento, sem precatório, de parte de valores referentes às diferenças de reajustes de benefícios previdenciários (art. 128 da Lei 8.213/91). Informações do INSS prestadas por WAGNER SAMPAIO PALHARES, GILBERTO L. DE A. VELLOSO e ANTONIO AUGUSTO DE SIQUEIRA .....	134

### **PEÇAS PROCESSUAIS**

— Liminar <i>in MS</i> impetrado pela GM do Brasil (... inscrição do débito ..., ... CADIN ..., ... acordo de parcelamentos ...). Informações do INSS prestadas por MARGARETE SERAFIM ROJA e ANTÔNIO AUGUSTO DE SIQUEIRA	141
— Embargos à Execução interpostos pelo INSS (... excesso de penhora ..., ... crédito limitado a 12.12.90 — Lei 8.112/90: Regime Jurídico Único dos Servidores Público — ... extinção dos vínculos celetistas ...). Embargos julgados improcedentes pelo MM. Juiz do Trabalho da JCJ de Sertãozinho-SP, Dr. MARCOS DA SILVA PORTO .....	149

### **JURISPRUDÊNCIA**

— Previdenciário. Pensão. Perda da qualidade de segurado. Lei 8.213/91 e Dec. 611/92. TRF — 1ª Região .....	155
— Administrativo. Impossibilidade de servidores serem enquadrados como Fiscais de Previdência Social. Dec. 72.933/73. Súmula 339 — STF. TRF — 1ª Região .....	160
— Tributário. Funrural. Aquisição, por cooperativa, de produtos rurais, diretamente do produtor. Bitributação. TRF — 1ª Região .....	168
— Previdenciário. Pensão. Alteração do percentual da cota familiar. TRF — 4ª Região .....	172
— Constitucional. Previdenciário. Aposentadoria. Valor inicial. Cálculo. Salário-de-contribuição. Atualização monetária. Art. 41 da Lei 8.213/91. STJ — Sexta Turma .....	174
— Constitucional. Previdenciário. Aposentadoria. Valor inicial. Teto limite. Valor máximo do salário-de-contribuição. Arts. 29,33 e 136 da Lei 8.213/91. STJ — Sexta Turma .....	178

## *Editorial*

**P**ode-se perceber que a Revista vem, gradativamente, recebendo modificações em sua apresentação. Na edição do Vol.3/N.2 — trimestre Jul./Set.96 — introduziu-se a letra “tachada” para iniciar-se a grafia do EDITORIAL. Esse sistema, também foi empregado na seção ARTIGOS a partir da publicação correspondente ao trimestre Abr./Jun.97 (Vol.4/N.1).

Na tiragem anterior (Vol.4/N.2), as letras iniciais dos prenomes e nomes dos nossos articulistas passaram a ser negritadas, obtendo-se um visual mais agradável. É, também, importante ser registrado que os títulos profissionais/curriculares desses colaboradores, a partir da edição do Vol.4/N.1, passaram a ser inseridos no final de cada artigo e não mais abaixo dos seus nomes. Isso permitiu um aperfeiçoamento à página inicial dos respectivos trabalhos, especialmente quando o autor possui inúmeros títulos.

Essas mudanças e inovações foram bem recebidas por nossos leitores.

Com a instituição do “*Ranking* mensal das Procuradorias Estaduais em relação à Arrecadação da Dívida Ativa”, pelo Sr. Procurador-Geral, a seção PÁGINA LIVRE da edição anterior foi integralmente ocupada com dados relacionados à Dívida Ativa. Em razão disso, a partir da presente tiragem fica criada a seção DÍVIDA ATIVA, passando a PÁGINA LIVRE a ser realmente livre para receber inserções de assuntos que justifiquem a denominação dessa seção.

— • —

Consoante o anunciado anteriormente (Vol.4/N.2), CELSO RIBEIRO BASTOS, com toda a percuciência do seu magistério, está a nos dizer, entre outras coisas, no seu LIMINAR, FACA DE DOIS GUMES que “*Não há dúvida de que o estudo da liminar deve continuar a merecer um lugar de destaque nas preocupações do nossos juristas dada a força do instituto que pode, de uma só penada, inverter completamente o resultado da situação litigiosa*”.

**DÍVIDA ATIVA DO INSS. ARRECADAÇÃO.** As UFs contribuíram (R\$), individualmente, no 4º trimestre de 97, com os quantitativos seguintes:

<b>AC</b>	186.645,76	<b>AL</b>	2.993.917,89	<b>AM</b>	2.622.870,81	<b>BA</b>	11.274.323,80
<b>CE</b>	4.340.432,43	<b>DF</b>	2.115.201,34	<b>ES</b>	2.112.250,13	<b>GO</b>	4.315.999,92
<b>MA</b>	1.917.191,47	<b>MG</b>	23.543.064,92	<b>MS</b>	1.998.122,50	<b>MT</b>	5.210.120,31
<b>PA</b>	2.999.766,10	<b>PB</b>	2.374.750,97	<b>PE</b>	3.336.356,68	<b>PI</b>	1.172.423,76
<b>PR</b>	10.128.875,38	<b>RJ</b>	26.767.319,51	<b>RN</b>	4.847.063,34	<b>RO</b>	9.545.575,28
<b>RS</b>	9.186.105,98	<b>SC</b>	7.997.027,30	<b>SE</b>	567.567,16	<b>SP</b>	50.222.467,42
<b>TO</b>	576.217,13						

Total arrecadado = R\$ **192.351.657,19** — No exercício (1997) = R\$ 550.762.401,72

**RANKING.** As Procuradorias Estaduais do INSS, com base na Arrecadação/Estoque da Dívida Ativa, de **outubro** a **dezembro** de **97**, ocuparam as seguintes posições:

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

**CRÉDITOS EM COBRANÇA NO INSS.** A posição em 31.12.97 acusava 439.839 créditos em cobrança (= R\$ 35.797.972.574,64), dos quais 21.600 (= R\$ 30.737.927.372,93) inscritos e a inscrever em Dívida Ativa, para cobrança amigável e judicial.

— • —

**QUADRO DEMONSTRATIVO DE DECISÕES DO STF DE INTERESSE DO INSS.** A Consultoria Jurídica do MPAS, tendo como fonte o Diário da Justiça — Seção I, elaborou quadros demonstrativos das decisões preditas, referentes aos meses de junho e de agosto a dezembro de 1997. De 2.247 decisões proferidas pelo STF, nos meses mencionados, 1.688 foram favoráveis (75%) ao INSS. 561 foram contrárias. Isso revela que —

- o INSS sabe aplicar, administrativamente, a legislação previdenciária;
- os Procuradores do INSS sabem defender os interesses do Instituto em Juízo;
- os magistrados, da 1ª instância até a suprema, sabem reconhecer que na maioria das ações judiciais previdenciárias assiste razão ao INSS.

— • —

**RECOMENDAÇÕES ÚTEIS AOS NOSSOS COLABORADORES.** Evitem incorreções/impropriedades ao grafarem palavras/expressões, tais como:

1. *lei* com inicial minúscula, quando se tratar de lei determinada/numerada. Escrever **Lei** nº 8.213/91 e não *lei* nº 8.213/91. Isso vale para todos atos normativos.
2. *Lei* nº 8213/91 sem o ponto indicativo de milhar. O correto é escrever **Lei** nº **8.213**/91, com o ponto indicativo de milhar.
3. *1.998/1 998*. Quando se tratar de data, escrever sem o ponto indicativo de milhar ou sem espaço entre o primeiro e o segundo algarismo (**1998**).
4. *Parágrafo 1º / § único / parágrafos 1º e 2º*. O correto é: **§ 1º / parágrafo único / §§ 1º e 2º**.
5. “*Artigo 29*. O salário-base de que trata...”. O correto é, em se tratando de transcrição de artigo de um ato normativo, grafá-lo **Art.**, abreviado e não por extenso.
6. “Consoante o disposto nos *art. 1º e 2º* da *Lei* nº ...”. A abreviatura correta de artigos, neste caso, é **arts.**, para indicar que há pluralidade. Observe-se que não é incorreto grafar-se, em casos que tais, **artigo / artigos** (por extenso), ainda que não seja o mais usual.
7. *pág./pg.* para indicar a abreviatura de página/páginas. Usa-se tão-somente **p.** para indicar a abreviatura de página/páginas.

— • —

## TESTE DE CONHECIMENTOS.

1. Um clube de futebol da Argentina e o autor do Código Civil desse país tem em comum o nome. Qual é esse nome?  
\_\_\_\_\_
2. A elaboração do Código Civil argentino contou com o auxílio de um jurista brasileiro. Como chamava-se esse jurista?  
\_\_\_\_\_
3. O autor da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen, nasceu em que país?  
\_\_\_\_\_
4. Carlos Cósio, jurista argentino, é autor de que teoria do Direito?  
\_\_\_\_\_
5. A instauração de um processo administrativo disciplinar e a designação da comissão processante têm que constar, obrigatoriamente, do mesmo ato?  
\_\_\_\_\_
6. Como se escreve em latim APENAS/SÓ PARA ARGUMENTAR?  
\_\_\_\_\_
7. EX NUNC e EX TUNC grafam-se com hífen?  
\_\_\_\_\_
8. Como se escreve em latim a expressão que quer dizer: TEXTUALMENTE/IGUAL/COM AS MESMAS PALAVRAS?  
\_\_\_\_\_
9. “*Penso, logo existo!*”. Quem disse isso?  
\_\_\_\_\_
10. Se você fosse definir o pensamento filosófico de Aristóteles e Platão em duas (2) palavras, quais utilizaria?  
\_\_\_\_\_

- NR:** 1<sup>a</sup>) As questões foram formuladas pelo Secretário Editorial da Revista.  
2<sup>a</sup>) As respostas serão dadas na próxima edição.  
3<sup>a</sup>) A formulação de questões para as próximas edições está aberta aos nossos leitores, que deverão remetê-las ao Secretário Editorial (SAS – Qd. 2 – Bl. “O” – Sala 508 – CEP: 70070-907 – BSB/DF), 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.

## CRIMES FUNCIONAIS

**AGAPITO MACHADO \***

**O** funcionário público brasileiro está sujeito a uma tríplice responsabilidade: civil, administrativa e penal. A responsabilidade penal resulta da prática dos crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal e no art. 3º da Lei nº 8.137/90. No tocante a esses crimes, quando afiançáveis, o juiz, antes de receber a denúncia ou a queixa, deverá notificar previamente o funcionário acusado para que apresente sua versão em quinze dias, conforme dispõe o art. 514 do Código de Processo Penal.

Alguns doutrinadores, entre os quais Fernando de Almeida Pedroso, em seu livro “Processo Penal, o Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites”, 2ª edição, RT, p. 238, e Damásio E. de Jesus em seu livro “Código de Processo Penal Anotado”, Editora Saraiva, p. 335, todos publicados em 1994, portanto após a vigência da Lei nº 8.137, de 27.12.1990, têm afirmado que o procedimento especial de que trata o art. 514 do CPP, mesmo destinado apenas aos crimes afiançáveis, se aplica a todos os crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, eis que todos passaram a ser afiançáveis, em razão de modificação feita no capítulo da fiança, pela Lei 6.416/77.

A alteração procedida no nosso Código de Processo Penal pela Lei nº 6.416/77 foi a de tornar afiançáveis, mesmo punidos com reclusão, os crimes cuja pena mínima abstrata não ultrapasse a dois anos de reclusão.

Com efeito, dentre os crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, com a nova redação dada pelos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.137/90, há os inafiançáveis, porque com pena mínima abstrata superior a dois anos, a saber: **a)** excesso de exação (§ 1º do art. 316); **b)** facilitação de contrabando e descaminho (art. 318); **c)** incisos I e II do art. 3º da Lei Especial nº 8.137/90; **d)** além de outros crimes que tenham pena mínima abstrata de até dois anos, mas que, uma vez praticados por ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou acessoramento, terão o aumento de terça parte (§ 2º do art. 327), subindo, assim a pena mínima para além de dois anos.

Lembra ainda Fernando de Almeida Pedroso na *op. cit.*, p. 238, que “no caso de ser decretada a prisão preventiva do réu funcionário público, o que transmuda em inafiançável o delito (art. 324, IV, CPP), incabível será

a adoção do procedimento especial, cuja falta, assim, não fará germinar qualquer nulidade (cf. RT. 685/373)”.

Portanto, não é verdade que todos os crimes funcionais são afiançáveis.

Com efeito, para os crimes funcionais cuja pena mínima abstrata ultrapasse a dois anos, não se aplicará o rito especial de que trata art. 514 do CPP, mas sim o rito em razão da pena: se de reclusão (art. 498 do CPP) e se de detenção (art. 539 do CPP).

---

\* Juiz federal da 4ª Vara do Estado do Ceará e professor da Universidade de Fortaleza



## HARMONIZAR A JURISPRUDÊNCIA

RONALDO CUNHA LIMA \*

**A**o aprovar emenda constitucional de minha autoria, estabelecendo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal emprestar efeito vinculante às suas decisões de mérito, o Senado Federal compreendeu o exato sentido da medida, a despeito de renomadas vozes que opinam em sentido contrário.

Ao apresentar a proposta logo no início de meu mandato, tive em consideração a minha experiência como servidor de cartório, membro do Ministério Público, advogado militante — inclusive com alguns anos no Conselho Federal da OAB — parlamentar e executivo. Daí a forma simples como justifiquei a proposição, resumindo-a em três pontos: harmonizar a jurisprudência a partir da jurisdição constitucional — o que é diferente de formá-la; permitir o acesso à justiça a quem, mesmo não dispendo de recursos processuais, não os consegue à falta de recursos financeiros; e, desafogar o Supremo Tribunal Federal, do excesso de causas que lhe são postas a exame — cerca de 30 mil processos/ano.

Tenho como bastantes as vantagens, e pela envergadura das personalidades discordantes esbocei reações às críticas. Estas podem ser resumidas em três pontos fundamentais: engessamento da jurisprudência, quebra da independência dos juízes singulares, e pouco valor prático relativamente ao desafogamento do STF.

É correto afirmar que a jurisprudência é formada — de baixo para cima — partindo de casos concretos, e portanto quem deve encarregar-se de sua gênese é o juiz singular, mas legalmente quem deve harmonizar a jurisprudência em todo o país são os tribunais superiores e o STF, por isso é que cuidamos de estabelecer a diferença entre harmonização e formação de jurisprudência.

A independência dos juízes está intocada na proposta aprovada pelo Senado Federal. Não haverá sanção para o magistrado que, em obediência à sua formação de valor, descumpra a decisão com efeito vinculante. Lógico que ensejará prejuízo à parte.

Não cuidamos de estabelecer o que se convencionou chamar de “crime de hermenêutica”. Nem por isso haverá deficiência na execução da medida. Assim porque o meu pensamento é que a idéia, como uma nova cultura em nosso direito, tenderá a concretizar-se com o tempo, como ocorreu com a súmula a partir de sua concepção. O princípio de recorribilidade geral restará prejudicado em favor da obediência, dificultando a ação do litigante contumaz.

O fato de a jurisdição do STF ter caráter político — a Constituição diz que ao STF cabe, precipuamente, a guarda da Constituição — responde a preocupação de que a sociedade moderna plúrima não mais aceita concentrações de poderes. Diferentemente, o que se pretende é que todos recebam a prestação do serviço da justiça. Assim deveriam ter sido tratados os aposentados nos casos dos 147%, evitando os dissabores das lides e os custos com despesas processuais e de honorários. Modernamente temos o caso dos 28% dos servidores públicos ainda carentes de uma prestação.

O cometimento do STF, como uma Corte constitucional, tem mostrado que não se deve argumentar com a abrangência da competência estabelecida a par do efeito vinculante. A tradição da Corte e a singularidade de alguns feitos inibirão vinculações para casos que envolvam direito penal, de família e outros ramos do direito substantivo. Recomenda-se a aplicação ao direito adjetivo.

É oportuno esclarecer que não apenas o judiciário deve seguimento às decisões do STF. Também a administração pública, origem de imensa maioria dos recursos que estrangulam os tribunais superiores, estará vinculada à obediência. Não é possível que, mesmo o STF tendo reiteradas vezes decidido uma questão, venha a administração pública proceder de modo diverso provocando demandas judiciais.

Por fim respondo à pertinente indagação relativa à sobrevivência da competência do Senado Federal em matéria de constitucionalidade para

suspender a vigência da norma. Neste aspecto a atuação do Senado Federal é somente para emprestar efeito *erga omnes* ao retirar a norma, encontrada como inconstitucional, do repertório jurídico. Porquanto somente a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* é que merece a atuação desta Casa, isto é, quando em um determinado caso uma das partes levantou a invalidade da norma e o STF, como instância última ou única, acatou a tese. Daí é que não merece guarida a tese segundo a qual haverá diminuição na autoridade do Senado com o efeito vinculante.

---

\* Advogado e senador pelo PMDB da Paraíba



## COMPENSAÇÃO COM CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL ARRECADADAS PELO INSS

**MARCELO LEONARDO TAVARES \***

**D**esde o advento da Lei 8.383/91, o instituto da compensação de tributos tem merecido bastante atenção dos juristas pelas diversas questões interessantes que desperta. Da mesma forma, observa-se hoje ser objeto da maioria dos feitos judiciais na área fiscal, suplantando em muito o número das ações anulatórias de débito. E apesar da grande utilização, algumas vezes não se faz a devida distinção entre a compensação prevista no art. 170, do Código Tributário Nacional, com a instituída pela referida lei ordinária.

O CTN dispõe que *“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 e vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.”*

Disso decorre que o direito à compensação advirá de condições que a lei estipular ou atribuir à autoridade administrativa. Além disso, não há limitação de compensação de crédito tributário com crédito tributário apenas; permite-se a compensação de crédito de qualquer espécie, desde que apurada a liquidez e certeza do mesmo; o que pressupõe, se o crédito a compensar for também tributário, o seu respectivo lançamento. Este instituto

foi muito pouco utilizado ante a inúmeras limitações impostas pela Administração Pública, tornando-o praticamente inviável.

**Com o advento da Lei nº 8.383/91, criou-se uma segunda espécie de compensação**, aquela de créditos de contribuinte, ou responsável tributário, contra a Fazenda Pública, decorrentes de pagamento indevido de tributos federais, com outros da mesma espécie, relativos a períodos subseqüentes.

Nessa esteira, o entendimento de Hugo de Brito Machado (*in* Mandado de Segurança em Matéria Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 287):

*“Objetos da compensação, neste caso, são, de um lado, um futuro crédito tributário, e não um crédito tributário já constituído, posto que relativo a crédito futuro; e do outro, um crédito que o sujeito passivo da relação tributária tem perante a Fazenda Pública, em decorrência de pagamento indevido de tributo. Não exige a lei que se trate de crédito líquido e certo, posto que, limitando o direito à compensação aos valores concernentes a tributo pago indevidamente, tem como suficiente o reconhecimento de que realmente era indevido o tributo.*

*A compensação a que alude o art. 170, do Código Tributário Nacional, pressupõe a existência de crédito tributário. Pressupõe, em outras palavras, lançamento já consumado. Já a compensação a que alude o art. 66, da Lei 8.383/91, diversamente, pressupõe tributo futuro, cujo lançamento ainda não foi feito, e cujo fato gerador pode até nem ter ocorrido.”*

Ora, assim pode o contribuinte, a partir da Lei 8.383/91, realizar a compensação *sponte sua*, uma vez possuidor de créditos fiscais em face da Fazenda Pública Federal, deixando de recolher o tributo devido, tudo a depender da devida homologação pelo Fisco no prazo extintivo previsto. Nessa nova modalidade, não há que se exigir autorização da autoridade administrativa. Procede-se a compensação, desde que sejam respeitadas quaisquer limitações impostas por lei ao instituto.

Em relação a uma dessas restrições, tem sido notado recentemente o ressurgimento da tese que sustenta a admissibilidade da compensação de tributos federais não arrecadados pelo Instituto Nacional do Seguro Social para a seguridade social com esses. Parte, em razão da edição sucessiva de leis tratando do assunto, e também pelo crescente volume de ações propostas com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da contribuição do Salário-Educação, cumuladas com pedido de restituição através da utilização do instituto.

Se por um lado interessaria ao contribuinte exercer a compensação da forma mais ampla possível, por outro giro os órgãos arrecadadores teriam imensa dificuldade em fiscalizar o correto procedimento compensatório, através do encontro de contas entre tributos cobrados por pessoas jurídicas distintas. Por isso, a legislação consolida-se na tendência de universalizar a compensação de tributos arrecadados pela mesma pessoa e vedá-la entre personalidades distintas.

A título de introdução ao tema, devemos firmar a natureza jurídica das contribuições arrecadadas pelo INSS para a seguridade social: são contribuições sociais com destinação específica para a seguridade, de competência da União e em relação às quais o INSS possui capacidade tributária ativa (art. 149, CRFB/88 e art. 33, Lei 8.212/91). Possuindo a União competência tributária para a instituição de contribuições sociais, delegou ao INSS capacidade tributária para arrecadar a Contribuição Sobre a Folha de Salários, dos Empregadores Domésticos, dos Segurados e a prevista na Lei Complementar nº 84/96. Manteve, no entanto, como sua atribuição, o recolhimento, a fiscalização e cobrança da Contribuição incidente sobre o Faturamento (COFINS), Sobre o Lucro e Sobre a Receita de Concursos de Prognósticos. Ainda nesta direção, cabe ressaltar o conceito de seguridade social, abrangendo tão-somente os direitos à saúde, à previdência social e à assistência social (art. 194, CF).

O § 2º do art. 89 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei Nº 9.129/95, é a norma específica que trata da questão, e dispõe:

*“Somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta lei”.*

Essas contribuições indicadas (a, b, e c) são as já referidas, em relação às quais o INSS possui capacidade tributária ativa.

Logo, já podemos delinear os requisitos impostos pela norma acima, concomitantes e necessários à realização de compensação com contribuições para a seguridade arrecadadas pelo INSS:

- devem ser da mesma espécie — contribuição social;
- com a mesma destinação constitucional — seguridade social;
- arrecadados pela mesma pessoa jurídica — INSS.

Visto isso, passemos a apreciar a matéria sob a égide das sucessivas normas editadas com o fito de regular o instituto compensatório em âmbito federal.

Os que sustentam a possibilidade de compensação de quaisquer tributos federais com as contribuições para a seguridade arrecadadas pelo INSS baseiam seus pontos de vista em pretensos permissivos insculpidos nas Leis nº 8.383/91, 9.250/95 e 9.430/96.

No entanto, analisando essas normas legais detidamente, verificaremos não atingirem o previsto especificamente no § 2º do art. 89 da Lei 8.212/91 (Lei de Custeio da Seguridade) a ponto de revogá-lo.

1) O ART. 66, DA LEI Nº 8.383/91

O § 1º. deste dispositivo assevera que *“a compensação só poderá ser efetivada entre tributos, contribuições e receitas **da mesma espécie.**”*

À primeira vista, poder-se-ia sustentar a possibilidade de compensação, ao menos, das contribuições sociais arrecadadas pela União com as de atribuição do INSS.

No entanto, este dispositivo da Lei nº 8.383/91 teve redação dada pela Lei nº 9.069/95, anterior à Lei nº 9.129/95, esta proporcionando a atual dicção do parágrafo segundo do art. 89 da Lei de Custeio. E a legislação da seguridade restringiu o instituto mais ainda, permitindo a compensação somente em relação às contribuições arrecadadas pela Autarquia.

Sendo a redação atual do art. 89 da Lei 8.212/91 mais recente, além de sua especificidade em relação à norma geral, temos como sendo a aplicável à espécie (art. 2º. e parágrafos — Lei de Introdução ao Código Civil).

2) O ART. 39, DA LEI Nº 9.250/95

Determina:

*“A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei Nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais da **mesma espécie e destinação constitucional**, apurado em períodos subseqüentes.”*

Ora, não bastasse a limitação anterior da Lei nº 8.383/91, que já restringia a compensação aos tributos da mesma espécie, agora ainda há outro fator no mesmo sentido, qual seja: têm que possuir a **mesma destinação constitucional**, o que mantém ainda intocável o exercício do instituto compensatório com espeque no art. 89 da Lei 8.212/91; apenas confirmando-o.

### 3) O ART. 74 DA LEI Nº 9.430/96

Por fim, sustenta-se a possibilidade de compensação estribada na Lei 9.430, que **somente** trata de tributos de arrecadação e responsabilidade da **Receita Federal, não atingindo as contribuições arrecadadas pelo INSS.**

*“Observado o disposto no artigo anterior, a **Secretaria da Receita Federal**, atendendo a requerimento de contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.”*

Ora, tal Lei não abrange as contribuições arrecadadas por pessoas jurídicas estranhas à União, pois somente se refere aos de atribuição da Secretaria de Receita Federal.

O INSS possui personalidade jurídica própria, distinta da União, e capacidade tributária ativa, não incidindo sobre a compensação de suas contribuições o previsto no art. 74, da Lei nº 9.430/96.

Aqui não há que se buscar resultado extensivo de interpretação da norma. Também seria incabível a utilização de analogia, pois a Lei de Custeio possui regra própria e específica para o caso, inexistindo lacuna a ser suprida.

Particularmente em relação ao Salário-Educação, temos que este é contribuição social, com **destinação constitucional estranha à seguridade (educação)**, podendo ser arrecadado pelo INSS para o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE (pessoa jurídica), nos termos do art. 94 da Lei 8.212/91 e legislação específica deste tributo, onde a Autarquia é mero agente de cobrança e fiscalizador, repassando ao Fundo o montante na integralidade, mediante o pagamento de remuneração específica pela utilização do Corpo Fiscal do INSS. Isto torna inviável sua compensação com as contribuições para a seguridade social, por falta de um dos requisitos necessários: a mesma destinação constitucional.

Certamente as empresas iriam preferir a compensação do que entendem indevido a título de salário-educação com contribuição para a seguridade, uma vez possuir este maior potencial compensatório, reduzindo o tempo para o exaurimento do alegado crédito. Não obstante, o art. 89 da Lei de Custeio, norma vigente, válida e eficaz, **veda** expressamente este desiderato.

Neste sentido, a compensação dos tributos federais é livre entre os arrecadados pela Secretaria de Receita Federal, mas restrita em relação aos que a Autarquia Previdenciária possui capacidade tributária ativa,

permitindo-se esta, somente, entre contribuições sociais com a mesma destinação constitucional. E assim, concretiza-se o direito subjetivo do contribuinte à compensação, ao mesmo tempo em que se torna viável aos órgãos arrecadadores a fiscalização do procedimento no âmbito de suas respectivas atribuições.

---

\* Procurador do INSS/RJ



## EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO

*EUSTÁQUIO NUNES SILVEIRA \**

**É** natural que as inovações legais suscitem dúvidas e discussões. É o que vem ocorrendo com alguns pontos da última reforma do Código de Processo Civil. Um deles se refere ao agravo de instrumento. A partir da edição da Lei nº 9.139, de 30.11.95, o art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil, autorizou o relator, nos tribunais, a dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento, nos casos previstos no art. 558, do mesmo diploma legal, ou seja: prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, desde que relevante a fundamentação do recurso.

É que, segundo o disposto no artigo 497 do CPC (com a redação dada pela Lei nº 8.038/90), a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, o que equivale a dizer que tal recurso é recebido somente no efeito devolutivo, não lhe cabendo o suspensivo, a não ser, exatamente, nas hipóteses previstas no mencionado artigo 558.

Já no Código de Processo Civil de 39, o seu artigo 843 expressava que o agravo de instrumento não suspendia o processo, ressalvando, do mesmo modo que o atual, as hipóteses de prisão, de adjudicação ou remição de bens e a entrega de dinheiro, sem caução idônea, quando o juiz, então, suspenderia o processo, se não pudesse suspender apenas a execução da ordem.

E qual é a consequência do efeito suspensivo de um recurso?

“Diz-se que o recurso tem efeito suspensivo quando a sua interposição impede a produção imediata dos efeitos da decisão”— ensina o professor Barbosa Moreira (1). Ou, como leciona Carvalho Santos: “... a interposição da apelação faz suspender a execução da sentença. Tal efeito denomina-se suspensivo”. (2)

Portanto, quando se recebe um recurso no efeito suspensivo, o que acontece é que a decisão recorrida não pode ser executada, não pode ser cumprida, devendo aguardar-se o julgamento do recurso pela instância superior. No caso específico do agravo de instrumento, quando se lhe dá efeito suspensivo, suspende-se o cumprimento da decisão recorrida, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, na exata dicção do artigo 558 do CPC em vigor.

Por outro lado, só se pode suspender o cumprimento de uma decisão positiva mediante a qual o juiz determina que se faça alguma coisa ou que se abstenha de fazê-la. Se o juiz nada manda, nada ordena, é lógico que não há o que se suspender. É o caso, por exemplo, de uma liminar indeferida ou de um pedido julgado improcedente. Ainda que o recurso interposto dessas decisões seja recebido com efeito suspensivo, tal circunstância não tem o condão de, por si só, transformar o indeferimento ou a declaração de improcedência em deferimento ou procedência do pedido.

Ocorre que, a pretexto de aplicar o artigo 527, inciso II, do CPC, na redação atual, alguns juízes de tribunais de apelação têm feito o seguinte: ao receber o recurso de agravo de instrumento, concedem “liminar”, com a finalidade de, monocraticamente, inverter a decisão recorrida, dando o que o juiz da instância inferior negou. É o que chamam de “efeito suspensivo ativo”, expressão utilizada por Eduardo Talamini (3).

Argumenta-se no sentido de que a mudança da legislação, no particular, veio para impedir, ou mesmo para acabar, com a impetração de mandado de segurança contra ato judicial. Desse modo, ter-se-ia que dar uma interpretação “teleológica” ao disposto no artigo 527, inciso II, do CPC, isto é, permitir ao relator inverter a decisão negativa, a fim de evitar o ajuizamento do *writ*.

Ora, em primeiro lugar, não pode a lei ordinária “acabar” com o mandado de segurança, por constituir este uma garantia constitucional contra ato ilegal ou abusivo de qualquer autoridade, inclusive judiciária. Em segundo lugar, a finalidade da alteração legislativa foi a de evitar a impetração do mandado de segurança com a finalidade esdrúxula de dar

efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Daí a possibilidade, hoje, de o relator, em determinadas hipóteses, dar ao recurso o pretendido efeito suspensivo.

Tereza Arruda Alvim Wambier afirma, categoricamente, que um dos objetivos da concepção de um novo regime para o agravo de instrumento foi justamente o de restringir o uso do mandado de segurança com a finalidade de imprimir-lhe efeito suspensivo (4).

Com muita propriedade, anotou Theotônio Negrão: “Esta disposição (o inciso II do artigo 527 do CPC), conjugada com a do novo art. 558, torna inviável, daqui por diante, a impetração de mandado de segurança com a finalidade de conseguir efeito suspensivo para o agravo de instrumento ou apelação recebida apenas no efeito devolutivo (art. 558, parágrafo único)” (5).

Antes mesmo da reforma, já propugnávamos pela necessidade da criação de um instrumento recursal eficiente e rápido para impedir, de pronto, a ocorrência de dano irreparável para as partes, diminuindo, com isso, a plethora de mandados de segurança que visassem, unicamente, comunicar efeito suspensivo a recurso que não o tem (Cf. “Mandado de Segurança contra ato judicial”, Rev. dos Trib. 705/19).

Foi, então, para atender a essa demanda, há muito referida pelos doutrinadores, que o legislador modificou o procedimento do agravo, a fim de que o recurso fosse interposto diretamente no tribunal e que o relator pudesse, em casos de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, dar-lhe efeito suspensivo. Mas é curial que não se “acabou” com o mandado de segurança contra ato judicial! Este só não será possível, por falta de interesse processual, quando o seu objetivo for, unicamente, comunicar efeito suspensivo a recurso.

Conclui-se, portanto, que o relator do agravo de instrumento não tem autorização legal para antecipar a reforma da decisão impugnada, o que só poderá ser feito pelo colegiado.

---

(1) Cf. “Comentários ao CPC”, Ed. For., 3ª ed., p. 293

(2) Cf. “CPC interpretado”, Ed. Freitas Bastos, 6ª ed., p. 267

(3) cit., por Tereza Arruda Alvim Wambier, ob. cit., ab.

(4) Cf. “O Novo Regime do Agravo”, For., 2ª ed., p. 218

(5) “CPC e Legislação Processual em vigor”, Saraiva, 27ª ed.

---

\* Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região



## LIMINAR, FACA DE DOIS GUMES

CELSO RIBEIRO BASTOS \*

**A** medida liminar é uma providência cautelar destinada a preservar a possibilidade de satisfação pela sentença do direito do impetrante. Ela tem, pois, a sua vida, umbilicalmente ligada ao menos no nascedouro ao mandado de segurança instituído pela Constituição de 1934. A essência da liminar consiste justamente em desfazer a deficiência da Justiça consistente no fato de ela não poder ser instantânea. Se um juiz pudesse, chamando os dados ao computador, dali extrair o resultado, não haveria necessidade de liminar. Mas como não há nada tão antagônico como a jurisdição e a informática, a verdade é que, muitas vezes, as pessoas batem às portas do Judiciário em situações que, se atendidas logo, terão condições de evitar a lesão iminente e definitiva ao seu direito. Daí a razão de ser da liminar.

Durante muito tempo, cumpriu ela essa função profícua de proteger o impetrante sem precisar causar prejuízo aos impetrados. O uso da medida era feito de molde a não implicar em situações irreversíveis, que trouxessem um dano ao interesse público que não pudesse ser coberto pela denegação da segurança e reversão ao *“status quo ante”*. É bem de ver, outrossim, que, embora regulada por lei ordinária, a concessão de liminar encontra assento jurídico no próprio texto constitucional assegurador do mandado de segurança. Se este objetiva a reparação *“in natura”* do direito ofendido, a utilização pelo Judiciário de medidas acatadoras dos interesses lesados impõe-se, ainda que não disponha aquele de condições, na ocasião, para proferimento de uma decisão definitiva.

Assim, a liminar não envolve prejuízo do mérito. É uma decisão autônoma, no sentido de que não vincula o juiz a mantê-la, posto que é precária, nem a permitir que ela influencie na formulação do seu juízo por ocasião da sentença, que deverá ser prolatada com a mesma liberdade, tanto no caso de concessão quanto no de denegação da liminar.

Acontece, entretanto, que o instituto, a partir da sua implantação, sofreu gradativamente uma transmutação profunda. Citemos as principais. Hoje as liminares não são privativas do mandado de segurança, mas encontram-se instauradas em diversas outras ações. Não se limita ela a suspender atos administrativos, mas suspende a própria lei. Podemos estar certos de que em país nenhum do mundo se suspende uma lei por despacho de um ministro isolado do STF. E o que talvez seja o mais

importante, a liminar passou não somente a assegurar situações para que a sentença possa ser cumprida afinal, mas entrou também a conceder a fruição de direitos ao requerente em situações de total dubiedade quanto à possibilidade de este vir a reparar ou, se preferirmos, a restituir a situação ao “*status quo ante*”, no caso de denegação do pedido.

Embora com outro nome, mas com efeitos parecidos ao da liminar, já agora a medida produz efeitos contra particulares e não somente em relação a atos administrativos dos quais era tida, para um dos nossos grandes juristas, já falecido, como o antídoto do ato administrativo.

Assiste-se, pois, a um exagero nas aberturas dadas pela lei para a utilização de liminares. Como a temperança continua a ser a virtude mestra da vida, a situação estava a demandar um corretivo.

Quer-nos parecer que a Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997, andou bem. Em primeiro lugar, estendeu às demais ações, que comportam liminar, a proibição historicamente instaurada em torno da liminar concedida em mandado de segurança. A razão sendo a mesma, nada mais certo do que o diretor ser o mesmo. Em suma, condicionou a outorga de liminar às mesmas restrições previstas para o mandado de segurança.

Estas preocupações não são novas para nós. Há vinte anos já meditávamos sobre a necessidade de garantir a Administração contra aqueles casos em que a outorga de uma liminar pudesse não vir acompanhada da certeza da restituição do direito ao estado inicial da lide e em obra monográfica sobre o assunto: “Do Mandado de Segurança”, editada pela Saraiva, expúnhamos como uma das fórmulas possíveis de evitar essas injustiças:

“Outra alternativa seria a estipulação de exigência constante de caução, nos casos em que a suspensão dos efeitos do ato administrativo fosse cercada de circunstâncias que deixassem antever a inocuidade da sentença denegatória para restaurar o “*status quo ante*”, a exemplo do que faz o nosso atual Código de Processo Civil, no art. 804. Prevê ele que, em certos casos de concessão de medida cautelar sem audiência da parte contrária, o juiz pode determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória bastante para ressarcir os danos que o requerido possa a vir a sofrer. (“Do Mandado de Segurança”, Saraiva, São Paulo, 1978, p. 27).

Não deixe de ser uma razão de júbilo, embora adiado por vinte anos, ter visto a minha sugestão encampada pelo art. 2º da Medida Provisória nº 1.570/97.

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

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

Já o art. 3º veio apenas a corrigir o que não era senão um erro da Lei nº 7.347, que emprestava força “*erga omnes*” sem qualquer restrição às decisões proferidas, com o que qualquer juiz de determinada jurisdição regional estaria apto a proferir decisões a serem cumpridas em qualquer parte do território nacional.

Em síntese, não nos parece que a medida traga em si elementos que justifiquem a polêmica que causou. Creio que esta é mais devida ao momento histórico em que vivemos, marcado por uma forte instabilidade da ordem jurídica, fruto de uma legislação polimorfa e desordenada. Outrossim, parece que se procura compensar a conhecida morosidade do nosso Judiciário, fruto dos nossos procedimentos judiciais e da carga de trabalho daquele Poder, com medidas que, de pronto, dão a sensação que se está a fazer direito rapidamente. O próprio instituto da tutela antecipada é um tanto paradoxal. O art. 273 do CPC, alterado pela Lei nº 8.952/94, diz que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Ora, a levar a sério o pressuposto da prova inequívoca, seria melhor o juiz dar a sentença de uma vez do que prolongar inutilmente o feito.

Não há dúvida de que o estudo da liminar deve continuar a merecer um lugar de destaque nas preocupações dos nossos juristas dada a força do instituto que pode, de uma só penada, inverter completamente o resultado da situação litigiosa. A função acautelatória do direito deve ser prestigiada porque é ela, sem dúvida, que mais satisfaz a segurança que a ordem jurídica deve proporcionar, uma vez que impede a ocorrência do próprio dano o que acaba por dispensar o instituto substitutivo, mas insatisfatório da reparação.

Esse avanço deve ser estimulado no máximo, desde que, pelo entusiasmo jurisdicional em evitar supostos danos, não venha efetivamente a criá-los em desfavor do réu. Aí o direito se converte na supina injustiça e se desacredita diante da opinião pública.

Nada mais doloroso do que sofrer uma lesão irreparável por força de uma decisão judicial, calcada em legislação inadequada. Seria o caso de pensar-se em fazer com que as liminares só fossem deferidas por um grupo de juízes, em torno de três ou cinco, isto porque, no mundo moderno, o magistrado é colocado diante de situações de extrema tensão humana. Por vezes e, ainda mais, freqüentemente, chegam pedidos de liminares de doentes que querem, por decisão judicial, obter pagamentos de serviços médicos, por vezes prestados até no exterior, em absoluta exorbitância do contrato celebrado com a empresa seguradora. E mesmo não querendo entrar, de leve que seja, no mérito dessas questões, até porque cada uma comporta soluções diversas, mas o que remanesce verdadeiro é que a denegação de liminar pelo magistrado pode levar na prática à morte de um doente terminal.

É óbvio que, colocado em situações desta natureza, é muito difícil esperar-se que o magistrado mantenha a sua frieza, mas é óbvio também que o problema não se resolve mediante a sistemática concessão dessas liminares. Situações como tais deveriam ter a sua responsabilidade dividida por diversas pessoas, sem falar-se num definitivo equacionamento da própria questão de fundo.

Essa linhas tiveram por finalidade demonstrar a sensibilidade e a delicadeza do instituto da liminar, e festejar o fato de o legislador não estar indiferente ao problema, procurando tenazmente enfretá-lo ainda que nem sempre ao contento de todos, como ocorrem com todos os interesses conflitados.

---

\* Professor de pós-graduação de Direito Constitucional e Direito das Relações Econômicas Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Diretor-geral do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional



## PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*

RENATA BARBOSA FONTES \*

**A** preclusão (do latim *praecclusio*) consiste na perda ou consumação de um direito processual, cujas causas determinantes podem ser: o esgotamento do prazo para exercício da faculdade processual (preclusão temporal), a incompatibilidade entre a prática de um ato com outro (preclusão lógica) e, finalmente, o fato de já ter sido exercida a faculdade processual (preclusão consumativa).

O princípio da preclusão significa, portanto, que *“los actos procesales han de realizarse dentro de las fases que están señaladas. Consecuencia de este principio es el de eventualidad, según el cual las partes deben hacer uso de todos sus medios de ataque o defensa, según los casos, incluso eventualmente, es decir, para el caso de que uno o varios de tales medio no surtan efecto.”*<sup>1</sup> Cada passo prepara o seguinte, superando fases e tornando-as estanques em consagração à estabilidade das relações jurídicas. Em prática forense, diz-se que o processo não pode “voltar atrás”, “andar em contramão”, “ir e vir” etc. Isso porque, é óbvio, “mandos” e “desmandos” judiciais sobre a mesma questão implicam, inexoravelmente, o retardamento do processo e, mais grave, a tardança da Justiça. A propósito, a preocupação com a denominada “lentidão da Justiça” resultou nas inúmeras reformulações no Código de Processo Civil, em especial nas regras atinentes ao procedimento sumário, ao agravo de instrumento, à instituição da tutela antecipada etc.

Domina também no Poder Judiciário o anseio mundial de justiça célere, justa e firme, o qual, consoante o respeitável processualista Eduardo J. Couture, *“La tendencia de nuestro tiempo es la de aumentar los poderes del juez, y disminuir el número de recursos: es el triunfo de una justicia pronta y firme sobre la necesidad de una justicia buena pero lenta.”*<sup>2</sup>

O assunto que ora se coloca busca perquirir se o manto da preclusão se estende também às decisões judiciais ou, ao contrário, se restringe apenas às faculdades processuais das partes.

<sup>1</sup> ARAGONESES, Pedro, “Técnica Procesal (Proceso de cognición y juicio verbal)”. Editora Aguilar, Madrid, 1958, p. 205.

<sup>2</sup> COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Editora DEPALMA, Buenos Aires, Terceira Edición (póstuma), 1985, p.349.

A doutrina pátria indica que a vedação de o juiz decidir novamente a mesma questão decorre intuitivamente do princípio do *ne bis in idem*. Assim, consagra-se o entendimento de que, além das partes, o juiz também está sujeito à incidência da preclusão.

O professor Celso Agrícola Barbi aduz que “a preclusão, além das faculdades das partes, abrange também as questões decididas e atinge os litigantes e o juiz. Inquestionavelmente, além das partes, o juiz também está sujeito à incidência da preclusão, denominada *pro judicato*, isto em virtude do princípio “*bis de eadem re ne sit actio*”, interpretado no sentido comum de proibição de reproduzir uma demanda ou uma questão ao mesmo juiz que sobre elas já se haja pronunciado.”<sup>3</sup>

A discussão passa a ser: estariam todas as decisões judiciais sujeitas à preclusão?

O processualista Manoel Caetano Ferreira Filho, em sua obra “A Preclusão no Direito Processual Civil”, analisou detidamente o problema e concluiu que: **a)** em matéria probatória o juiz não é alcançado pela preclusão, ressalvada a impossibilidade de indeferimento de prova já anteriormente admitida; **b)** tendo o juiz afirmado, na declaração de saneamento do processo (art. 311, CPC) que estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, salvo se interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele, impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente e **c)** se o juiz não decidir expressamente sobre os pressupostos processuais e as condições da ação ao declarar saneado o processo, poderá fazê-lo posteriormente, inclusive de ofício, ainda que não se tenha agravado”.<sup>4</sup>

Para Celso Agrícola Barbi a controvérsia pede mediação, uma vez que “a opinião dos que mantêm a revogação irrestrita dos interlocutórios desatende inteiramente à letra e espírito do novo Código, aferrando-se excessivamente à tradição e desprezando mesmo as limitações do direito anterior, dando margem a retratações incompatíveis com a situação em que esteja o processo... A corrente contrária, que prega a irretratabilidade absoluta dos interlocutórios, aferra-se excessivamente ao texto legal, desprezando completamente a tradição do Direito pátrio — elemento valioso na interpretação das novas leis. Além disso, torna o processo pouco flexível, impedindo que o juiz corrija seus simples cochilos, prejudicando

<sup>3</sup> Revista dos Tribunais/SP, n. 616, 1987, p.18.

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel *apud* GOMES, Sérgio Alves, “Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil”, Editora Forense, 1995, p.235 .

desnecessariamente a busca da verdade, que é o alvo visado pelo juiz.” Assim, concluiu: “Mais consentânea com os novos princípios e com a tradição do nosso Direito é a posição do desembargador LOPES DA COSTA e do Prof. LIEBMAN. Entre as lições desses dois mestres, optamos pela de LIEBMAN, porque não nos parece acertada a retratação de despachos recorríveis quando não tenha havido recurso; via de regra, a lei só admite recurso em questões de maior interesse para o processo e, nesses casos, deve a parte omissa sofrer a consequência de sua omissão. Por outro lado, a limitação de LIEBMAN, segundo o qual o outro limite à revogação é a compatibilidade desta com a fase processual, parece-nos mais compreensivo que o dado pelo ilustre desembargador LOPES DA COSTA: abrange o limite por este e dá um critério que possibilita examinar qualquer situação que se apresente no processo”.<sup>5</sup>

Encontramos, por outro lado, o entendimento doutrinário que defende a tese de que não ocorre preclusão “*pro judicato*” em relação às decisões interlocutórias que versam sobre pressupostos processuais e condições da ação.

O art. 471, do CPC, dispõe em seu *caput* que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”

A melhor exegese do referido artigo traduz-se na explanação de Galeno Lacerda no sentido de que “preclusão depende da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida: se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz: se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita e ocorre a preclusão para as partes e para o juiz. Assim, a decisão terá efeito preclusivo sempre que decidir, de qualquer forma, questão concernente à anulabilidade ou simples irregularidade de ato processual, mas não terá efeito preclusivo quando se pronunciar sobre nulidade absoluta ou relativa e quando julgar presentes as condições da ação.”<sup>6</sup>

Nas palavras do insigne Professor Vicente Miranda, “conclui-se de tudo que não opera a preclusão *pro judicato* relativamente a decisões interlocutórias que decidem sobre os pressupostos processuais e as condições da ação. Quer tenha sido interposto recurso contra a decisão interlocutória (sobre pressupostos processuais e condições da ação), quer

<sup>5</sup> BARBI, Celso Agrícola, “Da preclusão no processo civil”, Revista Forense, Vol. 158, ano 52, fascículos 621/622, p.65.

<sup>6</sup> LACERDA, Galeno, apud MIRANDA, Vicente, “Poderes do juiz no processo civil brasileiro,” Editora Saraiva, 1993, p.165 .

não tenha sido oferecido recurso, o juiz conserva o poder de controle do processo, não preclusivo, ao longo da relação processual, podendo reapreciar sua decisão quando da sentença. Também o juiz recursal conserva esse poder de controle do processo sobre os pressupostos processuais e condições da ação, ainda que as questões não tenham sido ventiladas no recurso e ainda que este diga apenas respeito ao mérito. Assim, na apelação na qual se discute apenas, por exemplo, a procedência ou improcedência da ação, pode o tribunal, antes de apreciar o mérito, verificar se aquelas condições de admissibilidade da tutela jurisdicional estão presentes, pois não se pode obrigá-lo a ingressar num processo no qual faltem aquelas condições.”<sup>7</sup>

Suponhamos, por exemplo, que o juiz monocrático, em decisão saneadora (art. 331, do CPC), tenha entendido ser o réu parte legítima na lide. Posteriormente, entretanto, ao sentenciar, poderá, obviamente, modificar o entendimento anterior, extinguindo o processo sem julgamento do mérito (CPC 267 VI), em razão da ilegitimidade passiva do réu. Nessa hipótese, entretanto, deverá a parte inerte, *i.e.*, a que não interpôs oportunamente o recurso de agravo de instrumento, suportar recíproca e proporcionalmente os honorários advocatícios e as despesas de sucumbência, uma vez que a Justiça não “socorre aos que dormem”.

O exemplo acima também é citado pelos ilustres Professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, os quais acrescentam que “O juiz não poderá decidir novamente as questões já decididas no processo sobre a mesma lide (CPC 471) ... Como a decisão de saneamento é interlocutória, as questões nela decididas, e não impugnadas por recurso de agravo, ficam cobertas pela preclusão. **Há, entretanto, limitação para a eficácia preclusão da decisão de saneamento: as questões de ordem pública. Como estas não são atingidas pela preclusão (v.g., CPC 267, 3º e 301, § 4º), o juiz poderá, depois de transitada em julgado a decisão de saneamento, decidi-las novamente.**”<sup>8</sup> (grifou-se). Assim, nem se diga que “transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso”<sup>9</sup> (Verbetes nº 424 da Súmula do STF), uma vez que somente as questões de natureza dispositiva são atingidas pela preclusão na decisão de saneamento.

<sup>7</sup> MIRANDA, Vicente, ob. cit., p.166.

<sup>8</sup> JÚNIOR NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, “Código de Processo Civil Comentado”, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 610.

<sup>9</sup> Nesse sentido: Al nº 17551, julgado 17/10/55 e RE 56672, julg. 17/03/65, relator Victor Nunes, publicação RTJ vol. 32313 e Ap. 182.620-1 – 3ª C, j. 6.8.85, rel. Juiz Correa Vianna, 2ª TACiSP.

Situação evidentemente diversa é aquela em que o juiz revoga decisão de produção de prova anteriormente deferida ou, ainda, aquela em que o juiz revoga decisão anterior de citação de litisdenuciado. Nessas hipóteses, inquestionavelmente, ocorre a denominada preclusão *pro judicato*.

Questão também interessante é a da hipótese em que o juiz na decisão de saneamento afasta preliminares atinentes às condições da ação argüidas em contestação pelo réu, o qual, a seu turno, interpõe o agravo de instrumento, restando esse desprovido. Nessa situação, poderá o juiz sentenciar contrariamente ao que foi decidido pelo tribunal *ad quem*? Em outras palavras, indaga-se: quais os efeitos da preclusão de decisões de autoridade superior em relação ao juiz de primeiro grau? A resposta parece estar contida no art. 512 do CPC, o qual estabelece que “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.” Assim, se o tribunal decidiu, por exemplo, ser o réu parte legítima na contenda, nenhuma outra decisão caberá ao juízo monocrático senão atendê-la e assim prescrever em sua sentença, uma vez que a decisão do juiz monocrático foi **substituída** pela decisão superior. Mais uma vez a precisa lição do mestre Celso Agrícola Barbi orienta no sentido de que “a vinculação do juiz inferior à questão decidida pela instância superior, não oferece margem a controvérsia, constituindo, no dizer de CHIOVENDA, um caso típico de preclusão, onde comumente se procurava ver efeito de coisa julgada formal. O fundamento para essa preclusão encontra-se, sem esforço, na própria hierarquia judiciária.”<sup>10</sup> Assim, conclusivamente, afirma-se que as questões dispositivas do processo são alcançadas pela denominada “preclusão *pro judicato*”. Já as de ordem pública não acobertadas pela preclusão, podendo ser reexaminadas a qualquer tempo na instância ordinária, ressalvada a hipótese de substituição da decisão pelo Tribunal *ad quem* (art. 512, CPC).

---

<sup>10</sup> BARBI, Celso Agrícola, ob. cit., p. 65

---

\* Procuradora do Distrito Federal, Advogada e ex-assessora do Ministro Adhemar Ferreira Maciel, do Superior Tribunal de Justiça.



# UMA ANÁLISE DO RISCO ACIDENTE DO TRABALHO SOB A ÓTICA HISTÓRICA, DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL, COM ÊNFASE NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA.

*MIGUEL HORVATH JUNIOR \**

## S U M Á R I O

### INTRODUÇÃO

Origem da Proteção

Sistemas de Proteção ao Acidente do Trabalho

Doutrinas Aplicáveis na Indenização do Infortúnio e seus reflexos na Legislação

Teoria da Culpa do Empregador

Teoria da Responsabilidade Contratual

Teoria do Risco Profissional

Teoria do Risco da Autoridade

Teoria do Risco Social

Classificação Doutrinária das Espécies de Acidente do Trabalho

Estudo do Acidente do Trabalho à Luz da Teoria da Norma Jurídica

### HIPÓTESE

Critério Material

Critério Espacial

Critério Temporal

Prescrição em relação ao acidente do trabalho

### CONSEQÜÊNCIA

Critério Pessoal

Critério Quantitativo

Base de Cálculo

Alíquota

Análise das Prestações

Custeio das Prestações Acidentárias

Modelos de Proteção contra Acidentes do Trabalho

Estudo de Jurisprudência

### CONCLUSÃO

### BIBLIOGRAFIA

## INTRODUÇÃO

**FUNDAMENTO DA TUTELA** — princípio da solidariedade social na qual o Estado como emanção da vontade de seus integrantes tem o dever de garantir a todos os cidadãos os meios necessários para o efetivo gozo dos direitos civis e políticos.

**RISCO COBERTO** — causa primária qualificadora da necessidade social a saber o acidente do trabalho que acarreta diminuição e ou redução da capacidade laboral.

O conceito de risco sofreu mutação passando a ter duas correntes, a saber:

Risco Previsão — conceito adotado no seguro social tradicional que afirma que o risco é a previsão de cobertura.

Risco-causa — adotado no seguro social moderno que afirma que o risco consubstancia-se na hipótese de incidência. Sendo o sinistro ou evento a verificação do risco que provoca a subsunção da relação jurídica. O Brasil adota o conceito de risco-causa sendo as hipóteses de incidência da proteção previstas no art. 201, inciso I, c/c.o art. 195 § 5º da CF/88.

Tendo em vista o fim último da seguridade social que é o esparçamento do estado de necessidade social adota-se o conceito de risco-causa.

## ORIGEM DA PROTEÇÃO

O século passado encontrou na revolução industrial o caminho para a maior arrancada de progresso que a história do Homem já conheceu e trouxe consigo a esperança do pleno emprego, do trabalho para todos e a melhoria dos rendimentos. Logo a euforia deu lugar a uma apreensão decorrente dos inúmeros riscos que surgiram com o crescente processo de industrialização, principalmente na chamada segunda Revolução Industrial (Séc. XIX).

Com os inúmeros acidentes que ocorriam foi desencadeada a necessidade da criação de uma legislação acidentária, para proteger a vida dos trabalhadores, bem como proteger a solidez das indústrias que sofriam bastante com as constantes paralisações das máquinas e pelo contingente de trabalhadores mortos ou mutilados. Além do pesado ônus que enfrentavam os empregadores, posto que as indenizações tinham base na legislação civilista.

Neste contexto desenvolveram-se a jurisprudência e a doutrina que deram suporte à elaboração das primeiras legislações acidentárias que passaram a encarar o acidente do trabalho como realidade sócio-econômica gerada pela era industrial. Esta legislação permitiu a transformação e evolução da indenização pelo infortúnio, passando-se da teoria da responsabilidade civil aquiliana (ligada à comprovação da culpa [origem do dir. romano]) à teoria da responsabilidade objetiva (passando esta teoria por várias adaptações do risco profissional até culminar com a teoria do risco social, hoje adotada).

Na evolução da matéria ainda interferiram todos os fatores sócio-econômicos que advieram das guerras mundiais e a necessidade premente do Estado intervir diretamente como meio de propiciar a reconstrução, bem como assegurar a paz social.

A Alemanha editou sua primeira lei sobre acidente do trabalho em 1884 como parte da política do chanceler Otto Van Bismarck. (1883, lei sobre seguro-doença [marco inicial da previdência pública] e em 1889, lei do seguro contra invalidez e velhice).

Posteriormente e inspirando-se nesta legislação surgiram leis acidentárias na:

Áustria — 1887; Noruega — 1894; Finlândia — 1895; Inglaterra — 1897; Dinamarca, Itália e França — 1898; Espanha — 1900; Brasil — 1919 — Lei 3.724 de 15.1.1919.

A evolução da legislação infortunística, passou portanto pelos estágios da teoria da culpa contratual, teoria objetiva, teoria do risco profissional culminando na teoria do risco social que implantou definitivamente o sistema previdenciário geral.

Através desta evolução, vê-se claramente o interesse do Estado no bem estar social coletivo. Para a consecução deste fim, utiliza-se do instrumento conhecido como seguro social, que deve ser custeado por empregadores, empregados e Estado.

Didaticamente podemos dividir a história da previdência social em três fases: da formação; da universalização e da seguridade social.

O Período da Formação inicia-se em 1883 encerrando-se com o advento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). De grande importância nessa etapa as leis aprovadas na Alemanha por Bismarck e a Encíclica “De Rerum Novarum” do Papa Leão XIII (1891).

O Período da Universalização corresponde ao período de expansão geográfica da previdência social, tendo como ápice o Tratado de Versalhes

de 1911 que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT) indo até o advento da segunda guerra mundial (1939-1945). Neste período é que foi disseminada as idéias de previdência social como seguro social, influenciando as Américas do Sul e do Norte [1935: Social Security Act — segundo alguns foi a primeira vez que utilizou-se a expressão Seguridade Social, os latino americanos contestam afirmando que quem primeiro utilizou a expressão foi Simão Bolívar] e Ásia.

Em meio a Segunda Guerra e a necessidade da reconstrução dos países envolvidos e a necessidade de assegurar-se o mínimo de bem estar social tem início a terceira fase, ou seja, a Era da Seguridade Social. Neste período são marcos fundamentais o plano Beveridge que reestruturou o sistema inglês de previdência, criando o conceito mais abrangente de seguridade social; A Declaração de Santiago —1942 (Primeira Conferência interamericana de Seguridade Social, estabelecendo os objetivos e conteúdo da segurança social); Declaração de Filadélfia, 1944, que assentou os princípio e objetivos da OIT; 1948, Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia geral da ONU em 1952; Em 1952, a Convenção nº 102 da OIT estabelecendo as normas mínimas da Seguridade Social (35ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra); 1974, Declaração dos Princípios Fundamentais de Direito do Trabalho e de Segurança Social (V Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Segurança Social, no México).

## **SISTEMAS DE PROTEÇÃO AO ACIDENTE DO TRABALHO**

Há três grandes modelos legislativos de Acidente do Trabalho, a saber:

- a) Modelo germânico — balizado pela absoluta intervenção estatal no seguro do acidente do trabalho, monopolizando-o e compungindo as empresas obrigatoriamente à adesão. Este sistema é regulado por uma legislação especial e baseada na indenização tarifada por lei. Aderiram a este sistema a Áustria, Noruega, Dinamarca, Luxemburgo, Suíça e Portugal).
- b) Modelo anglo-saxão — modelo liberal, onde o seguro é opcional. Tem porém uma legislação específica que regula a matéria e é essencialmente contratual.
- c) Modelo francês — sistema intermediário, uma vez que sem ser obrigatório é gerido pelo Estado, sendo regido por legislação

especial com a adoção de medidas normativas que garantam o pagamento de indenizações devidas em razão dos acidentes do trabalho. Aderiram a este modelo: Bélgica, Holanda, Finlândia, Suécia e Espanha.

## **DOCTRINAS APLICÁVEIS NA INDENIZAÇÃO DO INFORTÚNIO E SEUS REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO**

A luta doutrinária para afastar as reparações por acidente de trabalho das normas jurídicas do direito civil referente à indenização civil, iniciou-se na França, no fim do século XIX com SAILELLES (*Les accidents du travail et la responsabilité civile*) e JOSSERAND (*La responsabilité de fait des choses inanimés*). Estes juristas que conseguiram paulatinamente minar no campo da reparação acidentária a teoria da responsabilidade subjetiva. Por isso, RIPERT chamou-os de “síndicos da massa falida da culpa”, na obra *IL CONTRATO DI LAVORO*.

A teoria da culpa abrange não só a teoria da culpa aquiliana como também a teoria da inversão da prova e da responsabilidade contratual. Consolidou-se esse sistema pela não adoção por parte do empregador de todas as cautelas e diligências necessárias e devidas no sentido de evitar o infortúnio laboral que viesse a ocorrer. A culpa era um fato maior e por isso caberia ao acidentado prová-la.

São quatro as teorias principais, a saber:

1) **TEORIA DA CULPA DO EMPREGADOR** — determina o ressarcimento do operário apenas quando ocorra culpa do empregador, cabendo o ônus da prova ao empregado. O desacerto desta teoria reside no fato que o empregado como hipossuficiente dificilmente tem condições de provar a culpa do empregador que detém os meios de produção e toda documentação referente ao contrato de trabalho e seus desdobramentos. Um dos primeiros a introduzir esta teoria foi André Roaust (1897) dando origem a teoria da responsabilidade subjetiva em relação ao empregador com base na responsabilidade civil. Tentou-se salvar esta teoria com a introdução da inversão probatória. Porém, tal mudança não funcionou, pois se é muito difícil ao empregado provar a culpa do empregador, para este é muito fácil provar que trabalhava com diligência e cuidado necessário (mediano) imposto a todos.

2) **TEORIA DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL** — o dever de reparar exsurge do contrato de trabalho, mesmo que não escrito. Com a

implantação desta teoria conseguiu-se aumentar o número de acidentes indenizáveis, porém tal teoria não apresentava solução para os inúmeros acidentes decorrentes da causa fortuita e da força maior que neste momento não eram indenizáveis, porque em seu relacionamento causal não entrava a culpa do empregador.

Afirma a teoria que o empregador deve manter a higidez física/mental do empregado mesmo após o término do contrato de trabalho, posto que patrimônio do empregado é a sua força, vigor, saúde.

Crítica: não há como se presumir cláusula contratual tacitamente aceita pelo empregador, bem como porque esta teoria não contempla as hipóteses de caso fortuito.

2.1) **TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA** — estruturada com base no direito comum não deixava de ser uma teoria com origem na responsabilidade contratual, como ensina ADRIEN SACHET (*Tratado de Accidents del trabajo y las enfermedades profesionales*, tomo I, p. 8, editorial Alfa, Buenos Aires, 1947). Para esta teoria basta a constatação do acidente para dar causa à indenização, independentemente da culpa do empregador impedindo-se ainda que o mesmo prove a sua não-culpa. Ocorre que esta teoria ainda tinha uma sustentação no Direito Civil e com o aumento das indústrias e o desenvolvimento das máquinas de produção cada vez mais urgia a necessidade de apresentar-se uma solução autônoma para o problema. O aperfeiçoamento desta teoria fez surgir a teoria do risco profissional.

3) **TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL** — o empregador deve suportar os riscos resultantes da própria atividade empresarial, quer os ligados ao maquinário, quer os ligados às pessoas, na medida que ele que se apropria da riqueza gerada pelo trabalho. Esta teoria aprecia o evento danoso não como fato da máquina, mas como fato da própria indústria ou como afirma Russomano em função do desenvolvimento da atividade profissional. O risco é encarado como elemento integrado à relação contratual de Direito Privado. Esta teoria entende que o risco ocorre pelo exercício de uma profissão, não sendo o acidente de responsabilidade do empregado ou empregador, mas há a responsabilidade objetiva (em decorrência da lei).

Crítica: é certo que o empregador usufrui do resultado apurado na indústria, porém o trabalhador também, posto que é de lá que retira os meios para sua sobrevivência e de sua família.

ROUAST E GIVORD (*Traité du droit de accidents du travail*), BLUM (*TRAITÉ PRATIQUE DE LA LEGISLACIONA SU LES ACCIDENTS DE*

*TRABAJO*) E BENITO PERÉZ (*los accidents del trabajo en la agricultura*) entendendo de sentido restrito o risco profissional, partem para outro fundamento da obrigação de reparar infortunisticamente tendo com base o risco da autoridade.

3.1) **TEORIA DO RISCO DA AUTORIDADE** — esta teoria procura ampliar a tutela reparatória. O fundamento de indenizar está na existência de um contrato de trabalho e na subordinação do operário para com o patrão. Isto quer dizer que as tarefas do empregado são comandadas pelo empregador e é ele quem faz nascer o especial risco denominado risco de autoridade, conforme leciona FERRARI.

Esta teoria teve importância nos países em que se fazia distinção entre o trabalho desenvolvido e os riscos envolvidos em determinadas indústrias. No Brasil, esta teoria não trouxe nenhuma repercussão porque nossa legislação nunca excluiu qualquer empresa com base no fato do perigo que ela oferecesse fosse mínimo (ARAÚJO DE CASTRO, *in* Acidente do Trabalho, p. 16 e 17. Livraria editora Freitas Bastos, 5ª edição, 1939).

4) **TEORIA DO RISCO SOCIAL** — enfrenta o acidente do trabalho como risco social, pondo em voga o princípio da solidariedade social. O risco se diz social porque o trabalho é um valor social e portanto protegido pelo Direito Social (segundo terminologia atual adotada pela maioria dos doutrinadores, embora todo direito seja social).

O risco social engloba risco genérico (incapacidade ou morte que não se originaram da atividade laboral) e risco profissional (incapacidade, redução da capacidade ou morte decorrente da atividade laboral). Porém a legislação acidentária só se preocupa com os riscos profissionais.

A Associação Internacional de Seguridade Social em monografia publicada em 1962 concluiu que um tipo único de contribuição, correspondendo à substituição do risco profissional pelo risco social constitui importante vantagem na ordem social e do ponto de vista técnico.

As prestações prestadas pelo seguro social tem natureza de serviço público de tipo novo, assumindo o Estado papel que vai além do limite do segurador, já que ele é que tutelará o meio e higiene de trabalho.

## **CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DAS ESPÉCIES DE ACIDENTE DO TRABALHO**

Três são as espécies de acidente do trabalho, a saber: acidente de trabalho tipo, doença profissional (tecnopatia) e doença do trabalho (mesopatia).

## ESTUDO DO ACIDENTE DO TRABALHO À LUZ DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA

### A norma jurídica é um dever-ser.

Segundo o Prof. Paulo de Barros Carvalho, a norma jurídica possui a seguinte estrutura lógica: uma hipótese, à qual se associa uma consequência.

Dentro da hipótese (se/então), estuda-se o critério material, espacial e temporal.

Já na consequência, após a efetivação da subsunção [fenômeno lógico jurídico através do qual um fato corresponde a sua descrição legal e no momento em que esta conduta prevista é praticada gera efeitos, espelhando seu conteúdo na relação jurídica específica, qualificada] estudar-se-á os critérios pessoal e quantitativo.

### CRITÉRIO MATERIAL — o risco está alojado no critério material.

**Segundo Paulo de Barros Carvalho**, este critério faz referência a um comportamento de pessoas, físicas ou jurídicas, condicionado por circunstâncias de espaço e de tempo. “Nosso objetivo neste ponto é enxergarmos o critério material liberado das coordenadas de espaço e de tempo, como se fora possível um comportamento de uma pessoa desvinculada daqueles condicionantes. O critério material é formado invariavelmente por um verbo, seguido de seu complemento.” (*in* Curso de Direito Tributário — Editora Saraiva, 4ª edição, 1991).

Três são as espécies de acidente do trabalho, a saber: acidente de trabalho tipo, doença profissional (tecnopatia) e doença do trabalho (mesopatia), mais as espécies que por equiparação legal foram guindadas a acidente do trabalho.

A CF/88 no art. 201 afirma que os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: I — cobertura dos eventos da doença, invalidez, morte, **incluídos os resultantes de acidentes do trabalho**, velhice e reclusão.

A legislação vai proteger a perda ou redução da capacidade funcional decorrente de acidente de qualquer natureza (alteração da Lei 9.032/95).

Os dois requisitos para a existência do acidente do trabalho são: **a)** nexos causal e **b)** lesividade.

A) Nexos causal — ligação entre causa e efeito entre acidente e o trabalho. Abrange agentes etiológicos (atua na origem da lesão ou doença),

desencadeantes (revelam anomalias ou mal preexistentes assintomático não incapacitante) e agente agravante (piora na lesão já existente por um acidente do trabalho, v.g., indivíduo hemofílico que sofre um corte e morre face à hemorragia).

O juízo é de admissibilidade e não de certeza. Nas ações acidentárias discute-se em juízo exatamente o que se discutirá.

A causalidade diz-se direta quando causa e efeito estão intimamente ligados. Ex.: quando o trabalhador tem as falanges distais dos quirodáctilos da mão direita amputados na prensa.

**A causalidade indireta na nova lei (8.213/91) estão elencados no art. 21, II, a, b, c, d e IV, a, b, c, d e seu § 1º** Assim, agressão praticada por terceiro ou companheiro de trabalho, por motivo de disputa no serviço (dolo), ou ato derivado de culpa (*strictu sensu*) de terceiro companheiro de trabalho, desabamento, incêndio, inundaçãõ, acidente sofrido no percurso da residência para o local do trabalho, ou deste para aquele, ficam considerados acidentes do trabalho por equiparação.

B) Lesividade-dano — representado pela morte ou incapacidade laborativa.

#### **Gradações da incapacidade laborativa**

##### **INCAPACIDADE LABORATIVA:**

**Temporária total** — auxílio-doença acidentário

**Permanente parcial** — amputação de um dedo

**Permanente total** — invalidez profissional.

A CONCAUSA prevista no art. 21 da Lei 8.213/91 nada mais é que uma causa que se associa a outra para determinado fim.

O nosso ordenamento adota a concausalidade desde que o trabalho propicie condições sem a qual o dano não se realizaria, configurando-se assim o acidente do trabalho.

Tipos de concausa:

**antecedente ou antevéniente** — causa extra-laborativa inicial a que se segue causa acidentária ocasionando o dano. Ex.: hemofílico que no trabalho sofre corte causando-lhe gangrena e perda de um membro de locomoção inferior.

**simultânea ou concomitante** — nela há um acidente do trabalho (causa laboral) e uma causa extra-laboral ao mesmo tempo. Ex.: vigia que vê suspeito no local de trabalho, corre atrás, tropeça cai e dispara contra si a própria arma, tiro este que lhe atinge.

**superveniente** — nela há um acidente do trabalho e no momento futuro ocorre fato extra-laboral que lhe acarreta dano. Ex.: indivíduo que sofre acidente do trabalho é levado de ambulância ao hospital e no percurso a ambulância bate e lhe causa outras lesões.

O conceito de acidente de trabalho extraído da legislação em vigor: “é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei (8.213/91 — segurado especial, produtor, parceiro, meeiro, arrendatários rurais, garimpeiro, pescador artesanal e o assemelhado que exerçam suas atividades individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros bem como de seus respectivos cônjuges, companheiros e filhos maiores de 14 anos ou a eles equiparados desde que trabalhem comprovadamente com o grupo familiar respectivo) que provoquem **lesão corporal ou perturbação funcional** que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho. (ver arts. 138 a 177 do RBPS).

O regulamento no art. 139 assim define acidente do trabalho: é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, ou ainda pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou a redução da capacidade para o trabalho permanente ou temporária.

O acidente-tipo se caracteriza pela conjugação de três critérios, segundo Octávio Bueno Magano, *in* Lineamentos de infortunística, Editor José Bushatsky, SP, 1976:

- a) Exterioridade — causa não inerente à constituição orgânica da vítima (sinistros causados por ferramentas, máquinas,... podendo excepcionalmente derivar do esforço do trabalhador, como no caso das hérnias.
- b) Subitaneidade — este critério está ligado com a rapidez do acontecimento, o que não implica instantaneidade da lesão no organismo humano.

Quando a lesão se produz no organismo humano imediatamente após o evento do acidente, o nexó etiológico ou de causalidade não precisa ser provado, posto que a lesão terá ocorrido no local do trabalho e no curso deste. Caso contrário, o referido nexó deverá ser provado.

- c) Violência — é o fato que se exterioriza de modo material, que deixa vestígios, *v.g.*, explosão, queda. Porém é bom lembrarmos

que algumas lesões são imperceptíveis fisicamente/materialmente como lesão do aparelho auditivo (um choque sonoro que provoque lesão, também caracteriza um acidente do trabalho).

**SÃO TAMBÉM CONSIDERADOS ACIDENTES DO TRABALHO: DOENÇAS PROFISSIONAIS E AS DOENÇAS DO TRABALHO.** Esta equiparação é passo fundamental para o aperfeiçoamento do sistema de proteção do acidente do trabalho e não é apenas legal.

Doenças Profissionais são aquelas inerentes a determinados ramos de atividades. Causadas geralmente por agentes físicos, químicos ou biológicos peculiares a certas funções. Sua caracterização é resultado de um processo lento e às vezes silencioso, podem ser chamadas também de idiopatias ou tecnopatias.

Em casos excepcionais constatando-se que a doença profissional não está incluída no anexo da Lei 8.213/91, mas porém a doença resultou de condições especiais em que o trabalho foi executado, a previdência social deve considerá-la acidente do trabalho.

Doenças do Trabalho são aquelas que resultam das condições excepcionais ou especiais em que o trabalho foi realizado. Quer dizer o agente causador não é inerente ao trabalho, as condições especiais é que favorecem o desenvolvimento, doenças contraídas no próprio trabalho ou alhures.

Não são consideradas como doença do trabalho: doença degenerativa; inerente a grupo etário; que não produz incapacidade laborativa; doença endêmica adquirida por segurados habitantes de região em que ela se desenvolve, salvo comprovação de que resultou da exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Por analogia legal (art. 141 do regulamento da lei de benefícios) considera-se acidente do trabalho:

- 1) acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a perda ou redução da sua capacidade para o trabalho ou produzido lesão que exija atenção médica para sua recuperação;
- 2) o acidente sofrido pelo segurado no local e horário de trabalho em consequência de:
  - a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;

- b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionado com o trabalho;
  - c) ato de imprudência, negligência ou de imperícia de terceiro, ou de companheiro de trabalho;
  - d) ato de pessoa privada do uso da razão;
  - e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos decorrentes de força maior.
- 3) a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;
- 4) o acidente sofrido ainda que fora do local e horário de serviço:
- a) na execução de ordem ou na realização de serviços sob a autoridade da empresa;
  - b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
  - c) em viagem ou a serviço da empresa, inclusive para estudo, quando financiado por esta, dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;
  - d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção inclusive veículo de propriedade do segurado.

OBS: nos períodos de intervalo legal ou durante descanso; refeição ou ocasião de satisfação de necessidades físicas o empregado é considerado no exercício do trabalho.

O acidentado do trabalho e seus dependentes tem direito as seguintes prestações, independentemente de carência:

**Quanto ao segurado:**

1. auxílio-doença — visa indenizar o segurado durante o período de restabelecimento físico.
2. aposentadoria por invalidez — visa indenizar a perda da capacidade laborativa total e permanentemente.
3. auxílio-acidente — visa indenizar o esforço dispendido a maior para a continuação da atividade laboral.

### Quanto aos dependentes:

Pensão por morte — visa indenizar a perda do segurado que assegurava a manutenção da família.

### Quanto ao segurado e dependentes:

Pecúlio — quando o segurado não cumpriu os requisitos legais para a concessão do benefício recebe o valor das contribuições de volta. A Lei 9.032/95 acabou com este pecúlio.

A assistência médica e a reabilitação profissional serão prestadas às vítimas de acidente do trabalho com maior efetividade. Será obrigatória a assistência médica, aí incluídas a cirúrgica, a hospitalar, a farmacêutica, e a odontológica, bem como o transporte do acidentado.

Se o infortúnio não interfere na capacidade laborativa, reduzindo ou impossibilitando a capacidade de trabalho, não há que se falar em indenização. Não se indenizam as lesões pelas lesões, isto é, “*in re ipsa*”. Indeniza-se a perda da capacidade laborativa e não a lesão física.

**CRITÉRIO ESPACIAL — a legislação acidentária é aplicada em todo o território nacional, coincidindo com o âmbito de validade territorial da lei.** Porém é bom que se esclareça que o critério espacial não se restringe apenas ao campo de validade da lei, já que no caso da lei acidentária um acidente de trabalho poderá ocorrer fora do território nacional e será considerado como tal se o empregado estiver a serviço da empresa.

O critério espacial pode ser classificado em:

- 1) hipótese cujo critério espacial seja bem genérico, onde todo e qualquer fato, que suceda sob o manto da vigência territorial da lei instituidora, estará apto a desencadear seus efeitos peculiares. **Esta é a regra geral na aplicação da lei acidentária.**
- 2) hipótese em que o critério espacial alude a áreas específicas, de tal sorte que o acontecimento apenas ocorrerá se dentro delas estiver geograficamente contido.
- 3) hipótese cujo critério espacial faz menção a determinado local para a ocorrência do fato típico. Acidente-tipo ocorre onde o trabalho é prestado.

**CRITÉRIO TEMPORAL —** Devemos compreender este critério como o grupo de indicações contidas no suposto da regra, e que nos oferecem

elementos para saber com exatidão, em que preciso instante acontece o fato descrito, passando a existir liame jurídico que amarra o devedor e credor, em função de um objeto — o pagamento de uma certa prestação pecuniária. Neste critério estuda-se o período de espera que vem a ser a partir de que momento o trabalhador está protegido. A prestação acidentária é híbrida, posto que gera conseqüências na relação previdenciária e trabalhista.

## **PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO ACIDENTE DO TRABALHO**

As ações referentes às prestações por acidente do trabalho prescrevem em cinco anos (exceto para menores, incapazes e ausentes, já que contra eles não corre prescrição) a contar:

- do acidente, quando dele resultar a morte ou a incapacidade temporária, verificada esta em perícia médica a carga da previdência social;
- da data em que for reconhecida pela previdência social incapacidade permanente ou agravamento das seqüelas do acidente.

**Prescrevem as prestações e não o fundo de direito.**

**CRITÉRIO PESSOAL** — Uma vez ocorrido o fato natural protegido pelo direito, inaugura-se a relação obrigacional, surgindo o sujeito ativo (segurados cobertos com as prestações acidentárias) e o sujeito passivo. O fato dá causa a duas relações jurídicas uma de Direito Público e outra de Direito Privado.

**SUJEITO PASSIVO:** \* **INSS** — autarquia federal — responsável pela gestão do sistema de seguridade social brasileiro. Os litígios e medidas cautelares relativas a acidente de trabalho serão apreciados na esfera administrativa pelos órgãos da previdência social segundo as regras e prazos aplicáveis às demais prestações, com prioridade para a conclusão e na esfera judicial pela Justiça Estadual e do Distrito Federal, segundo o rito sumário, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída. E,

\* **EMPREGADOR** quando ocorrer dolo ou culpa (art. 7º, inc. XXVIII).

**SUJEITO ATIVO** — é o segurado ou seus dependentes cobertos com as prestações fornecidas em virtude da ocorrência de acidente do trabalho. No que concerne à tutela acidentária, nem todo segurado e seus dependentes estão por ela abrangida.

A lei de acidentes exclui: trabalhador doméstico, recluso, titular de firma individual; sócio cotista. Os servidores públicos (federais, estaduais, municipais) e os das autarquias se não estiverem ligados ao regime geral da Previdência Social não tem direito ao auxílio-acidente. Só tem direito o servidor contratado no regime da CLT.

Os estudantes estagiários — Lei 6.494, de 7.12.1977, concede cobertura obrigatória contra acidentes pessoais (relação de seguro privado), porém perante a previdência social os estagiários não tem direitos acidentários, posto que não há hipótese de incidência.

Os aposentados que permanecerem em atividade ou a ela retornarem, em regime geral de previdência não terá direito a nenhuma prestação previdenciária salvo salário-família, reabilitação profissional e ao auxílio-acidente quando empregado.

## TRABALHADORES COBERTOS

**Os empregados de empresas de economia mista e empresas públicas** estão incluídos na abrangência tutelar das leis acidentárias, já que constitucionalmente devem ser tratadas igualmente com as demais empresas privadas.

**Trabalhador temporário** — Lei 6.019, de 03 de janeiro de 1974, — é o que presta serviços a uma empresa provisoriamente para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços (art. 2º). Relação triangular (trabalhador-empresa de trabalho temporário e empresa tomadora dos serviços).

**Trabalhador avulso — para efeitos previdenciários** é trabalhador avulso todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, tenha a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da respectiva entidade de classe.

Em suma, são trabalhadores sem vínculo empregatício e que tem suas entidades de classe como intermediárias na percepção de seus direitos trabalhistas. Estes elementos os diferencia dos eventuais.

Concluindo, todo aquele que se encontrar, pela atividade laboral prestada, em uma das categorias elencadas pela lei acidentária do trabalhador urbano ou rural, está protegido.

**OS SEGURADOS ESPECIAIS** que o sistema admite tem cobertura contra os riscos acidentários, fazendo jus ao auxílio-acidente caso o evento ocorra.

## CRITÉRIO QUANTITATIVO

**BASE DE CÁLCULO — salário de benefício — (art. 28 da Lei 8.213/91 alterado pela Lei 9.032/95)** consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data do requerimento, até o máximo de 36 meses apurado sem período não superior a 48 meses. (art. 29, Lei 8.213/91).

O salário de benefício não será inferior a um salário mínimo (art. 29, § 2º, Lei 8.213/91).

Serão considerados para o cálculo do salário de benefício os ganhos habituais do segurado empregado, a qualquer título, sob forma de moeda corrente ou de utilidades, sobre os quais tenha incidido contribuição previdenciária (art. 29, § 3º, Lei 8.213/91).

No caso de remuneração variável, no todo ou em parte, qualquer que seja a causa da variação, o valor do benefício de prestação continuada decorrente do acidente do trabalho, respeitado o percentual respectivo, será calculado com base na média aritmética simples:

A) dos 36 maiores salários de contribuição apurados em período não superior a 48 meses imediatamente anteriores ao do acidente, se o segurado contar, nele, mais de 36 contribuições.

B) dos salários de contribuição compreendidos nos 36 meses imediatamente anteriores ao do acidente ou nos 48 meses imediatamente anteriores ao do acidente, conforme o mais vantajoso, se o segurado contar com 36 contribuições ou menos neste período.

No cálculo do valor da renda mensal do benefício, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, serão computados: I — para o segurado empregado e trabalhador avulso, os salários de contribuição referentes aos meses de contribuições devidas, ainda que não recolhidas pela empresa, sem prejuízo da respectiva cobrança e da aplicação das penalidades

cabíveis; **II** — para os demais segurados, somente serão computados os salários de contribuição referentes aos meses de contribuições efetivamente recolhidas.

O art. 124 da Lei 8.213/91 veda o acúmulo de mais de um auxílio-acidente.

A única permissão legal de cumulação é o de seguro-desemprego com pensão por morte ou auxílio-acidente (parágrafo único do art. 124 da Lei 8.213/91).

## ALÍQUOTA

**O auxílio acidente mensal e vitalício corresponderá a 50% do salário de benefício do segurado (art. 86 da Lei 8.213/91, com alteração da Lei 9.032/95).**

**A aposentadoria por invalidez inclusive a acidentária**, consistirá numa renda mensal correspondente a 100% do salário de benefício. (art. 44 da Lei 8.213/91 alterado pela 9.032/95). No caso da chamada grande invalidez, quando o segurado necessita de auxílio permanente de outra pessoa, tem direito a mais 25% do valor da pensão por invalidez. Será devida, mesmo que ultrapasse o teto. Hipóteses de grande invalidez: perda de nove dedos das mãos; acuidade visual igual a zero (cegueira); perda de dois braços, duas pernas; permanência contínua em leito em decorrência de doença. Esta lista é *apertus numerus*, portanto exemplificativa. Para deferir-se a aposentadoria é necessário que o segurado passe por perícia, podendo levar médico de sua confiança para acompanhamento da realização da perícia.

**O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho**, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% do salário de benefício, observado o disposto na seção III, especialmente o art. 33 desta lei (8.213/91 com alt. da Lei 9.032/95).

O valor mensal da pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal de 100% do salário de benefício.

**Pecúlio** — O valor do pecúlio consistirá em um pagamento único de 75% do limite máximo do salário de contribuição, no caso de invalidez, e de 150% desse mesmo limite, no caso de morte.

## ANÁLISE DAS PRESTAÇÕES

**Auxílio-doença** — é devido a partir do décimo sexto dia seguinte ao do evento. Cabe à empresa pagar sempre o salário do dia do acidente, bem como o salário dos quinze dias seguintes, na sua totalidade.

O art. 60 da lei de benefícios afirma: o auxílio doença será devido ao segurado empregado e empresário a partir do 16º dia do afastamento, e no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

**Aposentadoria por invalidez** — concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida a contar da data em que o Auxílio-doença deveria ter início. (art. 160, lei de benefícios ).

**Pensão por morte** — pensão por morte será devida aos dependentes do segurado falecido em consequência de acidentes do trabalho, a contar da data do óbito.

**Auxílio-acidente** — será devido a contar do dia seguinte ao da cessação do Auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado.

**Pecúlio** — o pecúlio será devido ao segurado ou seus dependentes, em caso de invalidez ou morte decorrentes de acidente do trabalho. Critério tempo: declaração via perícia médica da invalidez ou da data do óbito. (Extinto pela Lei 9.032 de 28/04/1995).

## CUSTEIO DAS PRESTAÇÕES ACIDENTÁRIAS

O art. 26 da lei prescreve que: “a contribuição da empresa, destinada ao financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho, corresponde à aplicação dos seguintes percentuais incidentes sobre o total da remuneração paga ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e médicos residentes:

1% para empresa cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

2% para empresa cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio;

3% para empresa cuja atividade preponderante o risco do acidente do trabalho seja considerado grave.”

Por atividade preponderante considera-se a atividade econômica que a maioria dos segurados empregados, trabalhadores avulsos ou médico residentes desenvolvam.

A empresa que faz o enquadramento, que pode ser revisto pelo INSS.

O segurado especial contribuirá com 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção (art. 25 da lei de custeio).

## **MODELOS DE PROTEÇÃO CONTRA ACIDENTES DO TRABALHO**

Há várias formas de se instrumentalizar a proteção contra acidentes do trabalho, sendo as mais difundidas o contrato de seguro privado; proteção no universo da relação do trabalho; proteção previdenciária [cobertura integral; parcial; teoria do contrato administrativo].

**CONTRATO DE SEGURO PRIVADO** — o próprio trabalhador faz o seu seguro contra acidentes do trabalho diretamente com seguradoras do ramo vida, sendo obrigatória a adoção pelo trabalhador do seguro por acidente do trabalho, requisito este a ser comprovado quando da admissão. Esta forma de asseguramento é criticado em virtude de seu alto custo e dos baixos salários percebidos pelos trabalhadores.

**PROTEÇÃO NO UNIVERSO DA RELAÇÃO DO TRABALHO** — neste modelo de proteção o contrato coletivo de trabalho prevê a cobertura acidentária subsidiada pelo empregador. Não assegura contra a invalidez permanente ou agravamento das lesões que evoluírem para a invalidez. A invalidez e o agravamento será coberto pela Seguridade Social.

**PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA INTEGRAL** — cobertura integral pelo Estado como acontecia até a Lei 9.032/95. Há destaque para votação em separado (DVS nº 0104) já aprovado pela Câmara e Senado em Maio de 1996 que acaba com o monopólio estatal do seguro acidente.

**PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA PARCIAL** — o Estado assegura parcialmente a proteção, sendo complementada a proteção através de seguro privado contratado diretamente pelos empregadores. Neste modelo de proteção tem relevo a Teoria do Contrato Administrativo do Prof. Wagner Balera que prevê seguro privado obrigatório contra acidentes do trabalho aparelhado por contrato de direito público (cláusulas do contrato de adesão aprovadas por ato normativo da autoridade competente, com resseguro obrigatório, caso haja quebra da seguradora provada.).

O último modelo de proteção parcial enfocado estabelece que o empregador é responsável pela cobertura do seguro acidente e contribui para o financiamento da saúde pública para o trabalhador, paralelamente ao Estado.

## ESTUDO DE JURISPRUDÊNCIA

Trazemos para análise dois casos de acidente de trabalho *in itinere*, logo caso de concausalidade indireta cujo nexos causal precisa ser provado.

No acórdão publicado na RT 589/168 — Apelação sumária 154.193. A ação foi julgada improcedente posto que o acidente ocorreu fora do trajeto habitual, o que descaracteriza o acidente “*in itinere*”.

No acórdão publicado na Revista do 2º TACivSP foi caracterizado como acidente “*in itinere*” o atropelamento ocorrido logo após o término da jornada de trabalho, ocasionando a morte do obreiro. Neste acórdão o pequeno desvio efetuado pelo obreiro não descaracteriza o acidente “*in itinere*”, nem viola a norma regulamentar.

Colacionamos, ainda, outras jurisprudências a saber: JTACSP, IEX 116:298; 117/231; 122:365-367; 125:356; 127:420; 128:378; RT 656:133; 653:150; 641: 202.

No final desta monografia trazemos à colação algumas perguntas para verificação de aprendizado.

- 1) Suicídio pode ser considerado acidente do trabalho?
- 2) Greve independentemente de ser justa ou abusiva, desde que no seu desenrolar provoquem lesões corporais podem ser considerados acidente do trabalho?

## CONCLUSÃO

O Estado brasileiro é de Direito Social de acordo com o perfil adotado na Carta Magna de 05 de outubro de 1988, logo, deve assegurar uma existência digna a seus cidadãos (art. 170 *caput* da CF/88) posto que este é o seu fim.

O acidente do trabalho é um risco-causa previsto na Constituição federal no art. 201 inciso I e coberto pelo sistema de Seguridade Social pátrio como meio de proteger o indivíduo contra infortúnios que provoquem

lesão ou perturbação funcional de tal monta que causem a morte, perda ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho.

A proteção acidentária é fundamental para garantir tranqüilidade ao trabalhador que desempenhará melhor suas funções sabendo que está protegido, assegurado contra infortúnios. Paralelamente a esta proteção deve o Estado fiscalizar sobre a higiene e o meio de trabalho, uma vez que a ordem social tem como um de seus sustentáculos o primado do trabalho (art. 193 da CF/88).

## BIBLIOGRAFIA

1. Arnaldo Sussekind — Previdência Social Brasileira — Livraria Freitas Bastos, 1955.
2. Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira — Previdência Social — Manuais Freitas Bastos, 1987.
3. Feijó Coimbra — Direito Previdenciário Brasileiro — edições trabalhistas, 1990.
4. Eduardo Gabriel Saad — O acidente do trabalho, o benefício previdenciário e a indenização do direito comum — Ltr SP (47) (8): 905, 1983.
5. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento — Curso de infortunistica — Editora Sérgio Antônio Fabris, 1983 —, 2ª edição e Comentários à lei de acidentes do trabalho.
6. José Paulo Leal Ferreira e Antônio José de Arruda Rebouças — A nova legislação acidentária — Editora RT, — dez. 1973.
7. Oswaldo Optiz e Sílvia Optiz — Acidentes do trabalho e doenças profissionais — Editora Saraiva — 2ª edição — 1984.
8. Humberto Theodoro Júnior — Responsabilidade do trabalho e responsabilidade civil comum — Editora Saraiva, 1987.
9. Alberto Juan González Villamarin — Ação de Acidente do Trabalho — Editora Síntese, 1979.
10. Arion Sayão Romita — Temas de Direito Social.
11. Octávio Bueno Magano — Lineamentos de infortunistica — editor José Bushatsky, SP, 1976.

---

\* Procurador Autárquico do INSS/SP. Mestrando em Direito Previdenciário PUC/SP



# CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO: LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS E POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM OUTRAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

*EDUARDO ROCHA DIAS \**

## 1. Introdução

**A** compatibilidade das normas referentes à contribuição social do salário-educação com o texto da Constituição Federal de 1988 tem sido muito debatida desde o ano de 1996.

Referida contribuição, expressamente referida pelo artigo 212, § 5º, da atual Carta Magna, tem como destinação constitucional específica o financiamento do ensino público fundamental. Foi regulamentada, a princípio, pela Lei 4.440/64. Posteriormente, foi objeto do Decreto-Lei 1.422/75. Referido diploma normativo delegou competência ao Executivo para, mediante decreto, fixar a alíquota da contribuição, o que foi feito pelo Decreto 87.043/82. Essa delegação tem sido questionada como inconstitucional, quer seja à luz da Constituição atual, quer seja face à Carta Magna anterior, tendo em vista o princípio constitucional da legalidade em matéria tributária.

Invoca-se, ainda, como fundamento para a não recepção das normas instituidoras de referido tributo, a sua incompatibilidade com o novo sistema tributário nacional, nos termos do artigo 34, § 5º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, já que sua alíquota não foi fixada nem por lei nem por decreto-lei, e a revogação, no prazo de cento e oitenta dias aludido no artigo 25, *caput*, também do ADCT, dos dispositivos que deleguem ao órgão do Poder Executivo competência reservada pela Constituição ao Congresso Nacional, como faz o Decreto-Lei 1.422/75 ao delegar ao Executivo a fixação da alíquota do tributo.

Em 1996, o Governo Federal editou a Medida Provisória 1518, regulando integralmente a cobrança de dita exação, a qual, no entanto, apesar de reeditada três vezes, não chegou a ser convertida em lei, uma vez que em 24 de dezembro de 1996 foi publicada a Lei 9.424, dispondo sobre a matéria.

Apesar dos argumentos ponderáveis lançados contra a constitucionalidade do tributo em tela, aconselha-se ao intérprete uma

atitude de cautela. Como salientou o Douto Magistrado Napoleão Nunes Maia Filho, ao indeferir pedido de liminar em ação cautelar ajuizada perante a 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará<sup>1</sup>, tendo como objeto a contribuição do salário-educação, a tese jurídica da incompatibilidade do aludido tributo com a ordem jurídica pátria não foi sufragada por “qualquer decisão judicial superior ou pronunciamento de doutrinador de tomo”, não estando presente “a manifesta inconstitucionalidade do Salário Educação, tornando clara a ... plausibilidade do direito, que é pressuposto da ação cautelar”.

No entanto, mesmo que o Judiciário venha a adotar o entendimento de que a contribuição do salário-educação é inconstitucional, impõe-se considerar duas questões que não tem sido convenientemente analisadas: a legitimidade passiva *ad causam* do INSS para figurar no pólo passivo das demandas versando compensação ou restituição do tributo sob comento, e a possibilidade de se compensar salário-educação com outras contribuições arrecadadas pelo INSS e destinadas ao custeio da Seguridade Social. Esses são os temas que constituem o objeto do presente estudo.

## **2. A legitimidade passiva para as ações versando compensação e restituição de salário-educação.**

Em teoria geral do processo, as partes são o sujeito ativo e o sujeito passivo da relação processual<sup>2</sup>. Essa relação é autônoma face à relação de direito material que subjaz à lide. O autor “é a pessoa que pede a prestação jurisdicional do Estado”, enquanto o réu é “a pessoa contra quem, ou em face de quem, se pede essa prestação”<sup>3</sup>.

Obviamente que, face à referida autonomia da relação jurídico-processual, não haverá uma correspondência necessária entre as partes da relação de direito material e os sujeitos presentes nos pólos da relação de direito processual. Pode ocorrer, por exemplo, o fenômeno da substituição processual, pelo qual um terceiro é admitido no processo da defesa de direito alheio. Pode ocorrer também o fenômeno da ilegitimidade de parte. A legitimidade, como condição da ação, pressupõe a simples afirmação de

<sup>1</sup> Ação cautelar nº 97.14690-1, 8ª Vara Federal no Ceará.

<sup>2</sup> Sendo a relação jurídico-processual um *actum trium personarum*, o juiz constitui também um sujeito do processo, mas um sujeito *imparcial*.

<sup>3</sup> José de Albuquerque Rocha, Teoria Geral do Processo, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, p. 140.

que o autor é o titular do direito material subjacente à relação de direito processual e de que o réu violou ou de qualquer forma resiste àquele direito.

Como ensinam Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Pinto<sup>4</sup>, “a *legitimidade ‘ad causam’*, no processo, é sempre significativa de que entre *autor e réu* encontra-se delineada (= descrita) uma *relação jurídica*, a qual, se aceita, pelo magistrado, coloca-se como dado hipotético suficiente para a admissibilidade da ação. Isso não significa, necessariamente, que a relação jurídica, *descrita* no processo, *efetivamente exista, senão que ela é admitida* (salvo na ação declaratória negativa, em que é descrita, mas negada), à luz de elementos provisoriamente aceitos, os quais, *em definitivo*, serão apreciados na sentença” (grifos dos autores).

Já por parte legítima se deve entender, como afirmam os autores citados mais acima<sup>5</sup>, aquela que vai ser afetada pelos efeitos da sentença, sendo tais efeitos favoráveis ou desfavoráveis, e desde que haja julgamento de mérito.

No tocante às ações versando compensação ou restituição de tributos, impõe-se considerar, a fim de se determinar a legitimidade *ad causam*, a relação de direito material subjacente. Tal relação é a relação de tributação. Nesta, tem-se, de um lado, o sujeito passivo, que pode ser o contribuinte e o responsável, nos termos do artigo 121 do Código Tributário Nacional; de outro, tem-se o sujeito ativo da relação jurídico-tributária, que é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o cumprimento da obrigação.

Geraldo Ataliba<sup>6</sup> ressalta que não se deve confundir a competência para legislar com a capacidade de ser sujeito ativo da obrigação tributária. Como leciona Hugo de Brito Machado<sup>7</sup>, também “não se há de confundir a condição de sujeito ativo com a de destinatário do produto da arrecadação ou fiscalização de tributos, ou da execução de leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária. Essas atribuições podem ser conferidas por uma pessoa jurídica de direito público a outra, mas isto não implica transferência da condição de sujeito ativo”. Uma pessoa jurídica de direito público, portanto, pode ser sujeito ativo da obrigação tributária e não praticar os atos de arrecadação e fiscalização do tributo.

---

<sup>4</sup> Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, RT, 1991, p. 19.

<sup>5</sup> Op. cit., p. 18.

<sup>6</sup> Hipótese de Incidência Tributária, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 75.

<sup>7</sup> Curso de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 97.

A chamada competência tributária própria, que inclui a competência legislativa para instituir o tributo, somente é detida por pessoas jurídicas de direito público de capacidade política. Não impede referida competência a delegação a outra pessoa jurídica de direito público dos atos de arrecadação e administração do tributo, nem a pessoas jurídicas de direito privado, como os bancos, dos atos materiais de arrecadação.

No caso das contribuições de Seguridade Social, destinadas a financiar o sistema definido pelo artigo 194 da Constituição como abrangendo a saúde, a previdência e a assistência social, alude o Professor Hugo de Brito Machado<sup>8</sup> a uma espécie de competência tributária própria da qual é titular pessoa jurídica não dotada de competência legislativa plena. Tal pessoa jurídica é o INSS, autarquia federal que, não obstante não deter competência legislativa, tem competência para editar normas complementares relativas à cobrança de contribuições de seguridade social. E isso apenas no tocante a algumas contribuições de Seguridade Social, sabido que cabe à Secretaria da Receita Federal a competência para arrecadar, entre outras, as contribuições sobre o faturamento e o lucro, bem como editar normas complementares a seu respeito.

A destinação específica das contribuições de Seguridade Social e a circunstância de integrarem um orçamento próprio, o orçamento da Seguridade Social, previsto no artigo 165, § 5º, inciso III, da Carta Magna, servem como fatores de distinção das contribuições de Seguridade Social frente aos demais tributos.

A contribuição do salário-educação, por outro lado, embora seja uma contribuição social, não se destina ao financiamento da Seguridade Social, nem integra o orçamento da Seguridade Social, tendo destinação constitucional própria. Como afirmou o Ministro Carlos Velloso no RE 148.754-2, “as diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são as seguintes: **a)** os impostos (C.F., arts. 145, I, 153, 154, 155 e 156); **b)** as taxas (C.F., art. 145, II); **c)** as contribuições, que podem ser assim classificadas: **c.1.** de melhoria (C.F., art. 145, III); **c.2.** parafiscais (C.F., art. 149), que são **c.2.1.** sociais, **c.2.1.1.** de seguridade social (C.F., art. 195, I, II e III), **c.2.1.2.** outras de seguridade social (C.F., art. 195, § 4º), **c.2.1.3. sociais gerais (o FGTS, o salário-educação, C.F., art. 212, § 5º, contribuições para o SESI, SENAI, SENAC, C.F., art. 240); c.3.** especiais: **c.3.1.** de intervenção no domínio econômico (C.F., art. 149), e **c.3.2.** corporativas (C.F., art. 149)” (grifou-se).

<sup>8</sup> Op. cit., p. 98.

As normas regulamentadoras do salário-educação transferiram às entidades de Seguridade Social (anteriormente IAPAS, atualmente INSS) tão somente as atribuições de arrecadação e cobrança de dita contribuição. Não transformaram o INSS em sujeito ativo da relação tributária, já que o produto arrecadado não é destinado ao financiamento da Seguridade Social tal como definida nos artigos 194 e 195 da Constituição, mas sim ao financiamento do ensino público fundamental conforme se depreende do artigo 212, § 5º, da Carta Magna.

Conforme ensina Geraldo Ataliba<sup>9</sup>, quando a norma instituidora do tributo não indica expressamente quem é o sujeito ativo da relação tributária, pressupõe-se que é a própria pessoa jurídica de direito público de capacidade política que editou a norma. No caso da contribuição do salário-educação, não há dúvida que é a União a pessoa jurídica competente para instituí-la (artigo 149 da Constituição). A pessoa jurídica que vai aplicar os recursos é o FNDE. Lembre-se que a prestação do serviço de ensino fundamental é atribuição dos Municípios, com a colaboração técnica e financeira da União e dos Estados (artigo 30, inciso VI, da Constituição Federal), já que a educação é um dever do Estado como um todo (art. 205 da Constituição). O FNDE vai administrar os recursos obtidos de forma a assegurar a consecução da finalidade determinada pela Lei Maior: manter o ensino fundamental.

O INSS exerce, tão-somente, a função de arrecadador de referido tributo, por delegação, como autoriza o artigo 7º do Código Tributário Nacional, repassando-o ao FNDE nos termos do artigo 15 da Lei 9.424/96. A Medida Provisória 1.565/97, que altera a legislação referente ao mencionado tributo, em seu artigo 4º, expressamente alude à possibilidade da contribuição ser recolhida ao INSS ou diretamente ao FNDE.

A delegação de competência ao INSS, portanto, jamais excluiu a competência do próprio FNDE — Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, entidade responsável pela aplicação dos recursos arrecadados, fiscalizar diretamente a contribuição em apreço. Assim, o Decreto 87.043/82, em seu artigo 13, após fazer referência à competência do IAPAS — Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — arrecadar e fiscalizar o salário-educação, aludiu à competência fiscalizatória do próprio FNDE. Posteriormente, o artigo 5º da Medida Provisória 1.565/97 determinou que “a fiscalização da arrecadação do Salário-Educação será realizada pelo INSS, ressalvada a competência do FNDE sobre a matéria”.

---

<sup>9</sup> Op. cit., p. 75.

O parágrafo único desse último dispositivo é ainda mais claro ao determinar que “para efeito da fiscalização prevista neste artigo, seja por parte do INSS, seja por parte do FNDE, não se aplicam as disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes, empresários, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los”. A competência fiscalizatória do INSS, portanto, não exclui a do próprio FNDE.

Importa concluir, portanto, que o INSS não é o sujeito ativo da obrigação tributária referente ao salário-educação<sup>10</sup>, sendo apenas titular de competências de arrecadar (em conjunto com o FNDE), fiscalizar (também conjuntamente com o FNDE) e executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas referentes ao aludido tributo (art. 7º do Código Tributário Nacional).

A legislação não é expressa nesse sentido, mas o sujeito ativo de referida exação é o próprio FNDE. Como ensina Geraldo Ataliba<sup>11</sup>, “se os tributos vinculados têm por hipótese de incidência uma atuação estatal, a pessoa que exerça essa atuação (União, Estados, D. Federal, Municípios, Autarquias, sociedades mistas e empresas públicas) será seu titular — e, em consequência, sujeito ativo”, não importando se os referidos tributos são “lançados e cobrados por si ou por outras pessoas”. A atuação constitucional do FNDE é viabilizar técnica e financeiramente o serviço de ensino público fundamental (art. 30, VI, da Carta Magna). O mesmo autor, aliás, ao se

---

<sup>10</sup> Ressalte-se que a Medida Provisória 1.565/97 também vem sendo considerada inconstitucional, uma vez que o artigo 246 da Carta Magna, incluído pela Emenda Constitucional n. 6/97, expressamente proíbe o emprego de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição alterado por emenda constitucional promulgada a partir de 1995. Ora, o artigo 212, § 5º, da Lei Maior foi alterado pela Emenda Constitucional n. 14, promulgada em 1996. Mesmo que venha a ocorrer o reconhecimento da inconstitucionalidade da aludida norma, desaparecendo qualquer referência normativa explícita à competência arrecadatória e fiscalizatória do FNDE, o INSS não passará a revestir a condição de sujeito ativo do tributo em tela. Isso não ocorreria nem que a competência para arrecadar e fiscalizar fosse, atualmente, apenas do INSS, já que o artigo 7º do CTN admite a delegação integral de tais atribuições a pessoa jurídica distinta do sujeito ativo da relação tributária. A caracterização do FNDE como sujeito ativo da contribuição do salário-educação decorre do perfil constitucional de aludido tributo (arts. 30, VI, e 212, § 5º, da Carta Magna) e de sua destinação orçamentária diversa das contribuições de Seguridade Social, não sendo necessário que tal caracterização seja expressa na lei, podendo ser implícita como admite Geraldo Ataliba (*op. cit.*, p. 75). Mesmo que a Medida Provisória 1.565/97 venha a ser declarada inconstitucional, portanto, as conclusões do presente estudo permanecerão válidas.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 76.

referir à contribuição do salário-educação<sup>12</sup>, a coloca como um tributo vinculado (por ter em sua hipótese de incidência uma atuação estatal indireta e mediatamente referida ao contribuinte), caracterizado por sua destinação específica (art. 212, § 5º, da Carta Magna).

Tendo em vista as considerações feitas acima é de se perguntar: no caso de reconhecimento judicial da inconstitucionalidade da cobrança do salário-educação, tendo sido pedida a restituição dos valores pagos a esse título, qual pessoa jurídica terá legitimidade passiva *ad causam*, sofrendo os efeitos da sentença e tendo que efetuar a devolução? Óbvio que será o FNDE, destinatário da arrecadação, já que o INSS não ficou com referidos valores, tendo exercido apenas os atos de arrecadação e cobrança, repassando-os posteriormente ao FNDE! O salário-educação, repita-se, jamais integrou o orçamento da Seguridade Social. Condenar o INSS a repetir o indébito nesse caso, na hipótese de se confirmar a inconstitucionalidade da exação em apreço, constitui consagração de locupletamento indevido além de trazer graves danos ao erário da Seguridade Social. Já que os recursos referentes ao salário-educação jamais integraram a receita da autarquia previdenciária, o INSS é parte ilegítima para a causa, portanto.

Na hipótese de reconhecimento judicial do direito à compensação, igualmente o FNDE é que sofrerá os efeitos da sentença. O INSS, porém, como titular de competências de arrecadação e cobrança, deverá integrar a relação processual como litisconsorte se houver pedido de compensação. Já que a atividade de cobrança e arrecadação de contribuições é atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º do CTN), a sentença que reconhecer o direito à compensação de salário-educação com salário-educação deverá determinar ao INSS, entidade competente para arrecadar e cobrar o referido tributo, que suporte as compensações realizadas pelos contribuintes, não constituindo de ofício o crédito respectivo. O INSS poderá, ainda, verificar se, no procedimento de compensação efetuado pelo contribuinte, não compensou este valor superior ao efetivamente recolhido. Nesse sentido, parte da jurisprudência, mesmo admitindo a desnecessidade de demonstração da liquidez e certeza do crédito a ser compensado, tem reconhecido que a compensação é feita por conta e risco do contribuinte, sem embargo do poder-dever da entidade arrecadadora rever o lançamento<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 170.

<sup>13</sup> Nesse sentido se encaminha decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região proferida na Apelação Cível nº 82.213-CE (95.05.16536-6), relatada pelo Juiz Hugo de Brito Machado (DJU 2 de 1/3/96, p. 11.179).

A única hipótese em que o INSS tem legitimidade para integrar o pólo passivo das ações judiciais envolvendo a alegação de inconstitucionalidade do salário-educação, portanto, e ainda assim como litisconsorte, é quando tais ações objetivarem compensar o referido tributo, face às repercussões da sentença sobre a competência fiscalizatória da autarquia previdenciária. Tal legitimidade, porém, não é exclusiva, já que o FNDE deverá necessariamente compor a lide, face à sua condição de sujeito ativo e de destinatário do produto da arrecadação, sendo a pessoa jurídica que efetivamente sofrerá os efeitos da compensação pela diminuição dos recursos destinados à consecução de suas finalidades.

### 3. A compensação do salário-educação

Tratando-se o salário-educação de contribuição social geral, não destinada ao custeio da Seguridade Social, impõem-se as seguintes conclusões: **a)** por não estar abrangida pelo artigo 195 da Carta Magna, que somente se refere às contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, não se sujeita ao prazo de noventa dias do § 6º, do mencionado artigo, devendo ser observado o princípio da anterioridade para sua cobrança; **b)** por ter previsão expressa no artigo 212, § 5º, da Lei Maior, que não alude a lei complementar para sua instituição, poderá ser criada por lei ordinária, sendo desnecessária lei complementar, restrita esta última às outras fontes de custeio da Seguridade Social aludidas pelo artigo 195, § 4º, da Carta Magna; **c)** não poderá ser compensada com tributo de destinação constitucional diversa, aí incluídas as contribuições de seguridade social arrecadadas pelo INSS (20% sobre a folha de salários a cargo da empresa, prevista pela Lei 8.212/91; 15% sobre a remuneração de administradores e autônomos e demais pessoas físicas sem vínculo empregatício, prevista pela Lei Complementar 84/96 etc).

Com referência à compensação, importa aludir à necessidade imposta pelo texto constitucional de que a mesma seja regulada por lei complementar, vez que se trata de hipótese de extinção do crédito tributário (art. 146, III, “b”, da Carta Magna). Por outras palavras, lei ordinária não pode, independentemente das normas traçadas pela lei complementar prevista pelo artigo 146 da Constituição, dispor sobre compensação. Ou se respeita a Constituição e se aplica a lei ordinária em consonância com o que determina a lei complementar sobre compensação tributária ou se aplica a lei ordinária independentemente da lei complementar e se viola o texto constitucional: *tertium non datur!*

São razoáveis, portanto, e prestigiam a Constituição as decisões judiciais versando compensação que determinam a observância das disposições contidas no artigo 170 do Código Tributário Nacional, acerca da necessidade de liquidez e certeza do crédito a ser compensado, vez que o CTN é, atualmente, a lei complementar exigida pela Carta Magna. Entre essas decisões, ressalte-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

**“TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. PRÓ-LABORE DE ADMINISTRADORES DE EMPRESA E CONTRIBUIÇÕES DE TRABALHADORES AUTÔNOMOS DECLARADOS (sic) INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPENSAÇÃO COM OUTRAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS ARRECADADAS PELO INSS. POSSIBILIDADE.**

A Lei nº 8.383/91 não revogou normas do Código Tributário Nacional (art. 170), que é Lei Complementar e dispõe acerca dos pressupostos autorizadores da compensação de créditos tributários.

Hipótese definida na legislação de extinção do crédito tributário (art. 156 do CTN), a compensação só está autorizada quando o crédito do contribuinte, em relação ao da Fazenda Pública, se revestir dos atributos de liquidez e certeza.

Na hipótese em que o crédito provém do pagamento de obrigações cuja legitimidade é contestada pelo contribuinte contra o entendimento fiscal, só adquire certeza após o pronunciamento do Poder Judiciário, proferido em ação em que aquele (contribuinte) seja parte ou em ação direta de inconstitucionalidade.

Crédito da mesma espécie, segundo o ensinamento dos juristas, são (sic) aqueles oriundos de contribuições ou tributos com a mesma destinação orçamentária.

Só se admite a compensação (instituto que a lei assemelhou à repetição), se a contribuição (ou o tributo pagos indevidamente), por sua natureza, não tiver sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade, prova esta cujos (sic) ônus cabe ao contribuinte.

Recurso provido. Decisão por maioria” (STJ, Resp. 112.753/RS,

**Relator Ministro Demócrito Reinaldo; Recorrente: INSS; Recorrido: Mercado da Construção DULAR Ltda.; Julgamento: 13/03/97, DJU 1 de 22/04/97, p. 14.392).**

Entre as normas legais que disciplinam a compensação de tributos e contribuições arrecadados pela Receita Federal, têm-se as Leis nºs 8.383/91, 9.250/95 e 9.430/96. Esta última, regulamentada pelo Decreto 2.138/97, admitiu a compensação de tributos e contribuições arrecadados pela Receita Federal independentemente de sua destinação. Tais normas, porém, somente produzem efeitos perante a própria Receita Federal, quando a União Federal é o sujeito ativo da relação jurídico-tributária ou a entidade arrecadadora.

Em se tratando de compensação de contribuições arrecadadas pelo INSS, importa considerar o que determinam as normas específicas, no caso o artigo 89 da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.129, de 20/11/95. Saliente-se que somente podem ser compensadas as contribuições recolhidas indevidamente que sejam: **a)** destinadas à Seguridade Social; **b)** arrecadadas pelo INSS, nos termos do *caput* do aludido dispositivo. Por outras palavras, contribuições não destinadas ao custeio da Seguridade Social, ainda que arrecadadas pelo INSS, caso sejam pagas indevidamente, não poderão ser compensadas com contribuições arrecadadas pelo INSS destinadas à Seguridade Social. É o caso do salário-educação e das contribuições destinadas ao SESI, SENAI, SESC, SENAC etc. O sujeito ativo do salário-educação não é o INSS, mas sim o FNDE, autarquia federal que administra os recursos respectivos e detém, ainda, competência fiscalizatória concorrente com a do INSS, conforme visto no item precedente. A autarquia previdenciária somente detém competências delegadas de arrecadação, cobrança e fiscalização do aludido tributo, não revestindo a condição de sujeito ativo de dita exação.

Não cabe alegar que o critério de compensação presente na Lei 9.430/96 (tributos que tenham a mesma entidade arrecadadora), restrito aos tributos arrecadados pela Receita Federal, deve ser seguido pelo INSS, de forma a admitir a compensação de salário-educação, por exemplo, com contribuição da empresa incidente sobre a folha. A uma porque existe norma legal específica tratando da compensação de contribuições arrecadadas pelo INSS (Lei 8.212/91) vedando tal possibilidade. A duas porque o artigo 89, *caput*, da Lei 8.212/91 não é inconstitucional, tendo eleito um critério decorrente da própria Carta Magna como meio de determinar as contribuições que podem ser compensadas: sua destinação orçamentária.

O Código Tributário Nacional, a seu turno, lei complementar em relação à qual todas as leis ordinárias que dispuserem sobre compensação devem guardar compatibilidade, determina, em seu artigo 170, que somente pode haver compensação entre créditos do sujeito passivo contra o sujeito ativo da relação tributária e débitos daquele perante este. Somente pode haver compensação entre duas pessoas ao mesmo tempo credoras e devedoras uma da outra, nos termos do artigo 1.009 do Código Civil. Ou seja, entre sujeito ativo e sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Ora, o INSS, repita-se, não é sujeito ativo da contribuição do salário-educação, razão pela qual a mesma não poderá ser compensada com contribuições arrecadadas pelo próprio INSS e destinadas ao custeio da Seguridade Social (20% sobre a folha de salários, 15% sobre a remuneração de autônomos e empresários, 1%, 2% ou 3% destinados ao seguro de acidentes de trabalho etc).

A Lei 8.212/91 alude à destinação orçamentária da contribuição como fator determinante da possibilidade ou não da mesma ser compensada com outra contribuição arrecadada pelo INSS, entendimento consagrado na decisão do Superior Tribunal de Justiça transcrita mais acima.

Por conseqüência, somente se pode compensar salário-educação com crédito do sujeito ativo da relação jurídico-tributária, no caso o FNDE. Ou seja, somente se pode compensar salário-educação com a própria contribuição do salário-educação, criada pela Lei 9.424/96. Obviamente, a essa compensação não se aplicam as normas do artigo 89 da Lei 8.212/91, como a que exige a demonstração do não repasse do valor da contribuição ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade. Tais normas somente se aplicam às contribuições cuja compensação é admitida pelo referido dispositivo, ou seja, às arrecadadas pelo INSS que se destinam ao custeio da Seguridade Social.

Admitir a compensação do salário-educação com outras contribuições arrecadadas pelo INSS e destinadas ao custeio da Seguridade Social, além de ser ilegal face ao que determinam os artigos 89 da Lei 8.212/91 e 170 do Código Tributário Nacional, trará prejuízos à Seguridade Social, reduzindo os seus recursos. Nem se diga que, sendo a compensação um direito, deve ser dada à mesma a interpretação mais ampla e mais favorável possível ao contribuinte. Sem embargo de estar referido entendimento em consonância com a proteção aos direitos e garantias individuais consagrado por um Estado que se pretenda um Estado de Direito, não pode ser olvidado que a legalidade também não pode ser ignorada no Estado de Direito, quer seja pelas entidades estatais, quer seja pelas particulares. A compensação,

como forma de extinção do crédito tributário, se sujeita a limites traçados pela Constituição e pelo CTN, lei complementar referida no artigo 146 da Carta Magna. Dentro dessa moldura, e desde que não haja inconstitucionalidade, pode o legislador ordinário dispor sobre compensação. A escolha do critério da destinação orçamentária do tributo é plenamente válido, tendo sido acolhido pela Jurisprudência inclusive.

Por outro lado, admitir uma ilegalidade sob o argumento de que a mesma instaura um tratamento mais favorável aos cidadãos é abrir as portas para que, amanhã, se pratique outra ilegalidade em prejuízo daqueles mesmos cidadãos. É ignorar todo o legado do liberalismo de que o governo das leis é melhor do que o governo dos homens. Especialmente em um Estado como o Brasil, no qual não se pode observar ainda, da parte da Administração Pública, uma atitude de respeito aos direitos e garantias fundamentais decorrentes da Carta Magna.

#### 4. Conclusões

A contribuição do salário-educação é contribuição social geral, não destinada ao custeio da Seguridade Social, mas sim à manutenção do ensino público fundamental, conforme determina a Constituição. O sujeito ativo de referida exação é o FNDE. O INSS detém, tão somente, nos termos do artigo 7º do CTN, competência delegada para arrecadar e cobrar o aludido tributo, não sendo sujeito ativo da relação jurídico-tributária.

Caso prevaleça o entendimento de incompatibilidade das normas referentes ao salário-educação com a atual Carta Magna, e o Judiciário venha a determinar a repetição dos montantes pagos a esse título por contribuinte, o INSS será parte ilegítima para a causa, uma vez que os recursos respectivos foram repassados ao FNDE, o qual deverá suportar a devolução dos mencionados valores, sofrendo os efeitos da sentença.

Na hipótese de ser autorizada judicialmente a compensação dos valores pagos a título de salário-educação, a mesma só poderá ocorrer com crédito do sujeito ativo da relação jurídico-tributária, no caso o FNDE. Somente poderão ser compensados, portanto, com o próprio salário-educação. Não poderá haver compensação com contribuições arrecadadas pelo INSS e destinadas ao custeio da Seguridade Social por terem esta destinação constitucional diversa (arts. 165, § 5º, e 195 da Constituição). Além disso, a lei somente admite a compensação de contribuição arrecadada pelo INSS destinada ao custeio da Seguridade Social (art. 89, *caput*, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.129/95), ou seja, em que o INSS é

o sujeito ativo da relação jurídico-tributária. Tal não ocorre com o salário-educação.

Nas ações judiciais que tenham por objeto a compensação de salário-educação, o INSS deverá integrar a relação processual como litisconsorte, uma vez que a sentença eventualmente favorável poderá ter repercussões sobre sua atuação fiscalizatória.

---

\* Procurador do INSS em Fortaleza



## I. COFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS<sup>1</sup>

*HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS \**

**A**pós tomar conhecimento de que a Escola Superior da Magistratura-Estado de Pernambuco pretendia lançar o primeiro número da sua Revista, imaginei, imediatamente, que seria uma honra para mim contribuir com a iniciativa.<sup>2</sup>

Primeiro, porque as publicações, inclusive as jurídicas, fornecem a possibilidade de uma análise crítica mais ampla daquilo que se escreve.

Depois, porque há um pouco mais de seis meses encaminhei Ofício à Diretoria da Instituição exatamente com esta proposta.

Enfim, é com este espírito que me posiciono, em seguida, sobre três pontos polêmicos e atuais que ainda emergem entre os temas de Direito Tributário que constantemente chegam à Justiça Federal.

O primeiro diz respeito à possibilidade de se incluir os imóveis no conceito de mercadoria; e, como tal, fazer incidir a COFINS —

---

<sup>1</sup> A Lei Complementar nº 85, 15.02.96 (Altera o art. 7º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que estabelece a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — COFINS). pub. DOU de 16.02.96. Esta lei fixa hipóteses de isenção da COFINS

<sup>2</sup> Este artigo foi publicado na Revista na ESMape — Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco, Ano 1, Número 1, Junho de 1996.

CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL, quando da alienação dos mesmos por empresas incorporadoras e congêneres.

O segundo diz respeito à tese da impossibilidade de se compensar o remanescente do FINSOCIAL (atual COFINS — CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL) com parcelas indevidas do PIS — PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. Note-se que o que se defende não é a aplicação retroativa da Lei nº 9.250/27.12.95 (Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências) (1), mas a tese de que o conceito de espécie, em Direito Tributário, abrange, quando se trata das contribuições especiais, o destino dos valores arrecadados.

O terceiro diz respeito ao instituto da compensação liminar, que não extingue por si a obrigação quando se trata dos tributos lançados por homologação.

Como se vê, são temas polêmicos, sobre os quais o Judiciário não vem decidindo de modo uniforme.

Logo, entre as várias interpretações possíveis, escolhi aquelas que apresento mais adiante.

Antes de transcrevê-las, advirto que os textos refletem algumas das minhas decisões.

## **II. Os imóveis devem ser considerados “mercadorias” para efeito da incidência da COFINS (Incorporadoras).**

Normalmente, os argumentos colacionados pelos Impetrantes dos Mandados de Segurança que se opõem a esta afirmação podem ser resumidos nestes termos:

A Impetrante argüi que: **a)** é pessoa de direito privado, do ramo da construção civil, cujo objetivo social é a construção de edificações para fins de incorporação imobiliária; **b)** a Autoridade Impetrada vem exigindo da Impetrante o recolhimento da COFINS — CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL; **c)** esta exação não é devida pela Impetrante, que exerce a atividade de incorporação imobiliária; **d)** a alíquota e a base de cálculo da CONFINS — CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL estão delineadas no art. 2º, da Lei Complementar nº 70/30.12.91 (Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro

das instituições financeiras, e dá outras providências) (2); **e**) a Impetrante exerce atividade de construção de edificações compostas de unidades autônomas; primeiramente para si, e, posteriormente, repassadas para terceiros; **f**) a atividade de construção de bens imóveis, para si, e depois o repasse para terceiros, não se inclui no conceito de mercadoria, sendo ilegal a incidência da COFINS — CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL; **g**) a atividade da Impetrante não pode ser enquadrada como uma venda de mercadoria ou como uma prestação de serviço; **h**) a Incorporação Imobiliária não é uma prestação de serviços, conforme estabelece a Lei nº 4.591/16.12.64(3), pois a Impetrante constrói para si própria, e somente depois de concluída a obra é que a mesma realiza a venda do bem construído; **i**) o legislador não pretendeu, implícita ou explicitamente, que a exigência da COFINS atingisse a atividade de Incorporação Imobiliária; **j**) não cabe ao intérprete alterar os conceitos e formas do direito privado; **k**) não há razão para a exigência da exação, em face da inexistência de fato gerador.

Ao final, rotineiramente se requer o seguinte: **a**) a concessão de medida liminar para que a autoridade Impetrada não venha a praticar qualquer ato coativo contra o patrimônio da Impetrante, e para que fique suspensa a exação COFINS — CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL; **b**) a concessão da segurança definitiva.

Notificada a Autoridade Coatora (Delegado da Receita Federal) a prestar informações, via de regra, o faz argüindo que: **a**) os imóveis podem ser, e são objeto de especulação, devendo, desse modo, entrarem essas especulações no âmbito do direito comercial, igualando-se os imóveis aos bens suscetíveis de comercialização; **b**) a Lei nº 4.068/09.06.67(4) declarou como atividade comercial a de construção; **c**) a Lei Complementar nº 70/91, estabeleceu, no parágrafo único do art. 2º, o que deveria ser excluído da ase de cálculo. E, nos arts. 6º e 7º, elencou os casos de isenção; **d**) a receita da venda de imóveis deve ser enquadrada na base de cálculo da contribuição; **e**) não se pode dar ao vocábulo “mercadoria” sentido restritivo, pois tudo que se compra e se vende enquadra-se no conceito de mercadoria, inclusive os imóveis; **f**) a referida Lei Complementar nº 70/91 foi declarada constitucional pelo Eg. STF(5).

Diante destas ponderações, venho afirmando:

“Inicialmente, faço constar que o fenômeno da mercantilização dos bens imóveis já de há muito é uma realidade jurídica, não sendo a semântica de uma palavra (mercadoria) um caminho seguro para a interpretação adequada da norma.

No caso dos incorporadores de imóveis, a própria Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre as incorporações imobiliárias, já admitia que estas empresas, quando insolventes, estivessem sujeitas à falência (art. 43), instituto caracteristicamente mercantil.

O que significa dizer que a incorporação imobiliária encontrava-se equiparada às atividades de comércio, cujo objeto não é outro senão o de operar com mercadorias. Enfim, dentro da orientação da lei supramencionada, os imóveis são equiparados às mercadorias.

Assim se fez porque como mercadoria se entende todos os bens que se sujeitem à atividade do comércio. No caso, é inegável, no próprio objeto da empresa (construção e repasse das unidades construídas para terceiros), que a atividade comercial ocorre em função da própria natureza da incorporadora, que exige a especulação direta com o bem.

Enfim, desconsiderar que os imóveis atualmente também podem ser objeto de especulação mercantil, e com isto integrar o conceito de mercadoria, é desconhecer a realidade vigente e querer se firmar em um tempo onde esta atividade não existia.”

II. Reforçando o meu entendimento, passo a elencar o que se segue:

**a)** o Acórdão unânime da 2ª Seção do TRF — 1ª Região, diz “in verbis”:

“EMENTA: COFINS. LC 70/91. EMPRESAS CONSTRUTORAS. IMÓVEIS. COMERCIALIZAÇÃO.

1. O conceito de mercadoria para fins tributários não se restringe às coisas móveis, albergando, também, os imóveis que, tendo valor econômico, possam ser objeto de comércio.

2. Neste sentido, as empresas voltadas para a construção e comercialização de imóveis sujeitam-se à incidência de COFINS, seja como prestadoras de serviço ou porque vendem mercadorias.

3. Precedentes da 2ª Seção — MMSS 94.01.31862-0/DF e 95.01.06991-5/DF.

4. Segurança denegada.” (Ac. un da 2ª Seção TRF — 1ª Região, MS nº 95.01.11294-2/DF, Rel. JUIZ FERNANDO GONÇALVES, DJU 02.10.95, p. 66.433) **(GRIFEI)**;

**b)** a afirmação constante no vol. V, 1ª parte, Livro III — Das Causas no Direito Comercial, nº 4 — Do Estabelecimento Comercial / Das Mercadorias

/ Da Propriedade Industrial, do Tratado de Direito Comercial Brasileiro, de JOSÉ XAVIER CARVALHO MENDONÇA, quando o mesmo fez registrar que a exclusão da compra e venda de imóveis do elenco dos atos de comércio não mais se justificava, *ja à época dos seus comentários* (6).

Ora, esta opinião do festejado jurisconsulto se deu entre a década de 20 e o início da década de 30;

**c)** a severa discordância de PONTES DE MIRANDA, que não admitia “a pré-exclusão dos bens imóveis” do conceito de mercadoria, atribuindo esta posição a um inexplicável romanismo tardio (*Apud* “COFINS nas Operações com Imóveis e Empresas Construtoras.” NAVARRO COELHO, Sacha Calmon — IV Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário);

**d)** o parecer ministerial (7):

“Não se pode negar, atualmente, que os bens imóveis podem ser objeto de especulação mercantil. Nossa realidade não permite mais desconsiderar o fenômeno da mercantilização de imóveis.

Percebe-se a evolução do conceito de mercadoria. Outrora, referia-se, tão somente, às coisas móveis que fossem objeto de comércio. Modernamente, devido a multiplicação das grandes metrópoles e incrementação da indústria de construção civil, estende-se a conceituação aos bens imóveis. Haja vista o surgimento dos negócios imobiliários especulativos.

Além de ser, de direito, uma sociedade comercial, ela, de fato, realiza atividade comercial, na medida em que seu objetivo é a venda de imóveis.

Pode-se ainda asseverar, que, com o advento da Lei nº 4.068/62, as empresas de construção passaram a ser comerciais.

Assim, não é por tratar-se de bem imóvel, que será excluído do conceito de mercadoria, e muito menos, que não será caracterizada a atividade mercantil. Logo, deverá incidir sobre estas operações a COFINS.

Com este mesmo entendimento, encontra-se na Revista dos Tribunais — Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, ano 1, nº 4, julho a setembro de 1993, o Parecer do Ilustre Professor Vittorio Cassone, que, por sua grande lucidez sobre o tema, exigiu uma pequena transcrição:

‘Em conclusão, é meu entender que, pela conjugação dos princípios constitucionais que norteiam as contribuições sociais destinadas à

Seguridade Social (para custeio da saúde, previdência e assistência), e dos arts. 1º e 2º da LC 70/91, e da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial quanto ao alargamento do conceito das empresas comerciais (*e, via de consequência, de “mercadorias”*), e, até de tendência do STF quanto às várias contribuições sociais, *as empresas imobiliárias e outras da mesma natureza, que operam com imóveis com fim especulativo*, aspecto que dá margem à interpretação ampliativa (não confundir com extensiva) ao significado de mercadoria, *são contribuintes da COFINS.”*

Por tudo isto, venho julgando improcedente este tipo de Ação.

### **III. Não é juridicamente possível a compensação entre o excedente do FINSOCIAL com o PIS.**

Normalmente, os argumentos colacionados pelos Impetrantes podem ser resumidos nestes termos:

A Impetrante argüi que: **a)** pretende valer-se da compensação de valores do FINSOCIAL, oriundos de pagamentos realizados acima da alíquota de 0,5%, com os débitos vincendos, relativos à contribuição social COFINS e ao PIS; **b)** utilizou, para o dimensionamento do crédito relativo ao FINSOCIAL, os mesmos índices de atualização praticados pela Justiça Federal; **c)** o Eg. STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1/120, prolatou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do FINSOCIAL; **d)** o FINSOCIAL tem a mesma espécie que a COFINS e o PIS, satisfazendo os parâmetros legais exigidos para a compensação estabelecida no art. 66 da Lei nº 8.383/91; **e)** a Instrução Normativa nº 67/26.05.92, reconhecendo o princípio da correção monetária, estabeleceu restrição ilegal, ao dispor que não se aplicaria a correção monetária a períodos anteriores a 01.01.92. Esta Instrução Normativa fere a Súmula nº 46, do ex- TFR; **f)** a autoridade Impetrada (Delegado da Receita Federal) vem se negando a fornecer a certidão negativa de débitos.

Ao final, rotineiramente se requer o seguinte: a) a concessão de medida liminar para: a.I) que a Impetrante proceda ao lançamento dos valores do FINSOCIAL, pagos indevidamente, com débitos da COFINS e do PIS, vencidos, já compensados, permitindo-se a utilização dos mesmos índices de atualização monetária atribuídos à União Federal na cobrança de seus créditos; a.II) que as autoridades coatoras se abstenham de adotar contra a Impetrante quaisquer medidas coativas ou punitivas que a impeçam de efetuar compensações na forma do contido no art. 66, § 1º, da Lei

nº 8.383/91, sem prejuízo da atividade fiscalizadora tendente a verificar a exatidão das compensações nos moldes descritos, a fim de que possam ser homologados os correspondentes lançamentos, determinando-se que a Autoridade Coatora forneça a CND (Certidão Negativa de Débito); **b)** a concessão da SEGURANÇA DEFINITIVA.

Discute-se, portanto, a compensação do que foi pago a maior referente à contribuição para o FINSOCIAL com o pagamento da contribuição para o COFINS e para o PIS.

Verifica-se, via de regra, nas cópias dos Contratos Sociais das Impetrantes, que estas têm por objeto a prática de atividades de natureza industrial e mercantil (ou outras atividades que não impliquem em prestação de serviços).

Portanto, parece-me necessário que se faça uma rápida alusão à classificação dos atos de comércio.

Sobre este assunto, saliento a classificação de um dos nossos maiores juristas, que foi **José Xavier Carvalho de Mendonça**.

É o que fará a seguir.

Para este jurista, os atos de comércio deveriam ser divididos em três categorias:

- a) ato de comércio por natureza, que é aquele onde a atividade de intermediação exsurge com todo o vigor. O ponto central deste gênero de ato é a existência imediata de especulação direta com o bem;
- b) ato de comércio por dependência, por conexão, por conexidade ou acessório, que é aquele que adota em seu conteúdo bens necessários à realização da atividade mercantil-especulativa. É o caso dos móveis e imóveis utilizados como instrumento para o desenvolvimento da atividade de comércio;
- c) ato de comércio por força da lei, que é aquele, como o próprio nome indica, ao qual a lei atribui a qualidade de mercantil. É o caso das operações com letra de câmbio e nota promissória, dos contratos das sociedades por ações, etc..

Desta classificação se pode concluir que as Impetrantes normalmente adotam como atividade principal a prática de atos de comércio por natureza, havendo os serviços por elas prestados de serem enquadrados na categoria dos atos de comércio por dependência ou por conexão, porquanto realizados com o objetivo de viabilizar a atividade mercantil-especulativa.

II. Dito isto, passo a reproduzir o meu entendimento a respeito do FINSOCIAL incidente sobre as empresas comerciais, que foi extinto pela Lei Complementar nº 70/91.

Logo, o que virá disposto a seguir já se encontra assente na Jurisprudência.

No entanto, antes de apresentar a posição do STF e o entendimento sumulado do Tribunal Regional Federal — 5ª Região, será tomado de empréstimo um valioso resumo sobre o assunto, da lavra do saudoso Dr. PETRÔNIO MARANHÃO GOMES DE SÁ, anterior Juiz Federal Titular desta Vara (9):

“Assim, inicialmente, comporta registrar que o FINSOCIAL foi criado pelo DL 1940/82, tendo como destinação custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor (art.1º) Tinha duas alíquotas: 0,5% sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizassem venda de mercadorias, bem como instituições financeiras e sociedades seguradoras; e de 5% para as empresas públicas e privadas que se dedicassem á venda de serviços, sendo que, nesta última hipótese, a base de cálculo seria o valor do Imposto sobre a Renda devido.

Posteriormente, a Lei nº 7.611/87 alterou a destinação dos recursos do FINSOCIAL, para incluir custeio com investimentos na área da justiça. Ainda no mesmo ano de 1987, o DL 2397 inovou a incidência do FINSOCIAL no tocante às sociedades legalmente regulamentadas e ampliou sua alíquota em 0,1% (um décimo por cento).

Logo em seguida, o DL 2413/89 destinou esse 0,1% para financiamento da reforma agrária. E o DL 2463/89 mais uma vez alterou a destinação dos recursos do FINSOCIAL, desta feita para a aplicação em programas, projetos e atividades de saúde, previdência e assistência social. Também fixou, em definitivo, a alíquota de 0,6, revogando a destinação prevista no DL 2413/89. Vale anotar que esse último DL, o de nº 2464, foi rejeitado expressamente pelo Decreto Legislativo nº 77, de 15.12.89, publicado em 20.12.89. Entretanto, em 15.12.89 foram publicadas as Leis 7.689 e 7.690, sendo que a primeira, em seu art. 9º, fazia remissão ao art. 195, I, da CF.

Posteriormente, foram os arts. 28 da Lei 7.738/89, art. 7º da Lei 7.787/89, art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90, que vieram alterar o art. 9º da Lei 7.689/88”.

Portanto, a legislação, como facilmente se pode observar, é uma seqüência de idas e vindas legislativas.

No entanto, seguindo o critério de obediência ao Texto Constitucional, veio a Jurisprudência a fixar o seu entendimento, que foi o seguinte.

O STF, TP, no Recurso Extraordinário nº 150764-1, Pernambuco, Recorrente: União Federal; Recorrida: Empresa Distribuidora Vivacqua de Bebidas Ltda., assim se pronunciou:

“Contribuição Social — Parâmetros — Normas de Regência — FINSOCIAL — Balizamento temporal. A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à Sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias — folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL características de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1.940/82 com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo à edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais — artigos do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Transitórias — preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL.

Imcompatibilidade manifesta do artigo 9º da Lei nº 7.689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional.”

O Eg. Tribunal Regional Federal — 5ª R. sumulou a matéria.

Este é o texto da sua Súmula nº 06 (pub. DJU, 14.10.93, Seção II, p. 43.516):

“Subsiste, até a vigência a eficácia da Lei Complementar nº 70/91 a cobrança do FINSOCIAL com base no Decreto-Lei nº 1.940/82, sendo inconstitucionais as alterações introduzidas pela Lei nº 7.787/89, *ressalvada a situação das empresas prestadoras de serviços.*”

III. Considerando estes pressupostos, venho decidindo liminarmente nos termos seguintes:

“(…)

Tenho comigo que o art. 170, CTN merece ser melhor analisado, pois o mesmo é textual ao autorizar a compensação apenas na hipótese de existirem créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Portanto, poderia ser apressado realizar compensações do excedente inconstitucional do FINSOCIAL com parcelas a serem devidas da COFINS e do PIS, dado que as mesmas variam em função do faturamento, que não é líquido e certo.

Mais: a Lei nº 8.383/91 apenas autoriza a compensação entre tributos e contribuições da mesma espécie (10).

O conceito de espécie, para efeito de compensação, há de ser entendido de maneira restrita; ou seja, de acordo com a afetação constitucional.

Entre as contribuições, o critério a ser adotado é exatamente este: o da finalidade.

‘Prima facie’, parece-me indiscutível que o substrato normativo da COFINS (CF /88, art. 195, inc. I — faturamento) não se confunde com o do PIS (CF/88, art. 239). Afora o fato de que a afetação constitucional dos produtos arrecadados é nitidamente distinta.

Sendo incabível a compensação de tributos com destinações orçamentárias diversas, conforme já afirmou o Eminentíssimo juiz Dr. HUGO MACHADO, Relator da AMS nº 42.486 — CE (Apelante : Fazenda Nacional. Apelado: Mercantil São José S/A Com. Ind.).

Admitir a compensação, indistintamente, entre estas espécies tributárias é defender interpretação extensiva em favor de uma modalidade de extinção do crédito tributário que seguramente não é a normal.

*Ora, o pagamento é que é a modalidade normal de extinção do crédito tributário. Todas as demais, portanto, merecem interpretação restritiva.*

**Mais do que isto, pois, se não tem o contribuinte a faculdade de optar, entre os seus débitos vencidos, sobre aquele que pretende pagar (CTN, art. 163), nenhuma razão se teria para lhe atribuir o direito de optar entre o que deve ser compensado.**

A idéia-base que venho defendendo é a de que a compensação da COFINS, acaso possível, deve ser realizada com a contribuição que foi por ela sucedida (FINSOCIAL), preservando as mesmas características.

O mesmo raciocínio, no entanto, não pode ser reproduzido quando se trata do PIS, cujos amparos constitucionais são nitidamente diversos, como há pouco ficou demonstrado (CF/88, art. 195, inc I — faturamento; art. 239).

**Frise-se: se o contribuinte não tem a faculdade de optar, entre os seus débitos, sobre aquele que pretende pagar (CNT, art.163) (11), não encontro razão para lhe atribuir o direito de escolher entre o que deve ser compensado, ainda mais quando assim se pretende proceder entre contribuições cujos destinos eram diversos (FINSOCIAL - PIS).**

Creio mesmo que a interpretação extensiva das hipóteses de compensação termina por implicar no emprego da equidade como uma forma de dispensa do pagamento do tributo devido, o que é vedado por lei (CTN, art. 108, §2º).

Portanto, resta discutir a possibilidade de compensação entre a COFINS e o havido como excedente a título de FINSOCIAL.

Sobre este assunto já me manifestei dizendo: '(...) destaco que se demonstra assente na Jurisprudência o entendimento a respeito do excedente de inconstitucionalidade do FINSOCIAL, havendo inúmeras Empresas que já levantaram por Alvarás percentual viciado. Portanto, tenho o entendimento de que o valor indevido pago a maior pode ser compensado com as quantias relativas à COFINS, pois me parece indiscutível que esta contribuição possui a mesma natureza do artigo FINSOCIAL, não sendo senão a sua sucessora."

#### **IV. Não é satisfativa a liminar que autoriza a compensação entre o excedente do FINSOCIAL e a COFINS.**

Quanto à constante alegação de que a liminar requerida detém natureza satisfativa, entendo que este obstáculo esteja superado diante das tantas decisões do Eg. TRF — 5ª Região, que permanecem a dizer que a compensação prevista no art. 66, da Lei nº 8.383/91 não possui tal natureza.

Como exemplo do que digo, aponto:

**a)** o pronunciamento do atual Juiz Presidente, à época Juiz Relator — Vice Presidente, Dr. LÁZARO GUIMARÃES, que afirmou: 'A Lei nº 8.383/91, art.66, criou nova modalidade de compensação, daí a aparência do direito líquido e certo invocado pela impetrante, atingido pelo ato omissivo do impetrado. O perigo de lesão decorre do óbice à utilização da forma abreviada de compensação, com imediato prêmio financeiro. Assim, defiro a liminar para anterior a compensação, ressalvada a possibilidade de fiscalização pelos órgãos competentes.' (DJU 17.10.94, Seção II, p. 58.942);

**b)** o pronunciamento do Juiz Relator, Dr. RIDALDO COSTA, que afirmou: ‘(...) entendia, antes, que a liminar que autoriza a compensação de tributos tinha natureza satisfativa, haja vista ser a compensação de créditos forma de extinção das obrigações.

Todavia, o Eg. Plenário desta Corte tem-se manifestado favoravelmente à tese segundo a qual a liminar em exame não é satisfativa, vez que a compensação, nos termos do art. 66, da L. nº 8.383/91, não extingue o crédito tributário, não se confundindo com a compensação, nos termos em que a palavra é tradicionalmente empregada. Neste sentido, manifestou-se o eminente Juiz CASTRO MEIRA, no AGR. em MS nº 43.399 — PE: ‘No que tange ao perigo de dano, parece-me também inexistente. Como enfatizou o Juiz HUGO MACHADO, trata-se de tributo em que o lançamento se procede por homologação. Desse modo, o crédito tributário somente se aperfeiçoa, em caráter definitivo, de forma explícita, com a manifestação da autoridade competente concordando com os atos praticados pelo contribuinte, ou, de modo implícito, pelo decurso do quinquênio legal. Não há, assim, o perigo de produzir-se a imediata extinção do crédito tributário, que fica submetida à condição resolutiva.’ (DJU 22.09.94, Seção II, p. 53.394).

Além do mais, merecem ser consideradas as palavras do Juiz PETRÚCIO FERREIRA, em favor da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dizendo sobre a importância da liminar que assegura o próprio objeto da ação, pois, em sendo a mesma julgada procedente, não estaria a Autora obrigada a recorrer à repetição de indébito (DJU 14.09.94, Seção II, p. 51.106);

Adotando o que aqui vem sendo exposto, compreendo fundamentada a liminar que autoriza a compensação da COFINS apenas com o excedente inconstitucional do FINSOCIAL.

Isto porque, com o máximo respeito aos que pensam o contrário, considero inadequada uma interpretação que estenda ainda mais a abrangência do instituto da compensação em matéria tributária. Inclusive porque há toda uma larga reflexão doutrinária em torno do art. 1017, CC, que não deve *ad limine* ser afastada.

Neste diapasão, merecem ser lembradas as palavras de J. M. CARVALHO SANTOS, ‘in’ Código Civil Brasileiro Interpretado, Livraria Freitas Bastos S. A., vol. XIII, 13ª ed., p. 308, tantas vezes repetidas pelo Exmo. Sr. ex-Presidente do Eg. TRF 1ª R., Dr. HERMENITO DOURADO (‘apud’ DJU, Seção 2, 20.04.94, p. 17.160). O que se transcreve a seguir diz respeito ao caráter nitidamente excepcional que se encontra na compensação de créditos tributários. ‘In verbis’:

‘Visa-se impedir, em suma, que fiquem paralisadas as frentes de renda com que conta a administração pública para satisfazer as suas necessidades, que são também as da comunhão.

As contribuições fiscais são para o Estado o que os alimentos são para o homem. Elementos essenciais para a própria manutenção.’

Ainda aqui, tenho a dizer que é uma verdade apenas parcial a de que o Fisco possa recuperar os valores não recolhidos em virtude de uma eventual suspensão, porquanto, admitindo a hipótese de ser descabida a pretensão formulada, o dinheiro que não ingressou nos cofres públicos já teria provocado todo um aprofundamento nas gritantes carências que cada vez mais se alinham no setor da seguridade social (saúde, previdência, assistência aos desvalidos);

Em suma: considerando o que foi dito, venho negando liminares em favor da compensação tributária entre exações que possuem substratos normativos claramente diferenciados.”

Por isto, venho concedendo a segurança apenas no que diz respeito à compensação da COFINS até o limite do crédito excedente do FINSOCIAL, o que não impede a possibilidade de fiscalização pelos órgãos competentes.

Portanto, mesmo após decorrido um certo período desde que formei esta convicção, continuo a admitir como válidos os argumentos que nela foram esposados.

Acrescento, contudo, que não basta admitir a possibilidade da compensação, pois é também fundamental se determinar a atualização dos valores compensados.

Sobre isto, registro que quanto à compensação e os seus indexadores, diz a Lei nº 8.383/30.12.91, em seu art. 66:

a) “Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultantes 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.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da UFIR.”

Diante deste dispositivo de lei, e ratificando o até aqui transcrito, é que continuo a analisar a possibilidade de compensação da COFINS com o FINSOCIAL.

Como foi visto, a legislação permite que tributos e contribuições federais sejam compensados com outros da mesma espécie.

Logo, não parece difícil retirar a conclusão de que é cabível a compensação do que foi pago indevidamente a título de FINSOCIAL com a COFINS, vencida ou vincenda.

De igual modo, quanto à questão da correção monetária do crédito do contribuinte pelo que foi pago indevidamente, entendo que haverá de sofrer atualização monetária integral, sob pena de o Fisco obter um indevido enriquecimento à revelia das garantias individuais conquistadas em nosso Estado Democrático de Direito.

Além disto, o texto da lei não permite dúvidas ao determinar a correção monetária com base na variação da UFIR.

Ainda quanto à correção monetária, é de ser destacado que tudo aquilo que foi pago indevidamente haverá de ser corrigido desde o momento do pagamento indevido.

Isto porque desadequada é a adoção de tratamento que não consagre a isonomia entre o Fisco e o contribuinte.

Os créditos e os débitos do Fisco têm de ser submetidos aos mesmos indexadores econômicos.

É de absoluta improcedência admitir-se como juridicamente válido que a correção do indébito se dê apenas a partir de janeiro de 1992, quando foi criada a UFIR.

Logo, não deve ter eficácia jurídica a Instrução Normativa nº 67/92 — Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (Dispõe sobre a compensação de recolhimento ou pagamento indevido ou a maior, pelo Departamento da Receita Federal), que determina a correção apenas a partir deste período.

Enfim, considero que o adequado é julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE este tipo de ação (compensação entre o excedente do

FINSOCIAL com a COFINS e o PIS), concedendo a segurança pleiteada, pelos fundamentos acima expedidos, para determinar a compensação dos valores recolhidos indevidamente do FINSOCIAL apenas com as parcelas da COFINS, vencidas ou vincendas, operando-se a correção monetária pelos mesmos índices que são adotados em favor da Fazenda Nacional, desde o pagamento indevido até a efetiva compensação (princípio da isonomia).

#### **IV. Conclusão:**

Como os assuntos aqui tratados ainda são bastante polêmicos, é possível dizer que o mais prudente seria evitá-los. Ocorre que só os enfrentando é que se tornará possível atingir raciocínios mais completos, e com uma força de convencimento maior.

Note-se que, como quase tudo de Direito, existem teses opostas supedaneadas em lições proferidas pela mais abalizada doutrina e jurisprudência, de modo que não pretendo alçar as minhas conclusões a uma situação de imodificabilidade.

Pois, bem ao contrário, o que objetivo é aprofundar ainda mais o debate.

Portanto, estou entre aqueles que entendem que só a mais ampla discussão de temas deste jaez, inclusive na esfera judicial (nas diversas instâncias), é que permite o regular cumprimento do princípio constitucional do contraditório.

Em seguida, colaciono as minhas conclusões:

- a)** vai longe o tempo onde apenas se comercializava bens móveis;
- b)** a nova lei que restringe a compensação de tributos (Lei nº 9.250/95), ao proclamar a mesma destinação constitucional como requisito para a compensação, detém caráter meramente interpretativo, não retroagindo os seus efeitos; mas apenas colhendo a interpretação mais razoável do art. 66, Lei nº 8.383/91;
- c)** a compensação liminar, diante de tributos lançados por homologação, não extingue o crédito; pois a extinção fica ao encargo da homologação futura - explícita ou implícita.

É como concludo.

(1) Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importâncias correspondentes a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes.

(2) Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de 2% (dois por cento) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

(...)

Art. 6º São isentas da contribuição:

I — as sociedades cooperativas que observarem ao disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades;

II — as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

III — as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Art. 7º É ainda isenta da contribuição a venda de mercadorias ou serviços, destinados ao exterior, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

(3) Lei nº 4.591, de 16 dezembro de 1964: Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

(4) Lei nº 4.068, de 09 de junho de 1962: Declara comerciais as empresas de construção e dá outras providências.

Art. 1º São comerciais as empresas de construção.

(5) Como se sabe esta matéria foi julgada pelo STF, que, por unanimidade, decidiu por ser esta contribuição CONSTITUCIONAL.

Como a decisão foi proveniente de Ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante, “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário” (CF/88 — Em. Const. nº 03/93, art. 102, § 2º).

A seguir, apenas se esclarece alguns dos mais destacados argumentos dos mais destacados do Min. Moreira Alves, que foi o primeiro a votar.

Disse ele: 'Não há como vislumbrar que a Constituição vede que a União arrecade os recursos da COFINS, já que eles são repassados às áreas a que se destinam: saúde, 'previdência e ação social.'

Disse, ainda, quanto à questão da anterioridade: 'É improcedente esta argumentação. A COFINS é regida pelo artigo 195, § 6º da Constituição, que diz que a contribuição prevista neste artigo poderá entrar em vigor em 90 dias depois da publicação da lei. '(*apud* Gazeta Mercantil, 02.12.93, p. 37).'

(06) A 2ª Edição foi posta em dia por ACHILES BEVILÁQUA e ROBERTO CARVALHO DE MENDONÇA. Livraria Editora Freitas Bastos, RJ, 1934.

(07) O trecho foi transcrito conforme Parecer do MPF, lançado na 9ª Vara Federal/PE, Proc. nº 95.0426-7.

(08) Sobre o FINSOCIAL das empresas que têm por objeto a prestação de serviços, venho concluindo, afirmando: no que diz respeito ao FINSOCIAL incidente sobre as prestadoras de serviços, concordo com o Acórdão do Eg. TRF 1ª Região (AMS nº 93.01.33388-0/MG; Rel.: Juíza ELIANA CALMON; Apelantes : Transexito Ltda e outro; Apelada : Fazenda Nacional; Julg. unânime, DJ — Seção II — p. 8.922, de 10.03.94), entendendo que se deva proceder do seguinte modo: **a**) até dezembro de 1988, nos moldes do Decreto-lei nº 1.940/82; ou seja, 5% (cinco por cento) sobre o valor resultante do Imposto de Renda; **b**) inexistente de dezembro de 1988 a junho de 1989 (Desapareceu o FINSOCIAL, para as empresas prestadoras de serviços, com o advento da Lei nº 7.689/88; isto pela identidade de destinação e base de cálculo com a Contribuição Social sobre o lucro das pessoas jurídicas, que foi criada por esta lei); **c**) a partir daí, é devido à razão de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) sobre a Receita Bruta mensal; e **d**) sem as majorações posteriores, ocasionadas pela Lei nº 7.789/89 — 1% (um por cento); Lei nº 7.894/89 — 1,2% (um vírgula dois por cento); e Lei nº 8.147/90 — 2% (dois por cento); igualando-se as empresas prestadoras de serviços às comerciais.

(9) — Este trecho foi extraído da Sentença proferida no Processo. nº 92.9148-2 — 9ª Vara Federal/PE.

(10) — Lei nº 9.250/27.12.95 (Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências):

(...)

Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.

(11) Art. 163. Existindo simultaneamente dois ou mais débitos vencidos do mesmo sujeito passivo para com a mesma pessoa jurídica de direito público, relativos ao mesmo ou a diferentes tributos ou provenientes de penalidade pecuniária ou juros de mora, a autoridade administrativa competente para receber o pagamento determinará a respectiva imputação, obedecidas as seguintes regras, na ordem em que estão enumeradas:

I — em primeiro lugar, aos débitos por obrigação própria, e em segundo lugar aos decorrentes de responsabilidade tributária;

II — primeiramente, às contribuições de melhoria, depois às taxas e por fim aos impostos;

III — na ordem crescente dos prazos de prescrição;

IV — na ordem decrescente dos montantes.

---

\* Professor da Escola Superior da Magistratura/PE. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Juiz Federal/PE. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Delegado da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco na AJUFE — Associação Nacional dos Juízes Federais (1996). Ex-Procurador-Judicial do Município do Recife. Ex-Consultor e Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Assessor do Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Pernambuco. Ex-Professor visitante da Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Assessor do Relator da Comissão de Sistematização da Constituição do Estado de Pernambuco/89. Ex-Membro da Comissão de Sistematização Legislativa — Estado de Pernambuco.



## DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

FRANCISCO JOSÉ DE CAMPOS AMARAL \*

**A** Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre a proteção e defesa do consumidor, admite a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando **“em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos *status* ou contrato social”** (art. 28). Será efetivada a desconsideração também quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração, ou ainda, quando a pessoa jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (§ 5º). Assim, em relação aos consumidores, por haver o art. 8º, e seus parágrafos elencado os casos específicos em que se efetivará a desconsideração da personalidade jurídica, não há, na prática, mais dificuldade.

Entretanto, fora dos casos que envolvem consumidor, a maior dificuldade do credor consiste na produção das provas de que o sócio da empresa devedora praticou ato com conduta faltosa, sendo que nesse caso o ônus da prova lhe incumbe e é condição *sine qua non* para que o juiz possa aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e admitir a penhora de bens particulares do sócio em dívida contraída pela sociedade.

A jurisprudência tem aceita como provado aquelas hipóteses em que a empresa deixa de recolher os impostos devidos, o que enseja o descumprimento de lei, bem como quando o sócio der causa ao encerramento da empresa em desacordo com a lei e seu estatuto social. Outra hipótese ocorre quando o sócio emite título de crédito em nome da sua empresa em seu próprio benefício. Outro exemplo aceito pelo Judiciário é aquele caso em que a sociedade é constituída de capital com a quase da totalidade das cotas por um sócio, sendo que o outro detem a cota social mínima, às vezes, de valor desprezível. Para ilustrar a última hipótese vale transcrever uma Decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

*“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada — Execução fiscal com penhora dos bens do sócio-gerente. Embargos de Terceiro. Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo o restante 0,8% de sua mãe e de um cunhado. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde*

*com a do sócio é um princípio básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a sociedade á apenas um “alter ego” de seu controlador, na verdade comerciante em nome individual. Lição de Konder Comparato. Embargos de terceiros rejeitados (...)” (TJRS, RDM, 63/83).*

Eis o que o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu acerca da aplicação teoria em comento em um caso concreto submetido a julgamento perante a 1ª Turma, tendo como Relator o Eminentíssimo Desembargador José Hilário de Vasconcelos, **verbis**:

**“EMENTA:**

Sociedade por quotas de responsabilidade Ltda. Marido e mulher. Penhora de bens destes. Únicos sócios. Desconsideração da personalidade jurídica.

A autonomia patrimonial constitui-se na principal conseqüência da personalização da pessoa jurídica. Incumbe ao juiz, ante os fatos que lhe são postos, desvendar as fraudes que os únicos sócios da sociedade comercial, marido e mulher, praticam sob a capa da pessoa jurídica. O princípio jurídico da autonomia patrimonial é relevante, não, porém, um tabu, e não pode converter-se em instrumento de burla à lei e lesão patrimonial a terceiros. É lícita e tem amparo na ordem jurídica nacional a desconsideração da personalidade jurídica para que se promova penhora de bens dos sócios para a garantia de dívida da sociedade. Recurso provido.

(Agravado de instrumento nº 4.586, Acórdão registrado sob o nº 70.308, DJ de 18.05.94, p. 5.489).

Finalizando, podemos concluir que a aplicação da teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica é possível na medida em que haja prova de que o sócio de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada tenha agido com fraude ou abuso de direito por meio da personalidade jurídica, caso em que seus bens particulares poderão ser objeto de penhora para saldar dívida social. Nessa hipótese, entendemos não ser aplicável o artigo 596 do CPC.

---

\* Advogado em Brasília especializado em Direito Comercial e Civil.



## O RECURSO DE AGRAVO E A REFORMA DO CPC

ANAMARIA REYS RESENDE \*

**A** palavra agravo vem de *gravame*, *prejuízo*, e nesta base surgiu no direito português, que o adotou como uma forma de apelação sumária de decisões que poderiam causar alguma lesão à parte e, por isso, justificavam uma impugnação imediata.

Para o direito processual civil, **agravo** é conceituado como meio de impugnação das decisões interlocutórias (simples ou mistas). “Chama-se *agravo* porque é recurso destinado a impugnar ato decisório do juiz, causador de gravame ou prejuízo ao litigante...”<sup>1</sup>

As *decisões interlocutórias* estão definidas no Código de Processo Civil, art. 162, que dispõe:

“Os **atos do juiz**, consistirão em sentenças, **decisões interlocutórias** e despachos.

.....  
§ 2º Decisão interlocutória é **o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.**”

(destaques nossos)

Segundo TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, a expressão *ato do juiz* não foi utilizada corretamente pelo legislador, posto que há outros atos do juiz além da sentença, da decisão interlocutória e do despacho, e que melhor seria o emprego da palavra *pronunciamento*, espécie do gênero atos do juiz.<sup>2</sup>

A doutrina, ainda, subdivide as decisões interlocutórias. Para alguns, existem duas espécies: *simples* e *mistas*, conforme influam ou não no mérito da causa. É o caso de PEREIRA E SOUZA e CARLOS SILVEIRA NORONHA. Explica CARREIRA ALVIM: “o núcleo da distinção entre a interlocutória simples e a mista reside exatamente no conteúdo da decisão que encerram: se a questão resolvida for de índole exclusivamente processual, será *interlocutória simples*; se a decisão extravasar dos lindes estritamente

<sup>1</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3º vol., p. 122.

<sup>2</sup> Tereza Arruda Alvim Wambier, *O Novo Regime do Agravo*, p. 72.

processuais, atingindo a questão material entre as partes, será *interlocutória mista*.<sup>3</sup>

Há, também, classificação quanto à matéria, como expõe TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER,<sup>4</sup> que considera interlocutórias as decisões que:

- a) dizem respeito à prova,
- b) concedem ou não liminares,
- c) são relativas a recursos e
- d) são relativas a nulidade.

Importa, contudo, distinguir decisão interlocutória e despacho, uma vez que pelo nosso Código toda e qualquer decisão interlocutória é recorrível. A melhor definição de decisão interlocutória é quanto à natureza de seu conteúdo. Se tem conteúdo decisório é interlocutória e deve ser fundamentada, mas se não tem conteúdo decisório é despacho e, portanto, não admite recurso.

Nas palavras de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “Não é o *conteúdo específico* que elas apresentam o que as distingue dos demais pronunciamentos judiciais, mas a *natureza* deste conteúdo, que tem de ser decisória. Assim, não importa sobre o que verse qualquer decisão, desde que não seja ela encartável nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, será uma decisão interlocutória que não terá, portanto, como efeito o de pôr fim ao procedimento de primeiro grau ou ao processo.”<sup>5</sup>

Quanto à natureza jurídica, podemos afirmar que **Agravo** é um direito subjetivo da parte, que decorre do direito de ação e do direito de defesa.

A característica principal deste recurso e que visa a celeridade é a de possibilitar a retratação do juiz prolator da decisão (**juízo de retratação**). A retratação está prevista no art. 523, § 2º, do Código de Processo Civil, que trata da possibilidade de o juiz *a quo* reformar a sua decisão após a interposição do recurso de agravo. O juízo de retratação não deve ser provocado por meio de pedido de reconsideração, que não encontra amparo na lei processual civil.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER ressalta que: “É bastante usual que as partes, em face de decisão que lhes tenha causado prejuízo,

<sup>3</sup> J.E. Carreira Alvim, *Novo Agravo*, p. 26.

<sup>4</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, *ob. cit.*, p. 87.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 73.

(=a parte obteve, com a decisão, menos do que pleiteou), formulem junto ao juiz que prolatou a decisão, pedido de reconsideração. Trata-se de figura criada pela praxe forense, de que poucos autores se ocupam. Está-se, na verdade, diante de um expediente informal de impugnação às decisões do juiz, que todavia, segundo pensamos, não pode ser pura e simplesmente ignorado pelo estudioso do processo, nem que seja para que, afinal, se chegue à conclusão de que se trata de prática absolutamente incompatível com o sistema processual vigente. Não é o caso, entretanto. Na verdade o que se tinha, no regime revogado, é que, muitas vezes, os pedidos de reconsideração faziam as vezes do agravo...O pedido de reconsideração já foi direito positivo, e, em muitos casos, preenchidas certas condições, à parte cabia optar entre o agravo e os pedidos de reconsideração. Hoje, o CPC não faz sequer menção a essa figura.”<sup>6</sup>

Outra característica importante desse recurso, e que vem de sua origem do direito português, é a de ser um recurso célere e simples, que evita a preclusão. Mas, infelizmente, percebe-se que, na prática, o recurso de agravo é, às vezes, utilizado pelas partes apenas para prejudicar a *marcha processual*. O intuito do legislador, no entanto, foi exatamente o contrário, e pode ser comprovado na doutrina lusitana, como por exemplo nas palavras de JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA: “O recurso de agravo é um recurso que se processa com maior simplicidade e com mais rapidez do que a apelação e a revista ...: *é um recurso sumário*”.<sup>7</sup>

A finalidade do recurso de agravo, como já exposto, é a de permitir a revisão de uma decisão sobre uma questão incidente sem trancar o curso do processo e por meio de um procedimento rápido e simples, o que não se observa na prática em face do abuso deste instrumento processual pelas partes e da atribuição de efeito suspensivo sem uma análise profunda da sua necessidade.

## 1. Sistemática anterior e Reforma do CPC

No decorrer do tempo, a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 para o agravo de instrumento mostrou-se inadequada, em razão de acarretar a paralisação desnecessária do processo e desvirtuar a finalidade do recurso, de celeridade e simplicidade.

---

<sup>6</sup> Tereza Arruda Alvim Wambier, ob. cit., p. 296.

<sup>7</sup> José dos Santos Silveira, *Impugnação das Decisões em Processo Civil*, p. 314.

O legislador da reforma do Código de Processo Civil, visando acabar com os problemas surgidos na utilização desse instrumento processual, editou a Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, modificando substancialmente o procedimento do recurso de agravo.

CARREIRA ALVIM afirma que: “A justificativa ao Projeto de Lei n. 2.797, de 1992, que resultou na Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995 — que disciplina o novo agravo — tece crítica exatamente à *morosidade* no processamento do agravo, o que contribui para injustificáveis paralisações das causas, procrastinando-lhes o desfecho e a solução, com ofensa ao princípio da celeridade.”<sup>8</sup>

A primeira alteração introduzida pela lei referida foi quanto ao nome do recurso, que antes denominava-se *agravo de instrumento*, e o agravo retido era espécie deste. Com a reforma, o recurso passou a denominar-se apenas *agravo* e tem duas modalidades: de instrumento ou retido nos autos, (art. 522, CPC).

A distinção entre uma modalidade e outra se faz pela forma que é interposto: nos próprios autos, por meio de petição, para ser julgado com a apelação (*agravo retido*), ou por meio da formação de instrumento e interposto diretamente no Tribunal *ad quem* (*agravo de instrumento*).

O Código não disciplinou os casos em que se deveria interpor um ou outro, deixando a escolha para a parte, mas previu situações para o exclusivo cabimento do agravo retido: decisões posteriores à sentença no processo de conhecimento, salvo de inadmissibilidade da apelação (art.523, § 4º), no procedimento sumário, contra decisões proferidas em audiência (quando se admite a forma oral) e contra decisões de matéria probatória proferida em audiência no procedimento sumário (art. 280, III).

Após a reforma do Código de Processo Civil, não é mais admissível a alteração da modalidade de agravo pelo agravante, nem do procedimento de um pelo outro, pela incompatibilidade da forma de interposição, pois o agravo retido é interposto, utilizando-se os próprios autos, no juízo *a quo*, enquanto o agravo de instrumento é interposto com a formação de um instrumento e no juízo *ad quem*.

Este é o entendimento da doutrina, e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER enfatiza: “Assim, hoje, não há como proceder-se à *conversão* do agravo retido em agravo de instrumento. Interposto o agravo retido, este não pode transformar-se em agravo de instrumento, em virtude da profunda

<sup>8</sup> J.E. Carreira Alvim, ob. cit., p. 220.

diversidade procedimental que afasta ambas as modalidades de agravo, no sistema atual.”<sup>9</sup>

Outra inovação trazida pela lei do agravo, e uma das mais importantes, é a do prazo, que passou a ser de dez dias, e não mais cinco, tanto para interpor como para responder (art. 522, CPC).

Encontramos, ainda, uma terceira espécie de *agravo*, antes denominado *agravo regimental* porque previsto nos Regimentos Internos dos Tribunais, cabível contra decisões do Relator que causem prejuízo à parte, que não foi alcançada pelas alterações da Lei do Agravo. Este *agravo* é dirigido à Turma ou ao Pleno do Tribunal, distinguindo-se das outras modalidades por ser julgado no mesmo grau de jurisdição. Tem, no entanto, disciplina própria, prazo diferente, (cinco dias) e é interposto por petição nos próprios autos. Está previsto no Código de Processo Civil em alguns artigos dispersos: (exemplo: arts. 557, parágrafo único, 532 e 545).

Para CÂNDIDO DINAMARCO: “ Todos os agravos disciplinados fora do capítulo reformado pela recente lei sujeitam-se, como se vê, a específicos pressupostos de admissibilidade. Não podem ser, por isso, incluídos, sem as necessárias ressalvas, na disciplina ditada para tal capítulo. O binômio *retido-instrumento* situa-se entre as disposições referentes aos atos de primeiro grau de jurisdição.”<sup>10</sup>

## 1.1 – Do Agravo Retido

O agravo retido deriva do antigo *agravo no auto do processo* e é o que melhor atende ao objeto do recurso de agravo, pois tem um procedimento simplificado, na medida em que é processado nos próprios autos e não suspende o curso do processo.

Por esta razão, CÂNDIDO DINAMARCO leciona: “...Mesmo assim, o legislador de 1995 preferiu manter, em princípio, o império da vontade do agravante, a quem continuou autorizando a escolha peremptória. Espera-se no entanto que a partir de agora os litigantes se conscientizem da pouca (ou em alguns casos nenhuma) utilidade de optarem pelo agravo na modalidade *de instrumento*, passando a valer-se dele somente quando o *retido* não for capaz de evitar males irreversíveis e ele o for. Espera-se que

<sup>9</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, ob. cit., p. 261.

<sup>10</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 181.

se refreiem os ímpetos irracionais pelo agravo na modalidade *de instrumento*.<sup>11</sup>

O *agravo retido* é interposto por petição ou oralmente nos próprios autos, requerendo-se que seja apreciado por ocasião do julgamento da apelação. Nas razões da apelação, entretanto, deve a parte reiterar o pedido de apreciação do agravo retido, sob pena de não ser conhecido pelo Tribunal ou implicar *desistência tácita*.<sup>12</sup> É o que determina o § 1º, do art. 523, do CPC.

A finalidade do *agravo retido* é, essencialmente, evitar a preclusão.

A Lei n. 9.139/95 alterou o § 2º, do art. 523, do CPC, para expressamente permitir a retratação do juiz no *agravo retido*, acabando com a controvérsia doutrinária e jurisprudencial que havia a respeito. O dispositivo traz, ainda, expressa menção à necessidade de se ouvir a parte contrária, por força do princípio do contraditório.

Entretanto, questiona-se se o prazo estabelecido neste parágrafo — de cinco dias — é para a parte contrária ou para o juiz, porque a nova disposição legal não ficou bem clara.

A doutrina, no entanto, tem afirmado que o prazo é para o juiz, conforme nos ensina CÂNDIDO DINAMARCO: “A redação da lei é pouco clara, mas parece óbvio que tal é o prazo para o novo pronunciamento do juiz — seja reformando, seja no mesmo sentido da decisão agravada.”<sup>13</sup>

Assim, a nova lei acabou com a discussão doutrinária sobre a oportunidade ou não do juízo de retratação no *agravo retido*.

A lei também consagrou o entendimento da jurisprudência, ao estabelecer expressamente no art. 523, § 3º, do CPC a **interposição oral** do *agravo retido*, contra decisões proferidas em audiência, e das razões recursais “expostas sucintamente”.

## 1.2 – Do Agravo de Instrumento

O agravo de instrumento tem um procedimento totalmente diferente e especial.

<sup>11</sup> Idem, p. 182.

<sup>12</sup> Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.V, nº 205, apud Humberto Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, v.I, p. 572.

<sup>13</sup> Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 185.

No sistema anterior, o agravo de instrumento era interposto perante o Juiz *a quo* com a indicação das peças para a formação do instrumento, ficando o traslado a cargo da Secretaria do Juízo e conferência final das partes. Eram dados dois prazos de cinco dias para o agravado, primeiro para indicar peças ao traslado e, depois, para responder o agravo. Porém, a partir da Lei n. 9.139/95, a petição do agravo de instrumento deve ser encaminhada **diretamente** ao Tribunal *ad quem* com as cópias (autenticadas) das peças necessárias ao julgamento do recurso (as obrigatórias indicadas no art. 525, inciso I, do CPC, e as facultativas).

A formação do instrumento passou a ser ônus do **agravante**, acabando com a controvérsia sobre a responsabilidade da formação defeituosa do instrumento, que existia antes, não ficando mais a cargo da secretaria ou do Cartório a extração e o traslado das peças.

Conseqüentemente, não será mais admissível a baixa dos autos em diligência para suprir falha na formação do instrumento, caso em que o recurso terá seu seguimento denegado pelo Relator, ficando revogada a disposição da Súmula nº 235 do antigo TFR: “A falta de peças de traslado obrigatório será suprida com a conversão do agravo de instrumento em diligência”.<sup>14</sup>

Esta inovação não favorece aos advogados, que, agora, estão obrigados a fotocopiar peças dos autos, autenticá-las em Cartório, efetuar o preparo, como veremos adiante, para, então, interpor o recurso. É o que observou CÂNDIDO DINAMARCO: “À ampliação do prazo para agravar correspondeu a instituição de um grave ônus a cargo do agravante, que é a formação do instrumento de agravo por seus próprios meios e iniciativa, em contraste com o modo como antes se fazia. Nada requererá a juiz algum, nem ficará ao cartório qualquer encargo ou dever — salvo, naturalmente, o de fornecer cópias autenticadas, quando solicitadas. Mesmo no tocante às *peças essenciais* a serem incluídas no instrumento, tudo compete exclusivamente ao agravante”.<sup>15</sup>

Os Tribunais, não bastasse as disposições legais, têm consolidado em jurisprudência e súmulas a **necessidade** da juntada de outras peças, além das indicadas no inciso I, do art. 525, do CPC, sob pena de não conhecimento do recurso. Assim, a sobrecarga atribuída ao agravante é

---

<sup>14</sup> Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 402, nota 5 do art. 525.

<sup>15</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *ob. cit.*, p. 188 .

umentada a cada dia pela lei e jurisprudência para desestimular a interposição do recurso, o que, a nosso ver, é ineficaz, *data maxima venia*.

A petição do *agravo de instrumento* deve, ainda, ser instruída com o comprovante do pagamento das custas e do porte de retorno, quando devidos, o que significa que o preparo do recurso deve ser **imediate**, como estabelecido no art. 511, do CPC.

Esta disposição tem causado polêmica na doutrina. Alguns autores têm sustentado que o pagamento do preparo, se efetuado dentro do prazo, mesmo que após a data da interposição do recurso, deve ser admitido, (Cândido Dinamarco). Outros entendem que “uma vez interposto o recurso, deve a parte, *incontinenti*, comprovar o preparo”<sup>16</sup>, ocorrendo a preclusão consumativa, é o caso do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA<sup>17</sup> e de CARREIRA ALVIM. Realmente, o texto da lei é absolutamente claro ao determinar que “Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno.”

A Lei do Agravo estabeleceu, ainda, que a petição poderá ser encaminhada por via postal com aviso de recebimento ou por outra forma prevista na legislação local (art. 525, § 2º, CPC), para facilitar a interposição do recurso quando o juízo *a quo* não se encontrar na mesma Comarca ou Seção Judiciária do juízo *ad quem*.

Cabe fazer uma ressalva para o agravo de instrumento interposto contra decisão que denegue seguimento ao recurso extraordinário e recurso especial. Nestes casos, o *agravo de instrumento* está disciplinado no art. 544 do CPC, revigorado com a reforma, e, de acordo com recentes Resoluções do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, continuam a ser interpostos perante o Juízo *a quo*.

O art. 526, do CPC, com a nova redação, estabelece que o agravante “requerá” a juntada da cópia da petição de agravo de instrumento aos autos do processo, para que o juiz prolator tome ciência da interposição do recurso, podendo, ainda, retratar-se, como veremos mais adiante.

Mais uma vez, encontramos divergência na Doutrina sobre a obrigatoriedade ou não deste procedimento. CARREIRA ALVIM entende que é um “ônus do agravante”<sup>18</sup> e que leva ao não conhecimento do recurso

<sup>16</sup> Carreira Alvim, ob. cit., p. 233.

<sup>17</sup> *Apud* Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 164.

<sup>18</sup> Carreira Alvim, ob. cit., p. 34.

por constituir um pressuposto processual específico do recurso de agravo. De outro modo entende CÂNDIDO DINAMARCO, que sustenta ser a medida, estabelecida no art. 526 do CPC, de interesse do agravante mas “não será fatal” o retardamento ou omissão do ato, “nem obstará o conhecimento do agravo interposto”<sup>19</sup>. Deste entendimento comunga TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER que afirma tratar o artigo em questão de mera “recomendação”.<sup>20</sup>

Parece-nos que realmente o dispositivo legal impôs um ônus, pois devemos nos ater ao intuito do legislador ao criar o dispositivo, que, nas palavras de CÂNDIDO DINAMARCO, foi: “propiciar ao juiz o *juízo de retratação*”<sup>21</sup>. Contudo, se o agravante não juntar a cópia do recurso de agravo nos autos principais o seu recurso não poderá ser conhecido. Esta, inclusive, é a opinião do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA que ao comentar a norma afirmou: “Dois são os objetivos da norma: propiciar ao juiz o juízo de retratação e dar ciência à parte contrária do teor do agravo. Descumprida esta norma, não se conhece do agravo.”<sup>22</sup>

A petição do recurso de agravo será recebida e distribuída *incontinenti*, como passou a reger o art. 527 do CPC, quando o Relator poderá:

- a) indeferí-la liminarmente se manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior; (art. 557, CPC)
- b) requisitar informações ao juiz *a quo*;
- c) atribuir **efeito suspensivo** ao recurso.

Destaque-se que o recurso de agravo, a princípio, não tem efeito suspensivo, como estabelece o art. 497 do CPC, mas, a partir da reforma, fica a critério do Relator atribuir ou não este efeito, em condições especiais para não desvirtuar o instrumento processual. A concessão do efeito suspensivo não pode ser ampla, para evitar a utilização desse recurso para fins meramente protelatórios.

Os critérios devem ser os mesmos exigidos nos mandados de segurança contra ato judicial, impetrados para dar efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento.

<sup>19</sup> Cândido Dinamarco, ob. cit., p.194.

<sup>20</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, ob. cit., p. 350.

<sup>21</sup> Cândido Dinamarco, ob. cit., p. 194.

<sup>22</sup> Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Código de Processo Civil Anotado*, p. 360.

Isto está confirmado no art. 558 do CPC, que prevê algumas hipóteses para a suspensão da decisão: “prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea ou em outros casos dos quais possa resultar *lesão grave e de difícil reparação*.”

Após o recebimento do agravo, o Relator intimará o agravado para responder, no prazo de dez dias, podendo este, nessa oportunidade, juntar as cópias que entender necessárias, e, após, dará vista ao Ministério Público em igual prazo, (art. 527, incisos III e IV, do CPC, com nova redação pela Lei n. 9.139/95).

A nova lei acrescentou, ainda, que o Relator pedirá dia para julgamento (art. 528, CPC), em prazo não superior a trinta dias, ou melhor, colocará o feito em Mesa para julgamento. O agravo de instrumento não tem Revisor e não admite sustentação oral dos advogados.

## 2. Juízo de Retratação

O art. 471 do Código de Processo Civil estabelece que: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I — ...

II — nos casos previstos em lei”.

Um dos casos previstos em lei, é o do recurso de *agravo*, que tem como **característica** a possibilidade de reforma da decisão pelo juiz que a prolatou, é o chamado *juízo de retratação*.

O recurso de agravo é classificado como um recurso misto, ou seja, que permite o reexame da questão tanto pelo órgão prolator quanto pelo órgão superior.<sup>23</sup>

No direito português, o juízo de retratação é chamado de *resposta do juiz*<sup>24</sup>, que é o ato do juiz de sustentação ou de reparação da decisão agravada.

Na doutrina, o juízo de retratação ora é visto como característica do recurso de agravo, ora como efeito do recurso.

BARBOSA MOREIRA, sobre o tema, comenta que: “Ainda mais arbitrária seria a assertiva de que a possibilidade de retratação é da

<sup>23</sup> Humberto Theodoro Junior, ob. cit., p. 546.

<sup>24</sup> Carlos Silveira Noronha, ob. cit., p. 301.

“essência” do agravo: este, como qualquer recurso — e até diríamos, sem com isso render tributo ao literalismo: como qualquer instituto de direito positivo —, não tem outra “essência” senão aquela em que se infere, direta ou indiretamente, do *ius positum*.”<sup>25</sup>

Já para CARLOS SILVEIRA NORONHA é um efeito do recurso: “No processo brasileiro há recursos chamados não retratativos, porque não contém nenhum efeito retratatório. Caracterizam-se pela devolutividade plena da matéria impugnada. Tais são os recursos de apelação (art. 513), de embargos infringentes (art. 530) e o extraordinário (art. 541). Mas, há recursos essencialmente retratativos e recursos retratativos *secundum eventum decisionis*. Aos primeiros correspondem os embargos de declaração do direito brasileiro (arts. 464 e 535) e os recursos de retificação e aclaração do direito luso (Cód. de Proc. Civil português, arts. 667 e 669). Dentre os segundos, pode-se alinhar no processo pátrio o agravo de instrumento.”<sup>26</sup>

Mas, seja como característica ou como efeito, inegável é que esta peculiaridade do recurso do agravo tem sido desconsiderada pelos magistrados.

Na prática, o que se verifica é que os juízes, desprezando a oportunidade de rever sua decisão, proferem o tão conhecido pronunciamento: “Mantenho a decisão agravada, subam os autos ao Tribunal...”.

Ora, o juízo de retratação permite ao juiz rever suas próprias decisões e reformá-las. Tal medida justifica-se não só na falibilidade humana como na atual corrente instrumentalista do processo, e nos princípios de economia processual e celeridade.

No sistema anterior, o juízo de retratação estava previsto no art. 527 do Código de Processo Civil, para o agravo de instrumento. No que concerne ao agravo retido, havia uma controvérsia na Doutrina, sobre o cabimento ou não, já que a lei nada dispunha a respeito.

Com a Lei n. 9.139/95, encerra-se a discussão quanto ao juízo de retratação no agravo retido, já que foi expressamente tratado no art. 523, § 2º, do Código de Processo Civil: “o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária”. Entretanto, quanto ao agravo de instrumento, a lei não foi tão clara, não delimitando qual seria o momento adequado para a retratação.

---

<sup>25</sup> Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 465, *apud* J.E. Carreira Alvim, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>26</sup> Carlos Silveira Noronha, *ob. cit.*, p. 283.

O juízo de retratação, com as alterações da Lei n. 9.139/95, aparece em dois momentos: o da juntada da cópia do agravo de instrumento nos autos do processo pelo agravante (art. 526), e o do pedido de informações pelo Relator (art. 527, I).

Assim, a lei não deixa dúvidas quanto à possibilidade de retratação, que, aliás, não precisa ser expressamente requerida, por ser uma característica específica do recurso de agravo .

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, sobre este tema, adverte que “subsiste a possibilidade de retratação, só que hoje, com o procedimento introduzido pela Reforma, não há mais um *momento* específico, como havia no regime anterior, para o juiz manter ou reformar a sua decisão.”<sup>27</sup>

CÂNDIDO DINAMARCO, por sua vez, brilhantemente, expõe: “Tenham sido intencionais as omissões em melhor detalhar, ou resultem elas de mero lapso, o certo é que trazem consigo o mérito de permitir a **flexibilização do sistema de retratação**: o juiz já não fica adstrito a primeiro colher a resposta do agravado, como a maioria deles sentia (a meu ver, equivocadamente). Impedida a preclusão pela interposição do agravo de instrumento, quando ele se julgar convencido do próprio erro proferirá o juízo de retratação, sem necessariamente esperar por um momento adequado. De todo modo, havendo o agravante pedido a retratação, depois da resposta documentada nos autos da causa é dever do juiz pronunciar-se a respeito — ainda que seja para manter o decidido. **Tal é uma inerência dos recursos de agravo, plantada na tradição luso-brasileira, e seria um retrocesso extirpar do sistema essa medida aceleradora.**”<sup>28</sup> (destaque nosso)

Como vemos, o juízo de retratação no agravo de instrumento poderá ser exercido a qualquer momento, desde que anterior ao julgamento do recurso pelo Tribunal.

O art. 529 do CPC, com a nova redação dada pela lei do agravo, dispõe, ainda, que o Relator considerará prejudicado o agravo se o juiz comunicar que reformou a decisão. Surge, então, uma questão quanto ao recurso cabível desta nova decisão do juiz *a quo* . No sistema anterior, o art. 527, § 6º, estabelecia expressamente que “o agravado não se conformando com a nova decisão, poderá requerer, dentro de cinco (5) dias, a remessa do instrumento ao tribunal, consignando em cartório a importância

<sup>27</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, ob. cit., p. 349.

<sup>28</sup> Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p.195.

do preparo feito pela parte contrária, para ser levantado por esta, se o tribunal negar provimento ao recurso.”

Alguns autores, então, imbuídos da visão instrumentalista, defendem a utilização do mesmo procedimento, para os casos de reforma da decisão pelo juiz *a quo*, já que a lei não foi clara quanto a este assunto. É o que sustenta CÂNDIDO DINAMARCO quanto à possibilidade de se aproveitar o instrumento que já se encontra no Tribunal, “mediante mero pedido endereçado ao relator”<sup>29</sup>.

CARREIRA ALVIM pondera, no entanto, que por se tratar de uma norma derogada não pode se perpetuar *contra legem*, esclarecendo, ainda, que o *agravo invertido*<sup>30</sup> sugerido pela doutrina não será admissível por caracterizar a criação de uma nova modalidade recursal sem o amparo da lei. No mesmo sentido posiciona-se HUMBERTO THEODORO JUNIOR.<sup>31</sup>

Esta última posição parece-nos a mais coerente com o sistema atual, reforçada pelo fato de que, dependendo do que ficar decidido, o recurso cabível poderá ser o de apelação e não o de agravo, se a nova decisão for terminativa do feito. É o que registra o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA em nota sobre o artigo de lei: “Se o juiz reformar a decisão anterior, e isso importar em extinção do processo, o recurso próprio será o de apelação (arts. 513 e 162, § 1º). A respeito Resp 15616-RJ.”<sup>32</sup>

### 3. Conclusão:

O nosso Código de Processo Civil adotou a teoria da recorribilidade das decisões interlocutórias. Para tanto, adotou um recurso que, a princípio, deveria ter um procedimento mais simples e não impediria o andamento do processo. A prática mostrou que o procedimento estabelecido no Código de 1973 para o *agravo de instrumento* não correspondia à finalidade do recurso, e era utilizado com fins procrastinatórios. A regra geral de não suspensão do processo passou a ser contornada com a impetração de mandado de segurança contra ato judicial.

Ora, o sistema de preclusão das questões incidentes leva as partes a interpor o recurso de agravo.

---

<sup>29</sup> Idem, p. 196.

<sup>30</sup> J.E. Carreira Alvim, ob. cit., p. 114.

<sup>31</sup> Humberto Theodoro Junior, ob. cit., p. 577.

<sup>32</sup> Sálvio de Figueiredo Teixeira, ob. cit., p. 361.

A Lei n. 9.139/95 procurou, então, corrigir tais distorções, prevendo:

- a) apresentação do recurso diretamente ao Tribunal competente, para evitar delongas do feito no juízo *a quo*,
- b) o ônus da formação do instrumento exclusivamente pelo agravante, evitando a devolução dos autos ao juízo *a quo* para diligências,
- c) a possibilidade do Relator atribuir efeito suspensivo ao recurso, em casos excepcionais, desestimulando a utilização anômala do mandado de segurança.

Todavia, as alterações promovidas deram margem a outras questões, o que era esperado já que a norma legal nunca consegue encampar todos os fatos da vida. E, mais uma vez, somente o tempo e a consolidação da jurisprudência poderão nos dizer os caminhos mais adequados.

No processo moderno o *acesso à Justiça* tem sido identificado como o *acesso a uma ordem jurídica justa*<sup>33</sup>, e a reforma do Código de Processo Civil, inserida neste contexto, buscou redimensionar o recurso de agravo para adequá-lo aos escopos do processo (instrumentalidade).

Sem dúvida, caminha o direito processual civil em direção à teoria da não recorribilidade das decisões interlocutórias, sustentada por CHIOVENDA, mais adequada aos princípios modernos de oralidade e celeridade.

Tal sistema, inclusive, tem se mostrado eficaz e produtivo na Justiça do Trabalho, onde o agravo de instrumento somente é cabível contra decisões que denegam seguimento a recursos, sendo irrecorríveis de imediato as decisões interlocutórias. A matéria pode ser impugnada no recurso cabível da decisão que põe termo ao processo (não há preclusão).

Melhor seria a adoção deste sistema, já vislumbrado por alguns autores como solução aos problemas enfrentados no recurso de agravo.

Assim, para finalizar com “chave de ouro”, transcrevemos o pensamento do Prof. CARREIRA ALVIM:

“...O ideal é um sistema de poucos recursos, o suficiente para corrigir eventuais erros de procedimento ou de julgamento, para que não seriam necessários mais que um recurso do juízo de primeiro grau para o segundo grau; um recurso do tribunal de segundo para o terceiro grau, em matéria de índole infralegal (especial), para garantir a aplicação

<sup>33</sup> Kazuo Watanabe, *in Participação e Processo*, **apud** Ada Pellegrini Grinover, *O Processo em Evolução*, p. 9.

da lei em nível nacional; e um terceiro para o quarto grau (ou grau de superposição), para preservar a unidade da Constituição (extraordinária)...**As decisões interlocutórias poderiam ser tornadas irrecuráveis, com o que homenagearia a oralidade**, desaparecendo assim o agravo e também os embargos de declaração, podendo tais questões (que lhes formam o objeto) ser reexaminadas no apelo da sentença.

Outro não é o pensamento de *Ada Pellegrini Grinover*, que também advoga a simplificação dos recursos, bem assim do Juiz *William Douglas R. dos Santos*, que, na monografia *Justiça Federal: uma proposta para o futuro*, assevera com rara felicidade, que “a fartura de recursos possíveis resulta na pobreza da celeridade.”<sup>34</sup>

## BIBLIOGRAFIA

1. CARREIRA ALVIM, J.E.. *Novo Agravo*, 1ª. edição, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
2. CARREIRA ALVIM, J. E.. *Código de Processo Civil Reformado*, 3ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
3. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 12ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996.
4. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996.
5. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 5ª edição, 2ª Vol., São Paulo, Saraiva, 1992.
6. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.
7. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 1978.
8. NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 27ª edição, São Paulo, Saraiva, 1996.
9. NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.
10. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.
11. NORONHA, Carlos Silveira. *Do Agravo de Instrumento*, 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1996.
12. REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado* (Reimpressão), Vol V, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

---

<sup>34</sup> J.E. Carreira Alvim, *Novo Agravo*, p. 28-29.

13. SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3º Vol., 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 1979.
  14. SILVEIRA, José dos Santos. *Impugnação das Decisões em Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1970.
  15. SOARES, Fernando Luso. *O Agravo e o seu Regime de Subida*, Coimbra, Almedina, 1982.
  16. TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil*, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 1996.
  17. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 13ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime Do Agravo*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

---

\* Procuradora do INSS em Brasília



## A FAZENDA PÚBLICA E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

ANGELA CRISTINA PELICOLI \*

### SUMÁRIO

#### 1. INTRODUÇÃO.

- 1.1. O princípio do duplo grau de jurisdição.
- 1.2. A inexecutibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.
- 1.3. A inviabilidade da aplicação do art. 100 da CF frente ao instituto da antecipação da tutela.
  - 1.3.1. A medida cautelar dita “satisfativa” contra a Fazenda Pública e a sua inviabilidade perante a expedição do precatório.

#### 2. CONCLUSÕES.

## 1. INTRODUÇÃO

**A** Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que introduziu, no Código de Processo Civil, em seu art. 273, a antecipação da tutela, trouxe à luz uma significativa modificação no processo de conhecimento.

Ocorre que não podemos crer que a antecipação da tutela tenha como apanágio a solução de todos os problemas que o Judiciário enfrenta, atualmente, em função das críticas que vem sofrendo pela demora na prestação jurisdicional. Essa problemática sempre existiu, e não é só em nosso País que isso ocorre, tanto que a antecipação da tutela adveio do direito italiano que, também, sentia a necessidade de modificações em seu sistema processual civil para uma maior rapidez na solução dos conflitos de interesses encaminhados ao Judiciário.

Não obstante a antecipação da tutela ser instituto que deverá amenizar essa situação se for aplicado com a cautela e precaução dos nossos juízes, dentro dos limites especificados pela lei, verificamos que não poderá ser aplicado em determinadas situações, como, por exemplo, quando a Fazenda Pública for ré no processo em que seja requerida a antecipação da tutela.

Isso porque haveria a infringência ao disposto no arts. 475, II, e 588, II e III, do Código de Processo Civil, e aos arts. 100 e 165, § 5º, da Constituição Federal.

Além do aspecto do tipo de ação em que cabe a antecipação da tutela, verificamos que a mesma não pode ser concedida pelo juiz contra a Fazenda Pública, por possuir procedimento judicial completamente diverso dos procedimentos aplicados nas ações contra particulares. Ratifica tal fato a aplicação, em favor da Fazenda Pública, do princípio do duplo grau de jurisdição necessário, da inexecutibilidade da sentença sem que esta seja confirmada pelo órgão superior e do procedimento de pagamento de referidas ações, mediante os precatórios.

Analisaremos, agora, essas situações diferenciadas e seus aspectos favoráveis à tese do incabimento da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.

### 1.1. O princípio do duplo grau de jurisdição

A primeira questão que devemos versar é acerca da infringência ao princípio do duplo grau de jurisdição necessário, ensejador do recurso *ex officio*, no caso de concessão da tutela antecipada contra as pessoas de direito público.

Para que a questão fique esclarecida, necessário conceituar o duplo grau de jurisdição. O mestre Moacyr Amaral Santos<sup>1</sup> realiza essa tarefa como ninguém, quando define que

“o princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado na Revolução Francesa, consiste em admitir-se, como regra, o conhecimento e decisão das causas por dois órgãos jurisdicionais sucessivamente, o segundo de grau hierarquicamente superior ao primeiro.”

Continua o mestre:

“A possibilidade do reexame recomenda o juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para sua ascensão nos quadros da magistratura. O órgão de grau superior, pela sua experiência, acha-se mais habilitado para reexaminar a causa e apreciar a sentença anterior, a qual, por sua vez, funciona como elemento e freio à nova decisão que se vier a proferir.”

O art. 475 do Código de Processo Civil faz uma ressalva ao duplo grau de jurisdição, determinando que:

*“Está sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – que anular o casamento; II – proferida contra União, o Estado e o Município; III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.”* (grifo nosso)

Nesse contexto, o duplo grau de jurisdição é direito inerente da parte, que poderá, voluntariamente ou não, recorrer ao órgão hierarquicamente superior para que seja reformada a sentença proferida pelo *juiz a quo*. Ocorre que, no caso em que uma das partes é a Fazenda Pública federal, estadual e municipal, esse direito passa a ser um dever, qual seja, o da recorribilidade das sentenças de ofício, em virtude de que a sentença, nesse caso, não transita em julgado até a sua revisão pelo órgão superior. É o que consagra a jurisprudência, *ipsis litteris*:

“(…) a decisão monocrática proferida contra a Fazenda Pública só terá eficácia e poderá produzir os efeitos da *res judicata* depois de

<sup>1</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Processo Civil. 15. Ed. Saraiva, 1995. V. 3, p. 83-84.

reexaminada a causa pelo tribunal competente de segundo grau. Estando incluída no princípio obrigatório do duplo grau de jurisdição, a sentença que, acolhendo argüição prescricional de execução de dívida ativa, proclama extinto o processo sem julgamento de mérito deve ser remetida ao tribunal de justiça para efeito de reexame obrigatório – inclusão do reexame necessário na autuação.”<sup>2</sup>

A Fazenda Pública possui algumas garantias constitucionais e processuais para que seja assegurado o interesse público, que são a base do princípio da igualdade, e, como ensina Seabra Fagundes<sup>3</sup>, o legislador,

“ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições — os mesmos ônus e as mesmas vantagens —, situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades.”

O tratamento concedido à Fazenda Pública é desigual no processo civil, pois deve preservar o interesse e os bens públicos, não violando, como muitos afirmam, o princípio da igualdade, vez que, como define João Mangabeira<sup>4</sup>, o princípio da igualdade consiste na:

“igualdade em considerar desigualmente condições desiguais de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da sorte de classes.”

São asseguradas algumas garantias à Fazenda Pública em razão de diferenças intrínsecas entre ela e os particulares, para o melhor desempenho de sua função, sendo que uma dessas garantias é o princípio do duplo grau de jurisdição necessário, ou recurso de ofício.

Acresça-se a isso que as sentenças em recurso de ofício não poderão ser reformadas *in pejus* contra a Fazenda Pública, justamente em função do interesse público e para não infringir o disposto nos arts. 475, II e 512<sup>5</sup>, ambos do diploma processual.

<sup>2</sup> TJPR. 3ª Cível, 1ª Câmara Cível. Decisão unânime. Ap. cível nº 37225. Relator: Desembargador Oto Sponholz. JUIZ, n. 7, jan./mar. 1997.

<sup>3</sup> FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. RT, n. 253, p. 3.

<sup>4</sup> MANGABEIRA, João. Em torno da Constituição, p. 261. In: CRETELLA JÚNIOR, J. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. V. 1, p. 179.

<sup>5</sup> “Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

As decisões dos tribunais refletem o suso mencionado:

“Processual civil, reexame necessário ou remessa oficial. Limites. CPC, arts. 475, II e 512. Aplicação. **I** – O reexame necessário, previsto no art. 475 do CPC, não pode ser feito em prejuízo da entidade de direito público dele beneficiária. **II** – Aumentar, de ofício, o percentual da verba advocatícia, em desfavor da parte beneficiária do reexame necessário, implica ofensa ao princípio que veda a *reformatio in pejus*. **III** – Caracterização, no caso, de violação dos artigos 475, II, e 512 do CPC e de dissídios pretorianos. **IV** – Recurso Especial conhecido e provido”.<sup>6</sup>

“Processual civil. Ação cautelar. Honorários. Cabimento. Violação ao princípio da *non reformatio in pejus*. Súmula nº 45 do STJ. **I** – Consoante jurisprudência predominante nesta corte, ‘são devidos honorários de advogado em ação cautelar contenciosa, pelo sucumbente’ (Resp. ns. 30096/MG, 20407/RJ, 12554/MG). **II** – O instituto de remessa *ex officio* consulta precipuamente o interesse do estado ou da pessoa jurídica de direito público interno, quando sucumbente, para que a lide seja reavaliada por um colegiado e expurgadas imprecisões ou excessos danosos ao interesse público. **III** – Fere a proibição de *reformatio in pejus* a decisão que, na remessa de ofício, agrava a condenação impingida a autarquia federal, sabendo-se que o duplo grau de jurisdição só a ela aproveita. **IV** – Se a parte vencedora no primeiro grau de jurisdição deixou de recorrer, conclui-se que se conformou, *in totum*, com o julgamento, não se lhe podendo beneficiar mediante um recurso cujo interesse a tutelar não é o seu. **V** – Súmula de nº 45-STJ. **VI** – Recurso provido, por unanimidade”.<sup>7</sup>

Demonstrado está que a Fazenda Pública é tratada desigualmente frente aos particulares, para a resguarda do interesse público.

No que concerne à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, não poderia ser diferente. Senão, vejamos.

O ato judicial que concede ou denega a antecipação da tutela é decisão interlocutória, conforme determina o art. 162 do CPC<sup>8</sup>, vez que,

<sup>6</sup> STJ. 2ª turma. Decisão unânime. Resp. nº 14093-SP. Relator: Ministro Antonio de Pádua Ribeiro. *DJ*, p. 16.522, 18 nov. 1991.

<sup>7</sup> Idem. Resp. nº 34296-SP. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. *DJ*, p. 12.866, 28 jun. 1993.

<sup>8</sup> “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

embora seus efeitos antecipem a sentença, o processo não termina; há a resolução de questão incidental, continuando o processo até a prolação da sentença, no momento próprio.

Portanto, incompatível a antecipação da tutela com o princípio do duplo grau de jurisdição necessário, especificado pelo art. 475, II, do diploma processual, posto que, com a concessão da antecipação da tutela, esta antecipará os efeitos da sentença, ou seja, a determinação executiva ou mandamental do pedido à parte requerente será concedida mediante decisão do Poder Judiciário antes do momento próprio, que seria a sentença. Assim, a antecipação da tutela será resolvida por meio de uma decisão interlocutória, que poderá sim ser agravada, mas não surtirá qualquer efeito, isso porque, se a sentença, que é o mais, não surte efeitos quando prolatada contra a Fazenda Pública enquanto não confirmada pelo órgão superior, não pode uma simples decisão interlocutória assim fazê-lo<sup>9</sup>.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em decisões recentes de 6-5-96, nas Suspensões de Liminares nºs 100950014926, 100950015071, 100950015063, 100950015048 e 100950015014, tendo como relator o Des. Antonio José Miguel Feu Rosa<sup>10</sup>, decidiu que:

“A natureza jurídica da antecipação da tutela é de decisão de mérito provisoriamente exeqüível, colidindo com o art. 475 do Código de Processo Civil, que determina o reexame necessário das decisões proferidas contra as pessoas de direito público”.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina,<sup>11</sup> no mesmo diapasão, entendeu ser concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão de concessão de antecipação de tutela, pelas seguintes razões de direito, *in verbis* :

“Analisando-se o presente recurso, mesmo que perfunctoriamente, resta evidenciada a ilegalidade na antecipação de tutela contra pessoa

---

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidental.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.”

<sup>9</sup> CONTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. RT, v. 84, n. 718, p. 20, ago. 1995.

<sup>10</sup> *JUIS* n. 8, jan./mar. 1997.

<sup>11</sup> Agravo de Instrumento nº 96004297-0. Estado de Santa Catarina, Indústrias Novacki S/A e outra. Relator: Desembargador Trindade dos Santos. DJ-SC, 26 jun. 1996.

de direito público, alvo do despacho aqui detonado, sob pena ultrapassar-se a proteção legal elencada no art. 475, II, do CPC. É sabido que mesmo as sentenças proferidas contra a União, Estado e Município estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, produzindo efeito somente após confirmação do órgão judiciário hierarquicamente superior, não cabendo, portanto, promover tal efeito em julgamento provisório, sujeito a revogação, através do instituto jurídico da tutela antecipada. Ademais, percebe-se que o digno Togado, ao prolatar o despacho objurgado, ultrapassou os limites estabelecidos em lei, imprimindo-lhe caráter de execução de sentença. Nesse sentido é o entendimento do insigne Antônio Raphael Silva Salvador, na obra *Da Ação Monitoria e da Tutela Jurisdicional Antecipada*, p.56, Ed. Malheiros, 1995: ‘Entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.’ Assim, diante das razões expostas confiro efeito suspensivo ao agravo.”

No caso da antecipação da tutela ser concedida, juntamente com a sentença, caberá, também aqui, evidentemente, a regra do art. 475, II do Código de Processo Civil, não podendo ser efetivada, na prática, a antecipação da tutela pelas razões, vez que o recurso de ofício, existindo ou não recurso voluntário da Fazenda Pública, terá efeito devolutivo e suspensivo, conforme a regra do recurso de apelação (art. 520,CPC)<sup>12</sup>.

## **1.2. A inexecutibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.**

A execução contra a Fazenda Pública é regulada em conformidade com o disposto no art. 730 do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: **I** – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; **II** – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito”.

<sup>12</sup> “Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo.”

O aspecto fundamental para que o procedimento de execução contra a Fazenda Pública seja diverso daquele utilizado contra os particulares é o de que os bens públicos são, em regra, impenhoráveis e não sujeitos a oneração.

A impenhorabilidade e a sua não-oneração estão estritamente ligados, pois, como ensina o saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles.<sup>13</sup>

“desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública federal, estadual e municipal, retirou, também, a possibilidade de oneração de tais bens, uma vez que a execução de toda garantia real principia pela penhora, na ação executiva correspondente, para a subsequente satisfação da dívida, mediante praxeamento ou adjudicação do bem dado em garantia”.

E mais adiante assevera:

“A nosso ver, a proibição constitucional abrange todo e qualquer bem da Fazenda Pública, móveis, imóveis, rendas e direitos creditórios, isentando-os de penhora. Não importa, por igual, o fim a que se destine a garantia real. Desde que os bens públicos são insuscetíveis de penhora, consectário legal da execução para a satisfação do crédito objeto da garantia real, ressalta a impossibilidade de se constituir penhor ou hipoteca sobre os mesmos.”

Como vimos anteriormente, a antecipação da tutela é uma decisão interlocutória com efeito de decisão de mérito, pois antecipa o pedido da parte, que seria concedido somente ao final, com a sentença.

Nesse contexto, a decisão da antecipação da tutela, se concedida contra a Fazenda Pública, não poderá ser executável, posto que indispensável o trânsito em julgado da sentença<sup>14</sup> para a realização da execução.

Não se aplica à Fazenda Pública a execução provisória, pois, conforme reiteradas decisões jurisprudenciais,<sup>15</sup> ocorre a falta de decisão com força de *res judicata* e a execução contra a Fazenda Pública é sempre definitiva, a não ser que parte da sentença tenha transitado em julgado e a outra parte

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 18. Ed. Malheiros, 1993. p. 451.

<sup>14</sup> SANTOS, op. cit., p. 277.

<sup>15</sup> TJPR. 4ª Câmara Cível. Ap. Cível nº 67403. Relator: Desembargador Wilson Reback. 4 de março de 1996; Idem. 1ª Câmara Cível. Provimento do agravo. Agr. Instr. nº 68135. Relator: Desembargador Oto Sponholz. 15 de abril de 1996; TARGS. 9ª Câmara Cível. Negado provimento unânime. AGI nº 194015293. Relator: Desembargador Antonio Guilherme Tanager Jardim. 13 de setembro de 1994. *JUIS*, n. 7, jan/mar. 1997.

esteja pendente de recurso; neste caso, poderá haver a execução provisória daquela parte da sentença que já se converteu em título executivo judicial.

O art. 730 do Código Processual atende às particularidades de um processo executivo em que não possa haver penhora de bens, sobre os quais recaia atividade “juris – satisfativa” que lhe é própria<sup>16</sup>.

A antecipação de tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, § 3º, determina que: “A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”.

O art. 588, inc. II e III, trata da execução provisória quando define:

*“A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios: I – corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor; II – não abrange os atos que importem alienação de domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; III – fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior”* (grifo nosso).

Como verificamos do texto do art. 273, § 3º, a execução provisória será utilizada na antecipação da tutela “no que couber”, o que não é o caso da execução contra a Fazenda Pública, por não se adequar a esse sistema.

A execução provisória, portanto, é incompatível com o disposto no art. 730 do Código de Processo Civil, vez que, como já decidiu o antigo Tribunal Regional Federal, sob a vigência da Constituição de 1967, em seu art. 117, que possuía a mesma redação do atual art. 100 da Constituição Federal,

*“O art. 730 deverá ser interpretado em harmonia com o art. 117, da Constituição, que estabelece que a execução contra a Fazenda Pública, através de precatório, pressupõe, sempre, sentença condenatória passada em julgado. Destarte, dito artigo há de ser interpretado assim: a) os embargos ali mencionados devem ser tidos como cotestação, com incidência da regra do art. 188 do CPC; b) se tais embargos não forem opostos, deverá o juiz proferir sentença, requisitando-se o pagamento, por intermédio do presidente do Tribunal, após o trânsito em julgado da sentença, que estará sujeita, inclusive,*

<sup>16</sup> TJPR. 1º Grupo de Câmara Cíveis. Concessão da ordem em definitivo. MS nº 67815. Relator: Desembargador Oto Sponholz. 15 de abril de 1996. *JUIS*, n. 7, jan/mar.1997.

ao duplo grau de jurisdição, se proferida contra a União, o Estado e o Município – CPC, art. 475, II<sup>17</sup> (grifo nosso).

O disposto no art. 730 do diploma processual civil, portanto, só tem aplicação no caso de execução contra a Fazenda Pública fundada em título judicial — sentença<sup>18</sup>, o que não é o caso da antecipação da tutela, como já comprovamos, vez que é uma decisão interlocutória.

### 1.3. A inviabilidade da aplicação do art. 100 da CF frente ao Instituto da Antecipação da Tutela

O precatório tem origem na palavra *precatorius* e significa a

“carta expedida pelos juízes da execução de sentença, em que a Fazenda Pública for condenada a certo pagamento, ao presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, autorizem-se e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras, especificadamente, contra a Fazenda Pública, para que esta pague”<sup>19</sup>.

O professor Milton Flaks<sup>20</sup> ensina que o precatório estava disciplinado nas Ordenações do Reino e, com a Proclamação da República, foi incorporado ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 3.084/1898. E dispõe que,

“tal como disciplinado na legislação ordinária, até 1934 o precatório não garantia o pagamento ao credor da Fazenda Pública, visto que este ficava na dependência da boa vontade do Executivo, para efetivá-lo, e do Legislador, para abrir o crédito correspondente”.

<sup>17</sup> TRF. 6ª Turma. Ac. Apel. 112.799-SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. 25 de junho de 1986. *RTFR*, n. 156, p. 189; Idem. Apel. 114.618 – PR. Relator: Ministro Carlos M. Velloso. 8 de setembro de 1986. *RTFR*, n. 147, p. 139. In: PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. 6. ed. Revista dos Tribunais, 1994. V. 3, p. 2.899.

<sup>18</sup> TRF. 4ª Turma, Ac. Rem. ex officio nº 114.423-SP. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. 5 de novembro de 1986. *RTFR*, n. 147, p. 189. In.: PAULA, op. cit.,.

<sup>19</sup> SILVA, op. cit., V. 3, p. 416.

<sup>20</sup> FLAKS, Milton. Precatório Judiciário na Constituição de 1988. *RP*, n. 58, p. 85, *apud* voto do Juiz Nelson Gomes da Silva no MS nº 95.01.24093-2/DF – Pleno do TRF – 1ª Região. In: *A Constituição na visão dos Tribunais*. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista, Saraiva, 1997. V. 2, p. 728.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>21</sup> dá-nos conta que foi com a Constituição de 1934 que o precatório foi instituído como regra para garantia dos credores da Fazenda Pública.

Como já afirmado, os bens públicos não podem ser onerados; conseqüentemente, são impenhoráveis; a partir daí, a forma pela qual serão executadas as sentenças judiciais contra a Fazenda Pública sempre será mediante o procedimento especificado no art. 730 e 731 do Código de Processo Civil, qual seja, o pagamento por meio de requisição judicial, na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito. Isso tudo se julgados improcedentes os embargos interpostos pela Fazenda Pública, ou no caso de não serem propostos tais embargos.

A Constituição Federal, em seu art. 100, determina que:

*“À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim” (grifo nosso).*

Para expedição do precatório, é preciso o(s) nome(s) da(s) parte(s) e a quantia líquida e certa a ser paga, sendo também indispensável, para formação do processo do precatório, a cópia autenticada da sentença e do acórdão que a tenha confirmado, a certidão da conta da liquidação da sentença, se for o caso, e demais documentos que entenderem necessários, como, por exemplo, a cópia da homologação do cálculo.

Firma-se, assim, que indispensável a sentença judiciária, ou seja, a sentença transitada em julgado, para a consecução do precatório. E, como a antecipação da tutela concedida, liminarmente ou durante o transcurso do processo, será realizada mediante decisão interlocutória, assim não poderá ser processada a expedição do precatório, por faltar-lhe requisito essencial, qual seja, a sentença transitada em julgado. Dizer-se que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública deverá ser cumprida num prazo exíguo de horas é contrário à sistemática da execução contra as pessoas jurídicas de direito público, sendo tal decisão absolutamente inconstitucional.

---

<sup>21</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Federal, V. 2, p. 213. In: *A Constituição na visão dos Tribunais*, p. 728.

As decisões jurisprudenciais ratificam essa situação quando determinam que

“o ordenamento jurídico constitucional em vigor dita, em seu artigo 100, o ponto elementar da matéria, sustentando-se no pressuposto *lege data* da inviabilidade da execução provisória contra a Fazenda Pública, pois, para a expedição do precatório requisitório, essencial o trânsito em julgado da condenação do órgão do poder público”.<sup>22</sup>

A tradução lógica é a de que

“a execução contra a Fazenda Pública somente pode fundar-se em título judicial. O detentor de título extrajudicial deve propor ação de conhecimento para obtenção do título judicial e posterior execução.”<sup>23</sup>

O Tribunal Regional Federal, em decisão recente, definiu que, no caso de execução contra a Fazenda Pública, por título extrajudicial, cabe o procedimento do artigo 730 do CPC, tendo no entanto que, “para compatilizar-se com a exigência constitucional, para pagamento via precatório (art. 100 da CF), desafia prolação de sentença.”<sup>24</sup> Essa decisão é inovadora no sentido de que diz ser possível a execução contra a Fazenda Pública de título extrajudicial, mas traz à luz sempre a necessidade da prolação de sentença para converter o título extrajudicial em judicial, viabilizando, assim, o pagamento de dívida contra as pessoas jurídicas de direito público.

Até mesmo no que se refere aos créditos de natureza alimentar, existem reiteradas decisões dos Tribunais no sentido de que há a necessidade de expedição de precatórios.<sup>25</sup>

O próprio Supremo Tribunal Federal já tem decidido, inúmeras vezes, que nem os créditos de natureza alimentícia, referidos no art. 100 da CF,

---

<sup>22</sup> Agr. Instr. nº 68135, op. cit.,.

<sup>23</sup> TACivSP. Primeiro. 8ª Câmara. Ac. Unânime. Reex. nec. 365.405. Relator: Juiz Raphael Salvador. 24 de fevereiro de 1987. *RT*, n. 619, p. 120; TFR. 4ª Turma. Ac. Ap. nº 118.965-GO. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. *DJ*, 27 ago. 1987; *Adcoas*, n. 118.148, 1988; Rem. *ex officio* nº 114.423-SP, op. cit.,.

<sup>24</sup> TRF. 1ª Região. 4ª Turma. Decisão. Ag. nº 96.01.02966-4/MG. Relator: Juíza Eliana Calmon. 6 de março de 1996. *DJ-2*, p. 21.922, 8 abr.1996.

<sup>25</sup> Idem. 2ª Região. 2ª Turma. Decisão. Ac. nº 95.02.01701/RJ. Relator: Juiz Alberto Nogueira. 14 de junho de 1995. *DJ-2*, p. 56.020, 31 ago. 1995; STJ. 5ª Turma. Decisão por unanimidade. ROMS nº 2436-SP. Relator: Ministro Jesus Costa Lima. *DJ*, p. 10.882, 9 de maio de 1994; STF. ADIn nº 675/DF; Idem. ADIn nº 47. Relator: Ministro Gallotti. 22 de outubro de 1992.

estão isentos de serem objeto de precatórios, por entender, na figura de seu ilustre Ministro Sydney Sanches, que

“os créditos de natureza alimentícia, ali referidos, também devem ser objeto de precatórios, para efeito de inclusão no orçamento das entidades (devedoras) de direito público, submetendo-se, porém, tais créditos a ordem cronológica específica, não à ordem geral dos demais créditos”.<sup>26</sup>

Assim, se os créditos de natureza alimentar sujeitam-se à ordem cronológica dos precatórios, e, para expedição deste, indispensável a sentença judiciária, que é o mais, não se pode permitir a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, que é realizada mediante decisão interlocutória, que é o menos.

Outro critério exigível para expedição do precatório é o de que o valor seja líquido e certo. Isso ocorre para que seja incluída no orçamento a verba necessária ao pagamento dos seus débitos, não sendo possível a fixação de critérios para obtenção de valores variáveis no futuro<sup>27</sup>. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento (art. 100, § 2º, da CF).

Todas as receitas e despesas referentes ao Poder Público deverão obedecer às disposições estabelecidas por lei orçamentária (art. 165, § 5º, da CF).

O orçamento público é formado por vários princípios básicos, sendo que um deles configura exatamente a situação que estamos vislumbrando, ou seja, o princípio da universalidade em que “deverão ser incluídos no

<sup>26</sup> STF. 1ª Turma. RE nº 1536641-SP. INSS e Sebastião Machado Bezerra. Relator: Ministro Sydney Sanches. *DJ*, p. 24.918, 18 ago. 1995; no mesmo sentido, idem. RE nº 171452 – SP. INSS e Martin Passoni Paiva. Relator: Ministro Sydney Sanches; idem. RE nº 169575 – SP. INSS e Francisco Osmar Silva Carvalho. Relator: Ministro Sydney Sanches; idem. RE nº 165134 – SP. INSS e Valdecirio Teles Veras. Relator: Ministro Sydney Sanches. *JUIS*, n. 8, abr./jun. 1997; idem. RE nº 168607 – SP. INSS e Nelson Joaquim. Relator: Ministro Sepulveda Pertence. *DJ*, p. 26.047, 25 ago. 1995; idem. RE nº 173238-SP. Relator: Ministro Moreira Alves. *DJ*, p. 40.407, 24 nov. 1995.

<sup>27</sup> Idem. 2ª Turma. Ac. unânime. RE nº 117.825-SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho. 25 de novembro de 1988. *RTJ*, n.128, p. 936; STJ. 1ª Turma. Ac. unânime. Rec. Esp. nº 1.376-SP. Relator: Ministro José Delgado. 22 de novembro de 1989. *JSTJ-TRFs*, n. 6, p. 183, *RT*, n. 652, p. 179; TJMG. 4ª Câmara. Ac. unânime. Agr. nº 20.433-4. Relator: Desembargador Capanema de Almeida. *DJMG*, 6 jun. 1989, *Adcoas*, n. 126.411, 1990.

orçamento os aspectos do programa de cada órgão, principalmente aqueles que envolvam qualquer transação financeira”.<sup>28</sup>

O princípio da universalidade apresenta três vantagens:

**a)** conhecer *a priori* todas as receitas e despesas do governo e dar prévia autorização para a respectiva arrecadação e realização; **b)** impedir ao Executivo a realização de qualquer operação de receita ou despesa sem prévia autorização parlamentar; **c)** conhecer o exato volume global das despesas projetadas pelo governo, a fim de autorizar a cobrança dos tributos estritamente necessários para atendê-las”.<sup>29</sup>

Todas as despesas, incluídas as judiciais, contra a Fazenda Pública deverão estar consignadas em lei orçamentária anual; por isso que o prazo para apresentação da lista dos precatórios ao Presidente do Tribunal far-se-à até o dia 1º de julho, data em que serão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte (art. 100, § 1º, da CF).

As situações narradas comprovam de plano não ser possível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, por absoluta incompatibilidade entre o procedimento para a execução contra as pessoas de direito público e a expedição do precatório, que necessitam de uma sentença transitada em julgado, pois somente nela é que se terá a certeza do valor que deverá ser pago pela Administração Pública.

### **1.3.1. A medida cautelar dita “satisfativa” contra a Fazenda Pública e a sua inviabilidade perante a expedição do precatório**

Antes de adentrarmos nessa questão, necessária uma explicação.

Como, no direito brasileiro, inexistia o instituto da antecipação da tutela, a medida cautelar era utilizada, por alguns, como meio para suprir tal deficiência, dando um caráter satisfativo inexistente a esta, que é somente asseguratória de um direito que será pleiteado em outra ação. Portanto, dava-se a algumas medidas cautelares, equivocadamente, caráter satisfativo, o que não pode acontecer, porque, se a medida cautelar for

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. Ed. Malheiros, 1996. p. 676.

<sup>29</sup> SILVA, Sebastião de Sant’Anna e. Os princípios orçamentários, p. 14, *apud* SILVA, José Afonso da. Orçamento-programa no Brasil, p. 147. *In*: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição*, V.3, p. 144, publ. *A Constituição na visão dos Tribunais*, op. cit., p. 1.177.

“satisfativa”, será descaracterizada a sua natureza jurídica, vez que a sua finalidade é a de proporcionar segurança para o resultado útil do processo principal, diferentemente da tutela antecipatória, que é a antecipação dos efeitos da sentença antes do momento próprio, que seria quando da prolação da sentença.

A jurisprudência já faz essa distinção em decisões recentes dos Tribunais. Senão, vejamos:

“Processo cautelar – Liminar – Antecipação da tutela. O processo cautelar não se presta para a antecipação da eficácia do provimento jurisdicional que será objeto da futura ação principal, vale dizer, o processo cautelar é inadequado para a antecipação da tutela. O processo cautelar tem por finalidade precípua assegurar o resultado útil do processo principal, este que será de conhecimento ou de execução. O processo cautelar, portanto, não é substitutivo nem sucedâneo de processo de conhecimento ou do processo de execução. Estes realizam a pretensão material do demandante; aquele assegura a eficácia do seu resultado. Assim, o objetivo do processo cautelar, como a sua denominação o revela, é proporcionar cautela para o resultado do processo principal, cautela esta que não se confunde com a tutela. Agravo de instrumento desprovido”.<sup>30</sup>

Outra situação que devemos levar em conta para a não-concessão de medida cautelar dita como “satisfativa” contra a Fazenda Pública, além da regra geral, é a de que a cautelar não tem força de antecipar a sentença, e, em sendo concedida a medida cautelar “satisfativa”, haverá a execução provisória em sede de liminar, o que não pode ocorrer quando a Fazenda Pública for ré no processo por inexistir sentença<sup>31</sup>, pois a liminar da cautelar, como sabemos, é decisão interlocutória.

Somando a esses argumentos, existe outro preponderante, qual seja, o de que é inviável a concessão dessa medida cautelar “satisfativa” contra a Fazenda Pública, sendo inaplicável o instituto ao regime do precatório,

<sup>30</sup> TJPR. 1ª Câmara Cível. Decisão por unanimidade negando prov. agravo. Agr. Intr. nº 6983. Relator: Desembargador Pacheco Rocha. 1º de julho de 1996. *JUIS*, n. 8, abr./jun. 1997; no mesmo sentido: idem. Agr. Instr. nº 62887. Relator: Desembargador Pacheco Rocha. 5 de fevereiro de 1996. *JUIS*, n. 8, abr./jun. 1997.

<sup>31</sup> “Agravo – ICMS – Revenda de automóveis – Substituição tributária – Credenciamento – Medida cautelar inominada – Restituição – Deferimento de liminar. A decisão do juiz singular, no caso, significa tutela jurisdicional satisfativa e definitiva, ou seja, execução provisória da sentença ainda não prolatada – Inviabilidade – Agravo provido. Decisão: unânime.” (Idem. 2ª Câmara Cível. Agr. Instr. nº 72372. Relator: Desembargador Angelo Zattar. 20 de maio de 1996. *JUIZ*, n. 7, jan./mar.1997).

uma vez que as sentenças judiciais contra a Fazenda Pública estão sujeitas<sup>32</sup> a esse regime, utilizando-se, nessa situação, as mesmas razões declinadas no item 1.3. de nosso trabalho.

## 2. CONCLUSÕES

Admitir-se a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, federal, estadual e municipal, seria mais uma vez deixá-la sujeita a perdas irreparáveis, descumprindo-se o princípio do duplo grau de jurisdição, o preceito de que não pode existir execução contra a Fazenda Pública sem título executivo, e, o mais grave, estar-se-ia admitindo que, mediante uma decisão interlocutória, concessiva de tutela antecipada, o autor de um processo de conhecimento infringisse o preceito do precatório estabelecido no art. 100 da CF e, conseqüentemente, a lei orçamentária anual, de iniciativa do Executivo, que deverá estabelecer todos os seus gastos com antecedência (art. 165, § 5º, da CF).

Esperamos ter restado indubitoso que a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública é medida ilegal e abusiva por ferir princípios e preceitos estabelecidos na lei processual e na Carta Magna de 1988.

No mesmo diapasão, é incabível a concessão da referida medida cautelar “satisfativa” contra a Fazenda Pública, por não poder-se confundir processo cautelar com antecipação de tutela, posto que a tutela cautelar assegura um direito que será ou não reconhecido no processo principal, assegura a pretensão requerida pela parte, enquanto a antecipação da tutela, ou tutela antecipada, satisfaz de imediato os efeitos da sentença, não necessitando de um processo principal.

---

<sup>32</sup> “Medida cautelar – Compensação – AIR com ICMS — inadmissibilidade — precatório — sujeição. (...) 4. A postulação da agravante ainda encontra óbice no sistema de pagamentos a que se sujeita a Fazenda Pública quanto a débitos reconhecidos em juízo, segundo prevê a Constituição Federal, *in verbis*: ‘à exceção dos casos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judicial, far-se-ão exclusivamente em ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”. TJSP. 13ª Câmara Cível. Ac. unânime. Ag. 240.672-2/4. Irmãos Caio S/A Comercial e Algodoeira e Fazenda do Estado. Relator: Desembargador Correia Lima. 24 de maio de 1994.

---

\* Procuradora do Estado de Santa Catarina



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL—MPAS  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL—INSS

16-200.1 – (Seção de Consultoria e Contratos), em 30.09.96  
Ref.: Processo nº 35230.0202/96

**EMENTA:**

- Permanece válida a designação de dependente feita anteriormente à vigência da Lei 9.032, de 28.04.95, ainda que o óbito do segurado ocorra posteriormente a essa data.
- Obediência ao princípio da irretroatividade das Leis.
- Fundamentos legais: Decreto 83080/79, art. 12, II e 14, § 1º; Lei 8.213, art. 16, IV, LICC, art. 6º; CF, art. 5º, XXXVI.

**PARECER PE/PINº 93/96**

Os presentes autos vêm a esta Procuradoria Estadual mediante encaminhamento da Seção de Recursos de Benefícios (fls. 44), nos termos do art. 151 do Regimento Interno do INSS, para adoção de providências previstas no art. 126 do referido Regimento.

2. Pela leitura das peças processuais ora apresentadas para análise, verifica-se que **ZULMIRA CARDOSO DE BRITO** requereu, em **14.02.96**, junto ao Posto do Seguro Social de Parnaíba, pensão por morte da segurada Raimunda Cardoso Vieira, falecida em 03.02.96, sua avó, em decorrência de ser **sua dependente, na qualidade de pessoa designada**.

3. No entanto, a requerente teve seu pedido **indeferido** em virtude de **menor designado, a partir de 28.04.95, não mais ser considerado dependente**, conforme documento de fls. 02.

4. Ratificando o indeferimento, o chefe do referido Posto, em despacho de fls. 14, alega que “as inscrições de dependentes feitas antes da Lei nº 8.213/91, que não tenham resultado em concessão de benefício deverão ser revistas, haja vista que de acordo com a Circular nº 17/95 não será considerado dependente do segurado, a pessoa designada”. E mais, “não foi revista a inscrição anterior, ou seja, a de menor designada”.

5. Inconformada com tal indeferimento, a requerente recorreu, em 13.05.96, à Junta de Recursos da Previdência Social, alegando que **foi inscrita como dependente da segurada desde 13.04.81**, e que desconhece novas mudanças da Previdência.

6. Constam do processo fotocópias da página da **CTPS** da segurada, fls. 12, na qual está **registrada a designação**, datada de **13.04.81**, e autenticada pelo servidor responsável em 14.02.96, bem como da certidão de nascimento da requerente, fls. 11, onde se constata que ela ainda é **menor de 21 anos** e da certidão da segurada, fls. 09.

7. A 20ª JR/PI, por unanimidade, deu provimento ao recurso apresentado pela recorrente, através do Acórdão 2.407/96, considerando dentre outros fatos **que a designação foi legítima, pois só deixou de existir com o advento da Lei 9.032, de 28.04.95 e que a não revisão de inscrição não sobrepõe direito legalmente adquirido.**

8. A Legislação vigente à época da referida designação era o Decreto 83.080/79, o qual no seu art. 12, ao elencar os dependentes do segurado, no item II incluía a pessoa designada. Do mesmo modo, a Lei 8.213/91 manteve, no seu art. 16, IV, a figura do dependente designado, apenas exigindo comprovação de dependência econômica. No entanto, a Lei 9.032, de 28.04.95, alterou substancialmente esta última. Dentre as alterações vê-se incluído o citado art. 16, o qual teve seu inciso IV revogado, **deixando, conseqüentemente, de existir a designação de dependente.**

9. Sobre designação, o Decreto 611/92 assim estabelece:

“Art. 20, § 4º – A designação é ato de vontade do segurado e não pode ser suprimida, sendo admitido somente a indicação de uma pessoa”. (grifamos)

“Art. 14. A perda da qualidade de dependente ocorre:

III – para a pessoa designada, se cancelada a designação pelo segurado;”

10. Obviamente que aqueles que já haviam sido designados como dependentes continuam como tal, quer os que já estejam ou não em gozo de benefício. Não importa. A sua **situação jurídica de dependente está definitivamente constituída.**

11. A designação, *in casu*, é datada de 1981, sendo, portanto, anterior à exclusão do dispositivo (item IV do art. 16) do texto da Lei 8.213/91, onde até o advento da Lei 9.032/95 se encontrava inserido como **norma vigente** no ordenamento jurídico nacional.

12. Pelo princípio da irretroatividade da lei, a lei é editada para contemplar fatos futuros. O passado foge ao seu alcance, salvo se a lei nova expressamente declarar seus efeitos retroativos. As situações legalmente constituídas assim devem permanecer. Há casos em que determinados atos, ocorridos ou realizados sob o domínio de uma lei, só vão produzir efeitos na vigência de lei nova, sem que esta lei nova sobre eles possa ter qualquer influência.

13. **O princípio da irretroatividade das leis**, é um dos sustentáculos de toda legislação contemporânea, e está consagrado em nosso direito pátrio por força não só da Lei de Introdução **ao Código Civil – LICC**, art. 6º, como também pela Constituição Federal, art. 5º, XXXVI. Para nós, se constitui, portanto, numa garantia constitucional, desde que não prejudique o direito adquirido, o **ato jurídico perfeito** e a coisa julgada.

14. O Código Civil, no art. 81, define o **ato jurídico como todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.**

15. Daí, se inferir que as características primordiais do ato jurídico são **ser ato de vontade e ser fundado em lei.**

16. A respeito do ato jurídico perfeito, vejamos o seu conceito, inscrito no art. 6º, § 1º, da referida LICC.

“Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato geral, **respeitados o ato jurídico perfeito**, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se **ato jurídico perfeito** o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

17. Ato jurídico perfeito, ensina José Augusto César, nos termos do art. 5º, XXXVI, CF, ***é aquele que sob o regime da lei antiga se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável.*** E acrescenta o professor José Afonso da Silva em Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, 1994, p. 381; **É perfeito ainda que possa estar sujeito a termo ou condição.** (grifo nosso).

18. Por sua vez, o art. 82 do CC dispõe que “A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”.

19. Vê-se, *in casu*, que o ato da designação da dependente contém os elementos indispensáveis à sua validade, dado ter sido praticado com fundamento em lei, pois, na época, 1981, o Decreto 83.080/79 previa a figura do dependente por designação. Quanto à forma, encontra-se em consonância com o disposto no art. 14, § 1º, do referido decreto, já que

existe, às fls. 12, o registro da designação anotado na própria CTPS da segurada.

20. Como se vê, a lei nova que retira do mundo jurídico um direito preexistente na lei anterior o faz para vigor dali para frente, mas não pode retirá-lo para trás, ou seja, sobre as situações que já se constituíram, e que, no passado, tornaram-se ato jurídico perfeito.

21. Assim, se os fatos passados ficam fora da incidência da lei nova, porque esta só opera para o futuro, resta que o ato jurídico perfeito **não pode** mais ser **retirado** do mundo jurídico, **nem alterado, nem suprimido**, como é, ainda, da lição de J. Cretella Júnior;

— “Se o ato se completou, na vigência de determinada lei, nenhuma lei posterior pode incidir sobre ele, tirando-o do mundo jurídico, porque “perfeição”, aqui, é sinônimo de “conclusão”. Desse modo, (...) desde que perfeito, entra para o mundo jurídico, na qualidade de “ato jurídico perfeito”, ficando fora da incidência, da lei nova, que não pode retirá-lo, nem alterá-lo, nem suprimi-lo”. (V. Comentários à Constituição, 1988, Vol. I, p. 459/60, nº 280).

22. Portanto, **em obediência ao princípio da irretroatividade da lei nova**, consagrado no art. 6º, LICC, bem como no art. 5º, XXXVI, CF, **as designações efetuadas anteriormente à edição da Lei 9.032/95 permanecem válidas**, dado que a nova lei opera de forma *ex nunc*, tornando impossível a inscrição de pessoa designada como dependente de segurado somente a partir da sua vigência.

Ante todo o exposto e, considerando, ainda, que o recurso interposto pelo recorrente foi conhecido e provido pela Douta 20ª JR/PI, através do Acórdão nº 2.407/96, manifestamo-nos no sentido de que seja, desde logo, **cumprida a r. decisão**, não interpondo, *in casu*, recurso ao C.R.P.S., por ser da mais inteira justiça !

É o parecer, que submetemos à consideração do Senhor Procurador Estadual.

ALZIRA MADEIRA REIS  
Mat. 2.528.452  
OAB/PI 1.101/79  
Procuradora Autárquica  
Chefe da Seção de Consultoria e Contratos

— • —

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSS/PROCURADORIA ESTADUAL

16-200.1 (Seção de Consultoria e Contratos), em 10.12.96  
Ref.: Processo nº 35266.04829/96-18

**EMENTA:**

- Permanece na condição de dependente do segurado o menor cuja guarda judicial lhe tenha sido concedida antes da Medida Provisória 1.523 de 11.10.96, ainda que o óbito tenha ocorrido posteriormente à publicação da referida MP.
- Obediência ao princípio da irretroatividade das leis.
- Fundamentos Legais: Dec. 83.080/79; Lei 6.679/79; Lei 8.213, art. 16, § 2º, Lei 8.069, art. 33, § 3º, LICC, art. 6º; CF, art. 5º, XXXVI.

**PARECER PE/PI Nº 112/96**

**MARIA DO SOCORRO DE MATOS NELSON** requereu em 05.11.96, como representante legal de seus filhos, os menores FRANCISCO WELLINGTON DA SILVA e ELANE DE MATOS NELSON, **pensão por morte do segurado ALOÍSIO NELSON**, titular do benefício nº 32/050.490.090-0, falecido em **21.10.96**, em virtude de ser ele detentor judicial da guarda dos menores, desde 21.12.87 e 12.01.89, respectivamente.

2. Os presentes autos vêm a esta Procuradoria Estadual mediante encaminhamento da Chefia do Posto de Benefício da Zona Sul, para parecer sobre a **concessão da pensão por morte aos menores**, em razão do óbito do segurado ter ocorrido após a edição da **Medida Provisória 1.523, de 11.10.96, que retira do texto do § 2º do art. 16 da Lei 8.213, o menor sob guarda**, deixando apenas o enteado e o menor tutelado, e **visto terem sido apresentados Termos de Guarda** e não de Tutela.

3. Instruindo o processo encontra-se a seguinte documentação: certidões de óbito do segurado e de sua mulher, certidões de nascimento dos menores, Termos de Guarda dos menores e fotocópias das páginas da CTPS do segurado onde estão registrados as inscrições dos menores, desde jan/89.

4. A legislação vigente à época das inscrições era o Decreto 83.080/79, o qual no seu art. 12, ao elencar os dependentes do segurado, incluía no seu parágrafo único, letra b, o menor sob guarda. Do mesmo modo, a Lei 8.213/91 manteve, no seu art. 16, § 2º, **o menor sob guarda judicial do segurado como seu dependente**, mediante declaração do segurado. No entanto, com a edição da **Medida Provisória 1.523, de 11.10.96, deixou de ser dependente do segurado o menor sob sua guarda**, permanecendo, ainda, o enteado e o menor sob tutela.

5. Por força da própria legislação menorista, a condição primeira para o menor sob guarda ser dependente do segurado é ter sido a respectiva guarda concedida ao segurado. A inscrição junto à Previdência é decorrente desta situação jurídica. Obviamente que aqueles que assim se encontram estão com o direito de dependente assegurado. Continuam como tal, quer estejam ou não em gozo de benefício.

6. Se o óbito do segurado, fato gerador da pensão, ocorreu posteriormente a esta exclusão não importa. A sua **situação jurídica de dependente está definitivamente constituída a partir do momento que a guarda é deferida**, vez que assim determinava a Lei nº 6.697 – Código de Menores, no art. 24, § 2º, e foi mantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13.07.90, art. 33, § 3º, que ao tratarem da guarda, assim estabelecem, *in verbis*:

Art. 24 . .....

§ 2º – A guarda confere ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários.

Art. 33 .....

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

7. Assim, *in casu*, não há o que se discutir. Os termos de guarda datam de 1987 e 1989 e as respectivas inscrições de 1989, época em que vigia o Decreto 83.080 e o Código de Menores – Lei 6.697, que garantia aos menores sob guarda judicial de segurado, o direito de serem seus dependentes, o que, diga-se de passagem, foi mantido tanto na Lei 8.213/91 – Lei de Benefícios, como no Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, a exclusão do dispositivo (parte do § 2º do art. 16) do texto da Lei 8.213/91, se deu posteriormente, quando até o advento da Medida Provisória 1.523, de 11.10.96, se encontrava inserido como **norma vigente** no ordenamento jurídico nacional.

8. Além disso, leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Melo (*in* “Ato Administrativo e Direito dos Administradores, Ed. RT, SP, 1891, p.87), que **os princípios são bem mais importantes que as normas**, pois servem de bússola para o intérprete da lei, assim se expressando:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.”

9. E, **pelo princípio da irretroatividade da lei**, a lei é editada para contemplar fatos futuros. O passado foge ao seu alcance, salvo se a lei nova expressamente declarar seus efeitos retroativos. As situações legalmente constituídas, assim devem permanecer. **Há casos em que determinados atos, ocorridos ou realizados sob o domínio de uma lei, só vão produzir efeitos na vigência de lei nova, sem que esta lei nova sobre eles possa ter qualquer influência.**

10. O **princípio da irretroatividade das leis**, é um dos sustentáculos de toda legislação contemporânea, e está consagrado em nosso direito pátrio por força não só da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, art. 6º, como também pela Constituição Federal, art. 5º, XXXVI. Para nós, tal princípio se constitui, portanto, numa garantia constitucional, desde que não prejudique o direito adquirido, o **ato jurídico perfeito** e a coisa julgada.

11. O Código Civil, no art. 81, define o **ato jurídico como todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.**

12. Daí, se inferir que as características primordiais do ato jurídico são **ser ato de vontade e ser fundado em lei.**

13. A respeito do ato jurídico perfeito, vejamos o seu conceito, inserto no art. 6º, § 1º, da referida LICC:

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, **respeitados o ato jurídico perfeito**, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se **ato jurídico perfeito** o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

14. Ato jurídico perfeito, ensina José Augusto César, nos termos do art. 5º, XXXVI, CF, **é aquele que sob o regime da lei antiga se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos**

**a isso indispensável.** E acrescenta o professor José Afonso da Silva, em Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, 1994, p. 381: **É perfeito ainda que possa estar sujeito a termo ou condição.** (grifo nosso).

15. Por sua vez, o art. 82 do CC dispõe que “A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”.

16. Vê-se, *in casu*, que a concessão da guarda dos menores bem como a conseqüente inscrição junto à Previdência contêm os elementos indispensáveis à sua validade, dado terem sido atos praticados com fundamento em lei, pois, na época, 1987 e 1989, o Código de Menores bem como o Decreto 83.080/79 previa a figura do dependente menor sob guarda judicial do segurado. Quanto à forma, as inscrições encontram-se em consonância com a legislação pertinente, vez que operaram-se com base nos respectivos Termos de Guarda Judicial além de estarem devidamente registradas na CTPS do segurado.

17. Portanto, a lei nova que retira do mundo jurídico um direito preexistente na lei anterior o faz para vigor daí para frente, mas não pode retirá-lo para trás, ou seja, **sobre as situações que já se constituíram, e que, no passado, tornaram-se ato jurídico perfeito, nenhuma influência exercerá a lei nova.**

18. Assim, se os fatos passados ficam de fora da incidência da lei nova, porque esta só opera para o futuro, resta que o ato jurídico perfeito **não pode** mais ser **retirado** do mundo jurídico, **nem alterado, nem suprimido**, como é, ainda, da lição de J. Cretella Júnior:

— “Se o ato se completou, na vigência de determinada lei, nenhuma lei posterior pode incidir sobre ele, tirando-o do mundo jurídico, porque “perfeição”, aqui, é sinônimo de “conclusão”. Desse modo, (...) desde que perfeito, entra para o mundo jurídico, na qualidade de “ato jurídico perfeito”, ficando fora da incidência da lei nova, que não pode retirá-lo, nem alterá-lo, nem suprimí-lo”. (V. Comentários à Constituição, 1988, Vol. I, p. 459/60, nº 280).

19. O óbito é apenas o fato gerador da pensão por morte, mas o direito a ela está garantido desde o momento que o menor se tornou dependente do segurado, ou seja, desde a concessão da respectiva guarda. Isto até o advento da MP 1.523, de 11.10.96.

20. Portanto, em obediência ao princípio da irretroatividade da lei nova, consagrado no art. 6º, LICC, bem como o art. 5º, XXXVI, CF, **é preservada a condição de dependente do segurado ao menor inscrito na Previdência como tal, mediante apresentação do respectivo Termo de**

**Guarda, desde que concedida a guarda anteriormente à edição da Medida Provisória 1.523, de 11.10.96, não importando se o óbito do segurado tenha ocorrido posteriormente a esta data, dado que a nova lei opera de forma *ex nunc*, o que significa dizer dali para frente, nunca retroativamente.**

21. Assim, inadmissível é a inscrição de dependente cujo termo de guarda tenha sido deferido somente a partir da vigência da citada MP 1.523, publicada em 14.10.96.

Ante o exposto, opinamos no sentido de que seja **deferida a pensão** requerida, por estar respaldada na lei.

É o parecer, que submetemos à consideração do Senhor Procurador Estadual.

*ALZIRA MADEIRA REIS*  
Mat. 2.528.452  
OAB/PI 1.101/79  
Procuradora Autárquica  
Chefe da Seção de Consultoria e Contratos

— • —

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL  
PROCURADORIA GERAL/CONSULTORIA  
DIVISÃO DE CONSULTORIA DE BENEFÍCIOS (01.200.11)

*Brasília, 24 de setembro de 1997.*

*REF. MEMO 16.700.11/11/02/97*

*INT.: Divisão do Seguro Social no Piauí.*

*ASS.: Designação de dependente antes da vigência da Lei nº 9.032/95 e dependente cuja guarda judicial foi anterior à MP 1523/96.*

### **NOTA TÉCNICA PGC Nº 187**

01. A Diretoria do Seguro Social encaminha o Memo 02/97 a esta PG para pronunciamento, tendo em vista a dúvida suscitada pela Divisão do Seguro Social referente à legalidade da concessão de pensão por morte,

a dependente designado e menor sob guarda, inscritos na Previdência Social, quando essa legislação assim o permitia.

02. Essa Divisão entende que os benefícios só são devidos quando o óbito, que é o fato gerador da pensão, ocorreu antes da vigência das Leis nº 9.032/95 e MP 1.523/96.

03. A Divisão de Concessão de Benefícios, às fls. 15, tem o mesmo entendimento que a Divisão do Seguro Social no Piauí mas, solicita o pronunciamento desta PG, tendo em vista dois Pareceres exarados pela Procuradora Dr<sup>a</sup> Alzira Madeira Reis, de nºs 93/96 e 112/96, que entende ser devido esse benefício, desde que o menor sob guarda e o dependente designado tenham sido inscritos durante a vigência das leis permissivas.

04. Não há o que acrescentar aos Pareceres acima mencionados, pois o assunto não só foi totalmente esgotado como bem fundamentado, sendo também esse o nosso entendimento.

05. Se o INSS permitiu a inscrição desses dependentes é porque a lei assim determinava, devendo, portanto, gerar os benefícios dela advindos.

06. Hoje, por certo, não se daria essa inscrição, por não estar prevista em lei.

07. A Constituição Federal, prevê, expressamente, segundo a tradição constitucional, a imutabilidade das cláusulas pétreas, ou seja, a impossibilidade de emenda constitucional prejudicar os direitos e garantias individuais, entre eles o direito adquirido (art. 5º, XXXVI e art. 60 CF/88), portanto, a não ocorrência do fato gerador, no caso o óbito do segurado, durante a vigência dessas leis, não faz os dependentes perderem o seu direito, que já estava adquirido.

08. Um direito adquirido não se pode transformar em expectativa de direito só porque o fato gerador desse direito se deu após a revogação dessa lei, em cuja vigência ocorreu a aquisição desse direito.

09. Isto posto, concordamos, S.M.J., com os pronunciamentos exarados nos Pareceres acima mencionados, sugerindo a devolução do expediente à Diretoria do Segurado Social (01.700.0).

10. À consideração superior.

*CELEIDA MARCIA DOS SANTOS*  
OAB-5884

— • —

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL  
PROCURADORIA GERAL/CONSULTORIA (01.200.1)

*Brasília, 06 de outubro de 1997.*

REF.: MEMO nº 16.700.11/11/02/97  
INT.: Divisão do Seguro Social no PI  
ASS.: Designação de Dependente antes da Vigência da Lei 9.032/95.

**DESPACHO**

01. De acordo com a **NOTA TÉCNICA PGC Nº 187/97**, da lavra da Dra. Celeida Márcia dos Santos.
02. À consideração do Sr. Procurador-Geral.

*ADRIANA MARIA FREITAS TAPETY*  
Procuradora-Chefe da Consultoria/PG  
Substituta

— • —

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
PROCURADORIA GERAL

PROCURADORIA GERAL (01.200.0), em 02 de outubro de 1997.

REF.: MEMO nº 16.700.11/002/97  
INT.: DIVISÃO DO SEGURO SOCIAL INSS/PI  
ASS.: Designação de dependente da vigência da Lei 9.032/95.

01. Aprovo a Nota Técnica PG nº 187/97, de fls. 018/019, acolhida às fls. 021, pela Sra. Consultora-Chefe Substituta, Dra. Adriana Maria Freitas Tapety, na qual ratificou o entendimento esposado às fls. 003/013, através

dos Pareceres nºs 93/96 e 112/96, da Procuradoria Estadual do INSS, no Piauí.

02. Devolva-se à Diretoria do Seguro Social – 01.700.0.

*JOSÉ WEBER HOLANDA ALVES*  
Procurador-Geral



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL  
PROCURADORIA ESTADUAL DO INSS – RJ  
DIVISÃO DE CONSULTORIA E CONTRATOS

PROCESSO : 17-200.2/636/97  
INTERESSADO : DIVISÃO DE CONTENCIOSO GERAL  
ASSUNTO : PRESTADORES DE SERVIÇO

**PARECER 17-200.1 913/97**

EMENTA: Contratação de Prestadores de Serviço. Matéria de alta relevância Incremento de arrecadação do INSS – Lei nº 8.620/93. Prorrogação dos contratos. Supremacia de Medida Provisória ante a edição de Decreto limitador. Prorrogação automática advinda da edição da MP nº 1554-21, de 07.11.1997.

1. Trata o presente processo de expediente encaminhado a esta Divisão de Consultoria e Contratos pela ilustre Chefia da Divisão do Contencioso Geral, via Gabinete do Doutor Procurador Estadual, para que esta especializada se manifeste relativamente à possibilidade de prorrogação dos contratos mantidos com os atuais Prestadores de Serviço que emprestam sua colaboração a esta Autarquia ao agasalho do permissivo constante do artigo 17 da Lei nº 8.620, de 05.01.1993.

2. Tal consulta se operacionaliza face à recente edição do Decreto nº 2.371, de 10.11.1997 que, insito no chamado “Pacote Fiscal” recentemente baixado pelo Governo Federal, restringe a contratação temporária de excepcional interesse público no âmbito dos órgãos e entidades do Poder

Executivo, isto é, aquela definida especificamente na Lei nº 8.745, de 09.12.1993.

3. Historiando a matéria, temos como marco inicial das contratações em tela a Lei nº 8.620/93 que, no seu artigo 17, autorizou especificamente o INSS a efetuar a contratação de pessoal por tempo determinado, mediante contrato de locação de serviços, para atender a diversas situações da Autarquia.

4. À medida que os prazos de contratação se encontravam prestes a exaurir, o Poder Executivo, mediante mecanismos próprios e à vista da necessidade do manutenção daquelas atividades essenciais, os prorrogava, ora mediante Leis (como as de nºs 8.994, de 24.01.1995, e 9.032, de 28.04.1995), ora através de Medida Provisória, encontrando-se as atuais contratações disciplinadas na MP nº 1.554 que, já na sua 21ª reedição que se deu à publicação em 07.11.1997, prorrogou-as em mais doze meses, vale dizer até 07.11.1998, senão vejamos o disposto no seu artigo 2º, **litteris**:

“Art. 2º — Os contratos por tempo determinado, celebrados:

I — com fundamento no artigo 17 da Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993, poderão ser prorrogados por doze meses;

.....

5. Destarte a vigência da Medida Provisória em tela, que tem força de lei a teor do disposto no artigo 62 da Carta Magna, o Governo Federal editou o decreto nº 2.371/97, acima referido, que restringe a contratação de excepcional interesse público, o qual assenta, no seu artigo 2º, que tal texto mandamental entraria em vigor na data de sua publicação, vale dizer, a partir de 11.11.1997.

6. Vê-se, assim, espancando dúvidas, que duas situações distintas se apresentam, pois que temos uma Medida Provisória com força de lei dispondo sobre a prorrogação de contratações editada em 07.11.1997 e um Decreto proibindo contratações e prorrogações a partir de 11.11.1997.

7. Por exercício de lógica e assente os postulados da hierarquia das leis, vê-se, de logo, que o Decreto nº 2.371/97, em nenhuma hipótese, pode subverter determinações da Medida Provisória nº 1.554, a **uma** porque esta lhe tem supremacia e, a **duas** porque, inexistindo, **ad argumentandum**, tal supremacia, o Decreto foi editado em data posterior àquela, não alcançando os seus efeitos disposições daquela, em razão de transcurso **ad temporis**.

8. Assim, patente se apresenta que as contratações ora mantidas sob a égide do artigo 17 da lei nº 8.620/93 têm seu termo final anotado para 06.11.1998, independentemente do Decreto excepcional editado, que se dirige, **especificamente**, às contratações realizadas sob a égide da Lei nº 8.745/93. Dessa forma, configurada que a manutenção daquela força de trabalho no INSS se reveste de extrema necessidade, haja vista que se encontra totalmente voltada para o esforço de arrecadação, seja através da localização de devedores inscritos em dívida ativa, da elaboração de cálculos para execução de sentenças tanto acidentárias (com prazos exíguos) como trabalhistas, ou para revisão dos benefícios previdenciários concedidos, além de imprescindíveis atividades de apoio, entendemos deva o Senhor Superintendente Estadual, mercê sua ampla competência, instar junto à Presidência do órgão no sentido da manutenção daqueles Prestadores de Serviço no INSS, como se impõe.

9. Isto posto, com arrimo no art. 2º da Medida Provisória nº 1554-21, de 07.11.1997, poderá o INSS prorrogar aludidos contratos de prestação de serviços até 06.11.1998, haja vista que a prorrogação se efetiva automaticamente, independentemente de se firmar qualquer avença nesse sentido. **Como se vê, o Decreto nº 2.371/97 não alcança as contratações efetivadas pelo INSS com fundamento na Lei nº 8.620/93, restringindo-se, tão-somente, àquelas realizadas sob o manto da Lei nº 8.745/93.**

10. À consideração superior, sugerindo seja o presente encaminhado ao Gabinete do Sr. Superintendente Estadual, para fins de remessa dos autos à alçada do Sr. Presidente do INSS, ouvida a Procuradoria Geral, promover a manutenção da prestação de serviço, medida obrigatória, visando resguardar os relevantes interesses da Autarquia Previdenciária.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 1997.

*LUÍS ALBERTO CARDOSO GAMA*  
Procurador-Chefe da Divisão  
de Consultoria e Contratos

— • —

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL  
SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL NO RIO DE JANEIRO  
GABINETE DO SUPERINTENDENTE ESTADUAL

17-001.0, em 27 de novembro de 1997.

REF.: MEMO 17-200.2 – 636/97

INT.: Divisão do Contencioso Geral-PE/RJ

ASS.: Contratos de Prestação de Serviços

1. De acordo com o bem lançado parecer subscrito pelo Dr. Luís Alberto Cardoso Gama, referendado pelo Dr. Procurador Estadual.
2. Encaminhe-se, urgentemente ao Sr. Presidente do INSS.

*JACKSON VASCONCELOS*  
Superintendente Estadual  
INSS/RJ



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL  
MEMORANDO Nº 676/INSS/PROCURADORIA ESTADUAL – 14.200.0

Curitiba, 30 de setembro de 1997.

**PARA: 01.200.2 – COORDENAÇÃO JUDICIAL**

**At.: Dr. Ivan**

Considerando que o prazo para propositura de Ação Rescisória foi prorrogado de 02 (dois) para 04 (quatro) anos, solicito manifestação dessa Coordenação e/ou Consultoria acerca da aplicação da nova disposição legal às sentenças, cujo trânsito em julgado já ocorrera há mais de dois anos, na data de sua edição.

Atenciosamente.

*OTAVIO AUGUSTO PATZSCH*  
Procurador Estadual do INSS/PR  
Substituto

01.200.2 Coordenação Judicial, em 09.10.97

REF.: MEMO nº 676/97

INT.: Procurador Estadual do INSS/PR

ASS.: Ação rescisória

1. Ciente.
2. A meu ver, o novo prazo da ação rescisória tem aplicabilidade imediata, por ser norma processual, alcançando os processos em andamento e com **prazo em curso**.
3. O prazo para propor ação rescisória é decadencial e se já esgotado, fulmina o direito do autor e não pode ser prorrogado, (art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil).
4. À consideração superior do Dr. Coordenador Judicial, sugerindo, ainda, a oitiva da Consultoria.

*ANAMARIA REYS RESENDE*

Procuradora

Mat. 0877766

01.200.2, em 09.10.97

1. De acordo.
2. Transmitir, por fax, à PE/PR para que observe o item 2 acima.
3. Ouça-se, por importante, a nossa Consultoria Geral, após.

*IVAN FERREIRA DE SOUZA*

Coordenador Judicial – INSS

Mat. 0877278

— • —

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL  
PROCURADORIA GERAL – CONSULTORIA  
01.200.13 – DIVISÃO DE CONSULTORIA DE ARRECAÇÃO

Brasília, 15 de outubro de 1997.

REF.: MEMO nº 676/97  
INT.: Procuradoria Estadual do INSS/PR  
ASS.: Ação Rescisória

**NOTA TÉCNICA PG/CCAR Nº 204/97**

01. Trata-se de expediente oriundo da Procuradoria Estadual do INSS no Paraná, no qual é questionado a respeito da possibilidade, ou não, de aplicar-se às sentenças cujo trânsito em julgado se deu há mais de dois anos da data da publicação da Medida Provisória nº 1577 (13.07.97), o prazo para a propositura de Ação Rescisória nesta estabelecido, ou seja, de quatro anos, *verbis*.

“Art. 4º — O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados do Distrito Federal, dos municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em quatro anos, contados do trânsito em julgado da decisão.”

02. Sobre o referido expediente, assim se pronunciou a Coordenação Judicial, em Despacho da lavra da Dr<sup>a</sup> Anamaria Reys Resende:

“2. Ao meu ver, o novo prazo da ação rescisória tem aplicabilidade imediata, por ser norma processual, alcançando os processos em andamento e com prazo em curso.

3. O prazo para propor ação rescisória é decadencial e se já esgotado, fulmina do autor e não pode ser prorrogado (art. 6º, da Lei de Introdução do Código Civil).”

03. Concordamos com o referido Despacho, posto que o prazo estabelecido pela citada Medida Provisória não pode ser aplicado às decisões, transitadas em julgado há mais de dois anos da data da publicação do referido dispositivo, posto que o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, nestes casos, se consumou na vigência da lei anterior e, portanto, não pode ser atingido pela nova lei.

04. Outra não é lição contida nos comentários de Roberto Rosas à Súmula 445 do STF, senão vejamos:

“Acentuou o Min. Pedro Chaves que o prazo em curso não é intangível, pois, **enquanto flui, não confere ao prescribente senão mera expectativa, razão pela qual pode ser modificado pela nova lei**, diminuído ou aumentando (ERE 51.215).” (grifamos)

05. Deste modo, muito embora a citada Súmula se refira a prazo de prescrição aquisitiva, a mesma conclusão se aplica ao prazo decadencial, pois antes de completado, de por inteiro decorrido o prazo, nos termos da lei então vigente, o interessado só terá uma expectativa de direito, não um direito adquirido. Sobre o assunto, pedimos vênua para transcrever a seguinte definição de Celso Ribeiro Bastos (*in* “Dicionário de Direito Constitucional,” São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 43):

“Direito adquirido constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para liminar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque **fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo**, e esta é uma das fontes principais de segurança do homem na terra”. (grifamos)

06. Isto posto, entendemos que o prazo de quatro anos para a propositura de ação rescisória pelo Poder Público somente se aplica aos casos cujo prazo decadencial de dois anos não se consumou até a data da publicação da MP 1577.

07. À consideração superior.

*ADRIANA MARIA DE FREITAS TAPETY*  
Procuradora-Chefe da Divisão  
de Consultoria e Contratos

— • —

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL  
PROCURADORIA GERAL/CONSULTORIA (01.200.1)

Brasília, 30 de outubro de 1997.

REF.: MEMO nº 676 de 30-10-97  
INT.: Procuradoria Estadual/PR  
ASS.: Ação Rescisória

**DESPACHO**

- 01.** De acordo com a **NOTA TÉCNICA PG/CCAR nº 204/97**, exarada pela Dr<sup>a</sup> Adriana Maria de Freitas Tapety, Procuradora-Chefe da Divisão de Consultoria de Arrecadação.
- 02.** A questão, muito bem abordada, encerra a dúvida suscitada, inclusive na mesma linha de entendimento da Coordenação Judicial, talvez, devendo, s.m.j., ser encaminhada à Revista visando veiculação, **s.m.j.**
- 03.** À consideração do Senhor Procurador Geral, sugerindo devolver à Coordenação Judicial.

*MARIA HELENA J. DE CARVALHO*  
Procuradora-Chefe da Consultoria/PG

— • —

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL  
PROCURADORIA GERAL (01.200.0), em 07 de novembro de 1997.

REF.: MEMO nº 676/97 – 14-200.0  
INT.: Procuradoria Estadual do INSS/PR  
ASS.: Ação Rescisória – prazo

1. Ciente e de acordo com a Nota Técnica PG/CCAR nº 204/97, de fls. 003/004 e Despacho aprovatório de fls. 005.

2. Encaminha-se cópia à Coordenação das Procuradorias Estaduais, para divulgação na Revista, após, retorne-se à Coordenação Judicial para ciência e devolução à origem. (01.200.2)

JOSÉ WEBER DE HOLANDA ALVES  
Procurador-Geral



## MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.0016892-1 11ª VARA FEDERAL

**IMPTE:** FRANCISCO ADIR VIEIRA PITANGUY

**IMPTDO:** SUPERINTENDENTE REGIONAL DO INSS EM SÃO PAULO

MM. JUIZ:

Trata-se de mandado de segurança objetivando a irredutibilidade do valor do benefício percebido pelo impetrante em razão do Decreto nº 2172/97.

Antes de relatar ou opinar sobre o presente *mandamus* trago à colação a seguinte jurisprudência:

**“EMENTA:**

**ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA EXCEPCIONAL DE ANISTIADO.**

— **A aposentadoria de anistiado constitui encargo da União, como reparação ao ato de punição política.**

— **Ação proposta exclusivamente em face do INSS.**

— **Preliminar de nulidade por falta de citação e conseqüente oportunidade de defesa da União, como litisconsorte necessária.**

**Vencido o relator.” (g.n.)**

(AC, num. 0522506, ano:93, TRF 5ª Região)

Tendo em vista as informações prestadas, sustentando ser atribuída à Autarquia-ré tão somente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios, isto é, o repasse dos valores devidos pela União aos beneficiários e observada a ementa *supra*, requero o chamamento da União Federal ao feito como litisconsorte necessário, protestando, após, por nova vista.

São Paulo, 09 de setembro de 1997.

**DANIEL DE ALCÂNTARA PRAZERES**

Procurador da República



**MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
PROCURADORIA GERAL**

**OFÍCIO Nº /97**

**Brasília, 05 de novembro de 1997.**

**Meritíssima Juíza,**

Em atendimento ao Mandado de Notificação expedido por Vossa Excelência, recebido em 27.10.97, referente ao **MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.28041-1 — 16ª VF**, impetrado por **FRANCISCO ZUCARELI E OUTROS**, contra possível ato das autoridades signatárias, prestamos, no decêndio legal, as informações solicitadas, conforme seguem em anexo.

Ao ensejo, apresentamos a Vossa Excelência protestos de elevada estima e distinta consideração.

**WAGNER SAMPAIO PALHARES**  
PROCURADOR-GERAL  
SUBSTITUTO

**GILBERTO LEONEL DE ALMEIDA**  
DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO  
FINANCEIRA

**EXMª SRA.**

**DRª GILDA MARIA CARNEIRO SIGMARINGA SEIXAS**

**MM. JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DA 16ª VARA FEDERAL – SEÇÃO  
JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA – DF.**

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.28041-1 — 16ª VF/Brasília/DF**

**IMPETRANTES : FRANCISCO ZUCARELI E OUTROS**

**IMPETRADOS : PROCURADOR GERAL, DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO  
FINANCEIRA E COORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO INSTITUTO NACIONAL  
DO SEGURO SOCIAL – INSS**

**DOS FATOS**

1. Através do presente Mandado de Segurança, os Impetrantes, todos segurados da Previdência Social, buscam a tutela jurisdicional, colimando o recebimento, sem precatório, de parte de valores referentes

às diferenças de reajustes de benefícios previdenciários, havidos através de decisões judiciais transitadas em julgado, fulcrados nas disposições do artigo 128 da Lei nº 8.213, de 24.07.91.

2. Alegam, em síntese, que:

- a) *Os pagamentos de valores de benefícios previdenciários, obtidos através de decisões judiciais, dentro do limite previsto no citado art. 128, eram efetuados imediatamente, e os valores excedentes ficavam submetidos ao regime do Precatório;*
- b) *O INSS deixou de efetuar os depósitos desse limite em razão de comunicação interna expedida pelas autoridades coatoras, onde se referia ao julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 1252-5), em que o C. STF decidiu pela inconstitucionalidade de parte do prefalado art. 128;*
- c) *Essa comunicação superior não tem o condão de sustar os pagamentos dentro do limite estabelecido nesse artigo, pois a ADIn não julgou o depósito desse limite, mas sim a exclusão da parte final do aludido artigo: ... e liquidados imediatamente não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do CPC. (Sic.)*
- d) *Esse comunicado não tem força probante e não pode modificar uma lei federal, remetendo todo o valor devido pelo INSS ao regime do precatório, mormente porque os créditos dos Impetrantes têm natureza alimentícia.*

3. Ao final, requerem a concessão de medida liminar, por entenderem que o pagamento da totalidade de seus créditos, através de precatório, poderá causar-lhes sérios prejuízos.

4. Acertadamente, esse emérito Julgador não lhes concedeu a liminar requerida.

**PRELIMINARMENTE**

**– ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS AUTORIDADES DITAS COATORAS –  
CARÊNCIA DE AÇÃO**

5. Consoante se verifica das alegações e documentos acostados ao presente, as autoridades apontadas coatoras não poderiam e nem podem figurar no polo passivo deste **WRIT**, pela simples razão de que não

participaram, direta e concretamente, no desfecho dos processos judiciais que deram origem aos créditos dos Impetrantes.

6. Conforme se vê do documento anexo (doc. 01), a competência regimental para autorizar e efetuar depósitos judiciais, nas comarcas do interior, é do Procurador Regional do INSS que, inclusive, representa ativa e passivamente este Instituto na sua área de jurisdição, sabido que é impossível à Procuradoria Geral representá-lo em todas as cidades do País.

7. Ora, os ofícios acostados aos autos pelos Impetrantes, em que o juízo da causa requisita o depósito dos valores devidos, foram dirigidos ao Procurador Regional da comarca de São José dos Campos/SP que, em decorrência do julgamento da ADIn-1252-5, pelo C. STF, deixou de atender tal requisição, agindo em perfeita consonância com o princípio da legalidade, regedor da Administração Pública.

8. Verifica-se, pois, que inexistente nestes autos prova cabal e iniludível de que os Impetrados tenham desatendido, **in concreto**, um comando legal ou ordem judicial, com o fim de se esquivarem de efetuar os depósitos aventados. Tanto isso é verdade que não consta neste processo qualquer determinação judicial coercitiva, acusando o desrespeito à ordem do Poder Judiciário.

9. Ao contrário, comporta a ilação de que se o juízo da causa, em momento processual oportuno, deixara de exercer seus poderes, para compelir o Representante legal do INSS a efetuar o depósito imediatamente (**in casu** o Procurador Regional do INSS em São José dos Campos/SP), mas, ao revés, houvera por bem determinar a expedição de ofício requisitório do precatório, caberia aos Impetrantes atacar essa decisão interlocutória, via Agravo de Instrumento, e nunca utilizar-se do **Mandamus** para discutir ato administrativo de certificação geral, e que nem mesmo se afigura ao ato meramente normativo (lei em tese) que, também, não rende ensejo ao remédio heróico, a teor da Súmula 268 do STF.

10. Ressalte-se, ainda, que os próprios Impetrantes reconhecem a ilegitimidade passiva das autoridades acimadas coatoras, quando no requerimento final peticionam: "*Por derradeiro, concedida a **LIMINAR requerida ou a final**, seja expedido ofício ao procurador gerente da Procuradoria local, **para os depósitos judiciais dos valores limites...***" (**grifamos**).

11. Indubitavelmente, o ato dito ilegal e lesivo aos seus interesses reveste-se, simplesmente, de uma comunicação de caráter geral, que levou ao conhecimento dos demais órgãos jurídicos do INSS um julgamento

proferido pelo Pretório Excelso, que encerra indiscutível interesse público e que é vinculante para a Administração Pública.

12. Ademais, essa comunicação somente foi expedida pelas autoridades apontadas coatoras após a comunicação dirigida, via telex, pelo Exmo. Sr. Presidente do STF ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social a respeito do julgamento então proferido (doc. 03) que, conforme a seguir demonstrado, **faz coisa julgada material, tem efeito vinculante e eficácia erga omnes.**

13. Assim, está suficientemente esclarecido que a presente Impetração não reúne as condições essenciais da ação, impondo, portanto, a extinção do processo, sem julgamento de mérito.

### DO MÉRITO

14. No mérito, melhor sorte não está reservada aos Impetrantes, eis que as alegações contidas neste **WRIT** revelam um grande equívoco na interpretação do dispositivo declarado inconstitucional e no próprio teor e alcance do julgamento da ADIn-1252-5, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, vejamos.

15. O que ensejou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 1252-5), pelo Ministério Público Federal, foi exatamente a afronta que o artigo 128 da Lei nº 8.213/91 vinha causando às disposições do Artigo 100 da nossa Magna Carta, quando determinava parte de pagamentos a serem efetuados pela Fazenda Pública (INSS), sem a expedição do competente precatório.

16. Assim, a redação primitiva do citado artigo era a seguinte:

***“Art. 128 — As demandas judiciais que tiverem por objeto as questões reguladas nesta lei, de valor não superior a Cr\$ 1.000.000,00 (hum milhão de cruzeiros) obedecerão ao rito sumaríssimo e serão isentas de pagamento de custas e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.”*** Grifo nosso.

17. O julgamento de mérito proferido pela Excelsa Corte, no dia 28.05.97, cuja decisão foi publicada no DJU de 06.06.97, veio declarar a inconstitucionalidade da expressão ***“e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil”***.

18. Ora, retiradas as expressões acima, a redação do citado artigo é a seguinte:

***“Art. 128 – As demandas judiciais que tiverem por objeto as questões reguladas nesta lei, de valor não superior a Cr\$ 1.000.000,00 (hum milhão de cruzeiros) obedecerão ao rito sumaríssimo e serão isentas de pagamento de custas”.***

19. Ocorre, porém, que os Impetrantes, em mero sofisma, querem fazer crer que “... A ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 1252-5) não julgou o depósito do limite determinado em lei — mas sim a exclusão da parte final do aludido artigo: ***... e liquidadas imediatamente. Não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do CPC.*** (Grifo do original).

20. A interpretação dada a esse texto legal, pelos Impetrantes, quando em devaneios afirmam que o depósito do limite restou intocado, traduz-se tão somente em um exercício de imaginação fértil, dissociada e em flagrante afronta à hermenêutica jurídica.

É evidente que o limite a que esse dispositivo se refere, já agora serve apenas para determinar o rito processual das ações judiciais e isentar de custas seus autores, visto que a declaração de inconstitucionalidade das expressões acima grifadas as expungiram do mundo jurídico, fazendo prevalecer o disposto no artigo 100 da Magna Carta e, bem assim, restaurar a exigência contida no artigo 730 do Código de Ritos, para todos os valores devidos pelo INSS. Portanto, a única conclusão plausível é a de ser indispensável a expedição de precatório para satisfação dos débitos previdenciários, independentemente do valor exequendo.

21. D’outra parte, impende aduzir que a Súmula 144, do E. Superior Tribunal de Justiça, não encerra a conotação também errônea deduzida pelos Impetrantes, de vez que, contrariamente ao entendimento por eles esposados, ela apenas confirma que os créditos de natureza alimentícia, embora jungidos ao regime do precatório, têm preferência sobre os créditos de natureza diversa.

## DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

22. A decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual tem eficácia ***erga omnes***, faz coisa julgada e tem efeito vinculante para os órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo (Constituição da República, Art. 102, I, “a” e § 2º).

23. Significa dizer, também, que essa questão não mais poderá ser objeto de nova apreciação pelo Poder Judiciário, a menos que haja mudança de situação fática ou superação e evolução jurídica da matéria no tratamento constitucional, o que não é o caso dos autos.

24. À guisa de ilustração, é oportuno trazer, à colação, o abalizado escólio de Alexandre de Moraes, (*in* Direito Constitucional, Ed. Atlas, São Paulo, 1997, p. 459/460), **verbis**:

***“Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (ex tunc) e para todos (erga omnes), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas (RTJ, 82/791; RTJ 87/758; RTJ, 89/367), uma vez que “os atos inconstitucionais são nulos” e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos ex tunc). Assim, a declaração de inconstitucionalidade***

***“Decreta a total nulidade dos atos emanados de Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito”.***

***Note-se que, no controle concentrado de inconstitucionalidade, a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional saem do ordenamento jurídico imediatamente com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não havendo aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal, que permanece somente para a utilização no controle difuso.***

***Ressalte-se, ainda, que esta posição é antiga no Supremo Tribunal Federal, pois em 18-6-1977, seu então Presidente, Ministro Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69 (atual art. 52, X, da CF/88), se restringissem somente às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidenter tantum, via controle difuso de constitucionalidade”.***

Verifica-se, portanto, que inexistente direito líquido e certo a ser amparado pelo presente **Mandamus**, uma vez que o ato dito coator não é ilegal, abusivo de poder, tampouco lesivo ao direito dos Impetrantes. Muito pelo contrário, veio recomendar efetividade à decisão proferida pelo C. STF, que retirou do mundo jurídico texto de lei declarado inconstitucional.

26. Na verdade, o que pretendem os Impetrantes é reabrir, olimpicamente, questão já sepultada pelo Pretório Excelso e que, portanto, não mais comporta qualquer discussão.

27. Aliás, o cerne da **quaestio juris** debatida neste autos já mereceu recente pronunciamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Recurso Especial nº 116.435 — São Paulo (97/007852-4), cujo aresto é o seguinte: (cópia reprográfica em anexo).

RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES  
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
ADVOGADO : DR. JOSÉ CARLOS PEREIRA VIANNA  
RECORRIDO : MILTON DE ALMEIDA GARCIA  
ADVOGADO : DR. LAURO CEZAR MARTINS RUSSO

### **EMENTA**

**PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. LEI 8.213/91. ADIn 1252-5.**

**1 – Declarada pelo Egrégio STF, quando do julgamento da ADIn 1252-5, a inconstitucionalidade da expressão “e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do CPC”, não há falar em quitação imediata dos débitos judiciais de caráter previdenciário até o valor de R\$ 4.988,57 (quatro mil, novecentos e oitenta e oito reais e cinquenta e sete centavos).**

**2 – Recurso conhecido.**

### **ACÓRDÃO**

**Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Ministros Anselmo Santiago, William Patterson, Luiz Vicente Cernicchiaro e Vicente Leal.**

**Brasília, 06 de outubro de 1997 (data do julgamento).**

28. Por todas as razões expostas, e julgando haver prestado as informações solicitadas, as autoridades apontadas coatoras requerem a esse emérito Julgador a extinção do processo, sem julgamento de mérito, consoante deduzido em preliminar, ou no mérito, seja denegada a segurança pleiteada na exordial, visto a inexistência de direito líquido e certo dos Impetrantes.

Brasília, 05 de novembro de 1997.

**WAGNER SAMPAIO PALHARES**  
PROCURADOR-GERAL  
SUBSTITUTO

**GILBERTO L. DE A. VELLOSO**  
DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO  
FINANCEIRA

**ANTONIO AUGUSTO DE SIQUEIRA**  
PROCURADOR AUTÁRQUICO/INSS  
MAT. 0545973 – OAB/GO – 7053



MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
GERÊNCIA REGIONAL DE ARRECADAÇÃO E FISCALIZAÇÃO EM  
SANTO ANDRÉ/SP

**OFÍCIO Nº /97**

***Santo André, 25 de fevereiro de 1997.***

Meritíssimo Juiz,

Em atenção aos termos do vosso ofício nº 146/97, datado de 14.02.97 e recebido em 17.02.97, referente ao **MANDADO DE SEGURANÇA** impetrado por **GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.** (Proc. nº 07.3430-5), contra possível ato desta autoridade, no decêndio legal, vimos informar que a liminar concedida está sendo cumprida, e, bem assim prestar as informações solicitadas, conforme seguem em anexo.

Ao ensejo, apresentamos a Vossa Excelência protestos de elevada estima e distinta consideração.

**MARGARETE SERAFIM ROJA**  
GERENTE REGIONAL DE ARRECADAÇÃO E  
FISCALIZAÇÃO DO INSS EM SANTO ANDRÉ/SP

**EXMO. SR.**

**DR. CIRO BRANDANI FONSECA**

**MM. JUIZ FEDERAL SUBST<sup>o</sup> DA 16<sup>a</sup> VARA FEDERAL DE SÃO PAULO/SP**

— • —

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – MPAS  
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – I N S S

Santo André, 25 de fevereiro de 1997

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 07.3430-5 — 16<sup>a</sup> VARA FEDERAL/SP

IMPETRANTE : GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.

IMPETRADO : GERENTE REGIONAL DE ARRECADAÇÃO E FISCALI-  
ZAÇÃO DO INSS EM SANTO ANDRÉ/SP

**I – DOS FATOS**

1. Cuida o presente, de mandado de segurança, com pedido de liminar, colimando “**...obstar a inscrição na dívida do débito imposto pela autoridade coatora, bem como a inscrição da empresa no CADIN e, ainda, para que se abstenha de rescindir o acordo de parcelamento nº 55.623.608-4...**” (grifo do original). E, bem assim, para ser declarado ilegal o ato da autoridade dita coatora “**...em exigir o pagamento das contribuições previdenciárias suplementares, efetuadas a título de “pro-labore”, percebido pelo diretor José Carlos da Silveira Pinheiro Neto, referente ao período de Setembro de 1991 a Dezembro de 1993...**” (grifo nosso).

2. Na peça vestibular, aduz a Impetrante que seu empregado, o

Sr. José Carlos da Silveira Pinheiro Neto, foi nomeado para o cargo de Diretor de Relações Governamentais e Comunicação Social, por prazo indeterminado e percebimento de “pro labore”. E, que em razão disso, teve seu contrato suspenso, não podendo assim manter a condição de empregado e empregador ao mesmo tempo.

3. Entende, por isso, que aludido débito resulta de contribuição previdenciária incidente sobre remuneração de diretor da empresa, cobrada a título de “pro-labore”, pois “o Diretor é órgão da sociedade, representando-a perante terceiros”.

4. Afirma que nesse caso inexistente falar-se em salário de empregado mas sim de “pro labore”, uma vez que o seu diretor está atuando como empresário, sendo, portanto, ilegal a incidência dessa contribuição social prevista no inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787/89, e inciso I do art. 22, da Lei nº 8.212/91, ante a orientação do C. Supremo Tribunal Federal atinente a inconstitucionalidade dessa exigência.

5. Ancorado nessas alegações, esse ilustre julgador entendeu de conceder, parcialmente, a medida liminar, determinando à autoridade acoimada coatora a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em questão, bem como abster-se de inscrever o nome da Impetrante no CADIN e de rescindir o acordo de parcelamento nº 55.623.608-4, **em virtude da falta de pagamento dos valores ora discutidos.**

## II – DO MÉRITO

6. Resulta claro a impropriedade da via judicial eleita, eis que inexistente direito líquido e certo violado, a ser atacável pelo **MANDAMUS**.

7. No abalizado dizer do mestre CASTRO NUNES **“Direito líquido e certo é aquele contra o qual não se podem opor motivos ponderáveis e sim meras alegações, cuja improcedência se reconhece imediatamente sem necessidade de detido exame”**.

E, **“o remédio, que é excepcional, só excepcionalmente pode ser concedido: quando se trata de direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações”**. (Do Mandado de Segurança — Forense, 9ª ed., p. 380).

Neste mesmo passo, nos ensina o saudoso professor Hely Lopes Meirelles (*in* Mandado de Segurança e Ação Popular, 9ª ed., RT, 1983, p. 11) que:

***“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por Mandado de Segurança, há de vir expresso em norma legal trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao Impetrante. Se sua existência for duvidosa; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”. (HELY LOPES MEIRELES, in Mandado de Segurança e Ação Popular, 9ª ed., RT, 1983, p. 11).***

8. Ora, MM. Juiz, a matéria trazida pela Impetrante não se revela estreme de dúvidas, não se afigura translúcida, evidente, e nem, tampouco, apurável de plano, porquanto necessita da produção de provas documentais e requer percuciente estudo jurídico para ser dirimida, eis que a nomeação do seu empregado, para exercer cargo de confiança, não restou devidamente esclarecida, mormente no que pertine a sua situação funcional.

9. Como é sabido, a nomeação ou elevação de um empregado à função de diretor de uma empresa, por si só não induz, de imediato, à ilação de que o contrato está suspenso ou que seja ele um empresário (diretor-órgão).

10. Corroborando o acima expendido, trazemos a lição autorizada do eminente professor Valentin Carrion (*in* Comentários à consolidação da leis do trabalho, 21ª ed., Ed. Saraiva, 1996, p. 37/38) que obtempera, **verbis**:

***“13. O diretor de sociedade anônima que foi eleito pela assembléia de acionistas e empossado, após prestar caução (própria ou oferecida por um sócio), é órgão estatutário da sociedade e, em princípio, pode manter relação de emprego. As variadíssimas hipóteses que se apresentam ao intérprete, entretanto, dificultam a generalização, tornando a solução extremamente casuística. Saber se se trata de um verdadeiro diretor ou não dependerá da análise das circunstâncias que envolvem cada caso. O volume de ações da sociedade que o diretor possui nem sempre será determinante, ao menos quando seu número for reduzido; isto porque somente o membro do conselho de administração tem de ser sócio, e não o diretor (Lei das Sociedades Anônimas, L. 6.404/76). Somente a difícil análise da extensão de seus poderes é que poderá distinguir o falso do verdadeiro diretor. E estes poderes tanto poderão dirigir-se no sentido das relações da sociedade para com o exterior como para dentro, ou seja, nas atribuições da organização interna da empresa (Miranda Valverde,***

Sociedades por ações, *apud* Vilhena, “Diretor de S/A...”). Quanto ao diretor técnico, não obstante a lição do mestre Vilhena (*idem*), que com razão percebe maiores suspeitas que quanto aos outros diretores, a grande distinção está entre diretor eleito (mandatário do conselho de administração) e diretor contratado (J. Antero de Carvalho, *apud* Vilhena, *idem*), que poderá tipificar apenas um empregado de confiança e não um diretor-órgão. Pela elevação de um empregado ao cargo de sociedade, quatro situações diferentes podem ser encontradas na jurisprudência, por interpretação divergente ou porque seja diferente a realidade dos fatos: a) a investidura em cargo de diretor não significa necessariamente que o contrato de trabalho foi suspenso; b) se o estado de subordinação não se modificou, com a elevação, o regime jurídico do empregado permanece inalterado; c) pode haver concomitância das duas funções, por permanecerem inalteradas as atribuições anteriores; d) o simples fato da eleição e ocupação do cargo suspende o contrato de trabalho (Vilhena, *idem*, e Russomano, *apud* Magano, Manual). A Lei das S/A, interpondo o Conselho de Administração entre a Assembléia e os diretores e concedendo-lhe a atribuição de nomeá-los e fixar-lhes encargos, juntamente com o dever de informar as “condições de trabalho dos diretores”, leva Magano a entender que a regra geral deve ser a de sempre considerar o diretor como empregado, salvo se o diretor se apresenta como dono do negócio ou acionista controlador (Antero de Carvalho, *apud* Magano). Sem reconhecer qualquer direito trabalhista, a lei permite que a empresa recolha o FGTS dos diretores não empregados (L.6.919/81 e 8.036/90, art. 16).

11. No presente *Writ* a discussão jurídica centra-se, única e exclusivamente, em definir se o empregado da Impetrante, Sr. José Carlos da Silveira Pinheiro Neto, é realmente um **diretor-órgão**, com contrato de trabalho suspenso, ou um **empregado no exercício de cargo de confiança**, definido na alínea “a”, inciso I, art. 12, da Lei nº 8.212, de 24.07.91, como **diretor-empregado**.

12. Basta conferir-se os documentos acostados à inicial para verificar-se que não foi juntada a Carteira de Trabalho (CTPS) do mesmo, onde deve constar as anotações atinentes a necessária rescisão do contrato de trabalho, com a indenização devida, no caso de referido empregado haver passado à condição de “empresário” sem vínculo empregatício.

Sucedee, daí, que seu contrato de trabalho, em princípio, estaria suspenso e o período dessa suspensão não poderia ser somado ao tempo de serviço, para os efeitos legais.

13. Contudo, há que se reconhecer que a relação de emprego não restou tangida, permanecendo vigente, uma vez que se verifica a continuidade da prestação de serviço por parte do diretor citado, com todos os requisitos do art. 3º da CLT. Ademais, as causas de suspensão e interrupção do contrato de trabalho são aquelas elencadas nos arts. 471 a 486 da CLT, não se enquadrando, pois, à matéria em comento.

14. A guisa de ilustração, apenas, permitimo-nos fazer a digressão de que a prática tem demonstrado, inúmeras vezes, que a Previdência Social, em casos semelhantes, vem sendo sangrada duplamente em seu patrimônio financeiro, porquanto à época da aposentadoria desses “diretores”, lhes é deferida a contagem do tempo de serviço, por força de decisões judiciais que proclamam a existência do vínculo empregatício. Assim, apesar de não haver recebido as contribuições devidas, arca com o pagamento de aposentadorias por tempo de serviço que estava suspenso.

A propósito, trazemos à colação recente julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que se coaduna perfeitamente com o presente caso, cuja ementa é a seguinte, **verbis**:

**“RELAÇÃO DE EMPREGO — DIRETOR DE S/A — SUBORDINAÇÃO JURÍDICA**

**“O prestador de trabalho subordinado altamente qualificado não está, apenas, por isso, à margem da proteção assegurada pela legislação do trabalho, na medida em que a própria Constituição da República, em seu art. 7º, XXXII, proíbe que haja distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. O diretor de sociedades por ações que, mesmo não tendo sido antes seu empregado, nunca foi seu acionista, foi diretamente eleito e destituído por seus Conselhos de Administração e sempre desempenhou tarefas e atribuições não definidas previamente em seus Estatutos Sociais e integradas na organização e nas atividades econômicas daquelas empresas, esteve em todo o período sob sua subordinação jurídica, do ponto de vista objetivo. Deve ele portanto ser considerado seu diretor-empregado, parta todos os efeitos legais (TRT-3ª R. — Ac. unân. da 4ª T. publ. no DJ de 22-6-96 — RO 18.279/95 — Rel. Juiz José Roberto Freire Pimenta; in ADCOAS 8152774). (cf. ADCOAS, BJA nº 04, de 10.02.97, p. 113) (grifo nosso).**

15. A simples análise do instrumento de nomeação do Sr. José Carlos da Silveira Pinheiro Neto, e Cláusula 11ª do contrato social da Impetrante, leva-nos à ilação de que o mesmo não foi eleito, não é sócio cotista e não possui os poderes gerais de representação e administração da empresa.

16. Ao contrário do asseverado na exordial, esses poderes são da competência exclusiva do Presidente e, na sua ausência, do Vice-Presidente da General Motors do Brasil, que tem como sócia-gerente a General Motors Corporation, com sede nos Estados Unidos, que poderá substituir a todos os diretores, a qualquer tempo, conforme § 2º da Cláusula 8ª, do referido contrato.

17. As atribuições que detém o Sr. José Carlos da Silveira Pinheiro Neto, são apenas aquelas delegadas pelo Presidente da Impetrante, e são as mesmas declináveis a qualquer outro empregado.

18. Com efeito, assim estatuem a alínea “a” da prefalada Cláusula 11 e o § 2º da Cláusula 12, do Contrato Social, **verbis**:

#### **CLÁUSULA 11**

**Compete ao Presidente e, na sua ausência, ao Vice-Presidente:**

“ .....

**c) representar a Sociedade, em juízo ou fora dele, podendo designar qualquer outro Diretor ou funcionário da Sociedade ou nomear procurador para representá-la em juízo e prestar, por ela, depoimento pessoal;**

“ .....

#### **CLÁUSULA 12**

“ .....

##### **Parágrafo 2º**

**As atribuições dos demais Diretores serão fixadas pela Diretoria, mediante proposta do Presidente ou do Vice-Presidente ou do Diretor Executivo de Finanças.**

19. Ora, Excelência, o pavor da Impetrante ao aventar (fls. 06 da inicial), hipoteticamente, a situação do citado diretor, no caso de uma reclamação trabalhista por ele apresentada, em que o mesmo figuraria como reclamante e reclamado ao mesmo tempo, é completamente infundado, afigurando-se mero sofisma, eis que a presidência poderá delegar os poderes de representação a qualquer outro funcionário da empresa.

20. A tese sustentada pela Impetrante, de que o contrato de trabalho de seu empregado guindado ao cargo de diretor encontra-se suspenso, não resiste a uma simples leitura da doutrina e jurisprudência mais autorizadas do país, pois os fatos que denunciam a relação jurídica existente entre ambos são incontestes, conforme acima deduzido.

21. O *Caput* do artigo 499 da Consolidação das Leis do Trabalho é de clareza luminar ao estatuir que “ *Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.*” (grifo nosso).

22. Analisando o preceito consolidado acima transcrito (*in* CLT Comentada, Ltr, 29ª ed., 1996, p. 379), o eminente Dr. Eduardo Gabriel Saad, dentre outros respeitadas juristas, também esposa a tese de que a elevação do empregado ao cargo de diretor da empresa não acarreta a suspensão do contrato de trabalho. E, a arrimar suas convicções, aduz que “*...A imprensa quotidiana do País (Est. S. Paulo de 10.12.83) divulgou a notícia de que o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário n. 101.060, decidiu a favor da tese de que a investidura do empregado, em cargo de diretor da empresa, não acarreta a suspensão do seu contrato de trabalho. Como de há muito sustentamos, essa tese é que se harmoniza com os verdadeiros fins sociais da lei trabalhista.*” (grifamos).

23. Em resumo, pelo que se infere dos documentos carreados aos autos pela Impetrante, somente podemos concluir o seguinte:

- a) O Sr. José Carlos Pinheiro Neto mantém vínculo empregatício e foi guindado ao cargo de diretor da empresa, através de *nomeação*;
- b) Não é acionista da empresa;
- c) Não detém poderes gerais de gestão, representação e administração da sociedade;
- d) Inexiste prova de que seu contrato de trabalho fora rescindido;
- e) Que, em casos tais, a lei, a doutrina e a jurisprudência pátrias o consideram como **diretor-empregado, sendo, portanto, lícita a cobrança da contribuição social prevista no inciso I, art. 12, da Lei nº 8.212/91.**

24. Infere-se, portanto, que a liminar deferida não pode subsistir, sendo também incabível a segurança pleiteada, porquanto as provas carreadas aos autos são inteiramente desfavoráveis à Impetrante.

25. Surde, destarte, que inexistente qualquer direito líquido e certo a ser ancorado por este *writ*, pelo que, julgando haver prestado as informações solicitadas, espera e requer o Impetrado se digne V. Exa. em **cassar a liminar deferida** e, no mérito, denegar a segurança pedida, por ser de Direito e JUSTIÇA!

Respeitosamente,

**MARGARETE SERAFIM ROJA**  
GERENTE REGIONAL DE ARRECAÇÃO  
E FISCALIZAÇÃO DO INSS EM SANTO ANDRÉ/SP

**ANTÔNIO AUGUSTO DE SIQUEIRA**  
PROCURADOR AUTÁRQUICO/INSS  
Mat. 0545973 – OAB/GO 7.053



JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO  
JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE SERTÃOZINHO

Proc. nº 651/91

Cálculos de liquidação apresentados pelas reclamantes às fls. 176/407.

Instado a se manifestar sobre os cálculos, sob pena de preclusão, nos termos do artigo 879, parágrafo 2º, da CLT, o reclamado requereu a dilação do prazo para tanto (fls. 413/414), o que foi deferido pelo Juízo. Decorreu *in albis* tal prazo.

Sentença de liquidação à fl. 415, homologando os cálculos das autoras.

O instituto reclamado ofertou embargos à execução às fls. 418/420, impugnados pelas obreiras às fls. 429/432, os quais foram rejeitados pelo Juízo, conforme decisão de fls. 435/436.

Interposto agravo de petição (fls. 439/441), o E. TRT, por sua 4ª Turma, decidiu pelo não conhecimento do mesmo (fl. 459).

Atualização do débito, pela Secretaria, às fls. 465/467.

Expedida carta precatória citatória para os termos do artigo 730 do CPC (fls. 470 e 479/487), o reclamado opôs embargos à execução (fls. 473/478), tendo sustentado, em síntese, que: há excesso de penhora, sendo o crédito das exequentes limitado a 12/12/1990, data em que se extinguiu o contrato de trabalho e a partir da qual, pela Lei nº 8.112/90, foi instituído o Regime Jurídico Único para os servidores civis; a limitação da prestação jurisdicional da Justiça do Trabalho não pode ultrapassar a data de extinção dos vínculos celetistas, ocorridos com o advento da já referida lei, a partir da qual há incompetência em razão da matéria por parte deste órgão. Pediu a procedência dos embargos, para que seja limitado o crédito a 12/12/1990.

Impugnação aos embargos, pelas reclamantes, às fls. 489/492, pedindo a improcedência dos mesmos.

É o breve **RELATÓRIO**.

**DECIDE-SE.**

Tempestivos os embargos interpostos, deles se conhece.

**Preclusão consumativa**

Quer-nos parecer ocorrente, *in casu*, a preclusão consumativa, consubstanciada no exercício de faculdade processual (interposição de embargos) já validamente exercida em outra oportunidade. Às fls. 418/420, o embargante, embora tão-somente *intimado* da sentença de liquidação (fl. 415), já ofertava embargos à execução, deixando de argüir, na oportunidade, qualquer vício de citação. E, inexistente qualquer prejuízo para o instituto reclamado — o qual apresentou aqueles embargos tempestivamente e expôs, de forma cabal, todos os argumentos suficientes à pretensa defesa de seus interesses, tendo sido regularmente processado o remédio processual em questão —, a conseqüência lógica seria a aplicação dos artigos 794 e 795, *caput*, da CLT. Ademais, quando do julgamento do agravo de petição interposto contra a decisão deste Juízo que rejeitou tais embargos, embora a respectiva fundamentação houvesse feito referência expressa ao desatendimento do disposto no artigo 730 do CPC — razão pela qual deixava-se de conhecer do agravo em questão (fls. 457/458) —, observa-se que, em momento algum, a Instância Superior decretou, efetivamente, a nulidade e os respectivos atos por ela atingidos, conforme dispõe o artigo 797 consolidado. Dessa forma, parece-nos que, em realidade, não houve qualquer nulidade — mesmo porque não argüida a qualquer momento pela parte interessada, inclusive no agravo de petição interposto — motivo pelo

qual a nova interposição de embargos à execução, desta feita às fls. 473/478, implica em novo exercício de faculdade outrora já exercida validamente, tendo-se operado, conseqüentemente, a *preclusão consumativa*, capaz de ensejar o indeferimento liminar de tais embargos.

Entretanto, visando evitar novas discussões capazes de protelar, ainda mais, o andamento do feito — em detrimento não só da própria efetivação da tutela jurisdicional solicitada, como também dos próprios interesses das credoras embargadas — afasta-se a possibilidade de aplicar ao devedor a preclusão pela forma suso mencionada, adentrando-se, pois, a análise do mérito dos embargos interpostos pelo reclamado.

### ***Da matéria argüida nos embargos***

Sustenta o embargante que, passando as embargadas à condição de estatutárias, com o advento da Lei 8.112/90, não mais fazem jus aos direitos postulados e deferidos na presente reclamatória a partir de 12/12/90, quando foram extintos os contratos de trabalho. Tal situação, ademais, acarretou a incompetência absoluta desta Justiça Especializada, matéria essa argüível a qualquer tempo (art. 113 do CPC), não podendo mais prosseguir o feito perante este órgão. Ocorrente portanto, *in casu*, excesso de execução.

Quanto à efetiva existência de excesso de execução, em que pesem os argumentos expendidos a respeito pelo reclamado-embargante, não vislumbramos qualquer possibilidade de acolhimento dos mesmos. Primeiramente, porque não logrou o devedor demonstrar exatamente sob qual modalidade está-se dando tal excesso, deixando de indicar qual das hipóteses do artigo 743 do CPC encontra-se presente. Entretanto, realizando um esforço interpretativo do conjunto de asseverações contidas nos embargos *sub examen*, podemos concluir que ou o embargante teve em mente excesso de execução fundado ou no inciso I da indigitada norma processual (*quando o credor pleiteia quantia superior à do título*) ou no seu inciso III (*quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença*). Entretanto, quanto à primeira dessas hipóteses, não assiste sorte ao embargante, posto que não basta a pura e simples alegação de que se está pleiteando quantia superior à do título: é preciso a *efetiva* demonstração de tal fato, mediante elaboração das contas sustentadoras daquele fato. E a tanto furtou-se o reclamado, limitando-se, tão-só, a argumentar, sem fundamentar ou dispor-se a tanto. Neste ínterim, é conveniente gizar que, desde há muito, nos presentes autos, o instituto devedor

vem-se quedando de apresentar contrariedade *fundamentada* às contas obreiras (fls. 176/407), seja ao deixar escoar *in albis* o prazo por ele requerido e concedido às fls. 413/414 (60 dias), seja ao aduzir os embargos à execução de fls. 418/420, seja ao intentar agravo de petição sem atendimento aos requisitos do parágrafo 1º do artigo 897 da CLT (fls. 440/441), seja agora, em sede de novos embargos. Salta aos olhos o fato de que, no feito em trâmite, não faltou oportunidade — tampouco tempo — para que pudesse o embargante elaborar, satisfatoriamente, as contas que entende corretas e aptas a desconstituir os resultados a que chegara seu *ex adverso*. E, apesar de se tratar de pessoa jurídica de direito público, frise-se que não cabe ao órgão jurisdicional — sob pena de comprometer sua imparcialidade — suprir a incúria da parte no exercício de suas faculdades e ônus processuais, ainda mais quando a mesma se encontra patrocinada por procurador regularmente constituído... Já quanto ao inciso III do art. 743 do CPC, não obstante a farta argumentação constante dos embargos ora analisados, em nenhum momento ficou demonstrado que não se estaria executando dentro dos limites do julgado exequendo. Tanto que o cerne das perorações do embargante detém-se, exclusivamente, na necessidade de limitação dos efeitos da sentença diante de alegada alteração fático-jurídica posterior — situação inconfundível com aquela prescrita no aludido dispositivo legal. Diante de tais motivos, restam profligadas as assertativas pertinentes ao excesso de execução.

No que tange à limitação dos efeitos da decisão exequenda e à existência de nulidade absoluta, em que pese o teor dos argumentos expendidos nos arestos transcritos pelo embargante, entendemos que nesse particular também não lhe assiste melhor sorte. De fato, embora a alteração na situação jurídica das obreiras pudesse acarretar, em tese, modificação nos respectivos direitos, mister se faz tecer algumas considerações a respeito:

a) as argumentações em questão pertinem à fase de cognição, sendo vedado ao devedor, utilizando-se de embargos, pretender reabrir discussão atinente àquela fase, sem ofender aos atributos da *res judicata*. Ademais, na fase processual própria (apresentação de defesa), verificada mesmo depois da edição da Lei 8.212/90, deixou o reclamado-embargante de aduzir os argumentos agora expostos — embora pudesse perfeitamente fazê-lo, pois inexistia qualquer óbice para tanto;

b) a r. sentença de conhecimento (fls. 134/137), embora prolatada após a alteração do estado fático-jurídico das autoras, não estabeleceu qualquer limitação temporal ao direito ali deferido, fato esse também não

levantado nas razões de recurso (fls. 140/145) do próprio instituto reclamado — quando, gize-se mais uma vez, inexistia qualquer óbice para tanto;

c) a nulidade absoluta, contrariamente ao sustentado pelo embargante, não é passível de argüição em qualquer fase processual, limitando-se ao processo cognitivo. A respeito, transcreva-se a seguinte lição:

*“A incompetência absoluta pode ser argüida em qualquer fase do processo, enquanto não ocorrida a coisa julgada” (Humberto Theodoro Júnior, Código de Processo Civil Anotado, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 57 — grifo nosso);*

d) finalmente, ressalte-se que, quando instado expressamente a se manifestar sobre os cálculos das embargadas, sob a cominação prevista no artigo 879, parágrafo 2º, da CLT (fl. 176), o instituto reclamado quedou-se inerte (embora lhe houvesse sido concedido mais prazo para o exercício de tal faculdade, conforme requerera às fls. 413/414). Sendo assim, operada a *preclusão temporal* prevista no dispositivo legal acima mencionado, entendemos impossível o acolhimento das formulações a respeito expendidas pela embargante em momento posterior, posto que inadequado para tanto.

Desse modo, não sendo possível pretender modificar, neste momento processual, os termos de decisão acobertada pelo manto da coisa julgada — ainda mais quando tal situação decorreu da desídia da própria parte ao exercer, insuficientemente, seu direito de defesa —, e aliando-se tal fato à ocorrência de preclusão para impugnação às contas apresentadas — corroborando, destarte, aquela incúria presente na atuação do INSS —, rejeitam-se as argumentações da embargante em análise.

Os embargos interpostos comportam total rejeição, portanto.

### ***Do comportamento do embargante***

A análise não só dos embargos à execução ora julgados, como também dos demais elementos emergentes dos autos, fazem revelar flagrantes irregularidades por parte do instituto reclamado, consubstanciadas no requerimento de dilação de prazo para impugnar as contas das autoras (deferido pelo Juízo) e ulterior inércia a respeito (fls. 413/414 e verso), na interposição de embargos destituídos de fundamento e versando sobre matéria fulminada pela preclusão (fls. 418/420) e na apresentação de novos embargos à execução padecentes dos exatos vícios constatados nos anteriormente ofertados (fls. 473/478), tudo sem prejuízo de várias outras ocorrências verificadas no decorrer de todo o presente feito. Tais

acontecimentos já seriam suficientes para considerar-se o embargante como autor de atos atentatórios à dignidade da Justiça, posto que tipificada a hipótese prescrita pelo artigo 600, inciso II, do Código de Processo Civil. Entretanto, ante a condição subjetiva do reclamado-embargante — órgão de previdência social, pessoa jurídica de direito público — a aplicação de qualquer penalidade ao embargante significaria não apenas a coibição a tais atitudes condenáveis, mas, acima de tudo, prejuízo aos já tão comprometidos cofres daquele instituto — como hodiernamente tanto se divulga —, em detrimento, via de conseqüência, aos próprios interesses públicos. Aliás, a respeito já se manifestou a DD. Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, conforme se vê à fl. 454, onde pugnou pela expedição de ofícios aos órgãos competentes comunicando “a sofrível atuação do INSS na fase de execução”. Assim sendo, diante dos interesses sociais envolvidos, deixa-se de aplicar ao embargante qualquer penalidade pela prática de ato atentatório à dignidade da Justiça, e determina-se a expedição dos ofícios referidos pelo DD. Procurador do Trabalho, mencionados no terceiro parágrafo de fl. 454.

**POSTO ISSO**, julgo *IMPROCEDENTES* os EMBARGOS À EXECUÇÃO interpostos por **INSS — INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL** em face de **CLEUNICE APARECIDA NOGUEIRA** e **MARIA CRISTINA LONGO DALMAZO**, nos termos da fundamentação supra, mantendo, *in totum*, os termos da sentença de liquidação de fl. 415.

Expeça, a Secretaria, os ofícios referidos ao final da motivação da presente, independentemente do trânsito em julgado desta decisão.

Intimem-se, com urgência.

Nada mais.

Sertãozinho, 11 de dezembro de 1996.

**MARCOS DA SILVA PORTO**

Juiz do Trabalho

TRF — 1ª Região

DJU 27.11.97

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.01.46677-0 – MG

RELATOR : O EXMº SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR  
APELANTES : VERA LÚCIA CORRÊA DA SILVA ALVES E OUTRO (A)  
APELADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
ADVOGADOS : DRS. JOAQUIM LOURENÇO MARTINS E OUTROS (AS)  
PROCURADOR : DR. SÉRGIO DE OLIVEIRA ALENCAR

**EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. LEI Nº 8.213/91 E DECRETO Nº 611/92.

I — A perda da qualidade de segurado deixa de afetar exclusivamente aqueles direitos cujos requisitos foram antes já satisfeitos pelo segurado em vida, hipótese inócurrenente no caso dos autos.

II — Apelação improvida.

**ACÓRDÃO**

Decide a Turma negar provimento à apelação, à unanimidade.

1ª Turma do TRF — 1ª Região — 08.10.97.

JUIZ ALOÍSIO PALMEIRA LIMA (Presidente)

JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator)

**RELATÓRIO**

**O EXMº SR. JUÍZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR** : — Vera Lúcia Corrêa da Silva Alves e Maria Rosália Santos Barbosa, ambas representando seus filhos menores, movem ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social objetivando o recebimento de pensão pela morte de Jesus da Silva Alves, respectivamente esposo e companheiro das autoras acima nomeadas.

Alegam as postulantes que o extinto teve prole comum tanto com a esposa como com a companheira, fazendo, portanto, todos, jus à pensão nas proporções devidas.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 7/19.

Em contestação, o réu alega que não foi formulado pedido na órbita administrativa. No mérito, diz que o falecido, quando do óbito, não era mais segurado da Previdência Social (fls. 24/26).

Réplica às fls. 28/30.

Sentenciando, o MM. Juiz Federal da 7ª Vara do Estado de Minas Gerais, Dr. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, julgou improcedente a ação (fls. 36/38).

Inconformados, apelam os autores às fls. 40/42, sustentando que a perda da qualidade de segurado não implica em afastar o direito à aposentadoria ou pensão, nos termos do art. 240, do Decreto n. 611/92, que regulamentou o art. 102, da Lei n. 8.213/91.

Contra-razões às fls. 45/48.

Parecer da Procuradoria Regional da República, pelo provimento parcial da apelação (fls. 51/52).

É o relatório.

## VOTO

### **O EXMº SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR (RELATOR) :**

— Trata-se de ação em que a esposa e a companheira de Jesus da Silva Alves, falecido em 01.10.94, pedem, também representando a respectiva prole em comum, o recebimento de pensão do INSS.

A relação de concubinato não foi impugnada pelo réu, de sorte que a questão a ser dirimida refere-se, exclusivamente, à perda ou não da qualidade de segurado do **de cujus** e os seus reflexos sobre a pretensão exordial.

Alega o INSS que deu-se perda da qualidade de segurado, porquanto o autor já se desligara do emprego desde 17.10.92, portanto em lapso superior ao previsto no art. 12, inciso II, da Lei n. 8.213/91 (doze meses), já que a exceção contida no parágrafo 1º do mesmo dispositivo não aconteceu, o que possibilitaria a extensão do aludido lapso para 24 meses.

Os apelantes invocam o art. 240, do Decreto n. 611/92, que reza:

*“Art. 240. A perda da qualidade de segurado não implica a extinção do direito à aposentadoria ou pensão, **para cuja obtenção tenham sido preenchidos todos os requisitos**” (destaquei).*

Ora, como ressalta a própria norma, a perda não atinge apenas aqueles direito cujas condições legais já foram conquistadas. Pensar-se de outra forma, tal como o desejam os apelantes, seria o mesmo que admitir-se a possibilidade, por exemplo, de uma pessoa perder a qualidade de segurado após um único dia de serviço trabalhado e ainda assim aposentar-se ou seus dependentes fruírem de pensão vinte anos mais tarde. A tese é inteiramente incoerente, **data venia**.

Examinando hipótese semelhante, a Colenda 2ª Turma, conduzida pelo eminente Juiz Hércules Quasímodo, decidiu:

**“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. CONSEQÜÊNCIA.**

*É imprescritível o direito à aposentadoria ou pensão, mesmo após a perda da qualidade de segurado, mas desde que tenham sido preenchidos todos os requisitos para concessão dos benefícios, ao tempo em que ainda existia a condição de segurado. A perda da condição de segurado implica, **ipso facto**, a cessação de todos os direitos inerentes a essa qualidade. Apelação desprovida: sentença confirmada, por seus próprios fundamentos.”*

*(AC nº 89.01.22178-0 – MG, Rel. Juiz Hércules Quasímodo, unânime, DJU de 29.03.93).*

Transcrevo, ainda, trecho do voto do ilustre relator, **litteris**:

*“Adoto como razões de decidir os fundamentos da r. sentença apelada:*

*‘A preliminar da Autarquia-Ré não tem procedência, na dimensão que lhe foi dada. Isto porque, sendo a pensão por morte benefício continuado, prescrevem apenas as parcelas, e não o ‘fundo’ do direito. Assim, caso tenha a Autora direito à pensão pleiteada, estarão prescritas apenas as parcelas correspondentes ao período anterior ao quinquênio contado da propositura da ação.*

*No entanto, quanto ao mérito, não assiste razão à Autora.*

*É fato que seu falecido marido, antes de ingressar no serviço público estadual, fora segurado da Previdência Social, na*

qualidade de ex-industriário, tendo contribuído por 61 meses para o extinto IAPI. Contudo, isso não garante à Autora o direito alegado, não tendo o parágrafo único do art. 98 da Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), expedida pelo Decreto 89.312, de 23.01.84, o alcance que lhe foi atribuído. Ao contrário, deve ele ser entendido em harmonia com os demais dispositivos legais que disciplinam a condição de segurado e os direitos a ele inerentes.

Estabelece o parágrafo único do art. 98 da CLPS que:

‘O direito à aposentadoria ou pensão para cuja concessão foram preenchidos todos os requisitos não prescreve, mesmo após a perda da qualidade de segurado’. (Grifos nossos).

À primeira vista, o argumento da Autora impressiona, se examinado o texto legal isoladamente. Contudo, seu verdadeiro sentido é diverso do que lhe foi emprestado.

Realmente, o parágrafo único do art. 98 da CLPS, que consta também do parágrafo único do art. 272 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 83.080/79 consagra a imprescritibilidade do direito à aposentadoria ou pensão, mesmo após a perda da qualidade de segurado, mas desde que tenham sido preenchidos todos os requisitos para sua concessão, o que somente é possível durante o tempo em que existia a qualidade de segurado.

Tal conclusão é óbvia, eis que a perda da qualidade de segurado implica, automaticamente, na perda de todos os direitos inerentes a essa qualidade (art. 8º da CLPS). Vale dizer, a condição de segurado não é essencial para se requerer o benefício, no caso pensão, mas é fundamental para aquisição do direito a ele.

Assim, uma análise do parágrafo único do art. 98, feita em conjunto com os demais dispositivos da CLPS, permite-nos concluir:

- preenchendo o segurado as condições para se aposentar, poderá requerer sua aposentadoria a qualquer tempo, mesmo após perder sua qualidade de segurado;
- se o segurado falece, nesta condição, e depois de contribuir por 12 meses, têm-se seus dependentes direito à

*pensão, não importa a época em que requerida e se ainda que não mais subsista a condição de segurado daquele do qual são dependentes, tendo em vista o seu falecimento.*

*Ora, no caso em exame, conquanto o falecido marido da Autora tenha sido segurado da Previdência por mais de 12 meses — período de carência para a concessão de pensão por morte — à época do seu óbito não ostentava ele mais a condição de segurado, eis que passara para outro regime, deixando de contribuir por mais de 12 meses.*

*Desse modo, não possuindo ele a condição de segurado à época do falecimento, indevida a pensão, mesmo que tenha se verificado o recolhimento de 12 contribuições mensais.*

*Por último deve-se ressaltar que efetivamente não existe qualquer proibição de acumulação de pensão através de institutos diversos, sendo essa viável desde que, em ambos os institutos, estejam preenchidos os requisitos necessários à sua concessão, o que não se verificou, **in casu**, com relação à pensão previdenciária, pois quando verificado o óbito, não mais existia a condição de segurado do marido da Autora.” (Fls. 63/66).*

*Estando, como estou, de acordo com o **decisum**, nego provimento à apelação.”*

Ante o exposto, tenho por correta a r. sentença monocrática, pelo que nego provimento à apelação.

É como voto.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 1997.01.00.006911-6 – BA

RELATOR : O EXMº SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR  
APELANTES : IONE FREITAS TENÓRIO DE ALBUQUERQUE E  
OUTROS (AS)  
APELADA : UNIÃO FEDERAL  
ADVOGADOS : DRS. ANA SILVIA CHAVES PEREIRA E OUTROS (AS)  
PROCURADOR : DR. AMAURY JOSÉ DE AQUINO CARVALHO

### EMENTA

ADMINISTRATIVO. FUNCIONALISMO. SERVIDORES APOSENTADOS DO INAMPS E INPS. EX-AGENTES ADMINISTRATIVOS RENOMEADOS COMO OFICIAIS DE PREVIDÊNCIA. ENQUADRAMENTO COMO FISCALIS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. DECRETO N. 72.933/73. SÚMULA N. 339-STF.

I — Compete à administração pública definir os cargos cujas atribuições sejam correlatas, para efeito de transposição ou transformação à Carreira de Fiscal de Previdência Social, sendo impossível ao Judiciário substituir-se ao Executivo, especialmente sem conhecimento efetivo das atividades desempenhadas pelos autores no cargo de Agente Administrativo, renomeado, mais tarde, como Oficial de Previdência.

II — “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia” (Súmula nº 339 do STF).

III — Ademais, o simples fato de os oficiais de previdência realizarem “diligências externas” não importa em simetria ou semelhança de atribuições, porquanto são cargos de nível médio, enquanto o de Fiscal, que exerce função típica de fiscalização e arrecadação de contribuições previdenciárias inteiramente estranha àquele, é de nível superior.

IV — Apelação desprovida.

## ACÓRDÃO

Decide a Turma negar provimento à apelação, à unanimidade.  
1ª Turma do TRF da 1ª Região — 08.10.97.

JUIZ ALOÍSIO PALMEIRA LIMA (Presidente)

JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator)

## RELATÓRIO

**O EXM<sup>o</sup> SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR:** — Adoto o relatório que integra a r. decisão de 1<sup>o</sup> grau, **verbis** (fls. 125/127):

*“IONE FREITAS TENÓRIO DE ALBUQUERQUE e OUTROS, todos devidamente qualificados na exordial e regularmente representados por advogado, propõem AÇÃO ORDINÁRIA contra o INSS e a UNIÃO FEDERAL, pelos motivos que seguem:*

*Os autores são servidores aposentados do INSS, originários do extinto IPASE. Alegam que em decorrência do Plano de Classificação de Cargos e Salários, estabelecido pela Lei n. 5.645/70, tiveram os seus primitivos cargos de Fiscalização e Arrecadação, transformados em Agentes Administrativos, continuando, entretanto, a prestarem serviços de fiscalização e arrecadação.*

*Alegam que o antigo IAPAS integrante do SINPAS e hoje sucedido pelo INSS, não transformou os seus cargos na categoria funcional de Fiscal de Contribuição Previdenciária, incluindo-os, inicialmente, na categoria de Agente Administrativo. Com a Lei n<sup>o</sup> 7.293, em 1984, o Executivo transformou a denominação destes cargos em Oficial de Previdência, corrigindo em parte a ilegalidade até então apresentada.*

*Requerem a procedência da ação para que o INSS seja condenado a enquadrar os autores na categoria funcional de Fiscal de Contribuição Previdenciária — Ref. 24 — acrescida das gratificações inerentes à referida categoria e demais vantagens financeiras, a partir de 20 de dezembro de 1984, data de publicação da Lei. n. 7.293. Pedem também as respectivas diferenças salariais, juros de mora, honorários e custas despendidas.*

*Juntaram documentos às fls. 09/37.*

*Citado, o INSS apresenta sua defesa às fls. 49/52, alegando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva para o feito em relação às autoras Ione Freitas Tenório de Albuquerque e Berenice de Oliveira Fachinetti, com as quais não mantém qualquer vínculo, pois ambas foram funcionárias do Instituto de Assistência Médica da Previdência Social. Requer seja extinto, sem julgamento de mérito, o processo em relação às citadas autoras. No mérito, diz que somente através de expressa determinação legal poderia a Acionada enquadrar qualquer um dos seus servidores nesta nova função. Argumenta ser impossível atribuir à função dos realizadores de diligências externas do antigo IPASE o mesmo conteúdo da função de Fiscal de Contribuição Previdenciária envolve serviços de maior complexidade, além do que somente pode exercer o cargo quem seja possuidor de diploma universitário, que não é o caso dos autores, que desenvolviam tarefas próprias da função de Agente Administrativo. Argumenta, finalmente, que se caso fosse procedente o pedido, estes somente teriam direito ao primeiro nível do cargo, a NS-08, e não a NS-24, que é a última função de nível superior.*

*Em réplica, os autores refutam a preliminar de ilegitimidade argüida pelo INSS, e requerem a citação do INAMPS como litisconsorte passivo.*

*Citada a União Federal (INAMPS), esta reitera a contestação do INSS, acrescentando apenas, a título de preliminar, o pedido de reconhecimento da prescrição quinquenal e, no mérito, argüi que sendo a autora IONE DE FREITAS TENÓRIO DE ALBUQUERQUE, ex-funcionária do INAMPS jamais poderia ter exercido tais funções de fiscalização, pois o referido órgão sempre cuidou da saúde e jamais teve em seus quadros servidores da área de fiscalização”.*

Sentenciando, a MM<sup>a</sup> Juíza Federal Substituta da 5<sup>a</sup> Vara do Estado da Bahia, Dr<sup>a</sup> Cynthia de Araújo Lima Lopes, julgou improcedente a ação (fls. 125/130).

Inconformados, apelam os autores às 133/139, alegando, no que tange à primeira litisconsorte, Ione Freitas Tenório de Albuquerque, que a sua lotação no INAMPS foi errada, de sorte que não podia ela sofrer discriminação em virtude disso. Quanto aos demais, sustentam que exerciam atividades de fiscalização, pelo que fazem jus, tal como a primeira litisconsorte, ao enquadramento no cargo de Fiscal de Contribuição Previdenciária.

Contra-razões às fls. 150/152.

Parecer da d. Procuradoria Regional da República às fls. 155/157, no sentido da confirmação do **decisum**.

É o relatório.

## VOTO

### **O EXM<sup>o</sup> SR. JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR (RELATOR):** —

Trata-se de ação pela qual os autores, servidores aposentados do INSS, originários do extinto IPASE, pleiteiam o seu enquadramento como Fiscal de Contribuição Previdenciária.

A r. sentença monocrática, proferida pela MM<sup>a</sup> Juíza Federal Substituta da 5<sup>a</sup> Vara do Estado da Bahia, Dr<sup>a</sup> Cynthia de Araújo Lima Lopes, julgou improcedente o pedido, servindo-se dos seguintes fundamentos (fls. 127/129):

*“Entendo de admitir a preliminar de ilegitimidade passiva do INSS, de relação à autora IONE FREITAS TENÓRIO DE ALBUQUERQUE, demonstrada que a sua vinculação funcional era com o antigo INAMPS e, não com o INSS. Parte legítima passiva, portanto, quanto à esta autora é, efetivamente, a UNIÃO FEDERAL, a quem coube responder pelo INAMPS, após, a extinção deste.*

*Tenho que o pleito dos autores relativo ao enquadramento no cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias, não encontra ressonância na lei nem na prova dos autos.*

*Os autores, egressos do extinto IPASE, onde exerciam, funções atinentes à fiscalização e arrecadação, tiveram seus cargos transformados em agentes administrativos e permaneceram desempenhando as mesmas funções, prestando, também, serviços externos de fiscalização e arrecadação, daí insurgirem-se contra o enquadramento feito, ao que alegam, em descompasso com os ditames legais. Insurgem-se, outrossim, contra as determinações emanadas da Lei nº 7.293/84 que teria corrigido, apenas em parte, a distorção que dizem ter sido vítimas, ao enquadrá-los como oficial de Previdência, e não como Fiscais de Contribuição da Previdência Social.*

*Não exsurge manifesta a ilegalidade tanto do primeiro, como do segundo enquadramento levados a efeito pela autarquia ré, não*

tendo, portanto, consistência jurídica os argumentos lançados pelos autores. Apegam-se estes, às disposições contidas no art. 3º, da Lei nº 5.645/70, que apenas cuidou de orientar, para efeito de classificação de cargos, a definição dos Grupos, segundo a correlação e afinidade. Os grupos são formados por classes, integradas, ao seu turno, de vários cargos, que guardam entre si uma relação de afinidade. Assim, o Grupo de Tributação, Arrecadação e Fiscalização é constituído de vários cargos, unidos, rediga-se, por uma similaridade de atribuições.

O Decreto nº 72.933, de 16 de outubro de 1973, que dispôs, especificamente, sobre o Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização dispôs, em seu art. 1º, o seguinte:

*'Art. 1º O Grupo — Tributação, Arrecadação e Fiscalização, designado pelo código TAF-600, compreende Categorias Funcionais integradas de classes constituídas de cargos de provimento efetivo, a que são inerentes atividades de nível superior da administração tributária, envolvendo planejamento, organização, coordenação, avaliação, controle e execução, relacionados com tributação, arrecadação e fiscalização de tributos federais, abrangendo, inclusive, as de fiscalização e controle da arrecadação de tributos de açúcar e álcool e de contribuições previdenciárias.'*

O art. 5º, e seu inciso V, do mesmo Decreto, regulando a questão da composição das categorias funcionais, dita:

*'Art. 5º Poderão integrar as Categorias Funcionais de que trata o art. 3º deste Decreto, mediante transposição ou transformação, os atuais cargos vagos e ocupados, cujas atividades guardem correlação com as indicadas no art. 1º, observado o seguinte critério:*

*V — na Categoria Funcional de Fiscal de Contribuições Previdenciárias, por transposição, os cargos de Inspetor de Previdência e Fiscal de Previdência e, por transformação, os de Inspetor de Trabalho, Tesoureiro, Tesoureiro Auxiliar, cujos ocupantes estejam em exercício no Instituto Nacional de Previdência Social.'*

Nos termos da legislação transcrita, vê-se que o pretendido enquadramento não ostenta respaldo legal, porquanto o art. 1º do Decreto, definindo o Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização, menciona atividades de nível superior da administração tributária.

*Não se sabe, porque isto foi trazido aos autos, quais, especificamente, as atividades desempenhadas pelos autores. Sabe-se, até aqui, que exerciam atividades de diligência externa de arrecadação, o que não é o bastante, visto que para integrar o Grupo Tributação, Arrecadação e Fiscalização, faz-se mister, nos termos do decreto referenciado, que as atividades envolvessem planejamento, organização e coordenação, avaliação, controle e execução relacionados à tributação, arrecadação e fiscalização de tributos federais, nada tendo ficado provado neste sentido.*

*Tem-se, a outro turno, que os cargos cuja transposição ou transformação foi autorizada, encontram-se definidos no inciso V, e dentre estes, não figuram os cargos ocupados pelos autores.*

*Saliente-se, neste tópico, que efetivamente, não cuidaram os autores demonstrar, de modo cabal, quais as atividades que exerciam de fato, nem de trazer aos autos as atribuições do cargo de agente administrativo e de fiscal de contribuições previdenciárias, para que fosse possível fazer o confronto e detectar-se em, conseqüência, se houve, ou não, o propalado desvio funcional.*

*O enquadramento no cargo de Oficial de Previdência (diligências externas), operado pela Lei nº 7.293/84, demonstra que os AA. exerciam atividades externas de fiscalização, mas é só. Não há como saber, por exemplo, se essas atividades estavam inseridas dentre o plexo de atribuições do cargo de agente administrativo, ou do próprio fiscal de contribuições previdenciárias, ou mesmo em que consistiam ditas atividades, ou se poderiam ser consideradas como atividade de nível superior da administração tributária, o que não parece verossímil ante o teor do art. 1º do Dec. 72.933/73, que define aquelas atividades como sendo relacionadas com o planejamento, organização, coordenação, avaliação, controle e execução da tributação, arrecadação e fiscalização de tributos federais.*

*Nestas condições, diante da precariedade do quadro fático, que se apresenta bastante esmaecido e das taxativas disposições legais dispendo sobre a classificação do cargo, que não amparam a pretensão dos autores, não vejo como reconhecer-lhes o direito ao enquadramento vindicado”.*

Inicialmente, estou em que assiste razão na ilegitimidade passiva do INSS no que tange à litisconsorte **Ione Freitas Tenório de Albuquerque**, eis que, efetivamente, seu vínculo funcional é com a

União Federal, sucessora do INAMPS, consoante se verifica às fls. 11 e 13. Portanto, não poderia ela demandar contra pessoa jurídica distinta, elementarmente.

Ocorre que à fl. 91 a eminente magistrada processante determinou a citação do INAMPS, em extinção, pelo que a lide, até estranhamente, prosseguiu contra dois réus, porém sem que houvesse litisconsórcio passivo entre eles, já que cada um respondia, individualmente, apenas em relação a seus próprios servidores.

Com referência ao mérito, tenho que a r. decisão *a quo* merece ser mantida.

Como bem nela explicitado, o Decreto nº 72.933, de 16.10.73, elencou, taxativamente, quais os cargos que poderiam dar margem à transposição para a nova categoria da Fiscal de Contribuições Previdenciárias (art. 5º, inciso V), ou seja, os de Inspetor e Fiscal de Previdência e, por transformação, os de Inspetor do Trabalho, Tesoureiro e Tesoureiro auxiliar em exercício no INPS.

A primeira litisconsorte, lone, não atende a nenhum requisito, porque lotada no INAMPS, enquanto os autores restantes não logram cumprir o primeiro, por não ocuparem quaisquer dos cargos originários que lhes permitiriam tanto a transposição, como a transformação.

Não identifico, **data maxima venia**, ilegalidade no mencionado art. 5º, inciso V, do Decreto em comento, eis que cuidou-se de regulamentação da Lei nº 5.645/70 com o objetivo de estabelecer parâmetros para a classificação dos cargos. Tal correlação compete à administração fazer, sendo impossível ao Judiciário, sem qualquer critério objetivo, apurar se determinada categoria exerce ou não, exatamente, funções tais que a habilitariam à transposição ou transformação para outra, seja por analogia, simetria, isonomia ou outro nome que se lhe dê.

Lembre-se o que diz a Súmula nº 339 do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

*“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”*

Ademais, a ilustre magistrada sentenciante destacou que **não restou comprovado nos autos quais as atividades que realmente os apelantes exerciam. Sequer foram informadas as atribuições institucionais de seus cargos.**

Tão pouco é suficiente o simples fato de que os autores, ex-Agentes Administrativo, depois renomeados pela Lei nº 7.293/84 como “Oficiais de Previdência”, cumpriam “Diligências Externas”(fl. 19, sic). Isso não significa, em absoluto, que a atividade era compatível com a categoria que almejam, inclusive porque seus cargos primitivos (Agente Administrativo) eram de **nível médio** e o de Fiscal é de **nível superior**.

Em suma, pretendem os autores, sem a menor prova documental e sem que a legislação expressamente o preveja, que o Judiciário lhes conceda, sem base alguma, **pelo menos no caso dos autos**, o enquadramento como Fiscais.

Examinando caso idêntico ao presente, a Colenda 2ª Turma deste Tribunal, decidiu que:

*“ADMINISTRATIVO. OFICIAL DE PREVIDÊNCIA. AGENTE ADMINISTRATIVO. ENQUADRAMENTO COMO FISCAL DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SÚMULA 339/STF.*

*I — “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos dos servidores públicos, sob fundamento de isonomia”. (Súmula 339/STF).*

*II — Serviços externos do ex-IPASE não podem ser confundidos com atividade de fiscalização, já que ele não arrecadava contribuições parafiscais”.*

*(AC nº 92.01.25255-2-DF, Rel. Juiz Jirair Aram Meguerian, unânime, DJU de 16.10.95)*

Ante o exposto, nego provimento à apelação, confirmando a judiciosa sentença de 1ª instância.

É como voto.



APELAÇÃO CÍVEL N. 95.01.32717-5/MG

RELATOR : EXMO. SR. JUIZ EUSTÁQUIO SILVEIRA  
APELANTE : COOPERATIVA AGROPECUÁRIA VALE DO RIO DOCE  
LTDA.  
ADVOGADOS : DRS. MILTON CLÁUDIO AMORIM REBOUÇAS E OU-  
TROS (AS)  
APELADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
PROCURADO : DR. GERALDO HENRIQUES CORDEIRO SOARES

### EMENTA

TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. AQUISIÇÃO, POR COOPE-  
RATIVA DE PRODUTOS RURAIS, DIRETAMENTE DO  
PRODUTOR. BITRIBUTAÇÃO.

1. Enquanto a incidência do ICMS se dá sobre a circula-  
ção de mercadorias (imposto), a contribuição para o  
FUNRURAL tem como fato gerador a comercialização  
(faturamento) dos produtos rurais. Inexiste, portanto,  
bitributação.
2. O contribuinte de fato gerador do FUNRURAL é o pro-  
dutor. Sub-roga-se, no entanto, o adquirente direto de  
produtos rurais nas obrigações daquele.
3. Apelo improvido.

### ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso.  
4ª Turma do TRF da 1ª Região — 15/10/97.

Juiz JOÃO VIEIRA FAGUNDES  
Presidente

Juiz EUSTÁQUIO SILVEIRA  
Relator

RITRF — 1ª Região

ART. 91 § 2º

## RELATÓRIO

### **O EXMO. SR. JUIZ EUSTÁQUIO SILVEIRA — (Relator):**

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela COOPERATIVA AGROPECUÁRIA VALE DO RIO DOCE contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, com o fim de afastar a obrigação a si imputada de pagar a contribuição ao FUNRURAL, no percentual de 3% sobre o valor da aquisição de produtos diretamente do produtor rural. Sustenta a autora a inconstitucionalidade da aludida exação em face dos artigos 195, cc. art. 154, I da CF/88, por tomar a mesma base de cálculo do ICMS e por contrariar o sistema tributário trazido a lume pela CF. Aduz que, uma vez unificados os serviços da previdência social, o custeio do sistema deveria recair sobre contribuições recolhidas pelo produtor rural.

A sentença, trazendo à colação vários precedentes jurisprudenciais julgou improcedente o pedido.

Irresignada, recorre a Cooperativa com preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação, de vez que se limitou a citar julgados sobre a matéria. No mérito, sustenta que a sub-rogação representa criação de nova obrigação tributária às empresas adquirentes de produtos rurais por meio de legislação ordinária, o que é vedado pelo artigo 146, III, “a” da CF/88. Alega, ainda, ofensa ao artigo 195, § 4º, porquanto teria sido criada nova fonte de custeio a cargo dos empregadores, sem observância do artigo 154, I, Cf. Aduz a equiparação das previdências urbana e rural e a não obrigatoriedade do pagamento da contribuição em tela por parte do produtor que, em não efetuando o pagamento, somente deixaria de fazer jus aos benefícios previdenciários.

Sem as contra-razões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

## VOTO

### **O EXMO. SR. JUIZ EUSTÁQUIO SILVEIRA — (Relator):**

Afasto, em primeiro lugar, a alegação de nulidade da sentença por falta de fundamentação. “Considera-se fundamentado o acórdão que se reporta a outro, devidamente identificado e que tratou de matéria idêntica (STJ – 2ª Turma, REsp. 1.219-RJ, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j.

29.11.89, não conheceram do recurso, v.u., DJU 18.12.89, p. 18.471, 2ª col., em.; JTJ 149/102, *in* Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 27ª edição, Ed. Saraiva).

No mérito, a Cooperativa, na petição inicial, declarou que comprou “produtos naturais diretamente de produtores rurais”. Configurado está, dessa forma, o fato gerador da contribuição aludida, de vez que os adquirentes diretos do produto rural sub-rogam-se na obrigação de pagar a referida contribuição, nos termos do Decreto nº 83.081/79 e da Lei Complementar nº 11/71. Não há que se falar em inconstitucionalidade da exação em face dos artigos 154, I e 195 da Carta vigente. Quanto ao artigo 154, I, porque refere-se especificamente a imposto não aplicando-se às contribuições e quanto ao artigo 195, não há qualquer contrariedade, porquanto estatui o artigo que, “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I — dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o **faturamento** e o lucro;”.

As expressões faturamento e valor comercial, mencionadas pelo artigo 15, da LC nº 11/71, equivalem-se.

Por sua vez, o § 8º do mesmo artigo diz que o produtor, dentre outros que enumera, contribuirá para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção (faturamento). No entanto, embora figure como sujeito passivo da obrigação tributária, a responsabilidade é do adquirente, do consignatário ou da cooperativa (LC nº 11/71).

A Lei 8.212/91, acoimada de inconstitucional pelo apelante, nos seus artigos 12 e 30 está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico, porquanto veio regulamentar o custeio previdenciário, tratado em leis esparsas, como a LC nº 11/71 e 16/73, relativas a benefícios devidos a trabalhadores rurais e urbanos, respectivamente.

Nesse sentido, tem sido o entendimento deste Tribunal, conforme se depreende das seguintes ementas:

“PREVIDENCIÁRIO.CONTRIBUIÇÃO: FUNRURAL. CARVÃO VEGETAL. CONTRIBUINTE.

1. o carvão vegetal é produto rural (art. 76, § 3º, inciso III do Decreto nº 83.081/79 e art. 15, § 1º, da LC nº 11/71).

2. O contribuinte do produto rural é produtor (art. 15, inciso I, letra “b”, LC nº 11/71), mas há responsabilidade do adquirente por sub-rogação (art. 15, inciso I, letra “a” da LC nº 11/71).

3. O adquirente de carvão vegetal, para desobrigar-se do recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre tal produto, deve exigir do produtor prova de recolhimento sobre a sua produção.

4. Recurso improvido.”

(AC nº 95.01.22766-9/MG, Rel. Juíza ELIANA CALMON, 4ª Turma, DJ II de 13/11/95, p. 77.732)

Não há que se falar, por fim, em inconstitucionalidade da exação por adotar a mesma base de cálculo do ICMS. A base de cálculo da contribuição é o faturamento, enquanto que a do ICMS é a circulação de mercadoria. Ainda, como já foi afirmado, temos, na hipótese, dois tributos de espécie diversas.

A propósito, veja-se a seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRIBUIÇÃO. PREVIDÊNCIA RURAL. LEI COMPLEMENTAR N. 11, DE 25.05.71, ART. 15, INC. I.

A contribuição do FUNRURAL, incide sobre o valor da venda do produto rural, por configurar o faturamento, e, não tendo natureza de imposto, pode, sobre essa base de cálculo, incidir o ICMS, não havendo, assim, violação ao art. 154, inc. I, da Constituição.”

(EDAC nº 95.01.13200-5/MG, Rel. Juiz TOURINHO NETO, 3ª Turma, DJ II de 02/10/95).

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.04.22094-2/RS

RELATOR : JUIZ JOÃO SURREAUX CHAGAS  
APELANTE : ZELY ZENKER OTT  
ADVOGADO : Dr. Waldir Francescheto e outro  
APELADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
ADVOGADO : Dr<sup>a</sup> Therezinha de Jesus Alves Buarque

### EMENTA

**PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL DA COTA FAMILIAR.** A regra do art. 74 da Lei 8.213/91, que aumentou a cota familiar das pensões para 80%, não se aplica àquelas concedidas anteriormente à promulgação da CF/88. Apelação desprovida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz-Relator.

Porto Alegre, 25 de novembro de 1997 (data do julgamento).

JOÃO SURREAX CHAGAS  
Juiz Relator

### RELATÓRIO

Zely Zenker Ott propõe Ação Ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, postulando a revisão do benefício de pensão por morte, concedida em 16.05.76.

Sustenta que o Decreto 357/91, no art. 290, garantiu o direito dos pensionistas à majoração das cotas das pensões concedidas anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, adequando-as aos percentuais estabelecidos na Lei 8.213/91.

Sentenciado, o MM. juízo *a quo* julga a ação improcedente.

Incorpomada, a parte interpõe recurso de apelação, reprisando os argumentos expendidos na inicial. Requer, ainda, a isenção da condenação em honorários advocatícios por litigar sob o abrigo do art. 128 da Lei nº 8.213/91.

Regularmente processada a apelação, sobem os autos ao Tribunal.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

JOÃO SURREAX CHAGAS  
Juiz Relator

## VOTO

### **JUIZ JOÃO SURREAX CHAGAS (Relator):**

A parte autora postula a alteração da cota familiar de sua pensão para 80% (oitenta por cento), em benefício concedido anteriormente à promulgação da CF/88, afirmando que tal direito lhe é assegurado no art. 290 do Decreto nº 357/91, que regulamentou a Lei 8.213/91.

Anteriormente à edição da Lei 8.213/91, a renda mensal inicial das pensões por morte eram calculadas mediante a aplicação de um percentual de 50% sobre o valor da aposentadoria recebida ou a que teria direito o segurado falecido (cota familiar), mais tantas cotas de 10% quanto fossem os dependentes, até o máximo de 100%. A Lei 8.213/91 majorou a cota familiar para 80% (art. 74).

Os benefícios são calculados segundo as regras vigentes na data de sua concessão. Não se pode atribuir efeito retroativo à lei, a não ser que exista previsão expressa em tal sentido. A Lei 8.213/91 não prevê a adequação das rendas mensais iniciais dos benefícios concedidos anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 às regras nela estabelecidas.

O disposto no art. 290 do Decreto nº 357/91 não tem a abrangência que a parte autora pretende. Segundo ele, *as pensões iniciadas até 04 de outubro de 1988 manterão o percentual de cotas existentes em 05 de abril de 1991, na forma do art. 109, sendo seus valores alterados em 1º de junho de 1992.*

O art. 109, por sua vez, dispõe sobre o rateio da pensão entre diversos beneficiários.

*Art. 109. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista:*

*I — será rateada entre todos, em partes iguais.*

*II — reverterá em favor das demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.*



## **STJ — Sexta Turma**

RECURSO ESPECIAL Nº 147.685/SC (REG. 97.0063777-8)

RELATOR : EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO VICENTE LEAL  
RECORRENTE : JOSÉ CARLOS PADOANI  
RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
ADVOGADOS : SÉRGIO HERCULANO CORREA E OUTROS  
: LINO DALMOLIN E OUTROS

### **EMENTA**

**CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. CÁLCULO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ARTIGO 41, DA LEI Nº 8.213/91.**

— A fórmula do cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária pela média dos trinta e seis últimos salários de contribuição atualizados monetariamente obedece aos critérios fixados infraconstitucionalmente pelo artigo 41, da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, sendo descabido a incorporação de índices de reajustes do salário-de-contribuição.

— Recurso especial não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago.

Brasília-DF, 14 de outubro de 1997 (data do julgamento).

MINISTRO VICENTE LEAL, Presidente e Relator

## RELATÓRIO

**O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR):** — Nos autos de ação ordinária proposta contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando revisão de renda mensal inicial de benefício previdenciário, o pedido foi julgado improcedente em primeiro grau.

A eg. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negou provimento à apelação do autor, consoante acórdão assim ementado, **verbis**:

*“CÁLCULO DO VALOR INICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CRITÉRIOS.*

*— O reajuste dos salários-de-contribuição integrantes do período básico de cálculo obedece à variação do INPC (Lei nº 8.213/91, art. 31), e dos índices que os sucederam” (fls. 69).*

Irresignado, o autor interpõe o presente recurso especial, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, sustentando ter o acórdão em tela vulnerado o disposto nos artigos 20, § 1<sup>o</sup>, 28, § 2<sup>o</sup>, 29, § 2<sup>o</sup>, 101 e 102, todos da Lei nº 8.212/91, bem como disposto no art. 145, da Lei nº 8.213/91 e arts. 201, § 3<sup>o</sup> e 202, da CF/88, ao determinar a utilização do INPC para atualizar os salários-de-contribuição.

Apresentadas as contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem, advindo agravo que provido ensejou a subida dos autos a esta Colenda Corte.

É o relatório.

## EMENTA

### **CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. CÁLCULO. SALÁRIO-DE CONTRIBUIÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ARTIGO 41, DA LEI Nº 8.213/91.**

— A fórmula do cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária pela média dos trinta e seis últimos salários de contribuição atualizados monetariamente obedece aos critérios fixados infraconstitucionalmente pelo artigo 41, da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, sendo descabido a incorporação de índices de reajustes do salário-de-contribuição.

— Recurso especial não conhecido.

## VOTO

**O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR):** — Como patenteado no relatório, a controvérsia emoldurada no presente recurso tem como ponto nodal o exame da possibilidade da aplicação dos índices da variação integral do INPC, no período de março a agosto de 1991, para fins de atualização dos salários-de-contribuição que compõe a base de cálculo do benefício previdenciário.

Examine-se a referida questão.

As instâncias ordinária rechaçaram a pretensão deduzida em Juízo, proclamando a tese de que, para efeito de atualização dos salários-de-contribuição integrantes do cálculo da renda mensal inicial de benefício concedido depois do sistema da Lei nº 8.213/91, deve-se observar a aplicação da variação do INPC, sendo descabido o uso de índices de reajustes do salário-base.

Sustenta o autor, nas razões deduzidas no apelo nobre, que a atualização dos salários-de-contribuição integrantes do cálculo da renda mensal inicial nos termos assegurados pelo artigo 201, §§ 2º, 3º e 5º, bem como pelo artigo 202, da Carta Magna de 1988, deve ser efetuada pelos índices de reajuste no período de março a agosto de 1991, que alcançaram o percentual de 230%.

A tese emoldurada no recurso não merece acolhimento.

A questão pertinente à preservação do valor real dos benefícios previdenciários tem previsão constitucional. O art. 201. § 2º, da Carta Magna preceitua:

*“É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.”*

E o artigo 202 da Constituição Federal, que estabelece a forma de cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária pela média dos trinta e seis salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, assim pontifica:

*“É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos, monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições.”*

Ocorre que a fórmula de cálculo nele fixado impôs normatização infraconstitucional para ser aplicada, frente ao comando inserido no parágrafo único, do artigo 144 da Lei nº 8.213/91, que assim estatui:

*“artigo 144 — Até 1º de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 05 de outubro de 1988 e 05 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.*

*Parágrafo único — A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no “caput” deste artigo, substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992.”*

Em razão disso, não se pode olvidar que tais critérios vieram a ser definidos com o advento da Lei nº 8.213/91, que dispôs sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. O mencionado diploma legal, em seu art. 41, estabeleceu normas sobre o reajustamento dos valores dos benefícios e no seu inciso II dispôs, **in verbis**:

*“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.”*

E com os olhos no artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que estabeleceu prazo para efetiva implantação da Lei de Organização da Seguridade Social e dos Planos de Custeio e de Benefício, determinou, por força de seu artigo 145, que os efeitos de suas disposições retroagissem à data de 05 de abril de 1991, impondo, ainda, a atualização das rendas mensais iniciais dos benefícios concedidos a partir daí de acordo com os critérios nela estabelecidos.

Assim sendo, determinou a incidência imediata da nova regulamentação, não se podendo conceber que sejam utilizados índices de reajustes que não os previstos em seu artigo 41, mediante a incorporação do reajuste concedido ao salário-de-contribuição no período de março a agosto de 1991.

Em face dessas considerações, tenho que o acórdão recorrido, aplicou a melhor solução jurídica à espécie, sem incorrer em violação aos referidos dispositivos legais.

Isto posto, não conheço do recurso especial.

É o voto.



**STJ — 6ª Turma**

DJU 09.12.97

RECURSO ESPECIAL Nº 150.172/SP (REG. 97.0069972-2)

RELATOR : EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO VICENTE LEAL  
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
RECORRIDO : ÂNGELO MARIN MUNARIN  
ADVOGADOS : ANGELINA MARIA DE JESUS E OUTROS  
: FERNANDO GUIMARÃES DE SOUZA E OUTROS

#### **EMENTA**

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. TETO LIMITE. VALOR MÁXIMO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ARTIGOS 29, 33 E 136, DA LEI Nº 8.213/91.

- O Plano de Benefício da Previdência Social, regulamentando o artigo 202 da Carta Magna, ao definir a fórmula do cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária nos termos do **caput** de seu artigo 29, estabeleceu uma relação de limitação entre o valor teto máximo do salário-de-contribuição e o do salário-de-contribuição a data da concessão do benefício.
- Recurso especial conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago, William Patterson e Luiz Vicente Cernichiaro.

Brasília-DF, 10 de novembro de 1997 (data do julgamento).

MINISTRO ANSELMO SANTIAGO, Presidente  
MINISTRO VICENTE LEAL, Relator

## RELATÓRIO

**O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR)** — Nos autos de ação acidentária proposta contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando a concessão de benefício previdenciário em razão de deficiência auditiva adquirida no desempenho das atividades laborais. o R. Juízo de Primeiro Grau julgou procedente o pedido.

A eg. Primeira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou provimento à apelação da autarquia previdenciária e deu parcial provimento ao recurso do autor, para assegurar a percepção do benefício na quantia correspondente a 240 horas mensais, mantendo o entendimento de que o valor do salário-de-benefício não sofre qualquer limitação pela imposição de um valor teto limite. O julgamento em tela foi consolidado em ementa do seguinte teor:

*“AÇÃO ACIDENTÁRIA — DISACUSIA — PERDA AUDITIVA BILATERAL INFERIOR AO PATAMAR DE 9%, SEGUNDO A TABELA*

*DE FOWLER — INDENIZAÇÃO INCABÍVEL — PROBLEMAS NA COLUNA VERTEBRAL — NECESSIDADE DE DESEMPENHAR UM MAIOR ESFORÇO FÍSICO — INDENIZAÇÃO CABÍVEL — TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO: DIA EM QUE O OBREIRO FOI PERICIADO PELO INSS, NOS TERMOS DO ART. 23, DA LEI Nº 8.213/91 — ATUALIZAÇÃO PELA NOSSA SÚMULA Nº 26 — INADMISSIBILIDADE — APLICAÇÃO DO ART. 41, DO MESMO DIPLOMA LEGAL — SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO — ALEGADA EXISTÊNCIA DE VALOR-TETO — INADMISSIBILIDADE — TRABALHADOR HORISTA — REMUNERAÇÃO FIXADA EM 240 HORAS MENSAIS — EXEGESE DO ART. 28, § 2º, DA LEI ACIMA CITADA — RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO E DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO” (p. 158)*

Irresignado, o INSS o presente interpõe o presente recurso especial, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, sustentando ter o acórdão em tela vulnerado o disposto no § 2º, do artigo 29, aduzindo, em essência, que a imposição de um limite máximo para salário-de-benefício guarda plena sintonia com o disposto no artigo 202, da Constituição Federal.

Apresentadas as contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem, advindo agravo que o provido ensejou a subida dos autos a esta Colenda Corte.

É o relatório.

## EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. VALOR INICIAL. TETO LIMITE. VALOR MÁXIMO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ARTIGOS 29, 33 E 136, DA LEI Nº 8.213/91.

— O Plano de Benefício da Previdência Social, regulamentando o artigo 202 da Carta Magna, ao definir a fórmula do cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária nos termos do **caput** de seu artigo 29, estabeleceu uma relação de limitação entre o valor teto máximo do salário-de-contribuição e o do salário-de-contribuição a data da concessão do benefício.

— Recurso especial conhecido.

## VOTO

**O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO VICENTE LEAL (RELATOR):** — Ressalte-se, por primeiro, que a preliminar agitada nas contra-razões quanto a irregularidade da representação do patrono da autarquia previdenciária, ressalte-se que a Corte Especial deste Tribunal, analisando a extensão do teor contido no artigo 384, do CPC, cominado com as disposições do artigo 21, da Medida Provisória n<sup>o</sup> 1.542/1997, proclamou que as reproduções fotográficas dos documentos particulares autenticadas por servidores públicos merecem eficácia, de vez que seus atos, quando praticados no exercício da função pública, gozam de presunção de legalidade e veracidade. (ERESP n<sup>os</sup> 11800-SP e 117.874-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, ERESP n<sup>o</sup> 112.975-SP, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro).

De resto, como patenteado no relatório, a controvérsia emoldurada no presente recurso tem como ponto nodal o exame da fixação de um teto limite para o cálculo do valor do salário-de-benefício, segundo o parágrafo segundo do artigo 29, da Lei n<sup>o</sup> 8.213/91, que assim estatui:

*“O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data inicial do benefício.”*

Examine-se, pois, a referida questão.

O Tribunal de origem, adotando o entedimento de que o cálculo da renda mensal inicial do benefício concedido após a promulgação da Carta Magna deve ser efetuado pela atualização dos últimos trinta e seis salários-de-contribuição, nos termos do artigo 202, da CF/88, proclamou que o valor-teto máximo deve ser desprezado, em consonância com o disposto no artigo 136, referida lei.

Sustenta o INSS, por sua vez, que a imposição do valor máximo do salário-de-benefício ao limite do salário-de-contribuição na data do início do benefício não afronta a regra prevista no aludido dispositivo constitucional.

Tenho que a pretensão recursal merece agasalho perante esta Corte, de vez que a premissa embasadora dos fundamentos da autarquia previdenciária encontra-se em harmonia com o entendimento jurisprudencial a respeito do tema.

Com efeito, a forma de cálculo do valor inicial da aposentadoria previdenciária foi estabelecida pelo artigo 29 da Lei de Planos de

Benefícios da Previdência Social, que regulamentando o artigo 202, da Carta da República, determinou a atualização monetária da média dos últimos salários-de-contribuição, até o máximo de trinta e seis, apurados em períodos não superior a quarenta e oito.

E seu parágrafo segundo, por sua vez, dispôs que o valor do salário-de-benefício do segurado deve observar o limite mínimo do salário-mínimo e máximo do salário-de-contribuição na data de sua concessão.

Ocorre que o artigo 136, do referido repertório normativo, assim pontificou:

*“Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para o cálculo do salário-de-benefício.”*

Ressalte-se, por primeiro, que quando foi definida a forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício, teve o legislador por escopo criar um mecanismo que primasse pela manutenção de seus valores, de modo a preservar-lhes o poder aquisitivo, de modo a conferir exato cumprimento ao preceito constitucional, ainda que estebelecendo uma relação de limitação entre o valor limite do salário-de-benefício e o do salário-de-contribuição que irá substituir.

Ora, nesse contexto, como admitir-se que uma norma geral elimine os valores tetos máximos e mínimos do salário-de-benefício, se o repertório normativo na parte específica que o define, bem como a que disciplina o cálculo da renda mensal do benefício mantêm a imposição do teto?

O direito deve buscar a expressão da justiça. Deve o intérprete da norma jurídica buscar o sentido que a mesma visa a atingir no cenário da vida.

Dentro dessa visão teleológica, o artigo 136 deve ser interpretado em conjunto com a legislação que dispõe sobre o Planos de Benefícios da Previdência Social e não isoladamente, o que há de ser feito necessariamente pela manutenção dos valores limites inferiores e superiores do salário-de-benefício.

Ora, tendo sido limitado o valor superior do salário-de-benefício ao máximo do valor do salário-de-contribuição na data do início de sua concessão, consoante estabelecem os artigos 29, § 2º e 33 do referido diploma legal, resta inconsistente a tese de que os respectivos valores dos tetos foram eliminados.

Nesse sentido, merece destaque excerto do voto de lavra do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro no julgamento do RE nº 133.849-SP, submetido a esta Sexta Turma, cujas conclusões assim situam a questão, **litteris**:

*“Impõe-se interpretação lógico-sistemática. O mencionado diploma de lei, como acentuado, no art. 29, § 2º estabelece, literalmente, o valor do salário-de-benefício, nem superior a do limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício. A mesma orientação está expressa no art. 33, ao disciplinar a — Renda Mensal do Benefício. O reajustamento é tratado no art. 41.*

*Nesse contexto deve ser interpretado o disposto no art. 136, da referida lei, ao mencionar — “Ficam eliminados o menor e o maior valor teto para cálculo do salário-de-benefício.”*

*Não faz sentido, o contexto disciplinar o valor do salário-de-benefício, casuisticamente, e, ao depois, adotar norma geral de eliminação dos respectivos valores. Bastaria, então, dispor que não haverá teto, ou simplesmente silenciar.*

*A inteligência do disposto no art. 136, data venia, é a seguinte: a regra geral, ou seja a relação, — salário-de-contribuição/salário-de-benefício — não pode receber limitações, a fim de manter íntegro o valor da respectiva relação.”*

Em face dessas considerações, tenho que o aresto recorrido violou os indigitados dispositivos de lei federal, devendo o valor limite do salário-de-benefício corresponder ao valor do salário-de-contribuição do obreiro na data de sua concessão.

Isto posto, conheço do recurso especial, para excluir do cálculo da renda mensal inicial do auxílio-acidente os valores que excedam o limite máximo do salário-de-contribuição quando de sua concessão.

É o voto.





**MPAS** 

Ministério da Previdência e Assistência Social  
Instituto Nacional do Seguro Social–INSS  
Procuradoria Geral do INSS  
SAS Quadra 2, Bloco “O”, 5º andar  
Tels: (061) 226-7449 / 224-0837 / 313-4814  
Fax: (061) 313-4740  
CEP: 70070-907 – Brasília-DF