

Direito Previdenciário

Trata-se de mandado de segurança, requerendo o impetrante a prorrogação do prazo de patente, eis que a legislação nova (Lei 9279/96) aumentou o mesmo, de 15 (quinze) para 20 (vinte) anos.

MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2000.5101526119-9
Autora: PROERG – PRODUTORA DE SISTEMAS ENERGÉTICOS LTDA.
Réu: DIRETOR DE PATENTES DO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI
Juiz Federal: GUILHERME BOLLORINI PEREIRA

SENTENÇA (TIPO 2)

Vistos, etc.

PROERG – PRODUTORA DE SISTEMAS ENERGÉTICOS LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do **Diretor de Patentes do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI**, pleiteando obter a prorrogação, por cinco anos, da patente registrada sob o nº PI 8600150, referente ao **ADITIVO AEP – 102**, obtida em 16 de janeiro de 1986, tendo como base o art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88.

Alega, em síntese, que a referida patente foi concedida pelo prazo de 15 anos, conforme legislação vigente à época, expirando-se tal prazo em 16 de janeiro de 2001. Esclarece, ainda, que o mencionado produto (Aditivo AEP –102) é de grande importância, pois capacita a formação do “Combustível Ecológico”, atuando como um catalisador no momento da mistura do álcool com o óleo diesel, gerando enormes benefícios à humanidade como um todo.

Inicial instruída com os documentos de fls. 13/325 e 331.

Despacho de fls. 333, determinado diligências a cargo da impetrante, cumprido às fls. 335.

Pedido liminar a ser apreciado após a recepção das informações, conforme decisão de fls. 337.

O impetrado prestou informações de fls. 339/351, suscitando preliminar de carência de ação, uma vez que inadequada a via eleita para garantir o direito pleiteado. No mérito, aduz, em suma, que a patente em questão foi expedida sob a égide da Lei nº 5.772/71, que determinava um prazo máximo de 15 anos para a mesma vigorar, não podendo ser alterado tal prazo pelo fato de a invenção ser de interesse da defesa nacional.

Indeferido o pedido de liminar às fls. 352.

Às fls. 353/384, a impetrante acostou esclarecimentos e documentos que julgou pertinentes, porém, a decisão impugnada foi mantida (fls. 385).

Parecer do ilustre representante do Ministério Público Federal, às fls. 387/388, opinando pela concessão da segurança.

É o Relatório. Decido:

A alegação, pela autoridade impetrada, de ausência de direito líquido e certo, na verdade, confunde-se com o próprio mérito do *writ*. Com efeito, a autoridade impetrada confirma que negou a prorrogação requerida pela impetrante (item 7 de fls. 341).

Sendo assim, como aferir a existência de direito líquido e certo sem o confronto da situação de fato narrada nos autos (e devidamente comprovadas por documentos), com a lei de regência da matéria? Somente pelo julgamento do próprio mérito do *mandamus*. A preliminar seria acolhida se a impetrante, após as afirmações sobre fatos que embasariam seu alegado direito à prorrogação do prazo de vigência da patente, não as comprovasse, ou as comprovasse parcialmente. Aí sim, a preliminar venceria.

No entanto, os autos estão suficientemente instruídos para que o Juízo examine o conteúdo da ação, confrontando os fatos com o direito alegado, para só então proferir sentença de mérito. Assim, rejeita-se essa preliminar.

Quanto à questão de mérito, é cediço que a patente é um direito concedido pelo Estado ao autor de um invento (ou a terceiros, nos casos especificados em lei, por exemplo uma pessoa jurídica ou um cessionário), de explorá-lo por prazo certo, portanto, limitado no tempo, a fim de que, decorrido este, que se presume, por ficção legal, ser o suficiente para o autor auferir os frutos de seu esforço criativo e sua atividade inventiva,

possa a sociedade beneficiar-se pela divulgação do segredo ou pela permissão que se fabricar determinado produto.

Vê-se, então, que é um direito essencialmente temporário, isto é, ao mesmo tempo em que o Estado protege, atendidos os requisitos legais, a criação individual, mas em benefício da sociedade (daí o requisito da utilidade industrial), permite-se a esta, findo o prazo de proteção, o conhecimento do conteúdo do invento, franqueando-se a todos o acesso ao segredo, e possibilitando a mais ampla aplicação industrial possível.

No âmbito da proteção conferida pela Constituição da República, vê-se que, ao ser concedida a patente à impetrante (fls. 140), ou seja, a data a partir da qual vigoraria a proteção concedida - 16/1/1986 - vigorava o seguinte dispositivo da EC nº 1/69:

“Art. 153. A constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 24. A lei assegurará aos autores de inventos industriais **privilegio temporário** para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial”.

A Constituição de 1988 manteve a norma de proteção no âmbito dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, com o seguinte enunciado do inciso XXIX do art. 5º:

“A lei assegurará aos autores de inventos industriais **privilegio temporário** para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país;”

Ora, percebe-se que a Lei Magna concede sempre a proteção, mas ao mesmo tempo prescreve a temporariedade da mesma, e isso em consonância com a idéia já exposta, pela qual, ao mesmo tempo em que se estimula a atividade inventiva e os frutos daí decorrentes, concedendo-se o prazo de proteção, em contrapartida, dá-se o acesso do público ao conhecimento do invento, possibilitando-se, destarte, a mais ampla utilização, em benefício de todos.

No caso concreto, pretende a impetrante a prorrogação do prazo de vigência da proteção legal de seu invento - um processo para obtenção

de aditivo para combustíveis (fls. 140). Consiste o processo na "utilização de certos meios para alcançar um resultado técnico através da ação sobre a natureza" (Denis Borges Barbosa *in* Uma Introdução à Propriedade Intelectual, ed. Lumen Juris).

Alega a impetrante que, entre outras razões, tal providência (a prorrogação do prazo de vigência da proteção) atende ao "interesses da humanidade".

Eis aí uma contradição com a própria finalidade da concessão da patente e de sua proteção temporária.

Ora, justamente por ser de interesse da humanidade, a lei concede uma proteção que não é perpétua, a fim de possibilitar, findo o prazo legal, a mais ampla divulgação e utilização industrial do invento.

Não se examinará sob esse ângulo a pretensão da impetrante. Nem se considerará a questão referente ao fato de a invenção ser de interesse da segurança nacional (atualmente *defesa* nacional, o que significa a mesma coisa). Embora comprovado nos autos tal interesse (fls. 142/146 e fls. 181), mesmo assim, como bem observou a autoridade impetrada, tal fato não tem qualquer influência no prazo de vigência da patente concedida (art. 46 da Lei 5772/71) e, embora a Lei 9279/96 não preveja a desapropriação por interesse da defesa nacional (tal com o previa a Lei 5772/71), não há vedação quanto à essa providência, se a Administração Pública assim entender necessário. De qualquer forma, quanto ao prazo de proteção em si, não há qualquer alteração decorrente da constatação desse interesse.

O mesmo se diga da questão ambiental (fls. 156) ou do alegado desinteresse do Conselho Nacional do Petróleo em desenvolver o produto (fls. 173), ou mesmo das vantagens do produto (fls. 124/125).

A questão a ser decidida nestes autos, como bem observou o órgão ministerial, tem a ver com o direito intertemporal.

Disciplinando os direitos relativos à propriedade industrial, para o que aqui interessa, sem considerar a legislação anterior, foi promulgada a Lei 5772, de 31/12/71, que, em relação ao prazo de proteção da patente, tinha o seguinte enunciado:

"Art. 24. O privilégio de invenção vigorará pelo prazo de 15 (quinze) anos, o de modelo de utilidade e o de modelo ou desenho industrial pelo prazo de 10 (dez) anos, todos contados a partir da data do depósito, desde que observadas as prescrições legais.

Parágrafo único. Extinto o privilégio, o objeto da patente cairá em domínio público”.

Após a promulgação da Lei nº 9279/96, o prazo de proteção foi alterado, conforme o seguinte enunciado:

“Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data do depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior”.

Pela Lei nº 5772/71, o prazo de proteção conferido ao invento da impetrante expirou às 24hs do último dia quinze de janeiro deste ano. Pela lei nova, no entanto, o prazo se estenderia até as 24hs do dia 15 de janeiro do ano de 2006.

Ora, o novo prazo previsto na Lei 9279/96 teve por fim adequar a legislação nacional ao disposto no “Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio”, que incorporou os resultados da Rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT (Acordo Geral de Tarifas de Comércio), conhecido também pela sigla TRIPS. Essas normas foram incorporadas ao Direito Brasileiro, por força do Decreto 1355, de 30/12/94. No art. 33 daquele documento consta o seguinte enunciado:

“A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito.”

Não há dúvidas na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de lei nova retroagir para disciplinar situação anteriores à sua vigência, desde que obedecidos os cânones constitucionais, ou seja, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República).

Nesse ponto, cabe transcrever a lição de Caio Mario da Silva Pereira, sempre lembrado quando se examina questões de direito intertemporal. Aqui, quanto ao tema do conflito de leis no tempo, será observada a seguinte lição do mestre, não sem antes frisar que será levada em consideração a denominada “fase estática” que corresponde à produção e efeitos de uma situação jurídica já constituída. No caso concreto, tal

situação é a própria concessão da patente, regularmente conferida à impetrante (fls. 140). Ao mestre então:

“Tratando-se da fase estática (produção de efeitos) das situações jurídicas já constituídas, a matéria está submetida a uma regra simples: a situação jurídica, já inteiramente constituída nos termos da lei velha, é alcançada pela lei nova, que cogita precisamente dos seus efeitos. Se estes também se tinham produzido inteiramente, não há, na verdade, problema de direito transitório. Mas, se os efeitos se prolongam no tempo, e a lei nova os encontra já em parte produzidos sob a lei velha, e em parte a produzir ainda, a regra geral é esta: **A lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior.** Quanto aos efeitos que se vierem a produzir para o futuro, serão determinados pela lei em vigor no dia em que se produzirem.” (*in* Instituições de Direito Civil, vol. I, Forense, 1998).

Portanto, a lei nova pode incidir em situações jurídicas já constituídas, cujos efeitos ainda não se produziram, não acabaram, tal como os prazos estipulados na legislação posterior. A nova Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98) tem disposição nesse sentido, conforme se segue:

“Art. 112. Se uma obra, em consequência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo §2º do art. 42 da Lei n. 5988, de 14 de dezembro de 1973, caiu no domínio público, não terá prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 desta lei.”

A contrario sensu, as obras que ainda estavam cumprindo o prazo de proteção, o tiveram ampliado de 60 para 70 anos. Embora o legislador não tenha adotado norma expressa nesse sentido no corpo da Lei 9279/96, trata-se, como visto, de regra geral de direito intertemporal, que só admitiria vedação por disposição expressa.

Tal não é o caso do art. 234 da Lei 9279/96. A redação do mesmo - “É assegurado o prazo em curso concedido na vigência da Lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971” - não induz à manutenção do prazo de quinze anos, em detrimento do novo, de vinte anos. Essa norma, na verdade, e para o que aqui se examina, assegura o melhor prazo para o titular da patente, quando a lei nova fixa prazo menor.

Por todo o exposto, **concedo a segurança**, para declarar o direito líquido e certo de a impetrante ter o prazo de vigência da patente,

concedida sob o nº PI 600150, estendido para vinte anos, conforme o art. 40 da Lei 9279/96, cumpridos os demais requisitos legais.

Sem condenação na verba honorária, nos termos das Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Sentença sujeita a reexame necessário, por força do disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1533/51.

Custas *ex lege*.

P. R. l. e officie-se.

Rio de Janeiro, 6 de fevereiro de 2001.

GUILHERME BOLLORINI PEREIRA

Juiz Federal

SENTENÇA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** propõe a presente Ação Civil Pública em face do **INSS** postulando a condenação da autarquia a:

- a) incorporar aos valores dos benefícios do Regime Comum Previdenciário pagos às pessoas domiciliadas no Estado do Rio de Janeiro o percentual de **10,77%**, cifra que corresponde à diferença entre os valores atuais dos benefícios e os que seriam efetivamente devidos caso a conversão em URV promovida pela **Medida Provisória 474/94 (L. 8880/94)** houvesse considerado o maior valor real dos mesmos alcançado em 30/01/94;
- b) ressarcir aos mesmos "segurados" os valores correspondentes às diferenças dos benefícios pagos a menor entre março de 1994 e a data do cumprimento do pedido *a supra*, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora devidos desde a data da citação.
- c) Requer ainda em sede de liminar para que o **INSS** proceda ao reajuste imediato dos benefícios citados no percentual de **10,77%**.

Como causa de pedir afirma que até a edição da **MP 474/94**, os benefícios previdenciários eram reajustados conforme a **L.8542/91**, com a redação dada pela **L.8700/93** que determinou para **setembro de 1993** o reajuste pela variação acumulada do **IRSM** no quadrimestre anterior, deduzidas as antecipações concedidas. Além disso determinou que nos meses de **janeiro, maio e setembro a partir do ano de 1994** os reajustes seriam feitos pela aplicação do **FAS**. Que a recomposição quadrimestral a partir de janeiro de 1994 não chegou a ocorrer pois o **reajuste de janeiro deste ano (1994) foi o último efetuado antes da conversão em URV**. Que em novembro, dezembro de 1993 e janeiro de 1994 a recomposição não foi integral por força do expurgo promovido pelas deduções das antecipações. Que a conversão em URV foi feita pela média aritmética dos valores nominais dos benefícios pagos nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, estes por sua vez já defasados. Que assim o fazendo, o Governo (através da Medida Provisória) e o Legislativo (quando da conversão) agiram em lesão ao princípio constitucional da irredutibilidade dos benefícios e da manutenção do valor real dos mesmos, assim entendido como garantia de reposição do poder aquisitivo original. Aduz que os direitos dos segurados clas-

sificam-se como direitos individuais homogêneos suscetíveis de serem protegidos pela via da ação civil pública a cargo do Ministério Público Federal. Que o controle difuso da constitucionalidade das leis pode ser exercido através de qualquer instrumento processual, aí incluída a ação civil pública.

Inicial e documentos de fls.02/92.

Decisão de fls.95 deixando para apreciar o pedido de liminar após o prazo para resposta, bem como determinando a citação e publicação do edital previsto no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor.

Edital de fls. 96 publicado no D.O. de 05/08/99 conforme certidão de fls.100 e cópia da publicação de fls.101.

Cópia de ofício da FAAPERJ requerendo audiência pública para obtenção de esclarecimentos e conhecimentos acerca da ação, o qual foi respondido conforme ofício de fls. 99.

Petições de fls. 106, 108, 110, 112 de segurados requerendo inclusão como litisconsortes ativos, todas indeferidas conforme decisão de fls.153 por ausência de requisitos formais. A mesma decisão deixou de apreciar o pedido de liminar com fulcro na Ação Declaratória nº 4-6.

Contestação do INSS de fls.114/152 suscitando **preliminares de ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público** (por entender que não há na hipótese interesse ou direito difuso, apenas direitos individuais homogêneos), **impropriedade da via eleita** (por entender que o *parquet* pediu a declaração de inconstitucionalidade de norma). Suscita ainda **prejudiciais de mérito de decadência do direito de revisão dos benefícios** (eis que ultrapassado o prazo quinquenal estabelecido no art. 103. No mérito afirma que não houve perda do valor real dos benefícios e que o pedido ultrapassa os limites subjetivos da tutela em ação civil pública eis que **o Juízo não tem competência estendida em todo território do Estado do Rio de Janeiro**. Além disso, alguns benefícios gozam de sistemática própria de reajuste, fugindo ao princípio da manutenção do valor real.

Réplica às fls. 155/173 onde o *parquet* afirma principalmente: a) que é parte legítima para propor a ação eis que o art. 117 da L. 8078/90 (CDC) determina a aplicação de seus preceitos à L. 7347/85 que trata genericamente da ação civil pública; b) que o controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido em qualquer via processual; c) que não cabe o argumento da prescrição eis que o percentual de reposição tem em vista a lesão presente, ou a diferença atual entre o que seria efetivamente devido neste momento se a conversão tivesse se pautado pelo

princípio constitucional da manutenção do valor real; d) que o foro da capital do Estado é o competente para julgamento de ações envolvendo danos de âmbito nacional ou regional, conforme art. 93, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor; e) que a própria ré reconhece às fls. 122, item 3.1, a ocorrência de perda, apenas alega que a mesma não foi linear. Requer prova pericial.

Manifestação do INSS quanto à réplica e requer o julgamento antecipado do feito (fls. 175/185).

Decisão de fls. 186 deferindo a perícia contábil/estatística e nomeando peritos os Drs. **FRANCISCO EDUARDO B. DE OLIVEIRA** e **KAYZÔ BELTRÃO**, abrindo prazo para indicação de assistentes e formulação de quesitos.

Quesitos do MPF às fls. 188/190 onde indica sua assistente, técnica do próprio órgão.

Quesitos do INSS às fls. 192/202 onde indica sua assistente.

Quesitos do Juízo às fls. 203.

Proposta de honorários e juntada de *currículum* dos peritos (fls. 208/255).

O Ministério Público Federal concorda com a proposta às fls. 257 mas ressalta que os honorários serão pagos ao final.

O INSS discorda da proposta às fls. 262/263 e reitera pedido de extinção do feito.

Decisão saneadora às fls. 274/275 rejeitando as preliminares e as prejudiciais de mérito, bem como fixando os honorários periciais em R\$ 5.000,00 por perito, corrigíveis, contra a qual o INSS agravou conforme petição de fls. 287/299.

Petição de **REGINALDO MARTHA CASTANHEIRA** onde requer sua inclusão no feito como litisconsorte ativo.

Laudo pericial de fls. 305/337.

Petição de **REGINALDO CASTANHEIRA** às fls. 339/341 juntando carta de concessão de seu benefício iniciado em **02/05/1995**, ou seja, um ano após a conversão em URV que é o objeto do feito.

Dada vista às partes, o *parquet* se manifesta às fls. 347/357 concordando com o laudo e aduzindo dados técnicos.

Manifestação do INSS às fls. 361/421 onde apresenta **quesitos suplementares**.

A União Federal requer vista dos autos **fora de cartório** às fls. 430 a fim de cogitar sua intervenção no feito, o que foi indeferido às fls. 434 visto não ser efetivamente e ainda parte da ação. Pedido reiterado às fls. 438 e novamente indeferido às fls. 444 eis que a União Federal não é parte na relação jurídico-material previdenciária.

Cópia do agravo de instrumento interposto pela União Federal às fls. 456/531.

Laudo complementar às fls. 534/542 do qual foi dada vista às partes tendo apenas o Ministério Público Federal se manifestado (fls. 547/548).

Relatados, **decido**.

I – DAS PRELIMINARES

Preliminarmente rejeito o pedido de ingresso como litisconsorte necessário formulado por REGINALDO CASTANHEIRA eis que a presente ação visa a discutir perdas de poder aquisitivo eventualmente proporcionadas pela conversão em URV promovida em fevereiro de 1994 o que por óbvio não atinge os benefícios posteriormente concedidos como é o caso do autor, cujo benefício iniciou-se em maio de 1995!

As preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, impropriedade da via e as prejudiciais de decadência e prescrição já foram analisadas na decisão de fls. 274/275, da qual o INSS agravou sem que até o momento o recurso tenha sido julgado. Ainda que já preclusa, cumpre aduzir alguns argumentos em reforço.

O Ministério Público Federal é parte legítima para propor as denominadas ações coletivas. Sua legitimidade decorre do próprio texto constitucional. Esses direitos ou interesses coletivos são aqueles que por sua natureza essencialmente transindividual devem receber tratamento amplo, coletivizado. Dentre os direitos chamados coletivos encontram-se os direitos individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor os define como interesses ou direitos individuais decorrentes de origem comum (L. 8078/90, art. 81, inc. III). Trata-se de direitos que, apesar de divisíveis e do fato de pertencerem individualmente a cada interessado, em face da origem comum e ao relevo social que assumem, merecem tratamento coletivizado.

A presente ação versa sobre a conversão em URV aplicada aos benefícios existentes em fevereiro de 1994 e sobre o direito às diferenças

oriundas de eventual equívoco na mesma. Vale lembrar que o regime comum previdenciário é precipuamente obrigatório, ou seja, uma vez que um indivíduo se enquadre em qualquer das hipóteses previstas no art. 11 da L. 8213/91 ele será segurado obrigatório, surgindo daí o vínculo com a Previdência Social e seu órgão gestor, bem como a obrigação de contribuir para o regime. A relação jurídica nasce para os segurados obrigatórios independentemente da manifestação de sua vontade e dela decorrem obrigações (notadamente de caráter tributário) bem como direitos, tais como o direito aos benefícios em si e à garantia de irredutibilidade do valor destes. Na verdade, quanto à aplicação deste princípio, este é assegurado aos benefícios em geral, o que favorece igualmente ao segurado facultativo (que adere ao regime de livre e espontânea vontade ou necessidade) e aos dependentes. Em termos gerais, todos os segurados sujeitam-se a um mesmo estatuto legal. Inegável, portanto, a qualidade de direitos individuais homogêneos para o objeto da presente ação.

Mesmo não se tratando de uma relação de consumo, aplicam-se basicamente os dispositivos contidos na Lei de Defesa do Consumidor eis que esta lei ergueu uma estrutura básica para a propositura de ações coletivas. Assim, o Ministério Público Federal é parte legítima para sua propositura de ações coletivas tendo por objeto direitos individuais homogêneos. Nesse sentido citamos lição do Ilustre Dr. LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO:

“Nesse contexto, duas soluções básicas afiguram-se admissíveis, e foram aventadas pelo Superior Tribunal de Justiça: uma restritiva, forte inclusive no art. 25, inc. IV, letra a da L. 8625/93, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público exclusivamente para as ações relativas a interesses individuais homogêneos *indisponíveis*; outra, ao nosso ver mais apropriada ao sistema constitucional e, por isso, preferível, que aceita a legitimidade do Ministério Público para ações coletivas referentes a direitos individuais disponíveis, desde que a matéria assumam feição de **interesse social**.” (in “Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos”, 1ª edição, págs. 110/111, Ed. Forense).

Ora, o interesse social de que goza a matéria é evidente seja em face da natureza indisponível dos direitos aos benefícios previdenciários, seja em razão da importância social do regime previdenciário para a economia nacional, seja em face do grande número de segurados do Regime Previdenciário.

Por outro lado é de se rechaçar a preliminar de impropriedade da via eleita. Com efeito, o raciocínio formulado pela ré implica restringir o controle difuso de constitucionalidade, como que retirando parcela da ju-

risdição dos órgãos jurisdicionais. Em nenhum momento foi formulado pedido de **declaração de inconstitucionalidade de lei**. A constitucionalidade da alteração restritiva introduzida na L. 8213/91 será objeto de exame da fundamentação, como ordinariamente ocorre no controle difuso mas não integrará o dispositivo nem isto foi pedido pelo Ministério Público Federal.

Ainda a preliminar de incompetência suscitada pelo o INSS merece repúdio, sendo que a decisão ora proferida alcança a todos beneficiários titulares de benefício em manutenção que foram convertidos em URV em fevereiro de 1994 residentes no Estado do Rio de Janeiro.

II – DO MÉRITO

DO PRINCÍPIO DA MANUTENÇÃO DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS

Em diversas oportunidades já nos manifestamos acerca do alcance deste princípio constitucional que visa a atuar como garantia dos beneficiários do Regime Comum, seja em sentenças proferidas em ações individuais, palestras ou em artigos publicados dos quais permitimo-nos reproduzir alguns trechos nesta fundamentação.

Os artigos 194 e 201 da Carta Magna com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 dispõem:

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

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

...

IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;

Art. 201 – A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: ...

§ 4º – É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. ...

Trazem eles dois princípios (o da irredutibilidade de benefícios e o da manutenção do valor real) que já encontravam amparo na Constituição desde sua promulgação, respectivamente no inc. V do art. 194 e no § 2º do art. 201.

Regulamentando o Capítulo da Seguridade Social, foram editados os Planos de Custeio e o de Benefícios do Regime Comum Previdenciário, respectivamente Leis nº 8212 e 8213 de julho de 1991, que, por sua vez, foram regulamentadas em dezembro do mesmo ano com a edição dos decretos pertinentes.

A Lei 8212/91 curiosamente trazia um instrumento de cunho administrativo para garantia de aplicação do princípio da irredutibilidade:

Art. 6º – Fica instituído o Conselho Nacional de Seguridade Social, órgão superior de deliberação colegiada, com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de representantes da sociedade civil. ...

Art. 7º – Compete ao Conselho Nacional da Seguridade Social:

...

VI – estudar, debater e aprovar proposta de recomposição periódica dos valores dos benefícios e dos salários-de-contribuição, a fim de garantir de forma permanente a preservação de seus valores reais;...

Entretanto estes dispositivos encontram-se revogados já que o Conselho Nacional de Seguridade Social foi extinto conforme alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1911 de dezembro de 1998 na L. 9649 de 27/05/98 que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, sem que suas atribuições tenham sido transferidas a qualquer outro órgão da estrutura do Ministério da Previdência e da Assistência Social.

O direito subjetivo ao reajustamento do benefício para preservação de seu valor real assegurado na Constituição vem repetido na L. 8213/91, em seu art. 41, inc. I.

Vemos, assim, que o constituinte conferiu aos benefícios previdenciários garantias até então inéditas. Ao lado da irredutibilidade de seu valor nominal (garantia igualmente conferida aos salários no art. 7º, inc. VI), tornou obrigatório o reajustamento periódico do benefício sempre que constatada perda de seu valor real.

A referida norma é dotada de alto nível de abstração e desde a promulgação da Carta tornou-se um desafio imposto aos aplicadores do Direito a tarefa de definir o que fosse “valor real”.

Conforme decisões reiteradas dos Tribunais Superiores, entende-se que o conceito de valor real do benefício previdenciário é indissociável do conceito de poder aquisitivo e, conseqüentemente, indissociável da idéia de preservação do benefício dos efeitos da inflação.

Desta forma, o § 4º do art. 201 contém norma programática que impõe ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer o reajustamento do benefício toda vez que houver perda do valor aquisitivo inicial, ou seja, do valor aquisitivo da renda mensal inicial, perda essa que ocorre através do fenômeno inflacionário.

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 1233-DF impetrado para assegurar o reajuste dos benefícios previdenciários em 147,06% (mesmo índice aplicado para reajuste dos salários-de-contribuição em setembro de 1991) o Eg. STJ, através do voto do Min. Garcia Vieira, ressaltou dois aspectos de suma importância decorrentes dos princípios constitucionais da manutenção do valor real e da garantia da fonte de custeio. Em primeiro lugar lembrou que o salário-de-contribuição deveria ser reajustado na mesma época e com os mesmos índices de reajustamento dos benefícios de prestação continuada, conforme dispunha o parágrafo único do art. 20 da L. 8212/91, hoje substituído pelo art. 29, § 1º. Assim, se um é reajustado, o outro fator também o será.

O segundo aspecto merece ser transcrito em face da clareza que trouxe à discussão acerca do princípio da manutenção do valor real:

“O legislador constitucional assegurou, em suas disposições permanentes a irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV) e seu reajustamento para “... preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

Ora, é evidente que o legislador ordinário não poderia desconhecer e desrespeitar estes dois mandamentos, o da irredutibilidade e preservação do valor real dos benefícios. Os seus aumentos não poderiam ser inferiores aos índices da inflação. Mesmo após a implantação definitiva dos planos, os benefícios e as contribuições devem ser reajustados, na mesma época e com os mesmos índices, nunca inferiores aos da inflação, para ser respeitada a irredutibilidade e preservar o valor real dos benefícios e garantir a fonte de custeio”.

No mesmo sentido é a posição do Eg. STF:

"... . Com o preceito* objetivou-se cobrir o espaço de tempo até a vigência de nova legislação previdenciária a ser editada em harmonia com os princípios insculpidos no artigo 201 do corpo permanente da Constituição. Ora, constata-se que o § 2º do mencionado artigo é categórico ao assegurar o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, remetendo à lei, enquanto o § 3º dispõe sobre a atualização dos salários de contribuição computados no cálculo do benefício.

Evidentemente, a **manutenção do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários**, fez-se, em primeiro lugar e relativamente ao período que antecede a data da aquisição do direito, de acordo com a atualização dos salários de contribuição e, em segundo lugar, relativamente ao tempo posterior, **considerada a inflação**, havendo, portanto, data-base própria. ..."

* o preceito aqui referido é o art. 58 do ADCT

(AI 188298-1, Min. Marco Aurélio, in DJ I de 07/04/97, pg. 11009)

Compete, assim, ao Congresso Nacional dispor sobre a forma de reajustamento dos benefícios, fixando datas, periodicidade e índices. Está, porém, como Poder Constituído, sujeito aos limites constitucionais, dentre os quais situa-se o dever a ele imposto de assegurar aos titulares de benefícios previdenciários a preservação contra os efeitos malignos da inflação a qual acarreta perda de valor aquisitivo da moeda.

Indo mais além ainda, **ANA MARIA WICKERT THEISEN** entende que todo reajustamento deverá necessariamente estar amparado em um **índice oficial de correção monetária**, sob pena de estar sendo fraudada a garantia constitucional:

"Ora, se o Texto Maior fala em *critérios*, o que a lei infraconstitucional deve fazer, no desiderato de regulamentar o dispositivo, é indicar um índice oficial, baseado em indexadores oficiais (os quais obedecem a uma mecânica de cálculo previamente estabelecida, de molde a refletir a variação inflacionária). **Não há autorização para que o legislador, livremente, escolha um percentual qualquer, sem lastro no fenômeno inflacionário, de cujos efeitos, aliás, os reajustes procuram precaver os benefícios, assegurando seu poder liberatório.**"¹ (grifo nosso).

Poderíamos numa primeira análise concluir que ao legislador é dado escolher qualquer índice inflacionário oficial, mesmo o que houver apresentado menor variação no período de apuração. Uma vez verificada a perda do poder de compra do benefício em manutenção em relação ao seu

valor inicial (RMI) e em cotejo com todos índices inflacionários oficiais, o beneficiário passaria a ter direito subjetivo à reposição da perda, cabendo ao legislador eleger um índice dentre a gama de índices oficiais existentes.

O legislador deve ainda dispor sobre a forma como se dará o reajustamento no que pertine a data e periodicidade. Não cabe ao seguro pretender o índice que mais lhe convenha já que a Constituição outorgou ao Congresso Nacional a tarefa de dispor sobre o regime de reajustamento. Entretanto, o poder atribuído ao Poder Legislativo encontra limite no princípio estudado.

Como então agir quando no exercício da competência que lhe é atribuída o Legislador infringe o dispositivo constitucional ou, ao contrário, se omite de exercê-la? Tratando-se de norma programática, isto significa que a mesma deve restar indefesa? A questão merece uma digressão.

EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

É preciso lembrarmos que existência, validade e eficácia dos atos jurídicos são atributos que não se confundem.

O ato jurídico se diz existente quando presentes seus elementos constitutivos previstos na lei. Uma vez existente, ele será válido se os elementos constitutivos estiverem de acordo com o estabelecido na norma no que pertine, por exemplo, competência para sua edição, observância do processo de criação etc. ... Assim, por exemplo, uma lei declarada inconstitucional é existente porém inválida.

O ato válido, por sua vez, será eficaz se idôneo a produzir os efeitos nela previstos. No período de *vacatio legis*, por exemplo, uma lei é ineficaz. Especificamente no tocante à classificação das normas constitucionais tradicional estabelecida por José Afonso da Silva, assegura-se às normas programáticas uma "eficácia mínima", ou seja, ela produz efeitos independentemente de sua regulamentação no mínimo para revogar a lei que lhe seja contrária e evitar de inconstitucionalidade a norma posterior que seja editada contrariamente a seu sentido.

Luis Roberto Barroso analisa ainda um quarto atributo dos atos jurídicos e em especial das normas jurídicas: a **efetividade**. Efetividade equivaleria em suas palavras à eficácia social ou reconhecimento pela sociedade da existência da norma, operando-a no mundo dos fatos:

"A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a mate-

rialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social".²

Podemos dizer assim que, se a efetividade da norma depende de sua aplicação real, pode e deve o Poder Judiciário garantir este atributo. Podemos ainda dizer que a norma constitucional que abriga o princípio da manutenção do valor real do benefício só será efetiva se forem editadas leis que realmente mantenham o poder de compra original do benefício, considerando a Economia inflacionária em que ainda hoje vivemos. Como garantir, então, a efetividade?

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A – SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição tem histórica e essencialmente a função de limitar os Poderes Constituídos ao lado da função de organizar e instituir o próprio Estado.

As edições das primeiras Cartas Constitucionais receberam o nome de Movimento Constitucionalista e foram a fonte e base do chamado Estado de Direito contendo o elenco mínimo de direitos e garantias individuais. A evolução histórica e as novas demandas sociais levaram igualmente à evolução do conceito de Constituição e de sua finalidade. Entramos então no chamado Estado Social, em que os documentos básicos passaram a assegurar não apenas direitos dos indivíduos em face do Estado, mas também enquanto trabalhador.

Temos assim que a Constituição dá origem ao próprio Estado e que os Poderes que o constituem são Poderes Derivados e, portanto, limitados pela própria Lei Fundamental. É dela que se originam todas as demais normas que nela encontram seu fundamento de validade. Daí comumente falar-se em supremacia da Constituição significando a submissão dos Poderes de Estado e dos atos por ele praticados aos princípios constitucionais.

Conseqüentemente, toda norma editada em desacordo com a Constituição, seja quanto ao processo de sua criação, seja quanto a seu conteúdo, padece de vício de inconstitucionalidade sendo nula ou inexistente, no dizer de parte da doutrina (ex: Francisco Campos).

Também a inércia de qualquer dos Poderes do Estado pode ser eivada de inconstitucionalidade sempre que deixar de editar ato de sua

competência exigido pela Constituição e necessário para eficácia plena do dispositivo.

Do exposto surgiu a necessidade de se instituir mecanismos de fiscalização da adequação da conduta dos Poderes Constituídos à Lei Fundamental, o que se deu através do **controle de constitucionalidade**.

B – MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Uma norma pode ser inconstitucional por diversos aspectos, gerando pluralidade de modalidades de controle.

Há **inconstitucionalidade formal ou material** segundo o vício esteja relacionado ao processo de formação da norma ou a seu conteúdo. Por outro lado a inconstitucionalidade pode dar-se **por ação ou por omissão**, ou seja, o vício tanto pode surgir da edição de lei ou ato normativo em afronta ao dispositivo constitucional quanto da inércia do Poder Público competente em editar a lei ou ato normativo necessário para a eficácia plena e aplicabilidade da norma; neste caso é pressuposto desta espécie de controle a inexistência da norma ou a existência de norma que disponha de forma insuficiente sobre a matéria.³

O ordenamento jurídico brasileiro admite, por outro lado, dois sistemas de controle de constitucionalidade: o controle pela **via principal (ação direta de inconstitucionalidade que pode assumir a forma interventiva)** ou pela **via de exceção**.

A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual é prevista no art. 102, inc. I, alínea "a", da Constituição: a competência para julgá-la é do Eg. STF, órgão máximo de guarda e interpretação da lei fundamental, e a legitimidade para propô-la é conferida a um elenco fechado de pessoas e órgãos contido no art. 103. Embora haja alguma divergência doutrinária,⁴ a maioria entende que a ação é de cunho declaratório da nulidade da lei ou ato normativo, produzindo efeitos retroativos (*ex tunc*) e *erga omnes*. No caso de vir a ser declarada a inconstitucionalidade por omissão, ao eg. STF compete apenas dar ciência de sua decisão ao poder infrator a fim de que adote as providências necessárias as quais, no caso de órgão administrativo, deverão ser tomadas em 30 dias.

Considerando ainda a hipótese de omissão normativa, a Constituição prevê também dois outros instrumentos de fiscalização: o mandado de injunção e a iniciativa legislativa popular. O Mandado de Injunção vem

previsto no art. 5º, inc. LXXI da Constituição e a iniciativa popular no art. 61, § 2º, regulamentado pela L. 9709/98.

O Mandado de Injunção pressupõe uma lacuna legislativa ou ausência de norma e que esta ausência inviabilize o exercício de direito subjetivo constitucionalmente previsto, no que diverge da ação direta de inconstitucionalidade já que esta objetiva o resguardo da Constituição e não de um direito individual específico.⁵ O remédio constitucional, ao contrário da ação direta, não se limita a declarar a mora do legislador. Embora de conteúdo esvaziado pelo Eg. STF que o equiparou em efeitos à ação declaratória de inconstitucionalidade, parece-nos claro que, conforme a lição do Mestre **Hely Lopes Meirelles**,⁶ o remédio constitucional somente seria eficaz se ao órgão julgador fosse possibilitado integrar a norma no caso concreto, preenchendo a lacuna de acordo com os princípios gerais de direito, a analogia, costumes e sobretudo a equidade.

Copiando o sistema de controle americano, admitimos ainda o **sistema de controle difuso ou incidental** pelo qual a qualquer órgão judiciário é dado declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como questão prejudicial da análise do mérito da ação. A declaração de inconstitucionalidade não integra o dispositivo da sentença e não transita em julgado, operando efeitos apenas entre as partes do processo. Esgótadas as vias recursais ordinárias, a questão pode vir a ser submetida ao Eg. STF através de recurso extraordinário. Neste caso, entendendo a Corte Máxima pela existência de vício, deverá dar ciência desta decisão definitiva ao Senado Federal que, por sua vez, pode suspender a execução de lei julgada inconstitucional, situação em que a decisão pasará a ter efeitos *erga omnes* e retroativos.

No controle incidental o órgão julgador subtrai o caso concreto da órbita de eficácia da norma impugnada como se ela não existisse, nas palavras de **Lucio Bittencourt**.

Voltando à análise dos reajustamentos previdenciários, vemos que desde a edição da Constituição dita Cidadã, inúmeras foram as leis e medidas provisórias editadas para discipliná-los e inúmeras as ações impugnando os critérios adotados alegando-se, de forma geral, a infringência do princípio constitucional da manutenção do valor real do benefício. Em 90% das ações propostas o pedido ou é mal formulado (revelando completo desconhecimento por parte dos patronos acerca do direito previdenciário) ou pretende-se a fixação, como critério permanente de reajuste, da vinculação à equivalência inicial em número de salários mínimos (critério instituído originariamente no art. 58 do ADCT) o que, além de vedado na parte permanente da Constituição, não é de forma alguma ga-

rantia de efetividade do princípio constitucional. Resta questionar: como proceder ao controle de constitucionalidade das normas que versam sobre reajuste previdenciário preservando o princípio da divisão de poderes?

O PODER-DEVER DOS JUÍZES AO JULGAR: LIMITES

O exercício da função jurisdicional é regido por alguns princípios basilares que assumem especial relevo quando o juiz se defronta com lacunas legislativas ou com hipóteses em que, dado o vício de inconstitucionalidade da norma (e conseqüente nulidade da norma) a mesma torna-se inaplicável ao caso concreto.

Em primeiro lugar cumpre citar o **princípio da indeclinabilidade da jurisdição** insculpido no art. 126 da lei processual segundo a qual ao juiz não é dado eximir-se de sentenciar ou de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, caso em que poderá socorrer-se das normas legais e, na ausência destas, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, cabendo ainda o uso da equidade nos casos expressamente permitidos por lei. Nas palavras de **José Roberto dos Santos Bedaque**, Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo: “a Jurisdição é a atividade estatal destinada a garantir a **eficácia prática** do ordenamento jurídico”.⁷ Onde se lê eficácia prática, entenda-se efetividade.

Preciosas, nesse sentido, as lições de dois autores franceses, um senador e uma professora de direito, **Hubert Haenel e Marie-Anne Frison-Roche**, autores do livro “**Le juge et le politique**” (editora Presses Universitaires de France, 1998), onde fazem uma análise do papel do juiz na sociedade moderna e as expectativas da sociedade, em especial a francesa, quanto à sua atuação. Fugindo do positivismo puro que impera e buscando soluções para que a Justiça cumpra seu papel – que é o de fazer Justiça mais do que simplesmente aplicar a lei – trazem eles conclusões que podemos resumir nos seguintes tópicos:

- o juiz deve zelar para que o *direito* e o *justo* coincidam; o direito não é um fim em si mesmo mas um instrumento na busca da Justiça;
- atualmente, mais que o legislador, é o juiz quem encarna o espírito de Justiça;
- a submissão do juiz às leis não pode implicar inferioridade em relação ao legislador notadamente porque este deveria exercer seu poder para realizar a Justiça;

- quando o direito positivo excede os limites do Justo, a regra segundo a qual o juiz dever tornar a lei efetiva torna-se ilegítima.

É verdade que o juiz não se confunde com o legislador; ambos são agentes políticos cujos atos editados no exercício de suas funções típicas são manifestações de vontade do próprio Estado. Mas, se por um lado, o Legislativo edita normas gerais e abstratas, a sentença representa a norma concreta aplicável ao caso submetido ao crivo do Poder Judiciário no exercício irrecusável de sua função quando deve zelar pela preservação da Lei Maior:

"Cercado de respeito e autoridade, o Juiz tem liberdade de pronunciar o Direito segundo as circunstâncias do caso. Nessa tarefa, seu papel é sem dúvida criador. Não chega ao extremo de proferir sentenças *contra legem*. ...Mas há princípios legais que autorizam o emprego dos métodos mais nobres e inteligentes de hermenêutica – o teleológico e o sistemático –, de modo a afastar o literal, para o apelo à equidade e à Justiça em concreto". Invoca-se, então, a regra basilar do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".⁸

Desta forma não se pode negar a relativa **função criadora de Direito** de que se reveste a atividade jurisdicional.

Diz Athos Gusmão Carneiro:⁹

"Em duas hipóteses, todavia, a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário, mais especificamente ao STF e aos Tribunais de Justiça, o exercício, embora sob vestes jurisdicionais, de uma atividade **legislativa**, porque não vinculada à aplicação do direito a um caso concreto.

Referimo-nos, em primeiro lugar, à ação direta de inconstitucionalidade. ... Em segundo lugar, a Emenda Constitucional nº 3 de 17/03/93, criou a *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, para cujo ajuizamento são legitimados os Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º) e de competência do STF".

Ousando ampliar o pensamento do Mestre, entendemos que a atividade criadora ou legislativa do Judiciário é exercida também no controle de constitucionalidade incidental ou pela via de exceção já que também neste caso, uma vez concluindo o Juízo pela existência do vício, a

norma inquinada será declarada inconstitucional e nula, retirando-se o caso concreto da órbita de sua eficácia devendo ser aplicada outra norma ou princípio de forma a garantir-se ao litigante o exercício do direito subjetivo que o ordenamento constitucional lhe confere.

Vemo-nos então diante das seguintes premissas extraídas de nosso ordenamento jurídico:

- a Constituição é a lei fundamental que origina o Estado e que constitui o fundamento de validade de todas as demais normas à qual se submetem os Poderes Constituídos no exercício de suas atribuições;
- toda norma constitucional é dotada de eficácia mínima que é a de impedir a edição de lei ou ato normativo que a afronte e que, nesse sentido, será inconstitucional e portanto nulo;
- como forma de assegurar o respeito à Constituição e seus princípios instituiu-se o controle de constitucionalidade;
- o controle de constitucionalidade é exercido por qualquer órgão jurisdicional pela via da exceção, caso em que os efeitos de sua decisão serão restritos às partes do processo e ao caso concreto que lhe é submetido;
- a afronta aos dispositivos constitucionais tanto pode se dar sob a forma comissiva (edição de norma viciada tanto em seu aspecto formal quanto material) ou omissiva (quando o Poder competente deixa de editar a lei ou ato normativo necessários para a plena eficácia da norma constitucional);
- a Constituição confere ao beneficiário do Regime Comum Previdenciário o direito subjetivo a reajustamento que assegure o valor real inicial de seu benefício, o que, segundo os Tribunais Superiores, significa manutenção do poder aquisitivo inicial, resguardando o valor da RMI especificamente dos efeitos da inflação;
- a Jurisdição é garantia da efetividade das normas e do exercício dos direitos subjetivos;
- ao Juiz não é dado escusar-se de decidir, devendo julgar nos limites da lide que lhe é exposta ainda que se defronte com lei ou ato normativo nulo e se veja obrigado a utilizar-se dos princípios gerais de direito, da analogia e dos costumes para decidir a questão subtraída da órbita de eficácia da norma viciada.

DA CONVERSÃO EM URV PELO PLANO REAL (L. 8880/94)

Conforme previsto no art. 9º da L. 8542/92 com a redação dada pela L. 8700/93, o INPC foi substituído no reajuste de benefícios pelo IRSM e seria aplicado em setembro de 1993 pela variação acumulada no quadrimestre anterior, deduzindo-se as antecipações igualmente previstas no novo regime. A partir de 1994, os reajustes seriam feitos nos meses de janeiro, maio e setembro pela aplicação de outro índice, o FAS, deduzindo-se as antecipações previstas.

Entretanto, em 27/02/94 foi editada a Medida Provisória nº 434, convertida em 27/05/94 na L. 8880. Esta norma instituiu o chamado Plano Real e indexou a economia (aí incluídos preços, salários, vencimentos e proventos) em URV's, disciplinando como seria estabelecida a conversão.

Esta norma dispôs:

Art. 19 – Os salários dos trabalhadores em geral são convertidos em URV no dia 1º de março de 1994, observado o seguinte:

I – dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV na data do efetivo pagamento, de acordo com o Anexo I desta Lei; e

II – extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

Art. 20 – Os benefícios mantidos pela Previdência Social são convertidos em URV em 1º de março de 1994, observado o seguinte:

I – dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta Lei; e

II – extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

§ 2º Os benefícios de que trata o *caput* deste artigo, com data de início posterior a 30 de novembro de 1993, são convertidos em URV em 1º de março de 1994, mantendo-se constante a relação verificada entre o seu valor no mês de competência de fevereiro de 1994 e o teto do salário-de-contribuição, de que trata o art. 20 da L. nº 8212/91, no mesmo mês.

Note-se que para os **trabalhadores** a metodologia trazia uma diferença crucial eis que assegurava literalmente a reposição de perdas decorrentes da conversão, confessando a rigor a sua existência:

Art. 27 – É assegurada **aos trabalhadores**, observado o disposto no art. 26, no mês da respectiva data-base, a revisão do salário resultante da aplicação do art. 19, observado o seguinte:

...

§ 3º Sem prejuízo do disposto neste artigo, é assegurada aos trabalhadores, no mês da primeira data-base de cada categoria, após 1º de julho de 1994, inclusive, **reposição das perdas decorrentes da conversão dos salários para URV**, apuradas da seguinte forma: ...

Assim, a sistemática da conversão dos benefícios previdenciários consistiu em:

- a) benefícios com data de início até 30/11/93 – pela média aritmética dos respectivos *valores nominais* nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, divididos pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia daqueles meses;
- b) benefícios com data de início posterior a 30/11/93 – conversão em URV em 1º de março, mantendo-se constante a relação entre o seu valor no mês de fevereiro de 1994 e o teto do salário-de-contribuição

DO LAUDO PERICIAL

O **laudo pericial** apresentado é fruto de excelente e detalhado trabalho realizado pelos Drs. **FRANCISCO OLIVEIRA** e **KAYZÔ BELTRÃO**, especialistas de renome na área de estudos sobre Previdência Social. Os *experts*, respondendo a todos quesitos formulados, apontaram resumidamente que:

- a) para os benefícios iniciados antes de dezembro de 1993 o último reajuste integral antes da discutida conversão deu-se em **janeiro de 1994**. Que nesta data, conforme o critério instituído anteriormente pela L. 8700/93, o reajuste deveria corresponder à variação do IRSM nos meses de setembro a dezembro, descontadas as antecipações mensais que excedessem 10%. Que o valor dessas antecipações foram exatamente iguais à variação do IRSM no mês anterior, descontado

10% como ditado pela lei. Que os reajustes eram diferenciados conforme a data de início de cada benefício.

- b) que a conversão foi feita pela média aritmética dos valores nominais dos benefícios considerados. Que tomando por base o próprio IRSM, índice até então adotado para reajustamento, a referida metodologia ocasionou perdas. Que o percentual de perdas não é único para todos benefícios mantidos quando da conversão mas, tomando como ponto de partida a data do reajuste promovido em setembro de 1993 e conforme as Datas de Início dos Benefícios (DIB), tais perdas podem ser sintetizadas no seguinte quadro (fls. 310):

Benefícios	Perdas
Iniciados em setembro de 1993 ou anteriormente	11,81%
Iniciados em outubro de 1993	9,31%
Iniciados em novembro de 1993	5,80%
Iniciados em dezembro de 1993	11,58%
Iniciados em janeiro de 1994	9,88%
Iniciados em fevereiro de 1994	3,53%

- c) que para recomposição das perdas em relação ao IRSM, tomando como referência o valor do benefício em janeiro de 1994, seria necessário a aplicação dos seguintes percentuais, variando conforme a data de início do benefício (fls. 322 e 324):

Data de Início do Benefício	Recomposição necessária (a ser aplicada sobre o valor do benefício em janeiro de 1994)
Antes de set./93	10,77%
out./93	6,14%
nov./93	2,16%
dez./93	10,77%
jan./94	10,77%
fev./94	—

- d) que a URV não foi um índice inflacionário. Quê foi uma média aritmética de 3 índices a saber: IGP-M (de apuração mensal pela Fundação Getúlio Vargas a partir de uma média entre o Índice de Preços por Atacado, Índice de Preços ao Consumidor e Índice Nacional da Construção Civil), IPCA-E e IPC da FIPE.
- e) que o reajuste aplicado em janeiro de 1994 não foi suficiente para repor o valor real (recuperar a perda de poder aquisitivo) eis que a sistemática de reajustamento aplicada aos benefícios nunca foi integral, onde os gráficos sobre a evolução dos benefícios apresentam-se em forma de "dente de serra": valores maiores nos meses de recomposição, degradação nos meses seguintes e recomposição parcial eis que os próprios índices mostram-se defasados.
- f) a reposição do valor real do benefício não se confunde com criação, majoração ou extensão de benefício para as quais a Constituição exige a indicação da correspondente fonte de custeio. Tanto não é que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) dispensa o INSS da compensação nos períodos financeiros seguintes dos efeitos financeiros ocasionados pelo reajustamento quando este é instituído para reposição do valor real de qualquer benefício da seguridade social (área mais ampla que o conceito estrito de Previdência Social):

Art. 24 – Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17.

§ 1º É dispensada da compensação referida no art. 17 o aumento de despesa decorrente de:

I – concessão de benefício a quem satisfaça as condições de habilitação prevista na legislação pertinente;

II – expansão quantitativa do atendimento e dos serviços prestados;

III – reajustamento de valor do benefício ou serviço, a fim de preservar o seu valor real.

Estes são apenas os principais aspectos a serem extraídos do extenso e minucioso trabalho apresentado onde a principal conclusão para

o deslinde da causa é: a metodologia de conversão efetivamente produziu perda do valor real do benefício.

Ora, se o verdadeiro significado do princípio da preservação do poder real é a aplicação de índice a ser eleito pelo legislador mas que reflita a perda de poder aquisitivo provocada pela inflação, no caso torna-se indubitável que o princípio constitucional foi ferido mortalmente.

Merece transcrição, pela lucidez e brilhantismo da análise, a sentença proferida pela Exma. Dra. **FATIMA NOVELLINO SEQUEIRA** no processo nº 97.0008957-6 da 37ª Vara Federal da qual é Juíza Titular:

“Não se pode, no entanto, conceber que no cálculo de tal média seja desconsiderada a inflação já consumada, cuja reposição jamais viria a ocorrer – posto que antes prevista para o mês de maio de 1994 – quanto aos proventos da aposentadoria. Isto porque, mantido o cálculo dos valores dos benefícios nos meses de nov., dez., jan. e fev., com base na URV do último dia de cada mês, antes do cálculo da média haveria que Ter sido reposta a defasagem integral acumulada, mês a mês, desde o último reajuste havido em setembro de 1993, com vistas à obtenção do valor real (e não nominal), com base na nova sistemática, sem impor-lhe perdas definitivas.

Ainda observa a ilustre Magistrada que, tanto é verdade que o próprio Governo (autor da Medida Provisória) reconhece que a nova sistemática acarretaria perdas que, apenas para os trabalhadores, assegurou no art. 27 da nova lei a reposição de perdas sem prejuízo da revisão salarial nas datas-bases mantidas.

Assim, os Tribunais vêm se posicionando a favor da reposição expurgada em defesa do princípio constitucional:

“Previdenciário. Benefícios pagos com atraso. Atualização. Conversão do valor. URV. Lei nº 8880/94. IRSM's de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994. Inclusão integral.

- A Lei nº 8880/94, que instituiu a Unidade Real de Valor, criou um mecanismo expresso de atualização monetária dos valores referentes a benefícios previdenciários pagos com atraso pela Previdência Social para então converter-se no *quantum* apurado no equivalente em URV.
- Enquanto antecipação consubstancia forma de amenizar o poder aquisitivo do benefício ante a desvalorização da moeda, trata o reajuste de critério principal de restabelecimento do poder aquisitivo mediante a incidência integral do índice

inflacionário, em razão do que é devida a inclusão de dez pontos percentuais no IRSM de janeiro de 1994.

- O mencionado diploma legal, que modificou padrão monetário nacional e estabeleceu as regras e critérios para a conversão das obrigações da antiga moeda em URV, é norma jurídica de ordem pública, de eficácia imediata e geral, impondo a aplicação do IRSM de fevereiro de 1994.
- Recurso Especial conhecido e provido.

(STJ, Min. Vicente Leal, RESp nº 176913-SP, 6ª Turma, in DJ I de 28/09/98, pg. 150)

“Previdenciário. Revisão de benefício. Conversão dos benefícios em URV em março/94. L. 8880/94, art. 20, inc. I.

O Plenário do TRF/4ª Turma declarou inconstitucional a expressão “nominal” contida no art. 20, inc. I da L. 8880/94 (AIAC 97.04.32540-1), por violação aos princípios da manutenção do valor real dos benefícios e do direito adquirido. Portanto, a conversão em URV em março/94 deve Ter por base o valor dos benefícios em novembro e dezembro/93 e janeiro e fevereiro/94 plenamente recompostos pelo índice legal. Apelação e remessa oficial providas em parte.”

(TRF-4ª Região, Juiz João Surreaux Chagas, 6ª Turma, AC 98.04.01098-4/RS, in DJ II de 12/05/99)

As perdas são inegáveis mas o percentual aplicável efetivamente não é o mesmo para todo e qualquer benefício, conforme já vimos acima eis que temos de considerar a data de início do benefício.

Outro aspecto a ser considerado é também a espécie de benefício. Assiste em parte razão ao INSS quando lembra que nem todo benefício de prestação continuada tem o seu *reajustamento* regido pelos índices específicos da legislação previdenciária. A saber:

- I. salário maternidade – corresponde, a grosso modo falando, à remuneração da segurada na ativa;
- II. salário família – é um valor fixo determinado por lei e aplicado em cotas na razão do número de filhos do segurado;
- III. benefícios fixados no piso constitucional (um salário mínimo) – obviamente seu valor sempre acompanhará o valor do salário mínimo;

- IV. benefícios de ex-combatentes e anistiados políticos – estes segurados gozam de um tratamento especial em que o benefício previdenciário deve sempre acompanhar o valor do salário percebido pelo ocupante de cargo correspondente na ativa. O financiamento destes benefícios por outro lado está a cargo do Tesouro Nacional e não do orçamento da Previdência.
- V. Benefícios de ex-ferroviários e segurados originários do quadro de servidores do Regime Jurídico Único – estes segurados recebem um benefício total dividido em duas parcelas. A parcela básica corresponde ao benefício do regime comum previdenciário e está sujeita às regras gerais de reajustamento. Há uma parcela complementar, variável, que visa a alcançar o valor do salário do ocupante do cargo correspondente na ativa e que fica a cargo do Tesouro Nacional.

Entretanto, esquece-se o INSS que a ação não está discutindo perdas ocasionadas por um reajustamento geral dos benefícios e sim por um **“instrumento temporário para se realizar uma transição dentro de um plano de estabilização monetária”** (fls. 332) e a este instrumento submeteram-se todos os benefícios. Parte desses benefícios devem ter suas perdas consideradas em relação ao último reajuste geral sofrido. A outra parte deverá ter sua perda considerada em face da utilização do valor nominal na média aritmética dos benefícios considerados, sem incluir a defasagem desses fatores em face do IRSM. Certo é que o princípio da irredutibilidade dos benefícios e manutenção do valor real é aplicável a todos benefícios, independentemente de sua espécie.

Assim, merece ser em parte acolhido o pedido formulado para condenar o INSS a rever o valor dos benefícios existentes até fevereiro de 1994, repondo sobre o valor do benefício pago neste mês as perdas sofridas em percentuais diferenciados conforme a data de início apontados na tabela do item C *supra*. Com relação aos benefícios de disciplina de reajustamento específico existentes até fevereiro de 1994, que não houverem sido reajustados em setembro de 1993 conforme a sistemática genérica, a conversão também deverá ser revista com base na média aritmética dos benefícios pagos em novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994 previamente atualizados conforme a variação integral do IRSM, e não por seus valores nominais. O INSS deverá ainda pagar as diferenças oriundas da revisão, corrigidas monetariamente desde cada vencimento conforme a variação integral do IPC/INPC, acrescidas de juros de mora de 6% ao ano contados da data da citação, bem como pagar os honorários periciais fixados.

DA LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DO JULGADO

Com relação à liquidação da obrigação de dar (pagamento das diferenças), há que se fazer ressalva. Considerando que a presente ação versa sobre revisão de benefícios que constituem direitos individuais homogêneos, bem como considerando grande número de beneficiários atingidos e as peculiaridades que devem ser observadas quando do cálculo das diferenças, conforme ressaltamos no curso da fundamentação (data de início do benefício, espécie de benefício etc. ...), cada segurado por si deverá promover a liquidação e execução do ressarcimento que lhe é devido (valores atrasados, apenas). Para tanto deverá extrair cópia do título executivo definitivo e certidão de trânsito em julgado e distribuir a ação livremente a qualquer juízo com competência para a matéria previdenciária e não por dependência à 31ª Vara Federal.

Esta determinação está de acordo com decisões recentes bem como com a doutrina mais seleta, como ressalta o ilustre e já mencionado **LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO**:

"Fixada que seja a obrigação geral, os milhares, ou milhões, de interessados deverão provar, em processos individuais, que possuem o direito em tese reconhecido. A plena efetividade desse sistema reclama invidiosamente a competência centralizada para o julgamento da ação coletiva, mas a disseminação da competência para as ações de liquidação individual da sentença, sob pena de ser irremediavelmente desperdiçada a tutela coletiva, pelo congestionamento dos feitos individuais. ...

Nenhum órgão do Poder Judiciário suporta uma sobrecarga exclusiva de trabalho consubstanciada em milhares de processos...

Por outro lado, não se poderia considerar absoluto o chamado "princípio da vinculação" adotado pelo art. 575 do CPC, e por mais de um motivo....

Admite-se, portanto, que a regra do art. 575 (de competência absoluta), cede à norma do art. 100, inc. II (de competência relativa), ambas do CPC, e não se reconhece qualquer prorrogação de competência, mas simplesmente que o foro do domicílio do alimentando é o *competente* para a execução de alimentos. ...

Em se tratando, por conseguinte, de ações coletivas estranhas ao direito do consumidor, a competência para as ações de liquidação individual da sentença genérica deverá ser fixada pela aplicação normal das mesmas regras processuais, previstas no

Código de Processo Civil ou em leis extravagantes, que definiriam a competência para a ação individual que poderia ter sido proposta pelo interessado, ou, para usar de fórmula já constante do ordenamento, em caso de sentença coletiva, a liquidação processar-se-á perante o juízo cível competente." (op. cit. pgs. 190/194).

Isto posto, **INDEFIRO O INGRESSO COMO LITISCONSORTE ATIVO** de REGINALDO CASTANHEIRA eis que seu benefício iniciou-se em julho de 1995 não possuindo, portanto, legitimidade ativa *ad causam* para integrar lide em que se discute revisão de benefícios iniciados até fevereiro de 1994. **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO**, para condenar o INSS a rever de imediato a conversão em URV efetuada em março de 1994 e rever o valor dos benefícios existentes até fevereiro de 1994, repondo sobre o valor da prestação paga neste mês as perdas sofridas em percentuais diferenciados conforme a data de início e apontados na **tabela do item C** da fundamentação *supra* que passa a integrar este dispositivo. Com relação aos benefícios de disciplina de reajustamento específica existentes até fevereiro de 1994 (aqueles que não houverem sido reajustados em setembro de 1993 conforme a sistemática geral) a conversão também deverá ser revista mas simplesmente com base na média aritmética dos benefícios pagos em novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, previamente atualizados conforme a variação integral do IRSM, e não por seus valores nominais. O INSS deverá ainda pagar além dos honorários periciais fixados, as diferenças oriundas da revisão, corrigidas monetariamente desde cada vencimento conforme a variação integral do IPC/INPC, acrescidas de juros de mora de 6% ao ano contados da data da citação, diferenças estas a serem liquidadas individualmente por cada beneficiário em **ações de liquidação** individuais a serem **livremente distribuídas**, onde deverá apresentar o título executivo e a carta de concessão do benefício com a qual comprovará sua condição de beneficiário à data da conversão.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P. R. I. Oficie-se às Gerências-Executivas do Estado do Rio de Janeiro para imediato cumprimento da decisão mandamental e revisão automática do valor atual de benefícios atingidos no prazo de 48 horas. Expeça-se edital para ciência dos interessados.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2001.

MARIA AMÉLIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO

Juíza Federal

NOTAS

1. "Direito previdenciário – aspectos materiais, processuais e penais", 2ª ed. Ed. Livraria do Advogado, pg. 194.
2. *in* "O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira", Ed. Renovar, 1990, pg. 77.
3. *in* Clèmerson Merlin Clève, "A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro", Ed. RT, 1995, pg. 42.
4. Francisco Campos entende que a norma declarada inconstitucional é inexistente e não nula.
5. V. Clèmerson Clève, *op. cit.*, pg. 230.
6. *in* "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, Mandado de Injunção e *habeas data*", 13ª ed. Ed. RT, pg. 135.
7. *in* "Poderes Instrutórios do Juiz", 2ª ed. Ed. RT, pg. 20.
8. *in* "O Judiciário e a Constituição", artigo do professor Galeno de Lacerda ("O juiz e a Justiça no Brasil"), Ed. Saraiva, 1994, pg. 129.
9. *in* "Jurisdição e Competência", 7ª edição, Ed. Saraiva, pgs. 16/17.

Processo: 2000.5101021832-2
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC: MARIA HELENA C. N. DE PAULA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
PROC: CARLOS ALEXANDRE DE CASTRÔ MENDONÇA
Juíza: MARIA ALICE PAIM LYARD

SENTENÇA

Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de tutela antecipada, promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS com o objetivo de que sejam declarados ilegais o artigo 62, § 6º, do Decreto nº 3.048/99, o item 8.2 da Ordem de Serviço nº 590 e o caput da Portaria nº 4273/97, com a condenação do INSS a dar regular processamento aos benefícios requeridos por todos os integrantes do grupo familiar, trabalhadores rurais, possibilitando-lhes a comprovação do exercício da atividade rural através dos documentos mencionados no parágrafo único do artigo 106 da Lei 8213/91, em especial aqueles referidos nos incisos II, IV e V, ainda que tais documentos não lhes façam referência expressa, bem como as especificações contidas nos artigos 60 de 62 do Decreto 3048/99.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 20/48.

A contestação do INSS foi anexada às fls. 58/74, tendo a autarquia sustentado, em síntese, a ilegitimidade do MPF, a impropriedade da via eleita e, no mérito, a improcedência do pedido.

Às fls. 76/82, decisão deferindo a antecipação da tutela.

Às fls. 87/96, cópia do Agravo de Instrumento interposto contra a decisão de fls. 76/82.

Réplica às fls. 100/111.

Em provas, as partes nada requereram.

É o relatório. DECIDO.

De início cabe ressaltar que o pleito em questão objetiva o afastamento de atos normativos que obstam o exercício de direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal e pela Lei de Benefícios da Previdência Social, Lei 8213/91, àqueles que laboram sob regime de eco-

nomia familiar, atos estes que impõem a apresentação de documentos comprobatórios de tempo de serviço rural que façam referência expressa ao requerente do benefício, em detrimento da garantia do devido processo legal e do direito de produção de provas para garantia dos direitos.

Sustenta a autarquia que a hipótese em questão não trata de direitos individuais homogêneos, enfocando, ademais, direitos disponíveis que não reclamam tutela coletiva.

A legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública constitui uma de suas funções institucionais. Nos termos do artigo 129, III, da CF/88 incumbe-lhe promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa dos interesses coletivos e difusos. Tal mandamento se completa com o do art. 129, § 1º, nos termos do qual a legitimação do MP para as ações civis não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, conforme o disposto na Constituição e na lei.

Nos termos do artigo 25, IV, Lei n.º 8625 de 12.2.93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a ação civil pública será ajuizada:

- 1) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.
- 2) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

A Lei Complementar nº 75 de 29.5.93, também contemplou a ação civil pública, conferindo, à instituição, legitimidade para propor a ação civil pública para:

- 1) a proteção de direitos constitucionais;
- 2) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- 3) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;
- 4) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

O artigo 129, III, da CF/88 dispõe que é atribuição do Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Os interesses coletivos e difusos são interesses sociais e, portanto, indisponíveis. Sociais porque atingem parcelas grupais da sociedade e indisponíveis porque não são suscetíveis de disponibilidade pelo grupo social ou por seus integrantes.

Se, por um lado, os direitos coletivos e difusos são sociais e indisponíveis, o mesmo não ocorre com os interesses individuais homogêneos, os quais não integram a categoria dos interesses transindividuais, uma vez que permitem a exata identificação da parcela do direito geral que pertence a cada um dos integrantes do grupo.

Quanto à atuação do MP na defesa de interesses individuais homogêneos, a matéria vem sendo objeto de divergências entre os estudiosos e nos próprios Tribunais.

Existe uma corrente, com apoio jurisprudencial, à qual me filio, que sustenta a legitimidade do MP para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, desde que configurado o interesse social relevante.

A esse respeito, transcrevo a seguir ementa de acórdão prolatado no julgamento do Recurso Especial nº 58.682, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 08.10.96:

"LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANOS CAUSADOS AOS TRABALHADORES NAS MINAS DE MORRO VELHO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que haja configurado interesse social relevante.

A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público.

Recurso especial conhecido e provido.

O E. STF, por sua vez, já se manifestou, por ocasião do julgamento do RE nº 163.231-1-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo STF de 12.3.97, p. 3, admitindo a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública com vistas à defesa dos interesses de

uma coletividade, sendo que a ação versava sobre interesses de alunos de um colégio. Tal precedente vem sendo acatado no âmbito do STF (RE nº 190.976-5-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 6.2.98, p. 26-e). Em ambos os casos, o e. STF entendeu que sendo a educação “amparada constitucionalmente como dever do estado é obrigação do todos (CF art. 205), conseqüentemente, estaria o MP investido de legitimidade ad causam, por se tratar de interesses coletivos.

Na hipótese dos autos, da leitura dos fatos narrados, ressalta clara a existência de interesses individuais homogêneos de que são titulares cidadãos-trabalhadores rurais – pessoas ligadas por uma mesma situação de fato, qual seja, a impossibilidade de comprovação do tempo trabalhado em regime de economia familiar. De um mesmo fato se originam seus respectivos interesses que, como individuais e homogêneos, não deixam de ser coletivos.

Ainda que se trate de direitos disponíveis, é evidente a legitimidade do MPF, eis que a questão em debate se reveste de nítido e relevante interesse social a justificar a sua atuação na busca de uma solução, aproveitando em maior ou menos grau à coletividade.

A legislação previdenciária de hoje não mais discrimina o trabalhador rural, sendo inadmissível, atualmente, qualquer diferença de tratamento entre trabalhadores urbanos e rurais. Observada a isonomia de direitos estabelecida na Constituição Federal, o legislador ordinário estipulou que as prestações previdenciárias (benefícios e serviços) são devidas aos trabalhadores urbanos e rurais, sem distinção.

O aspecto social da demanda é realçado quando se constata que, com o advento das Leis 8212/91 e 8213/91, que formalizaram os planos de Custeio e Benefícios, atingindo toda a sociedade brasileira, foi abrangido o homem do campo, quer ele seja trabalhador ou empregador, proprietário rural ou não, até então protegido por sistemas previdenciários que mais se assemelhavam a tentativas de ações de assistência social.

O MPF tem, pois, legitimidade para propor a presente ação.

No mérito, a Constituição Federal assegura às populações urbanas e rurais a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços, dispondo o artigo 201, § 9º, que:

“Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei”.

A Lei nº 8213/91, em seu artigo 11, inciso VII, reconhece como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com auxílio eventual de terceiros, assim como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de quatorze anos ou a eles equiparados, uma vez que trabalhem com o grupo familiar respectivo.

O § 1º do artigo 11 referido define o regime de economia familiar como aquele em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados.

O benefício de aposentadoria, uma vez comprovado o regime de trabalho em questão, há que se estender a todos os membros da família, uma vez que é executado mediante mútua colaboração e dependência dos membros daquele grupo.

Apesar de os dispositivos legais referidos assegurarem, aos membros da família que trabalham em regime de economia familiar, o direito ao benefício de aposentadoria, a Ordem de Serviço 590/97, em seu item 8.2, a Portaria MPAS nº 4273/97, em seu artigo 24, caput, e o Regulamento dos Benefícios, Decreto nº 3048/99, em seu artigo 62, § 6º, criaram óbices intransponíveis à obtenção do benefício em questão por estas pessoas, na medida em que impediu que as mesmas comprovem o exercício de atividade rural através dos documentos previstos na legislação em vigor (artigo 106 da Lei 8213/91).

Com efeito, a partir da edição da Portaria MPAS 4273 de 12/12/97 e da Ordem de Serviço nº 590 de 18/12/97, o INSS vem estabelecendo diferenças injustificadas, para a comprovação do tempo de serviço do rurícola que trabalha em regime de economia familiar.

Nos termos do item 8.2 da Ordem de Serviço nº 590/97, para fins de comprovação de tempo de serviço, é necessária a apresentação de documentos, que estejam em nome do próprio requerente, permitindo a comprovação da atividade rural apenas pelo titular do contrato, pessoa referida no documento, no caso, por exemplo, de existir um contrato de parceria, de arrendamento ou comodato rural. Aos filhos e à esposa, ou companheira, do titular do contrato torna-se praticamente impossível a comprovação de tempo de trabalho em regime de economia familiar. O que poderia ser um indício de prova material de tempo exercido em atividade rural para os demais entes da família, não é admitido pelo órgão previdenciário. Ressalte-se que o item 1.1 da Ordem de Serviço em questão enumera os documentos comprobatórios do tempo de serviço em regi-

me de economia familiar, dentre os quais, os contratos de parceria, arrendamento ou comodato rural, ou, ainda, cadastro no INCRA, mas o item 8.2 da mesma só considera comprovado o tempo da pessoa referida no documento, excluindo os demais familiares.

O Decreto nº 3048/99 corroborou, em seu artigo 62, § 6º, a absurda exigência da apresentação de documentos emitidos em nome do próprio requerente, para fins de comprovação de tempo de serviço em regime de economia familiar, obstando o exercício, por estas pessoas, do direito à aposentadoria que lhes é constitucionalmente assegurado, obstando-lhes a produção da prova de seu direito, ferindo o princípio constitucional da igualdade.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, confirmando a tutela anteriormente deferida, para que o INSS dê regular processamento aos benefícios requeridos por todos os integrantes do grupo familiar, possibilitando-lhes a comprovação do exercício da atividade rural, através dos documentos mencionados no artigo 106 da Lei nº 8213/91, em especial aqueles referidos nos incisos II, IV e V, ainda que tais documentos não lhes façam referência expressa, bem como as especificações contidas nos artigos 60 e 62 do Decreto nº 3048/99, abstendo-se de aplicar § 6º do artigo 62 do Decreto 3048/99, o artigo 24, caput e parágrafo único da Portaria 4273/97 e o item 8.2 da Ordem de Serviço nº 590/97.

A presente sentença goza de eficácia erga omnes, nos limites da jurisdição do Juízo (art. 16 da LACP, com redação dada pela Lei nº 9494/97).

Condene o INSS a pagar honorários advocatícios de 5% do valor atualizado da causa.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 13 de março de 2001.

MARIA ALICE PAIM LYARD

Juíza Federal da 38ª Vara Federal

EMENTA: URV – BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS**AÇÃO ORDINÁRIA****39ª VARA FEDERAL**

Processo: 98.0021663-4
Autora: DAMIANA JUVÊNCIO DE OLIVEIRA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
Juíza Federal Substituta: DRA. ISABEL LONGUINHO BATISTA DE SOUZA

SENTENÇA

DAMIANA JUVÊNCIO DE OLIVEIRA propôs a presente Ação Ordinária em face do **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**, objetivando a incidência de 81,02 (oitenta e um vírgula dois Unidades Real de Valor) por salário mínimo ou fração, sobre o valor de seus benefícios, considerando como valor do mesmo o salário mínimo de setembro de 1993, decorrente da perda provocada durante a vigência da Lei n.º 8.700/93; bem como a incidência de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento) aos seus proventos, do período de fevereiro a junho de 1994, considerando a diferença de reajuste pelo IRSM (Índice de Reajuste do Salário Mínimo) e INPC (Índice Nacional de Preço ao Consumidor).

Com a inicial vieram a procuração e documentos.

Sustenta que tem seus benefícios defasados progressivamente pela aplicação incorreta, por parte do Instituto-Réu, dos índices estabelecidos pelo Governo Federal para a correção dos seus proventos. Aduz que a Lei n.º 8.700/93 acarretou expurgo considerável na revisão do salário mínimo, e também nos benefícios em manutenção, correspondente a 81,02 URV, e que tal expurgo seria compensado com o FAS (Fator de Atualização Salarial) no final do quadrimestre. Segunda alega, tal compensação não teria ocorrido e ainda houve perdas no poder aquisitivo gerada pela Medida Provisória do Real, que desconsiderou o índice de 39,67%, de fevereiro de 1994.

Em sua contestação, o Réu sustenta, em síntese, a inexistência de direito adquirido à incorporação dos índices de 81,92% e 39,67% aos salários, vencimentos, proventos, soldos e pensões; e que os honorários

advocatícios pleiteados são excessivos. Argüiu a Autarquia, ao final, a prescrição quinquenal das prestações vencidas, a teor do disposto no art. 1º, do Decreto n.º 20.910/32, e art. 2º, do Decreto-Lei n.º 4.597/42. Pede ainda a compensação dos valores pagos administrativamente, devidamente corrigidos, na hipótese de execução do julgado, na forma do Provimento n.º 43/94, do TRF da 2ª Região.

Em réplica, a Autora deduziu as alegações expostas na inicial.

Em provas, nada requerido.

É o relatório.

DECIDO.

Em se tratando a questão em exame, de matéria unicamente de direito, julgo antecipadamente a lide, na forma do art. 330, I, do CPC.

PRELIMINARMENTE.

Da prescrição quinquenal.

A prescrição em matéria de benefícios previdenciários rege-se pelo art. 103, parágrafo único, da Lei n.º 8.213/91, acrescentado pela Lei n.º 9.528/97, *in verbis*:

"Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social ..."

É assente na jurisprudência que a prescrição atinge apenas as parcelas referentes ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, restando intacto o fundo de direito.

Assim, acolho a preliminar de prescrição quinquenal, apenas em relação às parcelas vencidas, anteriores ao quinquênio legal.

MÉRITO.

1) Da sistemática de reajustamento adotada pela Lei n.º 8.542/92.

Com o advento da Lei 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, em especial, seu artigo 41, II, o reajustamento dos valores de benefícios passou a ser feito com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo fosse alterado.

Entretanto, o dispositivo em comento foi expressamente revogado pelo art. 12, da Lei n.º 8.542, de 23 de dezembro de 1992, que dispôs sobre a Política Nacional de Salários.

A nova lei, em seu art. 2º, manteve o índice de Reajuste do Salário Mínimo (IRSM), calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para refletir a variação mensal do custo de vida para as famílias com renda até dois salários mínimos.

Assegurou aos trabalhadores em geral o reajuste quadrimestral da parcela salarial até seis salários mínimos, pela aplicação do FAS, Fator de Atualização Salarial, calculado nos termos expressos no art. 3º, da Lei.

Quanto aos benefícios previdenciários previu o critério de reajustamento em seu art. 9º, com redação dada pela Lei 8.700, de 27 de agosto de 1993, *in verbis*:

“Os benefícios de prestação continuada da Previdência Social serão reajustados nos seguintes termos:

I – no mês de setembro de 1993, pela variação acumulada do IRSM do quadrimestre anterior, deduzidas as antecipações concedidas nos termos desta Lei.

II – nos meses de janeiro, maio e setembro, pela aplicação do FAS, a partir de janeiro de 1994, deduzidas as antecipações concedidas nos termos desta Lei.

§ 1º São asseguradas ainda aos benefícios de prestação continuada da Previdência Social, a partir de agosto de 1993, inclusive, antecipações em percentual correspondente à parte da variação do IRSM que exceder a 10 (dez por cento) no mês anterior ao de sua concessão, nos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro”.

A mecânica de reajustamento passou a ser quadrimestral, mas com antecipações mensais (nos meses não coincidentes ao do reajustamento), correspondentes ao percentual excedente a 10% (dez por cento) do IRSM do mês anterior. Ao final do quadrimestre, o índice integral era repassado, descontadas as antecipações concedidas.

Apenas para exemplificar, no mês de fevereiro, o benefício sofria um reajuste antecipado equivalente ao que excedesse a 10% do FAS de janeiro; em março, um reajuste antecipado do que excedesse em 10% do IRSM de fevereiro e assim sucessivamente, em todos os meses mencionados no § 1º, art. 9º.

Ao final do quadrimestre, ou seja, nos meses de janeiro, maio e setembro incidia o reajustamento pela aplicação do índice integral do FAS, cujo cálculo se baseava nos IRSMs acumulados no quadrimestre (art. 3º,

da Lei), com o desconto das antecipações concedidas nos meses de que trata o § 1º, da Lei, como mencionei acima.

Note-se que o fato de o § 1º, do art. 9º, da Lei n.º 8.542/92, permitir antecipações mensais do IRSM, com redutor de 10%, não implicou que o reajustamento deixasse de ser integral, pois, no final do quadrimestre, era repassado o índice integral, com desconto dos valores antecipados. Assim, os expurgos de 10% eram repassados ao final do quadrimestre, recompondo o valor dos benefícios, cumprindo-se, desta forma, o comando constitucional do art. 201, § 4º, da Constituição.

O art. 201, § 4º, da CR/88, preconiza que os critérios de reajustamento são definidos em lei. Não tendo a Lei n.º 8.700/93 causado perda no valor dos benefícios previdenciários, em face de sua sistemática, aplica-se aos benefícios em manutenção, cabendo aqui invocar a jurisprudência do STJ no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Não tem a Autora o direito à aplicação do índice legal anterior para o reajustamento de seu benefício.

Neste sentido, já se manifestou o **Egrégio Superior Tribunal de Justiça**, por sua 6ª Turma, ao conhecer do **RESP n.º 170307-SP**, tendo como **Relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro**:

"RESP – CONSTITUCIONAL – PREVIDENCIÁRIO – BENEFÍCIO – VALOR REAL

O art. 201, § 2º, da Constituição da República assegurou o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real. Todavia, 'conforme critérios definidos em lei'. A Lei 8.213/91 definiu o índice de correção, isto é, o INPC até a edição da Lei n.º 8.542/92, que determinou a correção pelo IRSM".

E ainda:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – REAJUSTE – LEI N. 8.700/93 – INEXISTÊNCIA DE REDUTOR – ANTECIPAÇÃO – COMPENSAÇÃO NA DATA-BASE – CONSTITUCIONALIDADE...

1 – omissis

2 – O INSS não aplicou redutor no reajuste dos benefícios previdenciários, a partir de agosto de 1993, de vez que concedeu apenas antecipações de reajuste, em percentual correspon-

dente à variação do IRSM excedente a 10 % (dez por cento) no mês anterior ao deferimento da antecipação, a qual, na forma da Lei nº 8.700/93, deveria ser compensada na data-base (setembro, janeiro e maio), ocasião na qual seria acertado o resíduo do índice inflacionário, pelo IRSM ou pelo FAS, a ser aplicado aos benefícios previdenciários na data-base, tudo nos termos do art. 9º, da Lei nº 8.542/92, na redação da Lei nº 8.700/93.

3 – A sistemática de reajuste de benefícios introduzida pela Lei nº 8.700/93 é mais benéfica aos segurados e melhor atende aos princípios insertos nos arts. 194, parágrafo único, IV, e 201, 2º, da Constituição Federal, de vez que concedeu aquela lei, aos benefícios, antecipações de reajuste em meses nos quais sobre eles não incidia reajuste ou antecipação de reajuste, na sistemática anterior, ou seja, em fevereiro, abril, junho, agosto, outubro e dezembro.

4 a 6 – omissis (TRF 1ª Reg., 2ª. T., AC n.º 0140644-1, Rel. Juíza Assusete Magalhães, decisão publicada no DJU de 31/03/97).

2) Do princípio da preservação do valor real dos benefícios.

Dispõe o art. 201, § 4º, da Constituição da República, *in verbis*:

“É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

O legislador constituinte utilizou, na dicção da mencionada norma, um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo legislador infraconstitucional.

Assim, a preservação do valor real está necessariamente vinculada à escolha de índices pela legislação ordinária, que, dando efetividade ao comando da Carta Magna, reponham a perda de poder aquisitivo da moeda causada pela inflação, recompondo os benefícios dos segurados.

Essa regulamentação a cargo da legislação ordinária significa que não se pode admitir a substituição do índice adotado pelo Poder Legislativo para a correção dos benefícios, por outro que, a cargo do juiz, seria o mais apropriado, como o salário mínimo, sob pena de invasão na esfera de competência do Poder Legislativo.

No entanto, a afirmativa de que o conceito de valor real, expresso no art. 201, § 4º, da Constituição, é conceito relativo, ou conceito jurídico indeterminado, não confere, de forma alguma, verdadeiro cheque em bran-

co ao legislador infraconstitucional. Quando a Constituição se utiliza de conceitos abertos, impõe-se uma análise do texto de modo sistemático, de modo a identificar o conteúdo mínimo do direito que a Constituição pretende resguardar, conteúdo inviolável pela legislação ordinária que venha a efetivar o comando.

Neste sentido, cabe lembrar que a garantia constitucional da preservação do valor real, conferida aos benefícios previdenciários, representa um *plus* em relação à mera irredutibilidade de salários, prevista no art. 7º, VI, para os trabalhadores em geral, em atenção justamente à condição dos segurados da Previdência: afastados, em regra, do mercado de trabalho, têm como única fonte de sobrevivência o valor de seus benefícios.

Note-se que a hipótese não me parece se referir à inexistência de direito adquirido a um regime jurídico, na esteira do entendimento consagrado pelo **Egrégio Superior Tribunal de Justiça**. É certo que o legislador infraconstitucional possa estabelecer novo regime legal de reajustamento, e, a partir de então, a nova sistemática se imporá. Entretanto, lhe é vedado, sob pena de flagrante violação ao princípio insculpido no art. 201 mencionado, a incidência de uma nova regulamentação legal que ignore as perdas inflacionárias ocorridas e efetive verdadeiro expurgo no valor dos benefícios.

Neste sentido, transcrevo trecho da sentença sobre a matéria, da lavra da **Ex.^{ma} Dra. Fátima Maria Novelino Sequeira**, juíza da **37ª Vara Federal**, desta Seção Judiciária:

“Ademais, fosse cada juiz, segundo juízo individual de valor, optar por um ou outro índice ou critério de reajustamento, por julgá-lo o que melhor atende à finalidade de preservação do valor real, estar-se-ia avocando função legislativa e sem o requisito da generalidade, posto que dirigida a casos concretos, instaurando-se real crise de isonomia. Não se deve confundir, no entanto, a escolha de índice(s) – afeta à atuação legislativa, com a imposição de perdas, via expurgos, pela sua sucessiva alteração ou mudança de critério(s) de reajustamento – o que importaria em inconstitucionalidade, por não preservação do valor real até então expresso pelo critério legal anterior. Isto porque a não reposição de perdas inflacionárias, quanto a qualquer período, implica perda de ‘valor real’ (supressão de reajuste), qualquer que seja o índice referencial eleito pelo legislador”.

Com efeito, o que efetivou a Lei n.º 8.880/94 não foi a escolha de índices que melhor refletiriam a corrosão sofrida pelos benefícios previdenciários ao longo do período, mas, ao contrário, a lei ignorou as

perdas inflacionárias ocorridas, negando vigência ao expresso comando constitucional.

Assim, se a sistemática da Lei 8.700/93 é perfeitamente constitucional, o mesmo não ocorreu com o advento da Lei n.º 8.880, de 27 de maio de 1994, que dispôs sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional e instituiu a Unidade Real de Valor (URV).

Em março de 1994, com a Lei n.º 8.880/94, houve a conversão dos benefícios previdenciários ao novo padrão monetário. Para tanto, dispôs o art. 20 da Lei, *in verbis*:

“Os benefícios mantidos pela Previdência Social são convertidos em URV em 1º de março de 1994, observado o seguinte:

I – dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta Lei; e

II – extraindo-se a média aritmética dos valores resultante do inciso anterior”.

A lei, quando determinou a conversão para URV pela média dos valores nominais dos benefícios, desconsiderou parte da inflação ocorrida, e violou o art. 201, § 4º, da CR/88, por não preservar os valores reais dos benefícios.

Senão, vejamos.

Considerando a sistemática da quadrimestralidade da Lei n.º 8.542, com redação da Lei n.º 8.700, o IRSM de janeiro de 1994, equivalente a 40,25%, foi antecipado em fevereiro de 1994, em 30,25%. Então, em janeiro de 1994, houve um expurgo de 10%, que só seria recomposto em maio de 1994, mas não o foi, com o advento da nova legislação.

Da mesma forma, o IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%), seria antecipado em março em 29,67%, ficando o resíduo de 10% para o reajuste na data-base, no final do quadrimestre, ou seja, em maio. Ocorre que em primeiro de março foi feita a conversão, segundo os critérios do art. 20, I e II, da Lei n.º 8.880/94, o que significa dizer que o índice total de 39,67% foi totalmente desconsiderado pela nova legislação em vigor.

Assim, a consideração dos valores nominais em janeiro e fevereiro de 1994, nos termos do art. 20, da Lei n.º 8.880/94, desconsiderando,

em primeiro lugar, em janeiro, a variação integral do IRSM (40,25%) – que foi antecipada em fevereiro em apenas 30,25% – e, em segundo lugar, em fevereiro, o índice de 39,67%, violou o art. 201, § 4º, da Constituição da República.

A conversão deveria ter sido feita pelos valores integrais do mês de janeiro de 1994, quando computados os expurgos dos meses anteriores, ou ainda, optando-se pela conversão em março, esta poderia ser feita somente pelos valores integrais de janeiro de 1994, onde os benefícios de novembro e dezembro de 93 se encontravam recompostos, entendendo-se ainda a expressão integrais como a aplicação do IRSM integral de janeiro de 1994 (40,25%), somados ao valor do benefício com o IRSM integral de fevereiro de 1994 (39,67 %).

É certo que não cabe ao juiz a escolha do melhor critério de reajustamento, mas pode e deve dar a correta aplicação à lei que, gerando um expurgo no valor dos benefícios, não preservou o conteúdo mínimo do direito resguardado em sede constitucional.

Em outras palavras, ainda que o juiz não possa estabelecer o que efetivaria o preceito, ele pode afastar aquele que, às claras, não o preservou, ou ainda dar ao mesmo uma interpretação conforme à Constituição.

Assim, para preservar o comando constitucional do art. 201, § 4º, da CR/88, cumpre declarar a inconstitucionalidade da expressão valores **nominais** prevista no art. 20 da Lei 8.880/94, na esteira do entendimento firmado pelo Plenário do TRF da 4ª Região (*AINC n.º 970432540-1 RS, Ref. Juíza Maria de Fátima F. Labarrerre, julg. em 03/08/98*), o que faço apenas em relação aos meses de janeiro e fevereiro de 1994.

Ressalto, entretanto, que não cabe a aplicação da diferença de 10% (dez por cento) aos benefícios da Autora, referentes ao expurgo do FAS de janeiro de 1994, antecipado em apenas 30,25 em fevereiro de 1994, pois a aplicação do índice integral de janeiro de 1994 (40,25%) não foi objeto do pedido.

Além disso, só cabe a incidência do índice de 39,67% no mês de fevereiro de 1994, com reflexos nos meses posteriores, os quais limito a junho de 1994, em razão do pedido autoral.

Quanto aos valores de novembro e dezembro de 1993, também nominalmente considerados pela Lei n.º 8.880/94, entendo não haver inconstitucionalidade a ser sanada, posto que, quando do reajuste

quadrimestral de janeiro de 1994, os expurgos de 10 % (dez por cento) sofridos nestes meses foram recompostos, pois em janeiro de 1994, houve o reajuste quadrimestral.

Neste sentido:

PREVIDENCIÁRIO (...) – CONVERSÃO DO BENEFÍCIO EM URV. LEI – 8.880/94 (...)

1 a 3 – omissis.

4 – Para efeito de conversão dos benefícios previdenciários para a URV, na forma da Lei nº 8.880/94, deve ser observada a variação integral do IRSM em fevereiro de 1994, porquanto interrompida a sistemática de reajuste quadrimestral estabelecida pela Lei nº 8.542/92 e Lei 8.700/93, impedindo a reposição do valor correspondente aos 10% (dez por cento) a ser aplicado no final do primeiro quadrimestre de 1994. Quanto aos meses de novembro e dezembro de 1993, corretos os valores considerados para aquela conversão porquanto os resíduos de 10% (dez por cento) do período foram integralizados quando do reajuste quadrimestral em janeiro de 1994.

5 a 9 – omissis. (TRF 4ª Reg., 5ª T., AC n.º 0401049500-1, Rel. Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, decisão publicada no DJU de 10/03/99)

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO e CONDENO** o Instituto-Réu a:

- 1) **REAJUSTAR** os proventos percebidos pela Autora no mês de fevereiro de 1994, pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), com repercussão nos meses subseqüentes, até junho de 1994.
- 2) **PAGAR** as diferenças acumuladas a que faz jus, acrescidas de juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação, corrigidas monetariamente, desde a data em que eram devidas, de acordo com a Lei n.º 6.899/81, até a data do efetivo pagamento.

Em face da sucumbência recíproca, **CONDENO** o Instituto-Réu a **RESTITUIR** à Autora 50% das despesas processuais já pagas e a **PAGAR** honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação. **CONDENO** a Autora ao pagamento de honorários advocatícios ao Réu, no percentual de 10% sobre a diferença indeferida do pedido, compensando-se, nos termos do art. 21, do Código de Processo Civil.

Sentença sujeita a reexame obrigatório (art. 10, Lei 9.469/97).
P.R.I.

Rio de Janeiro, 07 de maio de 2001.

ISABEL CRISTINA LONGUINHO BATISTA DE SOUZA

Juíza Substituta em auxílio na 39ª Vara Federal

2ª VARA FEDERAL DE VOLTA REDONDA/RJ**MANDADO DE SEGURANÇA**

Processo: 2000.5104002701-4
Autor: HERMOGÊNIO FERNANDES CHAGAS JÚNIOR
Réu: CHEFE DO POSTO DO INSS – AGÊNCIA VOLTA REDONDA
Juiz Federal: DR. MANOEL ROLIM CAMPBELL PENNA

SENTENÇA ²

HERMOGÊNIO FERNANDES CHAGAS JÚNIOR, segurado da Previdência Social qualificado na inicial, impetra mandado de segurança contra o ato do Sr. **CHEFE DO POSTO DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – AGÊNCIA VOLTA REDONDA** que determinou a revisão da RMI da sua aposentadoria especial para um valor menor, assim reduzindo a sua remuneração mensal, de R\$ 908,85 para R\$ 768,14, e exigindo-lhe a restituição de quanto o INSS apurou que teria sido pago à maior ao Autor, mediante débitos de R\$ 230,44 nos pagamentos mensais da sua aposentadoria. **Esclarece** o Impetrante que buscou demonstrar, nas vias administrativas (processo nº 35334.002364/99-22), a incorreção da revisão procedida na sua RMI, pedindo ainda que cessassem os descontos mensais que se lhe impunham, no que não obteve êxito. **Portanto**, e ressaltando que a redução determinada em seus proventos fere seu direito adquirido e o devido processo legal, requer a concessão da segurança com três objetivos: para a cessação dos descontos feitos em seu benefício; para que se reconheça a ilegalidade da redução determinada em sua aposentadoria; e, para que se determine a devolução de todos os valores que lhe foram descontados indevidamente, com juros e correção monetária (fls. 02/06).

A petição inicial vem instruída com a procuração e cópias de relação dos seus salários-de-contribuição, de extrato trimestral (ago./set./out./98) do benefício, da CCB, e de memória de cálculo da concessão do benefício (fls. 07/21).

A decisão de fl. 22 determinou que o Impetrante comprovasse o disposto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, ao que ele alegou tratar-se de situação de trato sucessivo (fls. 23/24).

O exame da liminar foi diferido para após a vinda das informações do Impetrado (fl. 25).

O Impetrado prestou suas informações suscitando, preliminarmente, falta de interesse de agir porque não cabe postular, em mandado de segurança, a devolução das quantias descontadas anteriormente à impetração. **No mérito**, inicialmente, o Impetrado reconhece como verdadeiros os fatos alegados pelo Impetrante referentes ao valor original (\$ 118.739,08) e ao valor revisto (\$ 112.916,99) da sua RMI, bem como a quantia que se apurou ter-lhe sido paga a maior (R\$ 7.306,53) e os descontos mensais (R\$ 230,44) que vêm sendo feitos. **Ressalva**, porém, que, diversamente do que alega o Impetrante, sua RMI não foi inicialmente deferida pelo índice de 100% do seu salário-de-contribuição, mas sim pelo de 95%, na forma prevista no Decreto nº 83.080/79, vigente à época da concessão do benefício. **O que ocorreu**, diz o Impetrado, foi que, ao proceder à revisão do cálculo das RMIs de todos os benefícios previdenciários concedidos entre 10/88 e 04/91, conforme o determinado na Lei nº 8.213/91, o INSS errou ao calcular a nova RMI do beneficiário, pois aplicou o índice de 100% do salário-de-contribuição, ao invés do índice de 95%, dessa forma encontrando aquela RMI de \$ 118.739,08. **Aduz** que, ao ser detectado esse erro administrativo, reviu-se o cálculo da RMI da aposentadoria do Impetrante, então encontrando-se o valor correto de R\$ 112.916,99 e apurando-se o débito dele para com a Previdência Social no valor de R\$ 7.306,53, que vem sendo descontado em parcelas mensais, nos termos do art. 115, inc. II, da Lei nº 8.213/91. **Enfim**, ressalta que a revisão do processo de concessão e revisão da aposentadoria *sub judice* sempre obedeceu ao devido processo legal, tanto que o Impetrante interpôs recurso administrativo contra o ato ora atacado por via deste *mandamus* (fls. 28/34).

O M. Juízo intimou o Impetrado a apresentar cópia integral do processo administrativo pelo qual se deu a concessão e a revisão da aposentadoria do Impetrante (fls. 35/37), ao que o INSS, primeiro, apresentou documentos diversos dos requisitados (fls. 40/45). Determinada nova intimação do INSS (fl. 46), veio o Dr. Procurador Regional do Instituto informar que os autos do processo não foram encontrados (fls. 48/49). Atendendo a mais duas intimações para que apresentasse as cópias do processo administrativo (fls. 51/55), o INSS apresentou apenas impressos do seu sistema de informática acerca do benefício do Impetrado, ou seja, novamente documentos diversos dos requisitados (fls. 57/72 e 83/99). Determinou-se então a busca e apreensão do processo administrativo nos arquivos dos Postos do INSS em Volta Redonda e Barra Mansa (fl. 78), mas não se logrou encontrá-los (fls. 80/82 e 102/103).

A decisão de fls. 105/107 deferiu a liminar, determinando a restauração do valor da aposentadoria do Impetrante e a cessação dos descontos que se lhe impunham; decisão esta contra a qual o Impetrante interpôs agravo de instrumento (fls. 111/113).

O i. membro do MPF opinou pela concessão da segurança, nos termos do parecer de fls. 115/117.

Relatados, decido.

Preliminarmente, rejeito a impossibilidade do atendimento do 3º pedido, suscitada nas informações do Impetrado. Ainda que, realmente, o *mandamus* não possa substituir ação de cobrança, tratando-se, como *in casu*, de lesões sucessivas, que se renovam mensalmente a cada pagamento da aposentadoria do Impetrante, a concessão da segurança pode gerar efeito retroativo relativamente ao prazo decadencial de 120 dias. Nesse sentido, se concedida a segurança, é possível sim determinar-se, na via mandamental, a restituição de quantias descontadas antes da impetração, desde que respeitado aquele prazo decadencial. Assim, vez que este *writ* foi impetrado em 11.09.2000, seus efeitos financeiros retroagem até 11.05.2000.

Passando ao mérito, factualmente, observo que a documentação carreada aos autos pelo Impetrante demonstra a concessão da sua aposentadoria especial em 18.02.91 (fl. 13) e que, até setembro/98, vinha percebendo uma remuneração mensal de R\$ 908,85, a qual, a partir de outubro/98, foi reduzida para R\$ 758,14 e passou a sofrer um desconto de R\$ 230,44 (fl. 08).

Observo, ademais, que os autos do processo administrativo pelo qual se deu a concessão e as revisões da aposentadoria do Impetrante – aparentemente, até o momento – desapareceram dos arquivos do INSS...

De iure, inicialmente, cumpre recordar que a Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. LV, estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”. A ampla defesa é, assim, pressuposto e consectário do devido processo legal.

A Constituição determina, ainda, no *caput* do seu art. 37, que “a administração pública (...) obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (...)” (g. n.).

Também é certo que os atos administrativos revestem-se da presunção, *juris tantum*, de legitimidade, e que a Administração Pública tem o

dever-direito de revisar e anular seus próprios atos, “quando evitados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos” (STF – súmula nº 473).

Todavia, tratando-se da concessão de benefício previdenciário, ao procedimento administrativo respectivo (*due process of law*) concorrem atos do Administrado (o segurado da Previdência que almeja o benefício) e da Administração (o órgão previdenciário que analisa e concede o benefício), para que se atinja o resultado do reconhecimento de um direito (de receber o benefício previdenciário) que se incorpora ao patrimônio do Administrado.

Por isso é que, em preito ao **contraditório** e à **ampla defesa**, é essencial que se assegure a participação do segurado também em qualquer procedimento que vise a revisão dos parâmetros pelos quais foi concedido o seu benefício previdenciário. Nesse sentido vê-se a jurisprudência de nossos Tribunais:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. TRF. SÚMULA Nº 160.

I – Não pode a Administração rever seus próprios atos sem atender aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

II – Impossibilidade de suspender benefício já concedido, sem o contraditório e apuração em procedimento administrativo regular.

III – Restabelecimento com ressalva de cancelamento após regular processo administrativo”.

(TRF da 1ª Região – 2ª Turma – AMS nº 1997.010.00.42671-0/PI – Rel. Des. Fed. JIRAIR ARAM MEGUERIAN – unânime – DJ de 22.04.99, p. 78)

“ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - ART. 69 DA LEI Nº 8.212/91.

I – A Administração Pública tem o poder-dever de rever os atos que pratica, em obediência ao princípio da autotutela.

II – Há previsão legal implantando programa permanente de revisão da concessão de benefício da Previdência Social a fim de apurar irregularidade e falhas (art. 69 e §§ do Plano de Custeio - Lei nº 8.212/91).

III – Necessário, contudo, observar-se o devido processo legal administrativo, não podendo descuidar-se dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (...)

VI – Eivado de vício, o ato praticado pela autoridade impetrada deve ser cassado por essa via mandamental.

(...)"

(TRF da 2ª Região – 1ª Turma - AMS nº 99.02.07987-3-RJ – Rel. Des. Fed. NEY FONSECA – unânime - DJ de 05/10/1999)

No que tange ao princípio da **publicidade**, sem maiores digressões, para o caso concreto interessa que os atos administrativos têm de ser documentados, o que se dá em autos próprios, os quais devem ser preservados a fim de permitir, a qualquer momento e instância, aferir a regularidade de tais atos. Daí por que a existência do processo administrativo é mesmo um dos fundamentos da presunção – *juris tantum*, repita-se – de legitimidade dos atos administrativos.

Já o princípio da **eficiência**, inserto no texto constitucional (art. 37) pela EC nº 19/98, *in casu*, estaria a exigir que a Administração Pública atue com um mínimo de organização que lhe possibilite, quando menos, manter seus arquivos.

Nem isso, porém, deu-se no caso concreto, em que o processo administrativo não pôde ser localizado nos arquivos do INSS ...

Nesse contexto, apesar da coerência da tese exposta nas informações do Impetrado, nada há que lhe dê substrato fático, ficando severamente abaladas as presunções de legitimidade e de legalidade dos atos administrativos praticados em prejuízo da situação que se via estabelecida em favor do Impetrante. Tampouco se possibilita a apreciação, pelo Judiciário, da observância do devido processo legal administrativo – mesmo porque, nem processo há ...

Por tudo isso é que a i. Dra. Procuradora da República, em seu parecer de fls. 116/117, apropriadamente opina que:

“Em que pesem todos os argumentos da impetrada esta não logrou provar ter observado o princípio do devido processo legal.

O INSS quando concede um benefício traz para si a presunção de legitimidade de seus atos. Todavia após concedê-lo caso deseje mudar os termos da concessão deve respeitar o devido processo legal sob pena de ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa. No caso concreto, não se verificou tal procedimento, eis que o processo administrativo não foi anexado.

Vale ressaltar a total desídia e desrespeito por parte da autarquia-ré, uma vez que não obstante as inúmeras tentativas

do Colendo Juízo em buscar a realidade dos fatos através da análise do procedimento administrativo que efetivou o ato abusivo. A mesma permaneceu inerte, quando muito trazendo aos autos documentos esparsos sem referência alguma com o procedimento administrativo.

.....”
Tal como a redução da renda mensal do Impetrante, os descontos impostos sobre a remuneração mensal da aposentadoria não se sustentam à falta do processo administrativo que lhes confirme a regularidade da imposição.

Inobstante, **quanto aos descontos** realizados na aposentadoria do Impetrante, cumpre ainda ponderar e decidir o seguinte.

O Impetrado informou que tais descontos baseavam-se na autorização contida no art. 115, inc. II, da Lei nº 8.213/91, para o caso de “pagamento de benefício além do devido”. Todavia, o parágrafo único desse mesmo artigo ressalva que: “na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé”. Ou seja, a efetivação dos descontos dos valores indevidamente pagos a maior a título de benefícios previdenciários depende do que dispuser a respeito o decreto regulamentador da Lei nº 8.213/91.

A esse propósito, o **Decreto nº 3.048/99**, no seu **art. 154**, dispõe que “o Instituto Nacional do Seguro Social pode descontar da renda mensal do benefício: (...) II - pagamentos de benefícios além do devido, observado o disposto nos §§ 2º ao 5º; (...)”. Desses parágrafos, interessamos especialmente o 3º, *in verbis*:

“§ 3º Caso o débito seja originário de erro da previdência social, o segurado, usufruindo de benefício regularmente concedido, poderá devolver o valor de forma parcelada, atualizado nos moldes do art. 175, devendo cada parcela corresponder, no máximo, a trinta por cento do valor do benefício em manutenção, e ser descontado em número de meses necessários à liquidação do débito.” (grifos nossos)

A redação desse dispositivo regulamentar, se bem interpretada, é bem adequada.

Quer dizer, se nele se vir uma **faculdade do segurado** que, tendo recebido quantias a maior — frise-se — **por erro da Previdência Social**, pode optar por quitar seu débito mediante descontos, de no máximo 30%, sobre sua remuneração mensal, o dispositivo é justo e muito louvável.

Mesmo porque, não se pode olvidar que, em princípio, o Impetrado sempre recebeu de boa-fé as prestações mensais da sua aposentadoria, verbas de cunho alimentar, que lhe eram pagas pelo INSS.

Esse, pois, sem dúvida, o sentido mais lógico que se infere do emprego da expressão “ (...) o segurado (...) poderá (...)”, acima grifada.

Se, todavia, como faz o Impetrado, interpretar-se tal dispositivo como um poder do INSS de, mesmo sem a anuência do segurado, impor-lhe descontos mensais, de até 30%, sobre sua remuneração, por débito existente – frise-se mais uma vez – por erro da Previdência Social, a disposição é arbitrária e covarde e não pode subsistir em nosso Estado democrático de Direito.

De fato, a transitar nesse sentido o decreto teria desbordado violentamente de sua função meramente regulamentar para pretender conceder ao INSS o poder de, em seara administrativa, promover uma execução forçada que teria como garantia da cobrança o poder de administração que o INSS exerce sobre o benefício do segurado que, como se viu, é parte integrante de seu patrimônio.

Tal poder de promover execução forçada, entretanto, absolutamente não consta na lei regulamentada e é totalmente avesso ao processo legal devido na espécie.

Com efeito, se o segurado não optar por autorizar os descontos em seu contracheque mensal, como forma de quitar o débito derivado das quantias que, por culpa da própria Previdência Social, recebeu a maior a título de aposentadoria, o devido processo legal para o INSS recuperar o que pagou a mais por seu próprio erro é a via judicial da execução fiscal. Ação judicial. Nunca aquela “expropriação administrativa” inventada pelo INSS.

DISPOSITIVO

Ex positis, confirmando a liminar, **CONCEDO, EM PARTE, A SEGURANÇA** postulada, da seguinte forma. Julgo **PROCEDENTE O PRIMEIRO PEDIDO** do Impetrante, mandando cessar os descontos impostos pelo Impetrado sobre o seu benefício, à falta do devido processo legal que os legitime, reconhecendo ainda que tais descontos não podiam ter sido, nem poderão ser, consignados na remuneração mensal da sua aposentadoria senão com sua expressa autorização prévia. Julgo **PROCEDENTE O SEGUNDO PEDIDO** do Impetrante, reconhecendo a ilegalidade da redução determinada em sua aposentadoria, em virtude do desacato ao devido

processo legal e aos princípios da publicidade e da eficiência regentes da Administração Pública, portanto determinando ao Impetrado que restaure o valor mensal da sua aposentadoria para o equivalente atualizado a quanto se lhe pagava até setembro/98, assegurando-lhe, ainda, a manutenção dos reajustes legais sobre tal valor. Ressalvo, entretanto, o dever-poder do INSS de, mediante o competente procedimento administrativo, que seja documentado e preservado em autos de processo administrativo próprio, no qual se observem o contraditório e a ampla defesa, revêr a RMI e, por conseguinte, também o valor mensal do benefício do Impetrante. E, por fim, **JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, O TERCEIRO PEDIDO** do Impetrante, de que lhe sejam restituídos todos os valores descontados indevidamente do seu benefício, deferindo apenas que lhe sejam restituídos, com juros e correção monetária, os descontos indevidos que se efetuaram sobre sua aposentadoria a partir de 11.05.2000, ressalvado o seu direito de buscar, nas vias ordinárias, as outras parcelas a que entender ter direito. Sem custas, em face da gratuidade da Justiça deferida ao Impetrante e da isenção de que goza o Impetrado. Sem honorários advocatícios, nos termos dos verbetes nº 512 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e nº 105 da do Supremo Tribunal de Justiça.

Sentença sujeita ao reexame necessário, sem prejuízo de sua imediata execução (Lei nº 1.533/51, art. 12).

Oficie-se ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Relator do agravo de instrumento interposto perante o E. TRF da 2ª Região comunicando o teor desta sentença e que, s. m. j., aquele recurso terá perdido seu objeto.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se e officie-se.

Volta Redonda, 23 de maio de 2001.

MANOEL ROLIM CAMPBELL PENNA

Juiz Federal

CONCLUSÃO

Nesta data, faço estes autos conclusos ao
MM. JUIZ FEDERAL
DR. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2000.

Diretora de Secretaria

Processo: 2000.5101011413-9
Autora: MEIGE DE LIMA CAVALCANTE
Rés: UNIÃO FEDERAL E FRANCISCA CORREIA DE SOUZA
Juiz: Dr. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

SENTENÇA

I – VISTOS

1. **MEIGE DE LIMA CAVALCANTE**, qualificada à fl. 02, ajuizou ação ordinária em face da **UNIÃO FEDERAL e FRANCISCA CORRÊA DE SOUZA**, alegando, em síntese, que viveu maritalmente por mais de trinta anos com JAIME GEMINIANO DE SOUZA, casado, funcionário público federal aposentado do Ministério da Fazenda, sob o mesmo teto, com dependência econômica e sem separação até o falecimento do varão, ocorrido em 24 de dezembro de 1998. O falecido era separado de fato, tendo a autora como companheira desde o ano de 1966, coabitando sob o mesmo teto. Conviveu a Autora com o Sr. Jaime dentro dos princípios da união estável, com assistência carinhosa e afetiva. Através de Justificação realizada, a autora comprovou o período de convivência com o falecido, mas ao buscar a habilitação junto ao Ministério da Fazenda, a pensão foi negada, contrariando o direito da autora. Assim, requer a condenação da 1ª Ré a lhe pagar pensão por morte do

companheiro, desde a data do óbito, pagando as prestações em atraso com correção monetária e juros moratórios. Comprovante de recolhimento de custas à fl. 11. Juntou os documentos de fls. 12/79.

2. Decisão às fls. 81/81v antecipando a tutela.
 3. Cópia do Agravo de Instrumento interposto pela União (fls. 97/108).
 4. Regularmente citada, a União ofereceu contestação (fls. 114/117), alegando que o ex-servidor faleceu sem ter designado junto ao Ministério da Fazenda sua suposta "companheira". Argüi, também, a inadmissibilidade da pretensão autoral no que concerne ao pagamento das parcelas vencidas, pois a Administração Pública já efetuou, na época oportuna, o pagamento a quem de direito, a esposa do falecido. Assim, requer seja julgado improcedente o pedido inicial. Juntou os documentos de fls. 118/119.
 5. A Segunda Ré, regularmente citada, ofereceu contestação (fls. 129/132), alegando que o pedido esbarra em impedimento legal, que veda que o benefício decorrente da morte do funcionário público se estenda a um relacionamento amoroso, ainda que de longos anos. Assim, requer seja julgado improcedente o pedido.
 6. Réplicas às fls. 142/144 e 146/149.
 7. Manifestação da 2ª Ré e da Autora (fls. 151/152), apresentando acordo para homologação.
 8. Manifestação da União (fl. 156) invocando o interesse público que envolve a matéria, não havendo previsão legal que a autorize a transigir.
 9. Cópia de Decisão proferida em agravo de instrumento, deferindo efeito suspensivo (fls. 158/160).
- É o relatório.

II – DECIDO

10. A matéria em debate na presente causa diz respeito à existência ou não do direito à pensão em favor de suposta companheira do falecido, que tinha o estado civil de casado, mas encontrava-se separado de fato de sua ex-esposa Francisca.

11. Algumas ponderações merecem ser feitas. O companheirismo, ou "união estável" (na terminologia adotada pelo legislador constituinte) é a união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d'almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável.
12. Objetivando analisar a questão litigiosa, surge a primeira indagação, concernente à viabilidade de, nos autos de ação de outra natureza que não ação prejudicial, ser possível o reconhecimento da união informal, mormente diante de outros reflexos:

"Diante da peculiaridade do companheirismo, a questão probatória se reveste de vultuosa importância para o reconhecimento do instituto, e a conseqüente irradiação dos efeitos próprios de tal espécie de família. Assim, diferentemente do casamento que é demonstrado pela certidão respectiva, inexistente um documento formal que comprove a existência da relação fundada no companheirismo, razão pela qual há de se admitir todo e qualquer meio de prova admitido em direito, tal como ocorre em relação às situações fáticas que irradiaram efeitos jurídicos, como por exemplo, o usucapião. No entanto, a doutrina dá maior realce a alguns meios de prova específicos para demonstração do companheirismo, que serão objeto de abordagem neste tópico.

J. FRANKLIN ALVES FELIPE, ao comentar o disposto na Lei nº 8.971/94, sustenta que *"seria de todo conveniente que o legislador houvesse enfrentado a questão da prova da união concubinária e, inclusive, da possibilidade da averbação da existência dessa no registro civil. Mas não fez"*.¹ Acerca da questão da prova do companheirismo, interessante questão se verifica na enumeração feita pelo Decreto nº 611/92, em seu artigo 20², que cuida dos documentos comprobatórios da "união estável", para efeito de verificação da existência da relação, possibilitando aferir a condição de dependente do segurado, sendo que o § 1º, do mesmo dispositivo, expressamente estipula que certos documentos expressamente elencados *"constituem, por si sós, prova bastante e suficiente, devendo os demais ser considerados em conjunto, no mínimo de 3 (três), corroborados, quando foi o caso, mediante Justificação Administrativa"*.

Como se sabe, doutrinariamente, três são os sistemas mundialmente conhecidos em matéria de prova: o legal, o da livre convicção e o da persuasão racional³, sendo que o sistema do tarifamento legal da prova encontra-se totalmente superado. Segundo o primeiro sistema, a própria norma estabelece um tarifamento, ou valoração, a ser atribuído às provas, sendo que o resultado é automático, funcionando o aplicador da norma como um autômato. Consoante o segundo sistema, o que prevalece é a íntima convicção do aplicador da norma, sendo livre para investigar a verdade e apreciar as provas sem qualquer pré-valorização pela lei, e também não necessitando motivar o resultado do trabalho realizado. Finalmente, no sistema da persuasão racional, adotado expressamente no artigo 131, do Código de Processo Civil, o julgador deve basear a sua apreciação do caso em elementos de convicção existentes nos autos, indicando-os para fim de verificar a operação lógica e mental por ele realizada no julgamento proferido.

Verifica-se, pois, que a prévia previsão legislativa acerca dos “únicos” meios de prova considerados para demonstrar o companheirismo, bem como a atribuição de importância maior a um documento do que a outro, para fins de aferição da existência ou não da situação fática irradiadora de efeitos jurídicos, não pode ser aceita no sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, não estando conforme a legislação atual o tarifamento da prova, motivo pelo qual o regulamento previdenciário somente deve ser considerado a título ilustrativo, mas nunca como modelo ou única fonte para a aferição da existência ou não do companheirismo em determinada relação fática.

A prova testemunhal, em se tratando de situação informal, é de suma relevância no campo probatório em matéria de companheirismo⁴ e, evidentemente, deve ser norteadada dentro das avaliações próprias de situações familiares, devendo assim ser aceito o depoimento de parentes, e outras pessoas impedidas, nos moldes previstos no artigo 405, § 2º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Outro meio de prova importante é a prova documental. A doutrina cita o casamento religioso, sem efeitos civis, demonstrado pelo documento respectivo da autoridade eclesiástica como sendo caso típico de prova documental passível de ser produzida⁵. Também, são lembrados os seguintes documentos ou situações

que servem de prova do companheirismo: a) indicação do companheiro como dependente no imposto de renda⁶; b) documento público ou particular reconhecendo o companheirismo⁷; c) troca de correspondências, fotografias do casal⁸; d) averbação do patronímico do companheiro no Registro Civil de Pessoas Naturais⁹; e) seguro de vida, seguro-saúde, viagens de lazer¹⁰; f) acordo extrajudicial com a fixação de pensão alimentícia¹¹; g) pacto anteconcubinário previsto na Lei nº 9.278/96¹²; h) disposição testamentária¹³.

Com efeito, é importante notar que todas as espécies de documentos ou situações elencadas acima devem ser confrontadas com outros meios de prova, inclusive a testemunhal para a comprovação do companheirismo, não havendo prevalência de qualquer documento sobre outro, bem como de um meio de prova sobre outro. Mesmo o casamento religioso propiciando a verificação do termo inicial da relação fundada no companheirismo, através do documento eclesiástico demonstrativo da celebração do ato, por si só, não é suficiente para a demonstração da existência do companheirismo que, como visto, pressupõe o preenchimento dos requisitos analisados, inclusive lapso temporal de convivência.

A demonstração de determinadas circunstâncias, como por exemplo aquisição de bens em nome dos companheiros com a adoção do mesmo endereço residencial para ambos os companheiros, as despesas comprovadas de pagamento de serviços prestados na residência comum, a conta bancária conjunta, a inclusão do companheiro como dependente do outro em clube recreativo, serve como prova indiciária da existência do companheirismo, devendo ser feita a valoração de acordo com os outros elementos de prova produzidos.

É essencial registrar que por se tratar de situação fática instituidora e mantenedora da família, sem requisitos formais, inclusive o registro, o companheirismo deve ser objeto de prova tal como ocorre em relação a outros institutos que têm como característica o informalismo, nos moldes do usucapião. Diversamente da legislação previdenciária, as Leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96 corretamente não tarifaram os meios de prova passíveis de produção para demonstração do instituto, deixando para o legislador processual civil a disciplina quanto à questão da prova, fundado no sistema vigente no ordenamento jurídico, o da persua-

são racional da prova." (GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, *O Companheirismo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 480/484).

13. No caso em tela, há a justificação judicial realizada no âmbito da Trigésima Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, na presença de todos os interessados, demonstrando a existência do companheirismo entre a autora e o falecido até a morte deste, quando diante do evento fatal houve a ruptura da relação familiar que os unia. A prova documental produzida, do mesmo modo, é clara ao comprovar que as relações mantidas entre a autora e o falecido datavam de período bem superior a vinte anos (*vide* as declarações de fls. 28, 29, 30 e 31; os documentos bancários - fl. 18; as fotos - fls. 40/53; as notas fiscais - fls. 54/56). Na audiência de instrução realizada, as testemunhas ANA GLÓRIA RIBEIRO CORREIA (fl. 77), REGINA HELENA SILVA (fl. 78) e SYDNEY CASTRO (fl. 79) foram unânimes em atestar a união familiar existente entre a autora e o falecido, e a dependência econômica da primeira em relação ao falecido.

Ou seja: a união constituída entre a autora e o falecido Jaime é fato incontroverso, apesar de questionado pelas rés, mormente pela ré Francisca, e pelo Ministério da Fazenda que indeferiu o pleito em virtude de não preencher as condições legais de dependente.

14. A matéria em debate no presente caso diz respeito à existência ou não do direito à pensão em favor de companheira do falecido, diante da regra do artigo 217, I, "c", da Lei nº 8.112/90. A referência legal no tocante à designação do consorte deve ser devidamente confrontada com outros textos para verificar se vem inserida em conformidade com o ordenamento jurídico em vigor.
15. Quanto ao mérito da causa, é imperioso o reconhecimento do direito da autora à pensão estatutária, diante da sua condição de companheira no momento do falecimento de Jaime, seu companheiro, e, portanto, beneficiária da pensão por morte do ex-companheiro. Senão vejamos:
16. Com o advento da Constituição Federal de 1988, mormente diante da regra expressa contida no artigo 226, § 3º, finalmente foi reconhecida oficialmente a família constituída entre

companheiros, inclusive para fins de proteção estatal. Daí a interpretação feita por este magistrado em livro recente a respeito do assunto:

“A tarefa do intérprete é deveras complexa, posto que objetiva descobrir o conteúdo real da norma jurídica, fixar o seu exato alcance, determinar o seu valor, reconstruir o pensamento do legislador. Conforme advertência de FRANCESCO FERRARA, “a actividade interpretativa é a operação mais difícil e delicada a que o jurista pode dedicar-se, e reclama fino tacto, senso apurado, intuição feliz, muita experiência e domínio perfeito não só do material positivo, como também do espírito de uma certa legislação”.¹⁴

A interpretação jurídica, na precisa observação de FERRARA, tem como finalidade determinar o sentido objetivo da lei, apurando *“o conteúdo da vontade que alcançou expressão em forma constitucional, e não já as volições alhures manifestadas ou que não chegaram a sair do campo intencional. Pois que a lei não é o que o legislador quis ou quis exprimir, mas tão-somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei”*.¹⁵ O jurista, na qualidade de intérprete, deve alcançar a *mens legis*, ou seja, aquilo que na lei aparece objetivamente desejado, e não a *mens legislatoris* (o que o legislador quis). *“Visto o carácter objetivo do sentido da lei, conclui-se que esta pode ter um valor diferente do que foi pensado pelos seus autores, que pode produzir conseqüências e resultados imprevisíveis ou, pelo menos, inesperadas no momento em que foi feita, e por último que com o andar dos tempos o princípio ganha mais amplo horizonte de aplicação, estendendo-se a relações deveras das originariamente contempladas, mas que, por serem de estrutura igual, se subordinam ao seu domínio (fenómeno de projecção)”*.¹⁶

A Constituição, como Lei Maior dentro de um ordenamento jurídico, como sistema de normas jurídicas, está sujeita aos métodos e formas de interpretação jurídica de qualquer lei. Nas palavras de LUIS ROBERTO BARROSO, *“uma Constituição é um sistema de normas. Ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados. Como Lei fundamental, sujeita-se aos métodos clássicos de interpretação de qualquer lei - o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático - ao qual se ajunta, com especial relevância, o método teleológico, fundado*

na finalidade da norma. Mas de parte estas regras tradicionais, avultam no processo de interpretação constitucional determinados princípios, próprios às peculiaridades do Direito Constitucional".¹⁷ Um dos aspectos específicos para a interpretação da Constituição é o da efetividade das normas constitucionais, significando que "o grande vetor incorporado em épocas recentes é aquele que aponta para a realização prática das normas constantes da Lei Maior".¹⁸ Outro diz respeito à denominada "interpretação retrospectiva", ou seja, a interpretação do texto atual de forma a que ele não inove nada, ao contrário, fique tão parecido quanto possível com o antigo.

(...)

As premissas acima referidas se mostram de grande valia para a adequada compreensão do comando constitucional contido no § 3º, do artigo 226, da Carta. Não se poderia, no entanto, deixar de consignar o brilhante estudo de FRANCISCO JOSÉ CAHALI em obra recentemente publicada quanto à abrangência do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, realizando trabalho de exegese inigualável em sua importância e pioneirismo sobre o tema.

Ao sustentar o caráter sintético das Constituições, CELSO RIBEIRO BASTOS comenta que elas "traçam apenas as linhas gerais que informarão a estrutura do Estado, limitando-se a apresentar o bosquejo da sua estrutura orgânico-política (tre frame of a government). Devem oferecer tão-somente o substrato de cada instituição, reduzida a um traço, a uma característica dominante. Ao legislador, por sua vez, caberá revestir a ossatura, impondo um organismo adequado e conferindo às normas constitucionais os elementos necessários à sua aplicação".¹⁹

(...)

No âmbito nacional, JOSÉ AFONSO DA SILVA elaborou nova doutrina, enunciando a célebre divisão das normas constitucionais, fixando-as nos seguintes termos: "A. Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; B. Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; C. Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático), em qual dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos".²⁰

LUIS ROBERTO BARROSO, com maestria, propõe nova classificação, enunciando as seguintes espécies de normas da Constituição: A - Normas constitucionais de Organização, ou seja, aquelas que têm por objeto organizar o exercício do poder político; B - Normas constitucionais Definidores de Direitos, ou seja, as que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos; C - Normas constitucionais programáticas, entendidas como aquelas que têm por objeto cuidar dos fins públicos a serem alcançados pelo Estado.²¹

*"O Estado, como criação da razão humana, destina-se à consecução de determinados fins. Embora se possa identificar como fim geral, sublimado, desse tipo de organização soberana a realização do bem comum, existem outros tantos objetivos específicos, contingenciais ou de maior permanência, que inspiram - ou devem inspirar - a atuação do Poder Público em cada época. (...) Na esteira do Estado intervencionista, (...) incorporam-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo."*²² Tais normas programáticas, segundo BARROSO lembrando ensinamentos de VEZIO CRISAFULLI, constituem *"um programa político incorporado ao ordenamento jurídico é traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, dotado de eficácia, prevalecente em relação às normas legais ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e, assim, obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes"*.²³

E, finalmente, como efeitos das normas programáticas, a doutrina enuncia: *"Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos: (A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis. Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (A) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (B) obter, nas prestações jurisdicionais,*

interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos".²⁴

Feitas tais observações e, sempre tendo como orientação que os postulados, comandos e regras constitucionais não podem ser desconsiderados, diante da falência da doutrina clássica quanto às normas constitucionais não auto-executáveis, passamos a interpretar a norma contida no § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal.

FRANCISCO CAHALI aponta a inadequação no tratamento da questão pelos dois pólos formados quanto à auto-aplicabilidade da norma constitucional: "... quer-nos parecer que a matéria está sendo tratada de forma inadequada, pela diversidade de pontos trazidos pelo artigo 226, § 3º, cada qual merecedor, isoladamente, de regime jurídico próprio, pelas suas características singulares, em relação à classificação da norma".²⁵ E, de forma coerente e acertada, chego à seguinte constatação: "... verifica-se comportar a norma constitucional, no que aqui pertinente, divisão em três aspectos distintos, com características próprias, ..., a saber: a) relações sociais e de proteção do Estado à união estável enquanto entidade familiar; b) conversão da união estável em casamento; e c) relações de direito material (obrigações e deveres) entre os partícipes da união".²⁶

Realmente, o autor, com propriedade, conseguiu identificar, no bojo da regra contida no § 3º, do artigo 226, do texto constitucional, três aspectos, ora expressos ora implícitos, decorrentes do tratamento dado. A análise, portanto, não pode ser feita conjuntamente, mas de forma separada, possibilitando o alcance da real *mens legis* da Constituição no trato do companheirismo.

Como primeiro aspecto, deve ser salientada a regra da proteção que o Estado deve fornecer à "união estável". Saliente-se, por oportuno, que o texto constitucional já havia expressamente mencionado no *caput* do artigo 226 a regra da "especial proteção do Estado" à família, segundo orientação tradicional no assunto e, considerando que o companheirismo é espécie de família, bastaria tal colocação para se chegar à conclusão de que o comando normativo abrange as uniões fundadas no companheirismo.

Sucedê que provavelmente temendo os rumos que pudessem ser tomados a partir da interpretação jurídica do texto, o Constituinte repetiu a regra no § 3º, especificamente em relação à "união

estável”, apenas não utilizando o adjetivo “especial”. Seria a proteção estatal pura e simples, tal como prevista no § 3º, diferente da “especial proteção do Estado” constante do *caput*? Evidentemente que não, considerando a própria interpretação sistemática do artigo 226, da Constituição, diante da inclusão da comunidade formada entre um dos genitores e seus descendentes como espécie de família (§ 4º), a merecer, indubitavelmente, “especial proteção do Estado” (*caput*).

FRANCISCO CAHALI firmou posição categórica, afirmando que a regra protetiva estatal se consubstancia em norma constitucional de eficácia plena, operando os seus efeitos imediatamente, cuidando-se de norma auto-executável, segundo a doutrina clássica. *“Isto porque a Constituição expressa e objetivamente quis e consignou a proteção do Estado, nada mais sendo necessário à efetivação desse abrigo, em igualdade de condições com o casamento.”*²⁷

Tal posicionamento já havia sido anteriormente defendido pelo mesmo autor, em artigo de doutrina. *“... parece-nos, efetivamente, ser auto-aplicável a regra constitucional naquilo contido na norma, aliás expressa e claramente, tanto que de imediato a união estável gera os efeitos perante o Estado para fins de proteção. (...) Com efeito, no que houve previsão constitucional - proteção do Estado à união estável elevada à qualidade de Entidade Familiar, estamos diante de uma norma de eficácia plena, produzindo efeitos desde logo”. O referido jurista observa, ainda, que “... os efeitos da união estável são idênticos aos efeitos do casamento, sempre que a situação versar sobre regras de proteção da família, pelo Estado, assim entendido Executivo, Legislativo e Judiciário. Em face do Judiciário, parece-nos que ao magistrado, aplicador da Lei e das demais fontes do Direito ao caso concreto, cabe fazer valer o comando constitucional em todas as situações em que o Estado aparece na relação, mesmo inexistente previsão legal, utilizando-se da analogia, costumes e princípios gerais, todos respaldados na diretriz constitucional impondo a sua proteção.”*²⁸

Para FRANCISCO CAHALI, toda questão que envolva o Estado (no sentido de Poder Público) e as “uniões estáveis” deve ser tratada com equivalência no casamento, já que ambas as uniões são formas de família e, assim, a proteção estatal também implica preservação do companheirismo no que diz respeito ao aspecto

moral da relação entre o homem e a mulher, impondo à sociedade o respeito ao companheirismo. *"Com efeito, nenhuma norma ou conduta social poderá oferecer restrições à união estável em cotejo com o casamento, quando tratar de família e de seus reflexos exteriores perante o Estado e a sociedade, sob pena de ser inconstitucional, pela discriminação vetada na Carta ao se elevar o concubinato à qualidade de entidade familiar, ao lado do matrimônio legítimo e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes"*.²⁹

Sustenta o jurista que os direitos sociais que defluem da união estável e, portanto, exteriores às relações mantidas exclusivamente entre os companheiros, também são aplicáveis imediatamente diante da eficácia plena da norma constitucional. *"Assim, a exegese adequada da norma indica ter a Constituição determinado a proteção do Estado à nova família, por ela abraçada, envolvendo indistintamente, e em igualdade de condições, a união estável e o casamento, analisada a entidade externamente, do ponto de vista de sua repercussão perante a sociedade, sem qualquer interferência ou imposição nas particularidades dos respectivos relacionamentos, nada dispondo sobre os direitos e obrigações recíprocas, que permaneceram a cargo da legislação ordinária, da doutrina e da jurisprudência."*³⁰

Digno de transcrição trecho do voto do Desembargador BARBOSA MOREIRA a respeito do tema: *"Significa tal regra que as medidas porventura adotadas pelo Estado em benefício da família hão de aproveitar também às uniões não formalizadas, mas estáveis, entre homem e mulher, as quais se consideram, para esse fim, como 'entidades familiares'. Por exemplo: se, em lei referente à locação de imóveis, se excluir a possibilidade de denúncia vazia com referência aos alugados para moradia da família, tem-se de entender que esse tratamento especial se aplica a qualquer imóvel alugado onde residam homem e mulher estavelmente unidos, ainda que não casados; quando o art. 4º, caput, da Lei nº 1.060, de 05.02.50, assegura o benefício da assistência judiciária a quem não possa pagar as custas de processo e os honorários sem prejuízo próprio 'ou da família', esta última cláusula abrange as uniões estáveis entre o homem e a mulher, conquanto não oficializadas"*.³¹

Portanto, em decorrência da natureza da norma constitucional, no que tange ao aspecto da proteção estatal à família como

um todo, ser de eficácia plena e imediata, toda e qualquer legislação pós-1988 que cuidar de efeitos extrínsecos da família não pode olvidar de considerar a união estável no rol protetivo e, caso haja omissão da lei a esse respeito, referindo-se, por exemplo, somente ao casamento (ou aos cônjuges), ao Poder Judiciário incumbe suprir a omissão legislativa para reconhecer como também protegido o companheirismo. Da mesma forma, se a legislação for discriminatória, privilegiando as pessoas casadas em suas relações com o Estado ou sob o prisma social, em detrimento dos companheiros, incumbirá aos juízes e Tribunais corrigir a distorção legislativa para o fim de assegurar a efetiva proteção estatal à família. Todo o raciocínio acima apresentado é válido também para a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

(...)

A brilhante análise feita por FRANCISCO CÁHALI quanto à exegese do artigo 226, § 3º, do texto constitucional é digna de reconhecimento irrestrito, acrescentando apenas que no pertinente aos aspectos das relações interiores entre companheiros e conversão devem ser considerados os efeitos das normas constitucionais programáticas. E, ainda, no campo conceitual e ontológico, o texto constitucional não deixa dúvidas quanto à transferência da natureza do companheirismo do Direito das Obrigações para o Direito de Família.

(...)

Ao cuidar do conceito de proteção especial do Estado à família, a Professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI citou decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG), segundo as quais *"...Aqui se deduz a dimensão da determinação do conceito de 'proteção'; significa, segundo seu conteúdo literal, a promoção do bem a proteger, o rechaço de interferências ou prejuízos e, sobretudo, a renúncia do Estado a intervenções perturbadoras próprias. A regulamentada proteção especial, no art. 6º, § 1, da Lei Fundamental, pela ordem estatal em relação ao matrimônio e à família, inclui dois conceitos. Positivo, o dever para o Estado de preservar o matrimônio e a família não somente de prejuízos por outras forças, mas também de promoções com normas adequadas; negativo, a proibição para o mesmo Estado de prejudicar ou alterar o matrimônio"*. E, complementou a seguir: *"Portanto, a proteção especial do Estado advém de ações positivas, como também de negações, abstenções e não interfe-*

rência. É necessário que, dentro do Direito Civil, do Direito Tributário e Previdenciário, se esquematizem com coerência as normas de proteção - quer positivas, quer negativas - e, além disso, se respeitem os princípios de liberdade e autonomia individual, a polimorfia social e a intrínseca peculiaridade das uniões de fato, das famílias no casamento e das meias-famílias".³²

E, mais especificamente sobre as relações fundadas no companheirismo e na comunidade formada por um dos pais com os descendentes, MISABEL DERZI deixa transparecer a eficácia plena da norma constitucional no que diz respeito ao aspecto de proteção estatal à família em sentido amplo, ao se pronunciar da seguinte maneira: "Assim, normas de auxílio ou subvenção familiar à aquisição da moradia própria ou de assistência à educação são inconstitucionais, se excluírem dos benefícios a família concubinária ou as meias-famílias (que, pela Constituição, foram equiparadas à família no casamento)".³³

Equivocada, assim, a posição de GALBIATTI, para quem "a nível imediato, o texto constitucional apenas traz um reconhecimento avançado da realidade e elimina as discriminações até então existentes (...) Ficou ao legislador ordinário a tarefa de editar regras sobre sua conversão em casamento, o que vai representar, em última análise, o real alcance da expressão 'proteção do Estado'".³⁴ Percebe-se, claramente, que o citado autor confundiu dois aspectos distintos da disposição constitucional que trata do companheirismo, conforme acima assinalado.

Da mesma forma, a despeito dos respeitosos argumentos apresentados, é de ser reconhecido o equívoco da posição firmada por BASÍLIO DE OLIVEIRA no tocante à eficácia plena da norma constitucional no aspecto relativo à prestação alimentar entre companheiros: "... propugnamos, logicamente, pela introdução em nosso direito positivo da obrigação alimentar entre concubinos, mesmo na ausência de previsão legal específica, com fundamento na própria Constituição, a partir da correta interpretação doutrinária dos novos princípios igualitários constitucionais proclamados nos §§ 3º e 4º do artigo 226, equiparando a entidade familiar formada pela união livre estável ao matrimônio, para efeito da proteção do Estado. É princípio doutrinário do Direito Constitucional de que as normas constitucionais, especialmente as do Direito de Família, têm incidência imediata, e são auto-aplicáveis. Logo, o direito alimentar e sucessório entre companheiros, embora hoje reconhecido, ainda que de forma restrita pela lei ordi-

nária, tem a sua fonte legal na própria Constituição de 1988.³⁵ Em nenhum momento, diga-se *en passant*, a Constituição Federal equiparou o companheirismo ao casamento, como deu a entender o autor citado, e sim apenas reconheceu se tratar de espécie de família para fins de proteção do Estado, sendo importante ratificar posição acima já apresentada segundo a qual o companheirismo não foi igualado ao casamento, do contrário desnecessária seria a regra da conversão.

Conclui-se, assim, pela eficácia plena da norma constitucional no tocante ao aspecto protetivo, com a necessária e obrigatória proteção do Estado a toda e qualquer espécie de família, não mais baseada única e exclusivamente no casamento, com a devida adequação, e submissão a tal eficácia, dos atos normativos anteriores à Constituição de 1988, e o juízo de inconstitucionalidade de todo e qualquer ato normativo ou postura estatal contrária ao princípio protetivo assegurado pela Constituição. Da mesma forma, deve ser expressa a conclusão quanto à eficácia limitada da norma constitucional no que pertine aos outros dois aspectos (conversão da união estável e relações jurídicas internas entre companheiros), sem perder de vista os efeitos objetivos e subjetivos que tais normas produzem, ainda que pendentes de regulamentação adequada e conforme o comando previsto na Lei Maior." (GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, ob. cit., p. 51/67).

17. Dessa forma, diante da regra contida no artigo 217, inciso I, letra "c", da Lei nº 8.112/90, e da eficácia e imediata aplicabilidade da regra inserta no artigo 226, § 3º, do texto constitucional, acerca da proteção que o Estado (Poder Público) deve dar à família constituída através do companheirismo, a companheira é beneficiária da pensão. Assim, a restrição contida no inciso I, "c", do artigo 217, da Lei nº 8.112/90, quanto à exigência de designação feita em vida do falecido, é inconstitucional por não observar o comando constitucional que determina a proteção especial que o Estado deve fornecer à família, incluída aquela formada pelo companheirismo.
18. Realmente, a Lei nº 9.278/96 somente cuida de aspectos internos na relação entre os companheiros, mas, como visto, a partir da Constituição Federal de 1988, todos os preceitos que visam proteger a família constituída através do casamento

e que se referem a aspectos protetivos aos casados, devem ser considerados da mesma forma em favor da nova família, doravante constituída entre companheiros, daí a existência do direito da impetrante ao pensionamento, nos termos do pedido formulado na petição inicial.

19. A vontade do servidor público, ainda em vida, no sentido de designar sua companheira junto à repartição pública, não é essencial para o reconhecimento do direito ao pensionamento, sob pena de se ferir a regra constitucional que determina que o Estado deva proteger a família e, nesse particular, a previsão constitucional não admite qualquer tratamento diferenciado entre as diversas espécies de família. Daí a existência do direito da companheira em ser pensionada pela Administração Pública, em razão da morte do ex-consorte, ainda que sem designação na repartição onde servia.
20. Reconhecido o direito à pensão em favor da Autora, com base nos fundamentos acima apresentados, indispensável se faz a análise acerca do *quantum* referente à pensão estatutária, mormente diante da existência de viúva do falecido, já beneficiária da pensão, mas que se encontrava separada de fato do funcionário. A respeito do tema, em trabalho ainda inédito (*A Constituição de 1988 e as Pensões Securitárias no direito brasileiro*, no prelo), pude anotar:

“Há, ainda, a questão envolvendo a separação de fato do casal. Ou seja: apesar de formalmente o segurado/funcionário ainda preservar o estado civil de casado, não há mais o casamento de fato. A separação de fato ganhou extrema importância na Constituição Federal de 1988. O ordenamento jurídico brasileiro deixou de considerá-la como mero requisito para autorizar a separação-falência ou o divórcio direto. As repercussões da separação de fato, no Direito de Família contemporâneo, ainda não foram devidamente equacionadas pela doutrina e mesmo pela jurisprudência, a despeito de algumas posições que visualizaram o novo sinal do texto constitucional, mas não com a sistematização desejada. O tema envolvendo a separação de fato e seus reflexos jurídicos deve ser encarado com muita proximidade à temática do companheirismo, evidentemente com as devidas adaptações e cautelas, pois enquanto a separação de fato permitirá a desconstituição de uma família, o companheirismo representa a formação de uma nova família. Mas, basicamente, pode ser afirmado que os requisitos necessários à configuração do compa-

nheirismo são, em regra, exatamente os opostos para o reconhecimento da separação de fato, e vice-versa, salvo quanto à informalidade, própria de ambos os institutos.

Com base no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 6.515/77, a sociedade conjugal constituída validamente se extingue, em vida, pela separação judicial ou pelo divórcio. Assim, não há como se pretender que a separação de fato seja também considerada forma de dissolução da sociedade conjugal, levando em conta a circunstância da necessidade da formalização de tal ruptura, tal como se exigiu na constituição dela própria. No entanto, a partir do advento do texto constitucional de 1988, com a preponderância dos valores existenciais, psíquicos, solidaristas e personalistas, é imprescindível que se proceda à releitura de várias normas da Lei nº 6.515/77 e da legislação em matéria de Seguridade Social - Regime Geral e Regimes Especiais de Previdência Social -, especialmente em matéria atinente aos efeitos jurídicos da separação de fato. De maneira antecipada, urge deixar consignado que o estado civil das pessoas separadas faticamente permanecerá sendo o de casado, mas sem impedir a produção de determinados efeitos jurídicos diversos daqueles produzidos durante a convivência do casal.

Sabe-se, tradicionalmente, que a dissolução da sociedade conjugal produz determinados efeitos de natureza pessoal (como, p. ex., a cessação dos deveres de coabitação, de fidelidade), e outros de natureza patrimonial (v.g., extinção do regime de bens, a imposição do dever alimentar, o término do direito sucessório), entre os cônjuges, e também em relação à prole e a terceiros. *"A dissolução da sociedade conjugal produz efeitos genéricos de natureza pessoal e patrimonial, interessando aos cônjuges, à prole e a terceiros; a separação judicial produz efeitos específicos, conforme tenha sido decretada em razão de mútuo consentimento, no pressuposto da culpa unilateral ou recíproca, ou sem o pressuposto da culpa de qualquer dos cônjuges."*³⁶

Há, contudo, determinados efeitos que são antecipados no ordenamento jurídico brasileiro, por força da concessão da medida cautelar de separação de corpos, ou mesmo em virtude de uma separação de fato precedente, e que são convalidados pela eficácia retroativa da sentença. Ao comentar sobre a separação de fato, Luiz Edson FACHIN comenta: *"A separação de fato traz uma consequência prática interessante quanto à verossimilhança da presunção pater is est. Esta presunção é fundada num*

juízo de possibilidade razoável. Pai do filho, tido pela mulher casada, é o marido. Esta presunção, que não é nem juris tantum nem juris et de iure, é intermédia ou mista que se assenta em duas outras presunções: presunção de coabitação e presunção da concepção. Se eles estão separados de fato, não há como sustentar a base de probabilidade de que o marido seja pai do filho da mulher com a qual está formalmente casado".³⁷

Da mesma forma que em relação ao companheirismo, é necessária a presença de determinados requisitos, de natureza objetiva e subjetiva, para a configuração da separação de fato como hábil a produzir determinadas conseqüências jurídicas que, a princípio, somente a dissolução da sociedade conjugal seria o instrumento idôneo. Com efeito, a própria possibilidade do divórcio direto, pelo simples fato da separação de fato do casal por dois anos, não necessariamente se verificará em determinados contextos, como já foi percebido pela doutrina: *"Não será toda e qualquer situação de separação fática a ensejar pedido de divórcio. Indispensável que o afastamento dos cônjuges denote rompimento da affectio societatis, como resultado de dificuldades de convivência (não importa a causa), de sorte a reclamar o divórcio como remédio para o desacreditado casamento".³⁸* Há situações de rompimento da convivência, em que o elemento anímico que fundamentou a constituição e a própria manutenção da união continua presente, não ensejando, portanto, qualquer consideração acerca da separação de fato. Veja, por exemplo, os casos de internamento de um dos cônjuges por motivo de doença ou acidente, ainda que tal internação seja prolongada; os casos de afastamento por motivo de guerra ou viagens a serviço. Há determinados casais que, em homenagem a uma convivência mais salutar, optam por manterem residências diversas. *"Certos casais modernos preferem esse comportamento a dois, e nem por isso deixam de preservar a união familiar, uma vez mantidos os encontros mínimos indispensáveis à coabitação..."³⁹*

Dentro da distinção entre características e requisitos, importante enunciar inicialmente as características da separação de fato: a) objetivo de dissolução da família matrimonial anteriormente formada (ainda que de um somente); b) instabilidade; c) continuidade; d) notoriedade; e) ausência de formalismo. E, como requisitos, mais uma vez, é relevante a distinção entre os requisitos objetivos e subjetivos. Assim, podem ser enumerados os requisitos indispensáveis à configuração da separação de fato: A) re-

quisitos objetivos: a) a existência de casamento válido; b) ausência de óbice à dissolução da sociedade conjugal; c) superveniente falta de comunhão de vida; d) lapso temporal de separação fática; e) falta de justo motivo para a separação; B) requisitos subjetivos: a) intenção de não mais conviver (impossibilidade de reconstituição da vida em comum); b) ausência da *affectio maritalis*.

Como primeira característica, ou seja, o objetivo de desconstituição da família matrimonial, deve-se atentar para a finalidade da separação de fato. Apesar de ainda não ter ocorrido a dissolução da sociedade conjugal por alguma circunstância (falta de tempo hábil, inexistência de causa específica para a separação judicial, ou mesmo por desinteresse de ambos), constata-se que a separação de fato se deu diante da descoberta de que não há mais o desejo do casal compartilhar a mesma vida, não subsistindo qualquer motivo que os leve a continuar compartilhando alegrias e tristezas, ou que dêem seguimento ao projeto familiar. Ao contrário: o objetivo é exatamente o de desfazer todos os planos anteriormente combinados, o de não prosseguir compartilhando as suas vidas e os seus sentimentos. Diante de tal aspecto, a família passou a ser dotada de instabilidade, como segunda característica da separação de fato. A união matrimonial se mostrou instável, não-sedimentada, hábil a ser dissolvida e, em certos casos, a fazer cessar determinados efeitos pessoais e/ou patrimoniais do casamento. Tal instabilidade deve ser, inexoravelmente, associada ao lapso temporal de separação de fato que, na hipótese, será o de pelo menos um ano, diante da regra da separação-falência atualmente estabelecer tal prazo de um ano de separação de fato. A continuidade da não-convivência é a terceira característica, no sentido de não ter ocorrido a reconciliação, em nenhum momento, desde o início da separação de fato até a dissolução da sociedade conjugal. A respeito de tal característica, como sendo presente na separação de fato como autorizadora do divórcio direto, comentou-se: *"Hão de ser 'consecutivos', contínuos, sem interrupção, os dois anos de separação de fato, para ensejar pedido de divórcio. Não comportam suspensões pela temporária reconciliação do casal. O reatamento da vida em comum não provoca simples suspensão, mas a interrupção do prazo, que se há de contar ex novo"*.⁴⁰ A separação de fato dos cônjuges deve ser notória, ou seja, ser reconhecida socialmente, mesmo que por um grupo restrito de pessoas, normalmente aqueles que mantêm contato mais próximo por re-

lações de amizade, parentesco, trabalho. Cuida-se de identificar a separação de fato por um grupo de pessoas, evitando, assim, prejuízo relativamente a terceiros (no campo pessoal e patrimonial). E, finalmente, a separação de fato é essencialmente uma situação informal, no sentido de não haver sido tomada qualquer providência formal, por ora, quanto à dissolução da sociedade conjugal. Logicamente, não afastará a característica do informalismo a circunstância dos cônjuges já se encontrarem em litígio judicial, como por exemplo, através de ação de alimentos, ou ação de guarda de filhos menores ou maiores inválidos. O informalismo está associado à inexistência de qualquer medida judicial relacionada diretamente à dissolução da sociedade conjugal, sequer em sede cautelar (separação de corpos).

No campo dos requisitos objetivos, inicialmente deve existir entre o casal um casamento válido, porquanto a separação de fato tende a se converter, no futuro, em uma separação judicial ou um divórcio. Poder-se-ia, também, cogitar dos casamentos (nulos) putativos e anuláveis, no período anterior à sentença judicial de procedência do pedido de declaração de nulidade ou de anulação do casamento, em que houve separação de fato, evidentemente se conjugado a outros fatores. O companheirismo, por exemplo, não permite o reconhecimento da separação de fato tal como se pode falar quanto ao casamento, já que ela já representa a própria dissolução da união companheiril, diante da informalidade da constituição e da desconstituição do vínculo fundado na união estável. Como segundo requisito, importante se faz considerar a ausência de qualquer óbice à dissolução da sociedade conjugal. Veja, por exemplo, a chamada "cláusula de dureza", contida no artigo 6º, da Lei nº 6.515/77, em que o juiz poderá negar a separação judicial se ela constituir causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou ainda, se produzir conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores. Assim, não sendo possível a separação judicial, logicamente a separação de fato não se configurará. Como terceiro requisito objetivo, sobressai a superveniente falta de comunhão de vida, sob os três aspectos, quais seja, a ausência de comunhão espacial (residência sob o mesmo teto), de comunhão física (débito conjugal) e de comunhão financeira (prosperidade econômica). Não há mais comunhão de vida, de sentimentos e de bens entre o casal, e assim, conjugada aos demais requisitos, é de se reconhecer a separa-

ção de fato, sob o ângulo da separação fática de corpos. Outro requisito é o lapso temporal de separação fática que, de acordo com o sistema jurídico introduzido pela Lei nº 8.408/92, deve ser o de um ano de não-convivência ininterrupta, diante da possibilidade de obtenção da separação-falência após separação de fato por, pelo menos, um ano. E, como último requisito objetivo, deve ser observada a falta de justo motivo para a separação, como na hipótese de motivo de internação, de trabalho em viagem longa, de estudos, de guerras, por exemplo. Como requisitos subjetivos, podem ser citados a intenção de não mais conviver com o cônjuge (a impossibilidade de reconstituição da vida em comum) e a ausência de *affectio maritalis*. O elemento anímico de um dos cônjuges, no sentido de não mais pretender conviver com o outro, é suficiente para o rompimento do elo existencial que até então existia. E, logicamente, a *affectio* se dissolve diante do desaparecimento do projeto familiar, eis que, como em um contrato, não basta a vontade de um só, mas sim a conjunção dos elementos volitivos dos interessados.

Tais ponderações foram necessárias para se demonstrar que, uma vez caracterizada a separação de fato de acordo com os requisitos acima apontados, e não tendo sido estabelecida a obrigação alimentar em vida, a hipótese é de cessação da condição de dependente do cônjuge do segurado/funcionário, o que repercute na negativa do direito à pensão securitária.⁴¹ Pode ocorrer, por exemplo, de durante a separação de fato do casal, o homem casado passe a constituir nova união, necessariamente informal, com outra mulher, e a situação possa configurar o companheirismo. Assim, surgiu nova família na posição jurídica de tal pessoa ainda formalmente casada, mas separada de fato e, assim, na eventualidade de sua morte, deve-se reconhecer a pensão apenas em favor da companheira, e não da esposa, porquanto não havia mais solidariedade entre eles, diante da falta dos requisitos para manutenção, de fato, de um casamento, além de inexistir necessidade, já que durante todo o tempo de separação de fato não houve qualquer pleito visando à percepção de alimentos em favor de qualquer um dos cônjuges. A partir do texto constitucional de 1988, mormente da priorização dos valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, principalmente em matéria de Direito de Família, e, com o advento da Lei nº 8.408/92 - que diminuiu o prazo da separação-falência para apenas um ano -, é fundamental que se reconheça que a condição

de dependente securitário do cônjuge deixou de existir no contexto da separação de fato, sob condição suspensiva da dissolução da sociedade conjugal (por morte, separação judicial, divórcio ou mesmo invalidação do casamento). Trata-se de reter a normativa infraconstitucional, em especial as Leis n.ºs. 6.515/77, 5.774/71, 6.880/80, 8.112/90 e 8.213/91, à luz dos novos princípios e valores constitucionais, especialmente aqueles que priorizam a valorização do ser, em detrimento do ter, diante dos fenômenos da repersonalização e despatrimonialização das relações familiares. Diversamente da separação de corpos, a separação de fato independe da iniciativa de instauração da lide processual (daí o informalismo), mas se submete à condição suspensiva quanto à futura dissolução da sociedade conjugal, sendo hipótese propriamente de condição (e não de termo, como se poderia supor), levando em conta a possibilidade do desaparecimento de um dos requisitos, objetivos ou subjetivos, para a configuração da separação de fato. Imagine-se, por exemplo, que o casal separado de fato reate o relacionamento, terminando com o período de separação física de corpos.

A jurisprudência mais atual vem reconhecendo a incomunicabilidade dos bens adquiridos por qualquer um dos cônjuges durante o período de separação de fato prolongada, que precedeu à separação-falência ou o divórcio direto. *“A constância do casamento pressupõe, à evidência, a convivência dos consortes, o que no caso se romperá há muito. (...) Não se comunicam, portanto, os bens adquiridos por um dos cônjuges após longa separação de fato.”*⁴² Outro voto se mostra bastante atual e elucidativo sobre o tema: *“... Ora, se o decurso de tempo gerou para os cônjuges o direito de postular a decretação da ruptura do vínculo conjugal, de fato desfeito pela longa separação e manifesta impossibilidade de reconciliação, não se há falar em comunhão de bens onde tudo se rompeu: dever de fidelidade, affectio maritalis, vida em comum, respeito mútuo, criação da prole. O regime de bens é imutável sim. Mas, se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao Direito e à Moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse bem ao outro cônjuge”*.⁴³

Desse modo, para evitar soluções injustas, prevenindo o enriquecimento sem causa, além de – e, principalmente, – cumprir os novos postulados da Constituição Federal de 1988, urge que se considere que deixa de ser dependente do segurado/funcionário

o cônjuge que haja se separado de fato, com os requisitos e características enunciados, não sendo ele credor de alimentos. De maneira correta, o § 2º, do artigo 76, da Lei nº 8.213/91, ao tratar dos casos envolvendo as pessoas separadas judicialmente e divorciadas, incluiu como beneficiário de pensão securitária o cônjuge separado de fato que recebia pensão de alimentos em vida, excluindo, corretamente, os demais”.

21. Tais observações se aplicam perfeitamente na hipótese em tela, considerando que a ex-esposa do falecido encontrava-se separada de fato do mesmo há mais de três décadas, sendo certo que inexistia notícia nos autos a respeito de eventual prestação alimentícia que recebesse do mesmo. Assim, considerando a ausência de necessidade, quando o funcionário era vivo, a Ré não poderia ter sido contemplada, administrativamente com a pensão estatutária, sob pena de enriquecimento sem causa.
22. Desse modo, de acordo com o raciocínio acima desenvolvido, no texto transcrito, a pessoa casada, mas separada de fato, somente teria direito à pensão caso recebesse alimentos durante a vida de seu cônjuge, e mesmo assim em *quantum* restrito ao valor da pensão alimentícia, desde que não atingisse a parcela da companheira (metade, pelo menos). Trata-se de prestigiar a família de fato que existia na época do falecimento do funcionário, dando efetividade ao comando constitucional do artigo 226, § 3º, do texto constitucional, e não a família que deixou de existir devido à separação de fato.
23. Assim, considerando o teor do pedido formulado na inicial da presente causa, é imperioso o reconhecimento do direito da Autora à integralidade da pensão, levando em conta que inexistia – como até hoje inexistia – direito da viúva à pensão. A Administração Pública, portanto, deverá providenciar o cancelamento do pagamento da pensão estatutária à viúva, e habilitar apenas a Autora.

III – “DECISUM”

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado, para, ao reconhecer o direito da autora à pensão estatutária na integralidade

por morte de seu ex-companheiro, condenar a União Federal a proceder à habilitação da autora, implementando o pagamento do benefício a partir do trânsito em julgado desta sentença e, em consequência, decretar a perda da pensão estatutária relativamente à ré Francisca Corrêa de Souza.

E, considerando o teor da fundamentação, a procedência do pedido implica a condenação da União Federal ao pagamento dos valores correspondentes à pensão devida a autora e não pagos; desde a morte de JAIME GEMINIANO DE SOUZA (dezembro de 1998). Sobre tais valores deve incidir a correção monetária, na forma da Lei n. 6.899/81, ou seja, a partir do ajuizamento da ação, além de juros moratórios a partir da citação.

Condeno, ainda, as Rés ao pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, e ao reembolso das custas e despesas processuais.

A sentença está sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2001.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Juiz Federal da 6ª Vara

NOTAS

1. J. Franklin Alves Felipe, *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*, cit., p. 168. Mário Roberto Carvalho de Faria acentua o acerto do legislador em exigir a comprovação judicial da "união estável" entre os companheiros, "impedindo que aventureiros se arvorassem em busca de direito a alimentos e herança" (*Os direitos sucessórios dos companheiros*, cit., p. 19).
2. Cf. citação feita por Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., pp. 136/137.
3. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. I, cit., p. 450.
4. Basílio de Oliveira, acerca da prova testemunhal, cita alguns exemplos: "depoimento do porteiro, onde reside ou residiram os companheiros; depoimento dos próprios companheiros; testemunho de vizinhos do casal ou de pessoas que tenham conhecimento da união, como a empregada doméstica, parentes do casal ou pessoas do seu relacionamento etc.;" (*Direito alimentar e sucessório entre companheiros*, cit., p. 101).
5. Francisco José Cahali (*União estável e alimentos entre companheiros*, cit., pp. 135/136); Mário Roberto Carvalho de Faria (*Os direitos sucessórios entre os companheiros*, cit., pp. 24/25). O primeiro autor cita também a possibilidade do casamento de brasileiros celebrado no exterior, sem a adoção das providências elencadas no artigo 32, da Lei nº 6.015/73.
6. Francisco José Cahali (*União estável e alimentos entre companheiros*, cit., pp. 137/138); Sylvio Capanema (*apud* J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *Alimentos e Sucessão no casamento e na união estável*, cit., p. 153).
7. Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., pp. 139/140. O autor cita ainda a declaração unilateral de reconhecimento, quando confeccionada pelo devedor de alimentos como prova pré-constituída na ação de alimentos, não considerando como tal se a declaração foi do credor de alimentos.
8. Basílio de Oliveira (*Direito alimentar e sucessório entre companheiros*, cit., p. 101); Mário Roberto Carvalho de Farias (*Os direitos sucessórios dos companheiros*, cit., p. 24).
9. Francisco José Cahali (*União estável e alimentos entre companheiros*, cit., pp. 140/141); J. M. Leoni Lopes de Oliveira (*Alimentos e sucessão no casamento e na união estável*, cit., pp. 161/162).
10. Basílio de Oliveira (*Direito alimentar e sucessório entre companheiros*, cit., p. 101); Mário Roberto Carvalho de Farias (*Os direitos sucessórios dos companheiros*, cit., p. 24).
11. Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., pp. 141/144.
12. J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *Alimentos e sucessão no casamento e na união estável*, cit., p. 162.
13. Mário Roberto Carvalho de Farias, *Os direitos sucessórios dos companheiros*, cit., pp. 25/26.
14. Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, trad. Manoel A. Domingues de Andrade, 4ª. ed., Coimbra, Portugal, Armínio Amado - Editora Sucessor, 1987, p. 129.
15. Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, cit., p. 134.
16. Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, cit., p. 137.
17. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2ª. ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1993, p. 343.

18. Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., p. 344.
19. Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., pp. 21/39, com farta citação doutrinária e jurisprudência sobre o tema.
20. Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., p. 85.
21. Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., pp. 88/114. De grande importância a tipologia das normas constitucionais na visão do citado autor, tendo sempre como fundamento a efetividade das normas constitucionais, e não apenas a sua eficácia jurídica.
22. Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., pp. 109/110.
23. Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., p. 110.
24. Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., p. 113.
25. Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., pp. 25/26.
26. Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., p. 26.
27. Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., p. 27.
28. Francisco José Cahali, *Efeitos não patrimoniais da união estável*, in *Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 2, coord. Teresa Arruda Alvim, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 104/106.
29. Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., p. 28.
30. Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., p. 29.
31. *Apud* Francisco José Cahali, *União estável e alimentos entre companheiros*, cit., p. 29, sendo importante mencionar que o voto foi proferido no julgamento da Apelação Cível nº 1.123/911.
32. Misabel Abreu Machado Derzi, *A família e o direito tributário*, in *Revista de Direito Tributário* (65), Ed. Malheiros, [s.d.], p. 143.
33. Misabel Abreu Machado Derzi, *A família e o direito tributário*, cit., p. 148.
34. Ricardo Cesar Galbiatti, *Estrutura jurídica das sociedades de fato entre concubinos*, cit., p. 25.
35. Basílio de Oliveira, *Direito alimentar e sucessório entre companheiros*, Rio de Janeiro, Ed. Destaque, 1995, p. 16.
36. CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p. 725.
37. FACHIN, Luiz Edson, *op. cit.*, p. 182-183.
38. AMORIM, Sebastião Luiz, *op. cit.*, p. 81.
39. *Ibid.*, p. 82.
40. *Ibid.*
41. Ao tratar dos dependentes na lei previdenciária, Feijó COIMBRA observa que "Dependência econômica, para a lei previdenciária, consiste na situação em que certa pessoa vive, relativamente a um segurado, por ele sendo, no todo ou em parte, efetivamente ou presumidamente, mantida e sustentada. Corresponde, assim, a um estado de fato, não a uma decorrência puramente jurídica das relações entre parentes, já que essas relações (...) estão muitas vezes, sob esse aspecto, em divórcio com a realidade social." (*op. cit.*, p. 104).

-
42. Trecho do voto do Ministro Barros MONTEIRO, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 86.302-Rio Grande do Sul, na condição de Relator do Julgado da Quarta Turma (pub. no DJ de 06.09.1999). Para corroborar seu raciocínio, o Relator complementou: *"Além do mais, a pretensão à meação manifestada pelo ex-marido, em face das bases fáticas que emolduraram o presente litígio, representaria sim verdadeiro enriquecimento injusto, conforme deixaram patente tanto o Acórdão da apelação como o 'decisum' proferido em sede de embargos infringentes"*. Podem também ser citados como precedentes do Superior Tribunal de Justiça os seguintes julgamentos: Recurso Especial nº 60.820-1/RJ e Recurso Especial nº 127.077-ES, ambos relatados pelo Ministro Ruy Rosado de AGUIAR.
43. Acórdão publicado na *RJTJSP* 114/102, tendo como Relator o Desembargador Alves Braga, da 4ª. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (*apud* CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 813).

Direito Tributário

MANDADO DE SEGURANÇA

Sentença: 442/2001
Processo: 99.0761086-0
Autora: AFE TINTAS LTDA.
Réu: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE NOVA IGUAÇU
Juiz Federal: DR. SÍDNEY MONTEIRO PERES

SENTENÇA

Vistos, etc.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. IPI. ISENÇÃO SOBRE INSUMOS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. COMPENSAÇÃO.

I – A aquisição de matéria-prima isenta do IPI gera crédito.

II – O crédito de tributo incidente sobre matéria-prima isenta do IPI, não ofende o art. 153, § 3º, II, da CF.

III – A compensação é reconhecida pela Lei nº 8.383/91, podendo haver compensação de tributo de mesma espécie – imposto com imposto.

IV – Concedido o crédito presumido ou simbólico, como consequência do princípio da não-cumulatividade, a compensação é autorizada por Lei (art. 66 da Lei nº 8.383/91).

RELATÓRIO

1. A impetrante acima nominada e qualificada na petição inicial ajuizou o presente Mandado de Segurança com pedido de liminar, contra ato do Delegado da Receita Federal em Nova Iguaçu-RJ, com apoio no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal c/c o art. 1º da Lei nº 1.533/51, objetivando obter o reconhecimento de seu direito à compensação tributária dos créditos decorrentes do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, oriundos da aquisição de matérias-primas isentas,

- não creditados, como autoriza o art. 66 da Lei nº 8.383/91, bem como afastar as penalidades de inscrição em dívida ativa, negativa de expedição de CND e cobrança de IPI vincendos até que se esgotem os créditos utilizados na compensação.
2. Alega que o ato impugnado é ilegal, tendo em vista o seu direito à compensação tributária, relativamente às aquisições de matérias-primas isentas, não-tributadas ou reduzidas à alíquota zero, empregados na fabricação de produtos tributados, em homenagem ao princípio constitucional da não-cumulatividade.
 3. Requereu a liminar, e no mérito a concessão da segurança nos termos expostos.
 4. O *Writ* veio devidamente instruído com os documentos essenciais à sua propositura (fls. 28/1129).
 5. A liminar foi indeferida (fls. 1132/1133). A autoridade impetrada prestou informações (fls. 1141/1147). O Ministério Público Federal em seu parecer às fls. 1150/1154 opinou pela denegação da segurança.
 6. É o relatório com a síntese das ocorrências processuais.

FUNDAMENTAÇÃO

CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

1. A tese jurídica foi amplamente debatida no específico contraditório instituído nos limites desta ação mandamental, da espécie "Mandado de Segurança".
2. Mandado de Segurança presta-se à proteção de qualquer direito líquido e certo, individual ou coletivo, nada impedindo que tal se faça por meio de discussão de tese jurídica, aliás inerente à própria lide.
3. Mandado de Segurança é cabível na espécie, tendo inclusive precedente jurisprudencial. Neste sentido o aresto:

EMENTA

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVUL-

**SOS. COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMEN-
TO. PRECEDENTES.**

A compensação de tributos ou contribuições sociais indevidos ou recolhidos a maior é direito do contribuinte assegurado por lei, independentemente de prévia autorização administrativa.

Requerida judicialmente, incumbe ao Juiz declarar, apenas, se os créditos e débitos são compensáveis, matéria exclusivamente de direito que pode ser apreciada em sede de mandado de segurança. Entendimento pacífico do STJ.

Recurso Especial conhecido e provido”.

(STJ. RESP nº 215839/SP. Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, 2ª T. - DJU - I, de 11.06.2001).

4. *A possibilidade de compensação tributária através de mandado de segurança tornou-se inquestionável, porquanto a matéria é sumulada pelo STJ: Súmula 213 – Mandado de Segurança é meio idôneo para proceder à compensação tributária.*

CONSIDERAÇÕES DE MÉRITO

1. *A Justiça é, essencialmente, noção humana e prática. Não pode ser uma ciência oculta e misteriosa fechada ao cidadão comum, apesar do interesse deste no seu alcance e nos seus resultados. A lei é a principal fonte do Direito, e a sua aplicação endossa e prestigia a Justiça.*
2. *Da garantia estabelecida no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, Mandado de Segurança, vê-se que o objetivo do Writ of mandamus é a correção do ato comissivo ou omissivo de autoridade, evidentemente marcado pela ilegalidade ou abuso de poder, contra direito líquido e certo individual, ou, coletivo.*
3. *O direito líquido e certo é o que se apóia em fatos incontroversos, fatos incontestáveis. Incontroversos os fatos ao Juiz caberá resolver a questão de direito.*
4. *Pretende a impetrante a declaração do direito ao seu crédito decorrente do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI, oriundos da aquisição de matérias-primas isentas ou de alíquota*

zero; e via de conseqüência, não creditados o seu valor, bem como o seu direito de compensar os valores pagos, na saída das mercadorias fabricadas, com tributos da mesma espécie, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91.

5. É importante assinalar que, consideram-se produtos industrializados os modificados ou aperfeiçoados para o consumo (art. 46, § único, CTN). A industrialização consiste em beneficiamento, transformação, montagem, acondicionamento ou renovação. O IPI tem alíquota maior ou menor, conforme a essencialidade do produto e, por isso, é um imposto seletivo. O IPI se sujeita ao princípio da não-cumulatividade, porquanto pago numa operação deduz-se do IPI a ser pago na operação seguinte, na passagem da mercadoria de uma empresa para outra ou de um estabelecimento para outro, da mesma empresa (art. 51, § único, CTN). Mas não entram no cômputo produtos destinados ao ativo permanente, que não fazem parte do processo de industrialização. Na contabilidade, O IPI que foi pago anteriormente, pelos fornecedores, figura como crédito. E o IPI a ser pago na saída do produto final figura como débito. Haverá imposto a recolher se no período o débito for maior que os créditos.
6. A questão da não-cumulatividade é eminentemente constitucional, pois trata do tema o § 3º, inciso II, do art. 153, da Constituição Federal. A não-cumulatividade visa impedir a chamada tributação em cascata, que onera sobremodo o preço final do produto. De fato, posto de lado o princípio da não-cumulatividade, o imposto incide sobre o próprio tributo já pago em operação anterior, ocorrendo a sobreposição de incidências e a piramidização do mesmo. Para se evitar essa pirimidização sem se adotar o sistema da incidência única, é preciso abater-se em cada operação o montante cobrado nas anteriores, conforme reza o texto mencionado. Com isso, o imposto incide apenas sobre o valor acrescido após a última operação e de modo algum recai sobre o imposto cobrado em decorrência dessa última operação.
7. Conforme consta de seus estatutos a impetrante é uma sociedade industrial de responsabilidade por cotas limitada, cujo objeto social é a exploração do ramo de indústria de tintas, vernizes, solventes, resinas e a prestação de serviços de suas aplicações, inclusive manutenção. Assim, sendo uma empre-

sa industrial, está sujeita ao pagamento do IPI sobre o produto fabricado.

8. Sobre o IPI comenta o jurista Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, in Curso de Direito Constitucional, página 602: *“É um importante imposto de competência federal; é tributação da produção industrial, no sentido de que recai sobre o resultado de processo produtivo industrial, mas o é também sobre o consumo, porque só alcança o produto no momento em que sai do estabelecimento industrial ou equiparado para integrar o processo consuntivo, embora não seja o ato de consumo a situação geradora da obrigação tributária”*.

IPI – AQUISIÇÃO DE MATÉRIAS-PRIMAS

9. A hipótese posta à exame, em verdade, se assenta em fatos, cuja controvérsia se situa e se resolve no plano da legalidade. Primeiramente, a solução desta lide mandamental compreende a deliberação da questão: a) se a impetrante tem direito ao crédito decorrente do IPI, oriundos da aquisição de matérias-primas isentas ou de alíquota zero, não creditados à mesma.
10. No Brasil, por conveniência, adotou-se técnica de cobrança distinta. O objetivo é tributar a primeira operação de forma integral e, após, tributar o valor agregado. No entanto, para evitar confusão, a alíquota incide sobre o valor em todas as operações sucessivas e concede-se crédito do imposto em todas as operações anteriores. Evita-se, assim, a cumulação.
11. Ora, se esse é o objetivo, da isenção concedida em um momento da corrente não pode ser desconhecida quando da operação subsequente tributável. O entendimento no sentido de que, na operação subsequente, não se leva em conta o valor sobre o qual deu-se a isenção, importa, meramente em diferimento.
12. “In casu” trata-se de produção de tintas e outros congêneres. Os produtores de tintas dependem, para a produção de seu produto, de diversas matérias-primas. Para efeitos de redução de custos as empresas produtoras de algumas matérias-primas transferiram a sua produção para alguma cidade, por exemplo, do norte ou nordeste do Brasil onde gozam de isenção de IPI.

13. Os produtores de outras matérias-primas, insumos para outros tipos de tintas, não se transferiram para, por exemplo, a Zona Franca de Manaus. Não se transferiram porque não desejaram ou porque era economicamente impossível. Não importa. Esse fato criou um sério problema de mercado.
14. Vejamos a título de ilustração, a hipótese de uma fábrica construída no município de Manaus-AM, onde conhecemos como Zona Franca de Manaus. A isenção do IPI dos produtos fabricados lá, tem como objetivo a implantação de fábricas que irão comercializar seus produtos fora do próprio município de Manaus-AM. Se não fosse assim o incentivo seria inútil. Aquele que produz na Zona Franca de Manaus não faz para consumo próprio. Visa, sem dúvida, a vender em outros Estados.
15. Ao que me parece, na verdade, raciocinando a partir da configuração do tributo, posso entender a ementa dos **Embargos em Recurso Extraordinário nº 94.177** em relação ao ICM: **“havendo isenção na importação de matéria-prima há direito de creditar-se do valor correspondente, na fase da saída do produto ...”**.
16. Note-se, que se não fora assim ter-se-ia mero diferimento do imposto. Então, quando os Estados obtiveram a Emenda Passos Porto vindo posteriormente a matéria para o texto constitucional, como se verifica da redação do § 2º do inciso III da alínea “a” do art. 155 da CF, o que ocorreu, foi apenas a constitucionalização de uma experiência com o ICMS.
17. Procurando entender corrente o texto constitucional enfocado, o faço com o pressuposto analítico do objetivo do tributo de valor agregado. O que não podemos, por força da técnica utilizada no Brasil para aplicar o sistema do tributo sobre o valor agregado não-cumulativo, é torná-lo cumulativo e inviabilizar a concessão de isenções ou de alíquota zero durante o processo produtivo.
18. Devo afirmar que tenho cautela que impõe a técnica do crédito e não a tributação exclusiva sobre o valor agregado. Tributa-se o total e se abate o que estava na operação anterior. O que se quer é tributação do que foi agregado e não a tributação do anterior, caso contrário não haverá possibilidade efetiva de isenção: **é isento numa operação, mas poderá ser pago na operação subsequente.**

19. Na esteira desse entendimento o **Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF**, pelo seu **PLENO** firmou jurisprudência conforme elucidativo aresto que transcrevo:

EMENTA

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA.

1. Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção.
2. Recurso não conhecido”.

(RE nº 212.484-2/RS; Pleno; Rel. Min. NELSON JOBIM; DJU - 1, de 27.11.98).

COMPENSAÇÃO

20. A compensação tributária é autorizada pela Lei nº 8.383/91. A natureza do tributo a compensar é o Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI.
21. Quanto ao mérito, a questão em exame judicial é extremamente simples, porque, em verdade, toda a controvérsia se situa e se resolve no plano estrito do invocado direito a ser declarado. Portanto, a solução integral desta lide compreende a deliberação acerca de uma questão básica, vez que a outra já foi solucionada anteriormente, qual seja: **se a imetrante tem crédito de imposto em relação ao Fisco Federal.**
22. A Lei nº 8.383/91 em seu art. 66 dispõe: *“Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes; § 1º – A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie”.*

23. Assim verifica-se que a compensação tributária é legitimamente aceita pelo Sistema Tributário Nacional, desde que a Lei autorize, como dispõe o art. 170 do Código Tributário Nacional. A Lei nº 8.383/91 veio justamente para atender o CTN, formalismo necessário à aplicação do instituto da compensação, que assim demonstra-se clarivamente presente.
24. A compensação há de ser efetuada com tributo da mesma espécie, o que no caso presente é *“imposto com imposto”*.
25. Quanto a compensação a que se refere o caso concreto, a jurisprudência do TRF/2ª Região é pacífica a respeito. A título de ilustração transcrevo o elucidativo aresto:

EMENTA

“TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. COMPENSAÇÃO.

I – Negar a compensação, na hipótese de isenção do IPI, representa a mesma coisa que negar a própria isenção, pois a manutenção do crédito e a concessão do crédito presumido ou simbólico são conseqüências inerentes à própria não-cumulatividade, de tal modo que a isenção, concedida em uma etapa da produção industrial, sem a concessão do crédito presumido correspondente, compensável na fase seguinte, ofende o princípio e onera os agentes econômicos da industrialização e comercialização.

II – Há razão para o entendimento segundo o qual, havendo isenções numa das etapas da industrialização, deve haver o crédito correspondente, nos impostos não-cumulativos, sob pena de, em se negando o crédito presumido ou simbólico, romper-se a cadeia débito-crédito dos impostos não-cumulativos, cumulando-se o imposto e impondo-se ao consumidor final ônus igual ou superior ao que teria, se não houvesse a isenção.

III – Apelação provida.”

(TRF/2ª Região; 2ª Turma; AC nº 97.02.00552-3/RJ; Rel. Des. Fed. CASTRO AGUIAR; DJU - 2, de 25.06.98, pág. 235).

26. Por derradeiro, tenho que o ato da autoridade administrativo é ilegal.

27. Tudo isto analisado e sopesado a conclusão judicial é pelo acolhimento do pedido.
28. Com estas considerações, expendias fundamentalmente em atenção ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, nada mais, a meu sentir, precisa ser acrescentado.

DISPOSITIVO

1. Do quanto ficou exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA**, com apoio no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal c/c o art. 1º da Lei nº 1.533/51, para o fim de que reconhecendo o direito líquido e certo da impetrante, os créditos do IPI sobre as matérias-primas isentas ou de alíquotas zero, constantes destes autos, **declarar o seu direito à compensação, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91.**
2. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 12, § Único, da Lei nº 1.533/51).
3. Sem honorários advocatícios a teor das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.
4. Comunique-se à autoridade impetrada e dê-se ciência ao Ministério Público Federal.
5. Custas *ex lege*.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São João de Meriti, 5 de maio de 2002.

SÍDNEY M. MONTEIRO PERES

Juiz Federal Titular da 4ª Vara

EMENTA

IRPJ. LUCRO INFLACIONÁRIO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. LANÇAMENTO SUPLEMENTAR POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE INÉRCIA. ISENÇÃO ESPECÍFICA. NECESSIDADE DE DESPACHO DA AUTORIDADE FISCAL. REVERSÃO CONTÁBIL DESAUTORIZADA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. MULTA MORATÓRIA. NÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.

26ª VARA FEDERAL**AÇÃO ORDINÁRIA**

Processo: 96.0073911-0
Autora: COMPANHIA PALMARES HOTÉIS E TURISMO
(Dr. Marco Antônio de Almeida Rego, OAB/RJ nº. 80.493)
Ré: UNIÃO FEDERAL
(DRª MARIA LUÍZA DE MENDONÇA - PFN)
Juiz: DR. LUIZ EDUARDO PIMENTA PEREIRA

SENTENÇA

Vistos etc.

I – RELATÓRIO

Companhia Palmares Hotéis e Turismo, qualificada na exordial, propôs a presente ação, sob o procedimento comum de rito ordinário, em face da **União**, pleiteando, em suma, seja a mesma condenada a anular a decisão proferida no Processo Administrativo Fiscal nº. 10768.002.190/88-32 onde, após recurso ao Conselho de Contribuintes, considerou-se procedente a cobrança do crédito tributário de R\$ 56.709,85, concernente a débito de IRPJ e PIS.

Na inicial, instruída com documentos (fls. 11 e 13/38), procuração (fls. 12) e guia de recolhimento da integralidade das custas (fls. 39), a autora, intimada a pagar o citado valor, pugnou pelo depósito judicial do mesmo, com o fito de suspender a exigibilidade do crédito até a solução da lide em questão. Insurgiu-se contra o montante cobrado, por ser despropositada a aplicação de multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o débito principal e a correção dos juros pela variação da TRD (de fevereiro '91 a janeiro '92) e pela taxa SELIC (a partir de 96). Isso tornaria o valor atinente a juros seis vezes maior que o principal. Afirmando ser o lançamento anterior ao advento da Lei nº. 8.383, disse que correto seria a aplicação de multa de mora de 20% e juros de mora de 1% ao mês, na forma do artigo 59, pois a lei tributária mais benéfica incide imediatamente sobre os casos não resolvidos, ainda que lhes seja posterior. Participou que a jurisprudência refuta a utilização da TRD e da SELIC e determina a indexação dos débitos fiscais pela UFIR, com aplicação de juros de 1% a.m. Em preliminar argüiu a decadência do lançamento, pois, sendo decorrente de divergência quanto ao valor do lucro inflacionário do ano-base 1978, tal ato só poderia ser levado a termo, conforme preceitos dos artigos 173, § 3º, do CTN e 712, do RIR, até 05 (cinco) anos após identificado o erro, logo, apenas até 31.12.1984. Nas alegações meritórias, revelou que declarara, como lucro inflacionário sujeito a tributação, um montante e que o Fisco, empreendendo reconstituição dos demonstrativos dos exercícios de 1979 a 1986, encontrara valor maior que o explicitado. Disse que essa dicotomia deveu-se a erro da fiscalização, pois o lucro inflacionário de 1978 fora de zero. Por fim afirmou que concluíra as obras do Rio Sheraton Hotel em 1975, mesmo ano em que receberam o certificado de obra concluída, expedido pela EMBRATUR, de modo que seria beneficiária da isenção fiscal decenal ventilada pelo artigo 464, do RIR.

Regularmente citada (fls. 47/47v), às fls. 50/52 veio a contestação da União, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional-PFN. Rechaçou a tese da decadência lembrando que o lançamento em tela foi notificado à autora em 19.12.87 e que, a rigor, referia-se ao exercício financeiro de 1986, ano-base 1985. Assim, o início do cômputo do quinquênio decadencial deu-se em 1º. de janeiro de 1987, pelo que não haveria se operado a extinção do direito da Fazenda Pública cobrar o crédito fiscal. no mérito expôs que a autora jamais demonstrou que a isenção alegada foi-lhe deferida pela Delegacia da Receita Federal, segundo exigido pelo artigo 466 do RIR e que, na verdade, a mesma nem sequer fora requerida. Lembrou que a isenção não se originaria de documento expedido pela EMBRATUR, mas sim lavrado pela Receita Federal (Decreto nº. 85.450/80, de 04.12.80). Afirmou, derradeiramente, que a autora fizera reversão,

de maneira que passou a considerar extinto o saldo do valor declarado em 1979 como lucro inflacionário acumulado, referente ao ano de 1978 (Cr\$ 25.276.144,00). Informou que tal reversão devera-se à suposta isenção fiscal que gozaria a autora. Explicitou que essa operação financeira não fora autorizada por qualquer dispositivo legal.

Réplica às fls. 57/59.

É o relatório. **DECIDO.**

II – FUNDAMENTAÇÃO

Sem Preliminares

Mérito

Preliminar de Mérito – Decadência

Não assiste razão à autora, que pretendia ver reconhecida a decadência de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento do Imposto sobre a Renda tendo como fato gerador a ocorrência do denominado “Imposto Inflacionário” – ano-base de 1978.

Com efeito, trata-se de tributo sujeito à sistemática de lançamento por homologação (no IRPJ embora haja a declaração realizada pelo contribuinte, entendem doutrina e jurisprudência pacíficas se tratar de imposto sujeito ao regime de lançamento por homologação), onde a jurisprudência sólida do Egrégio Superior Tribunal de Justiça é no sentido de aplicação do prazo de 05 (cinco) anos do artigo 150, § 4º, do CTN, acrescidos de mais 05 (cinco) anos, do art. 173, I do mesmo diploma legal.

Assim, a Fazenda teria até o final do ano de 1988 para constituir seu crédito tributário, não se operando, portanto, a decadência do mesmo.

E ainda há uma outra justificativa para a não-ocorrência, *in casu*, da decadência dos créditos tributários.

De acordo com a análise da hipótese dos autos, pode-se facilmente verificar que não ocorreu qualquer tipo de inércia, por parte da Fazenda Nacional, haja vista que a própria autora, por entender possível, diferiu os valores tributáveis durante anos, não podendo a Fazenda controlar efetivamente o recolhimento deste tributo.

Como ensina Ricardo Lobo Torres, em seu “Curso de Direito Financeiro e Tributário”, Ed. Renovar, 7ª. Edição:

“E se não houve antecipação do lançamento? Logicamente não se iniciará o prazo de decadência, pois não cabe cogitar de

homologação se inexistiu o autolancamento ou o pagamento prévio. O que a Administração controla é o ato do contribuinte, o pagamento por ele antecipado. Inexistindo este, inexistirá a possibilidade de homologação e, conseqüentemente, não se iniciará o prazo decadencial".

Ora, a autora realizou uma reversão para extinguir o saldo de lucro inflacionário por entender que a correção monetária estaria dentro do âmbito de incidência da isenção pleiteada, voltando a informar à Fazenda apenas dez anos após (término do período de isenção) o valor a ser tributado. Neste período não haveria como o Fisco ter conhecimento desse fato, motivo pelo qual se afirma que este não permaneceu inerte, não correndo contra ele o prazo decadencial.

Neste sentido, rejeito a preliminar de mérito apresentada.

MÉRITO PROPRIAMENTE DITO

A pretensão da autora não merece acolhida pelas razões que passamos a desenvolver.

A questão versa sobre a efetivação de isenção do imposto sobre a renda incidente gerado pelo lucro inflacionário (art. 466 do Regulamento do Imposto sobre a Renda), bem como forma de pagamento diferida do tributo em análise.

De acordo com o Código Tributário Nacional, toda a isenção que não é dada em caráter geral, deverá ser efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, devendo o interessado preencher todos os requisitos legais. É o que se extrai da exegese do art. 179, que transcrevemos abaixo:

"Artigo 179, do Código Tributário Nacional –

A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para a sua concessão".

Assim, podemos afirmar que para a incidência da norma isentiva neste caso concreto se faz necessário o respeito ao parágrafo único do artigo 2º. do Decreto-Lei nº. 1191/71, que determinava que somente com a requisição da isenção, e a prova do cumprimento de certos requisitos, seria possível à autora gozar da isenção tributária pretendida.

Vejamos o artigo em comento.

"Artigo 2º – *omissis*

Parágrafo único – Para gozar da isenção de que trata esta Seção, a pessoa jurídica deverá requerê-la à Delegacia da Receita Federal de sua jurisdição, comprovando haver obedecido aos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Turismo para execução dos projetos por ele aprovados (DL nº. 1191/71, artigo 2º., parágrafo único)"

Nestes termos, nenhum documento que não tenha sido apresentado à Receita Federal teria o condão de efetivar a isenção pretendida pela autora, uma vez que a norma inserida no artigo 179 do CTN é clara ao dispor que somente a autoridade administrativa poderá efetivar a isenção. Trata-se de requisito legal necessário à existência da isenção pretendida. Sem o ato da Administração a isenção jamais se operou.

Embora a autora mencione em sua réplica que a suplicante concluiu em 27 de maio de 1975 as obras de construção do chamado Rio Sheraton Hotel, recebendo o respectivo certificado da EMBRATUR, anexo às fls. 37, este não assegura à mesma a efetivação da isenção tributária, uma vez que não realizado o procedimento administrativo que importa na produção de efeitos da norma isentiva.

Ocorre que a autora procedeu ao diferimento do pagamento do imposto incidente sobre o lucro inflacionário por sua própria iniciativa, quando, mesmo que estivesse correta, dependeria do ato da Receita Federal para efetivar a isenção.

Alega a autora que o motivo que determinou o lançamento do ano-base de 1978 se fundou numa interpretação da legislação vigente à época, mas é irrelevante a análise deste motivo porque já se operou a decadência do direito de proceder à sua revisão.

Não entendo desta forma. De fato houve um lapso temporal de quase dez anos entre a ocorrência do fato gerador e o lançamento impugnado. Mas, como explicado anteriormente acerca da não-ocorrência da decadência do direito de a Fazenda constituir seu crédito, teria esta até o final de 1988 para lançar, de ofício, o valor objeto de discussão.

Ocorre que o lançamento de ofício foi realizado em 29.01.88, portanto, dentro do prazo decadencial para que a Fazenda constituísse seu crédito.

Não tendo se operado a decadência, impõe-se a análise do apontado equívoco no cômputo da base de cálculo do ano-base de 1978.

De acordo com a autora houve reversão do lucro inflacionário diferido do exercício anterior (1978) uma vez que entendeu a mesma que a isenção do Imposto sobre a Renda abrangia também o resultado da correção monetária, e assim entendendo, procedeu ao registro no LALUR.

Ora, havia à época discussão sobre a possibilidade, ou não, da referida extensão da isenção à correção monetária do lucro da exploração pelo prazo de dez anos, de hotéis cujos projetos tenham sido aprovados pelo Conselho Nacional de Turismo até 31 de dezembro de 1975. Este era o teor do art. 464 do RIR vigente à época.

Mas, como já afirmado acima, a autora procedeu à operação que importou em benefícios para a sua contabilidade sem o procedimento administrativo necessário para a implantação da isenção, e mais, sem a confirmação se a isenção atingiria também a correção monetária.

Ora, caso a autora realmente quisesse ter sua esfera jurídica protegida, deveria ter tomado à época uma de duas soluções: proceder à consulta fiscal, como bem lembrado pela ilustre Procuradora da Fazenda Nacional em sua contestação, ou ter se valido de ação judicial onde se discutisse a possibilidade de extensão da isenção também à correção monetária.

Tal não ocorreu. A autora procedeu à operação sem a consulta da Administração nem o respaldo do Poder Judiciário. Neste sentido, deve-se afirmar que como a isenção jamais foi efetivada, e não havia a possibilidade de reversão nas normas tributárias vigentes à época, não deve ser permitida a revisão do lançamento.

Com efeito, não há equívoco algum a ser corrigido. A autora não comprovou os requisitos necessários à implantação da norma isentiva e a operação de reversão que realizou não tinha amparo na legislação, tendo sido efetuada sem as precauções de estilo.

Como se sabe, todos os atos que importem no não-pagamento de tributo devem ser regidos exclusivamente por lei. Não havendo lei autorizadora, a operação que pretende o não-recolhimento de tributo é inválida. Vejamos a norma inserida no artigo 97, VI, do CTN.

“Artigo 97, do Código Tributário Nacional –

Somente a lei pode estabelecer:

VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades”.

Correta, portanto, a decisão administrativa que impediu a reversão e a conseqüente dispensa do tributo devido.

A Administração em 1988 conseguiu constituir seu crédito de forma válida e sua decisão final administrativa deve ser mantida uma vez que a autora não logrou êxito em sua tese de que houve erro na apuração do imposto incidente sobre o lucro inflacionário. Aliás, vale a transcrição da decisão administrativa que elucida corretamente a questão, motivo pelo qual não é passível de correção pelo Judiciário.

"IRPJ – LANÇAMENTO SUPLEMENTAR – LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZADO.

A parcela de lucro inflacionário realizado no exercício, deve ser calculada em consonância com a legislação tributária disciplinadora, não podendo ser diminuída em função de reversões não previstas em lei ou de alegada dúvida quanto à sua composição."

Assim, toda a operação de diferimento do pagamento dos créditos tributários e reversão realizada pela autora é inválida, não podendo ser oponível ao Fisco.

Finalmente, cabe-nos apenas, para efeitos de sistematização do julgado, afirmar que as cominações de multa de 50% do valor do débito e inclusão no item juros das parcelas correspondentes à variação da TRD e depois a taxa SELIC foram realizadas de acordo com a legislação tributária vigente, não recaindo sobre elas nenhum vício ou incorreção.

Quanto à alegação de que a Lei nº. 8.383/91, em seu artigo 59, teria cominado penalidade mais branda (20%) do que a multa sofrida pela autora à época da constituição do crédito tributário (50%), esta não deve prosperar.

Com efeito, não se pode confundir multa, que possui natureza punitiva com a denominada "multa de mora" do artigo 59, da Lei nº. 8.383/91, que possui apenas caráter indenizatório.

Neste sentido a escorreita lição de Paulo de Barros Carvalho:

"b) As multas de mora são também penalidades pecuniárias, mas destituídas de nota punitiva. Nelas predomina o intuito indenizatório, pela contingência de o Poder Público receber a destempo, com as inconveniências que isso normalmente acarreta, o tributo a que tem direito. Muitos a consideram de natureza civil, porquanto largamente utilizadas em contratos regidos pelo direito privado. Essa doutrina não procede. São previstas em leis tributárias e aplicadas por funcionários administrativos do Poder Público." (grifos nossos)

(Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 11ª. Edição)

Assim, o advento da Lei nº. 8.383/91 não influencia em nada na multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória cometido pela autora. Não se aplica à hipótese aqui demonstrada a norma do artigo 106, II, "c", do CTN, que trata do princípio da retroatividade benigna.

Por todos os motivos acima expostos, a decisão proferida no procedimento administrativo nº. 10768.002.190/88-32 deve ser mantida, e o pedido de anulação do débito julgado improcedente.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO** nos exatos termos da fundamentação, com fulcro no artigo 269, I, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa (verbete 14, STJ).

P. R. I.

Rio de Janeiro, 07 de agosto de 2001.

LUIZ EDUARDO PIMENTA PEREIRA

Juiz Substituto no Exercício da

Titularidade Plena da 26ª Vara Federal

O percentual dos juros de mora, relativo ao mês de **Abril/2001**, exigível a partir de 01/05/2001, ficou definido em 1,19%.

MÊS/ANO	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Janeiro	0,00%	2,58%	1,73%	2,67%	2,18%	1,46%	1,27%
Fevereiro	3,63%	2,35%	1,67%	2,13%	2,38%	1,45%	1,02%
Março	2,60%	2,22%	1,64%	2,20%	3,33%	1,45%	1,26%
Abril	4,26%	2,07%	1,66%	1,71%	2,35%	1,30%	1,19%
Maio	4,25%	2,01%	1,58%	1,63%	2,02%	1,49%	1%
Junho	4,04%	1,98%	1,61%	1,60%	1,67%	1,39%	
Julho	4,02%	1,93%	1,60%	1,70%	1,66%	1,31%	
Agosto	3,84%	1,97%	1,59%	1,48%	1,57%	1,41%	
Setembro	3,32%	1,90%	1,59%	2,49%	1,49%	1,22%	
Outubro	3,09%	1,86%	1,67%	2,94%	1,38%	1,29%	
Novembro	2,88%	1,80%	3,04%	2,63%	1,39%	1,22%	
Dezembro	2,78%	1,80%	2,97%	2,40%	1,60%	1,20%	
			22,35%	25,58%	23,02%	16,19%	5,74 %

Total para 05/01- 92,88%

Assim, sobre os tributos e contribuições federais, relativos a fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/95, os juros de mora deverão ser cobrados, **no mês de MAIO/2001**, nos percentuais abaixo indicados, conforme o mês em que se venceu o prazo legal para pagamento:

MÊS/ANO	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Janeiro	156,06	114,77	91,15	67,86	42,77	20,47	4,47
Fevereiro	152,43	112,42	89,48	65,73	40,39	19,02	3,45
Março	149,83	110,20	87,84	63,53	37,06	17,57	2,19
Abril	145,57	108,13	86,18	61,82	34,71	16,27	1,00
Maio	141,32	106,12	84,60	60,19	32,69	14,78	-
Junho	137,28	104,14	82,99	58,59	31,02	13,39	
Julho	133,26	102,21	81,39	56,89	29,36	12,08	
Agosto	129,42	100,24	79,80	55,41	27,79	10,67	
Setembro	126,10	98,34	78,21	52,92	26,30	9,45	
Outubro	123,01	96,48	76,54	49,98	24,92	8,16	
Novembro	120,13	94,68	73,50	47,35	23,53	6,94	
Dezembro	117,35	92,88	70,53	44,95	21,93	5,74	

5ª VARA FEDERAL DE EXECUÇÃO FISCAL – RJ**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**

Processo: 99.0060199-6
Autora: CENTRINEL S/A
Ré: FAZENDA NACIONAL

EMENTA

1. Garantia do Juízo. Parâmetro. Valor conhecido do débito à época da penhora. Possibilidade de reforço posterior.
2. Juros de mora. Forma de calcular.
3. Compensação. Art.16, § 3º, da LEF. Requisitos. Ilíquidez do débito. Impossibilidade.

SENTENÇA**RELATÓRIO**

1. Sentença que profiro nos autos dos Embargos à Execução Fiscal processados entre as partes acima, impugnando a cobrança da dívida perseguida na Execução Fiscal ora apensada.
2. A parte embargante, a par de impugnar o valor da causa, pleiteia o reconhecimento de excesso de execução e, sucessivamente, o deferimento da compensação dos recolhimentos indevidos para o PIS com os débitos reclamados. Tudo com base nos seguintes fundamentos de fato e de direito:
 - a) Preliminarmente, impugna-se o valor de R\$ 113.730,31, atribuído à causa pela exeqüente, pois o débito, com todos os encargos, correspondia a R\$ 68.497,34, sendo inconcebível um acréscimo de R\$ 45.232,97 em apenas dois meses, quando não variou a UFIR.

- b) Como se viu acima (variação de 66% em dois meses), há excesso de cobrança, dificultando-se a defesa do embargante, visto que a Fazenda Nacional não demonstrou como chegou a valor tão alto.
 - c) A parte embargante efetuou recolhimentos a maior do PIS com base nos Decretos-leis 2445 e 2448/88, o que gerou créditos compensáveis com o presente débito, em vista da inconstitucionalidade declarada pelo STF e a suspensão da execução dos Decretos-leis pelo Senado Federal, o que vem sendo admitido pela jurisprudência, com base no art. 66, da Lei 8383. Nesse sentido, é inconstitucional o art. 16, § 3º, da LEF, por violar a amplitude de defesa constitucionalmente garantida.
3. Instruída a peça de embargos com os documentos de fls. 6-36. Intimada, a parte embargada apresentou impugnação às fls. 39-43. Ali são vertidos os seguintes rebatês à pretensão da embargante:
 - a) Preliminarmente, a ausência de garantia do Juízo (avaliação de R\$ 120.000,00 contra dívida de R\$ 134.760,03 no mesmo dia).
 - b) Quanto ao valor do débito, a embargante insurge-se genericamente contra o valor apresentado, fazendo cálculos aproximados e irreais para questionar débito constituído regularmente, com presunção de liquidez e certeza (art. 3º da LEF).
 - c) Impossível é a pretendida compensação, pois não há crédito demonstrado e reconhecido pela Receita Federal, já que não se pode afirmar que o recálculo com base na Lei Complementar 770 iria diminuir o valor recolhido a título de PIS, sendo ilegítima a pretendida substituição da Receita Federal pelo Poder Judiciário na apreciação das questões fáticas.
 - d) Além disso, PIS e COFINS não são tributos da mesma espécie, sendo inadequados ao art. 66 da Lei 8383/91.
 4. Com réplica às fls. 49-51, vieram os autos para sentença.
 5. É o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

6. As partes são legítimas e bem representadas. As questões a serem discutidas são as seguintes:
 - a) Preliminar de insuficiência da garantia;
 - b) Impugnação ao valor da causa da execução fiscal, em conjunto com a alegação de excesso de execução;
 - c) Se pode haver compensação de créditos em execução fiscal e se o caso em estudo apresenta todos os pressupostos necessários à efetivação do encontro de débitos.

7. À época da penhora e avaliação no valor de R\$ 120.000,00, o débito conhecido nos autos remontava R\$ 113.730,31 (fls. 52), sendo a constrição, assim, suficiente para garantir seu futuro pagamento.

8. Mesmo que a atualização *extra autos* do débito aponte que, àquela mesma data, a dívida era maior que a avaliação, deve-se tomar por parâmetro, na admissibilidade dos embargos, o valor conhecido do débito, sob pena de se ver prejudicada a defesa.

9. Isto porque causaria grande insegurança jurídica se a parte devedora tivesse de recorrer a elementos estranhos aos autos para verificar se está ou não apto a defender-se. Eventual necessidade de complemento da garantia poderia, sem problemas, ser efetuada após o deslinde dos embargos.

10. Rejeita-se, portanto, a alegação preliminar da embargada.

11. Examinando-se em conjunto as alegações de impugnação ao valor da causa da execução e de excesso de execução, por possuírem idêntico fundamento, impende examinar a CDA que instrui a inicial. Às fls. 3, verifica-se que, em 14.03.97, o débito remontava R\$ 68.497,34, equivalente a 93.432,86 UFIR.

12. Pelo que se nota dos anexos à CDA, o valor citado corresponde ao principal + multa de mora + correção monetária até a data da inscrição, não computando juros desde o vencimento do débito e o encargo legal de 20% do Decreto-lei 1025/69.

13. Aplicando-se os juros de mora (1% ao mês de 03.95 a 12.96 e SELIC de 01.97 a 05.97) a cada parcela do principal, teríamos:

Principal (UFIR)	Mês	% de juros	Valor c/juros (UFIR)
8146.80	02.95	30.28	10613.65
7120.58	03.95	29.28	9205.49
8513.08	04.95	28.28	10920.58
6761.13	05.95	27.28	8605.57
6197.09	06.95	26.28	7825.69
5174.48	07.95	25.28	6482.59
7314.50	08.95	24.28	9090.46
6574.59	09.95	23.28	8104.91
6099.68	10.95	22.28	7458.69
5277.61	11.95	21.28	6400.69
4741.93	12.95	20.28	5703.59

PRINCIPAL + JUROS = 90.411,91 UFIRs

MULTA = 21.561,39 UFIRs

TOTAL = 111.973,30 UFIRs + ENCARGO 20% = 134.367,96 UFIRs = R\$ 122.382,34 (05/97)

14. Como se nota, o valor apurado para maio de 1997 é superior ao próprio valor da causa, falecendo ao embargante interesse em vê-lo aumentado e dando conta da improcedência da alegação de excesso de execução.
15. Quanto à terceira questão, inicialmente, convém trazer à baila a proibição de processamento da compensação por embargos do devedor, conforme o art.16, parágrafo 3º, da Lei 6.830/80. Não quer tal dispositivo dizer que não possam ser compensados créditos cobrados em execução fiscal. Diz ape-

nas que os embargos não constituem sede própria para a apuração da certeza e liquidez do crédito compensável com a dívida exequenda, permitindo apenas o encontro de créditos que tenham sido previamente determinados e dotados de liquidez e certeza.

16. Por isso, não se pode dizer que o mesmo dispositivo contrarie o princípio da amplitude de defesa, constitucionalmente garantido, pois é legítimo que a lei queira preservar os embargos do devedor do tempo e energia processual que seriam necessários para apurar um crédito pertinente a outra relação jurídico-tributária. Por isso, a amplitude de discussão da relação jurídica sob cobrança permanece
17. A compensação no Direito Tributário não atende à mesma regulamentação do Direito Civil, como reconhece o próprio art. 1017 do Código Civil. Enquanto a compensação no Direito Civil é, a princípio, franqueada a todos os casos, obedecidas as restrições legais, a compensação tributária é, inicialmente, vedada, salvo nas hipóteses expressa e estritamente previstas na legislação de regência.
18. A norma básica de compensação na esfera federal é o art. 66, da Lei 8383/91, que dispõe *in verbis*:

“Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes.

§ 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.

§ 4º O Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo”.

19. Colocam-se os requisitos da **identidade de espécie e destinação constitucional** (art. 39 da Lei 9250/95) dos créditos compensáveis e da **liquidez e certeza** dos mesmos (art. 170, CTN). Para as contribuições sociais, surge um terceiro, constante do art. 89, parágrafo 3º, da Lei 8212/91, qual seja, a limitação da compensação a 30% do valor a ser recolhido em cada competência.
20. Todas as restrições citadas possuem fundamento de validade no art. 170 do CTN, que atribui a competência para estabelecê-las ao legislador ordinário.
21. No tema da liquidez e certeza, apesar de haver prevalecido no E. STJ o critério da inexigibilidade de manifestação judicial ou da Fazenda no caso de compensação com tributos constituídos mediante autolancamento, é mais correto o entendimento esposado pelo Min. JOSÉ DELGADO e outros membros daquela Corte, em sentido diverso, pelas bem fundadas razões abaixo discriminadas:

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA.

- A PRIMEIRA TURMA DO STJ, POR MAIORIA, EM INÚMEROS PRECEDENTES TEM ASSENTADO QUE A COMPENSAÇÃO PREVISTA NO ART. 66, DA LEI 8.383/1991, SÓ TEM LUGAR QUANDO, PREVIAMENTE, EXISTE LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO A SER UTILIZADO PELO CONTRIBUINTE.
- CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO, POR SUA VEZ, CONFORME EXIGE O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE, É O QUE TEM O SEU "QUANTUM" RECONHECIDO PELO DEVEDOR. ESSE RECONHECIMENTO PODE SER FEITO DE MODO VOLUNTÁRIO OU POR VIA JUDICIAL.
- O AUTOLANÇAMENTO PREVISTO NO CTN É ATIVIDADE VINCULADA. SÓ PODE SER FEITO DE ACORDO COM AS REGRAS FIXADAS PELA NORMA JURÍDICA POSITIVA.
- NÃO HÁ LEI AUTORIZANDO, EM SE TRATANDO DE COMPENSAÇÃO, QUE O CONTRIBUINTE EFETUE O AUTOLANÇAMENTO ANTES DE APURAR A LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO.
- O SISTEMA JURÍDICO TRIBUTÁRIO TRATA, DE MODO IGUAL, SITUAÇÕES QUE IMPÕEM RELAÇÕES OBRIGACIONAIS DO

MESMO NÍVEL. SE, POR OCASIÃO DA EXTINÇÃO DO TRIBUTO POR MEIO DE PAGAMENTO, O DEVEDOR É QUEM APRESENTA O SEU DÉBITO COMO LÍQUIDO E CERTO, A FIM DE SER VERIFICADO, POSTERIORMENTE, PELO CREDOR, O MESMO HÁ DE SE EXIGIR PARA A COMPENSAÇÃO, ISTO É, A PARTE DEVEDORA, NO CASO O FISCO, DEVE SER CHAMADA PARA APURAR A CERTEZA E LIQUIDEZ DO CRÉDITO QUE O CONTRIBUINTE DIZ POSSUIR. TRATAR DE MODO DIFERENCIADO A COMPENSAÇÃO, NO TOCANTE A LIQUIDEZ E CERTEZA DO DÉBITO, E CRIAR, SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL, UM PRIVILÉGIO PARA O CONTRIBUINTE É UMA DISCRIMINAÇÃO PARA A FAZENDA PÚBLICA.

- O ART. 146, III, "B", DA CF/1988, DISPÕE QUE SOMENTE A LEI COMPLEMENTAR PODE TRATAR DE OBRIGAÇÃO, LANÇAMENTO E CRÉDITO TRIBUTÁRIOS. O ART. 170, DO CTN, AO EXIGIR LIQUIDEZ E CERTEZA PARA SER EFETIVADA A COMPENSAÇÃO, E LEI COMPLEMENTAR. AINDA MAIS QUANDO DIZ QUE A COMPENSAÇÃO SÓ PODE SER FEITA NOS TERMOS DA LEI ORDINÁRIA. FIXA, ASSIM, PRESSUPOSTO NUCLEAR A SER CUMPRIDO PELAS PARTES, NÃO DISPENSÁVEL PELA LEI ORDINÁRIA, QUE É A EXISTÊNCIA DE CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO. A SEGUIR, EXIGE QUE A LEI ORDINÁRIA AUTORIZA A COMPENSAÇÃO E FIXE GARANTIAS E O MODO DA MESMA SE PROCEDER. O ART. 66 DA LEI 8.383/1991, EM CONSEQÜÊNCIA, É DERIVADO DO ART. 170, DO CTN. NÃO CRIOU UM NOVO TIPO DE COMPENSAÇÃO. SE O FIZESSE, NÃO SERIA ACOLHIDO PELO SISTEMA JURÍDICO TRIBUTÁRIO, POR VIOLAR NORMA HIERARQUICAMENTE SUPERIOR.
- APLICAÇÃO, TAMBÉM, PELO EFEITO DA OCORRÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE, ART. 462, CPC, DA LEI 9.430, DE 27/12/1996, ARTS. 73 E 74, QUE EXIGE, PARA FINS DE COMPENSAÇÃO, O RECONHECIMENTO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO RECONHECIMENTO DO VALOR DO CRÉDITO APRESENTADO PARA TAL FIM. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA DA FAZENDA NACIONAL ACOLHIDOS. O CRÉDITO APRESENTADO NÃO É LÍQUIDO E NEM CERTO. NÃO HOUE RECONHECIMENTO DESSA CARACTERÍSTICA DO CRÉDITO NEM PELA ADMINISTRAÇÃO, NEM POR SENTENÇA JUDICIAL".

(R. Esp. 124851 RS, PRIMEIRA TURMA, rel. Min. JOSÉ DELGADO)

22. *Concessa venia*, não convence a argumentação contrária relativa a tributos recolhidos pelo lançamento por homologação, segundo a qual a circunstância de haver recolhimento prévio do tributo para fins de apreciação administrativa prejudicaria a finalidade da compensação, inviabilizando sua realização.
23. Primeiramente, deve-se atentar por preservar a preponderância dos institutos em confronto. Possuindo a compensação tributária natureza restrita como acima se expôs, é preferível sacrificar sua realização em determinadas hipóteses que permitir a compensação, ao talante do contribuinte, de valores cuja certeza e liquidez não se pode garantir.
24. Além disso, a apuração de liquidez e certeza que aqui se comenta não se refere ao débito do contribuinte cujo valor será jungido ao do crédito compensável. O débito sujeito ao autolancamento tem sua liquidez e certeza, *a priori*, apurada pelo próprio contribuinte, vindo a sofrer posterior fiscalização por parte da Administração Tributária.
25. O que deve merecer prévia atenção administrativa ou jurisdicional no sentido da determinação de sua liquidez e certeza é, sim, o **crédito compensável**. Uma vez apurado este por uma das vias eleitas, pode o mesmo ser compensado livremente com débito futuro do contribuinte.
26. Assim, nenhuma incompatibilidade existe entre o sistema de compensação de créditos tributários e os tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Uma vez obtido crédito líquido e certo, seja por declaração administrativa, seja por sentença judicial, está o contribuinte autorizado a efetuar *sponte proprio*, compensação com créditos vincendos.
27. No caso dos autos, é patente a iliquidez e incerteza do crédito compensável, pois não foi comprovado o reconhecimento por sentença judicial definitiva ou apreciação administrativa irrecorrível acerca do crédito compensável. Tampouco foi demonstrada a apuração em procedimento contraditório do saldo a compensar, parecendo ter sido a autorização provisória dada em caráter genérico.

28. A segurança por que ora se propugna tem por escopo evitar a múltipla apresentação do mesmo crédito para compensação em diversas execuções, como não raramente ocorre.
29. Assim, constatada a ausência de predeterminação de valor compensável líquido e certo, a obtenção desse valor não poderá ser feita nos presentes autos, de acordo com a proibição do art.16, § 3º, da LEF, acima citado.

DISPOSITIVO

Posto isto, rejeitando a preliminar da embargada, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**, rejeitando pelo mérito os embargos e tendo como perfeito o débito veiculado na Execução Fiscal nº 97.0066606-9 e a penhora ali realizada. Custas *ex lege*. Condene a parte vencida a pagar ao vencedor honorários de R\$ 500,00 atualizáveis.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes. Traslade-se cópia da presente aos autos da execução fiscal.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2000.

ANTÔNIO HENRIQUE CORRÊA DA SILVA

Juiz Federal – 5ª VFEF – RJ

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REFIS. LEVANTAMENTO DE PENHORA. IMPOSSIBILIDADE**3ª VARA FEDERAL DE SÃO JOÃO DO MERITI**

Processo: 2000.5110004600-7
Autora: EDUCAR PARTICIPAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL

SENTENÇA

EDUCAR PARTICIPAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR LTDA. opõe os presentes Embargos à Execução contra a UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), alegando, em síntese, que não há exigibilidade, certeza e liquidez do título, pois a Embargante fez a opção pelo Programa de Recuperação Fiscal (REFIS). Requer a procedência do pedido a fim de não mais esteja obrigada a pagar a dívida, bem como a liberação do bem penhorado.

Documentos de fls. 04/08 são apresentados com a inicial. A seguir, são juntados novos documentos e Procuração (fls. 12/18).

A Fazenda Nacional apresenta impugnação (fls. 21/26), alegando, preliminarmente, carência de ação, pois a Embargante não tem interesse processual, já que a opção pelo REFIS importa em confissão irretrátável e irrevogável da dívida.

No mérito, propugna pela liquidez e certeza da dívida. Ainda, aduz que a opção pelo Programa de Recuperação Fiscal, antes da homologação, não implica suspensão do crédito tributário, nos termos do art. 12, parágrafo 1º, do Decreto 3431/2000. Juntada de documentos às fls. 27/29.

Em réplica, não ocorreu manifestação da Embargante. As partes não requereram novas provas.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, quanto à preliminar de carência de ação da Embargante, não merece ser acolhida, pois o rol taxativo do art. 741 prevê que,

em sede de Embargos, é possível a discussão acerca da exigibilidade do título. Assim, afasta-se a preliminar.

No mérito, para o exame da questão, faz-se necessária a análise de alguns dispositivos da Lei 9.964/2000 e de seu Decreto 3.431/2000:

"Lei 9.964, de 10 de abril de 2000.

Art. 2°. O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1°.

Parágrafo 1°. A opção poderá ser formalizada até o último dia do mês de abril de 2000.

(...)

Art. 3°. A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

I – confissão irrevogável e irretratável dos débitos referidos no art. 2°.

(...)

Parágrafo 3°. A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal.

(...)

Decreto 3.341, de 24 de abril de 2000.

Art. 4°.(...)

Parágrafo 4°. A opção pelo REFIS, independente de sua homologação, implica:

I – início imediato do pagamento dos débitos;

II – após a confirmação da opção, nos termos estabelecidos pelo Comitê Gestor, suspensão da exigibilidade dos débitos não ajuizados, ou, quando ajuizados, integralmente garantidos;

III – submissão integral às normas e condições estabelecidas no Programa.

Art. 10. A homologação da opção pelo REFIS será efetivada pelo Comitê Gestor, produzindo efeitos a partir da data da formalização da opção.

Parágrafo 1° A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes da medida cautelar fiscal e das garantias

prestadas nas ações de execução fiscal, cabendo à PGFN e ao INSS, no âmbito de suas respectivas competências, promoverem as ações necessárias a assegurar o cumprimento dessa exigência.

(...)

Art. 12. A adesão ao REFIS não implicará desconstituição da penhora, arresto de bens ou outras garantias efetivadas nos autos da ação de execução fiscal, que integrarão a garantia oferecida no âmbito do programa.

Parágrafo 1°. A execução fiscal e qualquer de seus atos, somente será suspensa após a homologação da opção de ingresso no REFIS, ressalvadas as disposições legais em contrário.

(...)"

Fazendo-se a interpretação sistemática dos dispositivos acima, chega-se, inicialmente, à conclusão de que tendo sido feita a opção pelo REFIS e comprovada a homologação pelo Comitê Gestor, a exigibilidade do título fica afastada, desde que haja garantia.

Com relação à penhora, a opção pelo Programa não implica sua desconstituição, sendo, inclusive, garantia da dívida, pois o optante, a qualquer tempo, pode deixar de cumprir as normas estabelecidas na Lei 9.964/2000 e no Decreto 3.431/2000.

Observa-se que a Embargante não trouxe aos autos prova de que tenha ocorrido a homologação de sua opção. Apenas, juntou cópia de confirmação do recebimento de opção e guias de pagamento de arrecadação federal, não autenticadas. Tais documentos não têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito. Eventual suspensão da execução depende da homologação, nos termos do art. 12, parágrafo 1°, do Decreto 3.431/2000.

Ademais, o pedido de liberação do bem penhorado não é possível, pois o bem é garantia de dívida nos termos do art. 3°, parágrafo 3°, da Lei 9.964/2000 e dos arts. 10, parágrafo 1°, e 12 do Decreto 3.431/2000.

Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO.**

Sem custas (art. 7° da Lei 9.289/96) e honorários (Súmula 168 TRF).

Translade-se cópia da sentença para os autos da Execução.

Decorrido o prazo recursal *in albis*, desapensem-se, dê-se baixa e archive-se.

P.R.I.

São João do Meriti, 14 de maio de 2001.

SANDRO VALÉRIO A. DO NASCIMENTO

Juiz Federal Substituto

**TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL – CONTRIBUIÇÕES
SOCIAIS DA LC 110/2001 – FGTS – INCONSTITUCIONALIDADE –
CONCESSÃO DA SEGURANÇA – CARACTERIZAÇÃO COMO
IMPOSTO INVÁLIDO PELA VINCULAÇÃO DE RECEITA A
DESPESA E FUNDO (ART. 167, IV, CR/88)**

24ª VARA FEDERAL – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2001.5101018852-8
Autor: BMG BRASIL LTDA.
**Réu: DELEGADO REGIONAL DO TRABALHO NO
RIO DE JANEIRO**
Juiz Federal Substituto: PAULO ANDRÉ ESPÍRITO SANTO

SENTENÇA

Vistos etc.

I – RELATÓRIO

BMG BRASIL LTDA. impetra o presente Mandado de Segurança, com pedido de liminar, em face do Delegado Regional do Trabalho no Rio de Janeiro, objetivando a declaração de inexigibilidade das contribuições especiais enunciadas nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar 110/2001 incidentes sobre os montantes depositados de FGTS. Requer, ainda, que a Autoridade Impetrada se abstenha de realizar qualquer ato de constrição pelo crédito tributário relativo a tais tributos.

Como causa de pedir, sustenta que a referida contribuição se configura manifestamente inconstitucional por ferir, dentre outros princípios constitucionais, o da anterioridade tributária (art. 150, III, da CR/88), o da vedação de afetação de receita de imposto à determinada despesa, órgão ou fundo (art. 167, IV, CR/88) e do custo-benefício insculpido no art. 195, *caput*, da mesma Constituição.

Deferida a liminar às folhas 33/385, decisão contra a qual a União Federal interpôs Agravo de Instrumento (folhas 72/82).

Notificada, a Autoridade Impetrada apresentou informações às folhas 46/54, alegando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, do não-cabimento do mandado de segurança por falta de direito líquido e certo, da inadequação da via eleita e do não-cabimento do mandado de segurança contra lei em tese. No mérito, pugna pela improcedência do pedido, sob o argumento de ser plenamente constitucional a exação imposta pela Lei Complementar 110/2001.

Parecer do ínclito membro do Ministério Público Federal, às folhas 56/63, opinando pela denegação da segurança.

É o relatório. Passo a decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, impende esclarecer que a alegação preliminar de ilegitimidade passiva deve ser refutada. Sendo o Delegado Regional do Trabalho no Rio de Janeiro, o responsável pela fiscalização das normas atinentes ao trabalho e pela averiguação da regularidade das empresas junto ao FGTS, além de outras atribuições, não há que se falar em ilegitimidade passiva.

Rejeito a preliminar de não-cabimento do mandado de segurança por falta de direito líquido e certo. Como se percebe, o intuito da Impetrante não é declarar a inconstitucionalidade das “contribuições sociais” instituídas pelos artigos 1º e 2º da LC 110/2001, mas sim afastar a constituição dos créditos tributários com base nessa lei que entende inconstitucional. Não busca impugnar o valor de um tributo lançado, mas sim o próprio lançamento dos tributos ora hostilizados. Dessa forma, não há que se falar em liquidez e certeza de montante tributário quando a Impetrante quer afastar não um determinado lançamento tributário, mas toda a a atividade de lançamento da Administração que pode lhe ser imposta com esta Lei Complementar 110. Não se está discutindo um certo e determinado crédito tributário, mas todo e qualquer crédito que contra a Impetrante se formar, uma vez que entende ser absolutamente inconstitucional a exigência dos artigos 1º e 2º da LC 110.

Da mesma forma, rejeito a preliminar de descabimento do Mandado de Segurança por não ser possível impetrá-lo contra lei em tese, na forma do verbete nº 266 da Súmula de Jurisprudência do STJ. O problema desse argumento é que a Impetrante não maneja o Mandado de Seguran-

ça contra lei em tese, mas sim para reconhecer o direito de não ser tributada com base em tributo inconstitucional. Procura a Impetrante demonstrar a impossibilidade de se exigir um tributo inconstitucional sobre sua atividade econômica. Se a Impetrante possui esse direito, não há como se reconhecer a impropriedade da via processual eleita, uma vez que ataca um ato de autoridade estatal. Este ato é, sim, baseado em "lei em tese", já que toda autoridade de Estado deve se pautar pelo princípio da legalidade, na forma do art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 e do art. 2º da Lei 9784/99. Ataca-se um ato que, baseado na LC 110, agride o patrimônio jurídico da Impetrante. Daí o porquê da não-aplicação do verbete acima citado no caso vertente.

No mérito, a procedência do pedido se impõe.

Fazendo, agora, uma cognição plena e exauriente dos fatos apresentados pela Impetrante, cognição típica da fase de sentença, vislumbro violação ao Sistema Constitucional Tributário por parte dos dispositivos dos artigos 1º e 2º da Lei Complementar 110/2001, bem como do seu artigo 14.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), por muito tempo, foi objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua exata natureza. Muitas eram as posições quanto à caracterização do Fundo, tais como: tributária, direito social, direito trabalhista (natureza contratual), direito público "com natureza fugidia de tributo" e assim por diante. Ressalvadas as controvérsias no âmbito da doutrina, o STF assestou a natureza institucional do FGTS, em razão de ter um regime disciplinado em Lei e ter o caráter de direito público, não meramente privado ou contratual. Tanto que firmou o seguinte entendimento no RE 226.855-RS, em acórdão da lavra do eminente Ministro Moreira Alves: "*O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas sim estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado. Assim, é de se aplicar a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico*".

O regime jurídico do FGTS é um regime de continuidade e, como tal, se sujeita imediatamente a inúmeras modificações impostas por lei. Todavia, o fato de a situação jurídica ser de continuidade, com obrigações de trato sucessivo, não quer dizer que o legislador pode rasgar, ao bel-prazer, alguns direitos adquiridos, ou seja, aqueles já incorporados ao patrimônio jurídico de um cidadão.

Nos inúmeros casos concretos que tramitaram pela Justiça Federal das cinco Regiões do país (1ª a 5ª), entendeu-se que a alteração dos

critérios que fixaram o *quantum* de correção monetária das contas de FGTS, em alguns períodos (janeiro de 1989 e abril de 1990), atingiu a esfera de intangibilidade dos direitos dos cidadãos, fazendo com que ocorresse decréscimo patrimonial apto a ensejar indenização. Tal orientação jurisprudencial tornou-se notória no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário de nº 226.855-RS, publicado no DJU de 13/10/2000. Neste julgamento, adstrito aos aspectos de legalidade, reconheceu o STF serem devidos os índices de 42,72%, relativo ao período de janeiro de 1989 (Plano Verão), e o de 44,80%, relativo ao período de abril de 1990 (Plano Collor I). Da mesma forma, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça em julgamento pela Primeira Seção, realizado em 25 de outubro de 2000 e, ainda, no verbete nº 252 de sua Súmula de Jurisprudência. Eis os acórdãos:

"Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação BRESSER, VERÃO E COLLOR I (no concernente aos meses de abril e maio de 1990) e COLLOR II.

- O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas sim estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.
- Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.
- Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.
- *No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso Extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990)."* – STF

“Por maioria de votos, o órgão máximo do STJ responsável pelo exame de questões envolvendo o FGTS confirmou a jurisprudência já firmada pelo Tribunal que determina a correção de 42,72% para o Plano Verão (janeiro de 1989) e de 44,80% relativos ao Plano Collor I (abril de 1990), tendo como base o Índice de Preços do Consumidor (IPC). Em relação ao Plano Bresser (junho de 1987), Collor I (maio de 1990) e Collor II (fevereiro de 1991), a maioria dos Ministros resolveu adotar o entendimento manifestado em julgamento do Supremo Tribunal Federal em 31 de agosto passado. Na oportunidade, o plenário do STF não reconheceu o direito adquirido dos trabalhadores à reposição de perdas correspondentes a estes três planos. O resultado do julgamento da Primeira Seção do STJ, nesta quarta-feira (25/10), teve como base o voto do Ministro Franciulli Netto, relator do recurso especial proposto pela Caixa Econômica Federal contra decisão favorável do Tribunal Regional Federal da 5ª Região a um grupo de trabalhadores alagoanos. Primeiro a votar, o Ministro Franciulli Netto defendeu a adequação da Seção ao entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, que não reconheceu o direito adquirido aos Planos Bresser, Collor I (maio de 1990) e Collor II, e a manutenção da jurisprudência do STJ pela incidência do IPC sobre os saldos do fundo nos meses de janeiro de 1989 (Plano Verão) e abril de 1990 (Plano Collor I). O relator do recurso fez questão de salientar o motivo que levou o Superior Tribunal de Justiça, no passado, a determinar a aplicação deste índice em relação aos dois planos. ‘Os índices foram fixados pelo STJ em consequência da necessidade de se preencher uma lacuna nessa matéria restrita ao âmbito infraconstitucional como expressamente reconheceu o Supremo’.

O relator lembrou que, na época dos planos, a legislação estabeleceu índices de correção para as cadernetas de poupança, não contemplando os saldos de FGTS. O voto dado pelo Min. Franciulli Netto foi seguido pelos Ministros Garcia Vieira, José Delgado, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, e Francisco Falcão. A única discordância de caráter parcial foi manifestada pelo Ministro Peçanha Martins que votou pela manutenção da decisão tomada pelo TRF da 5ª Região, concedendo a reposição das perdas provocadas por cada um dos planos e tomando como base o Índice de Preços ao Consumidor.” – STJ

Essa decisão, de importantes efeitos na esfera econômica do País, trouxe também uma despesa para a União Federal. Não se pode esquecer

que tal despesa foi causada pela própria União Federal e, como tal, não pode ser repassada à sociedade brasileira, que não lhe deu causa.

A própria União Federal, através de seus sucessivos planos econômicos, deu causa ao "congelamento" indevido das contas vinculadas de FGTS. Pretender, agora, que a sociedade brasileira MAIS UMA VEZ arque com essa despesa outra coisa não é senão afrontar diretamente os princípios insculpidos na Constituição, notadamente o que reconhece o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CR/88) e as limitações do poder de tributar (art. 150, CR/88). Se é certo que as empresas têm poderio econômico, não menos certo é que não se pode imputar tributo ilegítimo a qualquer contribuinte.

No que tange às contribuições criadas pela LC 110, primeira questão que se deve analisar diz respeito à suas exatas configurações de natureza tributária. Deve-se definir se são contribuições especiais ou se são impostos.

O art. 1º da LC 110 criou uma contribuição para a União Federal, na alíquota de 10% sobre os todos os montantes de FGTS depositados, em caso de demissões sem justa causa. Já o art. 2º instituiu mais 0,5% (destinados à União Federal), além dos 8% (estes pagos ao empregado) sobre o salário efetivado mensalmente. Tudo isto custeado pelas pessoas físicas ou jurídicas, empregadoras de mão-de-obra, com exceção daquelas enunciadas no parágrafo 1º do art. 2º.

Como se sabe, as contribuições especiais, disciplinadas no art. 149 da CR/88, podem ser divididas em quatro grupos:

1. contribuições sociais, sendo:
 1. a) sociais em geral ou propriamente ditas – aquelas destinadas ao "financiamento" dos direitos sociais (art. 6º e seguintes da CR/88). Exemplo: FGTS, Salário-educação etc.;
 1. b) contribuições para a Seguridade Social – destinadas ao custeio de saúde, previdência e assistência social. Exemplo: sobre folha de salário, receita e faturamento, lucro, concurso de prognósticos etc.;
2. contribuições de intervenção no domínio econômico – custeia a ingerência do Estado na economia, seja através da prestação de serviço público, seja através do exercício do Poder de Polícia, tendo uma roupagem de taxa com regras especiais. Exemplo: AFRMM, Adicional de Zona Portuária etc.;

3. contribuições de interesse de categorias profissionais – Exemplo: art. 8º, IV, parte final, da CR/88;
4. contribuições de interesse de categorias econômicas – servem para o custeio do Poder de Polícia exercido sobre as profissões. Exemplo: anuidade da OAB.

É cediço que a Constituição da República vigente, em seu art. 150, III, “b”, preceitua que qualquer tributo, salvo as exceções da própria Constituição (§1º do referido artigo), só pode ser exigido no ano seguinte ao da publicação da lei em que fora instituído. Sendo a Lei publicada em 2001, somente poderia implicar a incidência do tributo no ano de 2002. Só que os tributos enunciados nos artigos 1º e 2º da LC 110 não possuem a roupagem de imposto; e também não são contribuições sociais propriamente ditas (item 1.a acima). Ainda que fossem dessa natureza, seria exigida a atenção ao art. 150, III, b, da CR/88, ou seja, somente poderia incidir sobre os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2002, o que inquina de inválido o art. 14 da indigitada Lei.

A exação questionada na LC 110 não possui a roupagem de uma “contribuição especial da seguridade social” a merecer o tratamento da anterioridade nonagesimal do art. 195, § 6º, da CR/88. Como se sabe, as contribuições para a Seguridade Social somente podem ser exigidas em relação aos fatos geradores ocorridos noventa dias após a lei que as instituiu.

O problema é que os “tributos” dos artigos 1º e 2º da LC 110 não se afiguram contribuições para a Seguridade Social. Isto porque não se destinam ao custeio e ao financiamento da saúde, da previdência ou da assistência social. Não sendo direcionadas a tais áreas sociais, não podem ser reputadas como contribuições da seguridade social.

Não podem ser reputadas como contribuição previdenciária. Porém, não porque deixam de prever benefício direto à BMG. Segundo previsão do art. 194, *caput* e inciso VI, e o art. 195, *caput*, da CR/88, as contribuições da seguridade social são de responsabilidade de toda sociedade, materializando o princípio da solidariedade social, insculpido no art. 3º, I, da CR/88. Daí por serem custeadas por toda “a sociedade” (art. 194, *caput*) e por “outras fontes” (artigo 195, *caput*), e terem “diversidade no financiamento” (art. 194, VI).

As contribuições ora em análise violam a CR não por serem contribuições previdenciárias sem benefício direto à BMG, mas sim por violarem normas constitucionais, como as insertas nos artigos 149; 150, I; 150, III, “b” e 167, IV, da CR/88. Não se destinam à saúde, à previdência ou à assistência social.

Poder-se-ia dizer que as contribuições ora hostilizadas, apesar de não configurarem "contribuições especiais para a Seguridade Social", subsumem-se à classificação das contribuições sociais propriamente ditas (item 1.a do quadro acima), aplicando-se-lhes o regime próprio dos tributos em geral, dentre o qual se inclui o princípio da anterioridade do art. 150, III, *b*, da CR, na forma do art. 149. Não se lhes aplicaria a anterioridade nonagesimal do art. 195, § 6º, uma vez que tal tipo é de exclusiva aplicação às contribuições para a Seguridade Social.

O problema dessa tese é que, para se configurarem numa contribuição social propriamente dita, como é o caso do salário-educação, por exemplo, as contribuições dos artigos 1º e 2º da LC 110/2001 deveriam ter previsão expressa no corpo da Constituição (assim como aconteceu com o salário-educação no art. 212, § 5º) ou, pelo menos, ter direito social do art. 6º a ser custeado. Não há direito social a ser custeado pelos tributos da LC 110, uma vez que, para a proteção do trabalhador, já existe o próprio FGTS, ao qual se atribui uma natureza tributária. Além disso, se estas "contribuições sociais" tivessem previsão de direito social a ser custeado, não precisariam vir por Lei Complementar. Bastava vir por lei ordinária, como ocorre com o mencionado salário-educação (Lei 9424/96). Neste sentido, a LC 110 previu uma nova contribuição não prevista na CR/88, violando frontalmente o art. 150, I, da CR/88.

Se, para financiar os direitos do trabalhador brasileiro, já existe o próprio FGTS, são desnecessários esses novos "tributos" da LC 110, sob pena de caracterizar verdadeiro *bis in idem*.

Neste sentido, vale a pena trazer escólio sempre esclarecedor de Luciano Amaro ("Direito Tributário Brasileiro", 2ª edição, 1998, Editora Saraiva, página 53):

"O que importa sublinhar é que a Constituição caracteriza as contribuições sociais pela sua destinação, vale dizer, são ingressos necessariamente direcionados a instrumentar (ou financiar) a atuação da União (ou dos demais entes políticos, na específica situação do parágrafo único do art. 149) no setor da ordem social." (grifei)

Percebe-se que a Lei Complementar 110 teve o claro intuito de fixar nova contribuição pela competência residual do art. 195, § 4º, da CR/88. Tanto que veio através de tal tipo normativo "lei complementar". Tão claro é esse intuito, que fixou indevidamente, no seu art. 14, a anterioridade nonagesimal do art. 195, § 6º, da CR/88. Só que, como se disse, não sendo voltada para saúde, previdência ou assistência social, não pode ser considerada como "contribuição para a seguridade social". Como tal,

não pode utilizar as norma dos parágrafos 4º e 6º do art. 195, destinados apenas a este último tipo de contribuição especial – “contribuições para a seguridade social”.

Neste sentido, se as contribuições do artigos 1º e 2º da LC 110 não possuem natureza de contribuições da seguridade social, o seu artigo 14 violou frontalmente o art. 150, III, *b*, da CR/88, ao enunciar que o tributo ora em comento seria exigido 90 dias após a sua publicação. Sendo publicada em 2 de julho do corrente ano, não poderia ensejar a exação noventa dias após, desrespeitando a anterioridade tributária comum do tipo constitucional acima citado.

Não são contribuições para a seguridade social (item 1.b) nem contribuições sociais propriamente ditas (item 1.a acima). Não são contribuições sociais propriamente ditas, porque desrespeitaram a anterioridade comum do art. 150, III, *b*, da CR/88 e porque não têm previsão constitucional. Além disso, esse tipo de tributo (contribuição social propriamente dita) não pode se utilizar da competência residual prevista no art. 154, I, da CR/88, norma destinada apenas aos IMPOSTOS. Contribuições sociais não podem se socorrer dessa competência residual, que, como norma de exceção, deve ser interpretada restritivamente.

As contribuições em comento (artigos 1º e 2º da LC 110) também não podem ser reputadas como contribuições de intervenção no domínio econômico (item 2 do esquema acima), uma vez que nada representam a regulação do Estado na economia. Como se sabe, pelo dispositivo do art. 173, *caput*, da CR/88, a atividade econômica é uma atividade própria dos particulares, dentro da concepção “liberal relativa” instituída pela Constituição, no seu art. 1º, IV, quando prega a livre iniciativa. É uma atividade “relativa” do particular porque existe um mínimo de intervenção do Estado quando a regulação do mercado econômico a exigir. Pelo art. 173, somente é dado ao Estado intervir direta ou indiretamente na economia quando houver imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Os indevidos tributos dos artigos 1º e 2º da LC 110 não espelham imperativo de segurança nacional, muito menos relevante interesse coletivo, posto que, para a sociedade, nada interessa cobrir despesa criada pelo próprio ente público enquanto agente de determinada atividade estatal (FGTS).

Segundo Wagner Balera, em “Contribuições – Mesa de debates sobre tributos federais”, na Revista de Direito Tributário nº 67, Editora Malheiros, página 85:

“(...) a finalidade da contribuição de intervenção no domínio econômico é especificamente o de fomentar o setor da economia nacional.”

No ensejo dessa assertiva, é desnecessário afirmar que as "contribuições" ora hostilizadas nada fomentam o setor da economia nacional. Pelo contrário.

Nada têm de reguladoras da economia, uma vez que não representam o papel do Estado intervencionista direto ou indireto.

Sobriria a tese de que as contribuições em comento seriam impostos, utilizando-se da competência residual do art. 154, I, da CR/88. Contudo, esta tese também deve ser derrubada. Se são impostos, são impostos inválidos e inconstitucionais. Os artigos 1º e 2º da LC 110 não são legítimos por uma questão simples: em razão de terem uma destinação específica, qual seja, o custeio do rombo causado pelo Poder Público pela não-atualização das contas vinculadas do FGTS. Tendo esta destinação específica, como pode se perceber pela leitura dos artigos 4º a 6º e 9º da LC 110, vislumbra-se um vício grave, ferindo manifestamente a norma insculpida no art. 167, IV, da CR/88, que veda a vinculação de receita decorrente de imposto a DESPESA ou FUNDO específico.

Por ser um poder que interfere na propriedade privada (art. 5º, XXII, CR/88), o "Poder de Tributar" já nasce limitado pelo Poder Constituinte Originário. Foi o que fez o Constituinte logo no art. 150, caput, da CR/88, quando nominou o capítulo de "Das Limitações do Poder de Tributar".

Deve haver a previsão constitucional, a anterioridade tributária e não-vinculação de receita a despesa específica para o imposto ser válido perante o texto da CR. Tudo isto serve para que o contribuinte programe sua vida econômica de modo a conhecer a exação que incidirá sobre seu patrimônio. Isto faz com que se efetive dois princípios não expressos no texto constitucional: o da segurança jurídica e o da não-surpresa. No caso dos artigos 1º, 2º e 14 da LC 110, esses aspectos não foram observados.

As normas tributárias enunciadas na Constituição, antes de servirem como parâmetro de direção e orientação da atividade normativa do legislador brasileiro, funcionam como garantias do contribuinte. Este último, ao analisar uma norma tributária que lhe é dirigida, organiza sua atividade financeira de modo a programar o quanto de tributo irá recolher aos cofres públicos durante certa competência (período). Tanto essas normas funcionam como garantia dos contribuintes, que a Constituição consagra outras além daquelas expressas em seu texto. Percebe-se este dogma no preceito do primeiro artigo que trata das garantias dos contribuintes, que é o art. 150, caput: "*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte...*". Não é o que fez o legislador no artigo acima mencionado. Já existe a norma do art. 10 do ADCT protegendo a segurança do trabalha-

dor, intimidando as empresas a, cada vez mais, não demitirem seus empregados sem justa causa (multa de 40% paga ao TRABALHADOR). Dessa sorte, não justifica a LC 110 violar comandos constitucionais como a anterioridade, a previsão constitucional de direito social (art. 149 c/c art. 6º, CR/88) e a vedação de vinculação de imposto a despesa ou fundo (art. 167, IV, CR/88).

O fato de a empresa contribuinte não perceber qualquer benefício direto com a contribuição da LC 110 não é o que a inquina de ilegítima. Isto porque os direitos sociais (art. 6º, CR/88), são de responsabilidade de toda a sociedade, principalmente das empresas. Tanto é assim que é imputada às empresas a obrigação tributária de recolher o salário-educação, na forma do art. 212, § 5º, da CR/88. O problema é as indigitadas exigências da LC 110 não são contribuições sociais.

Desse modo:

1. não são contribuições para a seguridade social, porque não se destinam a saúde, previdência ou assistência social (logo, não poderiam utilizar as regras do art. 195, §§ 4º e 6º);
2. não são contribuições de intervenção no domínio econômico porque não transparecem qualquer atributo regulador do Estado no setor da economia nacional;
3. não são contribuições sociais propriamente ditas por falta de previsão expressa de direito social do art. 6º da CR/88 a ser custeado; e
4. não são impostos porque têm destinação de receita a determinada despesa e fundo, contrariando frontalmente o art. 167, IV, da CR/88.

Mais uma vez cabe dizer: NÃO PODE A SOCIEDADE BRASILEIRA PAGAR UMA DESPESA CAUSADA DIRETAMENTE PELA UNIÃO FEDERAL. Cabe à União Federal, adstrita ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CR/88), encontrar os meios de custear esse déficit do FGTS e não tributar a sociedade.

Essas "contribuições sociais", que, na verdade, são impostos inconstitucionais, não podem servir de custeio para o rombo causado pelos planos econômicos da União Federal, em governos passados. Não está a União Federal autorizada a repassar esse custo para os contribuintes, que nada têm a ver com o que se fez (ou se deixou de fazer) com o FGTS.

III – DISPOSITIVO

DIANTE DO EXPOSTO, na forma do pedido de folha 19 e da liminar de folhas 33/38, **CONCEDO A SEGURANÇA** para determinar que a Autoridade Impetrada se abstenha de constituir, em relação à Impetrante, créditos tributários atinentes às denominadas “contribuições sociais” instituídas pelos artigos 1º e 2º da LC 110/2001. Determino, ainda, que a Autoridade Impetrada se abstenha de autuar a Impetrante por tais “contribuições”.

Sem condenação em honorários advocatícios, em face do entendimento esposado nos verbetes de nºs 512 e 105 das Súmulas de Jurisprudência dos Egrégios STF e STJ, respectivamente.

Custas na forma da Lei 9289/96.

Informe o eminente relator do Agravo de Instrumento (folhas 72/82), no Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ter sido prolatada sentença neste processo.

Oficie-se à Caixa Econômica Federal para observar tal decisão.

Intime-se a Autoridade Impetrada do teor desta sentença para o seu fiel e imediato cumprimento, tendo em vista o que preceitua o art. 12, parágrafo único, da Lei 1533/51.

Dê-se ciência ao MPF.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição, por força do art. 12 da Lei 1533/51.

P.R.I. Cumpra-se.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2001.

PAULO ANDRÉ ESPÍRITO SANTO

Juiz Federal Substituto – 24ª Vara

Processo: 2000.510507266-4
Autores: JULIO CESAR CASSANO E OUTRO
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

EMBARGOS À EXECUÇÃO

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação de Embargos que JULIO CESAR CASSANO e IVAN FERREIRA GARCIA opõem à execução que lhes move o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

Alegam os autores, em resumo, a inépcia da inicial e a sua ilegitimidade para compor o pólo passivo da demanda executiva.

Instruíram a inicial os documentos de fls. 54/57, depois complementados com os de fls. 61/71.

Manifestação de fls. 72 dos embargantes, requerendo a produção de perícia contábil.

Recebidos os embargos veio a impugnação da autarquia embargada às fls. 74/91. Ali, em preliminar, suscitou a carência de ação dos embargantes, por ausência de legitimidade e de interesse processual. Outrossim, refutou a imputação de inépcia da inicial, bem como sustentou a legitimidade dos embargantes para compor o pólo passivo da demanda.

A réplica está às fls. 93/112.

Nova manifestação dos embargantes às fls. 114/118, introduzindo novo fundamento para a sua exclusão do pólo passivo do processo executivo, qual seja, a aplicação analógica dos arts. 205 e 206 do CTN.

Por determinação deste Juízo, foi tomada emprestada prova dos autos dos embargos nº 2000.510.507267-6, fazendo-se juntar cópia do processo administrativo que originou o crédito exeqüendo. Valendo anotar, eis que pertinente, que tal processo administrativo foi juntado pela própria autarquia embargada nos autos mencionados.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O feito comporta julgamento antecipado, na forma do artigo 330, I, do CPC e art. 17, parágrafo único, *in fine*, da LEF. Com efeito, o pedido de prova pericial de fls. 72 é incompatível com a matéria suscitada na exordial, na medida em que esta é exclusivamente de direito.

II – 1. DA CARÊNCIA DE AÇÃO DOS EMBARGANTES

Aprecio, primeiramente, a preliminar de carência de ação dos embargantes, suscitada pela autarquia embargada. Antecipo que esta não pode ser acolhida.

Especificamente quanto à legitimidade dos embargantes, esta decorre do simples fato destes terem sido colocados no pólo passivo da demanda executiva. Em outras palavras, basta a sua qualidade de executados. Assim, por este fato em si considerado, impõe-se reconhecer serem legitimados ativamente os embargantes. Desnecessário, para fins de análise da legitimidade ativa, que tenha havido a citação no processo de execução dos embargados. Não é outra a lição de mestre ARAKEN DE ASSIS sobre o tema, no seu *Manual do Processo de Execução*, 5ª edição, p. 999, *verbis*: “**Legítima(m)-se, ativamente, a esta demanda, o(s) executado(s) e, passivamente, o(s) exequente(s). Dá-se, em relação à demanda executória, um fenômeno de cruzamento subjetivo. Invertem-se as posições originárias: o devedor passa a embargante e o credor, a embargado.**”.

Já quanto ao interesse processual, vale consignar que, na segunda lição de GRINOVER, DINAMARCO e ARAÚJO CINTRA, no seu clássico *Teoria Geral do Processo*, este se consubstancia na conjugação do binômio necessidade-adequação.

No caso em tela, a despeito de não ter havido a citação dos embargantes no processo executivo, e assim ainda não ter a relação processual se aperfeiçoado em relação a eles, é certo que a execução existe e paira como verdadeira “espada de Dâmocles” sobre suas cabeças, gerando toda sorte de constrangimentos. Com efeito, o simples registro na distribuição de situação de réus em processo executivo torna seus respectivos patrimônios praticamente indisponíveis, fazendo pairar sobre eles, no mínimo, o fantasma da fraude contra credores. Daí a necessidade de atacar o processo executivo que contra eles é movido: exatamente, para desimpedir os respectivos patrimônios dos embargantes.

Quanto à adequação da ação de embargos, não pode haver qualquer dúvida quanto ao bom uso da mesma. De fato, são os embargos do devedor o meio por excelência para a defesa da execução, sendo certo que apenas excepcionalmente é de se admitir a exceção de pré-executividade.

Em arremate, ao revés do afirmado pelo instituto embargado, possuem os embargantes interesse de agir.

II – 2. DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL DA EXECUÇÃO FISCAL

Passo a analisar a alegação dos embargantes de inépcia da petição inicial do processo executivo.

MIRIAM COSTA REBOLLO CÂMARA, na obra conjunta *Execução Fiscal – Doutrina e Jurisprudência*, Editora Saraiva, refere-se à Exposição de Motivos do anteprojeto da LEF, dizendo que se buscou a simplificação da norma do art. 282 do CPC. E arremata sua explanação dizendo que **“a petição inicial, como prevista no art. 6º da LEF, acolhe o princípio da economia processual, sem prejuízo do princípio do devido processo legal, tendo em vista o interesse público (e correspondente celeridade) que preside o acerto das exigências da Fazenda Pública.”**

A simplificação da inicial é possível em decorrência da presunção relativa de certeza e liquidez da CDA, que integrará a própria petição inicial para todos os fins (par. 1º, do art. 6º, da LEF). Esta presunção relativa de certeza e liquidez da CDA, por sua vez, é consequência do processo administrativo anterior à inscrição do crédito em dívida ativa e do princípio constitucional do devido processo legal que o norteia.

Para os fins de verificação da regularidade da inicial do processo executivo, então, basta que se confira se esta atende aos requisitos do artigo 6º da Lei 6.830/80, bem como se a CDA, que faz parte integrante da própria inicial, também atende às exigências legais, insculpidas nos parágrafos 5º e 6º, do art. 2º, do aludido diploma. Só isto. Tudo o mais é mérito.

Assim, analisar se o processo administrativo anterior à inscrição do crédito em dívida ativa atendeu ao princípio do devido processo legal é matéria de mérito dos embargos; verificar se podem ser os administradores da empresa contribuinte responsabilizados tributariamente, do mesmo modo, é mérito dos embargos; assim como verificar se o montante do crédito cobrado está correto também só pode ser considerado matéria de mérito.

No caso em tela, tem-se que a petição inicial propriamente dita atende aos requisitos do art. 6º da LEF. Do mesmo modo as CDAs., também estas contêm os requisitos dos parágrafos 5º e 6º, do art. 2º, da mesma LEF.

Pelo que se disse, não há que se falar em inépcia de inicial. Motivo pelo qual, rejeito a preliminar suscitada.

II – 3. DA AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO EM FACE DOS EMBARGANTES

Como tratei de registrar no tópico anterior, a análise da questão da ausência ou não do devido processo legal em relação aos embargantes é questão de mérito destes embargos.

Eis o motivo de tratar em tópico separado a questão, deslocando-a da preliminar de inépcia da inicial.

De toda sorte, a questão foi suscitada pelos embargantes e dela defendeu-se a autarquia embargada no item 3 de sua impugnação (fls. 81).

Observo, ainda, que tratei de determinar o traslado da cópia do processo administrativo que deu origem ao crédito exequendo, o qual fora juntado nos autos dos embargos opostos à mesma execução por WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS. Anoto, ainda, que foi o próprio exequente, ora embargado, que tratou de juntar o referido processo administrativo. O que afasta a necessidade de vista ao embargado para ciência do conteúdo dos documentos.

Deveras, como afirmado pelos embargantes, em momento algum do processo administrativo lhes foi dada chance de defesa sobre o crédito que estava sendo imputado à contribuinte. Do mesmo modo, em momento algum do processo administrativo foi dado aos embargantes ao menos notícia de que estes iriam, ou mesmo poderiam, responder pelo crédito ao lado da contribuinte.

Assim, não resta dúvida de que, em relação aos embargantes, o processo administrativo em tela não observou ao princípio constitucional do devido processo legal, em sua vertente do contraditório e da ampla defesa.

Observe-se que a cláusula do devido processo legal, garantia constitucional que é, deve ter aplicação em sua amplitude máxima, sendo certo, ainda, que os embargos à execução oferecem a oportunidade ideal para a verificação de sua plena ocorrência no caso concreto.

Todo o processo executivo fiscal ampara-se no precedente processo administrativo de constituição e inscrição do crédito em dívida ativa. A forma célere de tramitação da execução fiscal, a simplificação de sua petição inicial, onde a causa de pedir é remetida para a certidão de dívida ativa, e mesmo o contraditório mitigado do processo, tudo isto, só ocorre, na medida em que se sabe que precedente tramitou contra todos os executados um processo administrativo regular, norteado pelo contraditório e pela ampla defesa.

É por este motivo que, verificada a ausência do devido processo legal em relação a qualquer dos demandados, não pode prosperar a pretensão executiva contra eles direcionada.

Não é outra a lição do festejado professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, no seu *Lei de Execução Fiscal*, Saraiva, 1993, p. 24, *verbis*: “**Sendo a execução fiscal regulada pela Lei nº 6.830 puro procedimento executivo, continua, a meu ver, inadmissível, em feito da espécie, pretender a Fazenda o acertamento de responsabilidades de terceiros ou coobrigados que não figuraram no processo administrativo e contra quem não se formou o título executivo, que é a Certidão de Dívida Ativa**”.

Pelo que se disse até aqui, já há motivo suficiente para reconhecer a improcedência da execução contra os embargantes e, em consequência desconstituir a execução e o título executivo contra estes.

Mas não é só.

II – 4. DA RESPONSABILIDADE DO ART. 135, III, DO CTN

A substituição tributária prevista no artigo 135 do CTN, sendo situação verdadeiramente excepcional, não poderá atingir pessoas distintas daquelas ali arroladas e tampouco incidir fora daqueles exatos casos.

De fato, a intenção do legislador ao instituir as excepcionais situações do art. 135 do CTN foi atingir as pessoas que de fato agiram dolosamente para a formação do débito.

Não é o simples deixar de pagar um determinado tributo que irá fazer incidir a substituição tributária prevista no aludido dispositivo, mas a comprovação do agir doloso neste sentido. O dolo, como anota SACHA CALMON, *in Comentários ao Código Tributário Nacional*, Coord. Carlos Valder do Nascimento, Forense, 3ª edição, p. 320, é elementar do art. 135 do CTN.

Dignas de referência as ponderadas palavras do eminente professor **HUGO DE BRITO MACHADO**, no seu excelente *Curso de Direito Tributário*, 11ª Edição, Malheiros, p. 110/111, *verbis*: “Destaque-se desde logo que a simples condição de sócio não implica responsabilidade tributária. O que gera a responsabilidade, nos termos do art. 135, III, do CTN, é a condição de administrador de bens alheios. Por isto a lei fala em diretores, gerentes ou representantes. Não em sócios. Assim, se o sócio não é diretor, nem gerente, isto é, se não pratica atos de administração da sociedade, responsabilidade não tem pelos débitos tributários desta... Também não basta ser diretor, ou gerente, ou representante. É preciso que o débito tributário em questão resulte de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos... De todos esses dispositivos legais se conclui que a regra é a de que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado não respondem pessoalmente pelos tributos devidos por tais pessoas jurídicas. E a exceção é a de que existirá tal responsabilidade em se tratando de créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos... Não se pode admitir que o não-pagamento do tributo configure a infração de lei, capaz de ensejar tal responsabilidade, porque isto levaria a suprimir-se a regra, fazendo prevalecer, em todos os casos, a exceção”.

A matéria já foi objeto de decisão no Supremo Tribunal Federal. Confira-se.

EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. PENHORA SOBRE BEM PARTICULAR DE SÓCIO NÃO-GERENTE. NÃO COMPROVADO QUE O SÓCIO FOSSE GERENTE OU REPRESENTANTE DA SOCIEDADE, NEM QUE HOUVESSE AGIDO COM VIOLAÇÃO DE LEI OU DO CONTRATO SOCIAL, NÃO HÁ FUNDAMENTO JURÍDICO PARA A PENHORA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

Relatório

O Sr. Ministro **FRANCISCO REZEK**: A controvérsia vem resumida no despacho do Desembargador J. C. da Costa e Silva, que deu trânsito ao extraordinário.

“Em execução fiscal ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, a executada, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, não foi localizada, desconhecendo-se no endereço constante do ato

arquivado no Registro de Comércio seu destino. O exeqüente pediu a citação na pessoa dos sócios-gerente, em suas residências, bem como destes na condição de litisconsortes passivos solidariamente responsáveis nos termos dos artigos 134, III e VII, e 135, III, do CTN, mas o Juiz deferiu apenas a citação na pessoa dos gerentes.

Foi interposto agravo de instrumento ao qual a egrégia Oitava Câmara Cível negou provimento, (...)

VOTO

...A decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não diverge dos RREE 93.491 e 96.099, relatados nesta turma pelo Ministro **MOREIRA ALVES**... Em abono ao acórdão recorrido destacado, mais, as decisões aqui proferidas no RE 94949 (RTJ 105/717) e no RE 95.011 (RTJ 107/1080).

Não conheço do recurso extraordinário.

(STF, RE 102.909-9, Jur. Bras. 99/57)

Do mesmo modo, nosso Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região já se pronunciou sobre situação análoga. Anote-se a seguinte ementa:

EXECUÇÃO FISCAL – SÓCIO E SÓCIO-GERENTE QUE NÃO CONSTAM DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) – FUNDAMENTAÇÃO.

É posicionamento assente nos Tribunais Superiores a afirmação de ser possível direcionar ou redirecionar a execução fiscal contra os sócios gerentes da pessoa jurídica, mesmo que na certidão de dívida ativa não conste o nome do sócio, mas apenas da empresa. Tal entendimento, por óbvio, não impede o exame da presença ou ausência dos pressupostos do artigo 135, *caput*, do CTN, em cada caso concreto, de modo a deferir ou não o requerimento de ampliação do pólo passivo, e citação do sócio. Hipótese na qual o Juiz, corretamente, determinou fosse esclarecida a incidência do art. 135, e não atendido, indeferiu a citação do sócio. Agravo desprovido.

(TRF 2ª Região – AI nº 98.02.03968-3 – Relator: Juiz Convocado Guilherme Couto)

Ainda, fazendo eco a tudo o que se acaba de dizer, e dentro da mesma corrente jurisprudencial, está a ementa abaixo transcrita do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

EXECUÇÃO FISCAL – PESSOA JURÍDICA – RESPONSABILIDADE DO DIRIGENTE.

É necessário que o diretor, gerente, ou representante da pessoa jurídica tenha praticado atos de que resultaram na obrigação tributária, a fim de que possam ser responsabilizados pessoalmente pelos créditos correspondentes. Remessa desprovida. Sentença confirmada. (TRF 1ª Região – Ac. Unânime da 4ª T., publ. Em 14.03.94 – Rem. Ex off. 89.01.22902-1/MG – Rel. Juiz Eustáquio Silveira)

O eminente Ministro JOSÉ DELGADO, na relatoria do AG nº 248298/CE, cuja decisão foi publicada no DJ de 14.10.99, verdadeiramente leciona sobre o assunto em discussão. Dignas de nota suas palavras: *“A dívida fiscal é da sociedade. O sócio-gerente só responde por ela se ficar provado que agiu com excesso de mandato ou infringência à lei ou ao contrato social. Essa prova há de ser feita pelo Fisco. No caso concreto em julgamento, como bem exposto pelo i. magistrado sentenciante, não há notícia de ter sido apurada a responsabilidade do requerente pela prática dos atos referidos no artigo 135, do CTN, mediante a instauração de processo administrativo fiscal, com garantia de ampla defesa, na forma da lei. Não ficou demonstrado, por outro lado, que o agravado, embora sócio-administrador em conjunto com os demais sócios, tenha sido o responsável pelo não-pagamento do tributo no vencimento. Não há como, sem provas, ser responsabilizado. Sendo esse o panorama dos autos, nego provimento ao agravo de instrumento (art. 544, par. 2º, do Código de Processo Civil). Publique-se. Intime-se.”*

Além do que se disse até aqui, vale frisar, foi exatamente este o entendimento firmado sobre o tema no I ENCONTRO NACIONAL DE JUÍZES FEDERAIS SOBRE PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL, realizado em novembro de 1999, em Porto Alegre (RS), onde a matéria foi discutida à exaustão.

No caso em tela, não houve demonstração pelo embargado do dolo dos embargantes, nem no prévio processo administrativo, nem no processo executivo, e tampouco aqui nestes embargos.

Destarte, também por este motivo, é de se reconhecer que não pode prosperar a execução fiscal contra os embargantes.

II – 5. PROCESSO E ÉTICA – ESCOPO DA EXECUÇÃO

Ao valer-se do processo executivo, a intenção do exequente deve ser unicamente a satisfação de seu crédito. O processo é um instrumento

ético. Não se pode admitir que este seja utilizado como meio de pressão, com o fito exclusivo de criar dificuldades e complicações para as vidas pessoais dos administradores das empresas contribuintes.

Não se compreende, assim, a insistência da autarquia embargada em querer, a todo custo, manter os embargantes no pólo passivo da execução fiscal, quando esta já se encontra garantida. Isto, para não mencionar o substancial patrimônio da empresa contribuinte, infinitamente superior aos respectivos patrimônios dos embargantes, com certeza.

III – DISPOSITIVO

Destarte, pelo exposto, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, **ACÓLHO** o pedido dos embargantes, julgando procedentes estes Embargos à Execução, determinando sua **EXCLUSÃO** do pólo passivo da ação de **EXECUÇÃO FISCAL**, cujos autos estão em apenso.

Custas ex lege.

CONDENO a autarquia embargada em honorários advocatícios, os quais, com fulcro no parágrafo 3º do artigo 20 do CPC, fixo moderadamente em 15% sobre o valor da causa, devidamente atualizado desde a data da propositura da demanda.

Traslade-se cópia da presente para os autos da execução.

Com o trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e arquivem-se.

Com ou sem recurso das partes, remetam-se os autos ao E. TRF-2ª Região, para o reexame necessário.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 13 de março de 2001.

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Juiz Federal – 6ª Vara de Execução Fiscal

24ª VARA FEDERAL – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

MEDIDA CAUTELAR

Processo: 2000.5101020973-4
Autora: TUCUN CONSTRUÇÕES LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL
Juiz Federal: THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Vistos etc.

Tucun Construções Ltda., qualificada na exordial, propõe a presente ação cautelar, com pedido de liminar *inaudita altera pars*, em face da União Federal, objetivando, *ipsis litteris*, “seja concedida a liminar, para que a autora não seja obrigada a oferecer qualquer garantia, e, por conseguinte, não seja impedida de ter formalizado o seu ingresso no Programa de Recuperação Fiscal (Refis), até o julgamento da ação principal a ser proposta, que discutirá a constitucionalidade dos dispositivos ora abordados”.

Em síntese, aduz a Autora, como causa de pedir, que as exigências contidas na Lei 9.964/2000 e no Decreto 3.431/2000 afiguram-se inconstitucionais, quando analisadas à luz dos princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade.

Dessa forma, o ato da Administração Fiscal calcado nos indigitados dispositivos legais merecem ser afastados judicialmente, a fim de que a Demandante possa se valer dos benefícios instituídos no regime especial criado pela Lei 9.964/2000.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 11/20.

Comprova o recolhimento das custas judiciais à fl. 21.

O pedido de medida liminar foi indeferido na decisão de fl. 23.

Cópia do recurso de Agravo de Instrumento juntado às fls. 24/34.

Devidamente citada, a União Federal contestou a ação, rechaçando os argumentos expendidos na exordial e pugnando pela improcedência do pedido.

Réplica às fls. 43/46.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Inicialmente, cumpre registrar que a busca da razoável interpretação a ser dada aos dispositivos legais pertinentes ao caso concreto trazido a exame deverá ser trilhada à luz de todo o sistema em que os mesmos estão inseridos. Não se afastando, ainda, da inteligência das normas constitucionais, com o escopo maior de salvaguardar o cumprimento da Lei Fundamental.

Nesse propósito, não podemos prestigiar a paupérrima ótica do elemento literal de interpretação. Devemos, porém, procurar o espírito da lei, a sua *mens legis*, para uma perfeita exegese e aplicação do direito.

Argumentando, ademais, *o direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas* (Luiz Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, 1996, pág.127).

O Estado Democrático de Direito, em sua concepção moderna, está balizado pelas normas que instituem a sua organização política fundamental, nas quais organiza o exercício do Poder Político, define direitos fundamentais dos indivíduos e traça os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.

Na busca do cumprimento dos deveres impostos ao Poder Público, que a própria Constituição da República vigente elevou-os à categoria de princípios fundamentais em seu art. 3º, como, por exemplo, erradicar a pobreza e garantir o desenvolvimento nacional, promover a educação, saúde, dentre outros plasmados em diversos artigos; necessita o Governo de auferir receitas com a finalidade de serem aplicadas no desempenho das atribuições a ele afetas.

Assim, a fonte de recursos destinados ao custeio das atividades, dos fins e os objetivos políticos e econômicos do Estado somente se constitui pelos ingressos na receita pública. E a arrecadação dos tributos constitui o principal item da receita.

A natureza jurídica do tributo, por sua vez, é ditada pelas normas constantes da Constituição Federal, em seus artigos 145 e 154.

É dado dizer, ainda, que a Constituição da República criou um verdadeiro estatuto do contribuinte, preconizando um complexo de direitos e estabelecendo limites intransponíveis para os Poderes do Estado.

Por esse prisma, certo é o entendimento de ser direito do cidadão ver-se tributado pelas formas que a própria Carta Magna estabelece, de sorte que os princípios relativos à matéria tributária devem ser interpretados como garantia constitucional instituída em favor dos contribuintes, que são os sujeitos passivos da atividade estatal na seara da tributação.

Fixadas tais premissas, mister se faz trazer à baila o disposto no artigos 1º, 2º, *caput*, e 3º, § 4º, todos da Lei 9.964, de 10 de abril de 2000:

Art. 1º É instituído o Programa de recuperação Fiscal – Refis, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimentos de valores retidos.

Art. 2º O ingresso ao Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º.

.....

Art. 3º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

§ 4º Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 dezembro de 1997.

Dos textos acima esposados, é dado concluir que o diploma legal instituiu o Programa de Recuperação Fiscal, sendo que em seu artigo 1º vem expressamente anotada a sua finalidade de promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas.

O Programa de Recuperação Fiscal – Refis, tem por fim, nos termos dos artigos 1º e 2º da citada lei, promover a regularização dos créditos da União, decorrentes de débitos de pessoa jurídica relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e Pelo

instituto Nacional do Seguro Social, e depende de adesão do contribuinte, que passa, então, a fazer jus a um regime especial de consolidação e parcelamento dos seus débitos fiscais. Essa norma institui uma benesse para contribuintes cujos débitos existentes estejam constituídos ou não.

Por outro lado, o artigo 3º da mesma lei prescreve as condições que devem ser satisfeitas, a fim de que se possa ter direito aos benefícios do regime do Refis. Mais precisamente no § 4º do mesmo artigo, exige a lei a prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma da lei. A propósito, esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto 3.431/2000, que assim dispõe:

“Art. 10. A homologação da opção pelo REFIS será efetivada pelo Comitê Gestor, produzindo efeitos a partir da data da formalização da opção.

§ 1 - A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal, cabendo à PGFN e ao INSS, no âmbito de suas respectivas competências, promoverem as ações necessárias a assegurar o cumprimento dessa exigência.

§ 2 - *Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, a homologação da opção pelo REFIS é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997”.*

Como há de se perceber das hialinas disposições dos artigos 1º e 2º da lei em comento, a opção do regime especial do Refis é voluntária. Feita a opção, irradia-se todos os efeitos ali previstos, notadamente quanto à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abarcados pela norma, com a conseqüente exclusão do Cadin e pleno direito a certidões positivas de efeito negativo de débitos fiscais.

Sendo assim, uma vez que o programa foi destinado para regularização fiscal das pessoas jurídicas, no qual se concede os benefícios do parcelamento dos débitos com o favorecimento do uso de TJLP ao invés de Selic, em contrapartida, afigura-se razoável que o credor dos débitos também deva ter em seu favor certas cautelas.

Analisadas as cautelas deferidas à Fazenda Pública ante os benefícios concedidos às pessoas jurídicas optantes pelo regime especial, conclui-se que não há exacerbação a ponto de serem alvejadas pelo mal da inconstitucionalidade. Vozes em sentido contrário certamente buscam

louvar a "interpretação apriorística" em prol do contribuinte, bem como a inversão de valores que se instalou no direito pátrio, qual seja a de prestigiar sempre o devedor em detrimento do titular do crédito.

Observo, nesse passo, a inexistência de afronta ao princípio da razoabilidade em relação às exigências contidas no § 4º do art. 3º da Lei 9964/2000.

O escopo de aproveitar sempre a parte boa do Refis, expurgando da lei a parte que não interessa ao Demandante é que, ao certo, infringe a real vontade da Lei e, em consequência, o princípio democrático. Não se pode conceber, portanto, a idéia de separação de alguns dispositivos da lei, com a finalidade de ser criado um novo programa para ser aplicado à situação da Autora.

A lei não fere o princípio da razoabilidade, como quer entender a parte autora. As cautelas e exigências contidas na lei mostram-se legítimas, se comparado com as benesses por ela criadas.

E além do mais, a lei não é tão severa como propugnam.

Para realçar essa assertiva, tomemos como exemplo o disposto no artigo 5º, incisos I, II, III e § 2º, da Lei 9964/2000:

"Art. 5º – a pessoa jurídica optante pelo Refis será dele excluída nas seguintes hipóteses, mediante ato do Comitê Gestor:

I – inobservância de qualquer das exigências estabelecidas nos incisos I a V do caput do art. 3º;

II – inadimplência, por três meses consecutivos ou seis meses alternados, o que primeiro ocorrer, relativamente a qualquer dos tributos e das contribuições abrangidos pelo Refis, inclusive os com vencimento após 29 de fevereiro;

III – constatação, caracterizada por lançamento de ofício, de débito correspondente a tributo ou contribuição abrangidos pelo Refis e não incluídos na confissão a que se referê o inciso I do caput do art. 3º, salvo se integralmente pago no prazo de trinta dias, contado da ciência do lançamento ou da decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial;

.....

§ 2º - A exclusão, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, produzirá efeitos a partir do mês subsequente àquele em que for cientificado o contribuinte."

Interpretando o texto acima transcrito, conclui-se que, mesmo na hipótese de inobservância das exigências traçadas, a própria lei prevê um dado abrandamento: (i) a inadimplência poderá estender-se até três meses ou seis meses alternados; (ii) prazo para pagamento em trinta dias, referente ao débito não incluído na confissão a que alude o inciso I do art. 3º.

Antes de se proceder a uma avaliação sobre a validade do ato normativo do poder público perante a Constituição Federal, cumpre trazer à memória o princípio de interpretação que preconiza a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público. Esse princípio, vale enfatizar, está calcado no princípio da separação e harmonia entre os Poderes do Estado. Tal cânone determina que somente se deve afastar da aplicação no caso concreto a norma que afrontar, de forma flagrante, os preceitos plasmados na Lei Fundamental.

Nesse passo, raciocinando ainda pelo prisma da proporcionalidade, que tem como fundamento o Estado de Direito, outra ilação não se pode tirar que não pela higidez da norma legal em exame.

De fato, segundo o indigitado princípio da proporcionalidade (adequação – necessidade – proporcionalidade propriamente dita), a medida imposta tem de ser (i) adequada para se alcançar os fins que se buscam alcançar; (ii) que seja necessária para tanto, ou seja, inexistência de outro meio igualmente eficaz e menos oneroso; (iii) e que haja proporcionalidade entre o benefício da medida aplicada e a oneração imposta ao indivíduo, ou seja, *visão do custo benefício*.

Por essa perspectiva, repito, as exigências contidas na lei em comento decerto não estão acoimadas de irrazoabilidade.

No que tange à hipótese aduzida pela Autora quanto à vulneração do princípio da igualdade pelo disposto no § 5º do artigo 3º da Lei 9.964/2000, mister se faz tecer algumas considerações.

Como parâmetro sobre essa questão tem se ser tomado o *caput* do artigo 5º, porém, em sua perspectiva material.

Nessa seara, o insigne constitucionalista Paulo Bonavides, em sua autorizada doutrina (Curso de Direito Constitucional, 8ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pp. 341, 342/343), assim asseverou:

"[...] Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova norma de Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto o que faz a lei ordinário nos Estados-membros e na órbita federal como aquele que no círculo das au-

tonomias estaduais emenda a Constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada. Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, como assinalou Leibholz, de uma igualdade 'perante' a lei, mas de uma igualdade 'feita' pela lei, uma igualdade 'através' da lei.

[...] Os domínios da interpretação constitucional testemunham controvérsias inumeráveis com relação ao conceito de igualdade, sobretudo em razão do prestígio que a igualdade fática ou material entrou a desfrutar naqueles sistemas onde a força do social imprime ao Direito os seus rumos.

[...] O estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutra lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo. —

Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução dos direitos sociais básicos. A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática.

Minudenciando tal cânone, vale dizer que, segunda a esposada doutrina, a lei deverá promover tratamento de igualdade aos sujeitos que compartilham uma mesma situação de igualdade material; e, ao revés, promoverá tratamento diferente aos que se situarem em diferentes situações, sob a perspectiva material.

Transportando essa idéia ao caso concreto em que se nos apresenta, cumpre asseverar que, de fato, o comando contido no § 5º do artigo 3º da Lei 9964/2000 – *São dispensadas das exigências referidas no § 4º as pessoas jurídicas optantes pelo Simples e aquelas cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)* – não vulnera o princípio da isonomia. É que, o fato de a pessoa jurídica encontrar-se sob o regime especial do Simples (Lei 9.317/96), por si só, revela a desigualdade fática em relação às demais pessoas jurídicas, senão vejamos:

"Art. 1º - Esta Lei regula, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e as empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições que menciona".

Sublinhe-se, nessa oportunidade, que, ao contrário do que afirmam algumas vozes, uma grande virtude da Lei 9964/2000 repousa no comando contido em seu artigo 3º, § 5º. Existe, aqui, a meu ver, uma verdadeira concretização do princípio da igualdade material.

Para arrematar, trago à colação decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 111687, da lavra do Desembargador Federal Baptista Pereira, do TRF da 3ª Região (D.J.U. de 27/9/2000), que, corroborando todo o exposto, assim asseverou, *in verbis*:

"[...] Em uma análise perfunctória da matéria posta a debate, não denoto qualquer inconstitucionalidade na Lei nº 9.964/2000, seja quanto aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, seja quanto ao sigilo bancário, ou mesmo quanto às regras a serem adotadas para a adesão ao Programa.

Ocorre que o Refis é um programa opcional, uma espécie de acordo, transação entre as partes, onde há concessões recíprocas e, por conta disso, as limitações eventualmente impostas ao contribuinte ao aderir ao programa não importariam na supressão de direitos conforme o alegado.

Também não me parece razoável permitir que o agravante se utilize do Poder Judiciário para adotar um programa fiscal apenas na parte que lhe pareça mais favorável e rejeita a menos vantajosa, moldando, assim, a lei a seu talante.

Ademais, a instituição de uma vantagem sob determinadas condições não elide o respeito aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, mesmo porque o "discrimen" não é ilegítimo, posto tratar os desiguais desigualmente.

Não denoto, igualmente, infringência ao sigilo bancário por não se tratar de direito absoluto e em face da autorização do optante, ainda que tácita, para que a Secretaria da Receita Federal tenha acesso às informações relativas à sua movimentação financeira.

O mesmo raciocínio há que se trabalhar no tocante ao acesso ao Poder Judiciário, o que configuraria talvez apenas uma forma de renúncia tácita ao direito invocado.

Acresça-se, outrossim, que, em uma cognição sumária da questão ora trazida, não me parece haver vícios de ilegalidade na determinação de como será feita recuperação fiscal, estabelecendo-se, por exemplo, a aplicabilidade da taxa Selic ou a vinculação da Refis ao pagamento tempestivo dos tributos vincendos.

Destarte, indefiro o postulado efeito suspensivo”.

DECISUM

Posto isso, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

Condeno a Autora em honorários advocatícios, que ora fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, monetariamente corrigidos.

Custas na forma da Lei 9.289/96.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, dê-se baixa e archive-se.

Rio de Janeiro, 6 de julho de 2001.

THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Juiz Federal

CONCLUSÃO

Nesta data, faço estes autos conclusos ao
MM. JUIZ FEDERAL
EDWARD CARLYLE SILVA

Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 2001

Diretora de Secretaria

Processo: 96.0022768-3
Autora: ART SHOPPING GRÁFICA E EDITORA LTDA.
Ré: FAZENDA NACIONAL
Juiz: EDWARD CARLYLE SILVA

SENTENÇA

Vistos, etc.

Trata-se de Embargos à Execução propostos por ART SHOPPING GRÁFICA E EDITORA LTDA. em face da FAZENDA NACIONAL, alegando, em síntese, a ilegalidade da execução fiscal em apenso, uma vez que, apesar de pagar normalmente o IPI – Imposto sobre Produto Industrializado, não é contribuinte do referido imposto, eis que realiza prestação de serviço.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 14/45.

Impugnação da Fazenda Nacional às fls. 61/70.

Réplica às fls. 73/75.

Instada em provas, as partes nada requereram (fls. 78/88 e fls. 90).

Intimada a Fazenda Nacional a esclarecer a forma como a embargante teria se apropriado indevidamente de créditos do IPI, manifestou-se às fls. 93/102 alegando haver enquadramento perfeito e fundamentação legal, conforme comprova documentação acostada.

É o relatório. Decido.

QUANTO ÀS PRELIMINARES

Inicialmente cumpre rejeitar a preliminar de inépcia da inicial suscitada pela Fazenda Nacional.

O primeiro fundamento para tal pedido ficou prejudicado com a manifestação do próprio embargante às fls. 73/75, que atribuiu à causa o valor da própria execução, isto é, R\$ 74.369,78 (setenta e quatro mil trezentos e sessenta e nove reais e setenta e oito centavos).

O segundo fundamento também me parece incabível, na medida em que é perfeitamente possível entender o pedido formulado na inicial, sendo certo que, no caso, a falta de exatidão nos termos empregados pelo embargante não impede que o juízo examine o mérito da demanda.

Isto posto, rejeito a preliminar.

QUANTO AO MÉRITO

A primeira questão que deve ser observada diz respeito ao respaldo legal utilizado para a cobrança da dívida.

Conforme podemos verificar pelo exame da CDA de fls. 03/19 dos autos principais, a embargante foi autuada com base nos arts. 107, inciso II, e 265, inciso III, do Decreto nº 89.981/82.

Estabelecem os citados dispositivos:

Art. 107 – O imposto será recolhido (Lei nº 4502/64, arts. 24 e 26; e Decretos-leis nºs 34/66, art. 2º, art. 9º 326/67, art. 1º 1056/69, art. 2º; e 1248/72, art. 5º):

.....
II – nos prazos constantes da legislação do imposto, para os produtos saídos do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial;

Art. 265 – Os contribuintes manterão, em cada estabelecimento, conforme a natureza das operações que realizarem, os seguintes livros fiscais:

.....
III – Registro de Controlo da Produção e do Estoque, modelo 3;

Alega a embargante, por sua vez, que não é contribuinte do IPI, razão pela qual o auto de infração contra ela lavrado não possui validade. E é justamente neste ponto que me parece residir o cerne da demanda.

A Fazenda sempre rejeitou a idéia de que o embargante ser ou não contribuinte do IPI fosse o aspecto principal da demanda, porém, a cobrança das execuções possui respaldo justamente no fato de a embargante ter sido considerada contribuinte do imposto (fls. 66/69 e fls. 94/95).

Não obstante a Fazenda alegar que a qualidade de contribuinte pouco importa para o deslinde da demanda, eis que a autuação ocorreu em virtude de utilização indevida de créditos relativos a matérias-primas empregadas na industrialização de produtos tributados à alíquota zero (fls. 36) e não pela falta de lançamento do tributo (IPI), quero crer que obrigatoriamente a decisão do processo deve passar por este exame.

Isto porque, malgrado a documentação apresentada, a própria Fazenda não sabe explicar como a embargante teria se apropriado dos créditos ora cobrados, conforme se constata de sua manifestação de fls. 93 acompanhada dos documentos de fls. 94/102.

Ora, se nem a própria Fazenda consegue esclarecer como que essa apropriação ocorreu, parece-me forçoso convir que a questão da embargante ser ou não contribuinte do aludido imposto repercute diretamente na decisão do mérito.

O ponto nodal da ação reside, portanto, em analisarmos se a embargante é ou não contribuinte do IPI, a fim de viabilizar sua autuação pela fiscalização.

Ora, examinando o contrato social da embargante, podemos constatar às fls. 15/19 que o objetivo da sociedade é o "comércio, indústria, composição e impressão de livros, artigos de papelaria e prestação de serviços gráficos" (item III, alínea "a" e fls. 57, cláusula 2ª).

Segundo a Fazenda, a atividade da empresa incide na hipótese do art. 3º, inciso I, e art. 8º, ambos do Decreto nº 89.981/82, assim redigidos:

Art. 3º – Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Leis nºs 4502/64, art. 3º, par. único, e 5172/66, art. 46, par. único):

I – a que, exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

Art. 8º – Estabelecimento industrial é o que executa qualquer das operações referidas no art. 3º, de que resulte produto tributado, ainda que de alíquota zero ou isento (Lei 4502/64, art. 3º).

Diante disso, o art. 22, inciso I, deste mesmo estatuto legislativo atribuiria ao embargante a qualidade de contribuinte. “In verbis”:

Art. 22º – São contribuintes (Lei 4502/64, art. 35):

I – o importador, em relação ao fato gerador decorrente do desembaraço aduaneiro de produto, de procedência estrangeira;

Ocorre que o objeto social da empresa, conforme acima analisado, é justamente a prestação de serviços gráficos, bem como o comércio, indústria, composição e impressão de livros, que já estão abrangidos pela incidência do ISS (imposto sobre serviços) de competência dos Municípios.

Neste sentido, cabe transcrever a seguinte ementa de acórdão:

Ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. REMESSA OFICIAL. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO GRÁFICAS, PERSONALIZADOS, PREVISTOS NO ARTIGO 8, PARÁGRAFO 1, DO DECRETO-LEI N. 406, DE 1.968, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO DECRETO-LEI N. 834, DE 1969. NÃO-INCIDÊNCIA DO IPI. SENTENÇA MANTIDA.

1. EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL CRISTALIZADA NA SÚMULA N. 143 DO EXTINTO EGRÉGIO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, “OS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO GRÁFICAS, PERSONALIZADOS, PREVISTOS NO ARTIGO 8, PARÁGRAFO 1, DO DECRETO-LEI N. 406, DE 1968, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO DECRETO-LEI N. 834, DE 1969, ESTÃO SUJEITOS APENAS AO ISS, NÃO INCIDINDO O IPI”.
2. SE A SENTENÇA FOI PROFERIDA COM A OBSERVÂNCIA DAS PRESCRIÇÕES LEGAIS, NÃO PADECENDO DE NENHUMA NULIDADE, BEM COMO SE DELA RESULTOU BOA E ADEQUADA APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE, DEVE ELA SER MANTIDA, PELOS SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS.
3. REMESSA OFICIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Relator: JUIZ:313 – JUIZ SOUZA PIRES

Origem: TRIBUNAL:TR3 ACÓRDÃO DECISÃO:24-04-1996
PROC:REO NUM:3079460-9 ANO:95 UF:SP
TURMA:4 REGIÃO:3 REMESSA EX OFFICIO
Fonte: DJ DATA:25-06-96 PG: 43628

Ementa:

TRIBUTÁRIO. IPI. COMPOSIÇÃO GRÁFICA.

1. OS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO GRÁFICAS, PERSONALIZADOS, PREVISTOS NO ARTIGO-8, PARÁGRAFO-1 DO DECRETO-LEI-406, DE 1968, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO DECRETO-LEI-834, DE 1969, ESTÃO SUJEITOS APENAS AO ISS, NÃO INCIDINDO O IPI (SÚMULA-143 DO TFR).
2. REMESSA IMPROVIDA.

Relator: JUIZ:414 – JUIZ TEORI ALBINO ZAVASCKI

Origem: TRIBUNAL: TR4 ACÓRDÃO DECISÃO: 13-12-1990
PROC:REO NUM: 407301-4 ANO: 89 UF: RS
TURMA:2 REGIÃO: 4 REMESSA EX OFFICIO
Fonte: DJ DATA: 13-02-91 PG: 1806

Fica evidente, portanto, que a questão da incidência do "IPI" conjuntamente com o "ISS" já é matéria pacífica já há algum tempo na jurisprudência de nossos tribunais, inclusive com a existência de súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos sobre o assunto:

SÚMULA Nº 143

"OS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO GRÁFICA, PERSONALIZADOS, PREVISTOS NO ART. 6, PARÁGRAFO PRIMEIRO, DO DECRETO-LEI 406/68, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO DECRETO-LEI 834/69, ESTÃO SUJEITOS APENAS AO ISS, NÃO INCIDINDO O IPI".

Atualmente, tal questão também encontra-se sedimentada na jurisprudência do Egrégio S.T.J., que publicou o enunciado nº 156 de sua súmula, que encontra-se assim redigida:

"A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA, PERSONALIZADA E SOB ENCOMENDA, AINDA QUE ENVOLVA

FORNECIMENTO DE MERCADORIAS, ESTA SUJEITA, APENAS, AO ISS”.

Considerando-se que a atividade da empresa inclui-se dentre aquelas abrangidas pelo referido enunciado, parece-me evidente que não é possível a incidência do IPI, eis que a mesma já está pagando o imposto sobre serviços de competência dos municípios

Ora, se ela não pode ser considerada contribuinte do IPI, fica sem sentido a presente execução fiscal, na medida em que a qualificação legal dos fatos é respaldada em dispositivo que tipifica o recolhimento do imposto devido e a falta de livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque (modelo 3). Desta feita, se a autuação possui fundamento em fatos que necessitam da qualidade de contribuinte para serem praticados e a embargante não pode ser considerada como tal, temos que a presente execução fiscal não pode prosperar.

Cumpra transcrever as seguintes ementas de acórdãos que confirmam tal entendimento:

Ementa:

1. DIREITO TRIBUTÁRIO.
2. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO GRÁFICAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA-143-TFR.
3. INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DECORRENTE DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A UNIÃO E A EMPRESA CONFECCIONADORA DE CARTÕES OU PRESTADORA DE SERVIÇOS GRÁFICOS. INVALIDADE, POR DECORRÊNCIA, DA ALEGADA CONFESSÃO DE DÉBITO. IMPERTINÊNCIA DA QUESTÃO DO IPI COBRADO DE CLIENTES E NÃO RECOLHIDO, RELATIVAMENTE A FAZENDA NACIONAL.
4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. DECISÃO CONFIRMADA.

Relator: JUIZ: 405 – JUIZ GILSON LANGARO DIPP

Origem: TRIBUNAL: TR4 ACÓRDÃO DECISÃO: 20-02-1990

PROC: AC NUM: 419035-5 ANO: 89 UF: PR TURMA: 3 REGIÃO: 4
APELAÇÃO CÍVEL

Fonte: DJ DATA: 04-04-90

Origem

TRIBUNAL: TFR ACÓRDÃO RIP: 03476871 DECISÃO: 08-02-1984
PROC: AC NUM: 0082606 ANO: UF: SP TURMA: 06 AUD: 22-03-84

APELAÇÃO CÍVEL

Fonte DJ DATA: 29-03-84 PG: ***** EJ VOL: 04883-01 PG: 00009

Ementa

EMBARGOS A EXECUÇÃO. IPI. ISS. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA, LITOGRAFICA E FOTOLITOGRAFICA. A JURISPRUDÊNCIA DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL É FORTE NO SENTIDO DE QUE SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA, LITOGRAFICA, FOTOLITOGRAFICA, ETC. SÓ ESTÃO SUJEITOS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS E NÃO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA SÚMULA 143 DO TFR. O LANÇAMENTO DA PARCELA DESTES TRIBUTOS NAS NOTAS FISCAIS OCORREU POR EQUÍVOCO DA APELANTE, NÃO PODENDO DAÍ ADVIR QUALQUER DIREITO PARA A FAZENDA PÚBLICA. FALTA, NO CASO, A "RATIO AGENDI", O INTERESSE LEGÍTIMO, PROTEGIDO PELA LEI, A JUSTIFICAR A AÇÃO. NÃO HÁ JUSTA CAUSA DE PEDIR PORQUE INEXISTENTE A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, E, ADEMAIS, PADECE DE ABSOLUTA FALTA DE RESPALDO LEGAL A CONDIÇÃO DE SUBSTITUTA DO CLIENTE A QUE, NA EMERGÊNCIA, SE ARROGA A APELADA.

Relator MIN:248 - MINISTRO MIGUEL FERRANTE

Origem

TRIBUNAL: TFR ACORDÃO RIP: 05617367 DECISÃO: 09-10-1985 PROC: AC NUM: 0089626 ANO: UF: SP TURMA:05 AUD: 05-12-85 APELAÇÃO CÍVEL

Fonte DJ DATA: 12-12-85 PG: ***** EJ VOL: 05867-01 PG: 00061

Ementa

TRIBUTÁRIO - ISS E IPI - SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA - ERRO DO CONTRIBUINTE - REPASSE. OS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO GRÁFICAS, PERSONALIZADOS, PREVISTOS NO ART. 8, PAR-1, DO DECRETO - LEI N. 406, DE 1968, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO DECRETO-LEI N. 834, DE 1969, ESTÃO SUJEITOS APENAS AO ISS, NÃO INCIDINDO O IPI, CONFORME ORIENTAÇÃO

SEDIMENTADA NA SÚMULA N. 143. O ERRO DO CONTRIBUINTE NÃO É FONTE LEGÍTIMA DE COBRANÇA, NÃO PODE SER ERIGIDO EM FATO GERADOR DO TRIBUTO E NÃO VALIDA IMPOSTO INDEVIDO.

PRECEDENTES. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

Relator MIN: 230 - MINISTRO SEBASTIÃO REIS

Origem

TRIBUNAL: TFR ACÓRDÃO RIP: 01349163 DECISÃO: 30-05-1983 PROC: AC NUM: 0081167 ANO: UF: SP TURMA: 06 AUD: 25-08-83 APELAÇÃO CÍVEL

Fonte DJ DATA: 01-09-83 PG: ***** EJ VOL: 04530-01 PG: 00170

Ementa

TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA. PRELIMINAR DE IMPROPRIEDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA NA ESPÉCIE. PELA LEI PROCESSUAL VIGENTE, O INTERESSE DO AUTOR PODE LIMITAR-SE A DECLARAÇÃO DA EXISTÊNCIA OU DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA (ART. 4, I). NO CASO, O OBJETO DA AÇÃO É DECLARAR A INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA ENTRE A UNIÃO E O CONTRIBUINTE NO TOCANTE À INCIDÊNCIA DO IPI. DECORRE, DAÍ, O LEGÍTIMO INTERESSE DE AGIR DA AUTORA PARA "DISSIPAR UMA INCERTEZA ATUAL, OBJETIVA, JURÍDICA E DANOSA". NO MÉRITO, É COPIOSA A JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO ADOTADO PELA RESPEITÁVEL DECISÃO REMETIDA, QUE CONSIDEROU INCIDIR, TÃO-SÓ, SOBRE AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELA AUTORA, O ISS. NÃO HÁ, AINDA, POR QUE DISTINGUIR ENTRE COMPOSIÇÃO GRÁFICA SOB ENCOMENDA E AQUELA PADRONIZADA MAS DESTINADA A ADQUIRENTE INDETERMINADO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA REMETIDA.

Relator MIN: 132 - MINISTRO TORREÃO BRAZ

Origem

TRIBUNAL: TFR ACÓRDÃO RIP: 03363791 DECISÃO: 03-08-1983 PROC: AC NUM: 0076064 ANO: UF: PA TURMA: 05 AUD: 18-08-83 APELAÇÃO CÍVEL

Fonte DJ DATA: 25-08-83 PG: ***** EJ VOL: 00001-05 PG: 00013

Ementa

TRIBUTÁRIO. SERVIÇO DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA. IMPRESSÃO DE TALONÁRIOS, NOTAS FISCAIS, BLOCOS E PAPEL- CARTA, ENVELOPES, CONVITES ETC., SOB ENCOMENDA. INCIDÊNCIA, APENAS, DO ISSQN. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I.- SE A EMPRESA GRÁFICA CONFECCIONA IMPRESSOS POR ENCOMENDA DE CLIENTES INDIVIDUALIZADOS, SUA ATIVIDADE CARACTERIZA-SE, PARA FINS JURÍDICO-TRIBUTÁRIOS, COMO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIROS, SUJEITANDO-SE, APENAS, AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS), DE COMPETÊNCIA MUNICIPAL, COM BASE NO ART. 8., PAR-1., DO DECRETO-LEI N. 406, DE 31.12.68, C/C O N. 53 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 834, DE 08.09.69. II- A ALEGAÇÃO DE ESTAR O CONTRIBUINTE ENRIQUECENDO-SE ILICITAMENTE PERANTE TERCEIROS, COM A COBRANÇA DO IPI, NÃO AUTORIZA A FAZENDA PÚBLICA EXIGIR O TRIBUTO A QUE NÃO TEM DIREITO. III- A VERBA HONORÁRIA ACHA-SE BEM FIXADA, NA SENTENÇA RECORRIDA, ATENDO-SE AO PRINCÍPIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. IV- REMESSA DE OFÍCIO, DADA COMO INTERPOSTA, E RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Relator MIN:330 - MINISTRO GERALDO SOBRAL

Constata-se, portanto, que a Fazenda não possui fundamento para a cobrança dos valores ora em apreço, na medida em que o embargante não é contribuinte do IPI, o que afasta a legalidade de sua autuação.

Diante de todo o exposto, julgo **PROCEDENTES** os presentes embargos à execução e determino a extinção da execução fiscal nº 94.0015839-4. Levante-se a penhora e/ou depósito, se houver. Condene a embargada ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) do valor dos embargos.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatória.

Após o trânsito em julgado, traslade-se cópia da presente decisão para os autos principais, dê-se baixa e arquivem-se.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 2001.

EDWARD CARLYLE SILVA

Juiz Federal

DÉCIMA QUINTA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**AÇÃO ORDINÁRIA**

Processo: 97.0102830-9
Autora: COMPANHIA SIDERÚRGICA DE TUBARÃO
Réus: HELDER DE SOUZA CAMPOS E INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL
Juiz: AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

SENTENÇA

COMPANHIA SIDERÚRGICA DE TUBARÃO, devidamente qualificada na inicial, propôs a presente Ação Ordinária em face de **HELDER DE SOUZA CAMPOS** e do **INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL**, objetivando seja declarada a nulidade da patente do modelo de utilidade nº 72007869; alternativamente requer a adjudicação da titularidade do privilégio referente ao modelo de utilidade citado.

Alega que o primeiro Réu é titular da patente de modelo de utilidade Linga para Içamento de Cargas, concedido sob o nº 72007869 em 19/11/96. Aduz, no entanto, que tal modelo é resultado de um projeto seu. Com a inicial, vieram os documentos (fls. 12/99).

O INPI apresentou contestação, argüindo, preliminarmente, que deve atuar no feito como mero assistente. No mérito, sustenta a improcedência da ação (fls. 109/111).

Regularmente citado, o primeiro Réu não contestou a ação (fl. 133).

Em réplica, a Autora refutou as alegações do INPI.

Sem outras provas.

É o relatório.

A solução do feito merece julgamento antecipado, nos termos do art. 330, I, do CPC.

DA PRELIMINAR

Condições da Ação – Legitimidade Passiva.

Indefiro a arguição de ilegitimidade passiva do INPI (fl. 110), vez que lhe compete a prática do ato em caso de procedência da ação (TRF, 2ª Região, AC nº 0213637/90, Relator Juiz Castro Aguiar, 2ª Turma, DJ 29/08/96).

Preliminar rejeitada.

DA REVELIA MITIGADA

Uma vez que houve contestação de um dos réus na ação, o INPI (fl. 214), não ocorre o efeito de presunção da veracidade dos fatos narrados na petição inicial (CPC, 320, I c.c. 319). Nem se aplica ao INPI o teor do disposto no CPC, 302, "caput", parte final, de presumir-se como verdadeiros os fatos narrados na petição inicial e não impugnados precisamente na contestação – ônus da impugnação especificada dos fatos –, porque, visando aos interesses da coletividade e da ordem pública, a concessão de patente é ato administrativo vinculado e, portanto, indisponível (CPC, 320, II), de assento constitucional (CF, 5º, XXIX).

Outro efeito da revelia, contudo, atinge **HELDER DE SOUZA CAMPOS**, vez que, embora citado (fls. 132, v/133), não apresentou contestação, e contra ele correrão os prazos independentemente de intimação, podendo, entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra (CPC, 322).

DO MÉRITO

A patente é concedida sempre em caráter precário, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. A uma, porque se trata de privilégio temporário (CF, 5º, XXIX) que antagoniza com o interesse da coletividade de uso do invento. A duas, porque a Lei nº 9.279/96 estabelece no seu art. 6º que é presumida a legitimidade do requerente, salvo prova em contrário, o que já dizia o § 1º do art. 5º da Lei nº 5.772/71, vigente à época da concessão da patente. Tanto que a nulidade do registro pode ser pleiteada por quem tenha legítimo interesse, como no presente caso.

A Autora, empresa idônea e de desempenho positivo notório no mercado, expende razões demonstrando que o mecanismo patenteado perante o INPI sob o nº MU 72007869 já se encontrava no estado da técnica, não só aqui no Brasil, como pelo mundo afora, juntando declarações

de quatro engenheiros, às fls. 36, 38, 40, 42, que afirmaram terem participado da elaboração do projeto, e as correspondências comerciais às fls. 44, 46 e 99, esta posteriormente traduzida às fls. 103/104, as quais constituem a prova em contrário a que faz referência a Lei, como sublinhado acima, tornando certo não ser HELDER DE SOUZA CAMPOS merecedor do privilégio que lhe foi concedido, devendo ser logo afastado em benefício dos interesses da coletividade.

Confirma isso ainda o fato do Réu HELDER DE SOUZA CAMPOS manter-se silente em face do que foi demonstrado perante este Juízo, sem exercer em nenhum momento, como era de se esperar, a defesa do privilégio que, não sem prejuízo aos interesses da coletividade, lhe foi concedido. E se por um lado a sua contumácia tecnicamente não permite a presunção de veracidade dos fatos que lhe foram imputados, por outro, essa sua abstinência serena minha convicção.

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE A AÇÃO**, para declarar a nulidade da patente do modelo de utilidade nº 72007869.

CONDENO os Réus ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa, corrigido monetariamente pela aplicação dos mesmos índices previstos para reajustes dos depósitos populares de poupança.

Sentença sujeita ao duplo grau necessário (art. 10 da Lei nº 9.469/97).

P.R.I.

Rio de Janeiro, 19 de abril 2001.

AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Juiz Federal

JUÍZO FEDERAL DA VIGÉSIMA PRIMEIRA VARA**MANDADO DE SEGURANÇA**

Processo: 98.0021157-8
Autora: MICROSOFT CORPORATION
Réus: DIRETOR DE MARCAS DO INPI E OUTRO
Juíza: DR^a LILIANE DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA

SENTENÇA (TIPO 2)

Vistos, etc.

MICROSOFT CORPORATION, empresa americana qualificada na inicial, impetra mandado de segurança em face de ato praticado pelo **DIRETOR DE MARCAS DO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL**, indicando como litisconsorte passivo a empresa **PAIVA PIOVESAN ENGENHARIA E INFORMÁTICA LTDA.**, objetivando, liminarmente, a suspensão dos direitos decorrentes do registro n. 817769030, para a marca **BUSINESS PARA WINDOWS**, e do andamento do pedido de marca **FINANCE PARA WINDOWS**, processo n. 818020245 (retificação às fls. 140), de forma a que o impetrado não venha a conceder o registro antes da decisão desta medida judicial, e, em pedido definitivo, a anulação do registro da primeira marca e o indeferimento do registro da segunda

Informa que desenvolve e distribui, em todo o mundo, programas de computador, em particular seu sistema operacional **WINDOWS**, que também se constitui em uma marca, regularmente concedida pelo INPI, sob os registros n. 816045690, de 22/06/96, e 816619255, de 28/10/97, mas que, ainda assim, o INPI vem concedendo a terceiros o registro de marcas que contêm a expressão exata **WINDOWS**, de forma destacada, para atividades afins, o que é exatamente o caso das marcas ora impugnadas, pretendidas pela litisconsorte passiva. Entende o INPI que o termo **WINDOWS** é parte integrante de outras marcas registradas por vários titulares diferentes, sendo de uso comum, razão pela qual não cabe direito ao uso exclusivo da mesma.

Alega que a sua é uma marca notória, de alto valor comercial, não sendo registrável nenhum outro sinal que a reproduza, destacando ainda que o uso da preposição "PARA", nas marcas impugnadas, constitui-se em referência direta ao programa da impetrante, tratando-se de falsa indução da clientela, o que é também vedado pelas normas que regem a matéria.

Argumenta que a questão não envolve o direito que terceiro eventualmente tenha de se referir ao programa WINDOWS, para identificar compatibilidade de algum produto seu com o *software*, conforme garantido pelo art. 132, II, da LPI, vez que, caso assim fosse, o termo WINDOWS estaria identificado como marca registrada do programa Microsoft.

Junta procuração e documentos de fls. 19/58.

Pagas as custas (fls. 59), reserva-se o Juízo para apreciar o pedido de liminar após a juntada das informações (fls. 63).

Informações da autoridade impetrada, às fls. 67/69, reconhecendo a ilegalidade de seu ato, em razão de ser adotado no Brasil o regime legal marcário de natureza atributiva, do que resulta que, enquanto perdurar o registro da Microsoft, o termo, mesmo que já diluído pelo uso, deve ser protegido, garantindo ao seu titular a exclusividade de uso.

Às fls. 70/72, é deferida a liminar requerida, nos termos em que foi pretendida.

Após devidamente citada (fls. 74), apresenta a litisconsorte passiva sua resposta (fls. 79/89).

Argüi, preliminarmente, a intempestividade da ação mandamental, eis que é proprietária não de dois, mas sim de três registros que incluem o termo WINDOWS, pois, além dos mencionados na inicial, possui ainda a marca FINANCE FOR WINDOWS, processo n. 817205322, concedido em 16/7/96, já se tendo, assim, decorrido integralmente o prazo para interposição do *writ*. Argüi, também, a carência de ação, por haver necessidade de dilação probatória, ante a natureza da controvérsia.

No mérito, alega que os produtos assinalados pelas marcas são diversos, destinando-se cada qual a funções distintas no mercado de informática, sendo que a marca da impetrante identifica um sistema operacional, enquanto que a sua é de um *software* aplicativo, com função específica de gerenciamento financeiro, no caso de FINANCE PARA WINDOWS, e de gerenciamento administrativo, no caso de BUSINESS PARA WINDOWS, não havendo possibilidade de funcionar um no lugar do outro. Entende, assim, que o termo WINDOWS é genérico, sendo amplamente utilizado como designativo da característica peculiar dos programas

interativos de permitir a visualização simultânea de mais de um aplicativo, e que não poderá haver desvio de clientela posto que se destinam a consumidores com um mínimo de discernimento, que sabem exatamente o produto que procuram, não correndo risco de levar os produtos de uma marca pensando ser da mesma origem da outra.

Junta os documentos de fls. 90/131.

Pedido de reconsideração, às fls. 133/137, com peça de fls. 138, formulado pela litisconsorte passiva.

Às fls. 140/141, comunica a impetrante já ter sido publicada, pelo INPI, a concessão do registro da marca FINANÇE PARA WINDOWS, para a litisconcorte, o que entende frustrar parcialmente a liminar, razão pela qual requer fazer valer a liminar concedida, para suspender também esse registro, e, ainda, em face do fato novo, que, afinal, ao decidir o mérito, seja declarado nele também a nulidade do ato que concedeu esse último registro.

Junta as peças de fls. 142/148.

Substabelecimento da litisconsorte às fls. 149.

Aditamento da liminar concedido, conforme decisão de fls. 150.

Notícia do agravo de instrumento interposto pela litisconsorte, às fls. 151/165.

Novas petições da litisconsorte às fls. 172, 174/178, 189/196.

Informações prestadas ao eminente relator do agravo de instrumento às fls. 199/203.

Parecer do ilustrado órgão do Ministério Público Federal às fls. 204/206, opinando pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela concessão da segurança, por entender tratar-se de marca notória e por ser o registro da impetrante anterior ao da litisconsorte.

Novas petições da litisconsorte às fls. 209/211, com as peças de fls. 212/217, 219/223, mais peças de fls. 224/225, 240/251, com peças de fls. 252/366, e 369, com peça de fls. 370/381.

Baixa em diligência às fls. 226.

Comunicação do TRF no sentido de que fora negado provimento ao agravo de instrumento (fls. 228).

Esclarecimentos prestados pelo INPI, às fls. 235, com peças de fls. 236/238.

Após, vêm os autos conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO. Passo a decidir.

Inicialmente, rejeito ambas as preliminares levantadas pela litisconsorte.

A de decadência do direito à ação mandamental, porque o registro concedido em 16/7/96 não é objeto do presente feito e, em relação aos demais, concedidos em 28/7/98 e 22/9/98, a ação proposta em 31/8/98 é tempestiva.

E, quanto à necessidade de dilação probatória, por tratar a lide de matéria eminentemente jurídica, sendo, pois, desnecessária a fase probatória e suficientes os documentos juntados à inicial.

Ainda inicialmente, aceito a alteração parcial do pedido inaugural, formulada às fls. 140/141, por decorrer de fato novo, posterior à impetração, que indica, inclusive, que o impetrado deixou de dar cumprimento à liminar deferida às fls. 70/72, prosseguindo no andamento do procedimento administrativo. Ademais, nenhuma objeção apresentou a parte ré, apesar de ter, por diversas vezes, se manifestado após aquela petição, sendo de admitir-se, pois, que consentiu na alteração, incidindo na ressalva contida no art. 264, do CPC (conforme acórdão do STJ, 3ª Turma, REsp n. 21.940-5-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU-8/3/93, p. 3.114).

O mérito da questão cinge-se a se definir se a palavra WINDOWS é registrável ou não como marca e, caso o seja, se a marca do litisconsorte passivo colide com a da impetrante.

Quanto ao primeiro aspecto, advoga o litisconsorte passivo que o referido sinal é irregistrável, por se tratar de termo técnico com relação direta com o produto ou serviço a distinguir, conforme vedação contida no art. 124, XVIII, da Lei n. 9.279/96, que repete norma já contida no antigo CPI.

Sobre essa matéria, cabem destacar dois pontos importantes, que servem de prejudicial ao argumento.

O primeiro deles, é que o próprio INPI concedeu à impetrante, em 22/06/96 e em 28/10/97, o registro do termo WINDOWS como marca (respectivamente, processos n. 816045690 e 816619255), assegurando-lhe, pois, sua propriedade. Assim sendo, o termo, no momento da concessão do registro, foi reconhecido oficialmente pelo órgão como registrável. Se posteriormente veio a se tornar de uso comum e, por conseguinte irregistrável, nada mais pode ser feito pelo órgão, se não respeitar seu próprio ato, a não ser que a impetrante deixe de pagar a retribuição devida a cada decênio. A modificação dessa situação, após todo esse tempo já decorrido, somente poderia ocorrer através de uma ação de nulidade da

marca, cabendo ao Judiciário reconhecer que o termo seria de uso comum, restando inviabilizada a exclusividade de uso sobre o mesmo, o que, até o momento, nada indica ter ocorrido.

O segundo ponto é que o Brasil adota um sistema de registro de marcas do tipo atributivo, o que equivale a dizer que somente com o registro é que o Estado reconhece a propriedade do sinal e atribui a seu titular a exclusividade de uso. Assim, existindo no mundo jurídico uma marca registrada, há, em contrapartida, um direito subjetivo público por parte de seu titular no sentido de exigir que ninguém mais dela se utilize.

Dessa forma, o óbice constante do art. 124, XVIII, da LPI, que, por sinal, já existia sob a égide do antigo CPI, não se aplica à marca da titularidade da impetrante, ou por não ser o termo, à época de sua concessão, de uso comum, ou porque a validade desse registro jamais foi questionada, sendo o mesmo, por conseguinte, hígido em sua inteireza.

Em sendo assim, tem a impetrante, por garantia legal, a propriedade e a exclusividade de seu uso.

Superado esse aspecto, cabe avaliar se há colidência entre a marca da impetrante e a do litisconsorte, em ordem a se avaliar se podem ambas conviver pacificamente.

Pela regra geral, as marcas têm uma proteção limitada à sua classe específica, atingindo, no máximo, classes semelhantes ou afins, como regra de proteção ao consumidor.

Há, porém, exceção a essa regra, como é o caso da marca de alto renome - antiga marca notória -, e da marca notoriamente conhecida, às quais é assegurada uma proteção especial, em todos os ramos de atividade.

Ora, sendo a marca em questão uma marca notoriamente conhecida, goza ela dessa proteção em âmbito especial, sendo, portanto, protegida em todas as classes, independentemente, até mesmo, de estar previamente depositada ou registrada no Brasil (art. 126).

A respeito dessa notoriedade, observe-se a lista de países em que a mesma é registrada, conforme documento de fls. 43/49.

Ademais, a comparação entre as marcas deve ser feita com base nos elementos semelhantes, e não nos diferenciados e, no caso, a parte coincidente das marcas é idêntica, e não apenas semelhante.

Não me impressiona, tampouco, o argumento de se tratar de consumidores instruídos, que não serão facilmente confundidos pelas marcas. O objetivo da proteção pelo Estado das marcas registradas não se

limita à proteção ao consumidor; cabe também ao Estado proteger a outra ponta do negócio, ou seja, o empresário que criou e investiu em uma marca e que não pode vir a sofrer concorrência parasitária. As normas de propriedade industrial têm também essa função. E é essa proteção que o titular da marca registrada está buscando com esta ação.

Por outro lado, é de fundamental importância a manifestação do impetrado, no sentido de reconhecer a procedência do pedido. Uma vez que se trata de litisconsórcio passivo necessário, esse reconhecimento surte efeitos também em relação ao outro litisconsorte.

Destaque-se, ainda, que a anulação das marcas do litisconsorte não impedirá que ele se utilize do termo WINDOWS nos produtos que comercializa, em face do disposto no art. 132, II, da LPI, que garante aos fabricantes de acessórios a utilização da marca de outrem para indicar a destinação do produto. Basta apenas que ele indique que se trata de uma marca registrada, da titularidade de terceiro.

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, para, confirmando a liminar, conceder a segurança, com fulcro no art. 269, I, do CPC, declarando a nulidade do registro n. 817769030, para a marca BUSINESS PARA WINDOWS, e do registro n. 818020245, para a marca FINANCE PARA WINDOWS, ambos de propriedade da litisconsorte passiva. Custas *ex lege*. Sem honorários de advogado (Súmulas 512, do STF, e 105, do STJ).

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

Providencie a litisconsorte, em dez dias, a regularização de sua representação processual, eis que não atravessou procuração nos autos, mas somente sub stabelecimento (fls. 149).

P.R.I. Comunicê-se e dê-se vista ao M.P.F.

Rio de Janeiro, 16 de março de 2000.

LILIANE DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA

Juíza Federal da Vigésima Primeira Vara